

Université Paris II – Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 8 décembre 2021

Les mutations identitaires du juge pénal



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Morgane RUELLAN

Sous la direction de **Monsieur Yves MAYAUD**

Membres du jury :

Madame Agathe LEPAGE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Yves MAYAUD

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur François MOLINS

Procureur général près la Cour de cassation

Madame Raphaële PARIZOT

Professeur à l'Université Paris-Nanterre, rapporteur

Monsieur Jean-Baptiste PERRIER

Professeur à l'Université Aix-Marseille, rapporteur

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Ainsi s'achève aujourd'hui une décennie de recherches sur l'identité du juge pénal, laquelle aura sans nul doute permis d'affirmer la mienne. J'ai eu l'immense chance, au cours de ce travail de thèse, d'être accompagnée par le Professeur Yves Mayaud, auquel vont à ce jour tous mes remerciements. Comme lorsqu'il s'agit de danser sur les vagues, il m'a appris à ne jamais renoncer face aux difficultés. Il m'a soufflé le courage dans l'adversité. Il m'a donné la force et la confiance nécessaires pour avancer. Mais il m'a surtout appris qu'il est parfois nécessaire de tomber, car cela permet de mieux se relever. Ma reconnaissance à son égard est éternelle.

Je profite également du moment pour remercier tous les magistrats qui ont accepté de consacrer du temps à cette étude, afin de partager ici leur perception d'un si noble métier. De telles rencontres ont nourri la réflexion juridique et donné un relief indispensable à une analyse théorique.

L'on dit parfois que les amis sont la famille que l'on se choisit. Je ne peux que rejoindre ce sentiment, tant leur soutien fut précieux. Aussi, je remercie bien sûr ma famille et mes parents, mais également l'ensemble de ceux et celles qui ont été à mes côtés durant toutes ces années, avec une si grande fidélité.

Pour leur aide et leur soutien inestimables, leurs avis et relectures : Annabelle, Arnaud, Chantal, Christoph, Claire, Dominique, François-Xavier, Jean, Ludivine, Mathias, Noëlle et Pauline. Cette thèse n'aurait jamais pu exister sans vous !

Pour leur présence et affection, incommensurables : Adèle, Agathe, Alice L., Alice P., Andrew, Anna, Anne, Catherine, Céline, Charlotte, Christophe, Cora, Eva, Fabrice, Hervé, Joël, Julie, Karen, Kévin, Eden, Elléa, Marc, Marcos, Marion, Mathilde, Mileva, Pierre-Yves, Rékia, Sandrine, Stéphane, Teresa, Yann, Yrian et Zahir.

Anthony et Roland, je pense à vous chaque jour, lorsque je regarde l'océan.

Résumé :

Les mutations identitaires du juge pénal

« Sous quarante degrés, il n’y a plus de loi, mais sous cinquante degrés, il n’y a plus de Dieu ». Ainsi les marins conjurent-ils le sort, lorsqu’ils font face aux vents les plus violents. La procédure pénale française, confrontée à des vagues de réformes incessantes, cherche éperdument son identité. À travers elle, entre Dieu et la loi, se tient le juge pénal. De l’enquête au procès et jusqu’à l’application de la peine, il organise la répression des infractions à la manière d’un véritable maître d’œuvre. Aussi est-il question de l’intervention du juge pénal à chaque étape procédurale. Mais, à pas feutrés ou à grand bruit, de nouvelles formes altèrent son identité. Dans ces entrelacs de pouvoirs, apparaissent des visages, des figures, et des figurants. Les corps et les esprits qui viennent hanter la scène judiciaire, auxquels peut s’ajouter le trouble né du décor tout entier, génèrent un doute sur sa personnalité. En définitive, le juge pénal est partout, tout le temps, sans que l’on sache précisément le reconnaître. À partir des qualités substantielles qui sont unanimement reconnues au modèle choisi - le juge du siège -, cette étude se propose d’évaluer les mutations identitaires qu’il subit. Et la métamorphose est telle, parfois, que sa nouvelle physionomie semble méconnaissable. Difforme, le juge pénal parvient-il encore à assurer le même niveau de garanties auprès des justiciables ? Au gré des traits caractéristiques qui sont les siens, il convient de vérifier le respect d’un procès équitable, à l’heure où l’urgence semble justifier toutes les déviances. Loin d’être anodines, les innombrables transformations consenties défigurent l’acteur le plus emblématique de la procédure pénale, au point de s’interroger sur l’émergence d’une nouvelle identité judiciaire.

Descripteurs : Identité, mutation, juge pénal, juge du siège, magistrat du parquet, procès équitable, droits fondamentaux, autorité judiciaire, autorité administrative, indépendance, impartialité, collégialité, professionnalisme, autorité de la chose jugée.

Title and Abstract:

The identity transformations of the criminal judge

“South of forty degrees latitude, there is no more law, but south of fifty degrees there is no more God”. With this proverb, sailors ward off fate when facing the strongest winds. French criminal procedure, faced with ceaseless waves of reforms, is desperately seeking its identity. Through it, between God and the law, stands the criminal judge. From the investigation to the trial and up to the enforcement of the sentence, he organizes the enforcement of the law like an orchestra conductor, with his intervention required at each procedural stage. But, quietly or with great fanfare, the identity of the criminal judge is being altered, creating an interlacing of power in which new faces, figures and secondary players start to appear. The frames and spirits coming to haunt the judicial scene, to which may be added the disturbance of the entire setting, cast doubts on the criminal judge’s identity. Ultimately, the criminal judge is everywhere, all the time, whilst his status remains elusive. Based on the unanimously recognized qualities of the sitting judge as a study model, this thesis aims to assess the identity shifts to which the criminal judge has been subjected. And the metamorphosis is, at times, such that this new identity has become unrecognizable. His role being distorted, does the criminal judge still manage to provide the same level of guarantees to litigants? Depending on the criminal judge’s characteristic traits and at a time when urgency seems to justify all deviations, compliance with a fair trial needs to be verified. Far from being trivial, the countless transformations incurred by the criminal judge have disfigured this most emblematic actor in criminal proceedings, to the point of raising the question of the emergence of a new judicial identity.

Keywords: Identity, transformation, criminal judge, sitting judge, public prosecutor, fair trial, fundamental rights, judicial authority, administrative authority, independence, impartiality, collegiality, professionalism, res judicata.

Principaux sigles et abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
Act.	Actualité
AFP	Agence France Presse
AG	Assemblée Générale
<i>AJ fam</i>	<i>Actualité Juridique Famille</i>
<i>AJ pén</i>	<i>Actualité Juridique Droit pénal</i>
<i>AJCT</i>	<i>Actualité Juridique des Collectivités territoriales</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique Droit Administratif</i>
<i>AJDI</i>	<i>Actualité Juridique Droit Immobilier</i>
Al.	Alinéa
<i>Alii</i>	<i>Alii auctores</i> (autres auteurs)
AMF	Autorité des marchés financiers
<i>Arch. phil. droit</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Arr.	Arrêté
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. Nat.	Assemblée nationale
Ass. plén	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>BJB</i>	<i>Bulletin Joly Bourse</i>
<i>BJS</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
<i>BOMJ</i>	<i>Bulletin officiel du ministère de la Justice</i>
<i>Bull. Ass. plén.</i>	<i>Bulletin des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. info</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
C.	Code
C. assises	Cour d'assises
C. civil	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
c/	contre
CA	Cour d'appel

CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. Cons. const.</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>Cah. Just.</i>	<i>Cahiers de la Justice</i>
<i>Cah. proc. int.</i>	<i>Cahiers de procédure interne</i>
CAP	Commission d'application des peines
Cass.	Cour de cassation
CCE	<i>Communication, commerce électronique</i>
CDE	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
CDPMM	Code disciplinaire et pénal de la marine marchande
CE Ass.	Conseil d'État statuant en assemblée du contentieux
CE Sect.	Conseil d'État statuant en section du contentieux
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cep.	Cependant
CESE	Conseil économique social et environnemental
Cf.	<i>Confer</i> (se reporter à)
CGLPL	Contrôleur général des lieux de privation de liberté
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
CIDE	Convntion internationale des droits de l'enfant
Circ.	Circulaire
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1 ^{re}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CJPM	Code de la justice pénale des mineurs
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. UE	Conseil de l'Union Européenne
<i>Contra</i>	En sens contraire
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Coord.	Coordonné
COPJ	Convocation par officier de police judiciaire
CP	Contrainte pénale

CREDOF	Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CRPC	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
CRS	Compagnies républicaines de sécurité
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DACG	Direction des affaires criminelles et des grâces
DAP	Direction de l'administration pénitentiaire
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Déc.	Décision
Décr.	Décret
Dir.	Sous la direction de
<i>DMF</i>	<i>Revue de droit maritime français</i>
Doc. fr.	La Documentation française
Doctr.	Doctrine
Dr.	Droit
<i>Dr. adm.</i>	<i>Revue de droit administratif</i>
<i>Dr. et proc.</i>	<i>Revue Droit et procédures</i>
<i>Dr. famille</i>	<i>Revue de droit de la famille</i>
<i>Dr. pén</i>	<i>Revue de droit pénal</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Revue de droit des sociétés</i>
Éd.	Éditions
Ét.	Étude
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
FIJAIT	Fichier des auteurs d'infractions terroristes
<i>GACEDH</i>	<i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme</i>
<i>GAJA</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>GAJC</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>GAPP</i>	<i>Les grands arrêts de la procédure pénale</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GDCC</i>	<i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel</i>
Grande ch.	Grande chambre
<i>Ibid., ibidem</i>	Au même endroit
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JAP	Juge de l'application des peines
<i>JCl.</i>	<i>Juris-classeur</i>
<i>JCl. libertés</i>	<i>Juris-classeur libertés</i>
<i>JCl. civ.</i>	<i>Juris-classeur civil code</i>
<i>JCl. comm.</i>	<i>Juris-classeur communication</i>
<i>JCl. travail traité</i>	<i>Juris-classeur travail traité</i>
<i>JCP N</i>	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition notariale</i>
<i>JCP</i>	<i>La Semaine Juridique</i>

JCP A	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition administrations et collectivités territoriales</i>
JCP Adm.	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition administrative</i>
JCP E	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition entreprise</i>
JCP S	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition sociale</i>
JCP G	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition générale</i>
JDI	<i>Journal de droit international (Clunet)</i>
JLD	Juge des libertés et de la détention
JO	<i>Journal officiel</i>
JOAN	<i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i>
JOCE	<i>Journal officiel des communautés européennes</i>
JORF	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
Jur.	<i>Jurisprudence</i>
L.	Loi
L. const.	Loi constitutionnelle
LEDA	<i>Revue L'essentiel du Droit des Assurances</i>
Lexbase Pén.	<i>Lexbase Pénal</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les petites affiches</i>
LSC	Libération sous contrainte
M.	Monsieur
MARC	Modes alternatifs de règlement des conflits
MICAS	Mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance
Min. Justice.	Ministère de la Justice
Mme	Madame
Mod.	Modifié
N°	Numéro
Not.	Notamment
Nouv.	Nouveau, nouvelle
<i>Nouv. cah. du Cons. const. ..</i>	<i>Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel</i>
NPAP	Nouvelle procédure d'aménagement des peines
Obs.	Observations
OIP	Observatoire international des prisons
OLAF	Office européen de lutte antifraude
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum (œuvre citée)</i>
Ord.	Ordonnance
p.	Page
§	Paragraphe
PIM	Procédure de présentation immédiate devant la juridiction pour mineurs
Post.	Postface
<i>Pouvoirs</i>	<i>Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques</i>
pp.	De page...à page...
<i>Préc.</i>	<i>Précité</i>
Préf.	Préface

Proc. gén.	Procureur général
pts.	Points
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
QDV	Quartiers pour détenus violents
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
QPR	Quartiers de prise en charge de la radicalisation
R.	Rapport annuel de la Cour de cassation
Rapp	Rapport
Rappr.	Rapprocher
<i>RD bancaire et fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDLA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RDT</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil des décisions ou arrêts (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne)</i>
Rec. Cons. const.	Recueil du Conseil constitutionnel
Règl.	Règlement
<i>Rép. civ.</i>	<i>Répertoire de droit civil Dalloz</i>
<i>Rép. com.</i>	<i>Répertoire de droit commercial Dalloz</i>
Req.	Requête
Rev.	Revue
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>Rev. adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>Rev. Banque</i>	<i>Revue Banque</i>
<i>Rev. de droit d'Assas</i>	<i>Revue de droit d'Assas</i>
<i>Rev. Huissiers de justice</i>	<i>Revue des huissiers de justice</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RISF</i>	<i>Revue internationale des services financiers</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RPDP</i>	<i>Revue pénitentiaire et de droit pénal</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
s.	Et suivant(e)s
S.	Sirey

SDSE	Sous-direction de la statistique et des études
Sect.	Section
SEFIP	Surveillance électronique de fin de peine
SID	Système d'information décisionnel (indicateurs statistiques pénaux trimestriels)
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
Sqq.	Ce qui suit, et suivant
Sté	Société
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
T. confl.	Tribunal des conflits
TA	Tribunal administratif
TAP	Tribunal de l'application des peines
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
TIG	Travail d'intérêt général
TMC	Tribunal maritime commercial
Trad.	Traduction
Trib. civ.	Tribunal civil
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UCLAT	Unité de coordination de la lutte antiterroriste
UE	Union Européenne
UPRA	Unités de prévention de la radicalisation
V.	Voir
<i>V^o, V^{is}</i>	<i>Verbo, verbis</i> (mot, mots)
Vol.	Volume

Sommaire

Introduction

Partie 1 – L’identité détruite

TITRE I – LE JUGE D’INSTRUCTION, JUGE DÉCHU

Chapitre I – Un pouvoir confiné

Chapitre II – Un pouvoir confisqué

TITRE II – LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION, JUGE PROMU

Chapitre I – Un atout

Chapitre II – Un alibi

Partie 2 – L’identité dévoyée

TITRE I – LE JUGE DU PROCÈS, JUGE ASSIÉGÉ

Chapitre I – Une stabilité apparente

Chapitre II – Un affaiblissement avéré

TITRE II – LE JUGE DE L’APPLICATION DES PEINES, JUGE NEUTRALISÉ

Chapitre I – Le juge paralysé

Chapitre II – Le juge contourné

Conclusion générale

À mon frère.

INTRODUCTION

« C'est à la fin du jour qu'il faut scruter le royal visage du Temps d'Ouest, arbitre des destinées des navires. Bienveillant et splendide, ou bien splendide et sinistre, le ciel d'Ouest reflète les desseins cachés de la royale pensée. Revêtue d'un manteau d'or éblouissant, ou drapée telle une mendicante dans des haillons faits de nuages noirs, la puissance du Vent d'Ouest trône sur l'horizon occidental avec tout l'Atlantique nord en guise de tabouret pour ses pieds tandis que les premières étoiles qui scintillent forment un diadème pour son front. [...] On dirait que son cœur est corrompu par la rumination d'une rancœur malveillante. Il dévaste son propre royaume par l'exercice arbitraire de sa force »¹.

1. Un visage voilé – Sur un voilier, l'on distingue le gréement dormant du gréement courant. Dans cette grande architecture maritime, la manœuvre dormante a les deux extrémités fixées à chaque bout, tandis que la manœuvre courante conserve une extrémité libre. Ainsi est-il possible de régler les voiles en ajustant la longueur des cordages, lorsque tous les haubans qui retiennent le mât doivent impérativement demeurer immobiles. La justice pénale est un navire à voiles, agité de trop nombreuses manœuvres courantes. Le législateur ne cesse de tirer sur les cordages afin d'ajuster sa vitesse, sans tenir compte des voyages qu'elle a déjà parcourus. Ce capitaine des temps modernes refuse d'écouter les avertissements de l'océan, préférant avancer sans méfiance aucune, dans le sens du vent. Pourtant, les récits des plus grands navigateurs de l'Histoire enseignent à l'unisson que « non seulement le courage le plus utile et le plus digne de confiance est celui qui naît d'une estimation lucide du péril, mais encore qu'un homme absolument sans peur est un compagnon plus dangereux qu'un lâche »².

¹ J. CONRAD, *Le miroir de la mer* (1906), Folio classique, 2008, pp. 140-143.

² H. MELVILLE, *Moby Dick*, (1851), Folio Classique, 1996, p. 177.

2. Nous sommes à la fin du jour, et le visage du juge pénal est sinistre : la loi lui donne le pouvoir de dévaster la procédure pénale par l'exercice arbitraire de sa force. Il ne peut emprunter qu'une seule voie pour l'éviter, en intégrant les préceptes de l'équité. Mais quel est son dessein ? Comment exerce-t-il son office ? Et surtout : qui est-il ? Envisager les mutations de son identité implique au préalable de la dévoiler.

3. **Une identité dévoilée** – L'identité du juge pénal est un arpège³, dont les qualités substantielles, telles les notes d'une partition, entrent en jeu le plus souvent successivement. L'indépendance, l'impartialité, la collégialité, la publicité, le professionnalisme, la célérité, l'existence d'une voie de recours et l'autorité de la chose jugée : garanties fondamentales à la figure du juge répressif, laquelle se trouve le plus souvent amputée, au moins de l'une d'elles, si ce n'est de plusieurs. Lorsqu'elles se trouvent enfin réunies, ces qualités forment un accord parfait. À telle enseigne qu'une seule *appogiature*⁴, parmi elles, suffit à créer une symphonie. Consacrées au niveau européen (I), concédées en droit interne (II), les exigences qui la forment sont toutefois aujourd'hui solidement établies.

I – Une identité européenne

4. L'évocation d'une bonne justice pénale dans le modèle international et européen du procès se traduit par des principes directeurs, lesquels servent de guide à notre législateur : « Véritable socle de standards d'une bonne justice, ces droits fondamentaux du procès contribuent à la modélisation des procès, quels que soient le type de contentieux et le pays »⁵. Or, l'intervention d'un membre de l'autorité judiciaire doit être retenue comme la garantie la plus fondamentale de la matière pénale. Dans ce contexte, la nature de l'autorité judiciaire s'établit par des qualités impérieuses (A) et se double de qualités dérivées (B).

³ Descendant ou ascendant, l'arpège est constitué par l'ensemble des notes d'un accord, jouées successivement, du grave à l'aigu, ou inversement.

⁴ De l'italien *appoggiare*, qui signifie soutenir, l'*appogiature* est en musique une note d'ornement, étrangère à l'accord avec laquelle elle est entendue, qui, en la retardant, met en valeur la note principale. Hors mesure, elle permet donc d'insister sur la note suivante.

⁵ J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2021, p. 285, n° 357.

A) Les qualités impérieuses

5. La tromperie lexicale – Comme il vient d’être dit, ce serait une profonde utopie que de vouloir analyser les évolutions du juge pénal en se référant uniquement à la terminologie qui le désigne. Fécond, le lexique qui s’attache au juge répressif est quelque peu corrompu, de sorte qu’il nous incombe de retracer fidèlement les traits caractéristiques de son identité pour la déterminer. « *Juge* », « *magistrat* », « *tribunal* », « *juridiction* », « *autorité juridictionnelle* » et même, « *autorité judiciaire* » : autant de synonymes, ou de faux-semblants, qui révèlent la finesse de la tromperie juridique⁶. Le juge est bien celui qui dit le droit, à l’occasion des litiges qui lui sont soumis, lesquels relèvent de la commission d’une infraction, en matière de répression. Quelle que soit son autorité, il ne peut cependant demeurer gardien de la liberté individuelle, lorsque sa dénomination est galvaudée par des figures extérieures. Par conséquent, l’étude des métamorphoses, des changements, ou des transformations du juge pénal, ne peut se fier à l’étymologie et implique de déterminer par une autre méthode le sujet de telles mutations.

6. Les garanties fondamentales – À ce titre, il convient de s’accorder sur un modèle unique, un profil commun, qui rejoint la modélisation du procès évoquée en amont, sous le prisme d’une « bonne justice pénale ». Les règles du procès équitable, auxquelles la France a adhéré en ratifiant la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales⁷, se présentent comme une piste convaincante. Le juge pénal fait en ces lieux l’objet d’un consensus, rejoignant la notion d’autorité judiciaire, dont les qualités impérieuses sont précisément énumérées. Puisque la garantie première en matière pénale correspond justement à l’intervention d’une autorité judiciaire à tous les stades procéduraux, il importe de se focaliser sur la définition de son identité, au niveau européen. L’obtention d’un brevet d’équité, pour l’autorité judiciaire, exige des qualités primitives que sont l’indépendance (1) et

⁶ Le lexique des termes juridiques précise ainsi, sous le terme magistrat : « Ne pas confondre avec juge. Ex. sont des juges, non des magistrats, les arbitres nommés par les parties ; sont des magistrats, non des juges, les membres du parquet ». V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige PUF, 13^{ème} éd, 2020.

⁷ La France aura tout de même attendu vingt-quatre ans pour ratifier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, le 3 mai 1974.

l'impartialité (2) : « l'une, l'indépendance, est un statut, alors que l'autre, l'impartialité, est une vertu »⁸.

1. L'indépendance du juge pénal

7. L'indépendance au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme – L'appartenance à l'autorité judiciaire se mesure à l'aune de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon lequel : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial⁹, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Dans son volet pénal, le texte protège bien évidemment par ce biais les droits de l'accusé¹⁰, en ce qu'il lui assure le droit à un procès équitable, avant de lui garantir le droit au respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, dans les deux paragraphes suivants. Si le texte n'est pas exclusif à la matière répressive, il y trouve une résonance accrue, puisqu'elle constitue le berceau des atteintes à la liberté individuelle. Au regard de la procédure pénale, l'article 5 se positionne d'ailleurs en écho, instituant un contrôle judiciaire en matière d'arrestation ou de détention. Selon le troisième paragraphe du texte, toute personne arrêtée ou détenue « doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». L'incidence du titre n'est donc pas significative : juge ou magistrat habilité par la loi, il importe seulement que l'autorité soit indépendante et impartiale pour être qualifiée de « judiciaire ».

8. Ainsi, le principe dépasse de loin le juge, puisque toute instance disposant d'un pouvoir de juger, au sens de l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, doit revêtir ces grandes qualités ; mais il rejoint fondamentalement les valeurs de la matière pénale,

⁸ J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 355, n° 413.

⁹ Nous soulignons.

¹⁰ En droit européen, le terme doit être entendu *lato sensu*, en ce qu'il ne concerne pas exclusivement la Cour d'assises. La notion « d'accusation en matière pénale » est ici autonome, rejoignant une conception matérielle, qui peut se définir ainsi : « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale », et qui prend en considération « les répercussions importantes » sur la situation du suspect (CEDH, 27 février 1980, *Deweert c/ Belgique*, req. n° 6903/75, § 42-46 ; CEDH, 15 juill. 1982, *Eckle c/ Allemagne*, req. n° 8130/78, § 73, et aussi CEDH [Grande ch.], 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 50541/08, n° 50571/08, n° 50573/08 et al. § 249 ; CEDH [Grande ch.], 12 mai 2017, *Simeonovi c/ Bulgarie*, req. n° 21980/04, § 110).

qui sont par essence attachées à la liberté. Résolument européenne, l'identité du juge pénal se nourrit de telles exigences, l'article 6 étant d'application directe devant les juridictions nationales. En cela, le statut du juge pénal doit lui assurer de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions. Par l'intermédiaire de ces garanties institutionnelles, il ne s'agit donc pas seulement de pouvoir accéder à un juge, mais de pouvoir accéder à un « bon juge »¹¹, c'est-à-dire une justice pénale de qualité.

9. Au sein de l'institution judiciaire, ces droits fondamentaux « protègent la quintessence même des droits de l'homme, tels qu'ils sont conçus aujourd'hui dans notre société démocratique »¹². En cela, l'indépendance des juridictions pénales est communément reconnue par les instruments internationaux, qu'il s'agisse de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou encore de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³. Compte tenu de la large portée des textes, un juge indépendant n'est certes pas nécessairement un juge pénal. Toutefois, un juge dépourvu d'indépendance ne peut en aucun cas être un juge pénal. Il ne faut donc pas se fier à l'appellation du sujet des mutations procédurales, mais procéder *a contrario*, en le reconnaissant intuitivement selon ses plus grands traits. La jurisprudence de la Cour européenne en dresse le fidèle portrait, de manière à rendre le juge pénal parfaitement identifiable, par des critères singuliers.

10. L'indépendance interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme
– Il s'agit ici de se référer à la jurisprudence classique de la Cour européenne, qui reconnaît un tribunal, et par extension, un juge pénal, par son indépendance à l'égard du pouvoir exécutif et des parties¹⁴. L'indépendance est avant tout la preuve d'une séparation des pouvoirs, seule condition à même de garantir la prééminence du droit au sein de l'institution judiciaire. Elle protège en cela le juge pénal de toute interférence

¹¹ V. S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel ; droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2021, p. 857, n° 456. L'indépendance et l'impartialité sont ici reconnues comme les garanties les plus importantes d'une bonne justice.

¹² P. BONFILS, C. AMBROISE-CASTÉROT, *Procédure pénale*, PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., 2020, n° 218, p. 162.

¹³ Art. 10 de Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁴ CEDH, 18 juin 1871, *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, série A, n° 1, req. n° 2832/66 ; n° 2835/66 et n° 2899/66.

étatique, l'indépendance statutaire étant ainsi le gage de son indépendance fonctionnelle.

11. L'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp contre Belgique*, rendu le 18 juin 1971¹⁵, a donné à la Cour de Strasbourg l'occasion d'établir les modalités d'une telle qualité identitaire au regard du mode de désignation du juge, de la durée de son mandat, de l'existence de garanties contre les pressions extérieures et de l'apparence d'indépendance qu'il présente. Depuis cette date, la Cour contribue à livrer l'identité du juge pénal par la richesse de ses décisions, lesquelles nous permettent aujourd'hui de le distinguer ostensiblement : « Si l'indépendance est consubstantielle à l'idée de justice, elle est longtemps restée une garantie recelant une grande part d'indétermination et c'est l'œuvre du juge européen que d'avoir élaboré une grille d'analyse, un faisceau d'indices, permettant d'évaluer ce degré d'indépendance »¹⁶. Dans cette perspective, il faut admettre la possibilité pour le juge d'être désigné par le parlement, ou même le gouvernement, s'il n'est soumis à aucune influence ni à aucune pression lorsqu'il exerce ses attributions juridictionnelles¹⁷. L'inamovibilité est en revanche corrélative à l'indépendance, de façon à empêcher toute ascendance sur la carrière du juge, et ce, tout au long du mandat¹⁸. Elle rejoint à cet égard la prohibition des pressions à l'encontre du juge, qui doit impérativement garantir au justiciable l'absence d'influence intérieure ou extérieure sur la décision judiciaire¹⁹. Enfin, la Cour s'est tout particulièrement attachée à l'apparence d'indépendance du tribunal, en se fondant sur le regard « d'un observateur objectif » pour en déterminer la teneur²⁰.

12. L'arrêt *Thiam contre France*, rendu le 18 octobre 2018²¹ a justement permis d'apprécier la position de la Cour de Strasbourg sur le mode de nomination des magistrats français, avec une différence notable, selon qu'ils appartiennent au siège ou au parquet. L'affaire concernait la constitution de partie civile du président de la République de l'époque, M. Nicolas Sarkozy, dans le cadre d'une escroquerie dont il

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ V. L. MILANO, « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », Les cahiers du Conseil constitutionnel, N° 3, oct. 2019.

¹⁷ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, req. n° 7819/77 et n° 7878/77, série A, n° 80, § 79.

¹⁸ *Ibidem*, § 80.

¹⁹ CEDH, 10 oct. 2000, *Daktaras c/ Lituanie*, req. n° 42095/98.

²⁰ CEDH, 25 août 2005, *Clarke c/ Royaume-Uni*, req. n° 23695/02.

²¹ CEDH, 18 oct. 2018, *Thiam c/ France*, req. n° 80018/12.

s'estimait victime. Le défaut d'indépendance et d'impartialité des magistrats avait été soulevé par le requérant, eu égard à la nomination de ces derniers, par décret du président de la République, sur proposition du ministère de la Justice. De manière inédite, les garanties statutaires des juges du siège ont été analysées par le juge européen, qui a validé la protection contre d'éventuelles atteintes à leur indépendance. Leur inamovibilité – constitutionnellement garantie²² – s'accompagne de règles précises relatives à leur avancement, les décisions étant prises après l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature, lequel statue en matière disciplinaire²³. Par ailleurs, l'avis conforme que ce dernier doit donner pour toute nomination d'un magistrat fut entendu comme une garantie suffisante à l'ingérence du pouvoir exécutif²⁴. Au terme de ces vérifications, elle confirme ici la nature d'autorité judiciaire du juge du siège : « ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation, les magistrats du siège ne sont pas placés sous la subordination du ministère de la Justice et ne subissent aucune pression ou instruction dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle »²⁵.

13. À l'égard des magistrats du parquet, le juge européen reprend sa jurisprudence constante, concluant à leur absence d'indépendance, ces derniers étant placés dans un rapport de stricte subordination envers le pouvoir exécutif. De fait, le ministère public ne dispose d'aucune garantie d'inamovibilité et les conditions de nomination, comme le pouvoir disciplinaire, sont laissés à la discrétion du ministre de la Justice. En tant que partie poursuivante, le ministère public est donc clairement écarté des qualités exigées de la part d'une autorité judiciaire, ce que rappelle la décision *Thiam contre France* : « le ministère public ne saurait être astreint aux obligations d'indépendance et d'impartialité que l'article 6 impose à un "tribunal", c'est-à-dire un organe juridictionnel "appelé à trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence" »²⁶. Toutefois, l'examen de la Cour européenne ne repose pas sur l'article 6, mais sur l'article 5

²² L'article 64 de la Constitution dispose, en son alinéa 4 : « Les magistrats du siège sont inamovibles ».

²³ Confortant cette indépendance, l'acte juridictionnel est sanctuarisé et le magistrat ne peut pas être poursuivi pour le contenu de ses décisions. Il s'agit d'un « grands marqueurs de l'État de droit » (V. C. ARENS, F. MOLINS, « La sanctuarisation de l'acte juridictionnel est un des grands marqueurs de l'État de droit », *JCP G* n° 42, 2021, 1084).

²⁴ CEDH, *Thiam c/ France*, *op. cit.*, § 76-82. Il s'agit de l'article 65 de la Constitution, qui prévoit que le gouvernement ne peut nommer un magistrat contre cet avis. La Cour a considéré que l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature constituait donc « une garantie essentielle contre le risque de pressions sur les juges de la part de l'exécutif ». Elle a également souligné la présidence du Conseil assurée par le premier président de la Cour de cassation depuis 2008, et non plus le président de la République.

²⁵ CEDH, *Thiam c/ France*, *op. cit.*, § 77.

²⁶ *Ibidem*, § 70.

paragraphe 3, qui prohibe la détention ou l'arrestation arbitraire. Dans cette dynamique, la Cour européenne a condamné la France pour violation de l'article 5, § 3, de la Convention dans un arrêt du 23 novembre 2010, la requérante ayant été présentée à un « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » plus de cinq jours après son arrestation et son placement en garde à vue²⁷. L'arrêt *Moulin contre France* confirme une position amorcée par la grande chambre quelques mois plus tôt, à l'occasion de l'arrêt *Medvedyev contre France*, rendu le 29 mars 2010²⁸. Par cette invariable ligne jurisprudentielle, le juge européen laisse seulement l'opportunité au ministère public de contrôler une détention ou une arrestation pendant un court délai, après lequel la protection de la liberté individuelle doit être assurée par une autorité judiciaire présentant la garantie d'indépendance²⁹. La Cour européenne des droits de l'homme exclut dès lors les magistrats du parquet, sans aucune équivoque possible, de toute appartenance à l'autorité judiciaire en énonçant que : « du fait de leur statut [...], les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat", au sens de l'article 5, § 3 »³⁰. Selon la Cour de Strasbourg, le parquet n'est donc pas un juge pénal, puisqu'il n'est pas indépendant.

14. L'indépendance discutée par la Cour de justice de l'Union européenne –

Elle recoupe ici le point de vue de la Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, qui s'était exprimée en ce sens à l'égard du mandat européen, la procédure de remise devant « être interprétée en ce sens qu'elle ne vise pas les parquets d'un État membre qui sont exposés au risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part du pouvoir exécutif, tel qu'un ministre de la justice, dans le cadre de l'adoption d'une décision relative à l'émission d'un mandat

²⁷ CEDH 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, req. n° 37104/06, § 55 s., *AJDA* 2011. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.* 2011, 338, note J. PRADEL ; *ibid.* 2010, 2761, édito. F. ROME ; *ibid.* 2011, 26, point de vue F. FOURMENT ; *ibid.* 277, note J.-F. RENUCCI ; *RFDA* 2011, p. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *RSC* 2011, p. 208, obs. D. ROETS. Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674, *Bull. crim.* n° 207 ; *RSC* 2011, 142, obs. A. GIUDICELLI.

²⁸ CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 ; *Gaz. Pal.* 27 avril 2010, jur. p. 870 ; *JCP G* 2010, n° 14, act. n° 398 et *JCP G* 2010, n° 16, comm. n° 454, obs. et note F. SUDRE ; *D.* 2010, p. 1390, note P. HENNON-JACQUET ; *D.* 2010, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *D.* 2010, p. 898, obs. S. LAVRIC. V. également : P. SPINOSI, « Le ministère public français est-il une autorité judiciaire au sens de la Convention EDH ? », *D.* 2010, entretien p. 952 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, point de vue, p. 970 ; J.-B. THIERRY, « L'arrêt Medvedyev c/ France du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1 - Parquet : 0 », *Dr. pén.* 2010, n° 6, ét. n° 12.

²⁹ V. not. CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et al c/ France*, req. n° 62736/09, *D.* 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET.

³⁰ CEDH 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, *op. cit.*

d'arrêt européen »³¹. Cette interprétation commune a cependant été remise en cause le 12 décembre 2019, la première chambre de la Cour de justice ayant quant à elle feint de considérer le procureur français comme une autorité judiciaire³². Par œuvre de rébellion, ou de conviction, c'est selon, les juges se sont opposés à la Grande chambre, en décidant que le procureur français peut être reconnu comme autorité judiciaire d'émission d'un mandat d'arrêt européen, au sens de l'article 6.1 de la décision-cadre européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002.

15. En effet, tant la procédure d'émission du mandat d'arrêt national que celle du mandat d'arrêt européen sont soumises à un contrôle juridictionnel de proportionnalité, dans le but de garantir le droit à la liberté et à la sûreté du justiciable tel qu'il ressort de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi, la Grande chambre avait pu énoncer que : « l'autorité judiciaire d'émission doit pouvoir apporter à l'autorité judiciaire d'exécution l'assurance que, au regard des garanties offertes par l'ordre juridique de l'État membre d'émission, elle agit de manière indépendante dans l'exercice de ses fonctions inhérentes à l'émission d'un mandat d'arrêt européen ». Elle se référait toutefois, parmi les garanties statutaires que doit présenter l'autorité judiciaire, à l'absence d'instructions individuelles de la part du pouvoir exécutif. Or, la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 a supprimé la possibilité laissée au garde des Sceaux d'adresser des instructions dans des affaires individuelles aux magistrats du parquet³³, point d'achoppement de la discorde entre les deux formations de la Cour de justice.

16. L'interprétation est d'importance, en ce qu'elle ne se limite pas à la délivrance du mandat européen, mais conditionne plus largement l'effectivité du contrôle réalisé par le procureur de la République. La première chambre semble ici éluder l'existence d'instructions générales délivrées par le ministère de la Justice et surtout, l'absence des garanties statutaires inhérentes à la notion d'autorité judiciaire. Cependant, une lecture attentive de la décision révèle quelques subtilités de langage, lesquelles mettent en

³¹ CJUE, arrêts du 27 mai 2019, *PF (Procureur général de Lituanie)*, C-509/18 et *OG et PI Parquets de Lübeck et de Zwickau*, C-508/18 et C- 82/19 PPU.

³² CJUE, 12 déc. 2019, *JR et YC*, n°C-566/19 PPU et C-626/19 PPU.

³³ Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique.

lumière une position paradoxale, relativement proche de la mauvaise foi³⁴. Effectivement, les juges de la première chambre affirment d'abord : « la circonstance que les magistrats sont "chargés de l'action publique et placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques" est sans incidence sur la reconnaissance de la qualité d'autorité judiciaire »³⁵, pour ensuite se dédire, quant à l'appartenance du ministère public français à la notion d'autorité judiciaire.

17. Finalement, le dispositif de la décision estime que les magistrats du parquet d'un État membre peuvent être qualifiés d'autorité judiciaire « dès lors que leur statut leur confère une garantie d'indépendance, notamment par rapport au pouvoir exécutif, dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen »³⁶. En définitive, le raisonnement confine à l'absurdité, la décision étant contraire à l'évidence juridique³⁷. Surtout, l'avènement d'un parquet européen indépendant entre en contradiction formelle avec une telle décision, d'autant plus qu'il s'appuie sur un réseau de procureurs européens délégués, puisant chez les magistrats nationaux³⁸. Les dissensions sont donc profondes et les débats venimeux, lorsqu'il s'agit de décider de l'identité du juge pénal français, et ce, même en droit processuel européen. Mais l'indépendance n'est pas la seule qualité impérieuse du juge pénal, puisqu'elle doit être accompagnée de l'impartialité.

2. L'impartialité du juge pénal

18. Une notion fuyante – L'impartialité agit de concert avec l'indépendance, de sorte qu'il est parfois délicat de les distinguer, les deux notions étant particulièrement proches dans leur acception respective. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a élaboré une doctrine très particulière à l'égard de cette seconde qualité que doit revêtir l'autorité judiciaire. L'absence de parti pris ou de préjugé est inhérente à la fonction juridictionnelle, le partage des responsabilités propre à l'acte de juger ne

³⁴ V. SIZAIRE, « Pour l'honneur du procureur « à la française - À propos de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 12 décembre 2019 », *La Revue des Droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, 2020 (disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/8612>).

³⁵ CJUE, 12 décembre 2019, *JR et YC*, *op. cit.*, cons. 56.

³⁶ *Ibidem*, point 1 du dispositif.

³⁷ O. CAHN, « A Christmas Carol Luxembourgeois : la CJUE consacre l'indépendance du parquet français », *Rev. UE* 1/2020 cité par P. BEAUVAIS, « Chronique Droit pénal de l'UE - L'émergence d'une autorité judiciaire européenne », *obs. ss. CJUE* 12 déc. 2019, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg c/ JR et Openbaar Ministerie c/ YC*, affaires C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, *RTD eur.* 2020, p. 437.

³⁸ Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

pouvant admettre aucune idée préconçue. Cependant, deux facettes différentes ont pu en être dégagées, donnant lieu à un versant objectif de l'impartialité, complété par un versant subjectif. Pierre angulaire du procès équitable³⁹, elle est pourtant qualifiée de « notion fuyante » tant son interprétation est complexe⁴⁰. C'est à l'occasion de l'arrêt *Piersack contre Belgique* que la Cour européenne des droits de l'homme a développé les deux conceptions, en énonçant que l'impartialité « peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »⁴¹. D'une évaluation de l'impartialité fondée objectivement sur l'apparence du tribunal, la Cour de Strasbourg a évolué vers des considérations bien plus subjectives, qui impliquent de tenir compte du comportement et de la conviction du juge. La jurisprudence est abondante et les solutions manquent d'uniformité, mais elles séparent principalement le pré-jugement du préjugé⁴².

19. L'impartialité fonctionnelle – L'absence de pré-jugement relève de l'impartialité fonctionnelle du juge, soit des garanties présentées dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit *a priori* de la séparation des fonctions exercées par le juge pénal, soit l'absence de cumul entre les poursuites, l'instruction et le jugement, et même la peine. Toutefois, la Cour européenne a tendance à dévier de cette ligne directrice, pourtant protectrice des justiciables. En effet, l'impartialité du tribunal étant présumée, elle devra être renversée par l'apport d'une preuve contraire, laquelle est relativement simple lorsqu'il suffit au requérant de démontrer que le juge pénal a participé à la poursuite ou à l'instruction avant d'intégrer la formation de jugement ; ou bien lors d'un cumul de fonctions entre l'instruction et les poursuites⁴³. En revanche, lorsqu'il doit mettre en exergue l'attitude de partialité du juge, comme l'exige le plus souvent la

³⁹ Expression employée par la Cour de justice de l'Union européenne (V. CJCE, 1^{er} juill. 2008, *Chronopost SA et La Poste contre Union française de l'express (UFEX) et autres*, aff. C6341/06P et C-342/06P).

⁴⁰ V. S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel ; droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 937, n° 493 et J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 360, n° 421.

⁴¹ CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, req. n° 8692/79, § 30.

⁴² Pour une distinction entre impartialité fonctionnelle et impartialité personnelle, V. P. COLLET, « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RSC*. 2016, p. 485.

⁴³ Cette démarche objective reposant sur une apparence de partialité était la conception initialement retenue par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 1^{er} octobre 1982, req. n°8692/79, *op. cit.* ; CEDH, 26 octobre 1984, *Cubber c/ Belgique*, req. n° 9186/80).

Cour européenne maintenant, le justiciable doit faire appel à des éléments de preuve beaucoup plus subjectifs. Développée depuis l'arrêt *Hauschildt contre Danemark* du 24 mai 1989⁴⁴, cette perception de l'impartialité fonctionnelle du juge est assez trouble, en ce qu'elle demande finalement la confirmation d'un sentiment subjectif par des éléments objectifs : « Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif (arrêt *Piersack* du 1er octobre 1982, série A n° 53, p. 16, par. 31). L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées ». Le juge européen a de cette façon pu rejeter la partialité d'un juge des enfants qui avait cumulé les fonctions d'instruction et de jugement dans l'arrêt *Nortier contre Pays-Bas* du 24 août 1993⁴⁵, pour la retenir par ailleurs, dans une l'affaire *Adamkiewicz contre Pologne*, le 2 mars 2010, au regard de l'ampleur des investigations menées⁴⁶. L'appréciation de l'impartialité fonctionnelle est devenue assez malaisée au fil du temps, de sorte que la position actuelle rejoint incidemment les considérations relatives à l'impartialité personnelle du juge pénal.

20. L'impartialité personnelle – L'absence de préjugé renvoie donc à l'impartialité personnelle du juge, qui elle aussi subit une certaine dérivation vers une conception subjective. Cet aspect de l'impartialité, directement tourné vers les parties, consiste notamment à évaluer les propos du juge, ou son attitude. Or, les solutions en la matière sont disparates et les arguments qui permettent de retenir ou non la partialité restent relativement ténus, le juge européen s'attachant à une étude au cas par cas des situations considérées. Il a notamment pu retenir une telle lacune lorsqu'un jury d'assises, en France, a tenu des propos racistes à l'égard d'un accusé d'origine maghrébine, reprochant alors au tribunal de ne pas avoir vérifié l'impartialité de sa composition⁴⁷, et l'a rejetée dans une affaire similaire, alors même que des instructions avaient été données aux jurés à l'encontre des préjugés⁴⁸. Complexe, à nouveau, la

⁴⁴ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, req. n° 10486/83.

⁴⁵ CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, req. n° 13924/88.

⁴⁶ CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, req. n° 54729/00. Face au particularisme du juge des enfants, la France a quant à elle interdit au juge qui a renvoyé l'affaire devant une juridiction de jugement de la présider avec la loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants et le Code de la justice pénale des mineurs lui a retiré ses pouvoirs d'instruction. Il existe toujours un risque de partialité, lorsque le juge des enfants incarne le mineur avant qu'il soit déféré, puis participe à son jugement et décide de la peine.

⁴⁷ CEDH, 23 avr. 1996, *Remli c/ France*, req. n° 16839/90.

⁴⁸ CEDH, 9 mai 2000, *Sander c/ Royaume-Uni*, req. n° 34129/96.

notion d'impartialité personnelle doit donc être appréhendée avec prudence, et parfaire l'identité du juge pénal de très hautes exigences quant à son éthique.

21. Si le défaut d'indépendance des magistrats du parquet les rend intrinsèquement inaptes à adopter l'identité d'une autorité judiciaire, et donc celle d'un juge pénal, la Cour européenne des droits de l'homme exclut symétriquement leur défaut d'impartialité. Il convient ici de revenir à la notion d'impartialité fonctionnelle, qui exige la séparation des fonctions judiciaires. Autorité de poursuite, subordonné à l'exécutif, le ministère public n'est pas, selon la jurisprudence strasbourgeoise : « un magistrat habilité » à contrôler la légalité d'une arrestation ou d'une détention, puisqu'il lui est loisible de renvoyer l'intéressé devant une juridiction de jugement⁴⁹. Fort logiquement, la possibilité d'exercer des poursuites à l'encontre de la personne détenue ou arrêtée entache le juge de partialité, la seule possibilité de cumul des fonctions suffisant à en donner l'apparence, qu'elle soit effective ou non. Toujours est-il que le magistrat du parquet ne devrait aucunement faillir à l'impartialité personnelle, une simple obligation de loyauté n'étant pas suffisante à protéger le justiciable contre les convictions personnelles de l'autorité de poursuites. À ce titre, une recommandation adoptée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale oriente précisément les États sur une telle garantie, qui doit s'exercer dans ses devoirs et responsabilités à l'égard des justiciables : « dans l'exercice de sa mission, le ministère public doit notamment agir de façon équitable, impartiale et objective »⁵⁰.

22. Notre Constitution dispose sobrement, en son article 64, que le Président de la République « est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire », sans préciser qui est l'autorité en question⁵¹, ni se référer à l'impartialité. De façon paradoxale, seul l'article 31 du Code de l'organisation judiciaire renvoie directement à l'impartialité à laquelle est tenue le magistrat du ministère public. L'article préliminaire du Code de procédure pénale exige néanmoins que la procédure pénale soit équitable et contradictoire et préserve l'équilibre des droits des parties. Or, ce devoir d'équité

⁴⁹ CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, *op. cit.* ; CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, *op. cit.*

⁵⁰ Recommandation Rec(2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000 (art. 24, a).

⁵¹ Un indice se glisse toutefois à l'alinéa 4, puisque l'article mentionne l'inamovibilité du juge du siège, et ne traite à aucun moment du magistrat du parquet.

renvoie nécessairement à l'indépendance, comme à l'impartialité. La neutralité du juge pénal s'interpose donc comme la seconde grande caractéristique de son identité. Assemblée à l'indépendance, elle trace une ligne médiane de reconnaissance, qui admet également des qualités dérivées.

B) Les qualités dérivées

23. Ce sont bien les garanties qui entourent le statut du juge pénal qui bâtissent son identité, en lui offrant la légitimité exigée. Aux côtés de l'indépendance et de l'impartialité, qui forment son visage, d'autres qualités en sont les dérivées, formant quant à elles son corps. Ces dernières multiplient les indices de personnalité, participant activement, à leur tour, à la mise en œuvre des règles du procès équitable.

24. Le professionnalisme – L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est à ce titre éloquent, en ce qu'il complète utilement les règles du procès équitable déjà énoncées, par une référence à la compétence de l'autorité judiciaire : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi »⁵². Au-delà des qualités déjà mentionnées par l'article 6 de la Convention européenne, apparaît donc ici une précision intéressante, eu égard à la compétence du tribunal qui décidera du bien-fondé de l'accusation. Si les règles du procès équitable ne font pas expressément allusion à cette exigence, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la valeur d'une justice professionnelle, qu'elle relie directement à la notion d'impartialité. Ainsi peut-elle évaluer le respect de l'impartialité fonctionnelle en se référant, notamment, aux compétences professionnelles du juge pénal. L'existence d'une formation et d'une expérience professionnelle est ainsi perçue comme des gages de sagesse susceptibles de réduire les risques de partialité : « Il convient également d'observer que les juridictions appelées à connaître de la cause du requérant étaient entièrement composées de juges professionnels jouissant d'une expérience et d'une formation leur permettant d'écarter toute influence extérieure au

⁵² Art. 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

procès »⁵³. La procédure pénale française fait effectivement appel à des magistrats professionnels, par principe, et admet le juge non professionnel, uniquement par exception. Elle admet en cela que juger est un métier.

25. La célérité – Exigence cardinale du procès équitable, la célérité de la procédure pénale semble presque concurrencer l'indépendance ou l'impartialité, tant les références à cette qualité sont constantes, ou plutôt croissantes, dans les textes nationaux. Il y a certainement ici une certaine ironie de l'Histoire, compte tenu des nombreuses condamnations dont la France a fait l'objet en la matière. Récemment encore, les juridictions nationales ont été sanctionnées dans une affaire où sept années d'instruction s'étaient écoulées entre la garde à vue et l'ordonnance de non-lieu, le délai procédural étant bien évidemment considéré excessif par le juge européen⁵⁴. Aussi, l'article 6 de la Convention européenne évoque en son troisième paragraphe « le plus court délai » d'information de l'accusation portée contre une personne et de façon plus générale, le premier paragraphe exige le respect d'un délai « raisonnable » dans le cadre du procès. L'article 5, quant à lui, exige au troisième paragraphe que la personne arrêtée ou détenue soit « aussitôt » traduite devant un juge et au paragraphe suivant, que le tribunal statue « à bref délai » sur la détention. Le terme est repris à la fois par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Pacte des droits civils et politiques⁵⁵, tant et si bien qu'il constitue aujourd'hui un véritable standard juridique international.

26. La France reconnaît cette qualité, puisqu'elle l'érige en principe, en l'inscrivant dans le Code de l'organisation judiciaire sous une formule similaire. Ainsi, l'article L. 111-3 dispose que « Les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable » et l'article préliminaire du Code de procédure pénale reprend la même formule en son troisième paragraphe : « Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable ». Toutefois, la référence à la raison, pour évaluer la lenteur de la justice, est loin d'être aisée. Dans un arrêt *Zannouti contre France* du 31 juillet 2001, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé à

⁵³ CEDH, 8 déc. 2009, *Previti c/ Italie*, req. n° 45291/06. Également en ce sens : CEDH, 3 avr. 2001, *D'Urso et Sgorbati c/ Italie*, req. n° 52948/99 et CEDH, 5 avr. 2001, *Priebke c. Italie*, req. n° 48799/99.

⁵⁴ CEDH, 8 fév. 2018, *Goetschy c/ France*, req. n° 63323/12.

⁵⁵ Art. 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et art. 47, al. 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

nouveau ses attentes, en énonçant que la durée d'une procédure « s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes »⁵⁶. Le critère est par définition fluctuant, aboutissant à des solutions hétérogènes, en fonction du procès considéré. De surcroît, la Cour de cassation l'amoinde considérablement, en refusant l'annulation des procédures affectées par une durée déraisonnable⁵⁷ et la transmission au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité lorsqu'elles contestent l'absence de sanction d'une telle violation de la célérité procédurale⁵⁸.

27. De plus, « l'obsession »⁵⁹ conventionnelle de garantir un délai procédural raisonnable trouve une réponse quelque peu décalée en droit national. Cette obsession de l'efficacité est certes partagée, mais elle ne fait pas écho à la même célérité. Face à la longue privation de liberté dont certains justiciables sont parfois l'objet, en raison des délais des investigations ou des délais de jugement notamment, les autorités publiques nationales multiplient les procédures accélérées. Or, l'objectif poursuivi n'est pas tant l'intérêt d'une bonne justice, au regard du sacrifice consenti sur le terrain du procès équitable. Bien souvent, en effet, les avantages de cette justice simplifiée se traduisent par une efficacité répressive plus que de durée. Surtout, l'accélération de l'office du juge, en matière pénale, a pour conséquence directe la violation d'autres droits fondamentaux, tels l'indépendance, l'impartialité, ou les droits de la défense. Face à la fragmentation de leurs fonctions : « Les jeunes générations de magistrats, pourtant sensibles à cet objectif d'une justice "efficace", disent ressentir un décalage entre un idéal de justice qui a motivé leur entrée dans la magistrature et cet impératif de gestion qui ne parle plus que de chiffres »⁶⁰. L'identité du juge pénal ne peut se

⁵⁶ CEDH, 31 juill. 2001, *Zannouti c/ France*, req. n° 42211/98, § 51. La Cour a déjà eu l'opportunité d'énoncer ces critères dans de nombreuses décisions, v. not. CEDH, Grande ch., 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi c/ France*, req. n° 25444/94, § 67 et CEDH, 27 juin 1997, *Philis c. Grèce*, req. n° 19773/92, *Recueil 1997-IV*, p. 1083, § 35.

⁵⁷ V. Cass. crim. 3 fév. 1993, n° 92-83443, *Bull. crim.* n° 57, *D.* 1993, p. 515, note RENUCCI ; Cass. crim., 24 avr. 2013, n° 12-82863, *Bull. crim.* n° 100 ; *Dr. pén.* 2013, comm., n° 99, obs. A. MARON et M. HAAS, *Gaz. Pal.* 21/23 juill. 2013, p. 47, note F. FOURMENT ; *Procédures* 2013, comm., n° 221, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.

⁵⁸ Cass. crim., 14 déc. 2011, n° 11-90099, n° 11-90100, n° 11-90101, n° 11-90102.

⁵⁹ L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme mentionne cette exigence, l'article 5 reprend le terme à trois reprises. Le fait que cette exigence procédurale revienne très souvent, comme une obsession, est souligné par MM. J. BUISSON et S. GUINCHARD dans leur ouvrage (*Procédure pénale, op. cit.*, p. 380, n° 430). V. G. LUCAZEAU, « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ? », *JCP G* 2009, I, doct. 103 ; B. NICAUD, « Délai raisonnable et droit européen, *AJ pén.* 2017, p. 163.

⁶⁰ B. BERNABÉ, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, « La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXIème siècle », Rapport de l'IHEJ remis au mois de mai 2013 (disponible sur le site de l'IHEJ www.ihej.org) ; publication augmentée de deux chapitres sous le titre Prudence et autorité (Synthèse du Rapport, p. 5). V. également, B. BERNABÉ, A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, *Juges et procureurs du XXIe siècle*, éd. O Jacob, 2014.

défaire, bien sûr, de l'exigence de célérité, mais elle ne doit en aucun cas permettre de négliger ses autres qualités.

28. À trop confondre efficacité et célérité, la procédure pénale oublie bien souvent le précepte selon lequel : « Rien ne sert de courir, il faut partir à point »⁶¹. L'identité du juge pénal est à ce prix : s'il lui faut impérativement rendre ses décisions dans un délai raisonnable, il n'est pas question pour autant de se délester des autres garanties fondamentales. La célérité est effectivement une règle du procès équitable, corollaire de l'indépendance et de l'impartialité du juge, en tant qu'elle participe directement à l'équilibre du procès pénal. L'agrégat des qualités attendues de la part du juge pénal est justement vecteur d'une certaine efficience dans l'exercice des fonctions, son professionnalisme lui permettant notamment de rendre justice dans un délai raisonnable. Mais l'efficacité judiciaire n'est pas synonyme de rentabilité répressive, de sorte que l'identité du juge doit lui permettre d'être rapide, sans juger de manière expéditive.

29. La publicité – La transparence de la justice est loin d'être une exigence nouvelle, cette dernière représentant un fondement du procès équitable. Reconnue par la majorité des textes internationaux et européens⁶², elle est un véritable pilier de l'identité judiciaire. La Cour européenne des droits de l'homme l'adosse aux qualités impérieuses du juge pénal, en reconnaissant « qu'elle préserve la confiance des justiciables dans l'institution judiciaire et participe pleinement, par cette transparence, du droit à un procès équitable et de sa finalité »⁶³. À cet égard, le juge européen a pu déduire la partialité du juge pénal français de l'absence de publicité des débats, faute pour le requérant d'avoir pu connaître « l'identité » des personnes composant la juridiction⁶⁴. En cela, la publicité est bien une qualité dérivée, qui protège les justiciables d'une justice cachée, puisqu'elle ne saurait être contrôlée si elle n'est pas

⁶¹ J. DE LA FONTAINE, *Le lièvre et la tortue*, dixième fable du livre VI du premier recueil des Fables de La Fontaine, édité pour la première fois en 1668.

⁶² V. art. 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et art. 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁶³ CEDH, 8 déc. 1983, *Axen c/ Allemagne*, req. n° 8273/78, série A, n° 72, § 25 ; CEDH, 22 fév. 1984, *Sutter c/ Suisse*, req. n° 8209/78, série A, n° 74, § 26 ; CEDH, 29 oct. 1991, *Helmers c/ Suède*, req. n° 11826/85, série A, n° 212-A, § 33-36.

⁶⁴ Nous soulignons. V. CEDH, 20 janv. 2011, *Vernes c/ France*, req. n° 30183/06, *Procédures*, mars 2011, n° 93, obs. FRICERO.

exposée⁶⁵. Toutefois, les deux aspects qu'elle recouvre – publicité des débats et publicité du jugement – ne sont pas entendus aussi strictement. Effectivement, alors que la publicité du prononcé du jugement n'admet pas de dérogation⁶⁶, les débats peuvent parfois se faire à huis clos. D'abord, la transparence ne concerne que le procès *stricto sensu*, la phase préparatoire et la phase d'exécution de la peine n'étant pas soumises à cet impératif⁶⁷. Mais au sein même du prétoire, la Cour européenne des droits de l'homme accepte le renoncement de l'intéressé à cette garantie de bonne justice⁶⁸, concède son exclusion dans de multiples cas comme celui de la minorité⁶⁹ et se contente du respect d'une telle règle à l'un des deux degrés du procès⁷⁰. Plus encore, la visioconférence satisfait une telle exigence⁷¹. En France, l'autorité judiciaire se conforte à cette position, puisque le Conseil constitutionnel rejoint en tous points une telle position : « il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique »⁷². De la sorte, la publicité intègre l'identité du juge pénal, bien qu'elle soit parfois aménagée.

30. La collégialité – Malgré les garanties évidentes qu'elle présente, la collégialité n'est pas un droit fondamental du procès. Le principe ne connaît pas de consécration conventionnelle et l'ordre interne ne lui reconnaît pas valeur constitutionnelle. L'identité européenne du juge pénal ne retient donc pas un tel critère, qui est simplement un principe d'organisation des juridictions. Toutefois, l'attachement national à la règle de la collégialité se perçoit aisément, le Conseil constitutionnel ayant exigé que le législateur ne puisse instaurer le juge unique que si l'égalité entre les citoyens est respectée⁷³. En cela, il ne lui est pas permis de déléguer ce choix à un tiers, le législateur étant responsable d'une telle orientation procédurale. Elle s'insère, de ce

⁶⁵ CEDH, 24 nov. 1997, *Werner c/ Autriche*, req. n° 21835/93 : *JCP* 1998, I, 107, n° 27, obs. F. SUDRE ; *RSC* 1998, 393, obs. R KOERING-JOULIN.

⁶⁶ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁶⁷ CEDH, 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, req. n° 73053/01, *JCP* 2007, I, 106, n° 9.

⁶⁸ CEDH, 18 octobre 2006, *Hermi c/ Italie*, req. n° 18114/02.

⁶⁹ CEDH, 16 déc. 1999, *T. et V. c/ Royaume-Uni*, req. nos 24888/94 et 24724/94, *JCP* 2000. I. 203, n° 16, obs. SUDRE ; *LPA* 28 janv. 2000, chron. BULIER.

⁷⁰ CEDH, 21 sept. 1993, *Kremzow c/ Autriche*, req. n° 12350/86, série A, n° 268-B, § 58-59, *Droit européen des droits fondamentaux*, n° 118, note J.-F. RENUCCI.

⁷¹ CEDH, 5 janvier 2007, *Marcello Viola c/ Italie*, req. 45106/04.

⁷² Conseil Constitutionnel, décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁷³ Cons. const. n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale.

fait, comme une garantie de bonne justice qu'il convient d'attribuer à l'identité nationale du juge pénal, en tant que qualité dérivée. Il est à ce titre assez significatif de constater combien la collégialité se renforce en fonction de la gravité des infractions, un jury étant appelé au jugement des crimes, ou bien de la hiérarchie des juridictions, le recours au juge unique étant exclu pour les juridictions d'appel et de dernier recours. L'application contrastée dont le principe de collégialité fait néanmoins l'objet est regrettable, en ce qu'il contribue directement à renforcer l'impartialité du juge pénal, par l'équilibre des opinions. En ce sens, l'identité du juge pénal doit tendre, autant que possible, à l'établissement de décisions collectives et rompre l'isolement par la mise en œuvre d'une justice confraternelle.

31. L'existence d'une voie de recours – Il ne saurait exister d'autorité juridictionnelle sans qu'un recours contre les décisions soit permis, ce que la Convention européenne des droits de l'homme mentionne dans son Protocole 7 additionnel. L'article 2 reconnaît en effet dans son premier paragraphe le droit à un double degré de juridiction en matière pénale : « Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi ». Le droit conventionnel n'exige pas nécessairement l'existence d'une voie d'appel, le pourvoi en cassation suffisant à satisfaire la qualité requise⁷⁴. Le droit onusien fait preuve de la même exigence, mais permet le recours à une juridiction supérieure à la fois pour la personne condamnée et pour celle qui a simplement avoué les faits⁷⁵, alors que la Convention européenne s'attache uniquement à la déclaration de culpabilité ou à la condamnation. La France a émis une réserve lors de la ratification de la Convention, en ce que « l'examen par une juridiction supérieure se limite à un contrôle de l'application de la loi tel que le recours en cassation », de sorte que rien ne l'oblige à prévoir un recours en fait. Néanmoins, l'existence d'une voie de contestation uniquement ouverte en droit est rare, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 ayant

⁷⁴ La Cour européenne des droits de l'homme eut l'occasion de le préciser à l'occasion de plusieurs décisions concernant la Cour d'assises française, avant et après la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, laquelle a justement ouvert une voie d'appel en matière criminelle : CEDH, 30 mai 2000, *Loewenguth c/ France*, req. 53183/99 ; CEDH, 22 juin 2000, *Deperrois c/ France*, req. 48203/99 et CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c/ France*, req. n° 29731/96.

⁷⁵ Art. 14, Paragraphe 5, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

notamment offert la possibilité d'interjeter appel des décisions rendues par la Cour d'assises. Ainsi, outre la valeur constitutionnelle du principe du double degré de juridiction reconnue par la décision *Sécurité et Liberté* de 1981⁷⁶, l'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose lui-même que « Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction ». En conséquence, l'identité du juge pénal, pour être garante de l'équité processuelle, doit impérativement se doter de cet « instrument de la liberté »⁷⁷.

32. L'autorité de la chose jugée – Ce corpus identitaire ne saurait toutefois donner vie à l'identité du juge pénal, s'il ne lui était reconnu l'autorité de la chose jugée. Parmi les effets attachés à la décision juridictionnelle, le plus essentiel de tous demeure l'extinction de l'action publique : « Ce qui a été définitivement décidé par la juridiction pénale ne peut plus être remis en cause, même si la nouvelle loi est plus indulgente que l'ancienne »⁷⁸. Le principe est fondamental et rejoint la règle *non bis in idem*, soit l'interdiction d'être jugé deux fois pour les mêmes faits⁷⁹. Ainsi, une telle norme est expressément reconnue par les dispositions conventionnelles, l'article 4 du Protocole n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme exprimant l'exigence en ces termes : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ». Il est édicté, de la même façon, au sein de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸⁰ et de la Convention d'application des Accords de Schengen⁸¹. D'ordre public, l'autorité de la chose jugée fait donc battre le cœur du juge pénal, l'ensemble des qualités dérivées constituant son corps, tandis que l'indépendance et l'impartialité demeurent l'âme des jugements.

⁷⁶ Cons. const., Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

⁷⁷ J.-L. THIREAU (dir.), *Les Voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, PARIS, PUF, 1995.

⁷⁸ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 7ème éd., Coll. Droit fondamental, PUF, 2021, n° 75, p. 99.

⁷⁹ H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 8ème éd., 2021.

⁸⁰ Art. 14, § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays ».

⁸¹ Art. 54 à 58 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO n° L 239 du 22/09/2000, p. 0019-0062.

II – Une identité nationale

33. La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000⁸² a marqué un tournant important pour l'identité nationale du juge pénal, en ce qu'elle a intégré les principes directeurs du procès pénal dans les sources législatives nationales. Sous l'impulsion de la commission « Justice pénale et Droits de l'homme »⁸³, le législateur inscrivait formellement en droit interne les garanties judiciaires des libertés. Mais le Conseil constitutionnel s'en est frontalement émancipé, le modèle constitutionnel ne rejoignant pas l'identité européenne (A) contrairement au modèle de la chambre criminelle (B). Face à la confusion identitaire, il convient de faire le choix d'un modèle consensuel (C).

A) Le modèle du Conseil constitutionnel

34. **Du passeport européen à la carte d'identité française** – La Cour européenne observe dans sa jurisprudence combien le statut des magistrats du parquet semble toujours faire débat au plan interne. Néanmoins, « elle réitère qu'il ne lui appartient pas de prendre position dans ce débat qui relève des autorités nationales »⁸⁴. Solidement doté d'un passeport européen, le juge pénal souffre d'une dissociation de personnalité, au regard de la carte d'identité délivrée par les autorités françaises. Sur ses papiers, l'indépendance et l'impartialité sont des qualités discutées, de telle manière que l'autorité judiciaire peine à être identifiée. Rien ne laissait pourtant présager du glissement actuel, la Constitution reconnaissant en son article 66 que « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Mais le juge constitutionnel s'est affranchi du législateur et des annonces européennes, affirmant le rôle du parquet dans la garantie de la liberté individuelle. Par une formule maintes fois répétée, les Sages – qui ne le sont pas tant ici – ont déclaré : « l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les

⁸² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁸³ Rapport de la commission justice pénale et droits de l'homme sur la mise en état des affaires pénales, présidée par M. DELMAS-MARTY, 1990, La Documentation française.

⁸⁴ CEDH, *Thiam c/ France*, *op. cit.*, § 70.

magistrats du siège et ceux du parquet »⁸⁵. Pourtant, l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature refuse explicitement aux magistrats du parquet une telle indépendance, ces derniers étant « placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice ».

35. Une incompatibilité conventionnelle – Non garantie par la Constitution, démentie par la loi, l'indépendance des magistrats du ministère public fait l'objet d'une interprétation autonome de la part du Conseil constitutionnel. Il développe ainsi une « conception française » de l'autorité judiciaire incompatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁶, laquelle leur refuse l'habilitation à exercer de telles fonctions judiciaires. Le juge constitutionnel ne semble pourtant pas revenir sur ses pas et confie le contentieux de la garde à vue au parquet, lui donnant le même rang qu'un juge pénal indépendant et impartial⁸⁷. Il apporte seulement quelques nuances à son examen de constitutionnalité, en concédant l'intervention d'un magistrat du siège pour la prolongation de la mesure au-delà de quarante-huit heures⁸⁸. Au lieu d'exclure simplement le magistrat du parquet de l'autorité judiciaire, et de s'en remettre au juge du siège pour le contrôle de la liberté individuelle avec la promptitude exigée par la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel s'obstine à déclarer son indépendance, tout en faisant appel au juge du siège à bref délai.

36. Une telle audace s'appuie sur l'idée que les garanties d'indépendance du parquet ne sont pas nulles, si l'on considère notamment l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature dans la carrière, le régime disciplinaire protecteur ou la liberté de parole à l'audience⁸⁹. Mais comment est-il possible d'éluder le rattachement au pouvoir exécutif, qu'il s'agisse des modalités de nomination des membres du parquet ou des instructions générales qu'il reçoit ? Il ne faut pas s'y tromper. Certes, le magistrat du

⁸⁵ Cons. constit., décision n° 93-326 DC, 11 août 1993, relative à la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, cons. 5. La position est réaffirmée de façon constante : v. not. Cons. constit., décision n° 2021-927 QPC, 14 septembre 2021, *Ligue des droits de l'homme [Transmission de rapports particuliers par les procureurs à leur autorité hiérarchique]*, cons. 10.

⁸⁶ V. G. CANIVET, « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de confusion – Examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'interprétation de l'article 66 de la Constitution », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016, pp. 423-440.

⁸⁷ Cons. const., décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, cons. 26.

⁸⁸ *Ibidem*. Le Conseil constitutionnel avait pu considérer auparavant que l'intervention d'un magistrat du siège pouvait être requise pour « certaines » prolongations de garde à vue (Cons. const., décision n° 93-326 DC, 11 août 1993, *op. cit.*).

⁸⁹ V. R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire », Séminaire pédagogique du pôle « Administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009.

ministère public a la même provenance et le même socle de connaissances que le juge du siège, puisque tous deux sont issus du même concours public, lequel leur permet d'intégrer l'École de la magistrature, à Bordeaux. Cette formation commune leur offre d'ailleurs l'opportunité de passer de l'un à l'autre des deux corps pendant leur carrière, de sorte que l'appartenance au siège ou au parquet n'est jamais un choix définitif. Toutefois, l'article 31 du Code de procédure pénale rappelle que le parquet n'exerce pas l'acte de juger. Tout du moins ne devrait-il pas, puisque le législateur lui confie l'exercice de l'action publique et lui permet de requérir l'application de la loi. Autorité de poursuite, il est donc bien une partie à la procédure, caractéristique préjudiciable à l'impartialité d'une autorité judiciaire. À ce titre, et comme n'importe quelle autre partie, il est irrécusable, garantie corrélative à la nature de ses fonctions qui s'ajoute à l'irresponsabilité, puisque les membres sont substituables les uns aux autres. Plus encore, le parquet est un corps hiérarchisé et indivisible, placé sous l'autorité du garde des Sceaux. Ce dernier est à cet égard force de proposition dans la nomination des procureurs, celle-ci intervenant par décret du président de la République, après avis du Conseil supérieur de la magistrature. Les articles 30 et 36 du Code de procédure pénale rappellent en ce sens la nécessité d'obéir aux instructions données par le ministre de la Justice, celui-ci ayant la charge d'assurer la cohérence de la politique pénale déterminée par le Gouvernement.

37. Une identité confuse – Cependant, le statut des magistrats du parquet se nourrit d'ambiguïté et de contradictions. L'adage selon lequel « La plume est servie mais la parole est libre »⁹⁰ est à l'image de l'identité fissurée du ministère public. L'obligation de respecter les consignes ministérielles à l'écrit ne fait pas l'objet d'une automaticité, le procureur général près la Cour de cassation n'ayant pas la possibilité de contraindre le procureur de la République de déclencher des poursuites, ou de l'en empêcher⁹¹. En revanche, le magistrat indocile pourra parfaitement être sanctionné indirectement, en étant déplacé dans une autre juridiction, ou bien en faisant l'objet d'une procédure

⁹⁰ Cass. crim., 16 oct. 1974, n° 74-91272, *Bull. crim.* n° 296. L'article 33 du Code de procédure pénale en reprend la substance : « Il est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 36, 37 et 44. Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice » ainsi que l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, selon lequel : « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre ».

⁹¹ Ce magistrat est au sommet de la hiérarchie des procureurs, selon les articles L. 432-1 et s. du Code de l'organisation judiciaire.

disciplinaire devant le Conseil supérieur de la magistrature. En cela, l'inamovibilité du juge du siège est la règle d'or de l'indépendance, dont le parquet est totalement démuné. La liberté qu'il retrouve à l'audience, en ce que la parole est libre, reste en effet peu garante d'une véritable autonomie, tant la carrière et son avancement sont soumis au pouvoir exécutif par le biais des réquisitions écrites. Cela ne poserait pas de difficulté, si le ministère public n'était pas amené à contrôler des décisions affectant la liberté individuelle, comme une vraie autorité judiciaire, au sens européen du terme.

38. Au-delà de la dépendance incontestable – et pourtant contestée – du parquet⁹², sa partialité fait l'objet de plus de nuances, symptomatiques de son identité confuse. La jurisprudence française ne lie pas le ministère public à l'obligation d'impartialité personnelle, faisant ainsi peu de cas de l'image de la justice lorsque, par exemple, un lien de parenté existe avec la personne mise en cause⁹³. Pourtant, le Conseil de la magistrature, comme le législateur, ont réagi en faveur de la soumission du parquet à une telle qualité. Le premier a pu reconnaître cette obligation à l'occasion d'une procédure disciplinaire s'étant tenue le 21 décembre 1994 : « Considérant qu'en prenant des décisions de poursuite ou de classement dans des procédures mettant en cause des personnes avec lesquelles il était en relation d'affaires, M. X a pu faire légitimement douter de l'impartialité du parquet et qu'il a ainsi, manquant aux devoirs de son état, commis une faute disciplinaire d'une particulière gravité »⁹⁴.

39. La pondération législative – Le législateur, de son côté, est intervenu à plusieurs reprises pour rétablir l'impartialité personnelle, ou du moins, essayer de s'en approcher. D'abord, il instaure des remèdes concrets : un recours par voie hiérarchique

⁹² Cela n'empêche pas le Conseil constitutionnel de valider le statut du parquet et ce cumul de fonctions (V. Cons. Constit., décision n° 2017-680 QPC, 8 décembre 2017, « Union syndicale des magistrats », *Dr. pén.* n° 1, janv. 2018, rep. 1, obs. J.-H. ROBERT ; E. BONIS-GARÇON, « L'indépendance des magistrats du parquet ou le difficile exercice d'équilibriste du Conseil constitutionnel », *Dr. pén.* n° 1, fév. 2018, ét. n° 3 ; H. MATSOPOULOU, « L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet », *JCP G*, n° 3, 15 Janvier 2018, 51). La chambre criminelle de la Cour de cassation a également estimé cette double fonction compatible avec l'article 5 § 3 de la Convention européenne dans un arrêt du 10 mars 1992 (n° 91-86.944 et n° 92-80.389, *Bull. crim.* n° 105) en affirmant que : « toute personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt conduite, sinon devant un juge, en tout cas devant un autre magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires ; que tel est le cas du procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire qui a pour mission de veiller à l'application de la loi ». La Cour de justice de l'Union européenne confirme elle aussi cette possibilité (V. CJUE, 2 décembre 2019, *JR et YC*, *op. cit.*). La Cour européenne des droits de l'homme condamne quant à elle les États lorsque la personne arrêtée ou détenue n'est pas aussitôt traduite devant un juge, ce qui implique la possibilité pour le parquet d'ordonner et de contrôler la garde à vue pendant un délai de deux ou trois jours (V. not. CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et al c/ France*, *op. cit.* V. également les arrêts *Medvedyev c/ France*, *Moulin c/ France* et *Thiam c/ France* précités).

⁹³ V. par exemple Cass. crim., 6 janvier 1998, *Bull. crim.* n° 1, n° 97-81.466. L'arrêt ne retient pas la partialité du tribunal alors que l'avocat général est le parrain du fils du principal prévenu, en retenant que : « le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant ».

⁹⁴ Conseil supérieur de la magistrature statuant comme conseil de discipline des magistrats du parquet, 21 déc. 1994, P023.

contre le classement sans suite avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et l'interdiction des instructions individuelles avec la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013⁹⁵. Ensuite, il proclame l'impartialité à laquelle les magistrats du parquet sont tenus dans l'exercice de l'action publique et l'application de la loi⁹⁶. Il semble même souhaiter implicitement rejoindre une certaine indépendance, qu'il s'agisse de la limite fixée au garde des Sceaux d'adresser aux membres du ministère public des instructions uniquement dans des affaires générales, ou de l'exigence mise en place par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 qui prévoit que les investigations réalisées par le procureur de la République, comme le juge d'instruction, tendent à la manifestation de la vérité et sont accomplies à charge et à décharge⁹⁷. Enfin, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a tenté de mettre un terme à la jurisprudence criminelle en matière d'impartialité personnelle, en incitant le magistrat du ministère public à se retirer d'une affaire en cas de conflit d'intérêts⁹⁸. Complétant le premier alinéa, qui prévoit la récusation du juge du siège, l'intervention législative laisse entendre le souhait d'un certain rapprochement identitaire des deux corps de la magistrature française. Pour l'heure, le parquet ne peut être placé sur un pied d'égalité avec le juge du siège, ce que confirme le modèle choisi par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

B) Le modèle de la chambre criminelle

Être indépendant, c'est n'avoir « rien à craindre ni à désirer de personne »⁹⁹.

40. Un idéal de justice – Au regard de l'identité nationale du juge pénal, le modèle d'autorité judiciaire fixé au niveau européen est perçu comme un idéal à atteindre : « La première garantie, la plus fondamentale en matière pénale est le droit à l'intervention d'un membre de l'autorité judiciaire, souvent un juge, voire un tribunal,

⁹⁵ Lois n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique.

⁹⁶ L'article 31 du Code de procédure pénale dispose que le ministère public exerce ses attributions « dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu »

⁹⁷ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (art. 39-3, al. 2, du Code de procédure pénale).

⁹⁸ Art. L. 111-7, al. 2, du Code de l'organisation judiciaire : « Le magistrat du ministère public qui suppose en sa personne un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer ».

⁹⁹ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire - L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica/P.U.A.M., Coll. Droit public positif, Paris, Aix-en-Provence, 1984, p. 99.

mais pas nécessairement, en tous les cas le droit à un contrôle de chaque phase de la procédure pénale par un membre de l'autorité judiciaire dont il faudra préciser la nature exacte et dont il faut bien dire ici, pour dissiper toute ambiguïté sur le mot utilisé, que cette exigence n'a pas parfois en droit positif français que la valeur d'un idéal à atteindre ; c'est une garantie essentielle de nature à la fois juridictionnelle et institutionnelle ; on la rencontre tant pour une arrestation ou une détention provisoire, que pour le procès au fond, en passant par les fouilles, perquisitions, visites et saisies, le respect de la présomption d'innocence et l'application de la peine »¹⁰⁰. La chambre criminelle tente valeureusement de rejoindre les exigences du procès équitable, en refusant au magistrat du parquet l'identité d'une autorité judiciaire¹⁰¹.

41. Forte de la position européenne, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation se place en contrepoint du Conseil constitutionnel, en réservant l'appartenance à l'autorité judiciaire au juge du siège. Elle a ainsi pu déclarer, par un retentissant arrêt rendu le 15 décembre 2010 que « c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante »¹⁰². La chambre criminelle revient donc à la cohérence souhaitée, en déduisant la somme logique de l'équation conventionnelle. Presque une lapalissade, puisqu'il s'agit simplement de reconnaître une autorité judiciaire par l'addition de l'indépendance et de l'impartialité. La solution de la Cour de cassation aboutit cependant à un résultat similaire, puisqu'elle se détache, comme le Conseil constitutionnel, de la nécessité de traduire la personne arrêtée ou détenue « aussitôt » devant le juge du siège, se suffisant d'une certaine promptitude à sa présentation devant un magistrat habilité¹⁰³. Malgré un niveau de garantie en-deçà des préceptes européens, qu'il s'agisse de l'accès à un juge du siège dans un délai raisonnable ou de l'impartialité

¹⁰⁰ J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, op. cit., p. 286, n° 357.

¹⁰¹ V. not. D. GUÉRIN, MAYAUD, D. SOULEZ LARIVIÈRE, « La procédure pénale française est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? - Le statut du ministère public », in *La procédure pénale française et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes du Colloque du 23 juin 2010, Université Panthéon-Assas, *Rev. de droit d'Assas*, 2010/2, p. 55-64.

¹⁰² Cass. crim., 15 déc. 2010, 10-83.674, *Bull. crim.* n° 207, *Dr. pén.* 2011, n° 2, comm. n° 26, note A. MARON et M. HAAS ; *Dr. pén.* 2011, n° 1, chron. n° 1, obs. V. GEORGET. V. également M. ROBERT, A. MARON et V. GEORGET, « La garde à vue sous contrôle judiciaire », *Dr. pén.* 2010, n° 11, dossier 9.

¹⁰³ Cass. crim., 29 mars 2011, n° 10-87.404, inédit.

personnelle des membres du parquet, la chambre criminelle corrige au moins l'inadéquation du modèle constitutionnel aux exigences conventionnelles.

42. Face aux risques de dérive – Le choix opéré par la chambre criminelle devrait être unanime, en ce qu'il réserve la sauvegarde de la liberté individuelle au juge du siège et prémunit les justiciables des risques de dérive. Le pouvoir du juge pénal, parce qu'il est puissant, fait l'objet de convoitises. Il n'y a pas si longtemps, l'Église concurrençait encore l'État, exerçant une compétence dite « judiciaire », source de répression que la Révolution française devait éteindre, au profit de magistrats républicains. Il ne faudrait sans doute pas s'étonner, en cette période troublée, des résurgences d'un droit « inné de contraindre par des sanctions pénales les fidèles délinquants », proclamé par le canon 1311¹⁰⁴. En proie à la confusion identitaire, l'Église s'égare entre pouvoir pénal et disciplinaire et s'arroge le droit de mener « un procès canonique pénal judiciaire », comme le révèle le Professeur Yves Mayaud, à l'égard d'une sentence prise par l'officialité interdiocésaine de Lyon le 6 avril 2021¹⁰⁵. L'affaire concernait un expert-comptable laïc, exerçant son activité sous un statut libéral auprès d'une institution ecclésiale. Or, l'Église lyonnaise a sanctionné l'intéressé pour sa désobéissance à un supérieur, qui n'en était pourtant pas un au regard de l'emploi considéré, par l'interdiction d'exercer toute fonction d'économiste ou d'administrateur de biens ecclésiastiques pour une durée de cinq ans. En outre, parmi d'autres punitions¹⁰⁶, il fut également condamné à l'interdiction d'exercer toute fonction au sein du conseil économique de toute personne juridique canonique également pour une durée de cinq ans. À nouveau ici, le lexique est trompeur puisqu'il est question, dans le cœur de la décision, « d'un condamné [...] reconnu coupable des faits reprochés »¹⁰⁷. Or, il ne s'agit que d'une sanction disciplinaire, qui s'appuie sur un texte religieux¹⁰⁸ et non d'une peine, qui suppose l'intervention de la justice

¹⁰⁴ Selon le Canon 1311 : « L'Église a le droit inné et propre de contraindre par des sanctions pénales les fidèles délinquants ».

¹⁰⁵ Y. MAYAUD, « Le pouvoir "pénal" de l'Église, ou du mésusage du droit disciplinaire (À propos d'une sentence de l'officialité interdiocésaine de Lyon du 6 avril 2021) », à paraître au *JCP*.

¹⁰⁶ La sentence prononce aussi la déchéance de la distinction de chevalier de l'Ordre de Saint Grégoire le Grand.

¹⁰⁷ L'auteur relève en outre d'autres similitudes avec une véritable décision judiciaire, telle la référence implicite à l'autorité de la chose jugée. V. Y. MAYAUD, « Le pouvoir "pénal" de l'Église, ou du mésusage du droit disciplinaire (À propos d'une sentence de l'officialité interdiocésaine de Lyon du 6 avril 2021) », *op. cit.*

¹⁰⁸ Il s'agit du Canon 231, § 1, selon lequel : « Les laïcs, qui sont affectés de manière permanente ou temporaire à un service spécial de l'Église, sont tenus par l'obligation d'acquérir la formation appropriée et requise pour remplir convenablement leur charge, et d'accomplir celle-ci avec conscience, soin et diligence ». Elle opère ici un rattachement contestable avec les laïcs qui ne sont pas institutionnellement affectés, en décidant que le premier paragraphe « n'exclut pas de son champ les services des laïcs qui relèveraient aussi par ailleurs du droit séculier, que ce soit au titre d'une activité bénévole ou professionnelle », et que « dès lors le canon 231 est applicable tant pour un administrateur bénévole d'association, que pour un expert-comptable professionnel » (sentence, § 9, p. 4). Pourtant, le second paragraphe de la même disposition démontre l'existence d'un pouvoir

étatique. Ici, le juge ne présente pas les garanties fondamentales du procès équitable. Simultanément juge et partie, l'Église se comporte comme un magistrat du parquet, puisqu'elle sanctionne elle-même celui qu'elle poursuit. L'indépendance et l'impartialité, tout comme les autres qualités exigées, sont pourtant le support du droit disciplinaire. Mais le glissement de terrain est bien plus grave, à la lumière du pouvoir investi, puisqu'elle tire sa légitimité pénale d'une utopie. Autocrate dans son royaume, elle exerce un pouvoir arbitraire hors d'une telle sphère. La dimension pénale de la sentence est éclatante et pourtant, en ces lieux, point de légalité.

43. « Il faut se rendre à l'évidence, l'évidence d'une anormalité à corriger. Il y a ingérence dans les droits fondamentaux de la personne, et il appartient aux juridictions nationales de la constater, afin que soit exercé le contrôle qui s'impose, à savoir un contrôle de légalité »¹⁰⁹. L'Église s'interpose dans l'office sanctionnateur du juge pénal sans en avoir reçu la légitimité et sans nullement en rejoindre l'identité. Elle n'est pas une autorité judiciaire et ne bénéficie d'aucune autorisation à la répression des infractions. Le procès pénal est simulé, au préjudice de l'équité. Signe d'une dérive de l'État de droit, « l'évidence de l'anormalité » est le plus souvent ignorée, et parfois même, encouragée par les autorités publiques. Le juge répressif doit renouer avec un visage familier, dont la légitimité institutionnelle a pour baromètre les règles de l'équité processuelle. Il arrive que les juridictions nationales elles-mêmes perdent une telle identité, de sorte qu'il est indispensable de corriger la difformité. Le magistrat du parquet n'est ni indépendant ni impartial, alors qu'il occupe une place prépondérante tout au long de la procédure pénale. Il n'a pas l'identité d'un juge pénal. Aussi, au terme d'une exposition des différents modèles répondant à la notion d'autorité judiciaire, il convient d'aboutir à un consensus car « l'identité terminologique recouvre, d'évidence, des concepts différents »¹¹⁰.

disciplinaire à l'égard des laïcs affectés à un service spécial de l'Église, avec un lien de subordination qui ne saurait s'appliquer en dehors.

¹⁰⁹ Y. MAYAUD, « Le pouvoir "pénal" de l'Église, ou du mésusage du droit disciplinaire (À propos d'une sentence de l'officialité interdiocésaine de Lyon du 6 avril 2021) », *op. cit.*

¹¹⁰ M. ROBERT, « L'Autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juill. 2011.

C) Le modèle consensuel

« Le juge, à n'en pas douter, c'est le magistrat du siège qui exerce des fonctions juridictionnelles, l'ensemble des pays européens ayant sur ce point une tradition commune »¹¹¹.

44. L'identité choisie – Sous l'égide des préceptes européens, le modèle choisi rejoint l'identité du juge du siège, qui est la seule à faire l'objet d'un consensus au regard de l'impérieuse nécessité de sauvegarde des libertés individuelles. Elle constitue un repère, un *visage* familier, auquel l'on attribue les gages de « bonne justice ». L'évocation d'un modèle identitaire devra donc être rattachée, dans le cadre de notre étude, au juge du siège. Mais immédiatement après une telle affirmation apparaît un sujet d'étude bien plus vaste. De fait, puisqu'il se réfère aux mutations de l'identité du juge pénal, l'intitulé suppose un mouvement, et suggère la diversité. Faut-il dès lors exclure tous ceux qui ne sont pas dotés des qualités mentionnées ? Nous ne le croyons pas, même si une telle ligne de partage aurait le mérite de l'efficacité, si chère à notre législateur. En réalité, la procédure pénale intègre des *figures* étrangères, qui détiennent un pouvoir de juger, alors même que le présupposé identitaire ne leur correspond pas. Est-ce à dire qu'il existe de « bons juges » et de « mauvais juges » en matière de répression ? Il convient certainement de se garder de tout jugement hâtif, tant le modèle identitaire peut lui-même renoncer à certains aspects de sa personnalité, lorsque les circonstances l'imposent, malgré les garanties qu'il présente. À l'inverse, des intervenants extérieurs peuvent prendre l'apparence du modèle, sans en offrir les garanties, de sorte que le brouillage des rôles est parfois à son comble. Enfin, la coexistence, au sein du procès pénal, de ces acteurs principaux, est bien souvent admise grâce à l'intervention de *figurants*. Empruntant au modèle identitaire les garanties attendues, ils sont le plus souvent destinés à créer l'illusion d'un procès équitable. Ainsi permettent-ils seulement de valider les décisions d'autrui, sans exercer véritablement la fonction de juger. Les mutations du juge pénal reviennent à déceler les dérives ou la confirmation d'une identité.

¹¹¹ J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 294, n° 363.

45. La déontologie – « Rendre la justice est une fonction essentielle dans un État de droit. Les magistrats ont entre les mains la liberté, l'honneur, la sûreté et les intérêts matériels de ceux qui vivent sur le territoire de la République ». Le préambule de la première version du Recueil des obligations déontologiques du magistrat, publié en 2010, s'ouvrait en ces termes¹¹². Actualisé en 2019, avec le souhait notable de prendre en considération le renforcement de plusieurs règles d'éthique¹¹³, le Recueil s'ouvre toujours sur l'indépendance et l'impartialité, valeurs impérieuses de l'autorité judiciaire. Il ne s'agit certes pas d'un Code de déontologie, puisqu'il n'a pas force réglementaire. Toutefois, il oriente la pratique professionnelle du magistrat, en lui rappelant que l'indépendance est « un état d'esprit, un savoir-être et un savoir-faire qui doivent être enseignés, cultivés et approfondis tout au long de la carrière » et « qu'il ne suffit pas qu'il soit impartial dans l'exercice de ses fonctions, encore faut-il qu'il apparaisse impartial ». L'identité du juge pénal est à présent entièrement dessinée, avec ses notes de tête, l'indépendance et l'impartialité, lesquelles créent une arborescence avec d'autres qualités, telles la célérité et la publicité, sans que la liste ne soit jamais exhaustive¹¹⁴. La procédure pénale, aujourd'hui, tend à l'oublier. Tous les magistrats rencontrés dans le cadre de cette étude confirment les tentatives de rétablissement naturel des dérives institutionnelles, par une pratique soucieuse de la déontologie¹¹⁵. Noble métier que celui de l'acte de juger, dont la légitimité découle précisément des qualités exigées par l'équité du procès. Le Recueil rappelle en ce sens que le magistrat « membre de l'autorité judiciaire, tire sa légitimité de la loi qui l'a voulu indépendant et impartial, principes qui s'imposent aux autres pouvoirs », la méconnaissance de ces impératifs compromettant la confiance du public. Or, la bienveillance et l'éthique des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions ne peuvent à elles seules compenser les défauts identitaires qui altèrent actuellement le modèle choisi, le juge du siège.

¹¹² Introduction du Recueil des obligations déontologiques du magistrat, Conseil supérieur de la magistrature, *Dalloz*, 2019. Ce référentiel a été mis en place par la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats (art. 18), p. 7.

¹¹³ Notamment la notion de conflit d'intérêts avec la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 ou l'interdiction posée par la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 des instructions individuelles.

¹¹⁴ L'oralité des débats, l'exigence de contradictoire, et plus largement, les droits de la défense peuvent notamment assurer une continuité dans l'identité du juge pénal.

¹¹⁵ Par exemple, au cours d'une rencontre avec E. PHELIPPEAU, procureur de la République, Mme M. RAMPI, juge d'instruction et Monsieur M. GRIMBERT, juge des libertés et de la détention, ce dernier expliquait éviter les discussions informelles avec ses collègues du parquet au sujet des affaires en cours, afin de se dégager de tout *a priori* en cas de saisine (entretiens réalisés le 8 décembre 2020, au tribunal judiciaire de Quimper).

46. L'identité de l'autorité judiciaire étant à présent fixée, celle du modèle consensuel est dévoilée. « *Mille millions de mille sabords !* » dirait un autre Capitaine¹¹⁶, à la vue des flancs du bateau, dont les ouvertures laissent l'eau entrer. En France, l'équité procédurale est vacillante, tant l'efficacité judiciaire prime sur les qualités identitaires de son juge. Les réformes se succèdent et la confiance envers l'institution s'étiole, alors même que cette dernière a le devoir d'être exemplaire¹¹⁷. Aussi, il devient ardu de reconnaître les émoluments d'une « bonne justice pénale » parmi les membres de l'autorité judiciaire. Confrontée à une procédure pénale extrêmement mouvante, l'identité judiciaire est mutante, qu'elle soit détruite (Partie 1) ou dévoyée (Partie 2).

¹¹⁶ Célèbre juron du Capitaine Haddock, dans la série de bandes dessinées Tintin, créée à partir de 1929 par le dessinateur et scénariste belge Hergé. Dans le vocabulaire maritime, les sabords désignent les ouvertures carrées ou rectangulaires situées sur les flancs du navire, fermées par des volets et par lesquelles passent les tubes des canons. V. not. HERGÉ, *Les aventures de Tintin : Le Temple du Soleil*, Casterman, 1949, p. 5.

¹¹⁷ V. Avis de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature du 24 septembre 2021 au président de la République, sur la responsabilité et la protection des magistrats.

PARTIE 1 – L'IDENTITÉ DÉTRUITE

« Un juge s'affirme, l'autre s'efface, sans que le législateur affiche clairement son choix. Il est vrai que la réforme de la phase préparatoire suppose une révision du statut du parquet auquel aucun gouvernement n'a pu ou voulu se résoudre jusqu'à présent. La création d'un parquet européen aurait pu servir d'aiguillon ; elle se fait malheureusement attendre. La justice pénale du XXI^e siècle semble être à l'image de la construction européenne : les pas qu'elle accomplit sont de plus en plus petits et la vision qui l'anime est de moins en moins perceptible. Puisse l'avenir nous donner tort ! »¹¹⁸.

47. L'avenir se trouve toujours en pointillés, à présent que le parquet européen est créé. Mais la première phase de la procédure pénale se dirige implicitement vers un choix, qu'elle se refuse encore à formuler à voix haute. L'enquête pénale est en effet au confluent des possibles, en ce qu'elle doit décider de son identité. Elle a su, jadis, dire qui elle était. Incarnée par un magistrat instructeur aux pouvoirs exorbitants, agissant en binôme avec un parquet exécutant, elle avait tranché pour l'efficacité, sans que la question des Droits de l'Homme ne perturbe l'office du juge. Elle ne sait plus aujourd'hui qui elle est. L'arrivée – heureuse – des droits fondamentaux dans le champ des investigations a réduit à néant la dynamique qui l'animait alors. La toute-puissance des enquêteurs ne pouvait plus perdurer, à l'aune de la jurisprudence européenne. Le respect des libertés fondamentales a exigé une rupture de cette alliance entre le juge d'instruction et le magistrat du parquet.

48. La mutation aurait pu consister en la suppression du juge d'instruction, dont les qualités identitaires ne remplissent pas le contrat européen. À la fois chargé d'une quête de vérité et d'une quête d'équité, dans la mesure où il dirige les investigations menées

¹¹⁸ J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - *quo vadis* », *D.* 2017, p. 873.

dans le cadre de l'information judiciaire tout en donnant leur légitimité aux actes juridictionnels, il ne peut être considéré comme un tiers impartial. La mutation aurait dû consister en la suppression du lien de subordination entre le ministère public et le pouvoir exécutif, lien qui l'empêche d'intervenir en tant que tiers indépendant et impartial à la procédure. Le législateur n'a saisi aucune de ces deux options, préférant importer un tiers indépendant et impartial extérieur à l'enquête pénale : le juge des libertés et de la détention. Au contraire, l'augmentation phénoménale des pouvoirs du parquet démontre le souhait de poursuivre vers une logique d'efficacité, au détriment de l'équité. La diminution des pouvoirs du juge d'instruction n'est pas, quant à elle, motivée par des considérations plus humanistes, puisqu'il est surtout question de privilégier les voies simplifiées, au détriment des libertés.

49. Il n'est pourtant plus possible d'ignorer les droits fondamentaux, dont le socle constitue désormais le fondement de l'ensemble des phases processuelles. Le juge des libertés et de la détention se trouve ainsi investi d'une bien noble mission, puisqu'il doit reconstruire les fondations du procès équitable. Architecte d'une étape procédurale en ruine, ce juge du siège possède toutes les qualités attendues du modèle choisi, sans pouvoir les exercer de manière continue. L'équité, encore et toujours, cède le pas à l'efficacité. En définitive, malgré cette tentative de rééquilibrage de la balance judiciaire, la phase préparatoire du procès pénal reste comparable à un numéro d'acrobates. De fait, les rapports triangulaires ambigus instaurés entre les différentes autorités judiciaires qui interviennent dans cette première étape procédurale tentent de masquer la véritable figure du juge pénal.

50. Ainsi, la destruction identitaire de l'enquête est entérinée par les faux-semblants, le juge des libertés et de la détention participant d'abord et avant tout à la cacophonie législative de la phase préparatoire du procès pénal. Aussi, un juge s'efface. Le paradoxe est palpable, tant il demeure puissant dans un cadre restreint. Il s'agit bien entendu du juge d'instruction, dont la déchéance résulte à la fois de la réduction du périmètre d'intervention et du retrait des attributions (Titre 1). Mais face à lui, un autre juge s'affirme. La promotion du juge des libertés et de la détention se traduit par une multiplication des sollicitations, son autorisation étant requise pour compenser les failles des autres acteurs processuels de l'enquête (Titre 2).

TITRE 1 – LE JUGE D’INSTRUCTION, JUGE DÉCHU

51. « Voilà quelques décennies que le magistrat répète à l’envie son souhait de voir le législateur faire une pause législative, tellement les lois s’empilent, se contredisent, se déjugent parfois d’une année sur l’autre »¹¹⁹. Les vœux des magistrats, loin d’être exaucés par le législateur, sont au contraire contrariés chaque année par les inconditionnelles mutations de la procédure pénale. Son inconstance les concerne tous, tandis que son inconsistance est d’abord et avant tout, l’affaire du juge du siège.

52. À ce titre, le magistrat instructeur incarne l’exemple le plus saillant de la destruction de l’identité judiciaire, au sein de l’enquête pénale. Autrefois souverain, il a chuté, parfois brutalement, de la place qui était la sienne. Placé en ligne de tête d’un empire dont il ne possédait rien, il traverse aujourd’hui une déchéance certaine, dont il ne connaît pas l’issue. Sa suppression, sans cesse annoncée, toujours évitée, demeure en suspens. Le législateur ne semble pas tout à fait décidé à se séparer de la pièce maîtresse de la phase criminelle. Nul ne sait si l’emblème prime simplement sur l’efficacité, ou si les qualités du juge du siège lui confèrent le statut d’un acteur irremplaçable de l’enquête judiciaire. Toujours est-il que le législateur n’oscille plus dans la répartition des pouvoirs entre juge d’instruction et ministère public, le second bénéficiant à présent et sans conteste, de toutes les faveurs des politiques pénales successives. À ce jour, il est incontestablement devenu « l’homme le plus puissant de France »¹²⁰.

53. Mais le parquet, ici, n’est pas le seul magistrat préempteur des pouvoirs d’investigation. Le législateur ne pouvait procéder à la subtilisation des prérogatives du juge d’instruction de manière si grossière, tant les garanties fondamentales du procès pénal comptent maintenant parmi les règles processuelles les plus essentielles, à chaque

¹¹⁹ P. CHAMBON, C. GUÉRY, *Droit et pratique de l’instruction préparatoire*, Dalloz action, 10^{ème} éd., 2018/2019, Avant-propos de la huitième édition.

¹²⁰ P. CONTE, « Le divan d’Hercule », *Dr. pén.* n° 3, 2019, rep. 3.

stade procédural. Il fallait donc, pour ne froisser aucune susceptibilité, – et surtout pas celle du juge européen –, monter de toutes pièces une habile mascarade, destinée à masquer l’envers du décor. Ainsi, le juge des libertés et de la détention fut importé au sein de l’enquête pénale, non pas pour affermir le modèle identitaire, mais pour cacher l’attribution d’un rôle de premier plan au procureur de la République. Il apparaît donc comme le cœur d’un système dont il n’est en réalité qu’un poumon. Il ne fait pas battre le rythme de l’enquête, il ne fait pas vibrer l’instruction préparatoire. Il est, tout au plus, une respiration.

54. Le juge d’instruction, quant à lui, se fraye un passage exigü parmi les pouvoirs de ses confrères, étroitement contenu, entre magistrature assise et l’autre levée. En dépit d’une confusion des rôles et des autorités compétentes, ces trois identités ne se rejoignent pas. En définitive, l’École nationale de la magistrature les lie, puis la pratique judiciaire les désunit. Quoique. Les réformes ne se lassent pas de brouiller les pistes, de manière à déstabiliser les observateurs les plus avertis. Il faudrait ici reprendre l’œuvre de Franz Kafka, pour décrire un législateur « *diabolique en toute innocence* »¹²¹. Il n’est pas certain que le juge du siège ait conservé la figure fondatrice qui est la sienne : il est en revanche incontestable que le ministère public dépasse en tous points celle qui lui a été attribuée. Dans l’organisation de l’information judiciaire, la place du juge d’instruction est particulièrement complexe. Pourvu d’un rôle ambigu, puisqu’il est autant enquêteur qu’organe juridictionnel, le magistrat instructeur emprunte aux deux catégories, ce qui lui vaut peut-être d’avoir survécu.

55. Malgré la diminution permanente de sa sphère d’intervention, il continue d’accomplir un travail conséquent. Il n’est pas si facile de se priver d’un magistrat indépendant, sauf à le remplacer par un autre juge du siège, plus impartial. Si telle était la volonté du législateur, il aurait de longue date transféré les pouvoirs juridictionnels du juge d’instruction au juge des libertés et de la détention tandis que les actes d’investigation auraient été du seul ressort du ministère public. Bien évidemment, la répartition des rôles ne suit aucunement cette ligne de partage et les pouvoirs s’entrecroisent. Le juge d’instruction reste muni de puissants atouts, toutefois

¹²¹ F. KAFKA, *Le procès*, 1933, Le livre de poche, 2001, Préface, p. 15.

considérablement circonscrits (Chapitre 1). En dehors de cette bastide résiduelle, au sein de laquelle il exerce encore son éminence, la majeure partie de ses attributions lui a tout de même été retirée, pour être confiée à d'autres (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UN POUVOIR CONFINÉ

56. Jusqu'à la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000¹²², le juge d'instruction formait l'unique juridiction d'instruction du premier degré. Bien sûr, il avait déjà matière à lutter contre une déperdition de pouvoirs, au profit du ministère public. Mais il doit en plus, aujourd'hui, composer avec son homologue du siège, le juge des libertés et de la détention, lequel contribue au délitement de son identité. Au regard des grandes mutations identitaires qui annihilent peu à peu le juge enquêteur, l'évolution du rôle résulte principalement dans le confinement de son office à un cercle d'action minimal. Ces entraves ne font donc pas obstacle à l'exercice de sa puissance (Section 1) en dépit de nombreux vices originels (Section 2).

Section 1 : Un juge puissant

57. Le juge d'instruction se fait discret. Alors que 610 475 affaires ont entraîné des poursuites en 2019, il n'a été saisi que de 17 340 cas, ce qui représente un peu moins de 3 % des affaires pénales¹²³. L'ouverture d'une information judiciaire devient de plus en plus en rare, mais reste précieuse. Elle concerne la matière la plus grave de la répression, puisqu'aucun crime ne peut se passer du juge d'instruction et que les délits les plus graves restent attachés à sa saisine. Bien qu'il ne lui soit pas permis de se saisir lui-même, le juge d'instruction garde plénitude de compétence pour les infractions les plus attentatoires à l'ordre public (Paragraphe I). Dans cette sphère restreinte, mais importante, le « lieutenant criminel »¹²⁴ moderne agit toujours en monarque, mais garantit l'équité (Paragraphe II).

¹²² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

¹²³ V. Les chiffres-clés de la Justice 2019 (disponible en ligne sur le site du ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/>).

¹²⁴ Dénomination du juge d'instruction sous l'Ancien Régime. Le juge d'instruction est mis en place par le Code d'instruction criminelle de 1808.

Paragraphe I – Un acteur éminent de l'enquête judiciaire

« Juger, c'est cette stabilité au bord de l'abîme, ce mince espace hanté par la mauvaise conscience où il faut tenir bon, ne pas basculer dans le puissant courant des conflits humains ; bref, une fragilité et une violence mêlées »¹²⁵.

58. Fragile et violent tout à la fois, le rôle du juge d'instruction n'est plus complémentaire à celui de l'enquête classique, mais supplémentaire. La confusion des pouvoirs tend à estomper la distinction des possibles entre les différents acteurs de l'enquête pénale. Il n'en demeure pas moins que l'information judiciaire conserve sa pleine autonomie décisionnelle (A), laquelle se manifeste par des pouvoirs exclusifs (B).

A) Une autonomie décisionnelle

59. Organe central de l'instruction, le juge reste maître de ses décisions, dès lors qu'il est saisi. Replié dans des appartements privés, soit le carcan étroit de l'information judiciaire, le juge d'instruction organise seul la teneur des investigations, de sorte qu'une mutation identitaire du juge pénal semble à ce stade relativement tenue. En cela, l'exercice d'une liberté pleine et entière dans la conduite des investigations (1) connaît pour seule et saine limite le respect des garanties fondamentales de la procédure pénale (2).

1. La liberté dans la conduite des investigations

60. En grec, « *agonia* » signifie le combat. S'il est souvent question de l'agonie du juge d'instruction, faut-il en déduire qu'il ne s'agit pas d'une extinction, mais de la bataille à laquelle il se livre à l'occasion de chaque mutation que le législateur lui impose ? Il faut bien l'avouer, il n'est jamais terrassé par les réformes, pourtant virulentes, de l'enquête pénale. Il lutte, et perd souvent des parcelles du territoire qui était autrefois le sien. Pour autant, il continue d'exercer des prérogatives aussi

¹²⁵ D. SALAS, *La cour d'assises. Actualité d'un héritage démocratique*, La documentation française, 2016, pp. 19-20.

puissantes, dans le cadre d'un espace comparable à une servitude de passage, entre parquet et juge des libertés et de la détention, droit commun et procédures dérogatoires. Finalement, si l'on considère avec attention l'état actuel du magistrat instructeur : « ce n'est pas la mort, c'est le combat, le dernier combat, et l'on se rend compte que le juge d'instruction est assez vivant »¹²⁶.

61. La complémentarité entre les différents cadres d'enquête n'existe plus véritablement, les actes d'investigation autorisés étant aujourd'hui relativement similaires de l'un à l'autre. Toujours est-il que le juge d'instruction, dans le périmètre qui est le sien, reste maître de ses décisions. Ainsi, reconnaître que l'étendue de ses pouvoirs est amoindrie ne revient pas à admettre que leur consistance est affaiblie. Il reste un grand homme de l'enquête, confiné dans une zone réduite. La destruction de l'identité du juge d'instruction ne découle pas de la transformation de ses compétences, mais de leur partage. Par conséquent, une étude consacrée à la métamorphose de son rôle doit prendre en considération la subsistance d'un puissant office, en dépit de sa concentration autour des infractions les plus graves.

62. L'article 81 du Code de procédure pénale conforte une telle affirmation, puisqu'il dispose, en son alinéa premier : « 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 ». La plénitude de compétence ici sous-tendue lui laisse une amplitude de mouvement très importante dans les actes d'instruction qu'il choisit de diligenter¹²⁷. Le juge d'instruction dirige l'information judiciaire qui lui est confiée, ce qui implique un spectre d'action large, le dégageant ostensiblement de la tutelle du parquet. Mais immédiatement après lui avoir reconnu un tel pouvoir, le même article 81 ajoute : « Il instruit à charge et à décharge ». Il s'agit, en miroir de cette liberté, de reconnaître une limite, celle de la présomption d'innocence. À cet égard, le juge d'instruction ne doit avoir aucune certitude, mais uniquement des doutes. Il est le premier maillon judiciaire de l'affaire et oriente inéluctablement la suite de la procédure. Cela signifie qu'il ne doit ni se laisser influencer par l'enquête policière, ni influencer sur la phase de jugement.

¹²⁶ Selon l'avocat Edmond Claude FRETY, dans le cadre du colloque organisé par la Maison du barreau de Paris, sur « L'agonie du juge d'instruction », Maison du barreau de Paris, le 28 mars 2019, p. 19 (actes du colloque disponibles en ligne, à l'adresse suivante : <http://www.avocatparis.org/lagonie-du-juge-dinstruction-decouvrez-les-actes-du-colloque>).

¹²⁷ V. P. CHAMBON, notes ss. Paris, 23 mai 1960 et 11 déc. 1961, *JCP* 1962, II, n° 12692 bis, et Paris, 27 juin 1967, *JCP* 1968, II, n° 15337 ; Crim. 23 nov. 1965, n° 65-92.493, *Bull. crim.* n° 246.

Ainsi : « Le rôle du juge d'instruction n'est pas de seconder aveuglément l'action de la partie poursuivante ; il ne cherche pas à démontrer que la personne dénoncée est bien coupable des faits qu'on lui reproche, mais il s'efforce de savoir quelle est la vérité objective »¹²⁸. Il serait d'ailleurs intéressant de se demander si le juge d'instruction exerce véritablement, à un moment ou un autre, un « second rôle » dans l'enquête judiciaire, au regard de l'intervention du parquet ? D'un point de vue chronologique, il intervient indubitablement après lui, puisque le parquet est déjà présent dans la phase policière. Mais d'un point de vue technique, il cherche à retracer les événements sous un angle bien différent. Ainsi, il doit écrire l'histoire judiciaire à partir d'une page vierge de tout élément d'appréciation extérieur. Il faut de la sorte lui attribuer une certaine primauté dans la quête de la vérité, dont la philosophie le distingue de son homologue parquetier et ne fait jamais de lui le deuxième ou le troisième homme de l'enquête judiciaire, si l'on considère le rôle du juge des libertés et de la détention.

63. Malgré une intervention réduite aux affaires les plus élevées dans la hiérarchie des normes, c'est bien sur le juge d'instruction que repose « le poids de l'effectivité de la peine ». Le magistrat Denis Salas évoque en ce sens l'importance de l'information judiciaire, au regard de la réduction de la phase de jugement du procès pénal et de la faible proportion des peines exécutées. La privation de liberté avant jugement apparaît donc, pour ainsi dire, en tant que validation des actes d'enquête effectués en amont, comme « la seule peine effective »¹²⁹. Mais l'office du juge d'instruction ne se limite pas au placement en détention provisoire, d'autant plus qu'il n'a plus le pouvoir d'en décider seul, le juge des libertés et de la détention lui étant préféré depuis une vingtaine d'années. Le magistrat instructeur est surtout celui auquel le législateur se remet lorsque les affaires sont complexes, en raison, précisément, de son identité de juge pénal. Parce qu'il est un juge du siège, parce qu'il possède les qualités substantielles d'un juge du siège, – du moins en partie –, mais également parce qu'il détient les compétences d'un enquêteur, la loi le préfère encore au parquet, lorsque les faits sont particulièrement sensibles. Il s'épanouit donc pleinement dans la difficulté, juridique comme humaine, ce qui a permis, jusqu'à présent, d'éviter sa disparition : « Il faut laisser le juge d'instruction dans son secteur avec les dossiers les plus complexes pour

¹²⁸ B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 26e éd., 2017, p. 704, n° 816.

¹²⁹ D. SALAS, *La cour d'assises. Actualité d'un héritage démocratique*, op. cit., pp. 216-217.

gérer le contradictoire le plus complexe, notamment quand il y a beaucoup de parties. Le parquet est incapable d'assurer le contradictoire quand il y a une multiplicité des parties, c'est une évidence. Le juge d'instruction a évidemment tout son office d'enquêteur approfondi »¹³⁰.

64. L'indépendance du juge d'instruction, critère identitaire commun à l'ensemble des juges du siège, lui évite de recevoir des instructions sur la conduite des affaires soumises à son appréciation. La chambre de l'instruction, comme le rappelle le Code de procédure pénale, peut tout de même lui enjoindre certains actes, dans le cadre de l'audience de contrôle qu'elle exerce lorsque le placement en détention provisoire excède trois mois. Ainsi le 5° du second paragraphe de l'article 221-3 du Code de procédure pénale lui permet de renvoyer le dossier au juge d'instruction « afin de poursuivre l'information, en lui prescrivant le cas échéant de procéder à un ou plusieurs actes autres que ceux relatifs à la détention provisoire ou au contrôle judiciaire, dans un délai qu'elle détermine ». En dehors de cette supervision, le juge d'instruction maîtrise la conduite de l'information judiciaire.

65. La maîtrise de la qualification pénale - À ce titre, il faut commencer par relever le hiatus entre la saisine *in rem* du juge d'instruction, qui devrait le restreindre aux faits visés par le parquet ou la plainte avec constitution de partie civile, et l'immense liberté dans la qualification des faits. L'article 80 du Code de procédure pénale, dispose, en son premier alinéa : « Le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République ». Cette affirmation péremptoire doit cependant être nuancée par l'opportunité pour le juge du siège de donner à cette saisine le relief juridique qu'il considère le plus approprié. Jacques Buisson et Serge Guinchard, dans leur ouvrage de procédure pénale, mentionnent seulement une liberté « parfois limitée » quant à la qualification des faits, citant en ce sens le domaine particulier des infractions de presse¹³¹. Par conséquent, en dehors de ces exceptions, cela revient à dire que le magistrat instructeur détermine la qualification pénale selon sa seule appréciation des faits. Une telle possibilité est en soi représentative de la

¹³⁰ Intervention du magistrat Charlotte CLAUBEL, conseillère justice auprès d'Édouard PHILIPPE, sur les résultats du chantier de la Justice, dans le cadre du colloque organisé par la Maison du barreau de Paris, sur « L'agonie du juge d'instruction », *op. cit.*, p. 19.

¹³¹ J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, LexisNexis, *op. cit.*, p. 1060, n° 1892.

puissance conservée du juge d’instruction. Au-delà même du *quantum* de la peine, le choix de l’incrimination détermine la suite de la procédure, tant elle ouvre la voie, ou non, aux différents actes d’investigation qu’il peut ordonner. Alors que le législateur enserme le plus possible l’action du juge d’instruction dans les filets du ministère public, la jurisprudence semble aller en sens inverse. La Cour de cassation a réalisé un premier pas en interprétant souplesse la règle de la saisine *in rem*, dans un arrêt rendu le 11 avril 2002, malgré une position plutôt stricte à l’origine. En effet, elle avait d’abord considéré que seuls les faits poursuivis par le procureur de la République, dans le cadre de son réquisitoire introductif, et les qualifications pénales inscrites par ses soins, pouvaient délimiter la saisine du juge d’instruction¹³². Elle revient pourtant rapidement sur cette idée, et considère que la saisine *in rem* du juge d’instruction correspond à l’analyse des pièces qui accompagnent les faits poursuivis par le réquisitoire introductif : « dès lors que le visa dans le réquisitoire introductif de pièces qui y sont jointes, comme en l’espèce d’une plainte même si la constitution de partie civile est irrecevable, équivaut à une analyse de ces pièces, qui déterminent, par les indications qu’elles contiennent, l’objet exact et l’étendue de la saisine du juge d’instruction »¹³³. La mission du juge d’instruction ressort donc « non pas des faits qualifiés par le procureur de la République, mais de l’ensemble des faits matériels existant dans le dossier qui est joint au réquisitoire introductif »¹³⁴.

66. En outre, le juge de cassation ne s’est pas arrêté en si bon chemin, puisqu’il a interprété avec une souplesse comparable la découverte de faits nouveaux par le juge d’instruction. Selon les dispositions du Code de procédure pénale, il conviendrait de recourir à un réquisitoire supplétif du parquet pour élargir toute saisine du juge d’instruction en fonction de nouveaux éléments. L’article 80 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose ainsi : « Lorsque des faits, non visés au réquisitoire, sont portés à la connaissance du juge d’instruction, celui-ci doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent. Le procureur de la République peut alors soit requérir du juge d’instruction, par réquisitoire supplétif, qu’il informe sur ces nouveaux faits, soit requérir l’ouverture

¹³² Cass. Crim., 10 mai 2001, n° 01-81.441, *Proc. gén. CA Paris, Bull. crim.* n° 180 : *JurisData* n° 2001-009998, obs. J. BUISSON.

¹³³ Cass. Crim., 11 avr. 2002, n° 02-80.778, *Bull. crim.* n° 87 ; *JurisData* n° 2002-014470, *Procédures* 2002, n° 168, obs. J. BUISSON et Cass. Crim., 8 juin 2005, n° 05-82.012, *Bull. crim.* n° 173.

¹³⁴ J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, LexisNexis, *op. cit.*, p. 1060, n° 1891.

d'une information distincte, soit saisir la juridiction de jugement, soit ordonner une enquête, soit décider d'un classement sans suite ou de procéder à l'une des mesures prévues aux articles 41-1 à 41-3, soit transmettre les plaintes ou les procès-verbaux au procureur de la République territorialement compétent », de sorte que le ministère public reste aux commandes du périmètre d'action du juge d'instruction, malgré les rebondissements de l'information judiciaire. À nouveau, la jurisprudence restaure en partie le pouvoir du juge du siège en se livrant à une appréciation extensive du texte en sa faveur. Sans lui permettre d'exercer une quelconque coercition, laquelle reste toujours dépendante d'un réquisitoire supplétif, la Cour de cassation a très tôt admis que le juge d'instruction puisse dépasser le prisme de sa saisine par la découverte de nouveaux faits¹³⁵. Par conséquent, elle admet les investigations destinées à les mettre à jour ainsi que les vérifications sommaires qui s'y rapportent.

67. Dans un premier arrêt, le magistrat instructeur avait délivré une commission rogatoire afin d'ordonner l'audition d'un avocat, tiers à la procédure, après avoir découvert par le biais d'interceptions téléphoniques que celui-ci tentait de faire pression sur l'ancienne maîtresse de son client pour que leurs dépositions soient concordantes. La mise en cause de cet avocat avait abouti à une condamnation du délit de sortie irrégulière de correspondance. La Cour de cassation a refusé d'annuler la commission rogatoire et donc d'annuler la retranscription de la conversation téléphonique, en affirmant que le juge d'instruction est légitime à agir pour établir les faits découverts : « si l'article 80 du Code de procédure pénale interdit au juge d'instruction d'informer sur des faits dont il n'a pas été saisi, en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République, ce texte ne met pas obstacle à ce que soient prescrites des vérifications, en relation, comme en l'espèce, avec la recherche de la preuve des faits poursuivis, fussent-elles éventuellement de nature à aboutir à caractériser des délits nouveaux »¹³⁶. Dans le second arrêt, le juge de cassation refuse de valider divers actes d'enquête, telles l'audition des témoins, des perquisitions et saisies ordonnées par le juge d'instruction à la suite de la découverte de nouveaux faits d'abus de biens sociaux. Dans son attendu de principe, l'arrêt relève, lorsque le juge d'instruction acquiert la connaissance de faits nouveaux que : « si l'art. 80 ne lui interdit pas, avant

¹³⁵ Cass. crim., 11 déc. 1908, *Bull. crim.* n° 495.

¹³⁶ Cass. crim., 10 mai 1994, n° 93-81.522, *Bull. crim.* n° 180.

toute communication au procureur de la République, d'en consigner la substance dans un procès-verbal et, le cas échéant, d'effectuer d'urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance, il ne peut, sans excéder ses pouvoirs, procéder à des actes qui, présentant comme en l'espèce un caractère coercitif, exigent la mise en mouvement préalable de l'action publique »¹³⁷. La décision confirme bien la prohibition qui lui est faite de réaliser des actes invasifs de manière autonome, puisque ces initiatives doivent découler d'un réquisitoire supplétif du procureur de la République. En revanche, la formule est intéressante en ce qu'elle permet au juge d'instruction de recourir à des « vérifications sommaires » pour s'assurer de l'existence des faits découverts. Depuis lors, la chambre criminelle ne s'est jamais démentie¹³⁸ et la déperdition de pouvoirs du juge d'instruction n'a pas eu pour effet de lui retirer sa latitude d'action quant à cette presque auto-saisine. À cela, il faut encore ajouter le droit, pour le magistrat instructeur, de mettre en cause ou non une personne, qu'elle soit visée ou pas dans le réquisitoire introductif, puisqu'il n'est pas saisi *in personam*.

68. La maîtrise de la durée des investigations – La clôture de l'information judiciaire, contrairement à son ouverture, dépend entièrement du juge d'instruction. Il décide, en son âme et conscience, de mettre un terme à l'enquête, lorsqu'il estime que les faits ne nécessitent plus de poursuivre les investigations¹³⁹. Cette autonomie décisionnelle quant à la conduite de l'instruction préparatoire représente sans doute le pouvoir le plus éclatant du juge d'instruction, puisqu'il est libre de s'arrêter lorsqu'il le souhaite et impose simultanément cette décision aux autres acteurs de l'information judiciaire. Ainsi, le dossier sera constitué selon ses directives et aura la consistance qu'il veut bien lui donner, sans que les parties ou le ministère public puissent s'y opposer. Ici, l'indépendance du juge du siège est si forte qu'il peut clore l'instruction même si une partie a interjeté appel contre l'une de ses ordonnances¹⁴⁰. La jurisprudence, sur cette question, lui reconnaît de la même façon le droit de ne jamais mettre en examen une personne nommément visée dans l'acte de saisine¹⁴¹. Le législateur ne résiste pas à la vigueur de la règle, que la chambre de criminelle de la

¹³⁷ Cass. crim., 6 févr. 1996, n° 95-84.041, *Bull. crim.* n° 60 ; *D.* 1996, 198 et somm. 262, note J. PRADEL ; *JCP* 1996, II, n° 22634, note P. CHAMBON ; *Dr. pén.* 1996, n° 74, obs. A. MARON ; *Justices* 1996-4, 286, obs. D. REBUT ; *RSC* 1996, 690, obs. J.-P. DINTILHAC ; *Procédures* mars 1996, n° 94, obs. J. BUISSON.

¹³⁸ V. Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, n° 97-80.560, *JCP* 1999, I, 151, n° 11, obs. A. MARON, *Dr. pén.* 1999, n° 49, obs. A. MARON.

¹³⁹ Cass. Crim. 23 nov. 1965, n° 65-92.493, *Bull. crim.* n° 246 ; Crim. 7 nov. 1989, n° 88-84.058, *Bull. crim.* n° 399.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Cass. crim., 27 nov. 1963, n° 63-91.516, *Bull. crim.* n° 338 ; *JCP* 1964, II, 13543, note P. CHAMBON.

Cour de cassation fait prévaloir sur toutes les autres. Ainsi, alors que l'article 81 alinéa 6 du Code de procédure pénale exige du juge d'instruction un travail approfondi, qui ne se limite pas au recueil des preuves, mais doit autant que possible permettre aux juridictions de jugement de se déterminer sur la peine, la Cour de cassation lui permet de mettre un terme à l'instruction dès qu'il l'estime achevée¹⁴². La loi prévoit en effet que le juge d'instruction « procède ou fait procéder, soit par des officiers de police judiciaire, conformément à l'alinéa 4, soit par toute personne habilitée dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État, à une enquête sur la personnalité des personnes mises en examen, ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale » tandis que la jurisprudence lui commande uniquement d'agir selon ses convictions. Du début à la fin de l'information, le juge d'instruction coordonne en tous points les investigations, exerçant pleinement l'identité souveraine du juge du siège. Il est bien, à cet égard, « l'autorité » judiciaire : celle qui ne reçoit aucune directive, celle qui décide et protège.

69. Bien entendu, il n'est pas le seul à pouvoir solliciter la fin de l'enquête : le procureur de la République peut la requérir à tout moment et les parties privées le lui demander, au bout d'un certain délai. L'article 175-1 du Code de procédure pénale dispose, en son premier alinéa : « La personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile peut, à l'expiration du délai qui lui a été indiqué en application du neuvième alinéa de l'article 116 ou du deuxième alinéa de l'article 89-1 à compter, respectivement, de la date de la mise en examen, de la première audition ou de la constitution de partie civile, demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues au dixième alinéa de l'article 81, de prononcer le renvoi ou la mise en accusation devant la juridiction de jugement ou de déclarer qu'il n'y a pas lieu à suivre, y compris en procédant, le cas échéant, à une disjonction. Cette demande peut également être formée lorsque aucun acte d'instruction n'a été accompli pendant un délai de quatre mois », afin que le juge prenne une décision, ou à défaut, la chambre de l'instruction. Mais ces démarches ne l'obligent en rien et il demeure le seul

¹⁴² Cette position est affirmée depuis l'arrêt du 23 novembre 1965 (Cass. Crim. 23 nov. 1965, n° 65-92.493, *Bull. crim.* n° 246. – Cass. crim., 7 nov. 1989, n° 88-84.058, *Bull. crim.* n° 399). La chambre criminelle a même admis la clôture de l'information judiciaire, dans des circonstances exceptionnelles, alors que des actes étaient en cours de réalisation. Dans l'affaire concernée, la commission rogatoire délivrée en Italie et destinée à établir les éléments de personnalité du mis en cause n'avait pas abouti, sans que cela ne puisse être expliqué, et alors que l'intéressé était détenu depuis vingt-neuf mois, ce qui portait atteinte au délai raisonnable (Cass. crim., 20 déc. 1995, n° 95-84.989, *Bull. crim.* n° 394).

décisionnaire, selon sa volonté de poursuivre ou d'arrêter les recherches pour établir la vérité. Cette amplitude de mouvement est considérable, et il faut reconnaître sa puissance, puisque le juge d'instruction « maîtrise évidemment la temporalité de l'information judiciaire ; la fin d'information n'échappe pas à son emprise. La clôture de l'instruction dépend peu ou prou, en pratique, du seul rythme qu'il donne à la procédure conformément à la loi »¹⁴³. Cependant, s'il commande librement l'ampleur des investigations, le magistrat instructeur doit se plier aux exigences du procès équitable, tant au regard de la célérité que du contradictoire.

2. Les obligations au regard de l'équité procédurale

70. La célérité dans la conduite des investigations - La puissance du juge d'instruction ne signifie pas pour autant sa toute-puissance. Les exigences du procès équitable viennent ici, comme partout ailleurs, encadrer les pouvoirs du juge pénal. Il y a d'abord l'exigence de célérité, relevée par l'article 175-2 du Code de procédure pénale depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000¹⁴⁴, le délai raisonnablement admis étant conditionné par la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen, la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité et l'exercice des droits de la défense. Le législateur impose ici au juge, au bout de deux années après ouverture de l'information, de se justifier. Ainsi doit-il rendre une ordonnance motivée « expliquant les raisons de la durée de la procédure, comportant les indications qui justifient la poursuite de l'information et précisant les perspectives de règlement »¹⁴⁵. Par conséquent, même s'il demeure libre de la durée des investigations, le juge d'instruction est tenu de s'expliquer auprès du président de la chambre de l'instruction quant au bien-fondé de ses démarches. S'il saisit la chambre de l'instruction, celle-ci pourra évoquer l'affaire, en accomplissant elle-même certains actes, comme elle peut également le faire lorsque les parties demandent la clôture de l'information.

71. Le contradictoire dans la clôture de l'information - Plus encore, la procédure de clôture contradictoire mise en place par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007¹⁴⁶ – et

¹⁴³ N. CATELAN, « Synthèse : La clôture de l'instruction », *Lexbase Pén.*, Étude, 10 fév. 2020.

¹⁴⁴ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

¹⁴⁵ Art. 175-2 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁶ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

déjà sujette à de multiples retouches –, connaît une nouvelle modification avec la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Avant l'an 2000, la contradiction n'existait tout simplement pas : les parties, partie publique et parties privées, faisaient sans. Mais le renforcement des droits de la défense a imposé au juge du siège de prendre en compte leurs observations respectives, avant de fermer définitivement l'enquête. En conséquence, le parquet n'est plus le premier averti de la fin de l'information par la communication du dossier, l'avis étant notifié simultanément aux parties privées. Cet alourdissement des formalités de clôture de l'instruction préparatoire est loin d'être de pure forme. L'impact sur le juge d'instruction est relativement important, puisque ce dernier doit, d'une part, attendre un délai considérable avant de rendre son ordonnance de règlement et d'autre part, prendre en considération les observations des parties dans ses motivations. En effet, la loi ouvre un délai d'un à trois mois, selon que la personne est mise en examen, détenue, ou pas, pour que les parties interviennent. Auparavant, les parties privées disposaient simplement de vingt jours, à compter de l'avis de fin d'instruction, pour formuler leurs demandes, alors que le parquet bénéficiait déjà du délai actuel. Les cartes se trouvent donc rebattues par les exigences du contradictoire, avec pour incidence principale de ne plus permettre au tandem juge d'instruction/procureur de la République de décider seul du devenir de la procédure. Jusqu'ici, il suffisait au juge d'instruction de recevoir le réquisitoire définitif du parquet pour régler sur le champ, s'il le souhaitait, l'instruction. Outre l'allongement éventuel de la procédure souligné par la doctrine : « sous l'égide de la loi ancienne, si le parquet réglait le lendemain de sa communication un dossier comportant un détenu, le juge pouvait rendre l'ordonnance immédiatement. Si le parquet réglait un dossier sans détenu au bout d'un mois et non de trois, il en était de même. Désormais, le juge devra attendre la fin du délai d'un mois ou de trois mois puisque les parties disposent de ce délai pour présenter des observations, faire des demandes d'actes ou présenter des requêtes en nullité. Autant il apparaissait possible d'obtenir la renonciation au délai de vingt jours prévu par l'ancien texte, autant il semble compliqué pour un avocat de renoncer à l'avance à présenter des observations sur un réquisitoire définitif non encore rédigé »¹⁴⁷ ; la contradiction imposée par la loi n°

¹⁴⁷ C. GUÉRY, « La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire », *AJ pén.* 2007, p. 105 ; V. également, du même auteur : « Une instruction sans fin », *AJ pén.* 2007, p. 271 ; « La fin de l'instruction », *AJ pén.* 2007, p. 319.

2007-291 du 5 mars 2007 réduit la liberté du magistrat instructeur sur le fond. De fait, ce dernier ne peut plus décider de fermer l'enquête sans s'expliquer.

72. Le législateur dresse depuis cette date une liste précise de ses exigences quant aux ordonnances du juge d'instruction, à l'article 184 du Code de procédure pénale, selon lequel elles « contiennent les nom [sic], prénoms, date, lieu de naissance, domicile et profession de la personne mise en examen. Elles indiquent la qualification légale du fait imputé à celle-ci et, de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non contre elle des charges suffisantes. Cette motivation est prise au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au juge d'instruction en application de l'article 175, en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen ». Il s'agit ici de mettre fin à la pratique consistant à fonder le règlement de l'instruction par renvoi au réquisitoire définitif, pratique qui dispense incidemment le juge du siège de dire pourquoi les investigations méritent d'être achevées. Admise par la jurisprudence, elle a donc permis de se référer uniquement aux raisons données par le parquet, dès lors que les deux magistrats s'entendaient sur les motifs¹⁴⁸. Leur substitution, du réquisitoire à l'ordonnance, n'était pourtant pas d'un très bon effet sur l'impartialité, tant elle conduisait à démontrer une connivence entre ministère public et juge d'instruction. La commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement avait quant à elle émis de vives critiques à ce sujet, ce qui lui donnait matière à plaider pour la suppression du juge d'instruction : « L'intervention d'un juge d'instruction se justifie d'autant moins que – la plupart des observateurs en conviennent, y compris parmi les magistrats – la plus-value apportée par le travail personnel du juge d'instruction est quasi inexistante. Même le travail de synthèse est réalisé par le parquet dans son réquisitoire définitif, généralement repris par copié-collé dans l'ordonnance de règlement du magistrat instructeur »¹⁴⁹. Elle évoque d'ailleurs à cet égard un symbole de la « confusion des genres », qui annihile toute divergence entre la position du parquet et celle du juge d'instruction. La mutation

¹⁴⁸ Cass. crim., 26 janv. 2000, n° 99-85.725, *Bull. crim.* n° 41.

¹⁴⁹ A. VALLINI, P. HOUILLON, Rapport n° 3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 2006, p. 594. V. également, dans le cadre précis de l'affaire en cause : pp. 145-148.

identitaire que subit ici le juge d'instruction, malgré la déperdition de pouvoirs qu'elle entraîne, correspond en ce sens davantage à une restauration des qualités substantielles du juge du siège chez une figure à laquelle elles font souvent défaut.

73. La rétrogradation des droits de la défense - Toutefois, les délais qui sont ouverts aux parties privées pour réagir viennent de connaître un infléchissement notoire, en termes d'équité, après passage de la loi de programmation pour la justice. De fait, le procureur de la République conserve bien le délai de trois mois qui lui était déjà offert (ou d'un mois si la personne est mise en examen ou détenue) pour adresser ses réquisitions au juge d'instruction, et en informer les parties. Mais ces dernières connaissent une rétrogradation non négligeable, puisqu'elles disposent désormais de quinze jours, à compter de l'envoi de l'avis de fin d'information ou de chaque interrogatoire ou audition réalisés pendant l'information, pour faire valoir leurs droits auprès du juge d'instruction. Le troisième point de l'article 175 du Code de procédure pénale introduit une inégalité patente entre le parquet et les parties privées, puisque ces dernières sont sommées de prévenir le juge qu'elles désirent simplement exercer les droits de la défense ! Or, le délai prévu ne couvre pas celui des réquisitions du procureur de la République, ce qui implique pour les parties privées d'agir sans connaissance des orientations du parquet, lesquelles peuvent intervenir près de trois mois plus tard. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que pour les parties privées, l'envoi de l'avis de fin d'information est le point de départ pour agir, alors que pour la partie publique, rien n'est précisé dans le deuxième point du nouvel article 175 du Code de procédure pénale. Après notification de l'avis de fin d'information par le juge d'instruction, la loi se contente de dire sobrement que le procureur de la République : « dispose alors d'un délai d'un mois si une personne mise en examen est détenue ou de trois mois dans les autres cas pour adresser ses réquisitions motivées au juge d'instruction ». Au regard des pouvoirs du juge d'instruction, cette récente réforme s'opère dans le sens d'un renforcement non négligeable. Il s'agit ici d'une soumission du procès équitable à un délai restreint, qui peut avoir pour conséquence, à défaut d'être exercé à temps, de priver le justiciable des droits de la défense. Le délai de quinze jours attribué par le législateur est particulièrement court, ce qui laisse songeur quant au but poursuivi. Les droits en question sont pourtant fondamentaux, qu'il s'agisse de demander un examen médical, social ou psychologique, comme le prévoit l'article 81 du Code de procédure pénale, une audition, une confrontation, le transport sur les lieux

ou la production de certaines pièces, selon l'article 82-1, ou bien de solliciter une expertise, comme le permet l'article 156. Les requêtes en nullité et la prescription de l'action publique sont également visées, par le biais des articles 175 et 82-3 du Code de procédure pénale. En somme, des actes vitaux pour les parties, à présent soumis à ce que certains auteurs ont envisagé comme « une déclaration d'intention » auprès du juge d'instruction¹⁵⁰. En effet, une telle obligation laisse craindre l'exercice d'une formalité pour les avocats, qui consisterait à formuler une demande de principe pour l'ensemble des actes, afin de préserver les droits des parties. Dans cette perspective, l'exercice des droits de la défense est nécessairement en danger, puisqu'il ne correspond plus à l'expression d'un besoin, mais à la peur d'en être privé, de sorte que la déclaration de l'article 175 « pourra viser l'intégralité des articles 81, 82-1, 82-3 156 et 173 du code de procédure pénale, pour avoir la certitude de ne renoncer tacitement à aucun droit »¹⁵¹.

74. Pour autant, il ne faut pas s'y méprendre. En dégradant les droits de la défense, notre législateur ne cherche pas véritablement à restaurer l'office du juge d'instruction, lequel lui importe peu. La déperdition de pouvoir (et souvent d'identité) du juge d'instruction, est la conséquence directe de réformes successives, destinées à renforcer le rôle du ministère public, jamais celui du juge du siège. Aussi, loin de lui l'idée d'attenter aux droits de la défense pour rétablir le magistrat instructeur dans sa puissance originelle. Il s'agit plus vraisemblablement, par ce biais, de poursuivre sa course effrénée vers une procédure pénale toujours plus efficace. De fait, par efficacité, il faut surtout entendre « rapidité », ce qui implique d'éliminer toute demande tardive des parties privées. C'est pourquoi, alors que l'absence de demande d'actes de la part des parties privées quinze jours après un interrogatoire, une audition ou l'envoi de l'avis de fin d'information va permettre au juge d'instruction, soit de poursuivre ses investigations, soit d'y mettre un terme, sans entrave, il ne faudrait pas oublier que cette pirouette est surtout profitable au ministère public. En effet, à défaut de manifestation en temps voulu par les parties, ou par l'intermédiaire de leurs avocats, il ne sera plus possible d'agir par la suite. Le point IV de l'article 175 du Code de

¹⁵⁰ M. MACHART, « La déclaration d'intention du nouvel article 175 du Code de procédure pénale », *Le Village de la Justice*, 12 juin 2019 (disponible en ligne : <https://www.village-justice.com/articles/declaration-intention-nouvel-article-175-code-procedure-penale,31729.html>).

¹⁵¹ *Ibidem*.

procédure pénale le précise, avant de détailler les droits qui leur sont ouverts, à condition d'avoir respecté la nouvelle procédure déclaratoire : « Si elles ont indiqué souhaiter exercer ces droits dans les conditions prévues au III, les parties disposent, selon les cas mentionnés au II, d'un même délai d'un mois ou de trois mois à compter de l'envoi de l'avis prévu au I ». Par conséquent, dès lors que le ministère public a rendu son réquisitoire définitif, « les parties ne sont plus recevables à adresser de telles observations ou à formuler ou présenter de telles demandes ou requêtes » et l'ordonnance de règlement peut être éditée. Cela revient, implicitement, à redonner vie à l'ancien système, lequel ne laissait que vingt jours aux parties privées pour agir. Pire encore, le délai est même raccourci, passant ainsi de vingt à quinze jours. La dernière réforme conduit donc à un renforcement du pouvoir du juge d'instruction au regard de la clôture de l'instruction préparatoire, mais de la même manière à celui du parquet, en reconstituant le puissant duo qu'ils formaient jusqu'à l'année 2007. Surtout et paradoxalement, cette récente mutation altère l'identité du juge d'instruction, en s'éloignant des qualités exigées d'un juge du siège, pour renouer avec une partialité certaine.

75. Saisi de ces questions, le Conseil constitutionnel n'a pas entendu les avertissements des parlementaires, pourtant opposés à un tel retour en arrière. Ces derniers ont ainsi estimé « contraire aux droits de la défense et au droit à un procès équitable la restriction apportée par ces dispositions au droit des parties de formuler des demandes ou de présenter des observations relatives à l'avis de fin d'information judiciaire »¹⁵². Le juge constitutionnel balaie l'argument en un tour de bras, répondant laconiquement, dans le sens du gouvernement, que le règlement rapide de l'instruction participait d'une bonne administration de la justice. Reprenant les délais d'un mois et trois mois à la disposition des parties, il considère que le fait d'avoir déclaré vouloir agir en amont, dans le délai de quinze jours imparti, est suffisant pour l'exercice des droits de la défense¹⁵³. Fort logiquement, les Sages concluent à la conformité des dispositions¹⁵⁴, rejoignant en tous points la position gouvernementale : « Dans un souci

¹⁵² Cons. const. n° 237, Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁵³ *Ibidem*. V. les cons. 238 et 239.

¹⁵⁴ *Ibidem*. Au cons. 240 : « Il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de la méconnaissance des droits de la défense et du droit au procès équitable doivent être écartés. Les mots "soit de l'envoi de l'avis prévu au I du présent article" figurant au paragraphe III de l'article 175 du code de procédure pénale, qui ne sont pas inintelligibles et qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution ».

de simplification et de rationalisation de délais que, fréquemment, les parties n'utilisent en pratique pas mais qui n'en retardent pas moins la clôture, les I et II de l'article 56 modifient les articles 84-1 et 175 du code de procédure pénale pour prévoir que le règlement ne sera contradictoire que pour autant que les parties auront fait connaître, dans les quinze jours suivant tout interrogatoire ou audition réalisés au cours de l'instruction, ou dans les quinze jours de l'envoi de l'avis de fin d'information, qu'elles entendent présenter des observations écrites, formuler des demandes d'actes ou présenter des requêtes en annulation. Les articles 116 et 89-1 étant corrélativement modifiés par les VII et IX de l'article 56 pour garantir que le droit de formuler une telle demande sera notifié en temps utile aux parties, il n'en résulte pour elles aucune atteinte à leurs droits. Quant au fait qu'un délai reste systématiquement laissé au procureur de la République pour produire le réquisitoire définitif qu'il est tenu de rendre et à défaut duquel le juge d'instruction ne peut prendre son ordonnance de règlement, il ne traduit pas un déséquilibre dans les droits des parties, mais résulte de la spécificité de son office d'exercice de l'action publique »¹⁵⁵. De façon générale, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 participe vigoureusement au renfort des pouvoirs du parquet et l'instruction préparatoire n'y échappe pas. Derrière cet ostentatoire amoindrissement des droits des parties privées au profit du juge d'instruction, c'est en réalité et avant tout le parquet qui évite la contestation après avoir rendu ses réquisitions. La dérivation que représente, par ailleurs, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité-instruction le prouve, en permettant au juge d'instruction d'opter pour cette alternative au renvoi, dont les modalités ont encore été allégées.

76. Un renfort pour la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – Parmi les diverses ordonnances qu'il lui est loisible de rendre, à l'issue de la procédure contradictoire clôturant l'instruction, il est particulièrement intéressant de remarquer celle de l'article 180-1 du Code de procédure pénale. En effet, depuis la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, le juge d'instruction, lorsqu'il décide de renvoyer l'affaire devant une juridiction, est fortement incité à opter pour la voie rapide. À ce titre, il peut donc être à l'initiative de la procédure de comparution

¹⁵⁵ Observations du Gouvernement sur la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, 14 mars 2019, p. 26 (disponible en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as//sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2019778dc/2019778dc_obs.pdf).

sur reconnaissance préalable de culpabilité, comme le procureur de la République, à l'issue de la procédure d'instruction préparatoire. L'article 180-1 du Code de procédure pénale dispose, en son premier alinéa : « Si le juge d'instruction estime que les faits constituent un délit, que la personne mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue, il peut, à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, du mis en examen et de la partie civile, prononcer par ordonnance le renvoi de l'affaire au procureur de la République aux fins de mise en œuvre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément à la section 8 du chapitre Ier du titre II du livre II ». Bien sûr, celle-ci peut être mise en œuvre antérieurement, sans son intervention, ce qui ne le rend donc pas indispensable à la procédure dite du « plaider-coupable ». Toutefois, il est significatif d'observer que le législateur ajoute une voie « de rattrapage », au dernier moment, de manière à favoriser, par tous les moyens, le choix de la procédure accélérée de jugement. Elle suit naturellement les conditions de l'article 495-7 du Code de procédure pénale et implique en premier lieu une reconnaissance des faits de la part du mis en examen. Elle exige également qu'il accepte la qualification pénale retenue et que toutes les parties aient donné leur accord. Malgré lui, le juge d'instruction concourt à l'affaiblissement de l'identité du juge du procès, en permettant l'accès à un dérivatif de jugement. Or, les modalités de règlement de l'information et de recours à la procédure simplifiée sont-elles moindres, de manière, encore une fois, à encourager son prononcé. D'abord, en cas d'accord obtenu au cours de l'information, le juge est dispensé de rendre son ordonnance de règlement, ce qui permet une accélération de la procédure, puisque les délais par ailleurs prévus sont ici éludés. Ensuite, la motivation habituellement exigeante de l'article 175 du Code de procédure pénale, puisqu'elle est élaborée en prenant en compte les observations des parties et les éléments « *à charge et à décharge* », se voit considérablement assouplie.

77. La loi de programmation pour la justice 2018-2022 vient d'ajouter un dernier alinéa au texte de l'article, selon lequel : « Lorsque la proposition émane du procureur de la République, les parties disposent d'un délai de dix jours à compter de la notification de cette proposition pour indiquer, par télécopie, déclaration au greffe ou lettre recommandée, si elles acceptent le renvoi de l'affaire aux fins de mise en œuvre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. En cas d'accord, les dispositions de l'article 175 ne sont pas applicables et, par dérogation aux dispositions

de l'article 184, l'ordonnance de renvoi ne mentionne, outre les éléments prévus aux deuxième et troisième alinéas du présent article, que l'identité de la personne et la qualification retenue, sans avoir besoin d'être motivée ». En vertu de cette nouvelle disposition, qui aligne la procédure dérogatoire sur le délai de dix jours prévu à l'article 495-8, alinéa 6, du Code de procédure pénale, dès lors que le procureur de la République est à l'initiative de la proposition de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il n'est plus nécessaire de faire usage de l'article 175 du Code de procédure pénale. En outre, l'ordonnance de renvoi se passe de toute motivation. Avantage indiscutable au regard de l'office du juge d'instruction, qui retrouve ici une liberté totale, puisqu'il ne lui est plus demandé de s'expliquer sur son choix de recourir à la procédure accélérée de jugement pénal. Probablement, comme le souligne un auteur : « l'accord s'en trouve renforcé dans un contexte où le poids de l'instruction et la crainte du renvoi pourraient être de nature à obscurcir le jugement du mis en examen »¹⁵⁶. Certes, ici comme ailleurs, diriger le mis en cause vers la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité suppose la même problématique : l'acceptation d'un accord par crainte du jugement pénal. Mais cette crainte est peut-être encore plus vive en ces lieux, tant la gravité d'une information judiciaire peut conduire à opter pour une solution de repli, bien malgré soi. En cela, le délai de réflexion de dix jours nouvellement attribué par le législateur est salutaire, tant il n'existe pas de raison valable d'en priver le mis en cause dans le cadre d'une information judiciaire. Cependant, il ne devrait en aucun cas avoir pour contrepartie un affaiblissement des exigences de forme, la motivation participant activement à l'équité procédurale. Paradoxalement, lorsqu'il renvoie l'affaire à un juge du siège, le juge d'instruction doit entourer sa décision de garanties bien supérieures à celles qu'il doit invoquer lorsqu'il confie l'affaire au magistrat du parquet. Le renforcement des pouvoirs du juge d'instruction qui découle de cette possibilité correspond en définitive davantage à une destruction de son identité, puisqu'il amoindrit les qualités qu'il devrait présenter, en tant que juge du siège, tout en valorisant le rôle du ministère public, au détriment des juridictions de jugement. Toujours est-il que le juge d'instruction, dans ce cadre, demeure puissant, tant au regard de l'autonomie qui lui est conférée que de l'exclusivité des compétences qui lui sont confiées.

¹⁵⁶ N. CATELAN, « Synthèse : La clôture de l'instruction », *op. cit.*

B) Des compétences exclusives

78. Si le juge d'instruction a l'obligation d'informer, qu'il soit saisi par le procureur de la République ou bien par la partie civile¹⁵⁷, cette interdiction d'esquiver l'ouverture d'une information judiciaire offre certaines contreparties, en termes de compétences. L'organe central de l'instruction préparatoire détient des pouvoirs propres, lesquels correspondent parfaitement à son identité pénale. À ce titre, il faut considérer l'exclusivité de ses attributions tant à l'égard des parties à la procédure (1) qu'au regard de la mise en œuvre de techniques au service de la procédure (2).

1. À l'égard des parties

79. Il serait bien hypocrite de considérer les faiblesses actuelles du juge d'instruction sans rendre compte du poids considérable de ses pouvoirs. Certes, « Dire que le juge informe, c'est en fait dire qu'il recueille des informations. Le juge d'instruction instruit un dossier qui instruira ceux qui le jugeront »¹⁵⁸. Mais les prérogatives du juge d'instruction sont moins innocentes qu'il n'y paraît. Il ne se contente pas de collecter docilement les preuves, pour les transmettre ensuite aux juridictions de jugement. En réalité, il est pleinement actif dans la façon dont il mène l'information judiciaire, ce qui retentit sur les parties, sans commune mesure avec les autres stades procéduraux. L'identité de ce juge du siège, c'est d'abord une exclusivité des pouvoirs dans l'octroi du statut du mis en cause, lequel détermine l'étendue des droits de la défense. Ici, point de destruction de la figure du juge d'instruction, aucune mutation n'ayant ôté le pouvoir régalien de mettre en examen ou de délivrer le grade de témoin assisté.

80. L'étendue du niveau de coercition - La mise en examen d'une personne soupçonnée d'un crime ou d'un délit est un pouvoir immense, puisqu'elle ouvre la voie

¹⁵⁷ L'éventualité du refus d'informer a uniquement été soumise à la jurisprudence dans le cadre d'une saisine par la partie civile. La Cour de cassation s'est prononcée dans le sens d'une obligation d'informer, et ce, même si les réquisitions du parquet y sont opposées. V. l'arrêt *Laurent-Atthalin* (Cass. crim., 8 déc. 1906, *Bull. crim.* n° 443 : *D.* 1907, 1, p. 207, rapp. L. ATTHALIN ; *S.* 1907, 1, 377, note R. DEMOGUE).

¹⁵⁸ C. GUÉRY, « De la vérité absolue à la clarification préalable : pour une nouvelle définition des missions du magistrat instructeur », *AJ pén.* 2010, p. 425.

à la restriction ou à la privation de liberté. Ce niveau de coercition découle directement du statut délivré par le juge d'instruction, selon sa décision d'entendre une personne comme simple témoin, comme témoin assisté, ou bien de la placer sous le régime de la mise en examen. L'alinéa premier de l'article 80-1 du Code de procédure pénale dispose : « A peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi ». Il ressort donc de cet énoncé l'entière liberté décisionnelle du juge quant à la mise en examen d'un suspect, le législateur lui ordonnant simplement la réunion d'indices graves ou concordants. Un auteur remarque d'ailleurs la souplesse de la formule, puisque le juge d'instruction peut se suffire de l'un ou l'autre des qualificatifs, sans avoir besoin de les réunir : « La conjonction "ou" permet en effet de pouvoir se contenter d'indices graves mais discordants, ou ténus mais concordants... »¹⁵⁹. Libre à lui, à partir de ces éléments, d'envisager le degré d'implication de la personne et de décider de l'opportunité de la mettre en examen. Avant la loi n° 2000-516 du 15 juillet 2000, la seule réunion d'indices, quels qu'ils soient, suffisait à mettre en examen un suspect. Une telle mutation a certes un peu restreint la liberté du juge d'instruction, puisqu'il doit depuis justifier d'un palier de certitude ou de gravité suffisant pour placer une personne sous un régime élevé de suspicion. Mais il demeure cependant puissant, l'appréciation des indices exigés lui incombant.

81. Comme il vient d'être écrit, la désignation du mis en cause sous l'égide d'un statut conditionne d'abord la possibilité de le placer en détention provisoire, sous contrôle judiciaire, ou sous surveillance électronique. Seule la mise en examen ouvre le droit, pour le juge d'instruction, à priver de sa liberté la personne concernée. Le juge d'instruction détient ici un pouvoir clé, puisqu'il est le seul à pouvoir ériger une personne en qualité de partie à la procédure. Bien sûr, l'attribution d'un tel rang octroie des droits, ce qui peut être analysé de façon positive pour le prévenu ou l'accusé qui en bénéficie. Mais il ne faut pas éluder la lourde contrepartie que la mise en examen comporte, ne serait-ce par la stigmatisation qu'elle induit : « C'est un acte qui

¹⁵⁹ C. GUÉRY, « La mise en examen par le juge d'instruction après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 », *JCP G*, n° 45, nov. 2001, doct. 359.

socialement est lourd, qui peut être destructeur, et juridiquement prédéterminant. Dès lors, si l'on peut en souligner la nécessité dans le processus conduisant à l'émergence de la vérité judiciaire, l'on peut aussi y voir, déjà, une atteinte à la présomption d'innocence »¹⁶⁰.

82. Plus encore, l'innocence se voit davantage écorchée lorsque la mise en examen est au service de la restriction ou la privation de liberté. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur retarde à tout prix ce moment, en laissant l'opportunité au juge d'instruction de mettre en examen le témoin assisté juste avant la clôture de l'information. L'article 113-8 du Code de procédure pénale dispose à cette fin que la lettre recommandée qui notifie la mise en examen, « précisant chacun des faits qui lui sont reprochés, ainsi que leur qualification juridique, et l'informant de son droit de formuler des demandes d'actes ou des requêtes en annulation, ainsi que du délai prévisible d'achèvement de la procédure », peut être adressée simultanément à l'avis de fin d'information prévu par l'article 175. À cela, il faut ajouter l'absence de risque, pour le juge d'instruction, de se voir reprocher une mise en examen tardive à l'égard du témoin assisté, qui n'est pas concerné par l'article 105 du Code de procédure pénale depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. En effet, ce texte dispose depuis cette date que : « Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins ». Or, le témoin assisté en est exclu par l'article 113-6 alinéa 2, ce qui permet au juge d'instruction d'entendre le témoin assisté sans le mettre en examen alors même que les critères de la mise en examen sont réunis. Mieux encore, alors que l'article 80-1 du Code de procédure pénale exige seulement l'un ou l'autre, puisqu'il laisse une option entre la gravité et la concordance par l'emploi de la conjonction « ou », en présence d'un niveau d'indice encore plus élevé, la gravité et la concordance des faits s'accordant par l'emploi de la conjonction « et », la loi dispense le magistrat de placer le témoin assisté en examen¹⁶¹.

83. Il semble que tout soit préférable au recours à la mise en examen, le dernier alinéa de l'article 80-1 du Code de procédure pénale opérant lui-même une ultime

¹⁶⁰ A. GUIDICELLI, « Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ? », *RSC* 2001, p. 43.

¹⁶¹ V. à ce propos : É. CAMOUS et F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Larcier, 15^{ème} éd., 2021, pp. 263-266, n° 597 et s.

manœuvre destinée à la contourner, puisque le statut de témoin assisté doit toujours être préféré, et celui de mis en examen résulter d'une impasse. Ainsi, les textes ordonnent au juge d'instruction un choix contraint, la mise en examen devant résulter d'une impasse absolue, aucune autre solution ne pouvant être trouvée : « Le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté ». La prudence du législateur n'est pas anecdotique, ce dernier mesurant pleinement la gravité d'un tel statut. Précisément, si les textes tentent de l'éviter, c'est bien parce qu'il a des incidences sans comparaison aucune avec les autres.

84. En conséquence, il faut percevoir l'immense pouvoir que détient par ce biais le juge d'instruction. Déjà, lors de la grande réforme du 15 juin 2000, œuvrant à l'unification des statuts du suspect dans l'enquête pénale, l'on était resté assez lucide sur les motivations du juge d'instruction, dans le choix de recourir à l'un ou l'autre des statuts. Certes, l'existence d'indices circonstanciés, à la gravité certaine, doit guider l'option d'une mise en examen. Toutefois, nul n'ignore la raison la plus probable du recours soit au statut de mis en examen, soit à celui de témoin assisté, à savoir le niveau de contrainte qui peut être exercé sur la personne. Finalement, le placement sous le statut de mis en examen ne se fait pas tant dans l'intérêt de la personne soupçonnée, mais dans celui du juge d'instruction : « Déjà, l'on peut entrevoir que le choix du juge d'instruction, entre le statut de témoin assisté et celui de mis en examen, sera non seulement fonction des indices pesant sur une personne, mais aussi de son opinion quant à la nécessité d'une mesure limitative ou privative de liberté. La crainte d'une disparition de preuves ou encore de pression sur les témoins pourra conduire le juge à préférer la mise en examen car autorisant un contrôle judiciaire et surtout une détention provisoire. Alors bien souvent, trop souvent peut-être, le témoin assisté pourra s'endormir, paisiblement, dans le lit douillet des articles 113-1 et suivants »¹⁶².

85. Finalement, la mise en examen place l'intéressé dans une position aussi ambivalente que celle que connaît le juge d'instruction dans l'exercice de ses fonctions. Ce dernier, à la fois enquêteur et autorité juridictionnelle, puisqu'il prend des décisions relatives à la liberté individuelle, confère au mis en cause un statut simultanément

¹⁶² A. GUIDICELLI, « Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ? », *op. cit.*

protecteur et stigmatisant. Il s'agit aussi de l'étape fondatrice de la procédure judiciaire, puisqu'elle s'articule autour de l'interrogatoire de première comparution, ou premier interrogatoire pour le témoin assisté, par lequel le suspect rencontre son juge pour la première fois. Dès lors, chaque droit détenu par le mis en examen est à double tranchant, puisqu'il suppose autant de devoirs de sa part. Ainsi, alors qu'il bénéficie du premier, celui d'être informé des charges retenues contre lui, une telle information comporte le risque qu'il en fasse un usage contrariant l'enquête. La communication avec des témoins ou des victimes, la dissimulation de preuves, la fuite : de tels éléments sont susceptibles, à présent, de restreindre la liberté du mis en examen, soit parce qu'il est placé sous contrôle judiciaire, soit parce qu'un bracelet électronique lui est imposé, s'ils n'ont pas pour effet de l'en priver entièrement, par le placement en détention provisoire. Malgré toutes les précautions dont le législateur s'entoure pour éviter ou repousser la mise en examen d'un suspect, la chambre criminelle de la Cour de cassation se suffit quant à elle de la vraisemblance de la participation à l'infraction pour admettre l'exercice de ce pouvoir par le juge d'instruction. Les réformes législatives ont bien tenté de l'en dissuader, en remaniant les textes de manière à limiter tout recours à un tel statut. La loi du 15 juin 2000, comme il vient d'être démontré, a notamment conditionné son application autour de critères exigeants, tout en imposant l'intervention du juge des libertés et de la détention pour le placement en détention provisoire.

86. Les mutations identitaires de ce magistrat n'ont cependant pas réussi à altérer une telle prérogative, protégée par la jurisprudence. Dans deux arrêts rendus le 14 avril 2015¹⁶³, la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle vigoureusement la lettre de l'article 80-1 du Code de procédure pénale à la chambre de l'instruction, laquelle avait annulé la mise en examen prononcée par le juge d'instruction en raison de l'absence de certitude de participation à l'infraction. En effet, en reprenant le raisonnement établi en amont sur la base des articles 105 et 80-1 du Code de procédure pénale, la mise en examen reste facultative tant que les indices sont soit graves, soit concordants et devient obligatoire lorsque les deux critères sont réunis. Tout du moins,

¹⁶³ Cass. crim., 14 avril 2015, n° 14-85.355 et n° 14-85.334. Ces affaires, dites « affaires de l'amiante » (plus précisément : « Site de Jussieu » et « Chantiers de Dunkerque ») concernent la mise en examen de décideurs publics, de membres de l'administration d'État et de personnels de structures non étatiques pour blessures ou homicides involontaires, sur les personnes travaillant ou étudiant sur ces sites.

le législateur joue-t-il sur les mots. Dans le cadre de l'article 80-1, il s'applique à employer une négation fort à propos, afin que le juge d'instruction ne mette pas en examen une personne sans l'existence de lourdes charges. Mais rien n'est dit quant à l'intensité de ces fameuses charges, qui restent dépendantes de l'appréciation pleine et entière du juge d'instruction. La formule est simple, puisque la loi se prononce uniquement sur les conditions dans lesquelles « le juge d'instruction ne peut mettre en examen » sans jamais lui donner les critères exacts à rassembler pour octroyer ce statut. Or, dans les affaires dites « de l'amiante », la chambre de l'instruction, usant de son pouvoir de contrôle des indices, avait annulé la mise en examen des suspects en arguant de l'absence de certitude quant au lien de causalité entre les faits et le dommage. Il fallait donc convenir, au regard de cette interprétation, que le juge d'instruction n'a pas la latitude de déterminer la suffisance des charges sans rapporter la preuve de leur corrélation avec l'infraction. Mais se reportant fidèlement à la lettre du texte, la Cour de cassation casse les décisions prononcées au fond, en rappelant que le doute est permis. Elle reprend pour cela l'expression législative dans son attendu de principe, en énonçant que la chambre de l'instruction n'était pas légitime à vérifier la certitude du lien de causalité entre les faits reprochés à l'intéressé et les dommages subis, car elle devait se contenter de vérifier que : « pouvait être déduite l'existence ou non d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable, y compris au regard du lien de causalité, qu'il ait pu participer à la commission des faits d'homicides et de blessures involontaires dont le juge d'instruction était saisi »¹⁶⁴. Fort logiquement, la chambre criminelle distingue ici la simple exigence de vraisemblance de l'infraction, qui prévaut pendant l'enquête, de celle des preuves, qui est exigée devant les juridictions de jugement¹⁶⁵.

87. De fait, l'enquête pénale n'a pas pour objet de fixer définitivement la culpabilité ou l'innocence du mis en cause, mais de rassembler les éléments qui permettront aux juges du procès d'en décider. Ainsi, le magistrat de l'instruction n'a pas vocation à mettre en examen un coupable ! Le législateur lui commande simplement de ne pas exercer un tel pouvoir sur une personne sans raison valable. À tout le moins, il doit disposer de fortes présomptions de participation à l'infraction. À l'inverse, la

¹⁶⁴ Cass. crim., 14 avril 2015, 14-85.334, Publié au bulletin.

¹⁶⁵ V. R. OLLARD, « La vraisemblance de participation à l'infraction, condition nécessaire et suffisante de la mise en examen », *Lexbase*, Hebdo édition privée n° 615 du 4 juin 2015 : Procédure pénale.

juridiction de jugement ne peut prononcer aucune décision de condamnation sans être certaine de la culpabilité du prévenu ou de l'accusé. Ici, le doute doit lui profiter alors que pendant l'instruction, ce même doute lui dessert, en permettant la contrainte. L'essence de l'enquête est par nature différente de celle du procès, et la seconde phase de la procédure pénale n'a pas lieu d'exister si les investigations ont déjà désigné un coupable sans nécessité d'en débattre, sauf à se contenter d'un simulacre de justice. Il faut néanmoins en dégager un enseignement précieux : le juge d'instruction a conservé son pouvoir d'engagement de la procédure pénale, en désignant formellement le mis en cause comme futur acteur du procès.

88. L'étendue des droits octroyés – L'interrogatoire de première comparution, qui permet de procéder à la mise en examen, n'est pas uniquement source de restriction ou de privation de liberté. Le juge d'instruction offre également par ce biais au mis en cause un panel de droits, dont il ne dispose que sous certains statuts. Plus généralement, seuls les témoin assisté et mis en examen obtiennent des modalités d'intervention devant le juge d'instruction. Il faut ici considérer la seconde facette du pouvoir que possède ce magistrat, puisqu'il lui revient de déterminer l'étendue des prérogatives des personnes impliquées dans la procédure. Avant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, la ligne de partage s'établissait uniquement entre le témoin simple et le mis en examen, la réforme ayant institué un stade intermédiaire, avec la création du statut de témoin assisté. Celui-ci partage avec la personne mise en examen le droit fondamental à l'assistance d'un avocat et au silence¹⁶⁶, mais pas seulement. L'article 82-1 du Code de procédure pénale permet aux parties, outre les auditions, interrogatoires, confrontations et transport sur les lieux ou communication des pièces, de demander : « tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité ». La formule est assez souple, de sorte que la fenêtre d'action qui s'ouvre par le biais du statut de mis en examen est considérable. Bien qu'il ne soit pas partie à la procédure, le témoin assisté bénéficie de droits intéressants, notamment en accédant au dossier et en faisant valoir ses observations devant la chambre de l'instruction en cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu¹⁶⁷. Il peut également demander un complément d'expertise ou une contre-expertise¹⁶⁸, à être confronté avec les individus qui le mettent en cause et

¹⁶⁶ Art. 113-3, al. 1, du Code de procédure pénale.

¹⁶⁷ Art. 197-1 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁸ Art. 167, al. 5, du Code de procédure pénale.

requérir l'annulation d'actes de procédure¹⁶⁹. En définitive, la différence principale réside dans l'impossibilité de demander de nouveaux actes d'enquête, ce qui implique plutôt un rôle réactionnel alors que la mise en examen se conçoit véritablement dans l'action. À leurs côtés, le témoin prête serment et atteste de la connaissance des faits devant le juge, de sorte qu'il demeure passif alors que les statuts de mis en examen et de témoin assisté rendent les mis en cause actifs, à des degrés différents. Pyramidaux, ces droits sont déterminants pour les suspects, une illustration particulièrement significative pouvant être donnée avec la possibilité de se pourvoir en cassation. L'article 567 du Code de procédure pénale dispose : « Les arrêts de la chambre de l'instruction et les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief », ne citant donc que les parties, en dehors du parquet, pour l'exercice de cette voie de recours. De fait, la qualité de partie à la procédure est de la première importance, ce que la doctrine se plaît à démontrer en rappelant que « le pourvoi en cassation ne peut émaner que d'une personne ayant la qualité – juridique, effective et continue – de partie »¹⁷⁰. La jurisprudence l'affirme de longue date¹⁷¹ et continue à réserver ce précieux droit aux seules parties à la procédure¹⁷². Aussi, l'institution du statut de témoin assisté, en donnant un nouveau pouvoir au juge d'instruction, lequel peut désormais graduer le niveau de droits qu'il consent à distribuer aux suspects, préjudicie un témoin particulier de l'information judiciaire.

89. *A fortiori*, le pouvoir du juge d'instruction trouve sa plus haute expression non pas lorsqu'il attribue le statut de témoin assisté ou celui de mis en examen, mais lorsqu'il l'écarte. Le simple témoin, sans autre statut que celui de suspect, ne possède aucun droit dans l'enquête pénale. Bien sûr, il ne peut pas faire l'objet d'une mesure coercitive, ce qui prive incidemment le juge de l'exercice d'une contrainte et rééquilibre le jeu procédural. Cependant, il existe une position très inconfortable parmi

¹⁶⁹ Art. 113-3, al. 3, du Code de procédure pénale.

¹⁷⁰ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière pénale*, Dalloz Action, 4^{ème} éd. 2018-2019, p. 87, n° 31-11 et s. (V. p. 83, n° 31-10, dans la troisième édition, 2012-2013), cités par J. PRADEL, « Du statut de la personne visée dans le réquisitoire introductif et non formellement mise en examen », *JCP G* 2017, p. 2047.

¹⁷¹ Cass. crim., 20 nov. 1913, *Bull. crim.*, n° 509 : refusant le pourvoi formé par celui qui n'est pas partie devant la chambre des mises en accusation.

¹⁷² Cass. crim., 11 mars 2014, n° 13-86.965, *Bull. crim.*, n° 71 : JurisData n° 2014-004025 ; rejetant le pourvoi formé par celui, qui, ayant bénéficié d'un non-lieu, a perdu sa qualité de mis en examen.

les témoins non assistés et non mis en examen, qui place l'intéressé dans une situation précaire, eu égard à son absence de droits. En effet, le témoin visé par le réquisitoire introductif du procureur de la République peut parfaitement demeurer un témoin « classique » tout au long de l'information judiciaire, si le juge d'instruction décide qu'il n'y a pas lieu de le mettre en examen ou d'en faire un témoin assisté. Le Code de procédure pénale ne lui fait aucune obligation en ce sens, de sorte qu'il peut laisser ce témoin nommément visé par le parquet dans une situation de clair-obscur et ce, jusqu'à la clôture des investigations. D'un côté, il est plus qu'un simple témoin, puisqu'il est formellement reconnu comme suspect par le ministère public ; de l'autre, il n'est pas une partie, puisqu'il n'est pas considéré comme suffisamment suspect par le juge d'instruction ! Par conséquent, il demeure placé dans un entre deux préjudiciable, puisqu'il ne bénéficie pas d'un niveau de droits proportionnel à l'intensité du soupçon qui l'entoure.

90. La chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée à de multiples reprises autour de cette question, sans pourtant épuiser les hypothèses de contestation. Dans un arrêt relativement récent, puisqu'il date du 13 octobre 2017, l'Assemblée plénière a confirmé le *statu quo*, en rejetant le pourvoi en cassation formé par un ancien premier ministre, afin de contester sa mise en examen¹⁷³. Dans le cadre de cette affaire politique, puisqu'elle concerne les ventes d'armes à destination du Pakistan et de l'Arabie Saoudite dans les années 1994-1995, le parquet avait nommé celui-ci, alors candidat à la présidence de la République, dans son réquisitoire introductif. La commission d'instruction de la chambre de la République, chargée de l'information judiciaire en raison des règles de compétence liées aux membres du gouvernement susceptibles d'avoir commis une infraction dans l'exercice de leurs fonctions¹⁷⁴, a rendu une décision écartant la prescription de l'action publique pour une partie des faits le 28 septembre 2016, sur réquisitions du parquet. Mis en examen le 29 mai 2017, l'intéressé a, dès le lendemain du placement sous un tel statut, formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Mais la chambre criminelle maintient une solution stable, en affirmant que : « si l'intéressé à la date de la décision attaquée était nommément cité dans les réquisitions du ministère public, en date du 26 juin 2014, cette seule

¹⁷³ Cass., Ass. plén., 13 oct. 2017, n° 17-83.620, P+B+R+I : JurisData n° 2017- 019850.

¹⁷⁴ Dans ce contexte, la Cour de justice de la République est compétente *ratione personnae* en vertu de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993.

circonstance ne lui conférait pas la qualité de partie ». Ainsi, le témoin visé dans le réquisitoire introductif du procureur de la République n'a pas davantage de droits que le simple témoin, alors même que ce dernier fait l'objet d'une moindre inquiétude au regard de l'infraction, puisqu'il ne lui est rien reproché. Ici, le juge d'instruction exerce un immense pouvoir, lui permettant de priver ce suspect particulier de tous les droits reconnus aux parties, malgré les investigations orientées dont il fait l'objet. À ce stade, il est pointé du doigt par l'autorité de poursuite, sans que le juge du siège rejoigne ou conteste un tel avis. Il se trouve donc en position d'infériorité, puisqu'il ne dispose pas de moyens de défense malgré le degré de suspicion relativement élevé autour de lui.

91. De fait, selon le premier alinéa de l'article 82-1 du Code de procédure pénale : « Les parties peuvent, au cours de l'information, saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à leur audition ou à leur interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, à ce qu'il soit ordonné la production par l'une d'entre elles d'une pièce utile à l'information, ou à ce qu'il soit procédé à tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité ». Pour toute demande d'actes, le Code ne vise que les parties, ce qui empêche le simple témoin de solliciter une audition ou confrontation, par exemple. La plupart de ces requêtes est également permise au témoin assisté, comme le mentionne l'article 113-3 du Code de procédure pénale, se référant aux droits du mis en examen pour les confrontations et demandes d'annulation d'actes¹⁷⁵. La position du juge de cassation à l'égard du témoin visé nominativement par le procureur de la République, sévère, est pourtant conforme aux textes, le législateur donnant un grand pouvoir au juge d'instruction quant à l'appréciation de la lourdeur des charges donnant lieu au statut de témoin assisté ou de mis en examen. Le témoin directement nommé par le parquet pâtit donc de la mutation générée par la loi du 15 juin 2000, puisqu'il n'est plus assimilé à une partie procédurale. Jadis, l'article 105 du Code de procédure pénale, après avoir fait interdiction au magistrat instructeur d'entendre comme témoin la personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants et la personne nommément visée par le réquisitoire introductif, ajoutait une précision utile en son troisième alinéa : « Toutefois, lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir mettre en examen une personne nommément visée par le

¹⁷⁵ L'article 113-3 du Code de procédure pénale se réfère respectivement aux articles 82-1 et 173.

réquisitoire du procureur de la République, il peut l'entendre comme témoin après lui avoir donné connaissance de ce réquisitoire. Cette personne bénéficie des droits reconnus aux personnes mises en examen. Avis lui en est donné lors de sa première audition, au cours de laquelle il est fait application des deuxième à quatrième alinéas de l'article 116 ». Dès lors que ce dernier était entendu par le juge, sans être placé en examen, il obtenait un niveau de droits aligné sur celui du mis en examen¹⁷⁶. La jurisprudence avait logiquement assimilé les deux statuts, élevant au rang de partie le témoin nominativement désigné par les réquisitions du ministère public¹⁷⁷. Aujourd'hui, le juge d'instruction peut départager le simple témoin du témoin assisté, maintenant celui dont le nom est visé dans le réquisitoire introductif dans l'inertie.

92. « L'instruction préparatoire est un chef d'œuvre de subtilité et de complexité, en raison notamment de la diversité de statut des personnes s'y trouvant impliquée [sic], le témoin, le témoin assisté, le mis en examen, voire la partie civile pouvant cohabiter. En voici un exemple où malgré un grand nombre de textes et de décisions de la chambre criminelle, le débat ne paraît pas clos : la personne visée nommément dans un réquisitoire introductif du parquet, aussi longtemps qu'elle n'est pas mise effectivement en examen, est-elle encore un témoin ou déjà une partie, par application de la vieille théorie de l'inculpation/mise en examen virtuelle ? »¹⁷⁸ : la réponse à cette question n'est pas figée, tant ce mis en cause particulier se rapproche d'une partie au regard des charges qui pèsent contre lui mais tout autant d'un témoin, eu égard à l'absence de droits à laquelle il est sujet. Ce qui, en revanche, paraît certain, relève de la liberté du juge d'instruction d'en décider.

2. Au regard des investigations

93. Le pouvoir du magistrat instructeur, grâce – ou malgré – ses évolutions, ne s'entend pas uniquement à l'égard des parties à la procédure : il est également le juge le plus puissant de l'enquête quant à la diversité et l'intensité des investigations qu'il

¹⁷⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 20e éd., 2019, p. 821, n° 862.

¹⁷⁷ Cass. crim., 11 avr. 1973, n° 90-334.73, *Bull. crim.*, n° 190 et 12 avril 1988, n° 87-91.698, *Bull. crim.* n° 150 : JurisData n° 1988-703486. Cette solution prévalait également si la procédure avait débuté par une constitution de partie civile, dès lors que le parquet avait ensuite nommément visé l'intéressé dans son réquisitoire : Cass. crim., 24 mai 1971, n° 90-921.71. : *Bull. crim.* n° 171 ; 19 nov. 1998, n° 98-83.333, *Bull. crim.* n° 309 : JurisData n° 1998-005078.

¹⁷⁸ J. PRADEL, « Du statut de la personne visée dans le réquisitoire introductif et non formellement mise en examen », *op. cit.*

peut mener. En effet, si le rayonnement de son office ne supporte qu'une courte portée, son espace est indéniablement rentabilisé.

94. La parole au service de la vérité – À cet égard, Renaud Van Ruymbeke ouvre le chapitre consacré aux actes d'investigation du juge d'instruction sur la belle citation de Victor Hugo : « *La vérité est comme le soleil. Elle fait tout voir et ne se laisse pas regarder* »¹⁷⁹. Aussi faut-il, au-delà de l'élan poétique qu'elle suscite, en tirer un enseignement magistral : le juge d'instruction a des yeux partout, de manière à faire éclater une vérité qui n'apparaîtra que plus tard, au moment du procès, voire peut-être jamais. Ce regard perçant s'accomplit au moyen de techniques d'enquête intrusives, dont il est parfois le seul détenteur. Les différentes réformes n'ont d'ailleurs fait qu'accroître la diversité des moyens d'enquête à sa disposition, le développement de nouvelles technologies allant bien souvent de pair avec leur caractère attentatoire au respect de la vie privée. Mais déjà, bien avant d'user d'outils contraignants, le juge dispose d'une arme redoutable : les interrogatoires, auditions et confrontations. *A priori*, le suspect, soit parce qu'il est mis en examen, soit parce qu'il est placé sous le statut de témoin assisté, se trouve doublement protégé : à la fois par la présence de son avocat et le droit de se taire, qui lui est notifié. Or, à peine de tels droits énoncés, ils lui sont immédiatement retirés par l'article 117 du Code de procédure pénale, lorsque l'urgence le justifie : « Nonobstant les dispositions prévues à l'article 116, le juge d'instruction peut procéder à un interrogatoire immédiat et à des confrontations si l'urgence résulte soit de l'état d'un témoin en danger de mort, soit de l'existence d'indices sur le point de disparaître ». Dès lors, le législateur permet au juge d'instruction de poser des questions à l'intéressé sans l'assistance de son conseil, ni la connaissance du droit au silence, lors de sa première comparution. Dans ce cas de figure, rien ne permettra de le préparer à l'interrogatoire judiciaire, le mis en cause ne connaissant ni les charges ni les preuves éventuelles qui pèsent contre lui, de sorte que l'équilibre dialectique sera rompu dans la distribution de la parole¹⁸⁰. Il s'agit ici d'un pouvoir phénoménal, qui lui permet d'outrepasser le socle le plus essentiel des droits de la défense. Bien sûr le législateur est-il légitime dans son choix d'autoriser une telle atteinte pour tenter de sauver une vie humaine. Mais la mention des indices « sur le

¹⁷⁹ R. VAN RUYMBEKE, *Le juge d'instruction*, PUF, Que sais-je?, 7^{ème} éd., 2020, p. 48.

¹⁸⁰ V. à ce propos le parallèle entre le juge d'instruction et le président de la cour d'assises : F. SAINT-PIERRE, « De l'art d'interroger au pouvoir d'interroger », *Les Cahiers de la Justice*, 2011/4, n° 4, pp. 83-91.

point de disparaître » est quant à elle plus contestable. Le risque de déperdition des preuves justifie-t-il véritablement de violer les bases fondamentales de l'équité ? Le législateur en est parfaitement conscient, raison pour laquelle la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 a supprimé l'hypothèse du crime ou délit flagrant, qui permettait au juge d'instruction présent sur les lieux de procéder ainsi. Cette amélioration ne suffit certainement pas, puisqu'il lui est toujours permis d'interroger la personne sans qu'elle bénéficie des droits qui lui sont dus, non dans l'unique but de sauvegarder une vie humaine, mais encore de précieux indices, lesquels ne peuvent pourtant être plus précieux que les droits de la défense !

95. De plus, le magistrat instructeur est le seul à pouvoir interroger la personne mise en examen, le procureur de la République étant uniquement autorisé à y assister¹⁸¹. Le législateur lui donne ici un entier pouvoir de direction, le plaçant aux commandes de chaque entretien, qu'il s'agisse d'un interrogatoire, d'une audition ou bien d'une confrontation. Tout juste permet-il à l'avocat et au ministère public d'intervenir en posant des questions ou en présentant quelques remarques, mais à l'unique condition d'avoir obtenu la permission préalable du juge du siège : « Le juge d'instruction dirige les interrogatoires, confrontations et auditions. Le procureur de la République et les avocats des parties et du témoin assisté peuvent poser des questions ou présenter de brèves observations »¹⁸². Mais il peut parfaitement s'opposer à ces demandes, en le mentionnant simplement sur un procès-verbal, s'il les estime nuisibles au bon déroulé des événements, tout comme il lui est loisible de déterminer l'ordre des interventions et d'y mettre un terme « lorsqu'il s'estime suffisamment informé »¹⁸³. Un tel pouvoir, pour un juge du siège, est si rare qu'il doit être souligné : le juge d'instruction possède encore ici la faculté de contenir le parquet dans ses retranchements. En conséquence, il faut en déduire l'objectif de tels actes d'investigation, qui poursuivent l'unique but d'éclairer le juge d'instruction sur les faits. Il reste donc, indéniablement, le personnage central de l'information judiciaire. Il est néanmoins intéressant de remarquer que le parquet peut interroger le mis en examen à la place du juge d'instruction, par délégation, tandis que le Code prohibe une telle commission rogatoire à l'égard des officiers de police judiciaire : « Les magistrats ou officiers de police judiciaire commis

¹⁸¹ Art. 119 du Code de procédure pénale.

¹⁸² Art. 120, al. 1, du Code de procédure pénale.

¹⁸³ Art. 120, al. 2, du Code de procédure pénale.

pour l'exécution exercent, dans les limites de la commission rogatoire, tous les pouvoirs du juge d'instruction. Toutefois, les officiers de police judiciaire ne peuvent pas procéder aux interrogatoires et confrontations des personnes mises en examen »¹⁸⁴. Quoi qu'il en soit, le juge d'instruction garde la maîtrise totale d'un tel transfert de pouvoir, gage d'une puissance considérable, malgré les mutations de l'instruction. L'identité est ici confortée, le juge du siège conservant un rôle de premier plan, en orientant de manière déterminante, par ses questions, la suite de la procédure judiciaire.

96. En contrepoint de cet enthousiasme peu modéré, il faut tout de même relever une modification importante apportée par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, en ce qu'elle exige l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires et confrontations des personnes mises en examen. Ainsi, l'article 116-1 du Code de procédure pénale dispose en son premier alinéa : « En matière criminelle, les interrogatoires des personnes mises en examen réalisés dans le cabinet du juge d'instruction, y compris l'interrogatoire de première comparution et les confrontations, font l'objet d'un enregistrement audiovisuel », tandis que le second en précise l'utilité. Il s'agit, par ce biais, de vérifier la portée des déclarations recueillies, lorsqu'elles sont contestées par le ministère public ou les parties privées. Le juge du siège reste l'autorité de consultation, le Code se référant soit au juge d'instruction, soit à la juridiction de jugement, pour en décider¹⁸⁵. Mais il faut bien reconnaître dans cette démarche la volonté législative de contrôler le travail du juge d'instruction, en permettant aux autres intervenants de vérifier l'exactitude des déclarations rapportées dans le procès-verbal. Il s'agit aussi, implicitement, d'une menace, à l'égard de son appréciation des charges, retenues ou rejetées, contre le suspect. Est-il si libre qu'il le semble de se fonder sur ces interrogatoires en matière criminelle, dès lors que l'issue choisie peut lui être reprochée ? Cette mutation n'est pas bénigne, en ce qu'elle traduit une certaine méfiance des autorités à l'égard du juge d'instruction. Certes, il dirige seul tant les interrogatoires que les auditions ou les confrontations, mais il existe depuis plusieurs années un droit de regard, au sens propre comme au figuré, sur l'exploitation de ces actes d'investigation, de sorte que le pouvoir s'exerce indirectement à plusieurs.

¹⁸⁴ Art. 152, als. 1 et 2, du Code de procédure pénale.

¹⁸⁵ Art. 116-1, al. 2, du Code de procédure pénale.

97. L'intrusion au service de la vérité – À mesure qu'il établit la personnalité du mis en cause et recueille les preuves qui permettront de reconstituer les faits, le juge d'instruction use de techniques d'enquêtes intrusives. La plupart ne lui sont pas réservées, l'accord du juge des libertés et de la détention permettant bien souvent d'y recourir hors instruction préparatoire. De plus en plus, le législateur concède le déploiement de moyens de surveillance hautement attentatoires à l'intimité de la vie privée pendant l'enquête préliminaire, voire même, lors de l'enquête de flagrance. Des intrusions à distance sont donc permises, par le biais de techniques spéciales d'enquête comme la sonorisation et la fixation d'image, la captation de données informatiques, l'accès à distance à des données stockées au moyen d'un identifiant informatique, l'enquête sous pseudonyme, le recueil des données techniques de connexion¹⁸⁶ ou l'enregistrement électronique d'un ordinateur¹⁸⁷. Toutefois, le juge d'instruction est encore le seul à pouvoir donner lieu à certaines investigations, ou bien à les autoriser pour une certaine durée, ou encore, dans un cadre particulier.

98. La loi du 23 mars 2019¹⁸⁸ a considérablement amplifié les mutations de l'enquête pénale, de telle manière que son juge emblématique doit partager les prérogatives les plus attentatoires à la liberté individuelle avec le parquet, sur autorisation du juge des libertés et de la détention. Toutefois, le projet de loi initial, qui vidait l'instruction préparatoire de ses principaux atouts, a subi une opposition salutaire de la part du Conseil constitutionnel. De longue date, l'interception de correspondances émises par la voie des communications électroniques, qu'il s'agisse d'une messagerie instantanée¹⁸⁹ ou bien d'écoutes téléphoniques¹⁹⁰, est une compétence dédiée au juge d'instruction, en ce qu'elle est hautement attentatoire au respect de la vie privée¹⁹¹. Autrefois informelles, les écoutes judiciaires ont en effet été légalisées par la loi n° 91-

¹⁸⁶ Il s'agit des IMSI-catchers, matériel d'interception qui permet d'obtenir les numéros IMSI (immatriculation de la carte SIM) et IMEI (immatriculation du téléphone).

¹⁸⁷ Le recours à un enregistreur de frappe (*keylogger*) permet cette fois d'enregistrer les événements sur le clavier d'un ordinateur (touches saisies, captures d'écran, applications actives...) à l'insu de de son propriétaire.

¹⁸⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁸⁹ Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 15-82.642, *Bull. crim.* n° 309 : « les messages instantanés échangés entre plusieurs personnes au moyen d'une liaison sécurisée par un dispositif de cryptage constituent des correspondances par la voie des télécommunications au sens de l'article 100 du code de procédure pénale et sont, comme telles, susceptibles d'être appréhendées sur la décision et sous l'autorité et le contrôle d'un juge ».

¹⁹⁰ Cass., Ass. plén., 24 nov. 1989, *Baribeau*, n° 89-84.439, *Bull. crim.* n° 93, *D.* 1990, p. 34. Selon cet arrêt : « constitue une écoute téléphonique le fait pour des policiers d'inviter une personne à téléphoner à un individu susceptible d'être impliqué dans la commission d'une infraction, d'enregistrer cette conversation téléphonique sur radiocassette et de dresser un procès-verbal de cette opération » (V. J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 543, n° 645).

¹⁹¹ Cet avis étant partagé à la fois par la Cour de cassation et la Cour européenne (CEDH, 23 nov. 1993, *A. c/ France* req. n° 14838/89).

646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, après une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹², et dans ce nouveau cadre, uniquement soumises à l'autorisation du magistrat instructeur. L'article 100 du Code de procédure pénale, qui régit leur usage en droit commun, lui permet toujours aujourd'hui d'y recourir « lorsque les nécessités de l'information l'exigent ». Une telle formule lui confère un pouvoir décisionnel particulièrement intéressant, puisqu'il est libre d'en apprécier seul l'opportunité, sans devoir se justifier, ni subir une contestation, puisque le deuxième alinéa du texte précise que la décision d'interception, écrite, « n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours ». Tout comme le juge de l'application des peines pour certains aménagements de la sanction pénale, le juge d'instruction rend ici une ordonnance, dont l'autorité n'est pas contestable.

99. Longtemps réservée au juge d'instruction, cette prérogative symbolise le crédit accordé au législateur à l'égard de ce juge du siège, auquel il confie les investigations les plus dangereuses quant à la liberté individuelle. Cependant, les profondes entailles réalisées par le législateur à l'encontre de l'information judiciaire sont parvenues à toucher les interceptions de correspondances, en les autorisant hors instruction préparatoire, dans le cadre de la criminalité organisée. Ainsi, depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004¹⁹³, l'article 706-95 du Code de procédure pénale accepte la mise en place d'écoutes judiciaires, pour les crimes et délits des articles 706-73 et 706-73-1, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, à la requête du procureur de la République. Cette brèche participe *de facto* à la destruction progressive de l'identité du juge d'instruction, qui doit partager l'un de ses pouvoirs les plus forts avec le Procureur de la République, avec l'aval d'un autre juge du siège. Seule la durée de ces investigations les différencie depuis cette date, puisque le juge d'instruction peut donner lieu à des écoutes pendant quatre mois, la mesure étant renouvelable jusqu'à un an pour le droit commun, deux ans au plus pour la criminalité organisée, tandis que son confrère du parquet est limité à une autorisation du juge des libertés et de la détention d'un mois, renouvelable une seule fois. S'il lui faut désormais se défaire d'une exclusivité en matière d'interception de correspondances, le juge d'instruction reste

¹⁹² CEDH, 24 avr. 1990, nos 11801/85 et 11105/84, *Krusling et Huvig c/ France*.

¹⁹³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

l'unique juge pénal qui peut prolonger ces actes d'investigation pour une très longue durée. Le législateur semble donc bien conscient de l'identité protectrice du juge d'instruction, en ce qu'il n'ouvre pas tout à fait le même niveau d'atteinte hors le cadre de l'information judiciaire, et ce, malgré une forte propension à permettre la rupture de l'équité dans l'enquête pénale, au nom de la lutte contre la criminalité organisée.

100. Du moins, l'on pouvait décemment le penser jusqu'à une date récente, ce qui ne semble plus véritablement être le cas, après étude du projet portant la loi du 23 mars 2019. L'article 27 de ce dernier, dans ses paragraphes I à III, avait en effet pour ambition d'appliquer le régime des interceptions de correspondances pour les crimes et délits de droit commun, tant à l'enquête de flagrance qu'à l'enquête préliminaire. Aussi suffisait-il que le juge des libertés et de la détention donne son accord au parquet, pour que ce dernier puisse intercepter des échanges, dès lors que l'infraction était punie d'au moins trois ans d'emprisonnement. Plus encore, le gouvernement est allé jusqu'à prévoir la possibilité, pour le ministère public, de recourir aux interceptions de correspondance en toute autonomie, pendant une durée de vingt-quatre heures « en cas d'urgence résultant d'un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens ». L'autorisation était simplement soumise à la validation du juge des libertés et de la détention, à l'issue de ce délai. Ici, le juge d'instruction perdait toute maîtrise d'une mesure portant hautement atteinte aux droits fondamentaux, la réforme participant activement à la destruction identitaire du juge pénal. Cette « carte blanche » offerte au ministère public a fort heureusement été rebattue par le juge constitutionnel, lequel a observé l'absence de gravité et de complexité des infractions visées. La disposition fut censurée, le Conseil soulignant en outre que le contrôle opéré par le juge n'était pas suffisant pour garantir le caractère nécessaire et proportionné des mesures au regard de l'atteinte aux libertés fondamentales qu'elles occasionnent : « le législateur n'a pas opéré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions et le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances. Ces dispositions sont donc contraires à la Constitution »¹⁹⁴. Par conséquent, le juge constitutionnel considère bien, aujourd'hui encore, la garantie apportée par le juge d'instruction comme étant supérieure à celle du juge des libertés et de la détention. Ce

¹⁹⁴ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 147.

dernier, s'il est également juge du siège et surtout moins décrié que le magistrat instructeur, puisqu'il n'est pas à la fois juge et partie, se trouve justement pour une telle raison dépourvu du dossier de procédure. Parce qu'il n'est pas investigateur, le juge des libertés et de la détention n'a pas le regard du juge d'instruction sur l'enquête, raison pour laquelle l'autorisation donnée relève plus de la forme que du fond. C'est également ce qui a justifié l'exigence d'une ordonnance motivée, alors qu'aucune explication n'est attendue du juge d'instruction en pareil cas. De la même façon, la destruction des procès-verbaux et des enregistrements, ordonnée par le juge des libertés et de la détention en cas d'irrégularité, pouvait être contestée par voie d'appel, par le ministère public. Une telle faculté n'a donc pas abouti dans le cadre des interceptions judiciaires, mais elle est ouverte, depuis la réforme, pour les techniques spéciales d'enquête¹⁹⁵, dont le régime a été unifié. Inédite, cette nouvelle compétence du juge des libertés et de la détention, auquel est dès lors reconnu un pouvoir d'annulation des actes de la procédure, offre une voie de recours, de sorte que le gouvernement semble conscient de la fragilité de l'autorité de contrôle.

101. Malgré la censure constitutionnelle, qui a évité un seuil général de trois ans d'emprisonnement pour autoriser les écoutes judiciaires, dans les trois types d'enquête, et en dehors de la criminalité organisée, le texte de l'article 100 du Code de procédure pénale a été modifié, dans un sens défavorable au magistrat instructeur. Étonnamment, alors que l'unification des régimes est rejetée par les Sages, le législateur « oublie » de rétablir le texte de l'article 100 du Code de procédure pénale, qui régleme le droit commun de ces interceptions lors de l'instruction. En vertu de la nouvelle rédaction, le juge d'instruction ne peut y recourir que pour les crimes et délits punis d'au moins trois années d'emprisonnement, contre deux ans jusqu'à présent. Il s'agit bien d'un amoindrissement de ses pouvoirs, du moins sur le principe, puisqu'il se trouve privé d'un important moyen d'investiguer pour toutes les infractions en deçà du nouveau seuil. De fait, et comme l'ont justement observé les parlementaires : « Si la définition de ce seuil de trois ans a pour conséquence d'élargir considérablement les possibilités

¹⁹⁵ V. J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 738, n° 1129 : « par cette expression, le législateur désigne les actes d'investigation les plus intrusifs, qu'il a regroupés au sein du chapitre II du titre XXV du livre IV du Code de procédure pénale, dans une section 6 intitulée : "Des autres techniques spéciales d'enquête". Il y a fixé les dispositions qui les régissent communément quant à la procédure de leur mise en œuvre, avant de décrire ensuite séparément le contenu de chacune d'elles : recueil des données techniques de connexion et des interceptions de correspondances émises par la voie des communications (procédé de proximité dit *IMSI-catcher*), sonorisation et vidéo-captation, captation des données informatiques ».

de recours aux interceptions judiciaires dans le cadre des enquêtes, elle a également pour conséquence de réduire les possibilités d'interceptions judiciaires du juge d'instruction »¹⁹⁶. Il faut néanmoins relativiser cette hypothèse, compte tenu des nombreuses interventions législatives, depuis 1991, destinées à rehausser le *quantum* des peines encourues. D'autre part, la même réforme a permis à ce que des interceptions de télécommunication aient lieu, sans aucune référence à un seuil d'emprisonnement minimal, dès lors que l'infraction est commise sur la ligne de la victime et que cette dernière en fait la demande auprès du juge d'instruction¹⁹⁷. Bien qu'elle soit à l'initiative de la victime, cette nouvelle opportunité est réservée au juge d'instruction, ce qui constitue bien un renforcement de ses pouvoirs d'investigation. En conséquence, s'il faut bien reconnaître une atteinte à l'identité du juge d'instruction, la tentative n'a pas surmonté la vérification constitutionnelle et les dommages collatéraux constatés – à savoir l'augmentation du seuil de droit commun – n'ont pas vraiment d'incidence sur le juge d'instruction. En dehors de la question des interceptions de correspondance, même lorsqu'il n'a pas l'exclusivité d'un moyen d'investigation, le juge d'instruction est souvent le seul juge pénal auquel le législateur permet d'en user pour une longue durée. Parmi d'autres illustrations, c'est le cas, notamment, de la géolocalisation, technique transversale aux différents cadres d'enquête¹⁹⁸. Hors instruction, elle est permise pendant quinze jours, par l'intermédiaire du ministère public, qui doit en appeler au juge des libertés et de la détention pour la prolonger d'un mois, le renouvellement étant ensuite illimité dans le temps. Le magistrat instructeur, quant à lui, peut immédiatement l'autoriser pour quatre mois, et la renouveler indéfiniment pour cette même durée. Il garde, pour l'heure, un pouvoir incomparable pour ces actes d'investigation précieux.

102. L'harmonisation au prétexte de la vérité - Toutefois, le concept de l'harmonisation procédurale qui sert d'argument au partage des compétences entre l'instruction et les autres cadres d'enquête ressemble davantage à une couverture fort à propos, destinée à masquer la volonté gouvernementale d'étendre les méthodes

¹⁹⁶ V. Rapport n° 11 (2018-2019) de MM. François-Noël BUFFET et Yves DÉTRAIGNE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 3 octobre 2018, p. 184.

¹⁹⁷ Art. 100, al. 3, du Code de procédure pénale : « En cas de délit puni d'une peine d'emprisonnement commis par la voie des communications électroniques sur la ligne de la victime, l'interception peut également être autorisée, selon les mêmes modalités, si elle intervient sur cette ligne à la demande de la victime ».

¹⁹⁸ Art. 230-32 et 230-33 du code de procédure pénale.

d'investigation les plus intrusives hors le contrôle du juge du siège. Bien évidemment, l'accord du juge des libertés et de la détention est requis dans cette tâche, et ce, afin de maquiller la destruction de l'identité judiciaire. Mais ce juge du siège ne peut en réalité donner un avis éclairé sur une enquête dont il ne maîtrise ni les tenants ni les aboutissants. Seul le juge d'instruction peut, au siège, rivaliser avec le procureur de la République dans la conduite des investigations, et encore le surpasser, pour certains actes gravement attentatoires aux libertés individuelles, telles les interceptions de correspondance. En effet, « le seul recours au juge des libertés et de la détention, qui ne dispose pas des mêmes moyens que le juge d'instruction, ne constitue pas nécessairement une garantie effective. [...] L'autorisation délivrée par le juge des libertés et de la détention est en réalité une autorisation d'acte au regard de la plausibilité d'utilité à la manifestation de la vérité »¹⁹⁹. Pourtant, le législateur n'a de cesse de banaliser le recours à ces technologies, en les confiant au ministère public, sous le contrôle du juge des libertés et de la détention, tant au sein de l'enquête de flagrance que de l'enquête préliminaire. Il va sans dire que le regard du juge du siège mandaté est ici factice, le juge des libertés et de la détention n'étant pas averti en temps réel du déroulement des investigations, contrairement au juge d'instruction. Ainsi, l'accord donné, comme son renouvellement, relèvent de la pure forme.

103. Cette mascarade est loin de s'arrêter aux tentatives liées aux interceptions judiciaires et déjouées par le Conseil constitutionnel. Regroupées sous le vocable « techniques spéciales d'enquête », le recours à l'IMSI-catcher²⁰⁰, la sonorisation et la fixation d'images²⁰¹, la captation des données informatiques²⁰² et l'accès à distance à des données stockées au moyen d'un identifiant informatique²⁰³, sont normalement restreintes à l'appréhension de la délinquance organisée. Elles ne sont certes pas

¹⁹⁹ V. Rapport n° 11 (2018-2019) de MM. François-Noël BUFFET et Yves DÉTRAIGNE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 3 octobre 2018, *op. cit.*, pp. 182-187.

²⁰⁰ Prévues aux articles 706-95-4 et 706-95-5 du Code de procédure pénale, cette technique créée par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 consiste à capter les données des terminaux mobiles : identification d'un équipement terminal ou IMEI (International Mobile Equipment Identity), identification de son utilisateur via le numéro de sa carte SIM ou IMSI (International Mobile Subscriber Identity), et informations de localisation de cet équipement, pour intercepter les correspondances qui y transitent.

²⁰¹ La loi n° 2004-209 du 9 mars 2004 a mis en place la technique de sonorisation et de fixation d'images dans des lieux privés ou publics, aux articles 706-96 à 706-98 du Code de procédure pénale.

²⁰² Créée par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, la captation en temps réel des données informatiques à l'insu de l'intéressé est insérée à l'article 706-102-1 du code de procédure pénale. Cette technologie de surveillance continue permet de saisir des fichiers informatiques contenus sur un disque dur ou un support amovible, d'accéder à des fichiers conservés sur des périphériques ou d'enregistrer ce qui apparaît à l'écran.

²⁰³ À nouveau introduite par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 aux articles 706-95 à 706-95-3 du Code de procédure pénale, cette technologie permet de récupérer des messages (e-mail, compte WhatsApp, Telegram, etc.) reçus avant que l'interception d'une ligne ou d'un identifiant informatique ne débute.

spécifiques à l’instruction, mais demeurent réservées aux infractions les plus graves et les plus complexes, de telle manière que l’information judiciaire reste leur espace de prédilection. Déjà, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, a rendu directement applicable le recours à l’IMSI-catcher, soit l’accès à distance à des données stockées au moyen d’un identifiant informatique, en enquête préliminaire et de flagrance, tout en élargissant le recours à la sonorisation et la fixation d’images ainsi que captation des données informatiques hors instruction, afin « d’éviter l’ouverture d’informations judiciaires pour ce seul motif ». Derrière un argument opportuniste, se cache la volonté de réduire les possibilités de recours à ces techniques par le juge d’instruction. De fait, leur élargissement en dehors de l’information judiciaire a pour conséquence immédiate de les retirer au magistrat instructeur, qui ne sera plus saisi, ou le sera plus tardivement. Cette banalisation du recours aux actes d’investigation hautement intrusifs en enquête préliminaire et de flagrance conduit à renforcer considérablement les pouvoirs du procureur de la République, tout en diminuant celui du juge d’instruction.

104. Le projet de loi à l’origine de la réforme du 23 mars 2019²⁰⁴, toujours porté par une volonté simplificatrice, a quant à lui tenté une extension de ces techniques aux infractions de droit commun. À nouveau, le Conseil constitutionnel est venu censurer le texte, sur la base des mêmes considérations que celles prévalant pour les interceptions judiciaires, à savoir la disproportion entre l’atteinte au respect de la vie privée et le degré insuffisant de gravité des infractions visées²⁰⁵. En revanche, l’unification du régime des techniques spéciales d’enquête a été permis, de telle façon que les articles 706-95-11 et suivants règlementent désormais une procédure commune aux trois types d’enquête, quant aux modalités d’autorisation, de prolongation et de contrôle de ces mesures. Non seulement le juge constitutionnel a évité qu’elles ne deviennent générales, et non plus spéciales, mais il a également empêché le parquet d’autoriser le recours à ces techniques pendant vingt-quatre heures en cas d’urgence, sans contrôle du juge du siège, le juge des libertés et de la détention intervenant uniquement à l’issue de ce délai. L’unité procédurale n’est en outre pas totale, puisque le juge d’instruction ne sollicite qu’un avis du procureur de la République, dans la continuité des exigences antérieures, alors que le juge des libertés et de la détention

²⁰⁴ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁰⁵ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 164.

doit obtenir son autorisation²⁰⁶. Il est intéressant, tout de même, de remarquer à quel point le second semble soumis au parquet, tandis que le premier fait ce qui lui plaît. De plus, en cas d'urgence, le juge d'instruction reste le seul compétent pour mettre en œuvre l'une de ces techniques, cette fois-ci dispensé de prendre l'avis du ministère public. Dans tous les cas, le juge d'instruction peut donner lieu à ces actes d'investigation particulièrement intrusifs pendant quatre mois, renouvelables jusqu'à deux ans, alors que le juge des libertés et de la détention est limité à un mois, renouvelable une seule fois²⁰⁷. Deux années pour l'un, deux mois pour l'autre : même après cette mutation, le juge d'instruction demeure le seul juge du siège en mesure de porter une atteinte grave et durable aux libertés individuelles pour les nécessités de l'enquête²⁰⁸. Malgré toutes les critiques qui lui sont adressées, le juge d'instruction reste un gage d'équité.

Paragraphe II – Un cadre protecteur des garanties fondamentales

« Véritable Janus du monde judiciaire, le juge d'instruction présente un double visage. Son ambivalence puise sa source dans sa propre définition. S'il dispose de pouvoirs préjudiciables aux libertés, il représente, par son existence même, une garantie fondamentale en tant que magistrat dont l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif est assurée par la Constitution »²⁰⁹.

105. Parmi ses voisins européens, la France fait figure de résistante. Envers et contre tout, et peut-être même contre tous, elle maintient son magistrat instructeur dans l'enquête pénale, en cloisonnant nettement ses pouvoirs. Dès lors, il faut bien lui reconnaître une place à part entière au sein de l'information judiciaire : dans le petit espace qu'il conserve, le juge d'instruction agit en souverain. La proportion d'affaires lui revenant est quantitativement faible : aussi serait-il facile de considérer son étude négligeable. Bien au contraire, de si puissants pouvoirs dans une sphère aussi réduite

²⁰⁶ Art. 706-95-12 du Code de procédure pénale : « Les techniques spéciales d'enquête sont autorisées : 1° Au cours de l'enquête, par le juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République ; 2° Au cours de l'information, par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République ».

²⁰⁷ Art. 706-95-16 du Code de procédure pénale.

²⁰⁸ Selon la formule générique employée par le législateur à l'article 706-95-11, alinéa 2, du Code de procédure pénale : « Ces techniques spéciales d'enquête peuvent être mises en œuvre si les nécessités de l'enquête ou de l'information judiciaire relatives à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent ».

²⁰⁹ R. VAN RUYMBEKE, *Le juge d'instruction*, op. cit., p. 6.

interpellent toute étude consacrée au juge pénal. Son ambivalence, comme l'écrit Renaud Van Ruymbeke dans son ouvrage, est source d'un compromis intéressant, puisqu'elle lie, pour chaque mission dévolue à ce juge-enquêteur, la force à l'indépendance. Il offre donc un cadre protecteur à l'enquête pénale, l'instruction préparatoire y étant le principal tronçon de sauvegarde du procès équitable (A). Un tel cadre semble toutefois aujourd'hui compromis, le secret du juge d'instruction cédant progressivement le pas à l'ère de l'information (B).

A) Le contrepois de l'enquête de police

« Ainsi, quantitativement, la proportion des affaires instruites par un juge est devenue faible, mais, qualitativement, il ne s'agit que d'affaires lourdes, difficiles, aux enjeux importants, pour lesquelles la compétence et l'indépendance sont essentielles. Il serait à nos yeux irresponsable de confier ces affaires à une autorité qui ne répondrait pas à ces exigences et qui n'offrirait pas les garanties inhérentes à l'intervention d'un juge : respect du principe du contradictoire et, notamment, présence de l'avocat lors des auditions des parties »²¹⁰.

106. La protection du mis en cause – Le droit à l'assistance d'un avocat, pendant l'instruction préparatoire, est un acquis de longue date. La loi du 8 décembre 1897 a permis au mis en cause de se défendre utilement, en apprenant les charges qui pèsent contre lui, par l'intermédiaire de son conseil²¹¹. De la même façon, la partie civile, assistée par son avocat, obtient de la sorte l'accès au dossier par la loi du 22 mars 1921²¹². Il s'agit ici d'une véritable assistance, et non du simple accompagnement qui prévaut dans l'enquête classique. En effet, la suspicion, selon son lieu d'exercice, n'offre pas la même protection au mis en cause. Il est particulièrement significatif de constater à quel point la coercition exercée dans le cadre de l'information judiciaire est

²¹⁰ P. LYON-CAEN, « Le juge d'instruction – La menace d'une grave régression », Association *Après-demain*, La justice aujourd'hui, 2010/3, n° 15, pp. 20-23.

²¹¹ Loi dite « *Constans* » du 8 décembre 1897, ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits, *JORF* du 10 décembre 1897. Dans le cadre de la première comparution, l'article 3 dispose : « Si l'inculpation est maintenue, le magistrat donnera avis à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage, ou parmi les avoués, et, à défaut de choix, il lui en fera désigner un d'office si l'inculpé le demande ».

²¹² Loi dite « *Degois* » du 22 mars 1921 modifiant la loi du 8 décembre 1897 concernant l'instruction criminelle. Elle ajoute à l'article 3 précité, *in fine* : « La partie civile, régulièrement constituée, aura également le droit de se faire assister d'un conseil à partir de sa première audition ».

protectrice des droits fondamentaux, alors que l'enquête de flagrance comme l'enquête préliminaire rechignent à intégrer les acquis du procès équitable. L'article 76 du Code de procédure pénale dispose : « Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu », ce qui laisse entendre la place déterminante du consentement en enquête préliminaire. Cependant, une telle supposition doit être aujourd'hui démentie, tant il est possible à présent de passer outre. La loi Perben 2, du 9 mars 2004²¹³, avait déjà permis au procureur de la République de contraindre la personne, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention, dès lors que le délit était puni d'une peine égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 vient encore d'en augmenter le champ, puisque le seuil d'emprisonnement est désormais abaissé à trois ans. Se rapprochant dangereusement de l'enquête de flagrance, laquelle autorise par sa nature même la contrainte²¹⁴, l'enquête préliminaire offre finalement une vraie force de coercition, alors même qu'elle n'a pas vocation à la brièveté. Ici, le procureur de la République est libre de déterminer sa durée²¹⁵, quand la flagrance se limite à huit jours, voire seize, lorsque l'infraction est réprimée par un emprisonnement égal ou supérieur à cinq ans et que les investigations nécessaires à la manifestation de la vérité ne peuvent être différées²¹⁶. À tout le moins, il faut s'estimer heureux de la censure constitutionnelle, qui a refusé d'étendre à seize jours l'enquête de flagrance pour toutes les infractions relevant de la criminalité organisée, ainsi que le renouvellement pour huit jours de celle-ci pour les délits punis de trois ans d'emprisonnement²¹⁷. Il n'en demeure pas moins que le législateur tente de détruire l'identité du juge pénal au sein de l'enquête, en élargissant autant que possible les prérogatives en enquête classique, au détriment de l'instruction.

²¹³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

²¹⁴ Selon l'article 56, alinéa 1, du Code de procédure pénale : « Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. L'officier de police judiciaire peut également se transporter en tous lieux dans lesquels sont susceptibles de se trouver des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal, pour y procéder à une perquisition aux fins de saisie de ces biens ; si la perquisition est effectuée aux seules fins de rechercher et de saisir des biens dont la confiscation est prévue par les cinquième et sixième alinéas de ce même article, elle doit être préalablement autorisée par le procureur de la République ».

²¹⁵ Le législateur est en effet très souple sur la fixation de ce délai puisque l'article 75-1 du Code de procédure pénale prévoit en son premier alinéa que le procureur « peut le proroger au vu des justifications fournies par les enquêteurs ». En outre, le Code ne commande aux officiers de police judiciaire qui mènent une telle enquête d'office de référer de son état d'avancement au ministère public au bout de six mois seulement.

²¹⁶ Art. 53, alinéa 3, du Code de procédure pénale.

²¹⁷ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 190.

107. Au paroxysme de la coercition, la privation de liberté peut s'exercer en flagrance comme en préliminaire, avec une mesure hautement emblématique : la garde à vue. L'article 62 du Code de procédure pénale dispose : « La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs ». Or, l'autorité judiciaire, ici, n'est pas un juge du siège, mais le magistrat du parquet. De la même manière que la détention provisoire, la garde à vue concerne le suspect, c'est-à-dire celui qui ne fait pas (encore) l'objet de poursuites pénales, l'action publique n'étant pas déclenchée. Il y a bien une différence de statut puisque le mis en examen, dans le cadre de l'instruction préparatoire, fait l'objet d'un soupçon accentué – manifesté par la présence d'indices graves et concordants. Il ne faudrait pas, toutefois, que le recours à la garde à vue masque un tel niveau de suspicion, en permettant une coercition moins protectrice des garanties du procès équitable. La faveur donnée à l'enquête classique, source de disparition progressive de l'information judiciaire, semble ouvrir la voie à une telle mutation de l'identité judiciaire. La privation de liberté est progressivement contrôlée par le parquet, qui ne doit saisir le juge des libertés et de la détention qu'au bout de quarante-huit heures²¹⁸, alors même que le juge d'instruction ne peut autoriser la détention provisoire sans l'aval de son confrère du siège²¹⁹. Pourtant, les motifs justifiant la garde à vue sont les mêmes que ceux qui permettent la détention provisoire, au regard de l'énumération des articles 62-2 et 144 du Code de procédure pénale. Il est principalement question, par cette privation de liberté, de préserver les preuves, d'éviter les pressions sur les témoins et les victimes et de garantir la présence de la personne pour certaines investigations²²⁰.

108. Le droit à l'assistance de l'avocat, dans le cadre de la garde à vue, a fait l'objet d'une bataille acharnée, source d'un progrès considérable, même s'il est encore loin d'avoir gagné la hauteur attendue. L'intervention d'un avocat a connu une profonde

²¹⁸ Article 62-3, alinéa 1, du Code de procédure pénale : « La garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République, sans préjudice des prérogatives du juge des libertés et de la détention prévues aux articles 63-4-2 et 706-88 à 706-88-2 en matière de prolongation de la mesure au-delà de la quarante-huitième heure et de report de l'intervention de l'avocat ».

²¹⁹ L'article 137-1 du Code de procédure pénale dispose en son alinéa 1 : « 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 ».

²²⁰ J.-L. LENNON, « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D.* 2006, p. 887.

revalorisation depuis la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, faisant suite à une prise de position frontale de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de notre législation. En effet, ce droit fut longtemps réduit à un unique entretien d'une demi-heure, dès le début de la garde à vue, et lors de son éventuel renouvellement. Vif objet de controverses dès son introduction, l'intervention prévue à la première heure par la loi du 4 janvier 1993²²¹ devait être immédiatement repoussée à la vingtième heure par la loi du 24 août 1993²²². Les attermolements n'allaient jamais cesser, puisque la loi du 15 juin 2000²²³, qui prévoyait une double intervention : à la première et la vingtième heure, puis à la trente-sixième heure en cas de prolongation ; était à nouveau remise en cause par la loi du 9 mars 2004²²⁴, ramenant à nouveau ce droit uniquement au début de la garde à vue et lors de la prolongation.

109. Cette première approche de l'avocat demeure aujourd'hui inchangée, son rôle restant à ce stade minimal. Il s'agit plutôt d'une présence physique, en ce qu'il rencontre rapidement son client et lui apporte par ses conseils un soutien psychologique. Bien entendu, aussi bref soit-il, cet entretien est fondamental au regard du procès équitable, puisqu'il permet de s'assurer que le gardé à vue a effectivement bénéficié des droits de la défense. Il ne permet pas davantage, la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 rappelant simplement le droit à un entretien privé d'une durée d'une demi-heure avec l'avocat, dans la continuité de ce qui existait déjà. L'article 63-3-1 du Code de procédure pénale dispose ainsi, en son premier alinéa : « Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à être assistée par un avocat » et l'article 63-4 précise, en son second alinéa « la durée de l'entretien ne peut excéder trente minutes », avant de rappeler la même possibilité en cas de prolongation, dans son dernier alinéa. Cette frilosité à permettre un véritable accès à l'avocat, qu'il s'agisse du moment, de la durée et des conditions de son intervention, montre à quel point il pourrait être utile à la défense. L'intérêt des enquêteurs est donc de le repousser, afin de garder les mains libres pour mener des investigations intrusives. Garanti de longue date tant par le

²²¹ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. V. H. VLAMYNCK, « La garde à vue du Code d'instruction criminelle à nos jours », *AJ pén.* 2008, p. 257.

²²² Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. V. D. THOMAS, « Le suspect en quête d'un statut procédural », *Mélanges CABRILLAC*, Dalloz et Litec, p. 828.

²²³ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. V. J. BUISSON, « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 », *RSC* 2001, p. 25 ; J. BUISSON, « Le placement en garde à vue », *RSC* 2001, p. 671.

²²⁴ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. V. A. GUIDICELLI, « La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *AJ pén.* 2004, p. 271.

Conseil constitutionnel²²⁵ que par la Cour européenne des droits de l'homme²²⁶, le droit de s'entretenir avec un avocat pendant la garde à vue reste relativement superficiel, alors qu'il a une véritable consistance au sein de l'instruction préparatoire. De fait, le placement en détention provisoire ne peut avoir lieu sans un débat contradictoire, qui implique nécessairement la présence active de l'avocat. Ici, l'on peut parler d'une vraie participation du défenseur, et non d'une simple présence. En effet, comme le mentionne l'article 145 alinéa 6 du Code de procédure pénale : « Le juge des libertés et de la détention « entend le ministère public qui développe ses réquisitions prises conformément au troisième alinéa de l'article 82 puis les observations de la personne mise en examen et, le cas échéant, celles de son avocat ». Non seulement la personne peut s'exprimer, mais en plus, l'avocat est présent tout au long du débat et ses observations sont requises par le juge pénal pour statuer sur l'opportunité du placement en détention provisoire. Le juge des libertés et de la détention doit même accorder un délai au mis en cause, lorsqu'il le sollicite pour préparer sa défense, une telle modalité bloquant le placement immédiat en détention provisoire²²⁷. Dans le cadre de l'information judiciaire, alors même que la privation de liberté est placée sous le contrôle de deux juges du siège, les droits de la défense sont mieux respectés. Le juge d'instruction, dont l'identité conserve l'indépendance nécessaire à l'exercice du procès équitable, préserve également les droits de la défense, malgré les nombreuses mutations qu'il subit. Face à l'entretien de trente minutes accordé au début de la garde à vue, l'assistance continue du défenseur pendant le débat contradictoire offre un cadre bien plus protecteur, qui rejoint l'identité pénale du juge du siège.

110. Toutefois, l'apport principal de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 est ailleurs, puisqu'elle a enfin permis à l'avocat d'assister son client lors des auditions et confrontations, une véritable révolution dans l'enquête policière. La Cour européenne des droits de l'homme a mis un point d'honneur, par une jurisprudence abondante, à exiger l'assistance de l'avocat durant les interrogatoires et confrontations, tout en considérant que l'absence d'accès au dossier procédural n'était pas non plus conforme

²²⁵ Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, relative à la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, Rec. p. 217.

²²⁶ Parmi les nombreux arrêts, V. not. CEDH, *Salduz c/ Turquie*, 27 nov. 2008, req. n° 36391/0 ; CEDH, *Dayanan c/ Turquie*, 13 oct. 2009, req. n° 7377/03.

²²⁷ Art. 145, al. 7, du Code de procédure pénale.

aux exigences de l'article 6 de la Convention²²⁸. Elle a ainsi fermement affirmé qu'il est « porté une atteinte irréremédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation »²²⁹. Le Conseil constitutionnel allait bientôt la rejoindre, le 30 juillet 2010, en censurant tout le dispositif relatif à la garde à vue, sur la base de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité. Dans cette décision, il a donc affirmé à son tour « que les dispositions combinées des articles 62 et 63 du même code autorisent l'interrogatoire d'une personne gardée à vue ; que son article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes »²³⁰. L'application différée de cette abrogation au 1^{er} juillet 2011 ne sera finalement pas tenue, la chambre criminelle de la Cour de cassation se décidant à affirmer les nouvelles garanties, à l'occasion de trois arrêts rendus le 19 octobre 2010²³¹, puis à rendre la loi applicable immédiatement, le jour de sa promulgation. Elle déclarait à son tour que « la personne gardée à vue doit bénéficier de l'assistance d'un avocat dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui ses interrogatoires, auxquels l'avocat doit pouvoir participer » et provoquait l'annulation immédiate de toutes les mesures de garde à vue ne répondant pas à cette nouvelle exigence. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme intervenait à nouveau, cette fois-ci pour sanctionner directement le droit national, par un arrêt *Brusco c. France*, rendu le 14 octobre 2010²³². De ce fait, la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 est intervenue en urgence²³³, permettant enfin à l'avocat

²²⁸ V. LESCLOUS, « La présence de l'avocat en garde à vue ; point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2010, n° de mars, Dossier garde à vue, p. 7.

²²⁹ CEDH, *Salduz c/ Turquie*, 27 nov. 2008, req. n° 36391/0, § 55.

²³⁰ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, § 29. V. P. CASSIA, « Les gardes à vue ne sont plus conformes à la Constitution », *D.* 2010, p. 1949 ; F. FOURNIÉ, « Nouvelles considérations "huroniques" : à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 », *JCP* 2010, n° 38, 914, p. 1714.

²³¹ Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-82.306, 10-82-902 et 10-82.051. V. V. GEORGET, « À propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 oct. 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2010, ét. 12 ; H. MATSOPOULOU, « Garde à vue, la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité ; à propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *JCP* 2010, n° 45-46, 8 nov. 2010, n° 1104, p. 2094 et E. DREYER, « La Cour de cassation suspend l'application de l'article 6 § 3 de la Convention européenne jusqu'au 1^{er} juillet 2011 », *D.* 2010, p. 2809.

²³² CEDH, *Brusco c/ France*, 14 oct. 2010, req. n° 1466/07 ; puis *Katritsch c/ France*, 4 nov. 2010, req. n° 22575/08. V. C. MAURO, « Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 oct. 2010 », *Dr. pén.* 2010, ét. 29.

²³³ V. A. MARON, M. HAAS, « Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose... », *Dr. pén.* 2010, n° de mars, Dossier garde à vue, p. 10 ; A. MARON, « Troisième messe de requiem pour la garde à vue », *Dr. pén.* 2010, ét. 11 et S. LAVRIC, « Limiter et encadrer les gardes à vue : présentation de l'avant-projet de loi », *D.* 2010, p. 2008.

d'assister à tous les interrogatoires et confrontations²³⁴, et de poser des questions²³⁵ ou de présenter des observations²³⁶. Alors que la nouvelle législation devait entrer en vigueur le 1^{er} juin 2011, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation exigeait sa mise en œuvre dès le jour de sa promulgation²³⁷, puis la chambre criminelle quelques jours plus tard²³⁸, le principe de sécurité juridique devant céder le pas sans délai devant les exigences du procès équitable. L'on rejoint dès lors sensiblement les modalités d'assistance de l'avocat en matière de débat contradictoire, dans le cadre de l'instruction préparatoire.

111. Auparavant passif, l'avocat a bel et bien obtenu un rôle actif pendant la garde à vue, ce qui pourrait laisser penser à un alignement des droits de la défense entre la personne privée de sa liberté pendant l'enquête classique et la personne qui subit un tel traitement pendant l'information judiciaire²³⁹. En réalité, un détail revêt toute son importance entre les deux stades procéduraux, et fait toute la différence : l'avocat accède au dossier uniquement dans le cadre de l'instruction. Pendant la garde à vue, il peut à peine consulter quelques procès-verbaux, soit « celui constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical établi en application de l'article 63-3, ainsi que les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste »²⁴⁰, mais n'a aucune vue d'ensemble sur l'enquête menée contre son client²⁴¹. Ce dernier a quant à lui obtenu, grâce à la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014, le

²³⁴ Art. 63-4-2, al. 1, du Code de procédure pénale : « La personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les éléments d'identité, ne peut débiter sans la présence de l'avocat choisi ou commis d'office avant l'expiration d'un délai de deux heures suivant l'avis adressé dans les conditions prévues à l'article 63-3-1 de la demande formulée par la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat. Au cours des auditions ou confrontations, l'avocat peut prendre des notes ».

²³⁵ Art. 63-4-3, al. 2, du Code de procédure pénale : « A l'issue de chaque audition ou confrontation à laquelle il assiste, l'avocat peut poser des questions. L'officier ou l'agent de police judiciaire ne peut s'opposer aux questions que si celles-ci sont de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête. Mention de ce refus est portée au procès-verbal ».

²³⁶ Art. 63-4-3, al. 2, du Code de procédure pénale : « A l'issue de chaque entretien avec la personne gardée à vue et de chaque audition ou confrontation à laquelle il a assisté, l'avocat peut présenter des observations écrites dans lesquelles il peut consigner les questions refusées en application du deuxième alinéa. Celles-ci sont jointes à la procédure. L'avocat peut adresser ses observations, ou copie de celles-ci, au procureur de la République pendant la durée de la garde à vue ».

²³⁷ Cass., Ass. plén., 15 avr. 2011, 4 arrêts, pourvois n° 10-17.049 ; F 10-30.313 ; J 10-30.316 et 10-30.242.

²³⁸ Cass. crim., 31 mai 2011, 4 arrêts, pourvois n° 10-88.809 ; F 10-80.034 ; J 10-88.293 et 11-81.412.

²³⁹ S. PELLÉ, *Les droits fondamentaux du gardé à vue*, Actes du colloque de Pau du 30 novembre 2012, PU Pau, 2013. Également, J. PRADEL, « Vers une métamorphose de la garde à vue ; après la décision pilote du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *D.* 2010, p. 2783 et G. ROUJOU DE BOUBÉE, « L'assistance de l'avocat pendant la garde à vue », *D.* 2010, p. 868.

²⁴⁰ Art. 63-4-1, al. 1, du Code de procédure pénale.

²⁴¹ V. H. MATSOPOULOU, « Une réforme inachevée ; à propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011, n° 19.542, p. 908 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La réforme attendue de la garde à vue », *D.* 2011, p. 1128 ; D. MARAIS, « Insatisfait ! À propos de la réforme de la garde à vue », *JCP* 2011, n° 19.540, p. 902 ; J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.* 2011, p. 1699 ; M.-L. RASSAT, « À remettre sur le métier : des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *JCP* 2011, aperçu rapide, 632 ; J. PRADEL, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue : à propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011, n° 22, 665.

droit de consulter également ces documents, ce qui peut s'avérer utile, notamment s'il n'est pas assisté par un avocat. Pour autant, cette réforme n'a pas renforcé l'effectivité du droit à l'avocat dans le cadre de la garde à vue, mais uniquement en ce qui concerne l'audition libre. Admise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 novembre 2011²⁴², cette mesure permettait alors d'entendre un suspect hors le régime de la garde à vue, c'est-à-dire en l'absence de son avocat. Il suffisait pour cela de l'informer « de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie »²⁴³. À nouveau, l'enquête menée par le parquet saisisait une occasion de contourner les droits de la défense, malgré l'existence d'un soupçon contre celui qui doit être interrogé seul. Heureusement, le législateur a corrigé sa copie en 2014, en déclarant à l'article 62 alinéa 3 que « cette personne doit être entendue en application de l'article 61-1 », dont le cinquième point prévoit justement le droit à l'assistance par un avocat. Ici, l'entretien préalable de trente minutes n'existe pas, sans véritable justification, puisque ce n'est pas la contrainte mais la suspicion qui conditionne le droit à l'assistance par l'avocat. Transposant la directive 2012/13/UE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et pour partie, la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 au droit d'accès à un avocat des personnes suspectées dans le cadre des procédures pénales, la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 n'offre toujours pas un niveau de garantie similaire à celui qui existe dans le cadre de l'information judiciaire, en matière de droits de la défense²⁴⁴. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a de son côté renforcé *a minima* l'assistance de l'avocat, en exigeant qu'il soit informé lorsque le gardé à vue est transporté dans un autre lieu pour être entendu²⁴⁵, mais n'a pas contribué à remédier à l'inégalité procédurale, l'accès au dossier restant exclu.

²⁴² Cons. const., Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres* [Garde à vue II], cons. n° 19.

²⁴³ *Ibidem*, cons. n° 20.

²⁴⁴ S. PELLÉ, « La garde à vue : la réforme de la réforme (acte I). À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 », *D.* 2014, p. 1508, J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1647 ; E. VERGÈS, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale », *Dr. pén.* 2014, ét. 15.

²⁴⁵ Art. 63-4-3-1 du Code de procédure pénale.

112. Enfin, alors que le débat contradictoire ne souffre aucune exception quant à la présence de l'avocat, la garde à vue supporte de multiples dérogations²⁴⁶. En droit commun d'abord, l'article 63-4-2 du Code de procédure pénale permet le report pendant une durée de douze heures : « si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne ». Ce report peut attendre vingt-quatre heures lorsque la personne est gardée à vue pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans, comme le prévoit l'alinéa suivant. Si le procureur de la République doit s'appuyer sur le juge des libertés et de la détention pour priver le gardé à vue de son avocat plus de vingt-quatre heures, une simple autorisation écrite et motivée suffisant en-deçà²⁴⁷, il retire également au défenseur l'accès aux procès-verbaux²⁴⁸. En matière de criminalité organisée, ensuite, un tel report atteint quarante-huit, voire soixante-douze heures, selon la nature de l'infraction concernée, la lutte contre le terrorisme offrant notamment une telle possibilité aux enquêteurs²⁴⁹. Même sans raison précise, le législateur autorise le procureur de la République à entendre immédiatement le gardé à vue « *pour les nécessités de l'enquête* », sans attendre l'expiration du délai d'arrivée de l'avocat, soit les deux heures prévues après qu'il ait été avisé de la privation de liberté de son client²⁵⁰. Un tel motif, extrêmement large, permet sans grande difficulté de contourner le droit à l'assistance de l'avocat, et de commencer à interroger le suspect au moment où il est le plus vulnérable, au tout début de la procédure pénale.

²⁴⁶ N. CATELAN, « Garde à vue II : les droits de la défense à l'épreuve du conservatisme juridique », *RFD constit.* 2012/3, n° 91, p. 597 et M. GIACOPELLI, J.-B. PERRIER (dir.), *La garde à vue : de la réforme à la pratique*, Actes du colloque du 17 mars 2012, faculté de droit d'Aix-Marseille.

²⁴⁷ Art. 63-4-2, al. 4, du Code de procédure pénale : « A titre exceptionnel, sur demande de l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention, selon les distinctions prévues par l'alinéa suivant, peut autoriser, par décision écrite et motivée, le report de présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes. ».

²⁴⁸ Art. 63-4-2, dernier alinéa : « Lorsque, conformément aux dispositions des deux alinéas qui précèdent, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention a autorisé à différer la présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, il peut également, dans les conditions et selon les modalités prévues par ces mêmes alinéas, décider que l'avocat ne peut, pour une durée identique, consulter les procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue ».

²⁴⁹ Art. 706-88, al. 6, du Code de procédure pénale : « Par dérogation aux dispositions des articles 63-4 à 63-4-2, lorsque la personne est gardée à vue pour une infraction entrant dans le champ d'application de l'article 706-73, l'intervention de l'avocat peut être différée, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne, pendant une durée maximale de quarante-huit heures ou, s'il s'agit d'une infraction mentionnée aux 3° ou 11° du même article 706-73, pendant une durée maximale de soixante-douze heures ».

²⁵⁰ Art. 63-4-2, al. 3, du Code de procédure pénale.

113. À côté de ces profondes entailles à la garantie la plus fondamentale de la procédure pénale, l’instruction fait figure d’exemple. L’article 116 du Code de procédure pénale dispose, en son premier alinéa : « Les parties ne peuvent être entendues, interrogées ou confrontées, à moins qu'elles n'y renoncent expressément, qu'en présence de leurs avocats ou ces derniers dûment appelés ». Point de restriction à l’assistance par un avocat dans les dispositions suivantes, il s’agit au contraire d’organiser au mieux son intervention. Le second alinéa prévoit ainsi un délai de cinq jours pour prévenir le conseil choisi, préalablement à l’audition envisagée. Mieux encore, le dossier de la procédure « est mis à leur disposition quatre jours ouvrables au plus tard avant chaque interrogatoire de la personne mise en examen ou chaque audition de la partie civile. Après la première comparution de la personne mise en examen ou la première audition de la partie civile, le dossier est également mis à tout moment à la disposition des avocats durant les jours ouvrables, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d’instruction », selon le troisième alinéa du même texte. Seule la délivrance de copies des pièces peut faire l’objet de restrictions pour éviter l’exercice de pressions sur les différents intervenants²⁵¹, mais l’avocat peut s’y opposer en recourant au président de la chambre de l’instruction²⁵². Dans le cadre de la garde à vue, aucune copie des procès-verbaux n’est délivrée, l’avocat est tout juste autorisé « à prendre des notes »²⁵³. Il faut encore ajouter que la présence de l’avocat lors des auditions et confrontations n’a rien d’automatique, elle se fait à la demande du suspect, comme le prévoit l’article 63-4-2, alinéa premier, du Code de procédure pénale. À cet égard, il faut remarquer l’incidence de la formule employée, laquelle s’énonce en ces termes : « La personne gardée à vue peut demander que l’avocat assiste à ses auditions et confrontations ». Ici, l’avocat n’assiste pas son client, mais assiste en spectateur aux questions des policiers, au point que les auteurs remarquent que « l’absence du "l'" apostrophe illustre bien la conception passive que le législateur a eue du rôle de l’avocat qu’il n’autorise pas à développer une assistance effective »²⁵⁴. Même lorsqu’il pose des questions de sa propre initiative, à l’issue de chaque entretien,

²⁵¹ Art. 116, al. 8, du Code de procédure pénale : « Le juge d’instruction dispose d’un délai de cinq jours ouvrables à compter de la réception de la demande pour s’opposer à la remise aux parties de tout ou partie des copies demandées ou de leurs reproductions par une ordonnance spécialement motivée au regard des risques de pression sur les victimes, les personnes mises en examen, leurs avocats, les témoins, les enquêteurs, les experts ou toute autre personne concourant à la procédure ».

²⁵² Art. 116, al. 9, du Code de procédure pénale.

²⁵³ Art. 63-4-2, alinéa 1, *in fine*, du Code de procédure pénale.

²⁵⁴ G. ROUSSEL, F.-X. ROUX-DEMARE, *Procédure pénale*, Vuibert, 12^{ème} éd., 2021/2022, p. 282, n° 608.

puisqu'il doit rester silencieux pendant leur déroulement, celles-ci peuvent être rejetées par les policiers, qui refusent alors de les écrire et de les retranscrire sur procès-verbal²⁵⁵. Il suffit alors de justifier le refus en avançant que de telles interventions sont « de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête ». La défense se limitera alors à des observations écrites, maigre consolation face au rôle plénier qui est le sien pendant l'information judiciaire, où, malgré l'éventuelle censure du magistrat instructeur, l'avocat peut intervenir activement. Le juge d'instruction rejoint à nouveau parfaitement les qualités substantielles d'un juge pénal, en protégeant comme nul autre pareil le droit à l'avocat pendant la première phase processuelle. Le renforcement du droit à l'assistance d'un avocat a d'ailleurs prohibé toute mise en examen par le biais d'une lettre recommandée²⁵⁶, exigeant un entretien préalable afin d'imposer les droits de la défense face à un magistrat instructeur puissant. Finalement, l'enquête diligentée par le parquet tente autant que possible d'écarter l'avocat de ses recherches, tandis que l'instruction lui réserve l'accueil exigé par les règles d'un procès équitable : « En tout état de cause, le système retenu par la loi du 14 avril 2011 constitue un grand progrès. Néanmoins, il ne suffit pas à conclure que la défense s'exerce au stade de l'enquête d'une manière égale à celle qui peut s'exercer lors de l'instruction ou au cours de l'audience. La présence de l'avocat est désormais plus qu'un soutien ou un outil destiné à prévenir les abus les plus criants. Il s'agit de commencer à préparer la défense, sans avoir pour autant toutes les clés de l'accusation »²⁵⁷.

114. En outre, les exigences se sont accrues, et l'information judiciaire se doit de rejoindre l'article préliminaire du Code de procédure pénale, selon lequel : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». L'information judiciaire est un lieu où le procès équitable est pris au sérieux, le juge d'instruction se donnant le temps d'entendre les parties, leur permettant de demander des actes et leur octroyant des moyens de défense²⁵⁸. À côté, l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire, qui s'effectuent toutes deux également « à charge

²⁵⁵ Art. 63-4-2, al. 2, du Code de procédure pénale.

²⁵⁶ Depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui a également étendu le droit à l'assistance de l'avocat au témoin assisté.

²⁵⁷ G. ROUSSEL, F.-X. ROUX-DEMARE, *Procédure pénale*, Vuibert, *op. cit.*, p. 272, n° 597.

²⁵⁸ Lire sur ce point D. LUCIANI-MIEN, « La loi du 23 mars 2019 : le rendement procédural au détriment des droits du suspect », *RSC* 2019, p. 765.

et à décharge » depuis la loi du 3 juin 2016²⁵⁹, sont bien plus pauvres quant aux garanties qu'elles apportent. La première différence, de taille, est relative au directeur des investigations, indépendant du pouvoir exécutif dans le seul cas de l'instruction préparatoire. Or, malgré son statut défailant au regard de l'équité, hors le cadre de l'information judiciaire, le procureur de la République « veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge dans le respect du droit des victimes, du plaignant et de la personne suspectée », selon l'alinéa 2 de l'article 39-3 du Code de procédure pénale. De fait, le législateur lui octroie depuis quelques années un rôle équivalent à celui du magistrat instructeur ! Pourtant, seul ce dernier remplit les critères exigés par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne, ou tout du moins, y correspond presque.

115. L'indépendance, d'abord, est incontestable : le juge d'instruction appartient au siège, ce qui lui permet de répondre aux modalités dégagées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Campbell & Fell* du 28 juin 1984 pour vérifier une telle qualité identitaire²⁶⁰. Son mode de désignation, la durée du mandat, les garanties contre les pressions extérieures et l'apparence d'indépendance sont conformes aux attentes européennes, de façon commune avec les autres juges du siège. Son impartialité, en revanche, est plus sensible, en ce qu'il est en même temps enquêteur et juge. Elle lui interdit, en vertu de la séparation des fonctions, d'agir à la fois au titre des poursuites et de l'instruction dans une même affaire²⁶¹, tout comme il ne lui est pas permis de participer au jugement d'une affaire qu'il a instruite²⁶². Il est uniquement admis que le juge d'instruction ait accompli un acte matériel de l'instruction, sans connaissance du fond de l'affaire, conformément à la jurisprudence européenne. La Cour européenne et la chambre criminelle de la Cour de cassation ont en effet toutes deux entériné une telle participation²⁶³, tant qu'elle n'est pas accompagnée d'une attitude partielle de la part du juge²⁶⁴. Face au parquet, subordonné au pouvoir exécutif,

²⁵⁹ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

²⁶⁰ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, req. n° 7819/77 et n° 7878/77.

²⁶¹ À ce titre, la jurisprudence fait une interprétation extensive de l'article 253 du Code de procédure pénale, selon lequel : « Ne peuvent faire partie de la cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé ».

²⁶² L'article 49, alinéa 2, du Code de procédure pénale, dispose : « Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction ».

²⁶³ CEDH, 24 fév. 1993, *Fey c/ Autriche*, req. n°14396/88.

²⁶⁴ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, aff. n° 10486/83 : l'impartialité subjective « consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier.

le juge d'instruction présente une identité pénale hautement protectrice de l'équité processuelle.

116. Pourtant, la doctrine relève que le procureur de la République « peut, grâce aux enquêtes de police, chercher la vérité dans les mêmes conditions que le juge d'instruction, en se passant du consentement des intéressés, sous la seule réserve d'avoir à solliciter parfois l'autorisation de la bonne à tout faire des procédures contemporaines, le juge des libertés et de la détention »²⁶⁵. Si le terme « *flagrare* » signifie « *brûler* » en latin, il semble que le français moderne l'ait entendu, voire étendu, en critère de définition de l'enquête de police au sens large. Ainsi l'enquête préliminaire permet-elle aujourd'hui de mener des investigations dans des conditions souvent comparables à la flagrance, alors même qu'elle ne suppose aucune évidence et ne démarre « que sous la foi d'un simple soupçon »²⁶⁶. La limitation du droit à l'avocat ne semble pas heurter le juge constitutionnel, dont le plaidoyer en ce sens heurte de plein fouet la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Elle déclare en effet que l'avocat doit avoir accès aux pièces sur lesquelles reposent la suspicion²⁶⁷. Celle-ci concède cependant un accès restreint au dossier pénal avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction, L'article 6 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant un accès illimité au dossier pénal dès avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction « lorsque les autorités nationales disposent de raisons relatives à la protection des intérêts de la justice suffisantes pour ne pas mettre en échec l'efficacité des investigations »²⁶⁸. Or, dans sa décision du 18 novembre 2011, le Conseil constitutionnel admet que l'enquête menée par le ministère public ne soit pas pleinement contradictoire en déclarant que : « les dispositions contestées n'ont pas pour objet de permettre la discussion de la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve rassemblés par les enquêteurs, qui n'ont pas donné lieu à une décision de poursuite de l'autorité judiciaire et qui ont vocation, le cas échéant, à être

En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. [...] L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées ». V. également, Cass. crim., 7 avr. 1993, *JCP* 1993, II, p. 22151, note M. ALLAIX ; *D.* 1993, p. 553, note J. PRADEL ; *adde* C. LAZERGES, « La séparation des fonctions de justice, à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993 », *RSC.*, 1994, p.75.

²⁶⁵ P. CONTE, « Le divan d'Hercule », *op. cit.*

²⁶⁶ P. BONFILS, C. AMBROISE-CASTÉROT, *Procédure pénale*, PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., 2020, n° 313, p. 236.

²⁶⁷ CEDH, 26 nov. 2013, *Emilian-George Igna c/ Roumanie*, req. n° 21249/05, § 26 : « Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention ».

²⁶⁸ CEDH, 9 avr. 2015, *A.T.c c/ Luxembourg*, req. n° 30460/13, § 81.

discutés devant les juridictions d'instruction ou de jugement ; qu'elles n'ont pas davantage pour objet de permettre la discussion du bien-fondé de la mesure de garde à vue enfermée par la loi dans un délai de vingt-quatre heures renouvelable une fois ; que, par suite, les griefs tirés de ce que les dispositions contestées relatives à la garde à vue n'assureraient pas l'équilibre des droits des parties et le caractère contradictoire de cette phase de la procédure pénale sont inopérants »²⁶⁹. En conséquence, le rôle de la défense n'est pas celui qui prévaut partout ailleurs, notamment lors de l'instruction. Mesure de contrainte destinée à permettre à la police judiciaire de rassembler des preuves et de rechercher les auteurs d'infraction, la garde à vue n'a pas vocation à construire une défense appropriée, mais uniquement à garantir une défense sommaire. En enquête préliminaire, tout de même, l'article 77-2 du Code de procédure pénale permet au suspect qui a fait l'objet d'une garde à vue ou d'une audition libre pour une infraction punie d'une peine d'emprisonnement de demander au procureur de la République, au bout d'un an, de consulter le dossier. L'idée est cependant que l'enquête est terminée, comme le précise l'alinéa suivant, et le droit d'accès au dossier identique pour la victime, de sorte qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une possibilité d'élaborer un plan de défense en temps réel, mais seulement de préparer le passage devant la juridiction de jugement. La doctrine reste lucide malgré les évolutions positives des droits de la défense²⁷⁰, en mettant clairement en exergue la plus-value apportée par le juge d'instruction au sein de l'enquête pénale. De fait, pendant l'enquête dirigée par le parquet : « l'avocat ne possède pas une vision de l'affaire égale à celle des enquêteurs. Il ne peut donc commencer à fonder une stratégie de défense qui répondrait à la logique des investigations »²⁷¹. Un tel hiatus entraîne un constat amer, mais implacable, à l'égard du rôle de l'avocat, au sein d'un tel cadre : « Il ne peut en conséquence conseiller utilement son client »²⁷². En parallèle, l'information judiciaire assure une protection pleine et entière du suspect, comme elle préserve les droits des victimes.

²⁶⁹ Cons. const., Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres* [Garde à vue II], cons. n° 28.

²⁷⁰ V. G. BEAUSSONIE, « La nouvelle garde à vue est-elle plus contradictoire ? », *Gaz. Pal.* 27-29 juillet 2014, p. 13 ; Ph. CONTE, « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête », *Dr. pén.* 2015, ét. 12 ; J. MONIN DE FLAUGERGUES, « La garde à vue, une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif », *Dr. pén.* 2015, ét. 8 ; R. OLLARD, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? », *JCP* 2014, 912, p. 1547.

²⁷¹ G. ROUSSEL, F.-X. ROUX-DEMARE, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 278, n° 602.

²⁷² *Ibidem*.

117. La protection de la victime – Surtout, le juge d’instruction s’érige comme un contrepoids à l’opportunité des poursuites, et donc au parquet, en permettant au justiciable de déclencher une enquête par son intermédiaire malgré le refus opposé par le procureur de la République. Ici, « le droit de déclencher le procès pénal en fait presque l’égal du ministère public »²⁷³, ce qui est peu dire, eu égard à la prégnance de ce dernier au sein de l’enquête pénale. La plainte avec constitution de partie civile permet en effet de se dégager de l’inertie du parquet, par la saisine directe de la juridiction d’instruction. Selon l’article 85 du Code de procédure pénale : « toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d’instruction compétent ». Dès lors, la victime peut déclencher les investigations avec l’aide du juge du siège, en dépit du refus du magistrat du parquet, qu’il se manifeste par un classement sans suite ou par le silence²⁷⁴. Obligé de requérir²⁷⁵, le ministère public sera contraint à l’ouverture d’une information judiciaire contre son gré. Le législateur, par ce biais, rétablit une forme d’égalité entre les deux magistrats, puisque le juge d’instruction peut à son tour prendre la décision d’enquêter sur les faits, sans être soumis à la volonté du ministère public. Il détient en cela un pouvoir notable, car il n’est pas davantage sous l’autorité de la victime, laquelle ne peut rien imposer au juge, le refus d’informer n’étant pas susceptible de recours²⁷⁶. Cette voie de contournement de l’opportunité des poursuites protège incidemment les droits de la victime, qui obtient un autre regard sur les faits, de la part d’un juge indépendant des pouvoirs publics. Le déclenchement de l’information judiciaire n’est ainsi plus conditionné à des considérations subjectives, pour lesquelles il est possible de craindre l’influence des politiques criminelles contemporaines, mais uniquement dépendant du regard objectif du juge du siège quant à l’existence de faits criminels ou délictueux.

²⁷³ P. BONFILS, C. AMBROISE-CASTÉROT, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., coll. Thémis droit, PUF, 2020, n° 513, p. 378.

²⁷⁴ Sauf exception (crimes et délits de presse) : « la plainte avec constitution de partie civile n’est recevable qu’à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d’une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu’il n’engagera pas lui-même des poursuites, soit qu’un délai de trois mois s’est écoulé depuis qu’elle a déposé plainte devant ce magistrat, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d’avis de réception, ou depuis qu’elle a adressé, selon les mêmes modalités, copie à ce magistrat de sa plainte déposée devant un service de police judiciaire » (article 85, alinéa 2, du Code de procédure pénale).

²⁷⁵ L’article 86, alinéa 1, du Code de procédure pénale dispose : « Le juge d’instruction ordonne communication de la plainte au procureur de la République pour que ce magistrat prenne ses réquisitions ».

²⁷⁶ Selon l’article 85, alinéa 1 : « La décision du juge d’instruction constitue une mesure d’administration judiciaire insusceptible de recours ».

118. Toutefois, la dernière réforme d'importance, qui découle de la loi du 23 mars 2019²⁷⁷, a empiété sur le champ d'ouverture des informations judiciaires, en restreignant l'admission de la plainte avec constitution de partie civile. Ainsi, le quatrième alinéa de l'article 86 du Code de procédure pénale vient d'être complété en ce sens, puisqu'il mentionne désormais que : « lorsque les investigations réalisées au cours de l'enquête effectuée à la suite de la plainte déposée conformément au deuxième alinéa de l'article 85 ont permis d'établir qu'une personne majeure mise en cause pour les faits de nature délictuelle reprochés par la victime pourrait faire l'objet de poursuites mais que l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le procureur de la République, celui-ci peut également requérir du juge d'instruction de rendre une ordonnance de refus d'informer, tout en invitant la partie civile à engager des poursuites par voie de citation directe ». Cette nouvelle disposition représente une atteinte frontale au pouvoir du juge d'instruction, puisqu'elle l'oblige à présent dans de tels cas de figure à motiver sa décision d'informer. Effectivement, alors même que la preuve d'un délit est apportée et l'existence d'un suspect révélée, le ministère public peut exiger des justifications de la part du juge d'instruction pour mettre en œuvre l'action publique. De façon plus claire, la plainte avec constitution de partie civile peut être à son tour écartée pour des raisons de pure opportunité. La puissance du juge d'instruction s'en trouve considérablement affectée, en ce qu'il est à nouveau sommé de rendre des comptes au parquet s'il souhaite instruire l'affaire, alors même qu'il n'existe aucune raison tangible de ne pas enquêter. Mais l'équité procédurale paie simultanément un lourd tribut, puisque la victime est dépourvue d'accès à l'instruction préparatoire. Elle peut toujours, il est vrai, agir par le biais d'une citation directe devant le tribunal judiciaire. Mais cette démarche suppose qu'elle soit en mesure de prouver l'infraction pénale, puisqu'elle doit se passer de toute la phase préalable du procès pénal. En définitive, la partie civile se voit privée de toute enquête, pour des raisons d'opportunité, à moins que le juge d'instruction puisse fournir des motivations assez solides pour contrer la décision du parquet.

119. Les réformes successives, par les conditions drastiques imposées à la plainte avec constitution de partie civile, contribuent toutes à réduire l'accès au juge

²⁷⁷ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

d'instruction²⁷⁸. La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 avait déjà considérablement encadré cette démarche, en obligeant le plaignant à déposer une plainte simple avant de pouvoir saisir ce juge du siège pour qu'il instruisse les faits dénoncés. La dernière mutation retentit bien évidemment sur l'identité du magistrat instructeur, en limitant à nouveau sa puissance à un cadre minimal. Elle ouvre « la faculté pour le procureur de la République de requérir auprès du juge d'instruction, saisi par une plainte avec constitution de partie civile, le rendu d'une ordonnance constatant l'inutilité de l'information judiciaire et invitant la partie civile à engager des poursuites par voie de citation directe. Les parquets deviennent ainsi, dans cette hypothèse, de véritables filtres de l'opportunité de l'ouverture d'une instruction, au détriment des droits des plaignants »²⁷⁹. Dégagée par la jurisprudence, dans le cadre de l'illustre arrêt *Laurent-Atthalin*²⁸⁰, la constitution de partie civile représente une garantie procédurale fondamentale en ce qu'elle assure l'accès au juge pour les justiciables. Certes, le droit à l'équité pour la victime, en matière pénale, n'est pas reconnu en tant que tel par la Cour européenne des droits de l'homme²⁸¹. Dans son arrêt *Perez contre France* du 12 février 2004, elle a jugé qu'une plainte avec constitution de partie civile s'insère dans l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne, soit l'accès à un tribunal indépendant et impartial, sauf si la finalité est exclusivement répressive²⁸². Autrement dit, le procès équitable, au sens européen du terme, ne s'applique qu'au regard du droit à réparation de la victime et ne bénéficie pas d'une autonomie en matière pénale. Dans la lignée d'un précédent arrêt²⁸³, le juge européen permet bien à la victime de se constituer partie civile devant les juridictions pénales, mais les droits protégés par l'article 6 de la Convention ne s'appliquent qu'à une demande en réparation. Cependant, la plainte avec constitution de partie civile, détachée ou non de la demande en réparation, s'instaure comme une tradition dans l'ordre répressif national, qui ne cesse d'ailleurs de renforcer la place et les droits de la victime en matière pénale. Pourtant, chaque nouvelle réforme du droit processuel déconstruit cette voie de

²⁷⁸ V. J. HENNEBOIS, « Le parcours de la plainte avec constitution de partie civile », *AJ pén.* 2020, p.11.

²⁷⁹ R. BINSARD, E. DAOUD, « La loi de programmation 2018-2022 et réforme pour la justice et les droits de la défense : l'impossible conciliation », *AJ pén.* 2019, p. 188.

²⁸⁰ Cass. Crim., 8 déc. 1906, Bull. n° 443.

²⁸¹ V. P. BONFILS, C. AMBROISE-CASTÉROT, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., coll. Thémis droit, PUF, 2020, n° 215, p. 154.

²⁸² CEDH, gde ch., *Pérez c/ France*, 12 févr. 2004, req. n° 47287/99, § 70 et 71 ; D. ROETS, « Le contentieux de l'action civile et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme : une tentative de clarification de la Cour de Strasbourg », *D.* 2004. chron. 2943 ; P.-F. DIVIER, « L'instruction pénale française à l'épreuve du "procès équitable" européen », *D.* 2004. chron. 2948 ; obs. F. MASSIAS, « Chronique internationales des droits de l'homme », *RSC* 2004 p. 698.

²⁸³ CEDH, 21 nov. 1995, *Acquaviva c/ France*, A-333A, § 46, *D.* 1997, Somm. p. 206, obs. J.-F. RENUCCI.

contournement de l'opportunité des poursuites, portant ainsi atteinte au procès équitable. Outre l'opération de filtrage confiée au ministère public, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 lui offre également un nouveau délai de trois mois pour poursuivre ses investigations après dépôt de la plainte avec constitution de partie civile. Silencieux jusqu'à présent sur l'existence d'un quelconque délai en ce sens, le Code de procédure pénale met aujourd'hui tout en œuvre pour prolonger l'enquête classique et éviter l'ouverture d'une instruction²⁸⁴. Au nom des manœuvres dilatoires ou abusives qu'elle encourage parfois, le législateur entreprend progressivement de rendre la plainte avec constitution de partie civile inenvisageable et tente de « dissuader la victime de déclencher les poursuites, par l'argent, le temps, ou l'ajout de contraintes procédurales »²⁸⁵. En réalité, il n'aspire qu'à accroître les pouvoirs du parquet, qui s'épanouit dans la lumière, alors que le juge d'instruction cultive le secret.

B) Le poids du secret de l'instruction

120. Bien que le secret ait toujours participé à accroître la puissance du juge d'instruction, lequel dispose par ce biais d'une arme redoutable pour mener ses investigations sans regard extérieur, il est en même temps protecteur de la présomption d'innocence. Paradoxalement, le mystère qui entoure l'information judiciaire est à l'image de son juge : à double face. Comme il instruit à charge et à décharge, le juge d'instruction exécute ses recherches dans l'ombre et la lumière. L'ombre, pour les tiers, qui ne doivent pas connaître l'avancement des investigations et sont de ce fait privés de la transparence exigée par l'équité du procès. La lumière, pour les parties, protégées d'une exposition néfaste, qui pourrait les présenter comme coupables alors même qu'elles n'ont pas encore été jugées, ce qui rétablit une forme d'équité du procès. Le secret est donc un instrument à double tranchant, dont les avantages compensent très certainement les inconvénients (1). Aujourd'hui, l'obligation de réserve du juge d'instruction est grandement menacée par la société de l'information. Tout doit être su, tout doit être connu, à l'heure où les médias s'érigent en sentinelles d'une justice de verre, sommée de rendre des comptes à chaque stade procédural. La protection du secret des investigations et consécutivement, celle de la présomption d'innocence, sont

²⁸⁴ V. J.-B. PERRIER, « Les (r)évolutions de la procédure pénale », *D.* 2019, p. 1061.

²⁸⁵ E. VERGÈS, « La procédure pénale technicienne (ou l'asphyxie procédurale) », *RSC* 2019, p. 667.

profondément remises en cause par l'opinion publique, dans le cadre du développement d'un droit à l'information (2).

1. La force du secret

121. L'article 11 du Code de procédure pénale érige en principe fondateur de l'enquête le secret de l'instruction : « Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal ». Le secret protège l'ensemble des actes d'instruction, du début de l'information judiciaire jusqu'à la phase de jugement. Quiconque profane cette interdiction se trouve coupable de sa violation, infraction pénale l'exposant aux peines qui sanctionnent le non-respect du secret professionnel. Les avocats eux-mêmes, *a priori* uniquement soumis au secret professionnel, puisqu'ils ne concourent pas à la procédure au sens de l'article 11 alinéa 3 du Code de procédure pénale²⁸⁶, y sont néanmoins tenus. L'article 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif à la déontologie de la profession d'avocat²⁸⁷ les lie directement à cette obligation, reprenant à son compte la jurisprudence, selon laquelle : « s'il ne concourt pas à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, [...] l'avocat ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel et doit notamment respecter le secret de l'instruction en matière pénale »²⁸⁸. Pour autant, il n'existe pas d'infraction spécifique, le législateur n'ayant pas jugé utile de réprimer ces atteintes en aparté. Les interrogatoires, auditions, confrontations menés par le juge d'instruction se déroulent en cabinet, « dans le secret de son bureau »²⁸⁹, au contraire des audiences publiques de jugement. Par nature, l'information judiciaire se réalise dans la discrétion, même s'il faut concéder quelques brèches nécessaires à la réalisation de certains actes. Ainsi, le transport sur les lieux, qui peut être indispensable pour effectuer une reconstitution, est parfois difficile à soustraire des regards extérieurs, tout en restant relativement

²⁸⁶ En effet, ils n'ont pas pour mission de conduire une enquête ou une information à son terme et ne sont pas garants du bon déroulement des procédures.

²⁸⁷ Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (modifié par l'article 2 du décret n° 2017-1226 du 2 août 2017 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat).

²⁸⁸ Cass. crim., 18 sept. 2001, n° 00-86.518, *Bull. crim.* n° 179 ; *Dr. pén.*, 2002, comm. 16, note A. MARON.

²⁸⁹ C. GIUDICELLI, « Le secret de l'instruction appliqué par le juge de l'instruction », *AJ pén.* 2004, p.141.

marginal au regard de l'ensemble des investigations non publiques. L'utilité du secret est manifeste, tant la diffusion au grand public d'informations relatives à une future perquisition, ou l'interpellation d'un suspect, pourrait nuire à l'efficacité des manœuvres entreprises. Au-delà de cette précaution de bon sens, le secret protège la réputation du mis en cause, laquelle pourrait aisément être entachée par une exposition précoce aux médias, et plus généralement, à l'opinion publique. Aussi, « bien qu'il soit massacré au profit d'autres principes et parfois méconnu par la presse, avide de sensationnel, le secret de l'article 11 du Code de procédure pénale mérite d'être conservé, car il tend à la fois à satisfaire les nécessités de la répression et les exigences posées par le principe de la présomption d'innocence »²⁹⁰.

122. La destruction progressive de l'identité du juge pénal, au sein de l'enquête, ne peut être détachée de la disparition du secret, aujourd'hui discutée. L'équilibre entre la liberté de l'information et le silence peine à s'établir, la multiplication des violations du secret ayant engagé une réflexion législative sur l'utilité de le maintenir ou non. Malgré une dénomination laissant entendre qu'il est propre à l'information judiciaire, il existe aussi dans l'enquête policière, qui souffre tout autant de sa dissipation. Une perquisition, par exemple, reste une opération sensible, quel que soit le cadre d'investigation considéré. Néanmoins, certains services de police judiciaire sont particulièrement enclins à diffuser des informations susceptibles de valoriser le travail accompli, telles une interpellation ou une saisie à succès, de sorte que les affaires les plus exposées seront davantage protégées hors de leur portée²⁹¹. Le juge d'instruction peut en effet éviter toute délégation, accomplissant alors lui-même les investigations habituellement menées par la police, sur commission rogatoire. Au sein de l'enquête policière, il paraît moins probable que le parquet se charge des actes d'enquête à la place des forces de l'ordre, avec lesquelles il partage le même intérêt à la publicité, puisqu'il est lui aussi un exécutant du gouvernement. Cependant, qu'il s'agisse de l'un ou l'autre des cadres d'enquête, les scandales se multiplient et le secret s'efface passablement derrière l'exigence d'information du public, devenue impérieuse. Les

²⁹⁰ H. MATSOPOULOU, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G*, n° 47 - n° hors-série, 19 nov. 2012.

²⁹¹ V. sur ce point X. BRETON, D. PARIS, AN, Commission des lois, Rapport n° 2540 en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction, 18 déc. 2019, p. 16 et P. JANUEL, « Les députés cherchent l'équilibre entre secret de l'instruction et droit à l'information », *Dalloz actu.*, 14 oct. 2020.

illustrations ne manquent pas²⁹², la médiatisation croissante de la société transformant peu à peu le droit en l'information en un devoir, notamment lorsque les enquêtes concernent des personnalités ou des événements politiques. La structure du secret de l'instruction se délite progressivement, la liberté de la presse conduisant parfois à l'instrumentalisation des procédures judiciaires²⁹³. La banalisation des reportages et documentaires télévisés relatifs aux affaires pénales ne fait pourtant que répondre à un postulat plus général, selon lequel le juge pénal doit rendre des comptes aux citoyens, et la justice s'exercer en transparence. Le droit européen est en ce sens, la nécessité de protéger les sources des journalistes ayant d'ailleurs été affirmée par la recommandation du 10 juillet 2003 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales²⁹⁴. « Pierre angulaire de la liberté de la presse »²⁹⁵, affirmé à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : le secret des sources s'oppose donc au secret de l'instruction. La Cour de cassation le défend ardemment, en restreignant la notion « d'impératif prépondérant d'intérêt public » justifiant qu'il y soit porté atteinte, par exemple, si la violation du secret de l'instruction qui en est résultée a gravement porté atteinte à l'enquête²⁹⁶. Mais après une période plutôt permissive à l'égard de la liberté de la presse²⁹⁷, la jurisprudence est redevenue stricte, puisqu'elle annule l'acte d'enquête rendu public, dès lors que sa révélation est concomitante à la procédure, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'atteinte aux intérêts de la personne concernée, cette dernière étant inhérente à la violation constatée²⁹⁸. De la même façon, conformément

²⁹² Il est possible de citer, par exemple, la publication du contenu des conversations enregistrées par le majordome de la famille Bettencourt et de celles interceptées, dans le cadre du dossier concernant le financement de sa campagne électorale de 2007, sur une ligne utilisée par Nicolas Sarkozy, la diffusion d'images et de photographies concernant les homicides commis à Chevaline en 2012

²⁹³ V. S. COMBES, « Le secret de l'instruction : quelle utilité ? », Fondation Seligmann « *Après-demain* », 2014/2, n° 30, NF, pp. 17-18.

²⁹⁴ Rec. (2003) 13 du 10 juillet 2003 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales qui, tout en rappelant les garanties du procès équitable protégées par le secret, souligne « que les médias ont le droit d'informer le public eu égard au droit de ce dernier à recevoir des informations, y compris des informations sur des questions d'intérêt public, en application de l'article 10 de la Convention, et qu'ils ont le devoir professionnel de le faire » et considère « l'importance des reportages réalisés par les médias sur les procédures pénales pour informer le public, rendre visible la fonction dissuasive du droit pénal et permettre au public d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement du système judiciaire pénal ».

²⁹⁵ CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90.

²⁹⁶ Cass. crim., 25 février 2014, n° 13-84.761.

²⁹⁷ Elle avait auparavant une position plus souple, puisqu'elle estimait que : « la violation du secret de l'instruction, non pas postérieure mais concomitante à l'accomplissement d'un acte de la procédure, ne peut conduire à son annulation que s'il en est résulté une atteinte aux intérêts d'une partie » (Cass. crim., 25 janvier 1996 n° 95-85.560).

²⁹⁸ Cass. crim. 10 janv. 2017, FS-P+B+I, n° 16-84.740. Dans cette affaire, qui constitue un revirement de jurisprudence, la chambre criminelle a cassé et annulé l'arrêt de la chambre d'instruction validant une perquisition effectuée en présence d'un journaliste, dont les images ont ensuite été diffusées à la télévision, en affirmant qu'il résulte de l'article 11 du code de procédure pénale que « constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, l'exécution d'un tel acte par un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un tiers qui, ayant obtenu d'une autorité publique une

à l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire²⁹⁹, elle déclare l'État responsable de la violation du secret réalisée par l'un de ses agents, lorsque l'auteur n'est pas identifiable³⁰⁰. La jurisprudence se montre à présent très attentive à la préservation du secret, admettant aisément de reconnaître une atteinte aux intérêts de la personne concernée par la révélation des informations issues de l'enquête pénale³⁰¹. Cette position, réaffirmée récemment³⁰², met certainement en exergue un sursaut jurisprudentiel, face à la concurrence exercée par « le désir d'information des citoyens, stimulé par les réseaux sociaux et les chaînes d'information en continu »³⁰³. Le Conseil constitutionnel, également, veille à sa sauvegarde, puisqu'il s'est récemment opposé à une interprétation trop restrictive des motifs susceptibles de porter atteinte au secret des sources journalistiques, lesquels ne peuvent être énumérés limitativement³⁰⁴. Étonnamment, au sein de textes procéduraux perpétuellement en mouvement, le premier alinéa de l'article 11 du Code de procédure pénale demeure inchangé depuis

autorisation à cette fin, en capte le déroulement par le son ou l'image ». En outre, selon les articles 56 et 76 du même code, « à peine de nullité de la procédure, l'officier de police judiciaire a seul le droit, lors d'une perquisition, de prendre connaissance des papiers, documents ou données trouvés sur place, avant de procéder à leur saisie ». V. S. FUCINI, « Perquisition en présence d'un journaliste : nullité sans grief à prouver », *Dalloz actu.*, 30 janv. 2017.

²⁹⁹ Selon le premier alinéa du texte : « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice ».

³⁰⁰ Dans un jugement rendu le 29 octobre 2018, le tribunal de grande instance de Paris a reconnu la responsabilité de l'État pour violation du secret de l'enquête et pour violation du secret de l'instruction, par les agents du service public de la justice, à la suite des révélations concernant l'information judiciaire ouverte à l'encontre de Marcel Campion, propriétaire du manège « la grande roue », à Paris. Pour parvenir à cette décision, les juges retiennent que : « si M. Campion a été contacté par le journal et a répondu qu'il n'était pas inquiet par ces révélations, il ne ressort pas de l'article que ce serait l'intéressé lui-même qui aurait apporté tous ces éléments. Par contre, l'origine de ces informations qui décrivent dans le détail le contenu des commissions rogatoires peut être imputée aux agents du service public de la justice avec une certitude suffisante, dès lors qu'ils étaient les seuls destinataires de ces actes et dès lors que la mise en examen et les constitutions de partie civile n'étaient pas encore intervenues ».

³⁰¹ Il faut cependant admettre des décisions longtemps demeurées laxistes à l'égard de la violation du secret de l'instruction. V. F. GIRARD DE BARROS, « Liberté de la presse et secret de l'instruction : Orphée dit au revoir à Eurydice », *Lexbase*, éditorial, La lettre juridique n° 439 du 12 mai 2011 : « On pourrait, également, se rappeler que les derniers contentieux afférents au secret de l'instruction et à l'article 11 du Code de procédure pénale sont plutôt laxistes en la matière. Le 5 mai 2008, le Conseil d'État estimait que la communication du rapport sur l'effondrement du terminal de l'aéroport de Roissy n'est pas susceptible de porter atteinte au secret de l'instruction ; le 13 octobre 2009, la Cour de cassation a jugé que la prérogative permettant à l'Autorité de la concurrence de demander aux juridictions d'instruction et de jugement la communication des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont elle était saisie, lesquels étaient, à la suite de la notification des griefs, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire, ne constituait pas par elle-même une atteinte au principe de l'égalité des armes ; et le 7 janvier 2010, la même Cour a déclaré que les dispositions des articles 11 et 197 du Code de procédure pénale étaient sans application après la clôture de l'instruction et que la partie civile était en droit de communiquer à des tiers pour les besoins de leur défense dans une procédure commerciale, les copies des pièces de la procédure pénale ».

³⁰² Cass. crim., 9 janvier 2019, n° 17-84.026.

³⁰³ Ass. Nat., Commission des lois, *Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction* (X. BRETON et D. PARIS), 18 décembre 2019, n° 2540, *op. cit.*, p. 14.

³⁰⁴ Cons. const., Décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*.

son entrée en vigueur³⁰⁵, et ce, malgré la forte opposition qu'il rencontre³⁰⁶. Sans nul doute, faut-il y voir une résonance avec l'identité pénale du magistrat instructeur, en son aura protectrice de la présomption d'innocence, qui perdure malgré la destruction de l'information judiciaire : « Parce qu'il ouvre actuellement le livre premier du code de procédure pénale relatif à l'exercice de l'action publique et de l'instruction il est porteur du sens qu'il convient de donner à celles-ci »³⁰⁷. La disparition du juge d'instruction entraîne nécessairement celle du secret et de garanties inhérentes à la présomption d'innocence au sein de l'enquête pénale.

123. En 2009, le Président de la République déclarait que le secret de l'instruction « est une fable à laquelle plus personne ne croit », tout en appelant de ses vœux son maintien³⁰⁸. D'aucuns hésitent, si l'on se fie au rapport parlementaire sur le secret de l'enquête et de l'instruction, qui vient de se prononcer sur la pertinence de son maintien, la règle étant régulièrement bafouée³⁰⁹. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même, malgré des tempéraments³¹⁰, octroie une plus grande légitimité à l'information du public qu'au respect du secret de l'enquête et de l'instruction³¹¹.

³⁰⁵ V. J. GRANIER, « L'article 11 du Code de procédure pénale. Quelques réflexions sur le secret d'information », *JCP G* 1958, I, 1453 ; A. BESSON, « Le secret de la procédure pénale et ses incidences », *D.* 1959, chron. 191 ; P. NAUT, « Le juge d'instruction et son secret », *D.* 1977, p. 1977 ; R. DUPUY, « Un irritant problème : le secret de l'instruction », *Gaz. Pal.* 1978, II. Doctr. 379 ; F. BOULAN, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p. 127 ; F. TULKENS, « Les limites du secret de l'instruction », *Journal des Procès* 1985, n° 67 et s. ; P. TRUCHE, « Le juge et la presse », *Esprit*, mars-avril 1995 ; C. COHEN, « De la présomption d'innocence au secret de l'instruction : la double impasse », *Gaz. Pal.* 1995, II. Doctr. 951 ; P. AUVRET, « Le journaliste, le juge et l'innocent. Fable relative à la présomption d'innocence, au secret de l'instruction et aux droits de la personne », *RSC* 1996, p. 625 ; J. DEMATTEIS et N. POULET-GIBOT LECLERC, « Peut-on supprimer l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction ? », *JCP G* 2002, ét. 1781 ; C. GIUDICELLI, « Le secret de l'instruction appliqué par le juge d'instruction », *AJ pén.* 2004, p. 141 ; B. LAVIELLE et P. LEMONNIER, « Polichinelle et son secret : pour en finir avec l'article 11 du Code de procédure pénale », *AJ pén.* 2009, p. 153 ; C. AMBROISE-CASTEROT et C. COMBEAU, « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz-ENM, 2014, n° 3, p. 373.

³⁰⁶ V. B. LAVIELLE, P. LEMONNIER, « Polichinelle et son secret : pour en finir avec l'article 11 du code de procédure pénale », *op. cit.*

³⁰⁷ V. B. LAVIELLE, P. LEMONNIER, « Polichinelle et son secret : pour en finir avec l'article 11 du code de procédure pénale », *op. cit.*

³⁰⁸ Il affirme ainsi, dans son discours devant la Cour de cassation du 7 janvier 2009 : « Je veux être clair : le respect des libertés individuelles doit aussi être garanti dans le secret du cabinet des juges d'instruction. Puisqu'il ne l'est pas suffisamment aujourd'hui, je m'engage très fermement à ce qu'il le soit demain », affirmation on ne peut plus claire du souhait de voir garanti le secret de l'instruction ». Mais il brouillait les pistes par la suite, en estimant qu'une audience publique « s'impose d'autant plus que le secret de l'instruction est une fable à laquelle plus personne ne croit. Alors là aussi les choses sont simples : si le secret de l'instruction n'existe plus, si plus personne ne le respecte, alors il est inutile de maintenir dans le code cette fiction. Je crois en revanche utile de créer un réel secret de l'enquête avec comme seule limite de renforcer la communication du parquet afin, le cas échéant, de démentir les informations fausses qui, souvent à dessein, sont diffusées dans le seul but de nuire à tel ou tel » qui semble venir en contrepoint ».

³⁰⁹ Ass. Nat., Commission des lois, *Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction* (X. BRETON et D. PARIS), 18 décembre 2019, n° 2540, *op. cit.*, p. 33 et s.

³¹⁰ Le juge européen exige ainsi que les journalistes agissent avec une certaine éthique (CEDH, 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, n° 49017/99) et encadre la marge d'appréciation des États par des critères comme l'intérêt général ou le respect de la vie privée (CEDH, 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse*, n° 56925/08).

³¹¹ CEDH 7 juin 2007, *Dupuis et a. c. France*, n° 1914/02 : « La Cour estime au demeurant qu'il convient d'apprécier avec la plus grande prudence la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de « chiens de garde » de la

Héritage de la culture inquisitoire, le secret conforte un rôle central du juge pénal³¹², lequel assure par ce biais « la protection de la dignité, de la réputation et de la vie privée des personnes mises en cause, tout autant que le fonctionnement serein de la justice, toutes notions qui cimentent notre démocratie »³¹³. Le rapport considère les objectifs poursuivis par le secret de l'enquête et de l'instruction comme étant « consubstantiels à l'État de droit »³¹⁴, rappelant sur ce point les déclarations tant du Conseil constitutionnel que de la Cour européenne des droits de l'homme³¹⁵. Tous deux reconnaissent par ce biais la protection des droits fondamentaux, en particulier la présomption d'innocence, les atteintes à ce droit étant prohibées par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, l'article 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales et l'article 9-1 du Code civil. Les auteurs de l'étude déplorent la déperdition du secret et la faible proportion des condamnations sanctionnant sa violation, lesquelles conduisent peu à peu à créer une « immunité de fait » à l'égard de la presse³¹⁶.

124. Pour autant, ils ne concluent pas à la nécessité d'abandonner la règle du secret ! Au contraire, la première recommandation est celle de son maintien, maintien qui doit cependant trouver un équilibre avec le droit à l'information du public. Il n'est pas certain que la jolie déclaration d'intention de l'article 11 du Code de procédure pénale réécrit suffise à éviter les condamnations médiatiques qui précèdent la décision judiciaire. Le rapport en fait un « article guide », à l'attention du juge, afin de distinguer les informations véritablement confidentielles et de ce fait, proscrire leur

démocratie. Il ressort des allégations non contestées des requérants que ceux-ci ont agi dans le respect des règles de la profession journalistique, dans la mesure où les publications litigieuses servaient ainsi non seulement l'objet mais aussi la crédibilité des informations communiquées, attestant de leur exactitude et de leur authenticité » (communiqué du Greffier).

³¹² D. INCHAUSPÉ, « Le secret de l'instruction », *JCP* (fasc. 20), 15 fév. 2019, p. 43.

³¹³ Ass. Nat., Commission des lois, *Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction* (X. BRETON et D. PARIS), 18 décembre 2019, n° 2540, *op. cit.*, p. 6. V. P. JANUEL, « Les députés cherchent l'équilibre entre secret de l'instruction et droit à l'information », *Dalloz actu.*, 18 décembre 2019.

³¹⁴ Ass. Nat., Commission des lois, *Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction* (X. BRETON et D. PARIS), 18 décembre 2019, n° 2540, *op. cit.*, p. 17.

³¹⁵ V. Cons. const., Décision n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018, *Association de la presse judiciaire*, §8 : « en instaurant le secret de l'enquête et de l'instruction, le législateur a entendu, d'une part, garantir le bon déroulement de l'enquête et de l'instruction, poursuivant ainsi les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, tous deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle. Il a entendu, d'autre part, protéger les personnes concernées par une enquête ou une instruction, afin de garantir le droit au respect de la vie privée et de la présomption d'innocence, qui résulte des articles 2 et 9 de la Déclaration de 1789 » et CEDH, 14 juin 2005, *Menet c/ France*, n° 39553/02 : « le caractère secret de la procédure d'instruction peut se justifier par des raisons relatives à la protection de la vie privée des parties au procès et aux intérêts de la justice ».

³¹⁶ De 2015 à 2018, 8 à 13 infractions par an seulement ont donné lieu à condamnation pour des délits impliquant une violation du secret de l'enquête et de l'instruction (SG-SDSE tables statistiques du Casier judiciaire national, traitement DACG-PEPP), ce qui conduit la Conférence nationale des présidents de TGI (CNPTGI) à réaliser un tel constat.

divulgaration, tandis que les autres données pourraient être révélées³¹⁷. Il est également question d'une augmentation significative des peines réprimant la violation du secret et de la communication et la publication illicites de pièces, communément portées à trois ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende³¹⁸. Mais l'évolution espérée semble plutôt s'appuyer sur l'élargissement des « fenêtres de tir » consenties à l'égard du procureur de la République, qui pourrait dès lors exercer son droit à l'information « en opportunité, dès lors qu'il estime qu'il existe un intérêt public à le faire ». La cinquième recommandation revêt une importance capitale, si l'on considère la mutation identitaire du juge pénal dont elle est vectrice. En effet, il s'agit ici de délivrer un blanc-seing au parquet dans la diffusion des informations issues de l'enquête, qu'elle soit policière ou judiciaire.

125. La recommandation suivante renforce d'ailleurs son pouvoir, puisqu'elle estime utile d'attribuer un droit de parole aux services de police et gendarmerie, sous sa direction. Nul droit similaire n'est en revanche attribué au juge d'instruction, toujours soumis à l'absolutisme du secret, alors qu'il semble être le plus à même de décider de la pertinence des informations transmises au public, en garantissant l'indépendance et l'impartialité d'une telle décision. En matière de publicité, il doit toujours se contenter de la seule possibilité d'ordonner la publication dans la presse de la décision de non-lieu, maigre consolation par rapport au magistrat du parquet. Il est regrettable que les parlementaires préfèrent doter la justice de « procureurs-journalistes », – c'est à dire des magistrats du parquet spécialement formés à la communication avec la presse —³¹⁹, plutôt que d'accorder leur confiance au juge du siège pour rompre le secret. Les enjeux de la communication sont ici privilégiés, peu important les risques de destruction de l'identité judiciaire dans l'enquête pénale. Il n'est d'ailleurs pas anodin de remarquer

³¹⁷ V. Ass. Nat., Commission des lois, Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction (X. BRETON et D. PARIS), 18 décembre 2019, n° 2540, *op. cit.*, p. 35 : « L'intégration de ces obligations à l'article 11 du CPP aurait pour effet de clarifier les finalités du secret de l'enquête et de l'instruction et de faire le lien entre les différentes dispositions applicables en cas de violation du secret de l'enquête et de l'instruction. [...] Ainsi le secret de l'enquête et de l'instruction pourra s'appliquer plus strictement aux informations qui doivent rester confidentielles. Ces différents critères pourront servir au juge pour définir les impératifs prépondérants d'intérêt public permettant de justifier une atteinte au secret des sources ».

³¹⁸ La violation du secret de l'instruction est punie d'un an d'emprisonnement et de 10 000 euros d'amende (article 226-13 du Code de procédure pénale) comme la transmission de pièces du dossier par des parties à des tiers (article 114-1 du Code de procédure pénale). La publication illégale de pièces, qui relève de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, est quant à elle réprimée par une amende de 3750 euros.

³¹⁹ Plusieurs recommandations du rapport visent précisément à améliorer les stratégies de communication, notamment en instaurant des formations spécifiques à cette fonction non seulement pour les magistrats du parquet mais également pour les agents de police et gendarmerie (sur le modèle des modules mis en place par l'École nationale de la magistrature : « parquet et stratégie de communication », « gérer et communiquer en situation de crise », « penser la relation justice-presse »). V. *JCP G*, n° 5, 125-126, 3 fév. 2020, p. 223.

la volonté d'augmenter encore ici l'information des victimes, par la création de « fenêtres d'information » à leur profit, en-deçà de la limite temporelle d'un an fixée par l'article 77-2 du Code de procédure pénale. Le président de l'Association française des victimes de terrorisme a pu estimer que : « ce qui compte pour les victimes est de savoir que quelqu'un s'occupe de leur dossier »³²⁰ même si aucune information nouvelle ne justifie une communication de la part du juge. Au regard de cette déclaration et la recommandation qui en est le produit, il n'est pas difficile de mesurer les considérations du législateur, plus soucieux de satisfaire l'intérêt des victimes et la presse que de restaurer la confiance envers le juge d'instruction. Ainsi, sans grande surprise, les députés tentent de revenir sur la jurisprudence de la chambre criminelle, en affirmant qu'il y aurait un réel intérêt « à repenser les conditions dans lesquelles la presse doit pouvoir accéder à l'acte de justice et à faciliter son action lorsque son regard ne porte pas sur le déroulement médiatique d'une enquête mais sur une démarche didactique d'ensemble »³²¹. La mission parlementaire incite donc au retrait de la circulaire 27 avril 2017 relative à l'incidence de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2017 relatif au secret de l'enquête et de l'instruction sur les autorisations de reportages journalistiques délivrées par les autorités judiciaires³²². L'emballement médiatique devra donc toujours composer avec le secret de l'instruction. Le législateur ne semble pas prêt à s'en détacher, de sorte que la puissance du juge d'instruction qui en résulte demeure simultanément protégée. Toutefois, sur le modèle des « courants contraires »³²³ qui animent les débats sur la conservation du secret, le législateur reproduit le schéma à l'égard du juge d'instruction : il maintient son secret, mais à condition que le silence puisse être brisé par un magistrat du parquet.

126. À mesure que le secret s'étiole, il fait paradoxalement l'objet d'une pénalisation accrue. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a créé le délit de divulgation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours, dès lors qu'elle préjudicie l'enquête, soit parce qu'elle gêne le déroulement des investigations, soit parce qu'elle porte

³²⁰ Propos tenus par Guillaume DENOIX DE SAINT MARC, interrogé quant à l'absence d'information des victimes lorsque l'enquête dure moins d'un an ou que la gravité de l'affaire justifie que le dossier ne soit pas ouvert à la consultation (V. Ass. Nat., Commission des lois, Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction, X. BRETON et D. PARIS, 18 décembre 2019, n° 2540, *op. cit.*, p. 45).

³²¹ Ass. Nat., Commission des lois, Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction (X. BRETON et D. PARIS), 18 décembre 2019, n° 2540, p. 47.

³²² CRIM-PJ n° 2017-0063-A8, 27 avril 2017, non publiée.

³²³ C. AMBROISE-CASTÉROT, C. COMBEAU, Dossier : « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », *Les cahiers de la justice*, 2014/3, p. 385.

atteinte à la manifestation de la vérité. L'article 434-7-2 du Code pénal réprime de deux ans d'emprisonnement et trente mille euros d'amende « le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité », la peine étant portée à dix ans d'emprisonnement et soixante-quinze mille euros d'amende dans le cadre de la criminalité organisée³²⁴. Mais il existe encore une autre incrimination, applicable aux tiers, servant à réprimer l'exploitation du secret de l'instruction. Les juges s'appuient en effet sur le recel, dès lors que les auteurs connaissent l'origine des éléments dévoilés, pour réprimer la violation du secret de l'instruction, notamment par voie de presse. Cependant, la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources des journalistes est venue consacrer une jurisprudence protectrice de la liberté d'information³²⁵, en leur permettant, selon le dernier alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, d'invoquer un fait justificatif, l'exercice des droits de la défense, pour s'exonérer de leur responsabilité.

127. Ce secret n'est tout de même pas absolu, d'abord parce qu'il a admis des dérogations à l'égard des parties. Durant l'instruction, l'avocat accède aux pièces du dossier, ce qui brise donc la loi du silence au regard des faits, du moins à l'intérieur, entre les protagonistes de l'affaire³²⁶. Il reste solide, puisque l'accusé et le prévenu n'ont pas d'accès direct à de telles informations pendant l'enquête et doivent attendre les réquisitions du parquet pour les découvrir par eux-mêmes. À cet égard, les droits de la défense sont mis à mal, tant il importe que le suspect puisse connaître les charges qui sont retenues contre lui, qu'il ait un avocat ou non, sur le temps des investigations. Il semble en effet qu'il soit difficile de justifier la position française, qui retarde au maximum la connaissance des pièces du dossier par les parties, lorsqu'elles se défendent seules. Il s'agit néanmoins d'un progrès, le Conseil constitutionnel ayant

³²⁴ Depuis la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, qui a ajouté cette sanction au second alinéa, tout en réduisant la peine de droit commun au premier alinéa.

³²⁵ Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.237, *Bull. crim.* n° 132 ; *JCP G* 2003, II, 10061, note E. DREYER.

³²⁶ C. AMBROISE-CASTÉROT, « Droits de la défense et secret de l'instruction », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 887.

évolué sur ce point en 2011³²⁷, alors que la Cour européenne des droits de l'homme avait admis les particularités de la procédure, au nom du droit au respect de la vie privée et de l'intérêt de la justice, à l'occasion de l'affaire *Menet c/ France*³²⁸. En effet, l'article 175 du Code de procédure pénale ne considère plus depuis cette date la personne ayant choisi de se défendre seule comme titulaire de droits inférieurs à celle qui est assistée par un avocat. Le texte dispose, en son deuxième point, que la copie des réquisitions du procureur de la République est adressée « dans le même temps par lettre recommandée aux avocats des parties ou, si elles ne sont pas assistées par un avocat, aux parties ». Malgré cette communication, le secret de l'instruction reste protégé des tiers par l'article 114-1 du Code de procédure pénale, qui réprime d'une amende de dix mille euros « le fait, pour une partie à qui une reproduction des pièces ou actes d'une procédure d'instruction a été remise en application de cet article, de la diffuser auprès d'un tiers ». À la toute fin de l'instruction, le texte ne s'appliquait pas si le réquisitoire introductif était remis directement aux parties, mais l'article 114 du Code de procédure pénale a été modifié par la loi n° 2015-993 du 17 août 2015 afin d'éviter toute brèche extérieure à l'enquête³²⁹. Pourtant, rien ne semble pouvoir résorber les fuites en dehors de l'information judiciaire, dont le secret porte à merveille le nom de Polichinelle³³⁰.

³²⁷ Décision n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011, *M. Hovanes A. [Communication du réquisitoire définitif aux parties]*, cons. 5 : « dès lors qu'est reconnue aux parties la liberté de choisir d'être assistées d'un avocat ou de se défendre seules le respect des principes du contradictoire et des droits de la défense interdit que le juge d'instruction puisse statuer sur le règlement de l'instruction sans que les demandes formées par le ministère public à l'issue de celle-ci aient été portées à la connaissance de toutes les parties ».

³²⁸ CEDH 14 juin 2005, *Menet c/ France*, req. 39553/02 ; *JCP* 2005. I. 159, n° 5, obs. F. SUDRE, *RPDP* 2005. 969, obs. E. VERGÈS. La Cour avait alors affirmé la conventionnalité du secret de l'instruction : « La Cour rappelle que le caractère secret de la procédure d'instruction peut se justifier par des raisons relatives à la protection de la vie privée des parties au procès et aux intérêts de la justice, au sens de la deuxième phrase de l'article 6 § 1 de la Convention et que, si cet article peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond, les modalités de son application durant l'instruction dépendent des particularités de la procédure et des circonstances de la cause » (§ 50).

³²⁹ Loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne.

³³⁰ Polichinelle est un personnage de la *commedia dell'arte*, caractérisé par ses mensonges éhontés. Le secret de l'instruction a pu être régulièrement qualifié comme tel, notamment par la doctrine (V. par exemple, B. LAVIELLE, P. LEMONNIER, « Polichinelle et son secret : pour en finir avec l'art. 11 du code de procédure pénale », *AJ pén.* 2009, p. 153 : « Polichinelle, personnage cabossé des théâtres traditionnels de marionnettes, parle bruyamment, à tort et à travers, révélant ainsi tous ses secrets. Il ne s'agissait évidemment pas ici, ni de comparer le juge d'instruction, malgré ses plaies et bosses actuelles, à ce personnage, ni de revendiquer une procédure pénale bavarde ou jacassante qui foulerait au pied la présomption d'innocence ou les nécessités de l'enquête. Mais il faut, reprenant la formule de Garraud constater simplement que le ou les secrets du droit datent pour beaucoup, et singulièrement pour le secret de l'instruction, d'un autre temps et qu'il appartient au législateur de rejoindre ici comme ailleurs son époque »).

2. Le recul du secret

128. La diffusion maîtrisée - Cependant, le principe fait presque immédiatement place à l'exception, dès le troisième alinéa du texte : « Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ». Une première fenêtre s'ouvre donc sur cet héritage inquisitorial, qui soumet le juge d'instruction au silence tandis que le procureur de la République peut s'exprimer. Certes, le législateur encadre fermement les éléments diffusés, en exigeant non seulement l'objectivité, mais plus encore, la neutralité. Toujours est-il que la permission accordée au parquet introduit une disparité avec le juge du siège. Le procureur décide seul des informations à transmettre aux médias, sans que le juge d'instruction ou les parties puissent imposer leur avis. Le juge du siège et les parties peuvent uniquement solliciter la démarche, sans participation au choix des informations divulguées et sans possibilité de recours contre celles-ci. Les pleins pouvoirs, ou presque, sont donc remis au parquet, lorsqu'il s'agit de briser le secret de l'instruction.

129. La justification donnée à cette ouverture du secret de l'instruction n'est guère convaincante, puisqu'il est toujours question de protéger la présomption d'innocence, en évitant les débordements liés à l'amplification des rumeurs. Ainsi, en permettant au procureur de la République de diffuser des données ciblées, le législateur entend éviter au mis en cause d'être discrédité par la divulgation d'informations erronées. Le texte évoque la propagation d'informations parcellaires ou inexactes, mais également un trouble à l'ordre public, laissant entendre ici que le suspect puisse être présenté comme coupable par l'opinion publique, avant même d'avoir été jugé. De fait, le droit à l'information du public s'exerce bien souvent au détriment du secret et « au prix d'un saccage de l'instruction »³³¹. Dès lors, la présomption d'innocence serait protégée par l'intervention du parquet, auquel reviendrait donc la charge de rétablir un semblant de

³³¹ V. PELTIER, « Le traitement de l'information pendant l'instruction préparatoire - Exégèse de l'article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale », *Droit pén.* n° 9, sept. 2008, ét. 16.

vérité. Il est pour le moins étonnant de confier au principal accusateur de la procédure le rôle de défenseur de la présomption d'innocence ! En effet, outre les restrictions liées à la nature des informations communiquées, il exerce ici une mission en totale contradiction avec son positionnement. Le législateur s'adresse précisément à la partie poursuivante afin de restaurer l'image ternie de la personne mise en cause. Pour le moins cocasse, cette disposition montre sans doute le faible crédit accordé à la présomption d'innocence par le législateur pendant la durée de l'enquête pénale. Au lieu de confier sa protection au juge du siège, il s'en remet au magistrat du parquet, participant ici à la destruction identitaire du juge d'instruction. En outre, le Code impose fermement le recours à des éléments « ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause », de sorte qu'il n'est pas permis de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence. Heureusement, sans doute, puisqu'il ne serait pas acceptable que le ministère public puisse élaborer un préjugement à l'égard du mis en cause. Mais il est peu vraisemblable que les maigres déclarations du parquet permettent de résorber l'opprobre médiatique jeté sur la personne concernée. Il s'agit, ni plus ni moins, d'un droit de regard sur l'information judiciaire, concédé par le législateur dans l'optique de réaliser un compromis entre des intérêts contradictoires. Pour autant, il comporte le risque d'une présentation de l'enquête judiciaire déviée de sa réalité, du moins, celle vécue par le juge d'instruction ou les parties. Il semble effectivement possible que le déroulé des événements ne subisse pas le même récit d'un acteur procédural à l'autre. Le principal accusateur peut d'ailleurs avoir un intérêt certain à rallier à sa cause l'opinion publique, en délivrant une histoire favorable à la thèse qu'il défend. Quoi qu'il en soit, un tel attribut semble entrer en contrariété avec l'impartialité objective exigée par la Cour de Strasbourg. L'établissement d'une vérité « officielle » est pour le moins risqué, non seulement parce qu'elle ne peut être vérifiée en cas d'exploitation partielle des informations, mais encore parce qu'elle ne peut être contredite. Ni la juridiction d'instruction ni les parties ne peuvent s'opposer à la nature des informations communiquées ou à un refus d'exprimer de la part du parquet, lequel demeure entièrement libre de cette manœuvre. Quant aux avocats, ils ne peuvent pas y répondre, sous peine de violer le secret professionnel³³². Aussi est-il peu pertinent et difficilement compréhensible de confier

³³² V. sur ce point E. BANGOURA, « Le secret de l'instruction a-t-il volé en éclats ? », *Gaz. Pal.* 7 juill. 2007, n° 188, p. 8. À propos de l'article 11 alinéa 3 du Code de procédure pénale, l'auteur déclare : « Ce texte ouvrirait dans la procédure d'instruction des "fenêtres de communication", l'intérêt général justifiant la dérogation. Reste cette curiosité que le pouvoir de communiquer

au procureur de la République une mission qui devrait sans conteste revenir au juge du siège et admettre également l'égalité des armes. Le Conseil supérieur de la magistrature plaide en ce sens, dans son avis rendu au président de la République le 24 septembre 2021³³³. Réunie en sa formation plénière, l'instance a remis trente propositions à propos de la responsabilité et la protection des magistrats. Parmi elles, figure la nécessité de partager le pouvoir de communiquer avec les magistrats du siège, afin qu'elle ne soit plus seulement réservée au ministère public. Le Conseil propose ainsi : « la dévolution formelle, aux chefs de cour et de juridiction du siège, du pouvoir de communiquer à des fins pédagogiques, de clarification, de rectification ou même de défense d'un magistrat, pour "sortir" du schéma du seul article 11 du code de procédure pénale qui donne une manière d'exclusivité aux procureurs de la République »³³⁴.

130. La publicité imposée - D'une fenêtre à l'autre, le secret s'échappe doucement mais sûrement. Le parquet n'est pas le seul à pouvoir diffuser des informations qui proviennent de cette phase procédurale, puisqu'un juge du siège rend publiquement ses décisions, au sein même de l'instruction. En matière de détention provisoire, le juge des libertés et de la détention se prononce en principe en audience publique, comme le prévoit l'article 145 du Code de procédure pénale en son sixième alinéa. Cette affirmation est immédiatement tempérée par une dérogation qui permet au parquet, à la personne mise en examen ou à son avocat de s'opposer à cette publicité « si l'enquête porte sur des faits mentionnés aux articles 706-73 et 706-73-1 ou si celle-ci est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction, à porter atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité des débats ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers ». Elle rejoint ici une possibilité similaire, qui s'exerce en cas d'audience publique de la chambre de l'instruction concernant la détention provisoire, comme le prévoit l'article 199, alinéa 2, du Code de procédure pénale. En outre, le législateur a également autorisé la personne majeure mise en examen ou son avocat à demander la publicité devant cette juridiction, de façon générale, sauf si elle est « de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers ».

n'est pas confié au magistrat qui instruit à charge et à décharge, mais à la partie poursuivante tandis que les avocats des parties, tentés d'y répondre, devront se garder de la jurisprudence précitée sur la violation du secret professionnel ».

³³³ Avis de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature du 24 septembre 2021 au président de la République, sur la responsabilité et la protection des magistrats, *op. cit.*

³³⁴ *Ibidem*, pp. 28-29.

L'atteinte à la présomption d'innocence n'est bien évidemment pas mentionnée, puisque le mis en cause est lui-même à l'origine de la demande. Toutefois, la lecture de telles précautions législatives renseigne utilement sur l'intérêt de maintenir le secret au stade de l'instruction. L'identité du magistrat instructeur en est imprégnée, à bon escient, tant ce critère participe activement à protéger l'équité du procès. La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a consacré une publicité de principe des audiences concernant la détention provisoire, inversant *de facto* la logique habituelle de l'instruction préparatoire. La force du secret en est inévitablement altérée et l'identité du juge pénal affectée. Les débats portant sur la privation de liberté doivent évoquer, selon toute vraisemblance, la conduite des investigations, puisque l'article 144 du Code de procédure pénale exige une motivation fondée sur des critères tels que la conservation des preuves, la manifestation de la vérité ou la protection des témoins. Le législateur demande d'ailleurs au juge des libertés et de la détention « des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure », de sorte que le débat contradictoire ne pourra passer sous silence les charges retenues contre le mis en examen, bien que le Code ne le mentionne pas.

131. Effectivement, comment évaluer la nécessité de détenir provisoirement le suspect sans justifier d'un certain degré de culpabilité au regard des preuves recueillies ? Il semble utopique de considérer l'audience contradictoire comme un exercice de pure forme, permettant de rattacher la mesure à l'un des critères énumérés sans faire le lien avec les différents éléments rapportés par le juge d'instruction. Plus encore, l'étude générale réalisée par la chambre de l'instruction sur le bien-fondé du maintien en détention provisoire, lorsque trois mois se sont écoulés sans délivrance de l'avis de fin d'information³³⁵, implique inévitablement l'analyse du fond de la procédure d'instruction. Or, ici également, le législateur érige la publicité en principe. Selon l'article 221-3, alinéa 3, du Code de procédure pénale, dès lors que la personne mise en examen est majeure : « les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique ». Disséquée publiquement, l'information judiciaire est alors contrainte aux révélations, sauf pour les actes en cours d'investigation, dont la connaissance reste l'exclusivité du juge du siège. Il s'agit en réalité d'une publicité des fonctions juridictionnelles de l'instruction, dont l'exercice, comme le secret, ont été repris au

³³⁵ Art. 221-3, al. 1, du Code de procédure pénale.

magistrat instructeur. Ainsi le secret vole-t-il passablement en éclats, mais sous une forme dépolie, puisqu'il s'agit de diffuser les éléments de façon partielle et ponctuelle.

132. De la même façon que le secret interne, – soit celui qui est opposé aux parties³³⁶ –, le secret externe faiblit, de sorte que les tiers accèdent de plus en plus aux informations autrefois cachées, au sein de l'enquête pénale. Aussi, le secret « recule aujourd'hui dans ces deux dimensions. Le secret "interne" cède du terrain sous les coups de boutoir de la procédure accusatoire. Le secret "externe" faiblit sous les assauts du désir de transparence »³³⁷. Mais au regard des garanties fondamentales du procès équitable, alors que la première mutation doit être vivement encouragée, tant elle participe à renforcer les droits de la défense, la seconde est dangereuse, puisqu'elle met en péril le respect de la présomption d'innocence. Citant les affaires *Bettencourt*, *Woerth*, *Le Monde*, *Clearstream*, *Dray*, *Baudis*, *Elf*, et la violation systématique du secret de l'instruction, un auteur met en exergue la fragilisation du droit à la présomption d'innocence à travers le conflit qui oppose le secret et l'information : « combien de fois n'a-t-on pas assisté à la confusion d'individus présentés comme coupables, peu important, au fond, la décision judiciaire ultérieurement rendue ? C'est souligner par-là la confrontation, sinon l'opposition, entre les vérités – judiciaire, médiatique –, mais aussi entre le temps de l'information et celui des investigations »³³⁸.

133. Nombreux sont pourtant les partisans de l'abandon du secret, au sein de l'instruction préparatoire. En 2009, le rapport Léger a pris parti en ce sens, compte tenu des multiples dérogations accordées, lesquelles vident progressivement la règle de sa substance³³⁹. Il faut reconnaître une certaine ambiguïté au secret, en effet, puisque seules les personnes concourant à la procédure y sont liées, les acteurs non institutionnels, ayant le loisir de diffuser les informations qui s'y rapportent. Certes, l'enquête judiciaire se nourrit de paradoxes, puisqu'elle préserve moins le secret

³³⁶ V. J. GRANIER, « L'article 11 du Code de procédure pénale. Quelques réflexions sur le secret d'information », *JCP G* 1958, I, 1453 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4e éd., 2015, p. 1018, n° 1507.

³³⁷ C. AMBROISE-CASTÉROT, C. COMBEAU, Dossier : « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », *Les cahiers de la justice*, 2014/3, p. 380.

³³⁸ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Secret de l'instruction, droit à l'information et présomption d'innocence », intervention lors du Colloque : *La justice pénale hors les murs*, E. VERNY (dir.), Université Paris 2 Panthéon-Assas, 12 sept. 2019.

³³⁹ Il s'agit de la septième proposition du rapport Léger : « supprimer le secret de l'enquête et maintenir le secret professionnel » (Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale créé par le Président de la République le 13 octobre 2008 sous la présidence de Philippe LÉGER).

interne que l'enquête policière alors qu'elle garde mieux le secret externe que son homologue. Toutefois, dans le premier comme dans le second cas, la ligne de conduite du juge d'instruction est celle de la préservation des intérêts les plus fondamentaux de la procédure pénale et la divulgation du secret, dans le cadre de l'information judiciaire, doit trouver l'équilibre avec les droits de la défense. Or, la procédure pénale doit d'abord et avant tout être tournée vers l'auteur de l'infraction, auquel il convient d'assurer un procès équitable. L'entorse consentie à l'égard du secret interne semble donc parfaitement justifiée, en ce qu'elle offre l'égalité des armes.

134. Il est déjà plus difficile de comprendre pourquoi le témoin, au contraire des parties, a la liberté d'exposer sa vision de l'enquête aux tiers, en étant protégé par les droits de la défense, alors même qu'il n'est pas suspecté³⁴⁰ : « après tout, si le témoin a l'obligation d'éclairer la justice, il apparaîtrait légitime qu'il soit corrélativement soumis à l'obligation de ne pas révéler ce qu'il sait à des tiers »³⁴¹. Plus encore, il n'est pas souhaitable que le secret de l'instruction s'incline devant une société avide d'information, faisant fi de la discrétion nécessaire au bon déroulement des investigations et du droit à la présomption d'innocence. L'invocation des droits de la défense, notamment au bénéfice de la presse, n'est quant à elle plus assez forte pour déroger au silence. L'article 9-1 du Code civil dispose, en son alinéa 2, que la présomption d'innocence est atteinte « lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire ».

135. La jurisprudence récente, comme le législateur, semblent aller vers un renforcement du secret, protégeant ainsi la vie privée du mis en cause d'une justice du spectacle, voire, du spectaculaire. La Cour de cassation est allée jusqu'à consacrer la nullité de l'acte qui bafoue cette interdiction, alors même que le texte de l'article 11 du Code de procédure pénale ne la prévoit pas. Le Conseil constitutionnel, également amené à se prononcer sur la question à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité menée par l'association de presse judiciaire³⁴², a pu estimer l'atteinte

³⁴⁰ V. M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipses, 3e éd., 2017, p. 535.

³⁴¹ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Secret de l'instruction, droit à l'information et présomption d'innocence », *op.cit.*

³⁴² Après la décision rendue par la chambre criminelle le 10 janvier 2017, une circulaire du garde des Sceaux s'était prononcée en défaveur de l'accès aux journalistes des perquisitions : « Le sens de cette décision justifie qu'à l'avenir aucune personne, autre que celles concourant à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, et en particulier aucun

à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte du secret de l'instruction « est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi »³⁴³. L'érosion du secret de l'instruction, dans la phase préparatoire du procès pénal, nuit à l'essence même de la procédure pénale, qui doit préserver la réputation du mis en cause, la sérénité des investigations et par là-même, « garantir la confiance du public dans l'intégrité du système légal de justice »³⁴⁴. Le législateur le reconnaît, raison pour laquelle il projette d'inscrire solennellement, au sein de notre Code de procédure pénale, les objectifs poursuivis à travers la règle du secret, pour l'heure uniquement mentionnés dans la loi du 10 juillet de 1881 sur la liberté de la presse. *A fortiori*, l'intérêt général n'est pas celui de la médiatisation outrancière des affaires pénales.

136. Il a pu être dit par un auteur que « La question de la transparence est une question d'équilibre, quand celle du modèle procédural est une question de choix »³⁴⁵. Cependant, le basculement du modèle procédural inquisitoire vers une forme accusatoire, s'il relève bien sûr d'un choix politique, participe également à l'équilibre du procès pénal. Selon l'inclination choisie, le rôle du juge pénal varie, son identité en étant affectée. Les velléités de suppression du secret de l'instruction rejoignent celles de son juge, promouvant l'idée d'une procédure plus équitable par transparence, alors que la disparition du juge et de son secret sont nuisibles à l'une des garanties, au moins, les plus essentielles de la procédure pénale. En effet, malgré toutes les entorses consenties, le secret de l'instruction reste hautement protecteur de la présomption d'innocence, raison pour laquelle « le maintien symbolique du principe et la menace des sanctions encourues constituent des garde-fous dissuasifs nécessaires »³⁴⁶. La Cour européenne des droits de l'homme, malgré un attachement tout particulier à la liberté de l'information, se montre elle-même très attentive à la préservation du secret de l'instruction. À ce titre, le 29 mars 2016, elle s'est réunie en grande chambre afin de

journaliste, ne puisse assister à l'accomplissement d'une perquisition – et a fortiori ne puisse capter des images de son déroulement – nonobstant l'accord de la personne concernée et l'autorisation délivrée par une autorité publique » (CRIM-PJ n° 2017-0063-A8, 27 avril 2017, non publiée). Elle avait donné lieu à une contestation de l'association de la presse judiciaire, dont le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État avait fait l'objet d'un renvoi devant le Conseil constitutionnel (CE, 27 décembre 2017, n° 411915).

³⁴³ Cons. const., 2 mars 2018, déc. n° 2017-693 QPC, § 12 ; D. 2018, p. 462 ; *Procédures* 2018, comm. 128, note J. BUISSON ; *Dalloz Actu.*, 14 mars 2018, note P. JANUEL ; *RPDP* 2018, p. 395, note J. BOSSAN ; *Comm. com. électr.* 2018, n° 5, comm. 36, note A. LEPAGE ; *Actualités du droit*, 8 mars 2018, note A. DORANGE.

³⁴⁴ J. PRADEL, « La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? », in *Droit de la France et droits d'ailleurs, Mélanges en l'honneur du professeur J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 617.

³⁴⁵ C. AMBROISE-CASTÉROT, C. COMBEAU, Dossier : « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », *op. cit.*, p. 385.

³⁴⁶ R. OLLARD, « Que reste-t-il du secret de l'instruction ? », *Lexbase* éd. privée, n° 568 du 1 mai 2014.

revenir sur une décision rendue deux années plus tôt, par laquelle elle avait justement donné priorité à la liberté de la presse. Dans cette affaire, la médiatisation de procès-verbaux d'audition et la reproduction de correspondances adressées au juge d'instruction par le mis en cause, – un automobiliste qui avait tué et blessé plusieurs personnes –, avait fait l'objet d'une condamnation pénale du journaliste, qui avait ensuite obtenu gain de cause devant la Cour de Strasbourg. En effet, le juge européen avait alors estimé que le portrait dressé par la presse à l'égard du suspect relevait de l'intérêt général, en ce qu'il relatait le traitement judiciaire du suspect, lequel était atteint de troubles psychiatriques³⁴⁷. Les avis restaient néanmoins très partagés, puisque la décision était prise à quatre voix contre trois³⁴⁸, la grande chambre étant ensuite saisie pour se prononcer à son tour sur la prééminence de l'article 10 de la Convention européenne face au secret de l'instruction. Moins de deux ans après, le secret de l'instruction redevient un « *motif social impérieux* »³⁴⁹ et son atteinte est cette fois sanctionnée. Dans ce second arrêt, le droit du public à être informé cède devant le secret de l'instruction, la Cour européenne soulignant les intérêts publics et privés de ces dispositions³⁵⁰. Elle rappelle la raison d'être du secret, qui protège à la fois l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, l'effectivité de l'enquête pénale et le droit du prévenu à la présomption d'innocence et à la protection de sa vie privée³⁵¹.

Conclusion de la section 1

137. Facteur identitaire de l'instruction préparatoire, le secret donne à son juge une qualité incontestable et démontre combien la phase judiciaire de l'enquête pénale est

³⁴⁷ CEDH, sect. II, 1er juill. 2014, no 56925/08, A. B. c/ Suisse : « La presse joue un rôle éminent dans une société démocratique : si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général » (§ 44), y compris les « questions dont connaissent les tribunaux » en tenant compte du droit de chacun de bénéficier d'un procès équitable tel que garanti à l'article 6 § 1er de la Convention (§ 45).

³⁴⁸ V. P. PIOT, « La protection du secret de l'instruction doit être « nécessaire » et mise en balance de manière effective avec le droit du public à recevoir des informations », *Gaz. Pal.*, 2 oct. 2014, n° 275, p. 13 : « Il est à noter que les juges Karakas, Keller et Lemmens, minoritaires – de peu –, ont émis une opinion dissidente. S'ils estiment que le secret de l'instruction ne doit pas toujours être protégé face à la liberté d'expression, ils soutiennent que, dans le cas d'espèce, les articles incriminés étaient de nature à avoir une influence négative sur le bon déroulement de la procédure pénale, y compris pendant la phase du jugement. Ils relèvent particulièrement que les articles en cause présentaient des "carences dans la forme" en ne permettant pas, notamment, la possibilité d'une discussion contradictoire et en choisissant une "forme sensationnelle" limitant "l'importance de sa contribution au débat public" ».

³⁴⁹ V. C. BERLAUD, « Secret de l'instruction vs liberté d'expression : une sanction disproportionnée pour un besoin social non "impérieux" », *Gaz. Pal.*, 17 juill. 2014, n° 198, p. 30.

³⁵⁰ P. PIOT, « Les justifications de la protection du secret de l'instruction », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2016, n° 19, p. 32.

³⁵¹ CEDH, gde ch., 29 mars 2016, n 56925/08, *Bédat c/ Suisse*, § 55 ; *Dalloz actu.*, 15 avr. 2016, obs. E. AUTIER.

protectrice de l'équité du procès pénal. Le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire l'entend bien ainsi, puisqu'il propose de renforcer encore la répression des violations de ce secret. La création d'un dispositif unique, protégeant le secret à la fois dans l'enquête et l'instruction est à ce titre envisagé, avec une nouvelle rédaction de l'article 434-7-2 du code pénal pour réprimer la révélation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction et prévoir des peines aggravées dans certaines circonstances, tout en préservant la possibilité pour l'avocat de révéler des informations pour l'exercice des droits de la défense³⁵². Cependant, l'effet dissuasif demeure relativement incertain, la modification de la peine encourue n'ayant pas forcément d'effet sur les blocages actuels³⁵³.

138. Puissant, le juge d'instruction l'est à la fois dans l'autonomie de ses décisions et par l'exclusivité des compétences qu'il détient. Les droits fondamentaux, auxquels il est soumis, rejoignent son identité pénale et valorisent son office. Toutefois, il ne faudrait pas oublier que les décisions rendues pendant l'instruction n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Préparant le procès, elles ont simplement une vocation transitoire, seul le jugement pénal pouvant fixer définitivement les justiciables sur l'issue des faits. La Cour de cassation l'a fermement rappelé dans un arrêt du 10 mars 2008, en affirmant : « qu'aucune autorité de chose jugée ne s'attache aux décisions des juridictions d'instruction déclarant l'action publique non prescrite »³⁵⁴. Cela revient donc à accorder moins de valeur aux décisions du juge d'instruction qu'à celles de ses homologues du siège, l'autorité de chose jugée étant une qualité substantielle de l'identité judiciaire. Justement, cette figure de juge pénal ne s'inscrit pas dans la lignée traditionnelle du modèle identitaire, la déviance du juge d'instruction étant originelle.

³⁵² Article 4 du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avril 2021.

³⁵³ Rapport n° 834 (2020-2021) de Mme Agnès CANAYER et M. Philippe BONNECARRÈRE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021, pp. 49-50.

³⁵⁴ Cass. crim., 10 mars 2008, n° 09-80.759, *Bull. crim.*, n° 73.

Section 2 : Un juge déviant

« Faut-il qu'on puisse raconter qu'au début du procès, je voulais le terminer, et qu'arrivé maintenant à son terme, je veux le recommencer ? »³⁵⁵.

Paragraphe I – Une identité confuse

139. Longtemps, le juge d'instruction a bénéficié d'un dédoublement de la personnalité. En exerçant à la fois les prérogatives d'un enquêteur, puisque la recherche d'informations lui revient de droit, et celle d'un juge, en ce qu'il délivre des ordonnances juridictionnelles, il dominait la phase préparatoire du procès pénal. Cette dichotomie permanente, dissidente de la doctrine européenne, a eu tôt fait de le discréditer et de conduire à l'amenuisement de ses pouvoirs, au profit, soit du ministère public, soit du juge des libertés et de la détention. Ce juge du siège représente par essence une menace pour l'équité du procès (A), menace qui se retourne contre lui, puisqu'elle induit sa disparition (B).

A) Une instruction menaçante

140. Parce qu'il n'est pas possible d'être totalement indépendant et impartial lorsque l'on se partage entre le rôle d'enquêteur et celui de juridiction, l'identité du juge d'instruction est défaillante. Inévitables, les mutations subies par ce juge du siège ont vocation à corriger une figure déviante, au regard des garanties fondamentales de la procédure pénale. Une telle réflexion explique l'amertume de *K.*, personnage principal du roman de Franz Kafka, prenant conscience des conséquences de l'enquête sur l'issue du litige. Pris dans un tourbillon d'investigations incohérentes, menées par un juge d'instruction agissant de concert avec l'administration, sur le fondement d'une infraction dont il ne connaîtra jamais la qualification, l'accusé se confronte à des

³⁵⁵ F. KAFKA, *Le procès*, *op. cit.*, p. 254.

méthodes iniques. Le lecteur comprend progressivement l'issue fatale des investigations, lesquelles ne cherchent en aucun cas à établir des preuves à charge et à décharge, comme il se doit, la culpabilité étant déjà établie avant tout jugement pénal. Dans cette fiction littéraire, le système est perverti par l'absence totale d'objectivité qu'il présente : le justiciable n'a aucun moyen de se défendre face à l'illisibilité de la procédure. Dès lors, l'enquête pénale représente l'antichambre du procès, où l'autorité du juge d'instruction est plus policière que judiciaire. C'est pourquoi, sous la responsabilité d'un juge qui ne réunit pas la plus haute expression des qualités du siège, le procès pénal est en danger, car « le verdict ne vient pas en une fois, la procédure se transforme peu à peu en verdict »³⁵⁶. Depuis toujours, l'instruction préparatoire souffre de son ambivalence, de sorte que la fiction rejoint quelque peu la réalité. Le juge d'instruction, à la fois juge, parce qu'il rend des décisions juridictionnelles, et partie, en ce qu'il collecte des preuves de culpabilité, ne peut incarner la neutralité exigée d'un juge du siège. Même s'il rééquilibre la balance de la justice en travaillant autant à prouver l'innocence, par les éléments « à décharge », l'impartialité, qualité première du modèle judiciaire, n'est pas immaculée. Amorce de la procédure pénale, l'information judiciaire semble donner le ton des étapes ultérieures et représente donc, du fait de l'identité de son juge, une menace pour l'équité du procès.

141. Le juge d'instruction est pourtant né d'un besoin particulier, caractéristique de notre choix procédural. La formule inquisitoire, puisqu'elle ne délègue pas la recherche des preuves aux parties, nécessite en effet une phase préalable au procès pénal, menée par un juge. Revient alors à ce dernier la tâche de chercher « la vérité », pour les deux camps. Le juge livre ici son introduction à l'histoire qui va suivre, introduction dont chacun mesure l'importance, dans tout travail d'argumentation. Si l'on tente d'apporter une définition plus étayée, il est possible de dire de l'instruction que « c'est tout d'abord l'ordre, la directive donnée par un supérieur à un subordonné et, comme tel, le mot s'utilise habituellement au pluriel : on donne des instructions. C'est alors une forme d'information communiquée en tant que commande. Mais c'est aussi l'acte d'instruire quelqu'un, enseigner, éduquer, même si l'on a abandonné le ministère de l'Instruction publique au profit de celui de l'Éducation nationale. Et c'est à la fois l'ensemble des connaissances acquises par le travail ou l'étude. C'est alors une forme d'information

³⁵⁶ F. KAFKA, *Le procès*, 1933, *op. cit.*, p. 241.

communiquée comme une explication. C'est en ce sens qu'il faut entrevoir le mot "instruction" appliqué au droit : l'instruction en matière civile ou en matière pénale, c'est une mise en état des affaires, c'est-à-dire la clarification préalable nécessaire au jugement. Curieusement, on parle d'instruire un dossier comme si on éduquait ou on renseignait une collection d'écrits, de procès-verbaux, des procès-verbaux qui racontent une histoire. D'ailleurs, le synonyme de l'instruction, c'est l'information. Dire que le juge informe, c'est en fait dire qu'il recueille des informations. Ainsi, le juge d'instruction instruit un dossier qui instruira ceux qui le jugeront »³⁵⁷. L'information judiciaire est de ce fait déterminante, puisqu'elle fournit la matière première du jugement, et nécessairement menaçante, dès lors qu'elle entremêle fonctions d'enquête et de juridiction.

142. Le juge d'instruction, au terme d'une telle définition, pourrait être perçu comme un simple « informateur » de l'affaire, un enquêteur judiciaire renseignant la juridiction de jugement de la façon la plus exhaustive sur le cas soumis à son appréciation. Mais il y aurait dans cette présentation séduisante, une inexorable tromperie sur les qualités substantielles de notre magistrat instructeur. Loin d'être un humble serviteur de l'enquête pénale, le juge d'instruction s'attache bien souvent à livrer une version de la vérité « toute entière ». Or, c'est ici que le bât blesse, puisqu'il ne se contente pas d'assembler les pièces du puzzle pour les soumettre à l'avis d'un tiers, mais prend de multiples décisions relatives à la liberté des individus. Dans le cadre de la recherche de la vérité, il recherche les preuves de culpabilité, mais rend également des décisions juridictionnelles, comme tout juge du siège. De fait, le juge d'instruction se voit livré à une distorsion incessante – et contestable – entre les deux facettes qui dépeignent son identité. Actes d'enquête et ordonnances juridictionnelles cohabitent, dans le quotidien de l'instruction, conduisant à faire du juge d'instruction « le magistrat le plus controversé du monde judiciaire »³⁵⁸. De fait, il condense à la fois deux aspects inconciliables pour un juge du siège, en ce qu'il exerce des pouvoirs préjudiciaires aux libertés individuelles tout en incarnant les garanties fondamentales de la procédure pénale.

³⁵⁷ C. GUÉRY, *Instruction préparatoire*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2018 (actualisation juillet 2021).

³⁵⁸ R. VAN RUYMBEKE, *Le juge d'instruction*, *op. cit.*, p. 5.

143. Chargé de rechercher les auteurs des infractions et de réunir les preuves, avant de saisir la juridiction de jugement, la juridiction d'instruction du premier degré est composée d'un juge unique, et ce, depuis 1856. Or, si sa juridiction est solitaire, son statut se dédouble : il est certes un juge du siège, mais sous l'emprise du parquet. Fort logiquement, le juge d'instruction est traité au sein du Livre Ier du Code de procédure pénale « De la conduite de la politique pénale, de l'exercice de l'action publique et de l'instruction », en son Titre Ier, dans le Chapitre III, comme l'autorité chargée de l'instruction, aux articles 49 à 52-1. L'exercice de sa juridiction est ensuite longuement détaillé par le Titre III, Chapitre Ier, aux articles 79 à 190, le Chapitre II étant consacré à la chambre de l'instruction. Il n'est pas si anecdotique de remarquer son inclusion au sein d'un trio dont les autres membres sont ouvertement politisés, ou, du moins, peu enclins à la neutralité. Ainsi est-il question notamment dans ce Livre Ier de la police ou du garde des Sceaux, deux entités aux vertus somme toute assez éloignées de celles du juge ; ou encore du ministère public, dont les lacunes en matière d'indépendance sont vivement débattues. L'identité du juge d'instruction au sein de l'institution se révèle, au premier regard, déjà trouble.

144. L'article 49 du Code de procédure pénale affirme l'exigence d'impartialité de ce juge enquêteur : il ne peut instruire et juger d'une même affaire. Le juge d'instruction est donc en premier lieu un juge impartial. Mais l'impartialité se limite-t-elle à cette fragile barrière ? Ne faut-il pas s'inquiéter de son application au sein même des décisions de l'enquêteur, quand bien même il ne juge pas ? Comment peut-il objectivement, à la fois se forger une conviction sur l'affaire, et jouer le rôle de filtre qu'il détient toujours en matière de détention provisoire ? Ou procéder à un placement sous contrôle judiciaire, une astreinte à résidence ?

145. La contradiction entre cette affirmation textuelle et la pratique pose donc problème, d'autant plus que le juge européen est à l'affût d'un tel écart aux principes du procès équitable. Mais la critique doit être tempérée eu égard au véritable rôle qu'il joue : les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction ne tendent jamais en réalité à une décision sur la culpabilité. Une étude approfondie autour du travail du juge d'instruction permet même de voir en ce juge : « la garantie d'impartialité dans le choix des mesures permettant la mise en état de l'affaire : n'est-ce pas un juge indépendant des enquêteurs, de l'accusation comme de la défense qui est le mieux placé pour la

donner ? »³⁵⁹. Cependant, il n'est pas envisageable que le bon fonctionnement du système dépende de la vertu du juge d'instruction. Il serait d'ailleurs hypocrite de considérer la sphère du juge d'instruction comme une zone neutre, la décision de renvoi, ou non, devant une juridiction de jugement, étant inextricablement liée à sa perception de la culpabilité. En définitive, malgré le recours au juge des libertés et de la détention pour le contentieux de la privation de liberté, le juge d'instruction coordonne le déroulement de l'enquête, de sorte qu'il le saisit, ordonne le retour à la liberté et règle le terme de l'instruction. Il conserve ce statut tangent, en dépit des réformes, statut qui lui vaut d'être toujours décrié. Le maintien de cette identité judiciaire ambivalente, aujourd'hui, résulte uniquement du fait que la suppression de la phase d'instruction provoque davantage de problèmes qu'elle n'en résout. Il apparaît donc comme un pis-aller, moins menaçant que le parquet, mais plus que n'importe quel autre juge du siège.

146. De manière incidente, il est sans doute intéressant de remarquer qu'il s'agit du seul juge du siège communément désigné par le terme « magistrat », comme le parquet. En effet, ni le juge des libertés et de la détention, ni les juges de jugement ou bien le juge de l'application des peines ne sont jamais nommés, dans leurs fonctions quotidiennes, par ce vocable. Il est pourtant régulier, en ce que l'ensemble du corps, du siège au parquet, se rattache à la magistrature. Il n'y a donc aucun abus de langage à employer une telle appellation pour un membre de l'autorité judiciaire. Pourtant, le juriste averti se méfiera du rapprochement intuitif qu'il implique avec le seul autre « magistrat » qui ne connaît pas le qualificatif de « juge » : celui du ministère public. Magistrat instructeur – magistrat du parquet, deux entités œuvrant ensemble au sein de l'information judiciaire et partageant le titre formel de « magistrat » plutôt que celui, plus substantiel –, de « juge » : est-ce à dire que ni l'un ni l'autre ne le mérite ? La Cour européenne des droits de l'homme ne s'en cache pas, elle refuse catégoriquement de considérer que le magistrat du ministère public possède les qualités essentielles d'un juge pénal, de telle manière que le Conseil constitutionnel lui résiste en lui conférant le grade d'autorité judiciaire. Cependant, elle n'a pas rejeté le juge d'instruction d'une telle catégorie, de sorte qu'il est parfaitement légitime, sous l'égide européenne, à exercer ses fonctions en tant que juge du siège. Finalement, peut-être faut-il percevoir

³⁵⁹ F.-L. COSTE, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJ pén.* 2010, p. 422.

dans cet excès de prudence, la pleine conscience, de la part des autorités publiques, de la déviance originelle du juge d’instruction. Enquêteur et autorité juridictionnelle à la fois, il pose question, au regard de l’impartialité exigée. Il rejoint en cela le parquetier, l’exercice des poursuites pénales s’accommodant mal des fonctions juridictionnelles. Il demeure cependant, à la grande différence de ce dernier, totalement indépendant, ce qui lui vaut certainement d’avoir conservé son appartenance au siège. Toutefois, cette indépendance salvatrice ne saurait compenser à elle seule le défaut d’impartialité, qui lui vaut une disparition progressive.

B) Une instruction menacée

147. Le rapprochement des différents cadres d’enquête, ou bien l’éparpillement, selon le point de vue adopté quant à la superposition des procédures et des autorités compétentes, nuit bien évidemment au rôle du juge d’instruction. L’enquête préliminaire, comme celle de flagrance, présentent toutes deux un visage de plus en plus comparable à celui de l’information judiciaire, au regard des pouvoirs confiés au tandem parquet – juge des libertés et de la détention. Au milieu de cette nouvelle répartition, le magistrat instructeur est moins facilement repérable. La question d’un changement d’identité de ce juge pénal est cependant plus complexe et il convient nécessairement de se demander s’il est, ou non, conforme aux qualités attendues d’un juge du siège. En réalité, la question est plutôt celle de savoir si le magistrat instructeur ne l’a jamais été ? En 2009, le comité Léger rappelait « qu’un juge, responsable d’une enquête pénale, ne peut agir avec une stricte neutralité et n’est pas totalement un juge »³⁶⁰. Avant lui, la commission présidée par Madame Delmas-Marty avait voté pour « un juge de l’instruction », matérialisant une dissociation entre pouvoirs d’investigation et pouvoirs juridictionnels, mais sans remise en cause du statut du parquet. Aucune de ces propositions n’a jamais été soumise au Parlement en tant que telle, de sorte que l’instruction fait l’objet d’un effritement insidieux, plutôt que d’une prise de position franche et assumée.

³⁶⁰ Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, remis le 1er septembre 2009, sous la direction de Philippe LÉGER, La documentation française, p. 7.

148. Les pouvoirs publics ne se résolvent pas à supprimer le juge d'instruction, devant l'absence de solution conforme aux règles du procès équitable. Ce dernier végète donc en soins palliatifs, promis à une mort prochaine, tandis que l'on s'interroge sur l'intérêt de le sauver : « toute tentative d'en corriger les dangers potentiels, qu'il ne faut pas méconnaître, n'est-elle "qu'acharnement thérapeutique" non souhaitable ? »³⁶¹. Les remèdes sont effectivement de moins en moins effectifs, ce qui pousse le législateur à changer de stratégie, en reconnaissant aux autres acteurs de l'enquête des pouvoirs similaires, dans les cadres d'investigation annexes. Il espère certainement, – par cette technique qui ne dit pas son nom –, apporter la preuve que le plus ancien juge du siège de notre procédure pénale n'est pas indispensable. La menace représentée par celui-ci perdure, en dépit des mutations. Le juge d'instruction a d'ailleurs toujours le dernier mot sur le devenir de l'enquête, en décidant soit de renvoyer à une juridiction, soit d'ordonner un non-lieu. Son indépendance ne suffit pas à contrebalancer un positionnement plus proche d'un accusateur que d'un tiers impartial. D'une réforme à l'autre, le juge d'instruction n'est certes pas supprimé, mais son office est menacé.

149. Chaque proposition ou projet de loi conserve finalement la même trame, annonçant à grand bruit la disparition d'un juge tant décrié. La redoutable affaire dite « d'Outreau », erreur judiciaire retentissante des années deux-mille, semblait définitivement sonner le glas de ce dernier, au regard des conclusions du Comité de réflexion sur la justice pénale, lequel était chargé par le Chef de l'État de réfléchir à la question quelques années plus tard. Chaque dysfonctionnement de l'institution, sans doute pourtant plus proche de l'exception que du principe, sert en effet de prétexte à la remise en cause de l'existence du juge d'instruction. Jamais, cependant, de telles ambitions législatives ne se concrétisent dans les textes. Le rapport remis par Philippe Léger le 1^{er} septembre 2009 au Président de la République n'est pas parvenu davantage que les précédents essais à trouver un compromis acceptable à la suppression de ce juge du siège. Encore une fois, l'équation revenait donc à transférer la direction de l'enquête au parquet, sous la surveillance d'un juge indépendant pour la partie juridictionnelle, le juge de l'enquête et des libertés. Le comité devait en réalité, derrière la réflexion

³⁶¹ Selon les termes du magistrat Marcel LEMONDE, ancien membre de la commission DELMAS-MARTY, pour critiquer les propositions de la commission VIOUT mise en place après l'affaire d'Outreau. V. G. STRAEHLI, « Instruction - Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles », *Dr. pén.* n° 10, oct. 2009, dossier 4, p. 9.

menée, déterminer quel système procédural pouvait remplacer le juge d'instruction. Il réalisait donc un choix en ce sens : la conduite de l'enquête par une autorité unique, le parquet. Cet effort de rationalisation, louable, entraînait toutefois la question du contrepoids à l'extension des pouvoirs du ministère public, à laquelle le rapport répondait par la mise en place d'un juge « disposant de pouvoirs importants lui permettant de contrôler les mesures attentatoires aux libertés prises au cours de l'enquête »³⁶². Ainsi le comité prévoyait de lui confier non seulement les actes les plus intrusifs à la liberté individuelle, comme les écoutes téléphoniques ou les perquisitions sans assentiment, mais également la délivrance de mandats ou la privation de liberté, lorsque celle-ci ne donnait pas lieu à la collégialité souhaitée depuis la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007³⁶³. En définitive, le juge de l'enquête et des libertés possédait quasiment les mêmes prérogatives que le juge d'instruction, à la différence près qu'il ne devait agir que sur sollicitation du parquet et non de sa propre initiative. Étonnante façon de résoudre la dualité inhérente au statut du juge d'instruction que de la reproduire chez un autre juge du siège ! En termes de lisibilité procédurale, la réforme n'arrangeait rien. En revanche, au regard de l'efficacité procédurale, il fallait constater l'indéniable pragmatisme de la nouvelle organisation. De fait, la pleine maîtrise de l'enquête par le parquet devait permettre des investigations facilitées, puisqu'elles ne supposaient plus un partage décisionnel mais uniquement un accord à leur exécution. Or, le contrôle de la loyauté de l'enquête par le nouveau juge dédié risquait *a contrario* d'alourdir considérablement un système déjà bien en peine de fonctionner rapidement.

150. En quelque sorte : « décider si le juge chargé de l'instruction dirigera ou non les investigations, revient, en dernière analyse, à déterminer quelle effectivité nous entendons accorder, lors de la phase présenteielle du procès pénal, à ces finalités indissociables que sont l'impartialité de la procédure, l'égalité des justiciables devant la loi et le souci de la manifestation de la vérité »³⁶⁴. Les unes après les autres, les mutations envisagées ont démontré qu'elles n'accordent finalement que peu de crédit à l'impartialité du juge de l'enquête. C'est pourtant précisément ici que le juge d'instruction manque à son identité, ce qui devrait conduire le législateur à la restaurer.

³⁶² Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, *op. cit.*, p. 11.

³⁶³ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

³⁶⁴ V. SIZAIRE, « Quel modèle pour l'instruction ? », in Dossier « Le rapport Léger : analyse des propositions », *AJ pén.* 2009 p. 388.

Au contraire, les commissions chargées de réfléchir à son devenir s'empressent de le remplacer par un magistrat bien plus partial encore, puisque le procureur de la République est autorité de poursuite. Avec un résultat moins satisfaisant même, puisqu'il n'est pas indépendant. Peu soucieux d'évacuer tout soupçon de partialité du procès pénal, comme le réclame à grand bruit la Cour européenne des droits de l'homme, l'esprit réformateur se contente d'évincer le juge du siège de la direction de l'enquête, en le subordonnant au contrôle des actes du parquet. Le juge d'instruction disparaît, mais l'identité souhaitée ne renaît pas, au regard de celle revêtue par son remplaçant. Le législateur ne semble pas davantage préoccupé par l'égalité des justiciables devant la loi, puisqu'il tente d'attribuer le rôle-titre à celui qui exécute les orientations politiques du gouvernement, par sa subordination au garde des Sceaux. La loi est déjà à l'origine d'un curieux mélange des genres, pour reprendre l'expression utilisée par un auteur, lorsqu'elle déclare, à l'article 30 du Code de procédure pénale : « Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales »³⁶⁵. Cette politique publique, au lieu de faire écho à l'architecture criminelle générale, se réduit ici à l'engagement, ou non, des poursuites pénales. Mais dans une telle spirale, le parquet n'est que l'exécutant des pouvoirs publics, son défaut d'indépendance ne lui conférant pas l'autonomie nécessaire pour s'opposer aux instructions données. Lui attribuer l'entière direction de l'enquête pénale revient à laisser au gouvernement toute latitude, non seulement pour trier les affaires soumises à la justice, mais encore par la suite, pour en orienter le devenir judiciaire. Dès lors, il semble impossible d'assurer l'égalité entre les citoyens, l'accès à la justice étant minutieusement régenté par l'État et hors de contrôle du juge du siège. Que reste-t-il donc après un tel décompte ? La manifestation de la vérité, à elle seule. Cela revient donc à faire de la phase préparatoire du procès pénal une zone d'exclusion du procès équitable, au nom de l'impératif de vérité. Le rôle intermittent confié au juge du siège, quel que soit son nom, dans chacune de ces propositions, ne réalise aucunement un contrepoids aux pouvoirs du parquet. La cacophonie est à son comble lorsqu'il est demandé à ce dernier d'instruire « à charge et à décharge », alors qu'il s'agit précisément d'une partie et non d'un tiers impartial.

³⁶⁵ Issu de l'article 63 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Lire à ce sujet les développements formulés par Gilles LUCAZEAU : « Instruction - L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* n° 10, oct. 2009, dossier 5.

Tout en niant la capacité du juge d’instruction de rester impartial, alors qu’il est un juge indépendant, il faudrait la reconnaître au parquet, magistrat pourtant tributaire des volontés gouvernementales. Il y a de quoi s’y perdre, et douter de l’impartialité du législateur lui-même ! La question n’est d’ailleurs même pas celle-ci, tant il importe de garantir une apparence d’impartialité objective, au-delà de sa réalité subjective. En lieu et place, les mutations identitaires censées transformer le juge de l’enquête ne font que renforcer la déviance : « Pour sauvegarder l'apparence d'impartialité de l'enquête, on y fait entrer un juge par une porte latérale, doté de pouvoirs plus théoriques que réels, en y ajoutant le risque d'une confusion des rôles. Et cela pour supprimer un juge d'instruction atteint de partialité, alors que ce juge est exclusivement affecté à l'instruction d'une affaire qu'il n'a pas à juger, quels que soient par ailleurs ses pouvoirs d'investigation »³⁶⁶.

Paragraphe II – Une identité isolée

151. Le législateur, sans doute échaudé par les vagues de réformes successives qui ne sont jamais parvenues à supprimer la fonction, semble ces dernières années faire le constat de sa nécessité. La procédure pénale reste dotée d’un magistrat instructeur aux pouvoirs importants, que le législateur a tenté de légitimer par la voie de la collégialité (A). Au final, des circonstances – certainement indépendantes – de la volonté législative, ont commué cette tentative en un simple commencement d’exécution (B). Longtemps affirmée, cette collégialisation de l’instruction est systématiquement abandonnée, selon les bons mots de MM. Guinchard et Buisson, lesquels avaient prédit qu’elle ne serait jamais mise en œuvre³⁶⁷.

A) Un projet ambitieux : la collégialité

152. « Nombre des dysfonctionnements relevés tiennent à la solitude du juge, qu’il s’agisse du juge d’instruction ou du juge des libertés et de la détention, à cet isolement qui mène à la défaillance de la prise en considération de la contradiction dans le processus d’élaboration de la décision juridictionnelle » selon les conclusions du

³⁶⁶ G. LUCAZEAU : « Instruction - L’action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *op. cit.*

³⁶⁷ J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1040, n° 1842.

rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement³⁶⁸. La bande annonce réjouissante livrée dans la tourmente a malheureusement été coupée au montage, de sorte que la collégialité promise (1) n'était pas la collégialité retenue (2).

1. Collégialité et mots politiques

153. Une promesse de campagne - Si l'union fait la force, comme le laisse entendre le proverbe, le regroupement est-il la dernière chance du juge d'instruction ? La loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale³⁶⁹ semble poursuivre une telle idée, puisqu'elle renforce d'une part le système de la cosaisine des juges d'instruction et prévoit d'autre part la mise en place de pôles de l'instruction, étapes transitoires avant la collégialité. Directement issue des recommandations émises par la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement³⁷⁰, le vœu du législateur de 2007 fait l'objet jusqu'à présent de reports incessants, de sorte que la réforme demeure lettre morte.

154. Il faut d'ailleurs remarquer que l'initiative n'est pas nouvelle puisque la loi du 10 décembre 1985³⁷¹, portant réforme de la procédure d'instruction allait déjà en ce sens. Chaque tribunal de grande instance se voyait alors doté d'une ou plusieurs chambres collégiales d'instruction composées de trois magistrats du siège titulaires, dont deux au moins étaient juges d'instruction. Néanmoins, pour des raisons budgétaires, la loi du 30 décembre 1987 a très vite mis un terme à cette réforme portée par M. Robert Badinter, dont l'entrée en vigueur était prévue pour le 1er mars 1988³⁷². Ce principe, introduit par la loi du 5 juin 1875, a également été relancé par la loi du 4

³⁶⁸ A. VALLINI et P. HOUILLON, « Au nom du peuple français, juger après Outreau », Rapport n° 3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 2006, *op. cit.*

³⁶⁹ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

³⁷⁰ « Au nom du peuple français, juger après Outreau », Rapport n° 3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 2006, *op. cit.*

³⁷¹ Loi n°85-1303 du 10 décembre 1985 portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale.

³⁷² H. MATSOPOULOU, *Droit pén.* n° 4, Avril 2007, étude 5, « Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 ! » - Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

janvier 1993, celle du 15 juin 2000 et enfin celle du 24 novembre 2009 et revient de manière récurrente à chaque crise, de telle façon que le Sénat évoque à son sujet un véritable « serpent de mer »³⁷³.

155. Il est impossible de donner tort à nos sénateurs, tant la collégialité ressemble à ces reptiles lorsqu'ils sont placés en dehors de leur milieu aquatique : venimeuse dans son principe, il est rare que sa morsure produise des effets. La collégialité rampe donc fastidieusement sur terre, mais sans jamais atteindre la mer. Reproduisant le serpent perpétuel, l'article 30 de la loi du 5 mars 2007 avait précisé que les nouvelles dispositions concernant la cosaisine devaient entrer en vigueur à la date fixée par le décret prévu par l'article 52-1 du Code de procédure pénale, et au plus tard le premier jour du douzième mois suivant la publication de la présente loi (*art. 30-III*). Les pôles de l'instruction devaient être institués, quant à eux, dans les ressorts d'une ou plusieurs cours d'appel ou parties de ces ressorts, par décret avant l'expiration de ce délai. Ces mesures étaient concrétisées par le décret du 16 janvier 2008³⁷⁴ qui fixait leur avènement au 1^{er} mars 2008. Annulé par une décision du Conseil d'État du 19 décembre 2008³⁷⁵, il fut remplacé par le décret du 22 mars 2009 venant donc régulariser l'existence de ces nouveaux pôles³⁷⁶. Aussi, la loi du 5 mars 2007 avait opté pour une collégialité systématique de l'instruction : dans toutes les informations judiciaires et pour les principaux actes de l'instruction, le juge d'instruction devait être remplacé par un collège de l'instruction, composé de trois magistrats.

156. Une révision à la baisse - Initialement prévue pour une mise en œuvre au 1^{er} janvier 2010, la collégialité de l'instruction a vu reculer son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017. Le lancement de la réforme a été reporté à quatre reprises, par la loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009³⁷⁷, par l'article 163 de la loi de finances pour 2011³⁷⁸, par l'article 129 de la loi de finances pour 2014³⁷⁹ et enfin

³⁷³ Rapport général n° 108 (2014-2015) de M. Antoine LEFÈVRE, fait au nom de la commission des finances, déposé le 20 novembre 2014, (disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/114-108-318/114-108-318.html>).

³⁷⁴ Décret n° 2008-54 du 16 janvier 2008 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif aux pôles de l'instruction.

³⁷⁵ CE - Section du contentieux, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 19 déc. 2008, n° 312553.

³⁷⁶ Décret n° 2009-313 du 20 mars 2009 fixant la liste des pôles de l'instruction.

³⁷⁷ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

³⁷⁸ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

³⁷⁹ Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014.

par l'article 98 de la loi de finances pour 2015³⁸⁰. Ce nouveau délai est intervenu dans l'attente de l'inscription à l'ordre du jour des travaux de l'Assemblée nationale du projet de loi, déposé par le Gouvernement le 24 juillet 2013, relatif à la collégialité de l'instruction.

157. Cependant, il est notable que ce projet de loi s'est à nouveau défaussé des grandes ambitions du législateur de 2007 en ce qu'il ne prévoit une collégialité de l'instruction qu'à la demande des parties ou des magistrats, lorsque ces derniers l'estimeront nécessaire, celle-ci ne portant d'ailleurs que sur les phases les plus importantes de l'instruction. À cet égard, le communiqué de presse du Conseil des ministres du 24 juillet 2013 est éloquent : « La garde des sceaux, ministre de la justice a présenté un projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction. La loi du 5 mars 2007, qui avait retenu le principe d'une collégialité systématique de l'instruction, quelles que soient les caractéristiques de l'affaire, a vu son entrée en vigueur reportée à plusieurs reprises. Un tel choix, du fait de son caractère systématique, risquerait d'alourdir inutilement la procédure et poserait en outre un problème de moyens, plus de trois cents postes de magistrats faisant alors défaut. Aussi le projet de loi retient-il une formule plus souple et réaliste. La collégialité interviendra, de plein droit, à la demande des parties ou des magistrats, et portera sur les seules phases de l'instruction justifiant effectivement qu'une décision soit prise par un collège de trois juges. Cela concerne notamment les demandes d'acte ou d'expertise, le respect du calendrier prévisionnel de l'instruction ou le règlement de l'information. Afin de renforcer les droits des parties, le projet permet à la personne mise en examen de demander le statut de témoin assisté dans les dix jours de sa mise en examen et non plus seulement après un délai de six mois. L'ordonnance statuant sur cette demande pourra être prise par la collégialité de l'instruction. La composition du collège sera fixée lors de sa première saisine, et sera identique pour toute la durée de la procédure. Le juge d'instruction en charge de la procédure sera le président du collège, et sera assisté de deux assesseurs, également juges d'instruction. En cas de cosaisine, les juges cosaisins seront membres du collège. En cas d'impossibilité, l'un des membres du collège pourra être un juge n'ayant pas la qualité de juge d'instruction. Cette réforme, dont l'entrée en vigueur est fixée au 1er septembre 2014, implique, comme c'était le cas de la loi du 5 mars 2007,

³⁸⁰ Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015.

que les juges d’instruction soient regroupés dans les tribunaux de grande instance dans lesquels il existe un pôle de l’instruction. De nouveaux pôles de l’instruction seront créés, dans le cadre de la mise en œuvre de cette loi, lorsque l’activité pénale de la juridiction le justifiera. Le projet de loi met ainsi en place, d’une façon cohérente, réaliste et équilibrée, une collégialité de l’instruction qui permettra à l’institution judiciaire de traiter les affaires pénales les plus graves et les plus complexes d’une manière tout à la fois plus efficace et plus respectueuse des droits de la défense et de la présomption d’innocence »³⁸¹. Cohérente, réaliste et équilibrée : le gouvernement récite ici un mantra idéal pour vider de sa substance la collégialité de l’instruction.

158. Une collégialité édulcorée - Nécessitant la création de plus de trois cents postes de juges d’instruction, avec un budget judiciaire perpétuellement exsangue, la réforme initiale est donc abandonnée en juin 2013. Comme cela vient d’être évoqué, le Gouvernement présente dès le 24 juillet 2013 un projet de loi relatif à la collégialité de l’instruction, avec une entrée en vigueur prévue pour le 1^{er} septembre 2014³⁸². En lieu et place d’une collégialité systématique et obligatoire, le nouveau projet « institue une collégialité de l’instruction qui n’interviendra qu’à la demande des parties ou des magistrats, lorsque ces derniers l’estimeront nécessaire, et qui ne portera que sur les phases de l’instruction justifiant effectivement qu’une décision soit prise par un collège de trois juges. »³⁸³. Ici, la collégialité perd de sa superbe et devient clairement opportuniste en ce qu’elle est limitée par un double obstacle : à la fois dépendante de l’initiative des parties ou des magistrats, elle est en outre restreinte à certaines phases de l’enquête. Or, cette perte de substance est significative, la réforme se réduisant à une collégialité de circonstance. Elle vient également renforcer la cosaisine, ce qui ne rassure pas vraiment quant à son incapacité à prévenir les abus maintes fois dénoncés.

159. Cette réforme conserve le regroupement des juges d’instruction dans les pôles nouvellement créés dans certains tribunaux de grande instance et le trio de juges composant le collège. Mais au lieu d’être automatique, la saisine du collège de l’instruction est sollicitée par le juge d’instruction initialement chargé de l’affaire, les

³⁸¹ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 24 juillet 2013, (disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000027750591&type=general>).

³⁸² Projet de loi n°1323 relatif à la collégialité de l’instruction.

³⁸³ Exposé des motifs du projet de loi n°1323 relatif à la collégialité de l’instruction, 24 juillet 2013.

parties ou le procureur de la République et ne peut porter que sur des actes ouvrant droit à la formation plurielle. Le projet prend d'ailleurs grand soin de préciser qu'elle ne peut jamais porter sur l'intégralité de la procédure. Ainsi, les compétences du collège s'attachent au traitement des actes qui font suite à une demande du mis en examen voulant être témoin assisté, aux demandes d'actes ou d'expertises, aux demandes relatives au respect du calendrier prévisionnel de l'information, aux demandes des parties déposées avant le règlement de l'information et au règlement de l'information lui-même. Toute décision du collège peut faire l'objet d'un recours.

160. Cependant, ce nouveau chapitre du roman de la collégialisation ne sera lui non plus jamais écrit, il est à son tour laissé de côté, le 18 mai 2016. Serpent de mer, toujours, la collégialité reste un mythe pour le juge d'instruction.

2. Collégialité et maux politiques

161. Une nouvelle faillite - Énième volte-face dans l'instauration de cette réforme, la collégialité « *à la carte* » soutenue par le projet de loi, a discrètement été ensevelie par un amendement à la loi de modernisation de la justice parlementaire, le 18 mai 2016. En effet, alors même que le Garde des Sceaux, Jean-Jacques Urvoas, était partisan de cette collégialité en demi-teinte portée par sa prédécesseure³⁸⁴, il est revenu sur ses pas. Ainsi, dans le cadre de l'examen du projet de loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, au cours de la première lecture et lors de la deuxième séance du 18 mai 2014, un amendement à l'article 14bis³⁸⁵ a été déposé par le Président de la commission des lois, Dominique Raimbourg³⁸⁶, visant à supprimer les dispositions relatives à la collégialité.

162. Un obstacle théorique - La lecture des travaux parlementaires est très instructive quant aux motivations de ce retour en arrière. Le député invoque d'abord un argument tiré de l'absence de résultats probants de la collégialité au regard de celle

³⁸⁴ Le projet de loi n°1323 relatif à la collégialité de l'instruction a été déposé à l'Assemblée Nationale par Christiane Taubira le 24 juillet 2013 mais n'a jamais été examiné.

³⁸⁵ Amendement n° 392 à l'article 14bis du projet de loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, voir le rapport n°3726 Tome I sur le projet de loi adopté par le Sénat (disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3726-tI.asp>).

³⁸⁶ Député de la quatrième section de la Loire-Atlantique et Président de la commission des lois.

qui préside le fonctionnement de la chambre de l’instruction : « La mise en œuvre de la mesure a toutefois été repoussée à de nombreuses reprises, au point qu’on en est venu à se demander si elle était vraiment justifiée. En outre, l’examen de l’affaire d’Outreau a permis de constater que la collégialité en vigueur au niveau de la chambre de l’instruction n’avait pas mieux fonctionné : ce type de réponse ne paraît pas une bonne solution. Par ailleurs, il existe toujours la possibilité d’une cosaisine des juges d’instruction ». Il préconise ainsi la cosaisine, pourtant bien moins convaincante. L’idée que la collégialité de la juridiction d’instruction du second degré n’est pas parvenue à atténuer le cataclysme de l’affaire d’Outreau, et en cela, représente la preuve de son manque d’efficacité, cède à la facilité. Il est évident que la procédure menée par le juge d’instruction ne peut être entièrement « lavée » de ses vices en appel. Personne n’a le pouvoir d’effacer un comportement abusif du juge d’instruction et l’ensemble des conséquences liées, pas même la cour d’appel. Aussi, les procédés d’intimidation dénoncés par ceux et celles qui ont subi les foudres du juge Fabrice Burgaud³⁸⁷ ne pouvaient en aucun cas être réparés par les magistrats de la chambre de l’instruction, fussent-ils la meilleure institution collégiale du corps judiciaire ! Dans cette affaire, c’est le placement en détention provisoire de la plupart des accusés, et ce, pendant des mois, alors qu’ils ont tous été acquittés par la suite, qui a suscité la plus vive indignation à l’égard du pouvoir du magistrat instructeur.

163. La chambre de l’instruction aurait en effet pu y mettre un terme. Or, plusieurs paramètres sont à prendre en compte avant d’en tirer des conclusions trop hâtives. En premier lieu, il faut remarquer le faible nombre d’appel des ordonnances du juge d’instruction à l’initiative des personnes mises en examen³⁸⁸, ce qui n’est pas étonnant compte tenu de l’attitude autoritaire du juge d’instruction qui pouvait leur laisser croire à sa toute-puissance. Ensuite, il est indispensable de mentionner le rôle du Président de la chambre de l’instruction, qui exerce un filtre quant à la saisine de la juridiction. L’article 186-1 alinéa 3 du code de procédure pénale lui confère la décision de saisir ou non l’instance collégiale, son ordonnance étant de surcroît insusceptible de recours. Par conséquent, et comme le souligne le rapport établi par l’Inspection générale des services judiciaires, tous les appels n’ont pas été examinés par la chambre de

³⁸⁷ Fabrice BURGAUD est un magistrat français connu pour avoir instruit l’affaire d’Outreau.

³⁸⁸ Rapport sur les conditions du traitement judiciaire de l’affaire dite d’Outreau, réalisé par l’Inspection générale des services judiciaires, la documentation française, juin 2006, p. 84.

l’instruction³⁸⁹. Sur ce point, alors que le Président estime avoir réalisé un usage très mesuré de ce filtre, une partie des avocats des mis en examen lui oppose un usage excessif. Les trois cas de refus de saisir la chambre sont motivés par une position commune à celle du juge d’instruction : « Indiscutablement, la première a eu une incidence importante sur le cours de l’information. En adoptant les motifs, qualifiés de « très pertinents, par lesquels le juge d’instruction avait refusé la confrontation demandée avec certains enfants, le président a en effet conforté la position de ce magistrat, opposé à toute confrontation entre adultes et mineurs, position aujourd’hui critiquée »³⁹⁰. Il est à noter ici l’avis déterminant du juge d’instruction lors de l’information, qui influence indéniablement toute la procédure ultérieure. L’ordonnance de règlement confirme encore cette intuition en mettant en exergue l’absence de volonté de désavouer le juge d’instruction. Multiplier les regards secondaires sur l’information judiciaire ne peut suffire à la protéger de l’arbitraire. Le premier intervenant est crucial et une appréciation faussée dès l’origine peut contaminer tout le reste de l’enquête. C’est pourquoi, la collégialité de la chambre de l’instruction ne peut pas faire office de mètre étalon sans une étude réaliste des conditions de sa mise en œuvre. Alors que la formation collégiale n’a eu qu’un pouvoir relatif sur les débordements réalisés par le juge d’instruction, l’implication d’autres magistrats d’instruction dès le début de l’information judiciaire aurait pu être salvatrice.

164. Des difficultés pratiques - Dans les mêmes travaux parlementaires, Dominique Raimbourg avance un second argument, plus pragmatique : « Chaque fois qu’il a été question d’instituer la collégialité de l’instruction, celle-ci s’est heurtée à un obstacle qui s’est révélé très important : il aurait fallu supprimer des juridictions d’instruction dans plus de 70 tribunaux de grande instance et dans plus de 20 départements. Eu égard aux considérations d’aménagement du territoire, de présence du service public de la justice dans les territoires, il semble plus avisé de revenir à la situation antérieure, en précisant tout de même que, dans les affaires les plus compliquées, il est toujours possible de procéder à une co-saisine ». En effet, la mise en place de la collégialité implique le regroupement des magistrats dans les tribunaux bénéficiant d’un pôle de

³⁸⁹ Rapport sur les conditions du traitement judiciaire de l’affaire dite d’Outreau, *op. cit.*, p. 83.

³⁹⁰ Rapport sur les conditions du traitement judiciaire de l’affaire dite d’Outreau, *op. cit.*, p. 85.

l'instruction et la suppression des postes isolés. La perte de cette juridiction d'instruction peut rendre compliqué l'accès à la justice pénale par les justiciables, qui devront parfois réaliser des déplacements importants dans le cadre d'une information judiciaire, le pôle de l'instruction compétent se trouvant à des kilomètres de leur résidence. Cette justification n'est pas anodine tant l'exercice d'une justice accessible peut être altérée par la distance de son siège. Néanmoins, un pourcentage résiduel des affaires pénales nécessite une instruction préparatoire et il pourrait être envisageable de déplacer temporairement le pôle de l'instruction compétent dans le tribunal le plus proche des lieux d'investigation pendant la durée de l'information judiciaire. Quant à la cosaisine invoquée en remplacement par le député, elle n'est en réalité qu'un soin palliatif. Certes, il est toujours possible de recourir à la saisine de plusieurs juges d'instruction si l'affaire est complexe, mais possible n'est pas synonyme d'obligatoire ! Et la nuance est de taille. C'est l'article 83-1 alinéa 1 du code de procédure pénale qui prévoit que : « lorsque la gravité ou la complexité de l'affaire le justifie, l'information peut faire l'objet d'une cosaisine », en précisant les modalités aux alinéas suivants. Ainsi : « Le président du tribunal de grande instance dans lequel il existe un pôle de l'instruction ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace désigne, dès l'ouverture de l'information, d'office ou si le procureur de la République le requiert dans son réquisitoire introductif, un ou plusieurs juges d'instruction pour être adjoints au juge d'instruction chargé de l'information. Le président du tribunal de grande instance peut désigner un ou plusieurs juges d'instruction cosaisins soit à la demande du juge chargé de l'information, soit, si ce juge donne son accord, d'office ou sur réquisition du ministère public ou sur requête des parties déposée conformément aux dispositions de l'avant-dernier alinéa de l'article 81 ». La lecture de cet article confirme bien qu'il s'agit d'une simple faculté à la discrétion du Président du tribunal de grande instance et non une nouvelle organisation du travail judiciaire au sein de l'instruction. Nous sommes bien loin des promesses de réforme structurelle de 2007.

165. En outre, le député est rejoint, contre toute attente, par le Garde des Sceaux qui confirme : « Partant du constat que nous n'avons pas eu les moyens, depuis 2007, de dégager les 300 postes permettant de mettre en œuvre la collégialité de l'instruction, le Gouvernement avait proposé, dans un projet de loi déposé en 2013, de restreindre la collégialité à un certain nombre de cas. La commission avait suivi le Gouvernement et je l'en avais remerciée, mais j'avais aussi dit la disponibilité du Gouvernement pour

aller plus loin. Il est en effet judicieux, je crois, de tenir compte non seulement du nombre de juridictions qui seraient amenées à perdre des juges d'instruction mais aussi de l'évolution du droit depuis 2007 : il ne paraît plus aussi urgent qu'alors de mettre en place le mécanisme de la collégialité »³⁹¹. Cette dernière phrase laisse songeur : évacuer la collégialité avec une formule assez vague pour englober une décennie de réformes ne permet pas d'apporter une explication suffisante à cet abandon. L'urgence n'est plus caractérisée, la collégialité sommeille donc dans les limbes, avec un probable réveil lors du prochain tsunami judiciaire.

166. L'absence de volonté politique - Argument politique par excellence, la collégialisation de l'instruction refait surface à chaque crise de confiance de l'institution. Or, même vendue au rabais, elle n'arrive jamais jusqu'aux caisses de l'État, chaque fois vandalisées par des réformes prioritaires. Le corps politique ne se prive pas d'utiliser la manœuvre fort à propos, comme le montrent les déclarations contradictoires qui jalonnent le chemin de croix des réformes en ce sens. L'argument le plus pragmatique reste le plus convaincant, à savoir le manque de moyens de l'État : « L'instauration d'une collégialité de l'instruction avait auparavant été votée à trois reprises, en 1985, 1987 et 1993, mais toutes ces réformes ont été abrogées pour les mêmes raisons d'un manque de moyens suffisants. Les dispositions issues de la loi du 5 mars 2007 soulèvent d'importantes difficultés. Leur caractère systématique et obligatoire exigeait la création de plus de trois cents postes de juges d'instruction »³⁹². Faut-il en déduire que les parlementaires qui votent cette mesure n'ont aucun sens des réalités pratiques ? Ne bénéficient-ils d'aucune information sur les comptes étatiques ? Espèrent-ils recevoir les fonds de généreux donateurs mus par une compassion soudaine à l'égard du juge d'instruction ? Le mystère reste entier, mais il est raisonnable de penser que les réformes successives ne sont que des écrans de fumée destinés à amadouer l'opinion publique, tant il n'est pas envisageable de croire en une telle naïveté de la part de nos représentants. Si le budget de la justice est restreint, il doit conduire à établir des priorités. Il faut simplement reconnaître que la collégialité n'en est pas une pour nos dirigeants.

³⁹¹ Assemblée nationale, XIV^e législature, Session ordinaire de 2015-2016, Compte rendu intégral, deuxième séance du mercredi 18 mai 2016, JORF, Année 2016. – N° 50 [2] A.N. (C.R.).

³⁹² Exposé des motifs du projet de loi n°1323 relatif à la collégialité de l'instruction.

167. Le désaveu politique est également évident avec l'obstacle mis en avant lors du renoncement à la collégialité systématique au profit d'une collégialité occasionnelle : « Les dispositions issues de la loi du 5 mars 2007 [...] impliquaient la disparition totale de l'instruction dans les soixante-douze tribunaux de grande instance ne comportant pas un pôle de l'instruction, éloignant ainsi les juges de leurs justiciables »³⁹³. L'argument est d'ailleurs repris par le député Alain Tourret lors de l'abandon pur et simple de toute collégialité, aussi parcellaire soit elle : « si, à trois reprises depuis 1985, je crois, on a dû y renoncer, c'est qu'il y avait une raison fondamentale : l'insuffisance du nombre de magistrats pour mettre en œuvre la collégialité. Celle-ci a entraîné de nombreuses décisions lourdes de conséquences sur la structure des tribunaux, en particulier de tous ces petits tribunaux où il est tellement important de rendre la justice, parce que celle-ci constitue un facteur d'équilibre et un élément de proximité et qu'elle participe de la vie du territoire. L'existence de tous ces tribunaux était mise en cause du seul fait qu'on organisait la collégialité alors qu'on était dans l'impossibilité d'y faire face en termes d'effectifs »³⁹⁴. La question de l'accès à la justice est en effet une exigence impérieuse et la suppression de l'instruction dans près de la moitié des tribunaux de grande instance n'est pas sans répercussion sur la qualité de la justice pénale, qui dépend aussi de la proximité entre le juge et les citoyens. Mais cette conséquence était prévisible dès l'avènement de la réforme et il était possible de réfléchir à des aménagements structurels. Peu d'affaires donnent lieu à l'ouverture d'une information judiciaire et ce chiffre est en constante diminution : 43 675 instructions en 1997, 36 398 en 2001, 35 202 en 2003, 23 317 en 2008 et 17 340 affaires en 2018³⁹⁵. Par conséquent, la mobilité des pôles de l'instruction, comme cela a été évoqué en amont, aurait pu être une compensation à la disparition de la juridiction à de nombreux endroits.

168. Au demeurant, quel gain de légitimité pour le juge d'instruction ? Loin de la profession de foi originelle, ne devrait-on pas conclure à l'échec de la tentative, puisqu'elle se résume aujourd'hui à des actes préparatoires.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ Propos tenus par le député Alain Tourret le 18 mai 2016 lors des débats parlementaires relatifs au projet de loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, au sujet de l'amendement à l'article 14bis visant à revenir sur la collégialité de l'instruction.

³⁹⁵ *Les chiffres clés de la Justice* 2019, Ministère de la Justice.

B) Une réalité modeste : la pluralité

169. Feu la collégialité, l'institution devra se contenter d'une pluralité. Au-delà des atermoiements politiques, il ne faut pas souffrir une trop grande perte : la cosaisine est un moindre mal (1) face à la mouture abandonnée, qui n'était qu'un brouillon de la grande réforme attendue (2).

1. L'abandon de la collégialité

170. **Un manque de cohésion** - Les ambitions portées par les rédacteurs du texte de 2007 étaient clairement proportionnelles à la déstabilisation de l'institution judiciaire provoquée par l'affaire d'Outreau. Des collègues de l'instruction, composés de trois juges choisis par le Président de la chambre de l'instruction, se voyaient confier une prise de décision conjointe pour les mesures les plus sensibles. Ainsi, alors que les actes d'administration de la preuve et le placement sous le statut de témoin assisté, pouvaient être validés par l'un des trois juges du collège, ces derniers devaient impérativement agir de concert pour la mise en examen, le contrôle judiciaire, la saisine du juge des libertés et de la détention, la mise en liberté d'office, les avis de fin d'information et la prise des ordonnances de règlement. Un auteur remarque à juste titre le manque de cohésion dans ce choix des mesures soumises à une appréciation plurielle : « Le découpage ainsi opéré paraît toutefois assez arbitraire. Pourquoi imposer une décision collégiale pour la remise en liberté et non pour la mainlevée du contrôle judiciaire ? Pourquoi obliger le collège à émettre l'avis de fin d'information et à prendre l'ordonnance de règlement et laisser un juge seul répondre à la demande de clôture de l'information présentée par une partie privée ou le témoin assisté (art. 175-1 du Code de procédure pénale) ? Pourquoi exiger une décision du collège pour le règlement de la procédure et non pour l'ouverture de l'information (hypothèse du refus d'informer) ? »³⁹⁶.

171. Madame le Professeur Leblois-Happe dénonce encore davantage le paradoxe résultant du fait que la mesure la plus attentatoire aux libertés individuelles, le placement et le maintien en détention provisoire, n'est pas confiée au collège de

³⁹⁶ J. LEBLOIS-HAPPE, « Quelle collégialité pour l'instruction en 2010 ? », *AJ pén.* 2008, p. 363.

l'instruction mais demeure la décision d'un juge unique. En effet, si le collège de trois juges est tout de même à l'origine de la saisine du juge des libertés et de la détention, l'article 137-4 alinéa 2 du code de procédure pénale perdure. Or, ce dernier permet au procureur de la République de saisir directement le juge des libertés et de la détention d'une telle demande en matière criminelle et correctionnelle, lorsqu'au moins dix années d'emprisonnement sont encourues. Cependant, il est possible ici d'objecter qu'il existe précisément une différence entre la fonction de juge d'instruction et celle de juge des libertés et de la détention, le second ne souffrant pas des maux du premier ! Plus clairement, le juge des libertés et de la détention n'exerce pas le rôle d'enquêteur, ce qui le dispense des soupçons qui pèsent sur un juge d'instruction pouvant utiliser la privation de liberté pour des raisons moins objectives, comme la volonté d'orienter les investigations dans un sens favorable à son cheminement. Le juge des libertés et de la détention apporte un regard neuf sur les actes alors que le juge d'instruction doit compenser son imprégnation des faits par la collégialité.

172. Une collégialité de façade - Fait intéressant, on retrouvait dans cette collégialité systématique le juge coordonnateur, un magistrat de premier grade³⁹⁷ chargé de diligenter les investigations. Malgré la restructuration promise, il était donc à craindre qu'elle soit surtout de surface et que la collégialité souhaitée ne corresponde pas à la mutualisation des échanges mais à une simple addition des représentants.

173. Le député Alain Tourret soulève un point qui reflète sans doute les raisons profondes de l'échec permanent rencontré par la collégialisation de l'instruction : « à l'époque, sous la pression de l'opinion publique, on a cru que la collégialité était la solution de tout, ce qui constituait une erreur complète. Pour ma part, je n'ai jamais cru profondément en la collégialité, parce que, dans les faits, quand des magistrats instruisent collégalement, il y en a toujours un qui finalement étudie le dossier et décide : il prend certes l'avis des autres, mais c'est généralement une fausse collégialité qui est organisée »³⁹⁸. Comment contredire une telle assertion après une étude attentive de la loi du 5 mars 2007 ou du projet de loi de 2013 ? Les deux textes maintiennent un

³⁹⁷ Magistrat expérimenté, ayant au moins sept années d'exercice.

³⁹⁸ Propos tenus par le député Alain Tourret le 18 mai 2016 lors des débats parlementaires relatifs au projet de loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, au sujet de l'amendement à l'article 14bis visant à revenir sur la collégialité de l'instruction.

juge d'instruction aux pouvoirs concentrés, entouré d'une équipe plus formelle que fonctionnelle. Le juge coordonnateur ne se limite pas au rôle d'orienteur averti des investigations mais détient une véritable suprématie. Or, ajouter n'est pas partager. Il est indispensable que la collégialité soit synonyme d'une symbiose, le collègue ainsi formé doit favoriser la fraternité et non générer des rivalités. Il n'est pas acceptable que le magistrat instructeur initialement saisi, ou le juge d'instruction de premier grade au sein de la formation collégiale, conserve des prérogatives exclusives sur des actes ou des phases de l'instruction qui peuvent avoir une incidence sur la suite de la procédure. Les risques de reproduire ainsi les mêmes écueils sont élevés. En effet, comment protéger les justiciables du pouvoir abusif d'un juge d'instruction si les deux magistrats qui l'entourent ne disposent d'aucun moyen – ou presque – de s'opposer à ses décisions ? Nombreux sont ceux qui partagent ce scepticisme à l'égard d'une collégialité de façade. Mais, au lieu d'y renoncer purement et simplement, n'est-il pas préférable de se donner la peine de concéder une véritable instance collégiale à l'institution ?

174. Certains estiment enfin que : « Ce n'est pas le nombre de « regards » qui importe mais la distance avec l'enquête »³⁹⁹. Or, une instance collégiale de l'instruction ne serait pas disposée à davantage de garanties. La collégialité envisagée au sein de l'enquête ne reviendrait qu'à superposer trois appréciations convergentes dans le meilleur des cas, les deux juges adjoints étant perçus comme de simples chambres d'enregistrement. Pour éviter cela, précisément, il faut affranchir les deux juges adjoints de la tutelle du coordinateur et prévoir un recours à la majorité en cas de désaccord, comme c'est le cas habituellement en matière de collégialité.

175. À l'origine, le renforcement des regards croisés au sein de l'instruction préparatoire s'analysait sous deux angles : celui de la mise en place de 91 pôles compétents pour instruire les affaires les plus graves avec une cosaisine des juges dans les pôles, mais également celui d'une instruction collégiale intervenant pour les décisions les plus importantes. La pluralité irriguait donc non seulement les investigations portant sur les infractions aux peines les plus élevées mais aussi, et ce, même pour des infractions moins lourdes, toutes les décisions les plus sensibles.

³⁹⁹ C. GUERY, « J'instruais, tu instruais... Nous instruisons », *AJ pén.* 2006, p. 340.

L'objectif était clairement affiché par la commission d'enquête parlementaire précitée, qui estimait que « la collégialité doit être comprise comme la volonté d'instituer le plus en amont possible de la procédure pénale un travail d'équipe, pour faire échec le plus tôt possible à tout risque d'erreur ». Dix ans après, il faut constater que le travail d'équipe se limitera à la cosaisine au sein des pôles de l'instruction.

2. Le maintien de la cosaisine

176. Une pluralité partielle - Les pôles de l'instruction sont prévus par l'article 52-1 du code de procédure pénale : « Dans certains tribunaux de grande instance, les juges d'instruction sont regroupés au sein d'un pôle de l'instruction ». Une première remarque s'impose immédiatement : tous les tribunaux ne sont pas concernés. Ainsi, suivant les cas, certains tribunaux sont composés d'au moins deux juges d'instruction, qui constituent un pôle, tandis que d'autres conservent un seul juge d'instruction. La mesure n'est donc pas systématique, la pluralité n'est pas la règle. Le décret du 20 mars 2009⁴⁰⁰ a fixé une liste de 91 tribunaux hébergeant un pôle à l'article D. 15-4-4 du code de procédure pénale. Par conséquent, sur les 164 tribunaux de grande instance⁴⁰¹ recensés en 2015, un peu moins de la moitié est dépourvue de pôle et se contente d'un juge unique.

177. En revanche, si la généralisation de la pluralité n'est pas parfaite, il est certain qu'elle bénéficie d'un poids plus important. Ainsi, depuis le 1er mars 2008, date de l'entrée en vigueur des pôles de l'instruction, ces derniers sont seuls compétents en matière criminelle, comme le confirme l'alinéa 2 de l'article 52-1 du code de procédure pénale : « Les juges d'instruction composant un pôle de l'instruction sont seuls compétents pour connaître des informations en matière de crime ». L'alinéa 3 ajoute : « Ils sont également seuls compétents pour connaître des informations donnant lieu à une cosaisine conformément aux articles 83-1 et 83-2 ». Pour savoir quelles informations sont concernées, il faut se reporter à l'article 83-1 alinéa 1 du code de procédure pénale qui invoque la gravité ou la complexité de l'affaire. Les pôles de

⁴⁰⁰ Décret n° 2009-313 du 20 mars 2009 fixant la liste des pôles de l'instruction.

⁴⁰¹ Les chiffres clés de la Justice 2015, (disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf), p. 4. Le rapport mentionne 164 tribunaux de grande instance, dont 16 à compétence commerciale.

l'instruction sont donc automatiquement saisis par le procureur de la République en cas de crime et pour les affaires les plus délicates, nécessitant une cosaisine, comme le prévoit l'article 80 du code de procédure pénale. Par conséquent, le juge unique est relégué aux affaires de moindre importance. Faut-il en déduire qu'il a perdu une part de la confiance aveugle dont il a longtemps joui ? Instaurer des regards multiples poursuit clairement l'objectif d'éviter les abus. Il s'agit cependant ici d'un renforcement de la légitimité du juge d'instruction par une forme de collégialité, laquelle est une qualité substantielle du juge du siège. Un juge d'instruction ne suffit plus dans les cas les plus graves, il en faut désormais plusieurs.

178. Si la matière criminelle ne laisse pour le moment aucune autre possibilité que cette forme de collégialité, la matière correctionnelle nécessite une appréciation puisque la cosaisine est à l'initiative du Président du tribunal de grande instance qui peut la mettre en mouvement dès le début de l'enquête ou en cours d'instruction. Dans ce dernier cas, il est intéressant de relever la possibilité pour la chambre de l'instruction, ou son Président, d'imposer la cosaisine au juge d'instruction qui refuse de se dessaisir. Cette dernière mesure est directement inspirée des préconisations du rapport du Groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite d'Outreau, présidée par le procureur général près la cour d'appel de Lyon, Jean-Olivier Viout⁴⁰² et instaure un contre-pouvoir non négligeable face à la tentative d'isolement du juge d'instruction.

179. Une pluralité partielle - La cosaisine permet donc de créer une équipe autour du magistrat d'instruction initialement saisi, équipe pouvant se composer au minimum d'un binôme ou comprendre un nombre de magistrats plus conséquent si cela apparaît nécessaire au Président du tribunal de grande instance. Mais il faut observer de façon minutieuse les rouages de cette entreprise collective, notamment à la lumière de l'article 83-2 du code de procédure pénale qui prévoit la désignation d'un juge coordonnateur : « En cas de cosaisine, le juge d'instruction chargé de l'information coordonne le déroulement de celle-ci ». Le législateur n'a pas placé tous les membres de l'équipe sur un pied d'égalité et le juge qui bénéficie du concours de ses pairs

⁴⁰² Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite "d'Outreau", la documentation française, février 2005.

conserve un rôle de direction. Cette place ne consiste pas seulement en une répartition équitable des tâches ou une gestion administrative des investigations puisqu'il détient seul les pouvoirs les plus importants. Ainsi, il est l'unique interlocuteur du juge des libertés et de la détention, le seul à pouvoir ordonner la mise en liberté d'office et a l'exclusivité pour rendre l'avis de fin d'information. Tout juste le législateur reconnaît-il aux juges d'instruction cosaisis le droit de cosigner cet avis, ce qui est bien maigre eu égard aux attentes légitimement portées par l'adjonction de plusieurs juges. Rien n'est en outre précisé quant aux autres attributions du juge d'instruction, ce qui peut laisser penser qu'aucune obligation de partage ne pèse sur le juge coordonnateur comme le suggèrent Serge Guinchard et Jacques Buisson dans leur ouvrage⁴⁰³. La chambre criminelle de la Cour de cassation est d'ailleurs intervenue dans ce cadre en estimant qu'« aucune disposition légale n'impose, en cas de cosaisine de juges d'instruction, que l'interrogatoire de première comparution soit effectué par le juge chargé de l'information »⁴⁰⁴. Au regard de cette concentration des pouvoirs dans les mains du juge d'instruction originellement saisi, l'observateur averti reste perplexe. Il est assez paradoxal de vouloir déléguer sans partager. Comment peut s'instaurer l'équilibre entre des équipiers subordonnés au pouvoir de l'un d'eux ? L'objectif répété de la réforme, soit la volonté de briser l'isolement du juge d'instruction pour préserver la procédure d'éventuels abus, semble difficilement garanti dans un système qui reproduit une forme d'isolement au sein du groupe. La cosaisine est en cela décevante et laisse craindre la reproduction des schémas décriés avec un juge meneur de l'enquête, et des subordonnés qui exécutent ses demandes. Seul un véritable partenariat peut relever le défi, or ce n'est pas le cas ici.

180. Vers une ultime réforme ? - À terme, la loi du 5 mars 2007 prévoyait l'abandon de ces dispositions avec l'entrée en vigueur de la collégialité. Il est plus juste à l'heure d'aujourd'hui de parler de pluralité et non plus de collégialité de l'instruction du premier degré, la grande réforme annoncée ayant disparu dans le flot des promesses politiques de façade.

⁴⁰³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 1052, n° 1868.

⁴⁰⁴ Cass. crim., 19 août 2009, pourvoi n° 09-83.942, G., F-P+°F : *JurisData* n°2009-049274.

181. Cela étant, la collégialité ne doit pas être définitivement abandonnée, elle est porteuse de garanties bien plus fortes que nulle autre mesure. Elle est le rempart le plus porteur face à un juge sorti de sa fonction, se comportant davantage en accusateur qu'en magistrat indépendant. Ce n'est pas un hasard si les décisions médicales sont prises en équipe. Même le meilleur des spécialistes peut se tromper, qu'il soit médecin ou juge, et les retombées d'une telle erreur dans des domaines aussi sensibles ne sont pas acceptables. Des regards extérieurs, des avis différents, des échanges réguliers avec des pairs sont indispensables. Le travail d'équipe ne se limite pas à une discussion de pure forme mais à une vraie remise en question des choix à la lumière des arguments de chacun. La collégialité est une vraie force, notamment lorsqu'elle régule les pouvoirs d'un dominant sur une personne qui se trouve dans une position vulnérable. C'est le cas notamment de l'élève face à l'enseignant et il n'est pas anodin de remarquer la réforme des collèges visant à multiplier la coopération des intervenants au sein des classes⁴⁰⁵. Quel meilleur moyen d'éviter l'abus d'autorité ou les erreurs de jugement d'un enseignant que de lui permettre de se reposer sur un coéquipier ? Le raisonnement est valable pour le juge, le mis en cause se trouvant dans une position de faiblesse et la complexité de certaines affaires pouvant conduire le juge à ne pas prendre les bonnes décisions. La collégialité est d'ailleurs la règle pour chaque juridiction du second degré, ce qui implique qu'un seul magistrat ne suffit pas à ôter la suspicion qui entoure la décision contestée. Il est important de se dégager du monopole d'une personnalité pour analyser avec objectivité une requête. La pluralité doit être un vecteur d'enrichissement, ce qui implique une prise de décision conjointe et non uniquement la sollicitation d'avis ou de signatures formels.

182. Ultime argument s'il en faut, la collégialité s'inscrit comme l'une des meilleures garanties des droits de la défense en ce qu'elle participe à l'irrigation de la procédure pénale par le principe du contradictoire, comme le reconnaît le législateur de 2013 : « Pourtant il n'est pas envisageable de renoncer à la collégialité de l'instruction. Il s'agit d'un renforcement des droits des justiciables et d'une approche contradictoire de l'instruction. Elle constitue une garantie des droits de la défense ».⁴⁰⁶ Dans une telle

⁴⁰⁵ La réforme du collège, qui est entrée en vigueur à la rentrée 2016, accorde une marge d'autonomie accrue aux établissements pour mieux répondre aux besoins de leurs élèves. Les équipes pédagogiques disposent d'une plus grande marge de manœuvre dans l'utilisation de la dotation correspondant aux marges heures professeurs, mais aussi pour l'organisation de l'accompagnement personnalisé et des enseignements pratiques interdisciplinaires.

⁴⁰⁶ Exposé des motifs du projet de loi n°1323 relatif à la collégialité de l'instruction, *op. cit.*

perspective, la collégialité s'insère parfaitement dans la philosophie insufflée par la Cour européenne des droits de l'Homme ces dernières années.

183. Le professeur Roger Perrot observait, dans son ouvrage consacré aux institutions judiciaires, que « le système du juge unique ne peut fonctionner correctement que si, au moment de son entrée en fonction, le juge a déjà une formation professionnelle consommée et une maturité d'esprit suffisante pour être en mesure de statuer seul sur des problèmes complexes »⁴⁰⁷. Or, nombreux sont les juges qui exercent au sein de la juridiction d'instruction leur premier poste à la sortie de l'École nationale de la magistrature. A défaut de pouvoir composer la juridiction d'instruction de juges essentiellement expérimentés et offrant les garanties de maturité suffisantes pour faire cavalier seul, la collégialité est indispensable. Alors que plusieurs pays européens ont fait le choix de la suppression du juge d'instruction au profit du ministère public, la justice française ne peut conserver l'institution sans offrir toutes les garanties nécessaires à son intégrité. Cela passe inévitablement par l'instauration de la collégialité à tous les niveaux de l'information judiciaire. La collégialité n'est pas enterrée, elle est simplement anesthésiée dans l'attente des prochaines secousses de l'institution judiciaire, qui, espérons-le, seront porteuses d'un réveil définitif.

Conclusion de la section 2

184. Le juge d'instruction est fils unique de l'institution, la fratrie perpétuellement promise au cours de son histoire restant obsolète, faute de moyens, faute peut-être aussi de réelle volonté de bousculer les codes établis. Le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire⁴⁰⁸ s'inscrit dans une telle dynamique, en permettant au juge d'instruction unique d'un tribunal judiciaire de mener l'information des affaires peu complexes lorsqu'elles relèvent de la cour criminelle départementale. Il souhaite surtout éviter au procureur de la République de requérir l'ouverture d'une information devant les magistrats du pôle territorialement compétents, comme le prévoit à l'heure actuelle l'article 80 du code de procédure pénale. Selon l'article 52-1 du Code de procédure pénale modifié, il suffira à ce dernier de considérer « qu'il résulte des

⁴⁰⁷ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Précis Domat, 16ème éd., 2017, n° 505, p. 377.

⁴⁰⁸ Projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avril 2021, p. 3.

circonstances de l'espèce et de son absence de complexité que le recours à la cosaisine, même en cours d'instruction, paraît peu probable ». Le juge d'instruction pourra lui-même, bien sûr, ne pas se dessaisir au profit du pôle lorsqu'il apparaît au cours de l'information judiciaire que les faits reprochés à la personne mise en examen sous une qualification correctionnelle constituent un crime mais ne présentent pas une gravité ou une complexité le justifiant. À nouveau, et même pour la matière criminelle, la collégialité trouve l'opportunité d'être écartée, les députés arguant « d'une instruction « plus proche et sans doute plus rapide des affaires peu complexes »⁴⁰⁹. Le juge d'instruction, pour des raisons peu orthodoxes, demeure seul. Son identité solitaire doit donc être compensée par de solides mécanismes de contrôle de ses actes. Ces derniers offrent une réelle assise au juge d'instruction. S'ajoute à cela un regard européen favorable à la fonction, participant encore davantage à justifier son maintien.

185. En contre-plongée d'un bilan peu flatteur pour le magistrat instructeur, le législateur organise méthodiquement la destruction de son identité. Au lieu de réparer ce qui doit l'être, il préfère tout casser. Loin de confier, au moins, les grands pouvoirs du juge traditionnel de l'enquête à un juge du siège capable d'apporter les garanties manquantes, il transfère insidieusement le rôle-titre au ministère public. Parfaitement alignée sur de telles ambitions, la réforme du 23 mars 2019 a entrepris de « lisser » certains actes d'investigation entre l'information judiciaire et les autres cadres d'enquête, en créant un sas intermédiaire, qui offre une continuité peu légitime entre les démarches autorisées par le juge d'instruction et celles mises en œuvre sous le contrôle du parquet. Le nouvel article 80-5 du Code de procédure pénale permet ainsi à l'enquête policière un empiètement considérable sur l'enquête judiciaire, renforçant encore la mutation identitaire du juge pénal au sein de l'enquête. Il symbolise à lui seul la mise au ban du juge d'instruction, lequel ne souffre pas uniquement d'un confinement de ses pouvoirs, mais se voit grevé d'une confiscation de ses attributions.

⁴⁰⁹ Rapport n° 834 (2020-2021) de Mme Agnès CANAYER et M. Philippe BONNECARRÈRE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021, p. 62.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

« *Comme un ancien cascadeur, il tient très bien debout, il tient très bien assis. S'il tombe encore à genoux, il sait qu'il est désormais capable de survivre aux explosions* »⁴¹⁰.

186. La résistance du juge d'instruction n'est pas le fruit du hasard. Si le législateur ne parvient pas à le supprimer de la première phase du procès pénal, c'est bien parce qu'il a pleine conscience de sa valeur. Envers et contre tout, le juge d'instruction maintient au sein de l'information judiciaire un degré de protection des droits fondamentaux qui ne connaît pas d'équivalent dans les autres cadres d'enquête. Conscient de la carence judiciaire que pourrait provoquer sa disparition, le législateur s'emploie donc à contenir ce juge du siège dans un espace réduit.

187. Confiné, le pouvoir du juge d'instruction se limite aujourd'hui à une infime portion des infractions pénales. Il s'agit ici d'une évolution notable, au regard de son passé resplendissant. Il fut jadis réifié, avant d'être progressivement marginalisé. Mais il serait bien dommage de déconsidérer son office par la faiblesse du nombre de ses interventions. En effet, c'est bien la force qui caractérise ce magistrat, si l'on s'attache davantage aux pouvoirs qu'il met en œuvre dans la sphère qui lui revient.

188. Puissant, le juge d'instruction possède une pleine autonomie décisionnelle, laquelle lui confère une maîtrise parfaite de son enquête. À ce titre, l'orientation de la qualification pénale et de la durée de l'instruction préparatoire lui permettent de mener les investigations comme bon lui semble, pendant le temps souhaité. Surtout, dans un cadre dont il fixe lui-même les contours, il détient l'exclusivité des compétences, quant aux droits des parties et quant aux actes choisis. Il peut ainsi manier le degré de contrainte exercé au sein de l'information judiciaire par le choix des mesures

⁴¹⁰ C. MIOSSEC, *Cascadeur*, Mammifères, SME Media, 2016.

envisagées et moduler l'étendue de la défense concédée, par le choix du statut des intéressés.

189. Toutefois, la manifestation de la vérité connaît de saines limites, en ce qu'elle doit respecter les exigences du procès équitable. Contrepoids remarquable face à l'enquête de police, l'enquête judiciaire assure le plus haut niveau de garanties fondamentales de la première phase du procès pénal. Il suffit pour en être convaincu d'observer le respect des droits de la défense, droits qui peinent toujours à irriguer pleinement la garde à vue alors que la détention provisoire fait l'objet d'un véritable débat contradictoire. De la même façon, le secret de l'instruction tente de préserver non seulement l'efficacité des recherches mais également l'honneur et la considération du mis en cause. De telles règles contribuent donc à conforter l'identité pénale du juge d'instruction, dont l'appartenance au siège rehausse l'équité.

190. Cela étant, elles sont à l'image du juge d'instruction : ambivalentes. Bien que protectrices des droits fondamentaux, elles révèlent des déséquilibres. Si le juge d'instruction n'a plus d'emprise sur le contentieux de la détention provisoire, transféré depuis plus de vingt-ans au juge des libertés et de la détention, c'est parce qu'il ne possède pas toutes les qualités d'un juge pénal. Comme le secret, qui protège autant qu'il préjudicie les justiciables, le juge d'instruction protège les garanties fondamentales autant qu'il les détruit, en ce qu'il dévie du modèle choisi.

191. Confuse, son identité se partage entre celle d'une partie poursuivante et celle d'une autorité juridictionnelle. Isolée, elle se refuse à la collégialité, malgré les multiples tentatives législatives des dernières années. Sans se résoudre à le supprimer, le législateur ne se donne pas la peine de le restaurer. Il serait possible de penser que « la loi tente, tout à la fois, de développer l'efficacité et les garanties de la procédure pénale »⁴¹¹. Or, la mutation de l'enquête pénale conduit surtout à confiner l'équité dans un aquarium, afin de laisser l'efficacité s'épanouir dans les airs. Confisqué, le pouvoir du juge d'instruction est transféré au magistrat du parquet, le législateur ayant à cœur de développer l'efficacité procédurale au détriment des garanties fondamentales.

⁴¹¹ O. DÉCIMA, « Terreur et métamorphose - À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016, p. 1826.

CHAPITRE 2 : UN POUVOIR CONFISQUÉ

« *C'est la justice, dit-il enfin. — À présent, je la reconnais, fit K. Voici le bandeau sur les yeux, et voici la balance. Mais n'a-t-elle pas des ailes aux talons, et n'est-elle pas en train de s'élançer ? [...] La justice doit rester immobile, autrement la balance se met à vaciller, et il n'y a plus de jugement équitable possible* »⁴¹².

192. Selon la mythologie antique, les sandales ailées d'Hermès lui permettaient de conduire les âmes aux enfers. Ainsi le messager des dieux s'élançait-il vers le royaume des morts, afin que les âmes y soient jugées, en fonction de leurs qualités et de leurs défauts. Mais la justice des hommes ne repose pas sur des fondements oniriques, et l'équité n'est pas le moteur du voyage, de sorte que les ailes du juge d'instruction ne lui servent aujourd'hui qu'à chuter, dès lors qu'il s'aventure dans la répression de la criminalité de grande ampleur. La confiscation de ses pouvoirs s'exerce, irrémédiablement, en faveur du parquet. Cette fois, la mutation identitaire du juge pénal est consommée, en ce qu'elle transfère en totalité les attributions du magistrat de l'instruction à celui du parquet.

193. Il ne faut pas oublier, lorsqu'il est question du juge d'instruction, que celui qui aurait pu porter le nom de « *lieutenant criminel de l'empire* »⁴¹³ lors de son avènement, agissait alors sous les ordres du parquet. Ses fonctions en elles-mêmes n'étaient pas véritablement dirigées, mais sa notation, comme son avancement, étaient directement dépendantes du ministère public⁴¹⁴. Cet ancien officier de police judiciaire supérieur est devenu magistrat et s'est longtemps émancipé de la tutelle du procureur de la République, au point de devenir bien plus puissant que ce dernier dans le cadre de l'instruction préparatoire. L'Histoire est cependant riche en enseignements, quant aux retours en arrière qu'elle suppose, et le juge d'instruction semble doucement mais sûrement reprendre la place qu'il occupait à l'origine : soit une annexe du parquet.

⁴¹² F. KAFKA, *Le procès*, *op. cit.*, p. 178.

⁴¹³ V. *supra*, § ?

⁴¹⁴ À ce propos, lire l'intervention de Maître Henri LECLERC, dans le cadre du colloque organisé par la Maison du barreau de Paris, sur « L'agonie du juge d'instruction », *op. cit.*, p. 19.

194. De fait, jusqu'en 1972, l'avancement de carrière du juge d'instruction dépendait du procureur de la République. Ce dernier était donc considéré, d'une certaine façon, comme un supérieur hiérarchique. Malgré sa connaissance approfondie des dossiers, qui le place en observateur privilégié du métier, le ministère public reste profondément dépendant du pouvoir exécutif, de sorte que « *ce principe même était choquant : comment en effet admettre qu'un magistrat du siège puisse être noté par un magistrat du parquet, par définition placé sous la dépendance du ministère public ?* »⁴¹⁵. Transférée à des hauts magistrats du siège⁴¹⁶, la notation du juge d'instruction ne l'expose plus directement aux pressions du pouvoir politique⁴¹⁷. Pour autant, le parquet n'a jamais vraiment quitté la position implicite de supérieur hiérarchique. Les dernières mutations de l'instruction le renforcent même dans ce rôle : s'il ne note plus le juge du siège, il spolie la majeure partie de ses pouvoirs, tout en contrôlant ce qui lui reste.

195. L'apanage de cette destruction identitaire du juge de l'enquête s'observe hors le droit commun. Dès lors qu'elle dépasse le cadre classique, la criminalité devient l'affaire exclusive du parquet, ou presque. À ce titre, la multiplication des procédures dérogatoires a pour effet de retirer ses attributions au juge d'instruction (Section 1), tandis que la criminalité transnationale supplante son intervention (Section 2).

Section 1 : Le jeu des procédures dérogatoires

« *Hors la loi, dans le droit* »⁴¹⁸.

196. En 1808, le ministère public était perçu comme « un petit tyran qui ferait trembler la cité »⁴¹⁹, auquel il était nécessaire d'adjoindre un magistrat « *qui, n'étant*

⁴¹⁵ R. VAN RUYMBEKE, *Le juge d'instruction, op. cit.*, p. 39.

⁴¹⁶ Elle est aujourd'hui assurée par le premier président de la cour d'appel, qui doit consulter à cette fin le président du tribunal judiciaire, celui de la chambre de l'instruction, de la cour d'assises et de la chambre des appels correctionnels. V. les articles 34 à 36 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, relatifs à la commission d'avancement.

⁴¹⁷ Il continue toutefois à être exposé indirectement, comme l'ensemble des magistrats du siège, puisque le garde des Sceaux est le seul à pouvoir proposer cet avancement, l'avis du Conseil supérieur de la Magistrature se limitant à un droit de veto.

⁴¹⁸ V. HUGO, *Ce que c'est que l'exil* (1875), Broché, Actes et Paroles II, 2008, p. 415.

⁴¹⁹ J.-H. ROBERT, « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction préparatoire », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016, pp. 413-420.

pas la partie adverse du prévenu, conserve toute son impartialité »⁴²⁰, soit le juge d'instruction. Aujourd'hui, il semble que la phrase puisse être lue, comme en langue arabe, dans le sens inverse ! Le juge d'instruction n'est plus, de longue date, la figure d'équilibre. L'octroi de fonctions juridictionnelles, dès 1856, fut la source de tous ses malheurs puisqu'il versait à son tour, par un tel cumul, dans la partialité. En revanche, la nouveauté vient du regard porté sur le parquet, auquel le législateur n'hésite plus à confier des pouvoirs dithyrambiques, sans s'inquiéter de son identité destructrice. La mutation est éclatante sous le jeu des procédures dérogatoires, lesquelles permettent au procureur de la République de se comporter en juge d'instruction. Or, si aucun n'est véritablement impartial, le second est au moins indépendant. Il y a plus de deux siècles, le juge d'instruction était un officier de police judiciaire impartial. Aujourd'hui, il est un juge du siège indépendant. En parallèle, le ministère public est toujours ce magistrat dépourvu à la fois d'indépendance et d'impartialité. Les justiciables en ont certainement conscience, si l'on se fie aux questions prioritaires de constitutionnalité portées devant la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2011 et 2013⁴²¹. Les requérants regrettaient en effet d'avoir été poursuivis par la voie d'une citation directe et non d'une instruction, en ce qu'ils étaient ainsi privés d'une enquête secrète et contradictoire. Le juge de cassation n'a pas considéré utile de renvoyer ces questions devant le Conseil constitutionnel, de sorte que le débat n'a pas eu lieu. Aujourd'hui, alors que l'institution « remplit opportunément son rôle dans l'étroit domaine que la pratique lui concède encore »⁴²², le législateur s'emploie à un dépeçage méthodique de ses attributions.

197. Confisqué, le pouvoir du juge d'instruction est victime de la montée en puissance des procureurs, notamment permise par la contractualisation de la justice pénale. À cela s'ajoute le renforcement des pouvoirs de la police administrative, qui mène désormais des recherches quasi-judiciaires, sous la simple vérification du parquet. La législation pénale dérogatoire conduit progressivement à la métamorphose du juge de l'enquête, dont l'identité est détruite à la fois par l'exigence de surveillance du suspect (Paragraphe I) et la surspécialisation de la procédure pénale (Paragraphe II), lesquelles profitent toutes deux au procureur de la République.

⁴²⁰ J. PRADEL, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990, n° 10.

⁴²¹ Cass. crim., 27 avr. 2011, n° 11-90-011 et Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-90-078, *JCP* 2013, note J.-Y. MARÉCHAL.

⁴²² J.-H. ROBERT, « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction préparatoire », *op. cit.*, pp. 413-420.

Paragraphe I – La surveillance pénale

« Les crises laissent derrière elles, comme une marée d'épais sédiments de pollution juridique »⁴²³.

198. L'anticipation de la répression – Un dispositif antiterroriste d'exception remodèle la procédure pénale dans son ensemble depuis maintenant plusieurs décennies. La doctrine la plus avertie en analysait déjà l'impact en 2017 dans un article intitulé : « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale »⁴²⁴. L'enquête est bien sûr au premier plan de cette lame de fond, en ce qu'elle devient le lieu privilégié d'anticipation de la répression pénale. L'infraction clé du système ainsi mis en place se trouve à l'article 450-1 du Code pénal. En effet, l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, laquelle vise « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement », ouvre grand la voie à des investigations très larges, sur la base de soupçons ténus. Partant, la qualification terroriste constitue la technique législative la plus ingénieuse pour permettre une procédure fondée sur un régime dérogatoire. Le déferlement de cet arsenal de lutte contre le terrorisme sur notre législation provoque des dégâts considérables en s'abattant sur le rivage procédural. Aujourd'hui, le simple fait de consulter un site faisant de la propagande djihadiste peut donner lieu à l'ouverture d'une enquête pénale⁴²⁵. Or, le Conseil constitutionnel ne s'oppose que faiblement aux dérogations instaurées par le législateur, en validant le plus souvent les atteintes aux droits fondamentaux sous couvert d'ordre public. Il vérifie simplement la proportionnalité de la mesure au regard des droits et libertés garantis par la Constitution⁴²⁶ et surtout, l'existence d'un contrôle juridictionnel⁴²⁷.

⁴²³ G. BRAIBANT, « L'État face aux crises », *Pouvoirs* 1979, p. 8.

⁴²⁴ J. ALIX, O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017, n° 4, pp. 845-868.

⁴²⁵ Art. 421-2-5-2 du Code pénal.

⁴²⁶ Cons. const. 19 févr. 2016, nos 2016-535 QPC et 2016-536 QPC, *AJDA* 2016, p. 340 ; *D.* 2016, p. 429, et les obs. ; *ibid.* 2017, p. 1328, obs. N. JACQUINOT et R. VAILLANT ; O. CAHN, « Un État de droit, apparemment... », Commentaire de la décision Cons. const. 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC - Ligue des droits de l'homme, *AJ pén.* 2016, p. 201.

⁴²⁷ Cons. const. 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, préc. ; O. LE BOT, « Assignations à résidence de plus d'un an : le Conseil constitutionnel réécrit la loi », *AJDA* 2017, p. 1464.

199. La sauvegarde de la sécurité nationale permet ainsi de déplacer des mesures spécialement réservées à l'instruction préparatoire en les permettant très en amont, le contrôle d'un juge suffisant à légitimer leur constitutionnalité. En ce sens, l'État d'urgence instauré après les attentats de 2015 a permis la multiplication des assignations à résidence et contrôles judiciaires hors instruction préparatoire, alors même que ces mesures hautement coercitives sont traditionnellement décidées à l'égard du mis en examen par un juge d'instruction. La notion de suspect, considérablement élargie à l'aune de la guerre antiterroriste, permet donc le développement d'un mécanisme de surveillance pénale redoutable, en ce qu'il détruit la physionomie du juge pénal au sein de l'enquête. Dans cette dynamique sécuritaire, les politiques criminelles successives ne se contentent pas de retirer son pouvoir au juge du siège, pour le confier au magistrat du parquet. À présent, la police judiciaire elle-même doit bien souvent s'effacer, remplacée par la police administrative : le contrôle juridictionnel n'est alors même plus judiciaire mais seulement administratif.

200. L'interversion des rôles – Qualifiée « d'état d'urgence permanent » par la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁴²⁸, la guerre contre le terrorisme et la criminalité organisée a provoqué une interversion radicale des règles de droit. Aussi, l'exception est devenue le principe et la législation pénale consacrée à ces matières est entièrement dérogatoire, ou presque. L'article 66 de la Constitution, qui jadis protégeait la liberté individuelle en la confiant exclusivement au contrôle du juge judiciaire, a admis une interprétation restreinte de son domaine, en distinguant la liberté personnelle du droit à la sûreté⁴²⁹. La désagrégation du domaine de la liberté individuelle, lequel est réservé à l'autorité judiciaire, ne cesse de s'amplifier au profit de l'autorité administrative⁴³⁰. La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 23 juillet 2015, faisant suite à une question prioritaire de constitutionnalité relative à la loi sur le renseignement, atteint de manière paroxystique ce transfert de pouvoir, en donnant un sens nouveau à la répartition des rôles entre les deux ordres⁴³¹. Désormais,

⁴²⁸ Commission nationale consultative des droits de l'homme, Ass. plén., Avis contre un état d'urgence permanent, 15 déc. 2016 : www.cncdh.fr/fr/publications/contre-letat-durgence-permanent.

⁴²⁹ Décisions n° 88-244 DC, 20 juill. 1988, cons. 23 ; 2003-484 DC, 20 novembre 2003, cons. 94.

⁴³⁰ La protection de la vie privée, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, notamment, ne sont plus réservées à la compétence exclusive du juge judiciaire (V. Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 51 et Décisions n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, cons. 73 ; n° 99-422 DC du 21 déc. 1999, cons. 52, n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 2).

⁴³¹ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 2.

les investigations menées dans un lieu privé peuvent être placées sous le contrôle de l'autorité administrative lorsqu'elles sont réalisées dans un cadre de police administrative ou aux fins de sanctions administratives. Ainsi, « La confusion sur la désignation du juge garant est à son comble. Elle est cependant désormais solidement installée »⁴³². Elle est d'ailleurs si bien arrimée à notre procédure pénale, et ce, dès sa première phase, qu'elle permet à la police administrative d'exercer des pouvoirs d'intrusion identiques à ceux qui reviennent normalement à la police judiciaire. La ligne de partage est pour le moins subtile, en ce qu'elle consiste à distinguer les recherches aux fins de répression et celles qui relèvent de la prévention. À nouveau, la notion de sauvegarde de l'ordre public justifie toutes les dérives, la suspicion d'infraction terroriste représentant une fabuleuse occasion de mettre en pratique le concept dégagé par le juge constitutionnel. Ainsi les perquisitions de nuit ou l'accès aux données stockées sur un système informatique peuvent, à la faveur de la jurisprudence constitutionnelle, ne pas affecter la liberté individuelle. La redistribution de la mission de protection se fait donc sur le critère de la préservation de l'ordre public, lequel est parvenu à soumettre l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence au contrôle administratif, dès lors que la privation de liberté est uniquement partielle⁴³³. Par conséquent, le recours à l'autorité judiciaire n'est plus la seule garantie contre la détention arbitraire, à condition toutefois que cette dernière ne soit pas totale. Le raisonnement suivi par le juge constitutionnel a la même fragilité que celui qui lui permet de considérer le ministère public comme une autorité judiciaire, lui confiant également la protection de la liberté individuelle sans véritable explication. Dans les deux cas, ce transfert pernicieux d'un rôle inhérent au juge judiciaire au magistrat du parquet ou à l'autorité administrative conduit à vider l'instruction préparatoire de sa substance. Face à l'absence de motifs véritablement convaincants, il n'est finalement pas essentiel de s'interroger sur la justification, mais sur l'objectif poursuivi. Or, il s'agit bien de réduire au maximum le recours à la procédure d'instruction afin de confier des pouvoirs de plus en plus larges à des entités subordonnées à l'exécutif. Afin de valider cette mutation, le juge des libertés et de la détention intervient au gré des circonstances, au lieu d'être investi du rôle central qui devrait lui revenir. Il permet

⁴³² G. CANIVET, « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de confusion – Examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'interprétation de l'article 66 de la Constitution », *op. cit.*

⁴³³ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 6.

ainsi au législateur de déguiser ses intentions, en enjolivant la procédure dérogatoire par l'intervention d'un juge du siège.

201. L'autonomisation de la lutte contre le terrorisme, comme le souligne le Professeur Julie Alix⁴³⁴, provoque une confusion des cadres juridiques, entre la réponse pénale et la réponse administrative. Depuis la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement⁴³⁵, chaque nouvelle strate législative en cette matière contribue à extraire des pouvoirs usuellement dévolus au juge d'instruction, pour les confier à la police administrative. Ainsi les articles L. 851-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure permettent aux services de renseignement de mettre en œuvre, notamment, des mesures d'infiltration, de géolocalisation, de sonorisation de lieux privés ou de captation de données informatiques. Plus encore, ils peuvent recourir aux dispositifs d'*Imsi Catchers*⁴³⁶, pourtant parmi les plus intrusifs de toute la procédure pénale, dans le but de recueillir des données de connexion, alors même que la police judiciaire ne dispose pas de cette faculté. En effet, de telles techniques d'enquête relèvent de la criminalité organisée, aux articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale. L'article 706-102-1 prévoit ainsi la mise en place de ce dispositif de captation des données informatiques uniquement sur autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, pour les infractions considérées comme les plus graves de notre ordre juridique. Déjà, la faculté offerte au procureur de la République, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, d'employer ces technologies hautement attentatoires à la liberté individuelle, restreint l'office du juge d'instruction, puisque ces techniques comptent parmi la sphère criminogène la plus grave, soit les infractions commises en bande organisée. Il existe tout de même, dans ce cas de figure, une certaine consolation, puisqu'un juge du siège intervient. Or, la possibilité octroyée aux services de renseignement d'accéder au même niveau d'enquête, au regard des procédés utilisés, est inquiétante. Le contrôle vient ici de l'exécutif, dans le cadre de recherches visant à prévenir des infractions, alors même que l'autorité judiciaire contrôle le respect de la liberté individuelle lors des recherches visant à réprimer des infractions. En résumé, dans un contexte de moindre suspicion à l'égard des individus, l'administration

⁴³⁴ J. ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016, pp. 323-347.

⁴³⁵ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

⁴³⁶ Art. L. 851-6 du Code de la sécurité intérieure.

dispose de pouvoirs similaires à ceux du juge judiciaire, en l'absence des garanties exigées au regard du procès équitable.

202. La confiscation du pouvoir du juge d'instruction, par le biais de la prévention administrative du terrorisme est allée croissante. La loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, l'efficacité et les garanties de la procédure pénale⁴³⁷ est parvenue à établir un alignement des mesures restrictives de liberté entre l'instruction préparatoire et la police administrative à l'égard d'une personne, dès lors qu'il existe « des raisons sérieuses de penser que son comportement peut être lié à des activités à caractère terroriste »⁴³⁸. En effet, le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence qui existent dans le cadre de l'instruction préparatoire à l'encontre du mis en examen, sont converties ici en une retenue de quatre heures pouvant donner lieu à des mesures de sûreté. Selon l'article L. 225-1 du Code de la sécurité intérieure, un tel contrôle administratif s'applique à toute personne « qui a quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a pour but de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français ». Les articles suivants prévoient donc des obligations de résider dans un périmètre géographique déterminé, de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, de déclarer son domicile et tout changement de domicile, de ne pas se trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes ou même, d'être astreint à résider à domicile⁴³⁹. Pourtant, l'association de malfaiteurs permet justement, par sa rédaction située très en amont sur l'*iter criminis*, de saisir le juge d'instruction du moindre soupçon de projet terroriste et d'agir en fonction. Comme le résume très justement le Professeur Alix, « Dans ces conditions, le même comportement est susceptible d'être soumis à deux régimes : un contrôle judiciaire dans le cadre d'une instruction ouverte pour des faits de participation à une association de terroristes (pour le moins) ; un contrôle administratif dans le cas contraire. La différence est une différence de régime : de conditions, mais surtout de garanties – la mesure est tantôt décidée par un juge qui doit

⁴³⁷ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁴³⁸ Art. 78-3-1 du Code de procédure pénale.

⁴³⁹ Art. L. 225-2 et L. 225-3 du Code de la sécurité intérieure

respecter des conditions strictes et une exigence de motivation et peut subir un contrôle judiciaire postérieur, tantôt décidée par le ministre de l'Intérieur, avec un contrôle simplement postérieur du juge administratif. La confusion est patente, et confiée en réalité aux services de renseignement, détenteurs de l'information du retour, le soin d'orienter le cadre du contrôle »⁴⁴⁰.

203. La négation des droits fondamentaux – En réalité, il s'agit d'enquêter sur les actes préparatoires à l'infraction terroriste⁴⁴¹, en toute impunité ou presque, puisque les services administratifs qui diligentent les investigations ne se plient pas aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le juge d'instruction est rejeté, la préférence allant au préfet ou, dans le meilleur des cas, au procureur de la République, avec une vague intervention du juge des libertés et de la détention lorsqu'elle est tout à fait indispensable. La conséquence directe de cette destruction de l'identité du juge de l'enquête est le retrait des droits fondamentaux de la première phase du procès pénal dans le cadre de la lutte contre les activités terroristes. Les droits de la défense sont abîmés par la mutation du juge pénal qu'entraîne la législation antiterroriste, cette dernière donnant la priorité à l'efficacité et non à leur protection⁴⁴². Le contrôle du juge administratif n'a pas la valeur de celui du juge judiciaire et l'arsenal législatif d'exception qui caractérise la guerre contre le terrorisme conduit à considérer l'expression « régime dérogatoire » comme un doux euphémisme. Le professeur Olivier Cahn l'exprime fort bien, lorsqu'il étudie les manifestations de ce corpus juridique si singulier : « Ainsi la caractérisation de la législation antiterroriste comme une manifestation du droit pénal de l'ennemi qui se déploie hors de tout contrôle effectif permet-elle de trancher la controverse relative à la qualification du dispositif français en révélant la signification du terme "dérogatoire" »⁴⁴³. La notion de surveillance pénale représente à l'heure actuelle un boulevard de contournement du juge judiciaire, qui se concrétise par l'éviction du juge d'instruction au stade de l'enquête pénale. En ce sens, selon l'article 111-5 du Code

⁴⁴⁰ J. ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, pp. 323-347.

⁴⁴¹ V. Y. MAYAUD, « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *AJ pén.*, 9/2013, p. 443. Depuis 1996, s'agit d'une législation « inventive » qui consiste à privilégier la répression des infractions obstacles, c'est-à-dire la prise en compte de faits parfois relativement éloignés du comportement criminel.

⁴⁴² M. MASSÉ, « La criminalité terroriste », *RSC* 1/2012, p. 100 ; J. ALIX, « La lutte contre le terrorisme sous le regard de la CNCDH » *in* LAZERGES (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Grands textes », 2016.

⁴⁴³ O. CAHN, « Le dispositif antiterroriste français est-il une loi d'exception ? », *Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ*, Dalloz, 2016, pp. 453-467.

pénal : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Dès lors, comment accepter que le juge administratif soit compétent pour contrôler les mesures autorisées par la police administrative, alors même qu'elles peuvent aboutir, à terme, à des sanctions pénales ? La normalisation de l'exceptionnel conduit à de graves dérives, et ce, depuis l'état d'urgence. La Commission nationale consultative des Droits de l'Homme ne cesse de le souligner, dans les avis rendus à chaque nouvelle loi concernant le crime organisé. Est ainsi régulièrement mis en lumière « un détournement de la loi de 1955, déjà dénoncé par la CNCDH dans ses avis des 18 février et 15 décembre 2016, consistant à mobiliser les moyens offerts par le régime de l'état d'urgence, en lieu et place de procédures judiciaires, voire de police administrative de droit commun, de façon à faire l'économie du respect des garanties dont celles-ci sont entourées »⁴⁴⁴. Les mesures attentatoires aux libertés se banalisent, au rythme d'une mécanique bien huilée, qui participe « à la manifestation de la vérité » mais sans juge d'instruction.

204. Pourtant, les actes réalisés dans le cadre des procédures dérogatoires sont bien des actes d'instruction. Même si ce dernier a pu être défini assez strictement à l'origine puisqu'il est alors considéré comme « l'acte qui tend à la recherche et à la constitution d'une preuve, et qui est accompli, après l'ouverture du procès pénal, soit par un juge d'instruction ou sur délégation de ce dernier, par un officier de police judiciaire, soit par un autre juge »⁴⁴⁵, il a ensuite été reconnu comme « un acte qui tend à la manifestation de la vérité, réalisé par un juge possédant au moins une aptitude à un pouvoir juridictionnel »⁴⁴⁶, pour devenir enfin « un acte de poursuite assorti de garanties »⁴⁴⁷. En conséquence, comme le relève un auteur, les activités de surveillance particulièrement intrusives doivent relever de cette catégorie⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ CNCDH, 26 janvier 2017, Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016, p. 17.

⁴⁴⁵ G. STEFANI, *L'acte d'instruction*, in *Recueil d'études en hommage à L. HUGUENEY*, Problèmes contemporains de procédure pénale, Sirey, 1964, p. 135 s., spéc. n° 20, p. 153.

⁴⁴⁶ B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, thèse de doctorat, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 1965, préf. G. STEFANI, n° 467 et 468.

⁴⁴⁷ Ibidem, n° 473.

⁴⁴⁸ V. P. COLLET, « L'insaisissable notion de surveillance en droit pénal », *RSC* 2019, p. 549.

205. En 2010, Marc Trévidic, ancien juge d'instruction au pôle antiterroriste de Paris et Président de l'Association Française des Magistrats Instructeurs, s'inquiétait du remplacement du juge d'instruction spécialisé par le juge de l'enquête et des libertés, alors en projet : « L'hypothèse la pire serait bien entendu de troquer des juges d'instruction spécialisés, impliqués au jour le jour dans les dossiers qu'ils instruisent et dont la permanence dans leurs fonctions est un avantage indéniable en terme de compétence, contre un juge occasionnel, temporaire et non spécialisé »⁴⁴⁹. En 2021, une telle hypothèse apparaît comme un moindre mal, l'attitude strapassée du juge d'instruction étant à présent totalement justifiée devant le nouveau juge pénal de l'enquête, qui n'appartient pas au siège. De fait, le magistrat du ministère public est au cœur de toutes les investigations dérogatoires. Le penchant de l'antiterrorisme vers l'autorité administrative conduit insidieusement à relativiser les défauts du parquetier et l'ultra-spécialisation de la justice pénale à lui donner les pleins pouvoirs.

Paragraphe II – La surspécialisation procédurale

206. La volonté d'apporter une meilleure réponse pénale, au moyen de la spécialisation des autorités de poursuite, face à la délinquance structurée et complexe, ne fait que révéler celle de la montée en puissance des procureurs. Le sujet initial de cette étude consacrée aux mutations identitaires du juge pénal portait d'ailleurs un intitulé évocateur, puisque l'auteur de cette thèse s'intéressait alors à « la montée en puissance du juge pénal ». Très vite, le terme juge était apparu comme une hérésie, tant l'autorité judiciaire concernée ne pouvait revêtir une telle qualité. Il convenait donc de recentrer la réflexion autour d'un changement d'identité du juge pénal, dont la mutation est ici étincelante.

207. Un nouveau paysage procédural – Avec, en 2013, l'avènement du parquet national financier, en 2019, la création du parquet antiterroriste puis en 2020, la mise en place du parquet européen, le paysage judiciaire français confirme la métamorphose engagée à l'égard du juge pénal de l'enquête. Bien entendu, la spécialisation à outrance des parquets nationaux n'atteint pas uniquement le premier stade de la procédure

⁴⁴⁹ M. TRÉVIDIC, « Pourquoi les juges spécialisés sont de plus en plus nécessaires », *Après-demain*, La justice aujourd'hui, n° 15, juillet 2010, pp. 48-50.

pénale. Des conséquences sont perceptibles d'un bout à l'autre de la chaîne pénale, au regard de la priorité de ces autorités de poursuites sur celles des tribunaux judiciaires⁴⁵⁰. L'article 43-1 du Code de procédure pénale énonce en effet : « Lorsque le ministère public près le tribunal judiciaire dispose, en application du présent code, d'une compétence spécialisée et concurrente qui s'étend aux ressorts d'autres tribunaux judiciaires, spécialisés ou non, cette compétence s'exerce de façon prioritaire sur celle des parquets près ces tribunaux tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement. Lorsqu'il décide d'exercer sa compétence, les parquets près ces tribunaux se dessaisissent sans délai à son profit ». Cependant, la perte de pouvoir corrélative la plus impressionnante revient au juge d'instruction, dont les prérogatives sont totalement confisquées par les parquets spécialisés. Dans un rapport de l'Assemblée nationale du 8 février 2017 sur l'évaluation de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et de la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier, les parlementaires mettaient en évidence le renversement de situation. En février 2014, 63 % des dossiers relatifs à la criminalité financière engageaient l'ouverture d'une information judiciaire, contre 37 % en enquête préliminaire. Les chiffres étaient inversés en décembre de la même année. En moins d'un an donc, le parquet national financier obtenait la maîtrise de la plus grande part des investigations relatives à la délinquance économique et financière. À la fin de l'année 2016 même, l'intervention du juge d'instruction devenait marginale, pour 26 % des dossiers à peine, alors que le parquet national financier en gouvernait 74 %⁴⁵¹. L'éviction du juge d'instruction ne fait ici aucun doute, le parquet prenant sa place.

208. Le parquet national financier mis en place par les lois du 6 décembre 2013 relatives à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et

⁴⁵⁰ V. F. MOLINS, « L'action des juridictions interrégionales spécialisées », *CDE* n° 5, sept. 2015, dossier 28. L'auteur évoque « les mutations profondes » générées par cette spécialisation des juridictions, et l'intérêt pour le parquet de « ne s'interdire aucune forme de poursuites de la composition pénale à l'information judiciaire, du classement après mesures administratives aux poursuites en comparution immédiate ». M. MOLINS plébiscite le recours à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, pour son efficacité et sa rapidité, lesquelles sont particulièrement appréciables en matière de délinquance économique et financière.

⁴⁵¹ V. S. MAZETIER et J.-L. WARSMANN, Rapport n° 4457 d'information de la commission des lois déposé en application de l'article 145-7 alinéa 1 du règlement, par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et de la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier, 8 février 2017, p. 33.

financière⁴⁵² participe à la construction d'un dispositif pénal efficace et dissuasif, mais en contrepartie, peu soucieux des garanties du procès équitable. Le souhait de « spécialiser davantage tant le ministère public que les services administratifs et d'enquête afin d'accroître l'efficacité de la lutte contre les formes les plus complexes de fraude fiscale et de grande délinquance économique et financière »⁴⁵³ se réalise bien au détriment du juge d'instruction, en faisant du parquet un véritable pivot procédural. En effet, comme les parlementaires le relèvent : « le procureur de la République financier (contrairement aux autres parquets) privilégie désormais, dans le traitement de ces dossiers, l'enquête préliminaire par rapport à l'ouverture d'une information judiciaire », ce qui en fait donc une instance de confiscation des pouvoirs du juge d'instruction. De plus, il jouit d'une position dominante au regard de la forte dimension internationale des dossiers qui lui sont soumis, en devenant l'interlocuteur privilégié des autorités judiciaires étrangères ». Or, les techniques spéciales d'enquêtes réservées à la criminalité organisée lui sont ouvertes, le délit d'abus de biens sociaux aggravé, ouvrant le droit de recourir à la surveillance, à l'infiltration, aux interceptions téléphoniques, aux sonorisations et fixations d'images, à la captation des données informatiques et aux mesures conservatoires. L'article 706-1-2 du Code de procédure pénale dispose que ces techniques sont également utilisables pour lutter contre certaines atteintes à la probité, les délits de fraude fiscale commis en bande organisée, les délits douaniers punis d'une peine de plus de cinq ans d'emprisonnement et le blanchiment de ces délits. Ces dispositifs hautement intrusifs se sont progressivement étendus, notamment pour les atteintes à la transparence des marchés⁴⁵⁴, les détournements de fonds publics⁴⁵⁵, et même certains délits douaniers punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans⁴⁵⁶. Non content d'être déjà l'acteur incontournable de la grande délinquance économique, la compétence du parquet national financier est élargie aux pratiques anticoncurrentielles par la loi du 24

⁴⁵² Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et de la loi organique n°2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier.

⁴⁵³ V. S. MAZETIER et J.-L. WARSMANN, Rapport n° 4457 d'information de la commission des lois déposé en application de l'article 145-7 alinéa 1 du règlement, par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et de la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier, 8 février 2017, p. 7.

⁴⁵⁴ Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché.

⁴⁵⁵ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁴⁵⁶ Art. 706-1-1 du Code de procédure pénale.

décembre 2020⁴⁵⁷. La spécialisation du parquet avance aujourd'hui au même rythme que celle du juge d'instruction recule.

209. De l'hyperspécialisation à la déspecialisation – Vient d'être créé, en janvier 2021, un nouveau pôle spécialisé, cette fois contre la haine en ligne, au sein du tribunal judiciaire de Paris. Rattachés à la section « Presse et protection des libertés publiques » de la cinquième division du parquet de Paris, les magistrats de cette nouvelle formation sont chargés de superviser l'enquête dès la réception d'une plainte signalant des faits de cyberhaine, avec des premières réquisitions aux opérateurs techniques d'internet⁴⁵⁸. Les propos haineux ou discriminatoires et les appels à la violence, sur l'espace public numérique, donnent lieu à la compétence du pôle, pour les affaires « les plus complexes et les plus médiatiques »⁴⁵⁹. Ainsi, l'affaire dite « Mila », – du nom de la lycéenne insultée et menacée de mort pour avoir tenu des propos insultants envers l'islam sur internet ⁴⁶⁰ –, et plus encore, l'assassinat d'un enseignant victime d'une campagne de haine en ligne⁴⁶¹, ont entraîné la réaction étatique classique, celle de l'hyperspécialisation de la justice pénale. La lutte contre chaque forme de délinquance pourrait bien évidemment justifier un degré d'expertise élevé. Mais le faut-il pour autant ? Notre ministre de la Justice semble approuver un tel mouvement, laissant entendre un manque de qualification des magistrats non spécialisés pour réprimer efficacement les nouvelles formes d'infractions : « La République est menacée par les torrents de haine qui se déversent sur les réseaux sociaux. Il y a à l'évidence une faille dans notre système répressif que j'ai voulu combler »⁴⁶². Pourtant, la mise en œuvre d'une nouvelle formation dérogoratoire du droit commun démontre plutôt la faillite du procès équitable. Il s'agit ici d'effectuer des investigations sur l'amorce d'une entreprise terroriste, dont la préparation pourrait résulter des propos haineux diffusés sur internet. Or, de tels propos ne peuvent pas être appréhendés par le parquet antiterroriste, puisqu'ils ne constituent pas encore une provocation à commettre

⁴⁵⁷ Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

⁴⁵⁸ Avis relatif à la lutte contre la haine en ligne (A - 2021 - 9), NOR : CDHX2122366V, *JORF* n° 0170 du 24 juillet 2021, Texte n° 79, § 15.

⁴⁵⁹ V. G. THIERRY, « Le nouveau pôle spécialisé contre la haine en ligne, une structure très attendue », *Daloz actu.*, 3 février 2021.

⁴⁶⁰ V. Journal *Le Monde*, « L'affaire Mila expliquée : insultes contre l'islam, menaces contre une lycéenne et réaction politique « maladroite », de Mattea BATTAGLIA Charlotte HERZOG, 29 janvier 2020.

⁴⁶¹ Il s'agit de Samuel PATY, professeur d'histoire-géographie décapité par un terroriste islamiste, le 16 octobre, à proximité du collège de Conflans-Sainte-Honorine (Yvelines) où il exerçait.

⁴⁶² Voir la déclaration d'Éric DUPOND-MORETTI, au sein du Dossier de presse « Un an au service de la Justice », 2021, p. 17 (disponible en ligne : http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/Dossier_de_presse_1_an_service_justice.pdf).

l'infraction⁴⁶³. Dans ce labyrinthe juridique tortueux, ce qui échappe à l'un des pôles revient donc astucieusement à l'autre. Le filet répressif est ainsi extrêmement efficace, le degré de garanties réduit, de sorte que le ministère public exécute une politique criminelle dérogatoire au cours d'une grande partie des investigations. À chaque fois, les techniques spéciales d'enquête sont autorisées, le juge d'instruction marginalisé.

210. Le chapitre 5 de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020⁴⁶⁴ entend quant à lui lutter contre les atteintes à l'environnement en permettant au parquet de mettre en œuvre la « convention judiciaire écologique ». Sur le modèle de la convention judiciaire d'intérêt public en matière d'atteinte à la probité et à la fraude fiscale⁴⁶⁵, le législateur met en place à l'article 41-1-3 du Code de procédure pénale un nouveau mécanisme de justice négociée. De fait, le texte dispose que le procureur de la République, avant toute mise en mouvement de l'action publique « peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus par le code de l'environnement ainsi que pour des infractions connexes, à l'exclusion des crimes et délits contre les personnes prévus au livre II du code pénal, de conclure une convention judiciaire d'intérêt public ». Il énonce ensuite diverses obligations telles que le versement d'une amende, le respect d'un programme destiné à régulariser la situation ou par exemple, la réparation du préjudice écologique. Cette mesure transactionnelle adaptée à la matière environnementale aurait très certainement pu être abordée dans la seconde partie de notre étude, tant elle démontre la spoliation des prérogatives du juge du siège à chaque stade procédural. Ici, le parquet se charge de l'enquête, du jugement et de la peine. Néanmoins, il semble plus intéressant de l'évoquer sous le prisme de la spécialisation de l'enquête pénale, en ce qu'elle rejoint le même objectif, soit « éviter l'aléa des poursuites, tout en comptant sur la coopération de la personne mise en cause, dans des dossiers souvent nébuleux », et ainsi offrir aux autorités de poursuites « une nouvelle option procédurale dans le traitement des atteintes à l'environnement »⁴⁶⁶. Comprenez ici, en langage moins châtié, que l'aléa correspond au juge d'instruction et

⁴⁶³ V. É. EHRENGARTH, « La lutte contre la haine en ligne : un pôle de plus, la cohérence juridictionnelle en question... », *Le droit en débats*, *Dalloz actu.*, 26 juillet 2021.

⁴⁶⁴ Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

⁴⁶⁵ Art. 41-1-2 du Code de procédure pénale. Introduit par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Sapin 2 », la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) est déjà utilisée en matière de corruption, de fraude fiscale et de blanchiment de fraude fiscale.

⁴⁶⁶ J.-B. PERRIER, « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une compliance environnementale », *D.* 2020, p. 396.

la nouvelle option à esquinter les droits de la défense. Il existe tout de même un contrôle du juge du siège, le texte renvoyant en copie aux mécanismes prévus pour cette convention en matière économique⁴⁶⁷. Mais nous sommes bien loin d'une enquête judiciaire menée par un véritable juge pénal et le juge d'instruction voit à nouveau ses pouvoirs confisqués au profit du parquet.

Conclusion de la section 1

211. En définitive, l'ultra spécialisation de la justice pénale destinée à lutter contre la criminalité complexe ne fait que brouiller l'identité judiciaire, en donnant au ministère public la place du juge pénal de l'enquête. À nouveau, le gouvernement envisage la création de pôles spécialisés à l'égard des « crimes sériels ». Le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire propose d'introduire dans le code de procédure un nouveau titre XXV bis, composé des articles 706-106-1 à 706-106-4 nouveaux, relatif à « la procédure applicable aux crimes sériels ou non élucidés »⁴⁶⁸. Le nouvel article 706-106-1 prévoit la compétence concurrente d'un ou plusieurs tribunaux judiciaires pour certains crimes, si les investigations présentent une complexité particulière. Les atteintes volontaires à la vie, les actes de torture et de barbarie, les viols, l'enlèvement et la séquestration peuvent conduire à l'exercice de cette compétence si les crimes sont susceptibles d'avoir été commis de manière répétée à des dates différentes par une même personne à l'encontre de différentes victimes, ou si l'auteur n'a pu être identifié dix-huit mois après la commission des faits. Les parlementaires ont répondu favorablement à cette initiative qui, selon eux « vient combler une lacune dans le dispositif judiciaire français »⁴⁶⁹. Pourtant, la complexité semble plutôt avoir l'effet inverse, spécialisant à outrance les investigations pénales.

212. L'inavouable volonté législative de disparition du juge d'instruction se réalise finalement dans l'ombre, les réformes lui retirant progressivement ses

⁴⁶⁷ V. Art. 41-1-2 du Code de procédure pénale, II : « Lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de convention, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal judiciaire aux fins de validation. La proposition de convention est jointe à la requête. La requête contient un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée. Le procureur de la République informe de cette saisine la personne morale mise en cause et, le cas échéant, la victime ».

⁴⁶⁸ Article 6 ter du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avril 2021.

⁴⁶⁹ Rapport n° 834 (2020-2021) de Mme Agnès CANAYER et M. Philippe BONNECARRÈRE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021, pp. 63-64.

derniers ornements. Les hésitations législatives demeurent malgré tout, comme le démontrent les travaux parlementaires, dans le cadre du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire. La volonté d'encadrement des enquêtes préliminaires, à une durée de deux ans, renouvelable une fois, devait admettre des exceptions pour la fraude fiscale, le trafic d'influence ou la corruption. Mais la commission mixte paritaire vient de rejeter cette possibilité, de sorte que le parquet national financier devra laisser la place au juge d'instruction, au bout de trois ans. À l'heure où les États généraux de la Justice débattent de sa suppression, les sénateurs et les députés le protègent donc incidemment⁴⁷⁰. Le constat général est cependant celui du déclin du juge d'instruction, à la faveur du parquet : « D'une part, la surspécialisation de la justice, ces extensions, sans fin, n'auraient-elles pas, à l'inverse, pour effet de la déspecialiser ? À trop vouloir se spécialiser, l'organisation judiciaire s'obscurcit remettant corrélativement en cause le but premier de la réforme : une bonne administration de la justice. D'autre part, l'augmentation du rôle du parquet au détriment du juge d'instruction, un coup de grâce lui serait-il porté ? La suite nous le dira »⁴⁷¹. La genèse d'un parquet européen extrêmement puissant parfait, sans nul doute, la destruction identitaire de l'enquête.

Section 2 : Les enjeux du parquet européen

213. Qualifiée de « réveillonnante »⁴⁷² par la doctrine, la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, - en ce qu'elle signe la naissance du Parquet européen en France -, n'a rien d'une fête pour le juge d'instruction. Il semble même, *a contrario*, qu'il soit question d'une marche funèbre, tant les nouvelles activités du ministère public européen confisquent ses pouvoirs. Aussi, la destruction de l'identité du juge de l'enquête s'opère d'abord par la priorité donnée au procureur européen dans la conduite des investigations (Paragraphe I), à laquelle s'ajoute la légitimité conférée par son indépendance (Paragraphe II).

⁴⁷⁰ V. P. JANUEL, « Le compromis sur la loi Dupond-Moretti », *Dalloz actu.*, 21 oct. 2021.

⁴⁷¹ H. CHRISTODOULOU, « Spécialisation de la justice ou montée en puissance des procureurs ? Loi n° 2020-1672, 24 déc. 2020, *JO* 26 déc. », *Dalloz actu.*, 7 janv. 2021.

⁴⁷² V. le dossier intitulé « La loi Parquet européen et justice pénale spécialisée », publié par *l'AJ pén.*, dans son numéro 2/2021, p. 63.

Paragraphe I – Un enquêteur prioritaire

214. Prioritaire, le parquet européen l'est incontestablement, au regard du pouvoir d'évocation dont il dispose face au parquet national, mais également, à l'encontre du juge du siège, dans le cadre de l'enquête pénale. Or, ses qualités identitaires en font un magistrat inédit (A) ayant le rang d'autorité juridictionnelle (B).

A) Un modèle inédit

215. Chargé de protéger les intérêts financiers de l'Union européenne, le parquet européen se distingue notablement des autres dispositifs de coopération européenne dans la lutte contre la fraude, qu'il soit question de sa constitution, comme de sa capacité d'action. Ni Eurojust, lequel permet la coopération entre les autorités judiciaires⁴⁷³, ni Europol, qui organise cette coopération entre les forces de police⁴⁷⁴, ni même encore l'Office européen de lutte anti-fraude⁴⁷⁵, n'a la faculté de conduire des enquêtes et de déclencher des poursuites pénales sur le territoire des États membres. Aussi, cette nouvelle institution, en tous points originale, suppose une lourde adaptation du cadre national, en ce qu'elle renouvelle l'identité du juge de l'enquête.

216. Lors de la naissance du projet, les autorités publiques françaises se sont inquiétées des éventuelles mutations du parquet national consécutives à l'avènement d'un parquet européen, – compte tenu de son statut d'une part –, ainsi que de la répartition incertaine des attributions entre ces deux entités, d'autre part. De ce fait, la France « s'est engagée pour défendre une conception du Parquet européen réaliste et respectueuse de la souveraineté nationale des États membres »⁴⁷⁶ en refusant l'autonomie globale de la future entité. Aujourd'hui opérationnel, le parquet européen

⁴⁷³ L'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) soutient la coopération et la coordination judiciaires entre les autorités nationales afin de combattre le terrorisme et les formes graves de criminalité organisée touchant plusieurs pays de l'Union Européenne. Son instance décisionnelle est composée d'un juge ou d'un procureur de haut rang de chaque pays de l'Union, qui représente l'Agence au sein d'un bureau national.

⁴⁷⁴ L'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) est quant à elle l'agence répressive de l'Union. Sa mission est de contribuer à rendre l'Europe plus sûre et à aider les services répressifs dans les États membres.

⁴⁷⁵ L'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) enquête sur les fraudes au détriment du budget de l'Union Européenne, sur les affaires de corruption et les fautes graves commises au sein des institutions européennes. Il élabore également une politique antifraude pour la Commission européenne.

⁴⁷⁶ P. DUBARRY, « La création d'un parquet européen - L'eupéanisation de la lutte contre la délinquance économique et financière », *RDIA*, n° 1/2018, pp. 156-157.

répond donc à un compromis, à mi-chemin entre intérêt commun et volontés individuelles. La Commission aurait souhaité un organe entièrement intégré, sans lien national avec les États membres, ce qu'ils ne pouvaient accepter, sauf à remettre en cause l'existence d'un pouvoir centralisé. Soucieuses d'obtenir des garanties régaliennes, au regard du transfert de souveraineté au profit d'une autorité judiciaire supranationale, la France et l'Allemagne ont ainsi emporté l'adhésion des autres membres, dans leur conception plus consensuelle du parquet européen. Cette nouvelle étape dans la construction de l'Europe judiciaire s'est en effet réalisée par l'adjonction d'un collège de procureurs européens, composé d'un magistrat par pays participant. Collégial, le parquet européen est pourvu d'une qualité inédite au stade de l'enquête pénale.

217. Une instance collégiale – Il ne s'agit pas ici d'une simple coopération mais d'une véritable collégialité, les procureurs européens n'agissant pas dans l'intérêt national, mais dans l'intérêt européen. L'identité du juge pénal connaît ici une mutation remarquable, en ce qu'elle intègre une qualité essentielle au juge du siège, jusqu'alors délaissée au sein de l'enquête pénale. De fait, ni le juge d'instruction, limité à la pluralité, ni le parquet national, réduit à l'unité, n'ont jamais effectué les actes d'investigation de concert avec d'autres magistrats. En ces lieux, de façon innovante, le parquet européen mène l'enquête en équipe.

218. La construction identitaire est en elle-même intéressante, puisque le parquet européen admet une logique double : centralisée pour les aspects décisionnels et stratégiques, décentralisée pour l'exécution des investigations. Le premier chef du parquet européen, Madame Laura Codruta Kövesi⁴⁷⁷, se voit ainsi confier un rôle administratif de premier plan, pour un mandat de sept ans. Chargée de créer le parquet européen *ex nihilo*, elle fixera donc les lignes directrices des enquêtes. Le responsable du parquet européen n'est toutefois pas seul aux commandes, puisqu'il est entouré de deux adjoints et d'un collège de vingt-deux procureurs européens, à raison d'un membre par État, tous désignés pour six ans. Ce bureau central s'appuie sur un autre

⁴⁷⁷ Désignée à l'automne 2019 pour devenir la première procureure générale du Parquet européen, Laura Codruța Kövesi est une magistrate roumaine, procureure en chef de la *Direcția Națională Anticorupție* (Direction nationale anticorruption) de son pays de 2013 à 2018. Destituée pour avoir critiqué les réformes judiciaires du gouvernement, en ce qu'elles représentaient une menace à l'indépendance de la justice, elle incarne à ce poste prestigieux une forme d'icône de la résistance.

organe, les chambres permanentes du parquet, qui supervisent le déroulement des enquêtes. Composées de trois procureurs européens, elles décideront quant à elles des orientations des procédures spécifiques et donc, de leur issue. Au niveau centralisé, une habile répartition des prérogatives s'opère ainsi entre l'instance administrative décisionnelle, qui donne le *tempo*, et l'instance opérationnelle, qui décide de la mélodie. Au sein de la chambre permanente, le trio de procureurs européens, dont l'un est le délégué de l'État membre concerné par l'enquête, détermine donc le choix du classement sans suite, le renvoi devant une juridiction nationale, ou bien, selon l'État considéré, le recours à une procédure de jugement simplifiée. Enfin, au niveau déconcentré, les procureurs européens délégués devront mettre en œuvre, sur le terrain, les instructions des chambres permanentes. Ces derniers ont un mandat plus court, de cinq années, et devront être deux par État, au minimum, pour exercer leurs missions.

219. Cet ensemble soudé constitue le socle de l'espace commun de justice européenne, dont l'articulation repose sur des rapports collégiaux. Condition impérative à la création d'une telle instance, la collégialité implique donc un travail de concert entre les procureurs centraux, qui siègent à Luxembourg, et les procureurs délégués, déployés sur le terrain. Les premiers dirigent l'enquête, les seconds la conduisent, l'ensemble des procureurs européens étant soumis aux orientations générales données par le chef du parquet. Les deux niveaux d'enquêteurs doivent par conséquent non seulement dialoguer, mais encore s'accorder, dans le cadre des affaires pour lesquelles des investigations sont menées au sein des États membres. Il n'est donc pas question d'une simple superposition de magistrats, mais bien d'un mille-feuilles, dont les décisions sont partagées. Cette qualité identitaire du juge du siège n'a jamais été obtenue par le juge d'instruction, en dépit de multiples tentatives pour l'instaurer. Il est donc assez paradoxal de constater l'arrivée d'un acteur extérieur au sein de l'enquête, doté d'une telle facette, alors même qu'il ne s'apparente pas au siège mais au parquet. La mutation est ici patente et interroge quant au devenir du juge pénal dans le premier stade de la procédure pénale. Déjà, la confiscation des pouvoirs du juge d'instruction par le parquet national laisse percevoir une refonte de son identité. Mais lorsque cette confiscation est aux mains du parquet européen, le pressentiment est exacerbé. Plus puissant, et cette fois conforme aux exigences du procès équitable, compte tenu de l'indépendance dont il est pourvu, le procureur européen, en magnifiant

l'identité du juge pénal, fait trembler les murs de l'institution de l'enquête et l'avenir du juge d'instruction.

220. L'avènement d'un parquet collégial au niveau européen ne s'est cependant pas fait sans difficulté, la Commission ayant déposé un premier projet en ce sens, le 17 juillet 2013, qui n'a pas emporté consensus. Ce fut d'ailleurs la principale réticence des parlements nationaux, opérant par le biais du mécanisme dit de « carton jaune ». Celui-ci repose sur le principe de subsidiarité, selon lequel une action n'est menée au niveau de l'Union européenne que si cela s'avère plus efficace que l'action isolée d'un pays de l'Union européenne au niveau national, régional ou local. Si les parlements nationaux estiment qu'une proposition législative ne respecte pas ce principe, ils peuvent donc exprimer leur avis motivé aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission pour la contester. Lorsque des avis motivés émanent d'au moins un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux, le projet doit être réexaminé, soit le mécanisme du « carton jaune »⁴⁷⁸. À l'origine, la Commission avait donc proposé une version très intégrée du parquet européen, avec un procureur unique⁴⁷⁹. D'un côté, l'idée d'un modèle intergouvernemental comme celui d'Eurojust était rejeté par la Commission, tant il était nécessaire de défendre un intérêt supérieur aux intérêts nationaux. De l'autre, les assemblées parlementaires ne pouvaient se résoudre pour autant à renoncer entièrement à leur souveraineté. Qualifié de « centralisateur et directif »⁴⁸⁰, ce premier croquis du parquet européen devait donc intégrer une vraie collégialité, sans altérer le pouvoir judiciaire étatique. Toutefois, malgré l'opposition de quatorze chambres des parlements nationaux dans onze États membres, la Commission maintenait la proposition de règlement portant création du parquet européen en l'état, la jugeant conforme à la subsidiarité⁴⁸¹. Finalement, une architecture complexe mais efficace a été retenue par le règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017, la collégialité répondant à un double niveau d'intervention, partagée entre les procureurs centraux et les délégués nationaux. Un procureur de supervision est impliqué pour chaque affaire concernant son pays d'origine, en liaison

⁴⁷⁸ V. la fiche thématique de l'Union européenne sur le principe de subsidiarité [en ligne].

⁴⁷⁹ Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, COM (2013) 534 final, 17 juill. 2013.

⁴⁸⁰ S. JOISSANS, Proposition de résolution européenne portant avis motivé sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, 3 oct. 2013.

⁴⁸¹ Commission européenne, Communication 2013/851 de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité, conformément au protocole n° 2, 21 nov. 2013.

directe avec le procureur européen délégué chargé de l'affaire à titre principal. De cette façon, le lien national perdure et la collégialité est instaurée.

221. Le recours au droit national – Par conséquent, l'enquête est réalisée selon la procédure pénale du pays concerné, avec application du droit national⁴⁸². La question de la compétence du parquet européen a été réglée par l'ordonnance du 18 septembre 2019⁴⁸³ transposant la directive PIF du 5 juillet 2017, qui permet au procureur européen français de rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des fraudes aux intérêts de l'Union⁴⁸⁴ en se fondant sur les incriminations prévues par notre Code pénal. L'escroquerie (art. 314-1 et s. du Code pénal), l'abus de confiance aggravé (art. 314-1-1 du Code pénal), le détournement de fonds relevant du budget de l'Union (art. 432-15, al. 2 du Code pénal), la corruption et le trafic d'influence d'agent public ou d'agent public étranger (art. 432-11, 433-1, 435-1 et 435-3 du Code pénal) et le blanchiment de ces infractions servent ainsi de support à son action. À cette liste déjà longue, s'ajoute la possibilité d'agir sur le terrain de la fraude douanière intentionnelle à l'exportation et à l'importation ainsi que son blanchiment (art. 414-2 et 415 du Code des douanes). L'arsenal répressif à la disposition de l'enquêteur européen est donc particulièrement impressionnant, compte tenu de sa compétence concurrente à celle du parquet national. Cependant, une barrière a quand même été imposée, avec des seuils d'intervention en deçà desquels il doit laisser la main à son homologue national. De ce fait, seule lui revient la fraude massive à la trésorerie européenne, son périmètre d'action étant limité aux atteintes concernant un préjudice supérieur à 10 000 € et même à 10 000 000 € pour les fraudes à la TVA intracommunautaires⁴⁸⁵. Plus précisément, il convient ici de distinguer le cas de la fraude ne portant pas sur la TVA, pour laquelle il a une compétence de principe dès lors que le préjudice dépasse 100 000 euros alors qu'il ne l'exerce que par exception lorsqu'il est inférieur à 10 000 euros⁴⁸⁶. Entre ces deux variantes, la complexité de la procédure, la nature et la gravité de l'infraction, l'urgence ou encore les diligences effectuées par les autorités nationales pour réparer

⁴⁸² Rapport d'information de la commission des affaires européennes portant observations sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée (n° 2731), n° 3585, déposé le mercredi 18 novembre 2020, p. 17.

⁴⁸³ Ord. n° 2019-963, 18 sept. 2019, relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal.

⁴⁸⁴ Cons. UE, règl. (UE) 2017/1939, art. 4, 22, 25 et 27.

⁴⁸⁵ V. P. DUBARRY, « La création d'un parquet européen. L'eupéanisation de la lutte contre la délinquance économique et financière », *op. cit.*

⁴⁸⁶ Soit lorsque l'infraction en cause aura des répercussions à l'échelle de l'Union ou en cas de mise en cause d'un fonctionnaire ou d'un agent ou d'un membre des institutions de l'Union.

l'atteinte aux intérêts de l'Union donneront lieu, ou non, à son engagement dans la procédure. En revanche, les escroqueries à la TVA ne lui seront soumises qu'à condition d'impliquer au moins deux États membres pour un préjudice minimal de dix millions d'euros. En dépit de cette répartition des attributions et de l'absence d'exclusivité du parquet européen face au parquet national, le législateur le désigne tout de même comme l'enquêteur privilégié de la criminalité de grande ampleur. Bien que l'évaluation du préjudice puisse poser quelques difficultés, comme le souligne un auteur⁴⁸⁷, le procureur européen délégué connaît les infractions aux seuils de gravité les plus élevés, au sein même du droit national. Un tel constat met certainement en lumière la place centrale qui lui est dévolue au sein même de notre procédure pénale, laquelle en accepte déjà une extension, en vertu de l'article 22 du Règlement. Ce dernier prévoit en effet en son article 22 que les faits connexes et indivisibles aux investigations entrant dans le champ de compétence du ministère public européen puissent lui être rattachés⁴⁸⁸. Mais le pouvoir de ce nouveau parquet pourrait encore être étendu, selon les termes du dernier alinéa de l'article 86 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne, qui offre en effet la possibilité future pour le Conseil « d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière ». De fait, alors qu'il englobe déjà une partie des prérogatives des autorités judiciaires nationales françaises, le parquet européen pourrait bientôt se voir confier un contentieux bien plus vaste. Le texte mentionne simplement un critère de gravité, somme toute assez relatif en fonction des politiques criminelles considérées, et un élément d'extranéité, la criminalité visée ayant une échelle internationale. La lecture de ce texte laisse clairement apparaître les projections ambitieuses nourries par le législateur européen à l'égard du ministère public de l'Union européenne.

222. Or, de telles prévisions doivent nécessairement interroger l'autorité judiciaire nationale sur les mutations sous-tendues au sein même de notre procédure pénale. S'il n'est pas tout à fait un juge pénal, le parquet européen lui ressemble à s'y méprendre.

⁴⁸⁷ V. E. LETOUZEY, « L'intégration du Parquet européen dans la procédure pénale française : la révolution tranquille », *Dr. pén.*, Études, 2 fév. 2021. L'auteur évoque la difficulté opérationnelle qui ressort de l'évaluation du préjudice : « conditionner la compétence du parquet au montant du préjudice exige une évaluation du montant de la fraude qui peut être compliquée, surtout au début de l'affaire, précisément lorsque la question de l'organe compétent se pose ».

⁴⁸⁸ Il s'agit du troisième point : « Le Parquet européen est également compétent à l'égard de toute autre infraction pénale indissociablement liée à un comportement délictueux relevant du champ d'application du paragraphe 1 du présent article. La compétence à l'égard de telles infractions pénales ne peut être exercée que conformément à l'article 25, paragraphe 3 ».

Indépendant, professionnel et collégial, le nouveau procureur revêt une partie des qualités de l'intéressé, hormis l'impartialité, puisqu'il est simultanément juge et partie. Pour l'heure, il est accueilli sur le territoire comme chez lui, les procureurs européens délégués siégeant au sein du Tribunal judiciaire de Paris et s'appuyant sur les moyens mis à la disposition du parquet national financier. Mais après lui avoir offert le gîte et le couvert, l'hôte national pourrait bientôt lui céder sa résidence principale. De fait, la croissance de cette nouvelle identité judiciaire ne peut avoir lieu sans remettre en cause la place du juge pénal au sein de l'enquête.

223. Ce nouveau modèle de justice européenne fait autorité, au regard des pouvoirs de contrainte dont il dispose et surtout, grâce au dépassement de la simple coopération interétatique. Si l'on compare le parquet européen à ses partenaires, tels l'Agence européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale et l'Office européen de lutte antifraude, la lutte contre la criminalité organisée obtient une légitimité démocratique manifeste, puisqu'il ne s'agit plus d'une simple « table ronde de représentants nationaux »⁴⁸⁹. Après ces laboratoires d'expérimentation, selon l'expression de M. De Baynast, le parquet européen s'instaure comme une entité aboutie, qui complète les instruments de coopération, soit le principe de la reconnaissance mutuelle et le mandat d'arrêt européen. Il permet la mise en place d'une politique pénale européenne de lutte contre la fraude dont l'orientation est concertée avec les parlements nationaux, sans être neutralisée par ces derniers. En somme, le juste équilibre est atteint. Au-delà de la collégialité, le parquet européen va tisser un véritable réseau d'entraide judiciaire européenne. D'abord, et en premier lieu, avec le parquet national financier, dont il reprend des attributions. Mais encore, avec Eurojust, Europol et l'OLAF, lesquels vont devoir créer des liens étroits de collaboration avec le parquet européen. Il s'agit ici d'envisager notamment la mise en place d'équipes communes d'enquête, l'exécution des mandats européens ou le dialogue avec les agences européennes. L'article 5 du Règlement de 2017 impose aux autorités nationales une obligation générale d'assistance au bénéfice du parquet européen. Au-delà d'une coopération, le législateur européen met ici en place une complémentarité avec la justice nationale. Il est véritablement question « d'un bras armé chargé de coordonner

⁴⁸⁹ O. DE BAYNAST, « Le parquet européen menace ou facteur de progrès ? », Dossier. L'internationalisation de la justice, *Les Cahiers de la Justice* 2010/3 (N° 3), pp. 69 à 78.

l'action judiciaire au sein de 22 des 27 États membres en matière de lutte contre les atteintes financières au budget de l'Union »⁴⁹⁰, tant le parquet européen est comparable à une pieuvre, hors de l'eau. Des tentacules puissants encerclent la délinquance économique et financière à dimension européenne, par le biais de ce nouvel organe judiciaire. La collégialité interne, doublée de la coopération externe, lui confèrent une stature intéressante, et à tout le moins, absolument inédite.

224. Le recours aux procédures simplifiées – Autre caractéristique saillante du parquet européen, le recours aux procédures simplifiées, qui lui donne accès aux mêmes empiètements sur le pouvoir du juge du siège que le parquet national. L'article 40 du Règlement prévoit en effet en son paragraphe premier la possibilité d'opter pour une procédure accélérée de jugement : « Si le droit national applicable prévoit une procédure simplifiée en matière de poursuites visant au règlement définitif d'une affaire selon les modalités fixées d'un commun accord avec le suspect, le procureur européen délégué chargé de l'affaire peut, conformément à l'article 10, paragraphe 3, et à l'article 35, paragraphe 1, proposer à la chambre permanente compétente d'appliquer cette procédure conformément aux conditions prévues en droit national ». Concrètement, en droit français, cela lui permet de mettre en œuvre la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou la convention judiciaire d'intérêt privé. L'article 696-132 du Code de procédure pénale ouvre donc cette troisième voie au parquet européen, lui permettant non plus seulement d'enquêter, de poursuivre et de traduire l'auteur devant les juridictions nationales, mais à présent aussi, de le juger lui-même ! Il n'est même pas exigé qu'il obtienne l'accord des autorités nationales, leur avis étant tout juste requis lorsque l'atteinte commise à l'encontre de l'Union européenne ne dépasse pas celle d'une autre victime⁴⁹¹. En réalité, le pouvoir revient à la chambre permanente en charge du suivi de l'affaire, dans le cadre du fonctionnement collégial mis en place. Elle décide donc de l'opportunité d'un tel choix en fonction de la gravité de l'infraction, de la volonté de l'auteur présumé de réparer le dommage, des

⁴⁹⁰ J. SIMON, « La création du Parquet européen : nouveau bras armé de l'Union dans la lutte contre la délinquance économique et financière », *Lexbase*, La lettre juridique n° 845, 26 nov. 2020.

⁴⁹¹ Et ce, pour certaines infractions seulement, selon les termes de l'article 40, paragraphe 1 : « Lorsque le Parquet européen exerce une compétence à l'égard d'infractions visées à l'article 3, paragraphe 2, points a) et b), de la directive (UE) 2017/1371 et que le préjudice causé ou susceptible d'être causé aux intérêts financiers de l'Union n'excède pas le préjudice causé ou susceptible d'être causé à une autre victime, le procureur européen délégué chargé de l'affaire consulte les autorités nationales chargées des poursuites avant de proposer d'appliquer une procédure simplifiée en matière de poursuites ».

objectifs opérationnels et de la stratégie suivie par le parquet européen⁴⁹². La suite se passe exactement comme s'il s'agissait du parquet national, l'aboutissement de la procédure simplifiée de jugement donnant lieu à un classement de l'affaire par le procureur européen délégué⁴⁹³. Si le champ de la convention judiciaire d'intérêt privé est plus restreint que les compétences du parquet européen, celui de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est en revanche un terrain d'action privilégié, s'appliquant à toute la matière correctionnelle. Or, la première procédure ne concerne que les personnes morales alors que la seconde s'applique aux personnes physiques, de sorte qu'elle devrait exiger la réunion des qualités substantielles du juge pénal pour répondre aux exigences du procès équitable. Partant, si le parquet européen répond à certains de ces critères identitaires, il reste privé de toute impartialité, puisqu'il est une partie à la procédure.

225. Le préambule du Règlement (UE) 2017/1939 indique que les procureurs européens ont « pour mission de rechercher, de poursuivre et de renvoyer en jugement les auteurs des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au titre de la directive (UE) 2017/1371 [...] ainsi que des infractions qui leur sont indissociablement liées ». La directive dite « PIF » du 5 juillet 2017⁴⁹⁴, transposée par l'ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, délimite quant à elle leur terrain d'action. Des règles communes sont ainsi déterminées à l'égard des incriminations qui affectent le budget de l'Union européenne, et leurs sanctions. Sont visées les infractions qui concernent les dépenses de l'Union : escroquerie, abus de confiance, détournement de fonds publics et corruption, ainsi que ses recettes : fraudes à la TVA, contrebande et importation de biens ou de marchandises sans déclaration ou par fausse déclaration, escroquerie. Dès lors qu'elles répondront aux critères fixés par l'article 40 du Règlement, ces infractions pourront donc être jugées de façon simplifiée, notamment par le biais de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Une extension du recours à ces pratiques pourrait même être envisagée, selon l'interprétation qu'il est possible de donner à la

⁴⁹² Cons. UE, règl. (UE) 2017/1939, art. 40, § 2.

⁴⁹³ Cons. UE, règl. (UE) 2017/1939, art. 40, § 3.

⁴⁹⁴ Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.

rédaction du texte. En effet, le Règlement invoque la prise en compte de l'intérêt public européen dans le cadre de telles procédures, lequel pourrait concerner un panel d'infractions plus large que celui déjà considéré. Dans une telle perspective, le premier procureur européen délégué français plaide notamment pour la création d'une « convention judiciaire d'intérêt public européen » afin d'ouvrir en grand la voie des procédures accélérées au bénéfice de l'Union judiciaire européenne⁴⁹⁵.

226. Il faut dire que la fraude transnationale est dantesque, représentant une perte d'environ cinquante milliards pour les États⁴⁹⁶ et le détournement de plus de six cent milliards des fonds structurels de l'Union européenne. L'on comprend le souci du législateur européen d'être vétilleux, au regard de l'ampleur du phénomène. Dans ce contexte, le parquet européen se devait d'être un allobroge, capable de combattre la criminalité transfrontalière en grand guerrier. Outre son indépendance et son fonctionnement collégial, l'octroi de pouvoirs juridictionnels lui confère sans nul doute l'apparence d'un véritable juge pénal. Autorité judiciaire et juridictionnelle, le procureur européen reste néanmoins affecté de partialité.

B) Une autorité juridictionnelle

227. « Il s'agirait donc plutôt, si l'on transpose dans notre langue juridique, d'un juge d'instruction européen délégué que d'un procureur européen délégué »⁴⁹⁷, tant sa physionomie ressemble à celle de notre plus ancien juge du siège. Installé au Luxembourg, à proximité de la Cour de justice de l'Union européenne, le parquet européen est exclusivement compétent à l'égard des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Le périmètre d'action est donc restreint. Pourtant, cela ne l'empêche pas d'être particulièrement puissant au sein même de notre procédure pénale, ses modalités d'intervention étant conséquentes, et ce, au détriment des autres acteurs de l'enquête pénale.

⁴⁹⁵ F. BAAB, « Le parquet européen entre en scène », *Gaz. Pal.*, 16 mars 2021, n° 11, p. 79

⁴⁹⁶ Selon l'estimation des recettes de TVA réalisée par les instances communautaires. V. F. PERROTIN, « Création du parquet européen », *LPA*, 20 mars 2020, n° 58, p. 6.

⁴⁹⁷ M. LÉNA, « Une figure inaccoutumée », *AJ pén.*, 2021, p. 1.

228. Or, c'est le juge du siège qui paie le plus lourd tribut, dans la lutte contre la grande criminalité transfrontière. Du moins, l'un des deux juges du siège qui interviennent au sein de l'enquête pénale, car le juge des libertés et de la détention ne subit pas de déperdition de pouvoir. Une nouvelle fois, le juge d'instruction doit s'effacer et laisser place à un magistrat du parquet. Il s'agit cependant d'une version très élaborée du ministère public, qui cumule les régimes procéduraux et les pouvoirs des deux catégories de magistrats. Organisme génétiquement modifié, le parquet européen possède ainsi un droit d'évocation au sein de l'information judiciaire : « l'article 30 du Règlement implique l'octroi aux procureurs européens délégués de certains pouvoirs qui ressortissent, en l'état du droit français, à la compétence du juge d'instruction. L'idée est donc de créer une chimère, moitié procureur/moitié juge d'instruction »⁴⁹⁸. Il s'agit d'une priorité donnée au ministère public européen face aux autres autorités judiciaires nationales, sans distinction entre les juges du siège et les magistrats du parquet. De l'enquête policière à l'enquête judiciaire, seule compte la nature de l'atteinte, l'affaire échappant aux acteurs étatiques dès lors qu'elle touche aux intérêts de l'Union. Pour la première fois, le pouvoir du juge du siège est entièrement confisqué. L'on assiste ainsi à une transfiguration de l'enquête pénale, en ce qu'il est permis au procureur européen de prendre la place du juge d'instruction.

229. Pour ce faire, l'article 696-114 du Code de procédure pénale lui donne le pouvoir de mettre en examen, de placer sous le statut de témoin assisté et de recourir à des actes d'investigation qui ne peuvent être ordonnés qu'au cours d'une instruction, en raison de leur durée ou de leur nature. La loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, accepte donc de confier à un représentant du ministère public des pouvoirs juridictionnels. Une telle confusion des rôles entre siège et parquet a nécessité une adaptation de la procédure pénale française, le parquet national ne disposant pas des mêmes facultés que le juge d'instruction, malgré l'accroissement constant de ses pouvoirs. La majorité des mesures prévues par l'article 30 du Règlement sont déjà exercées par les procureurs étatiques, telles les perquisitions et saisies. En revanche, des mesures coercitives lui sont également ouvertes au cours des investigations par

⁴⁹⁸ O. CAHN, Les mutations du parquet (colloque du 4 octobre 2019 à Clermont) : « Mutations du ministère public sous l'influence du parquet européen - Faisons un rêve... », *Lexbase Pén.*, n° 22, 19 déc. 2019.

l'article 33, au premier rang desquelles la détention provisoire avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention : « Le procureur européen délégué chargé de l'affaire peut ordonner ou demander l'arrestation ou le placement en détention provisoire du suspect ou de la personne poursuivie, conformément au droit interne applicable dans le cadre de procédures nationales similaires ». L'entrée en scène du parquet européen ne pouvait donc se concevoir sans une remise en cause du système procédural en matière pénale, ce dernier ne lui donnant pas le droit de priver de liberté un suspect lors de l'enquête. Elle s'est traduite par un véritable exercice d'équilibriste plutôt que l'admission d'une refonte des cadres d'enquête.

230. L'idiosyncrasie du parquet européen s'exerce au sein de deux cadres distincts, définis par les articles 696-113 et 696-114 du Code de procédure pénale. Le premier ne heurte pas notre institution judiciaire en son principe, puisqu'il permet simplement au procureur européen délégué de conduire ses investigations comme le procureur de la République dans les affaires internes. Il se contente de suivre les règles classiques de l'enquête pénale, sans en détruire l'identité. En revanche, un basculement total des rôles et des pouvoirs des enquêteurs s'opère à son profit dès lors que des actes coercitifs sont décidés. Dans un tel cas de figure, au lieu de prendre le relais des investigations européennes, le juge d'instruction se voit purement et simplement écarté de l'enquête. L'on assiste ici à une vraie suppression du magistrat instructeur de la carte judiciaire, le procureur européen délégué recevant simultanément toutes ses attributions. Par conséquent, pour tout recours à un contrôle judiciaire, une assignation à résidence ou une détention provisoire à l'égard d'un suspect, pour l'audition d'un suspect contre lequel existent des indices graves et concordants de culpabilité et que l'audition ne peut avoir lieu que sous un régime de protection et la mise en œuvre de mesures d'investigations interdites durant l'enquête, le procureur européen mute en un juge d'instruction.

231. Il semble tout de même que le ministère public, quand bien même étranger, soit parvenu à se hisser en plein cœur du génome de l'enquête pénale, générant une mutation définitive de son identité. Outre l'exercice de pouvoirs plus denses : interrogatoires et confrontations, auditions de témoins, transports, commissions rogatoires, expertises,

mandats de recherche, de comparution ou d'amener⁴⁹⁹, le parquet européen sera surtout en mesure d'exercer les mêmes pouvoirs qu'une juridiction pénale. Il pourra procéder à la mise en examen, déterminer la recevabilité de la constitution de partie civile et placer un suspect sous contrôle judiciaire⁵⁰⁰. Les décisions en matière de placement, de prolongation et de modification de l'assignation à résidence avec surveillance électronique, comme celle de placement et de prolongation de la détention provisoire sont prises par le juge des libertés et de la détention, sur la base de ses réquisitions⁵⁰¹. Tout se passe donc comme si le procureur européen était juge d'instruction, ce dernier étant symétriquement obligé de recourir au juge des libertés et de la détention pour les mesures privatives de liberté. L'article 696-112 du Code de procédure pénale met à disposition la procédure entre les mains du parquet, le juge d'instruction préalablement saisi de l'affaire étant tenu de se dessaisir de la procédure au profit du Parquet européen lorsqu'il décide d'exercer sa compétence. La primauté de compétence du parquet européen ne se cantonne donc pas à l'obligation qui est faite au parquet national de céder la place, puisqu'il est également prioritaire sur le juge du siège⁵⁰². À ce titre, un auteur évoque avec raison « la destruction de la structure biologique de la procédure pénale »⁵⁰³ tant le fracas est grand pour le juge pénal. Il faut tout de même se rendre compte des incidences pour la juridiction pénale, laquelle ne dispose plus dans pareil cas de l'action publique. Il faut encore mesurer les conséquences pour l'identité du juge pénal, broyée sous les traits du parquet.

232. Le transfert des attributions du juge d'instruction vers le procureur européen procure à ce dernier des pouvoirs hors-normes, notamment à l'égard des parties à la procédure. La fusion avec le cadre de l'instruction lui donne la maîtrise des mesures les plus attentatoires aux libertés, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Il est aussi remarquable de relever que la décision de placement, de maintien et de modification du contrôle judiciaire, malgré son caractère hautement coercitif, n'est soumise à l'aval du juge des libertés et de la détention qu'*a posteriori*, dans un

⁴⁹⁹ Art. 696-118 du Code de procédure pénale.

⁵⁰⁰ Art. 696-119, al. 1 du Code de procédure pénale.

⁵⁰¹ Art. 696-120 et 696-121 du Code de procédure pénale.

⁵⁰² Art. 696-112, al. 1, du Code de procédure pénale : « Lorsque le Parquet européen décide d'exercer sa compétence, le procureur de la République ou le juge d'instruction saisi d'une enquête ou d'une information portant sur des faits relevant de l'article 696-108 est tenu de se dessaisir de la procédure au profit du Parquet européen en application du 1 de l'article 25 et du 5 de l'article 27 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 précité ».

⁵⁰³ E. VERGÈS, « Une chimère génétiquement modifiée : la procédure conduite par le Parquet européen délégué », *RSC* 2021, p. 143.

délai maximal de soixante-douze heures, et en cas de contestation⁵⁰⁴. Qui plus est, il peut ordonner la mainlevée des mesures restrictives ou privatives de liberté et changer les horaires de l'assignation à résidence avec surveillance électronique, lorsqu'il s'agit de modifications favorables à cette dernière ne touchant pas à l'équilibre de la mesure de contrôle⁵⁰⁵. Le procureur européen délégué endosse le rôle du juge d'instruction jusqu'au règlement de la procédure, en se prononçant sur son issue. La séparation des autorités de poursuite et d'instruction n'existe plus, alors même que les droits des parties sont les mêmes qu'au cours d'une instruction. Corrélativement, les droits de la défense sont en souffrance. L'assistance d'un avocat, l'accès au dossier, les demandes d'acte auprès du procureur délégué, les requêtes en annulation ou recours devant la chambre de l'instruction ont cours auprès du parquetier, comme s'il disposait de la même intégrité qu'un juge du siège. Tel n'est bien sûr pas le cas, son gain d'indépendance n'étant pas suffisant à éteindre le défaut constitutif qui l'anime.

233. À l'issue des investigations, le procureur européen délégué applique les règles de l'article 175 du Code de procédure pénale, en procédant au règlement de la procédure comme le juge d'instruction originel. Il décide donc du non-lieu, du renvoi devant une juridiction pénale ou d'une mise en accusation, par voie d'ordonnance. C'est en réalité la collégialité européenne qui s'exerce ici, puisque la décision est prise en amont, par la chambre permanente chargée de l'affaire. Le délégué représentera d'ailleurs le parquet européen lors de l'audience, si ce dernier décide de poursuivre l'auteur au terme de l'enquête. En somme, le parquet européen, qui est enquêteur, juge et partie à la fois, est laissé seul aux commandes de la première phase du procès pénal, dès lors qu'elle concerne les intérêts financiers de l'Union européenne. Or, le contrôle du juge des libertés et de la détention ne saurait à lui seul contrebalancer le défaut identitaire de cette autorité judiciaire européenne et son indépendance ne peut pallier sa partialité. Pourtant, il incarne la nouvelle identité pénale et préfigure la destruction de l'instruction préparatoire. En ce sens, les vingt-deux procureurs européens ont prêté serment devant la Cour de Justice de l'Union européenne d'exercer leurs fonctions « en pleine indépendance, dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble, et à ne solliciter ni accepter aucune instruction d'aucune personne ou entité extérieure au parquet

⁵⁰⁴ Art. 696-119, al. 2 du Code de procédure pénale.

⁵⁰⁵ Art. 696-122 du Code de procédure pénale.

européen »⁵⁰⁶. Hautement symbolique, l'audience d'installation du parquet européen marque résolument la naissance d'un nouveau modèle de juge pénal au stade de l'enquête.

Paragraphe II – Un enquêteur indépendant

« Oui mais... C'est tout de même un procureur. Et un procureur totalement indépendant des autorités nationales »⁵⁰⁷.

234. Notre garde des Sceaux vient d'affirmer que « Le Parquet européen doit être pris pour ce qu'il est : une adaptation en droit français d'une nouveauté européenne. Rien de plus, rien de moins ! »⁵⁰⁸. Faut-il le croire ? Assurément non. De fait, la nouvelle instance d'enquête européenne n'est pas l'adaptation bénigne d'une nouveauté mais une novation maligne dont la transposition au schéma procédural français suppose une profonde réorganisation du schéma procédural français. Au niveau national, elle conduit ainsi à envisager non seulement la transformation du magistrat du parquet (A) mais surtout, la disparition du juge d'instruction (B).

A) L'extension nationale du modèle

235. À première vue, le Règlement donne au procureur européen délégué une place comparable à celle du procureur de la République, son article 13 énonçant que « les procureurs européens délégués agissent au nom du Parquet européen dans leurs États membres respectifs et sont investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux dans le domaine des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires ». Selon le législateur européen, il conduit l'enquête et décide de l'action publique comme le parquet national, dès lors que la délinquance financière et économique porte atteinte aux intérêts de l'Union. Mais il ne s'agit en réalité que d'un trompe-l'œil, qui rend son intégration en droit interne bien plus sensible qu'il n'y paraît. Derrière l'innocente

⁵⁰⁶ CJUE, Installation du Parquet européen, communiqué de presse n° 118/20, 28 sept. 2020 [en ligne].

⁵⁰⁷ M. LÉNA, « Une figure inaccoutumée », *op. cit.*

⁵⁰⁸ V. Ass. Nat., Compte rendu n° 25, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République – Audition de M. Éric Dupond-Moretti, garde des Sceaux, ministre de la Justice et discussion générale sur le projet de loi, adopté par le Sénat, relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée (n° 2731), 24 nov. 2020.

présentation qui vient d'être exposée, se révèle une tout autre réalité. Le ministère public de l'Union juxtapose en une même et seule personne le visage du juge du siège et le corps du parquet. Son identité trouble remet en cause tous les codes établis, au sein de la première phase du procès pénal. Pour reprendre la formule d'un auteur, le procureur européen est bel et bien « une chimère génétiquement modifiée »⁵⁰⁹ ! De fait, ce magistrat-juge ou peut-être même ce juge-magistrat, selon les critères considérés, a conquis son indépendance.

236. Fruit d'un équilibre subtil « entre audace et réalisme politique »⁵¹⁰, l'idée d'un parquet européen remonte à quelques décennies. Elle fut présentée en 1997, plus exactement, au terme d'une réflexion collective, menée par le Professeur Delmas-Marty. Sous l'égide de la Commission européenne, un groupe d'experts avait anticipé la création d'un cadre unique d'enquête et de poursuites, applicable sur tout le territoire de l'Union. Dans ce *Corpus Juris* « portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne »⁵¹¹, le souhait d'un transfert total de souveraineté au niveau européen en matière judiciaire se doublait d'une volonté d'harmonisation des infractions concernées. Cependant, bien au-delà des difficultés techniques, c'est la répartition politique des pouvoirs qui a posé problème. Les États n'étaient pas encore prêts à concéder autant de puissance à une autorité judiciaire internationale, alors même que l'espace judiciaire commun était encore inexistant. Vingt ans plus tard, le Traité de Lisbonne en reprenait les fondements, en son article 86 : « Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par le règlement prévu au paragraphe 1. Il exerce devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative à ces infractions »⁵¹². Puis en 2001, un Livre vert de la Commission affinait ce mouvement de coopération judiciaire⁵¹³, sans encore en révéler l'architecture. C'est donc seulement en 2017 que cette instance révolutionnaire a réellement pris forme, par le règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017

⁵⁰⁹ E. VERGÈS, « Une chimère génétiquement modifiée : la procédure conduite par le Parquet européen délégué », *op. cit.*

⁵¹⁰ F. BAAB, « Le parquet européen entre en scène », *Gaz. Pal.*, 16 mars 2021, n° 11, p. 79.

⁵¹¹ *Corpus Juris* « portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », sous la responsabilité de M. DELMAS-MARTY, *Economica*, Paris, 1997.

⁵¹² Art. 86, 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé le 13 décembre 2007.

⁵¹³ Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM (2001) 715 final du 11 décembre 2001.

mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. Ce dernier est à l'origine de la qualité la plus saillante du nouvel enquêteur européen, à savoir son indépendance. *Ex-aequo* avec le droit d'évocation, l'indépendance du parquet européen le distingue de tous les autres modèles de l'enquête, et lui confère presque la stature d'un véritable juge pénal.

237. Coexistent donc à présent « au sein d'un ministère public indivisible et hiérarchisé des procureurs indépendants du garde des Sceaux et d'autres soumis à son autorité »⁵¹⁴. Étonnamment, la réforme tant attendue du statut du parquet s'est intégrée au droit national par un habile pas de côté. L'article 6 du règlement (UE) 2017/1939 portant création du parquet européen du 12 octobre 2017 dispose que les procureurs « agissent dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble, au sens de la législation, et ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune personne extérieure au Parquet européen ». Cela revient à les déclarer totalement indépendants des autorités nationales, alors même qu'ils investiguent sur le territoire français. Il s'agit presque d'un acte de militantisme pour une refonte globale du statut du parquet, afin que la France accepte enfin de clarifier sa position, comme d'autres États membres l'ont fait avant elle. Mais à présent, comment accepter la subordination des parquetiers nationaux à l'exécutif lorsque leurs homologues européens peuvent agir sur les mêmes affaires les mains libres ? L'indépendance du ministère public européen révolutionne en tous points l'identité du juge pénal au sein de l'enquête. Ce dernier n'est pas seulement un magistrat, au sens générique du terme, mais un quasi-juge, selon la définition fixée par la Cour européenne des droits de l'homme.

238. Dans un tel contexte, la doctrine s'interroge à juste titre sur la probable extension du modèle choisi pour l'Europe pénale au procureur de la République. L'enjeu est de taille, en ce que l'indépendance du parquet européen lui permet d'instruire les affaires qui entrent dans son champ de compétence, alors même qu'il demeure autorité de poursuites. Partant, le nouveau modèle de ministère public « tente de briser une digue que l'on croyait pourtant dirimante, celle élevée par le principe de

⁵¹⁴ O. CAHN, Les mutations du parquet (colloque du 4 octobre 2019 à Clermont) : « Mutations du ministère public sous l'influence du parquet européen - Faisons un rêve... », *op. cit.*

séparation des fonctions d’instruction et de poursuites »⁵¹⁵. Il semble donc que le statut inédit du parquet européen lui permette de dépasser les frontières les plus infranchissables de notre procédure pénale. Il convient toutefois de relativiser l’indépendance dont il jouit, celle-ci n’étant valable qu’au niveau national. De fait, au niveau européen c’est une tout autre histoire ! En réalité, le parquet européen se trouve à l’extrémité d’une chaîne hiérarchique à laquelle il est parfaitement subordonné. Au niveau central, le chef du parquet européen dirige toute la structure et le collège de procureurs européens, donne les principales orientations, en déterminant les stratégies qu’elle doit suivre. L’un et l’autre n’interviennent pas dans les dossiers particuliers, évitant ainsi quelque partialité peu négociable⁵¹⁶. En revanche, les chambres permanentes supervisent entièrement les enquêtes menées au niveau national, notamment par la décision d’orientation de la procédure, au terme des investigations. Surtout, elles interviennent en amont, en prenant des décisions opérationnelles, comme l’ouverture d’une affaire spécifique⁵¹⁷. Leur rôle se traduit donc concrètement par les instructions individuelles qui sont données aux procureurs européens sur le terrain. En définitive, l’indépendance saluée au niveau national n’existe pas à l’échelon européen, alors même que la décision d’orientation de la procédure sera prise de façon collégiale par le parquet européen. Il apparaît immédiatement ici une première brèche dans le modèle prôné. Pour être considérée comme telle, la mutation du juge pénal doit transformer son identité. L’indépendance du parquet européen induit une telle transformation, son indépendance lui permettant d’évincer le juge d’instruction de l’enquête pénale, dès lors que l’affaire lui revient. L’information judiciaire est alors menée par un magistrat du parquet, dont l’indépendance offre un certain alignement identitaire sur le juge du siège. Cependant, le lien rompu au niveau horizontal se retrouve à la verticale, le procureur délégué restant tout à fait dépendant de l’exécutif européen. Ainsi, malgré l’opportunité ouverte au parquet européen de mener l’instruction préparatoire à la place du juge du siège, il ne possède pas la qualité la plus essentielle d’un juge pénal, l’article 13, 1. du Règlement précisant bien que « Les procureurs européens délégués agissent au nom du Parquet européen dans leurs États membres respectifs (...) ».

⁵¹⁵ A. BOTTON, « Le procureur européen délégué français, modèle du futur Parquet national ? À propos de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale », *JCP G* n° 7, 15 fév. 2021, ét. 201, pp. 351 et s.

⁵¹⁶ Cons. UE, règl. (UE) 2017/1939, art. 9, § 2.

⁵¹⁷ Cons. UE, règl. (UE) 2017/1939, art. 10.

239. Par ailleurs, et avant d'envisager la réforme du parquet national tant attendue, il convient de relever une seconde brèche dans le modèle choisi pour défendre les intérêts de l'Union. En effet, sur le papier, l'indépendance semble parfaite sur le plan étatique. L'article 6 du Règlement énonce d'abord que « Le Parquet européen est indépendant. Le chef du Parquet européen, ses adjoints, les procureurs européens, les procureurs européens délégués, le directeur administratif ainsi que le personnel du Parquet européen, dans l'exercice des fonctions qui leur sont dévolues par le présent règlement, agissent dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble, au sens de la législation, et ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune personne extérieure au Parquet européen, d'aucun État membre de l'Union européenne, ou d'aucune institution, d'aucun organe ou organisme de l'Union (...) ». L'article 696-109 du Code de procédure pénale lui fait écho, en excluant toute subordination des procureurs européens délégués sur le sol français. Par conséquent, un procureur délégué ne peut recevoir aucune instruction individuelle du procureur général de la cour d'appel de Paris⁵¹⁸. De l'extérieur, le parquet européen semble libre de ses mouvements, ce qui lui permet d'envahir l'instruction préparatoire et de la régler, sans être soupçonné de recevoir des consignes de l'exécutif. Pourtant, outre le fait qu'il applique déjà la volonté des autorités européennes, autorités qui ont diligenté les investigations, il ne faut pas oublier que le procureur européen délégué est un membre du parquet national autorisé à se détacher de ses fonctions pour un temps seulement. Dès lors, il semble particulièrement délicat de mettre de côté les articles 64 et 65 de notre Constitution, qui impliquent l'indépendance du juge du siège et *a contrario*, la dépendance statutaire des magistrats du parquet en France. Comme le résume parfaitement un auteur : « le caractère hybride du procureur européen délégué nous semble grevé, en France tout du moins, d'un doute quant à la réalité de son indépendance. Sans sombrer dans la paranoïa, un parquetier national, dont les nominations et partant la carrière, relèvent de la compétence – exercée ou non – de l'exécutif, sera-t-il tout à fait libre dans l'exercice de ses fonctions de procureur européen ? N'aura-t-il, en agissant ainsi au seul nom du Parquet européen, aucune appréhension quant à ses futures nominations nationales ? Rien ne permet de l'affirmer. Rien ne l'exclut tout autant »⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Le tribunal judiciaire de Paris ayant compétence exclusive à l'égard des attributions du parquet européen.

⁵¹⁹ A. BOTTON, « Le procureur européen délégué français, modèle du futur Parquet national ? À propos de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale », *op. cit.*

240. En définitive, la mutation identitaire tant espérée du parquetier national, dont l'impulsion aurait pu naître en copie du modèle européen, ne semble pas si évidente. L'indépendance du procureur européen est faite de carton-pâte, écartelée entre la politique pénale de l'Union européenne qu'il est contraint de suivre et reliée à son statut national, lequel détermine l'évolution de sa carrière au sein de la magistrature française. Il faisait déjà fi de toute impartialité à l'aune du cumul des fonctions de poursuite et d'instruction. Il était excusé, ou pour le moins le dépassement des limites était toléré, compte tenu de son indépendance. Mais si cette qualité est illusoire, comment accepter le double défaut à l'égard d'une autorité judiciaire qui peut décider de mettre en examen un suspect ou de diligenter des mesures hautement intrusives sans recours au juge du siège ? Plus encore, quel argument reste-t-il pour convaincre du bien-fondé de la réforme du parquet national, dès lors que son *alter ego* ne possède pas vraiment l'identité escomptée ? Il est impossible de prédire avec certitude l'incidence que pourra avoir l'insolente figure de l'Europe pénale sur notre système procédural. Toujours est-il que l'admission de ce nouvel acteur dans la phase préparatoire du procès pénal n'augure rien de bon pour notre juge d'instruction. Ainsi, l'« intuition que la mise en place du Parquet européen donnera l'estocade à l'instruction "à la française" se trouve ainsi confirmée ; la nécessité de ne pas baisser la garde devant une telle réforme, aussi inévitable soit-elle, l'est également »⁵²⁰.

B) La disparition du juge d'instruction

241. « *Voilà un procureur qui revêtira parfois les habits d'un juge* »⁵²¹ : c'est en réalité bien plus qu'un costume qu'endosse le procureur européen délégué lorsqu'il conduit l'instruction préparatoire à la place du juge du siège, puisqu'il ne se contente pas d'emprunter ses pouvoirs, mais les préempte. En effet, cette nouvelle entité ne possède pas uniquement des pouvoirs d'enquête classiques, mais également des pouvoirs d'instruction, qui lui permettent de mener des investigations similaires à celles du juge du siège. Ainsi, en matière de fraudes ou de manquements à la probité au regard des intérêts financiers de l'Union, l'enquête européenne se dispense

⁵²⁰ V. J. LEBLOIS-HAPPE, « Les dispositions de la loi du 24 décembre 2020 relatives au Parquet européen ou l'avènement du procureur "augmenté" », *AJ pén.* 2021, p. 64.

⁵²¹ F. BAAB, « Le parquet européen entre en scène », *op. cit.*

totale du juge d'instruction. L'article 696-122 du Code de procédure pénale organise le transfert de l'enquête des mains du juge du siège à celles du procureur délégué, dès que les faits concernent les intérêts de l'Union. Condition *sine qua non* à la compatibilité du parquet européen avec le modèle procédural français, le dessaisissement du juge d'instruction à son profit semble naturel. Frédéric Baab, notre premier représentant au sein de l'institution, l'exprime sans ambages, lorsqu'il évoque les circonstances de la création de la nouvelle instance européenne : « *la difficulté en France tient à la présence du juge d'instruction dont le maintien dans le champ de compétence du Parquet européen est incompatible avec sa mise en place [...] : nous n'allions pas créer un Parquet européen pour qu'il se dessaisisse immédiatement après au profit d'une autorité judiciaire nationale qui aurait agi selon son bon vouloir, sans se sentir tenue par les instructions données par la chambre permanente. Comment voulez-vous construire une politique pénale européenne dans ces conditions ?* »⁵²². Construire une Europe pénale est certes primordial, mais au niveau supranational comme au niveau étatique, l'efficacité des investigations ne devrait pas l'emporter sur l'équité procédurale. Notre législateur, qui ne s'en soucie guère, ne supprime pas pour autant l'instruction préparatoire, préférant en évincer le juge du siège, lequel la conduit habituellement en droit interne. Ainsi le procureur européen peut-il intervenir au sein de l'information judiciaire en lieu et place du juge d'instruction, avec la simple caution du juge des libertés et de la détention pour les actes les plus attentatoires aux droits fondamentaux. Finalement, l'hypocrisie consistant à écarter le juge d'instruction par des manœuvres dilatoires persiste, en atteignant toutefois un nouveau palier. Sans se résoudre à supprimer le cadre de l'information judiciaire, le législateur français admet pour la première fois de remplacer l'identité de son juge pénal.

242. En 2019, 17 174 affaires seulement ont été transmises à un juge d'instruction sur les 606 225 affaires poursuivies par les parquets français⁵²³. Les simagrées ne sont plus permises au sein de l'information judiciaire : avec moins de 3 % des affaires pénales sous son commandement, le juge du siège a vu son identité détruite par l'assujettissement de la procédure pénale au ministère public. Le fait que ses pouvoirs demeurent forts, comme le fait que son rôle soit réservé aux affaires les plus ardues, ne

⁵²² F. BAAB, « Le Parquet européen, une coopération judiciaire renforcée », *Dr. pén.* n° 4, avr. 2021.

⁵²³ V. Les chiffres clés de la Justice 2019.

sont pas suffisants à compenser la mutation qui s'opère sur le champ de bataille. Voire, la mutation qui s'est très certainement déjà opérée. Le basculement de l'enquête dans un système dominé par le parquet a ouvert grand la voie à l'intégration d'un modèle de magistrat encore plus poussé, qui s'épanouit sous les traits du procureur européen⁵²⁴. Le contournement de l'étape de l'instruction n'est certes pas aussi absolu qu'il aurait pu l'être, au regard des ambitions abandonnées par la chancellerie. Au lieu de créer un régime d'enquête sur-mesure, le ministère a préféré intégrer la nouvelle institution au sein du cadre existant, de sorte que les adaptations du droit interne se limitent à l'information judiciaire⁵²⁵. Le parquet européen ne dispose pas d'un régime juridique spécifique pour conduire ses investigations : il est un organe nouveau dans un système judiciaire ancien. Un peu comme le juge des libertés et de la détention en son temps, le parquet européen promet une grande révolution de l'enquête pénale. Si l'écoulement du temps a démenti une telle annonce pour le premier, le second aura sans doute un devenir plus majestueux. Doté des qualités du juge du siège doublées des pouvoirs des magistrats du parquet, ce mutant possède une identité hybride. Redoutable, il pourrait cette fois signer la disparition du juge d'instruction.

243. La démarche des pouvoirs publics français n'est peut-être pas si fortuite qu'elle en a l'air, au regard de l'asphyxie progressive du juge d'instruction, amorcée bien avant l'arrivée du parquet européen⁵²⁶. Alors que le Règlement laissait aux États membres une latitude relativement intéressante quant à l'adaptation des pouvoirs du parquet européen, la France n'a pas souhaité saisir l'opportunité de créer une procédure *ad hoc*. Invoquant la simplicité, les parlementaires ont opté pour ce que d'aucuns nomment « un monstre procédural »⁵²⁷. De fait, le procureur européen pouvait parfaitement jouir de l'extension de ses pouvoirs au sein de l'enquête classique, les dérogations étant déjà admises avec une infinie souplesse à l'égard du parquet national. La simple caution du

⁵²⁴ Lire les développements consacrés à l'adaptation du droit interne au Règlement européen par Etienne VERGÈS, « Une chimère génétiquement modifiée : la procédure conduite par le Parquet européen délégué », *op. cit.*

⁵²⁵ V. l'étude d'impact du projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, 29 janv. 2020, NOR : JUSX1933222L/Bleue-,1 p. 72 : « le procureur européen délégué aurait pu bénéficier d'un cadre d'enquête entièrement nouveau pour conduire ses investigations. [...] afin de faciliter au mieux l'intégration du procureur européen délégué français dans le cadre procédural national, il semble indispensable que les investigations qu'il mène s'inscrivent dans le cadre d'enquête existant tant au stade de l'enquête qu'au stade de l'instruction. [...] cette solution est plus simple, et nécessite simplement des adaptations lorsque le procureur délégué agit dans le cadre de ce qui correspond à l'instruction, certains actes pouvant alors être directement accomplis par ce magistrat ».

⁵²⁶ V. not. J. PRADEL, « le juge d'instruction, quelle place dans la procédure pénale ? », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

⁵²⁷ E. VERGÈS, « Une chimère génétiquement modifiée : la procédure conduite par le Parquet européen délégué », *op. cit.*

juge des libertés et de la détention aurait ainsi suffi à l'exercice de prérogatives normalement dévolues à l'instruction préparatoire. Il est tout de même paradoxal de recourir au cadre de l'information judiciaire pour les mêmes actes d'enquête, dès lors qu'il s'agit d'un enquêteur européen. Comment interpréter une telle décision, sinon comme la volonté d'évincer le juge d'instruction de ses derniers bastions ?

244. Il reste toutefois un obstacle magistral à l'admission du parquet européen en tant que juge d'instruction *bis* : l'opportunité des poursuites. Dans ce nouvel ordre juridique européen, la saisine de la juridiction pénale se confond avec la phase préalable à la mise en mouvement de l'action publique. En ce sens, l'article 696-129 du Code de procédure pénale évoque les droits des parties sans distinction des statuts : « les personnes mises en examen, témoins assistés ou parties civiles exercent l'intégralité des droits qui leur sont reconnus par le présent code au cours de l'instruction ». Or, le témoin assisté n'a jamais été une partie à la procédure, ce statut procédural le privant de voie de recours et de l'exercice plénier des droits de la défense⁵²⁸. La jurisprudence est constante sur ce point, l'assemblée plénière de la Cour de cassation l'ayant elle-même confirmé en 2017⁵²⁹. Ici, il accède aux mêmes droits que le mis en examen ou la partie civile, et sous l'égide d'un parquetier. De la même façon, la constitution de partie civile ne demeure possible que dans le cadre restreint de l'information judiciaire, l'article 696-131 du Code de procédure pénale ayant exclu la mise en mouvement de l'action publique pour cette dernière par voie d'action. Il est donc uniquement permis à la victime d'agir par voie d'intervention, sans pour autant déclencher véritablement l'action publique, puisqu'aucune juridiction n'est saisie lors de l'enquête européenne. Ainsi, le procureur délégué, élevé au rang d'autorité juridictionnelle, rend des ordonnances sans avoir déclenché l'action publique. Puis, il règle l'instruction préparatoire selon les instructions des chambres permanentes de l'institution, tout en ayant le loisir de renvoyer l'affaire devant une juridiction de jugement nationale⁵³⁰. Enfin, il exerce son rôle de demandeur à l'action publique lors du procès pénal, passant ainsi du rôle de juge à celui de partie sans égard pour l'équité procédurale. La mutation identitaire du juge pénal est cette fois incontestable et dangereuse au regard des

⁵²⁸ Des droits lui sont tout de même reconnus aux articles 113-1 à 113-8 du Code de procédure pénale.

⁵²⁹ V. Cass. crim., 21 juin 2005, n° 04-87.797, confirmé par : Cass., Ass. plén., 13 oct. 2017, n° 17-83.620, *D.* 2017. 2101 ; *RSC* 2017, p. 767, obs. F. CORDIER.

⁵³⁰ Art. 696-132 du Code de procédure pénale.

exigences du procès équitable : « Confondre les actes émis par le parquet (des réquisitions, des citations) et ceux émis par des juridictions est hautement problématique. Cela laisse à penser que les fonctions des acteurs du procès pénal sont interchangeable et qu'un même acteur peut agir comme une partie au procès et comme un juge »⁵³¹. Face à une telle confusion des rôles des acteurs du procès pénal, il sera bientôt complexe d'enseigner l'introduction au droit aux étudiants de première année ! Insolite, cette navette pénale met surtout en exergue la possibilité de traiter l'information judiciaire comme un cadre d'enquête classique.

245. L'avenir du juge d'instruction est mis en suspens, comme le soulignait avec éloquence un communiqué de presse du Conseil supérieur de la magistrature du 17 février 2020 intitulé : « Projet de loi relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée : premiers pas vers une suppression du juge d'instruction ? ». Le point d'interrogation n'a plus vraiment lieu d'exister, à présent que le parquet européen a pris ses fonctions en supplantant le juge du siège. Il apparaît même comme plus puissant, le juge d'instruction ne pouvant s'autosaisir⁵³², là où le procureur européen maîtrise l'ouverture de l'information⁵³³. La doctrine la plus avertie s'accorde pour considérer ici l'avènement d'une grande mutation au niveau interne, tant le transfert des pouvoirs du juge d'instruction vers le procureur européen signe la fin du paysage judiciaire traditionnel⁵³⁴. Pressentie depuis longtemps, la future organisation de l'enquête pénale prend la forme d'un nouveau duo entre le ministère public et le juge du siège. Cependant, ce dernier ne sera plus le juge d'instruction, progressivement écarté de l'enquête pénale par les réformes successives. Le juge des libertés et de la détention prendra sa place, recevant toutes les faveurs législatives en tant que nouveau garant de la liberté individuelle. Cela se perçoit sans détours avec la mise en place du parquet européen, qui accède aux mesures les plus intrusives de l'enquête dès lors qu'il obtient l'autorisation du juge des libertés. Les perquisitions sans assentiment, en dehors de la flagrance, les interceptions de correspondance ou la géolocalisation peuvent ainsi

⁵³¹ E. VERGÈS, « Une chimère génétiquement modifiée : la procédure conduite par le Parquet européen délégué », *op. cit.*

⁵³² Art. 80 du Code de procédure pénale.

⁵³³ V. J. LEBLOIS-HAPPE, « Les dispositions de la loi du 24 décembre 2020 relatives au Parquet européen ou l'avènement du procureur "augmenté" », *op. cit.*

⁵³⁴ V. H. CHRISTODOULOU, « Le parquet européen à l'origine de la mutation de la procédure pénale nationale », *Le droit en débats*, 27 févr. 2020 ; « Sur la route du parquet européen : de l'accélération de l'Union européenne au frein du législateur national », *Gaz. Pal.*, 24 nov. 2020, n° 41, p. 18. L'auteur a consacré une thèse à la question du parquet européen, qui rejoint une telle analyse quant à l'avenir du juge d'instruction : *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2021.

être requises par le procureur délégué et mises en œuvre avec l'accord du juge des libertés et de la détention, sans aucun recours au juge d'instruction⁵³⁵. Ici écartée, la concurrence du juge d'instruction risque d'être bientôt, là-bas, totalement supprimée, la réussite de cette nouvelle instance judiciaire laissant présager une accélération du processus de disparition du juge d'instruction⁵³⁶. La fusion des cadres d'investigation consolide ainsi la position du parquet alors même que l'indépendance consubstantielle à l'exercice de pouvoirs juridictionnels est loin d'être remplie. Le juge des libertés et de la détention sert de caution, en contrôlant directement certaines décisions du procureur européen, comme le placement sous contrôle judiciaire, qu'il peut vérifier *a posteriori*. De façon plus générale, il s'agit de redessiner l'enquête pénale en fonction des actes souhaités et des statuts octroyés aux parties et non plus du juge désigné pour diligenter les investigations. Comme une étape transitoire sur la voie du démantèlement de l'identité du juge pénal au sein de l'enquête, l'information judiciaire est conservée, sans son juge : « ainsi présenté, le nouveau dispositif pourrait être réduit à une réplique de la phase d'instruction, le juge éponyme en moins : si l'action n'est plus portée devant lui, la participation effective à la procédure reste dépendante de l'attribution de statuts, dont la reconnaissance peut d'ailleurs être imposée »⁵³⁷. Gageons de l'audace du législateur national pour supprimer définitivement l'ensemble de l'institution dès qu'il en aura l'occasion !

Conclusion de la section 2

246. Aujourd'hui, vingt-deux états membres de l'Union européenne ont consenti à intégrer le parquet européen dans leur législation interne⁵³⁸. Il s'agit donc d'une réforme d'envergure, qui implique une redistribution des pouvoirs judiciaires, dans un souci d'efficacité procédurale. De fait, un parquet européen « indépendant, à la fois

⁵³⁵ Art. 696-126 et 696-127 du Code de procédure pénale.

⁵³⁶ A. GOGORZA, « Loi relative au Parquet européen : d'une nouvelle figure du parquet à un nouveau modèle de procès pénal », *Lexbase Pén.*, n° 35, 25 fév. 2021.

⁵³⁷ *Ibidem*.

⁵³⁸ À ce propos, v. F. FAGES, « Le parquet européen bientôt en activité », *LPA*, 18 janv. 2021, n° 012, p. 3 : « Aujourd'hui, la Hongrie, le Danemark, l'Irlande, la Pologne et la Suède ne souhaitent pas participer à ce projet judiciaire. Dans un rapport publié en 2020, le Parlement européen séparait en deux groupes les pays ayant refusé de participer au fonctionnement du parquet européen. Dans le premier groupe, composé du Danemark et de l'Irlande, le refus ne serait que le prolongement des régimes dérogatoires dont disposent ces deux États membres en matière de coopération judiciaire. Dans le second groupe, composé de la Hongrie, de la Pologne et de la Suède, des divergences et des raisons de politique intérieure auraient conduit au refus. Ces positions ne sont toutefois pas figées et les textes permettent, par ailleurs, aux non-participants de rejoindre le projet quand ils le souhaiteront, ou de mettre en place des coopérations spécifiques en attendant que ce soit le cas. Des discussions ont débuté avec la Suède. On peut penser que les autres États suivront la marche ».

légitime au regard de l'état de droit (contrôle judiciaire amélioré) et efficace face à la globalisation (pouvoirs renforcés), contribuerait non seulement à consolider l'ordre juridique européen, mais encore à préfigurer un futur ordre juridique mondial pluraliste et néanmoins ordonné [...] »⁵³⁹. En contrepartie, les intérêts de l'Union européenne sonnent le glas du juge d'instruction, pour lequel un requiem ne sera sans doute plus suffisant⁵⁴⁰. Au-delà du simulacre de procès équitable, la suppression du juge d'instruction signifie un amoindrissement des droits des parties, notamment par le recours privilégié à l'enquête classique et les garanties limitées offertes par un pseudo juge pénal. En définitive, « le régime issu de la loi du 24 décembre 2020 est le prototype d'un genre nouveau : une procédure génétiquement modifiée, qui mêle les parties et les juridictions, les étapes antérieures et postérieures à la mise en mouvement de l'action publique, qui reconnaît un statut de partie avant même qu'un procès n'ait débuté et qui octroie au Parquet des pouvoirs qui devraient être réservés à un juge »⁵⁴¹. Procureur et juge à la fois, la nouvelle figure de l'enquête s'appuie sur le juge des libertés et de la détention pour accroître ses pouvoirs, profitant de l'élasticité d'un juge pénal fait de cristal.

247. Partout dans le monde, le parquet devient le maître de l'enquête, le juge du siège ne maîtrisant plus que le contrôle de la légalité⁵⁴². Dans ce nouvel ordonnancement, la destruction de l'identité judiciaire française, au sein de l'enquête pénale, suit exactement une telle logique. Face au maître de l'enquête, le contrôle de la légalité est désormais confié au juge des libertés et de la détention.

⁵³⁹ M. DELMAS-MARTY, « Propos introductifs. Le double contexte du Règlement instituant le parquet européen », *RSC* 2018, n° 3, pp. 619-624.

⁵⁴⁰ V. P. CONTE, « Les procureurs délégués européens. Requiem pour le juge d'instruction », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, LexisNexis, 2 avr. 2021.

⁵⁴¹ E. VERGÈS, « Une chimère génétiquement modifiée : la procédure conduite par le Parquet européen délégué », *op. cit.*

⁵⁴² V. M. LARTIGUE, « Le parquet européen, un cadre qui reste encore à définir en France », *Gaz. Pal.* 23 mars 2021, n° 12, p. 7, qui rapporte ici les propos du premier procureur européen pour la France, le magistrat Frédéric BAAB, venu à la rencontre des élus du Conseil national des barreaux pour leur présenter l'institution.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

« *Le "droit de la sécurité nationale" étant en passe de devenir une nouvelle branche particulièrement draconienne du droit répressif, il reste à espérer que les juges sauront privilégier leur noble rôle de rempart des libertés* »⁵⁴³.

248. Il n'est plus certain aujourd'hui que le juge d'instruction appartienne toujours au rang de la noblesse. Son rôle est plutôt celui d'un aristocrate, quant à la sauvegarde des libertés. Il a la distinction, les manières et les qualités mondaines d'un juge du siège⁵⁴⁴, mais il n'a pas la grandeur de ceux qui en détiennent véritablement le titre. Cette défaillance manifeste face au modèle européen a profité au législateur, dans sa volonté de déplacer l'identité du juge pénal sous le signe de l'efficacité.

249. Par le biais d'une politique sécuritaire, les pouvoirs autrefois réservés à l'instruction préparatoire sont maintenant dévolus au parquet, dans le cadre des procédures dérogatoires. Le terrorisme, et plus largement la délinquance organisée, ont permis l'utilisation des techniques les plus intrusives hors l'information judiciaire. Mais le glissement est encore aggravé lorsqu'il ne se limite pas à la police judiciaire, étant alors transféré à l'autorité administrative. Le Conseil d'État lui-même hésite devant les finalités de l'enquête administrative, ayant pu estimer « qu'il appartient en outre à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises »⁵⁴⁵ avant de se raviser, en considérant que la prévention des infractions pénales ne peut intéresser l'ordre administratif que si elle engendre une menace pour la sécurité publique⁵⁴⁶. Le législateur est quant à lui bien

⁵⁴³ J. ALIX et O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.*

⁵⁴⁴ Selon la définition littéraire du terme « aristocrate » donnée par le Dictionnaire Larousse (en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/aristocrate/5249>).

⁵⁴⁵ CE, ord., 9 janv. 2014, n° 374508 (à propos de l'affaire *Dieudonné* : CE, juge des référés, 9 janv. 2014, n° 374508, *Min. de l'Int. c/ Sté Les Productions de la Plume : Lebon*, p. 1 ; CE, juge des référés, 10 janv. 2014, n° 374528 et CE, juge des référés, 11 janv. 2014, n° 374552, *Sté Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala* : *AJDA* 2014, p. 79 ; *ibid.*, p. 866 ; *ibid.*, p. 129, tribune B ; SEILLER ; *ibid.*, p. 473, tribune C. BROUELLE, note J. PETIT ; *AJCT* 2014, p. 157, obs. G. LE CHATELIER).

⁵⁴⁶ CE, 9 nov. 2015, n° 376107, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne c/ Sté Les productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala* : *Lebon*, p. 377 ; *AJDA* 2015, p. 2118 ; *ibid.*, p. 2508, concl. A. BRETONNEAU ; *ibid.*, p. 2512, note X. BIOY ; *AJCT* 2016, p. 220, obs. J. GATÉ ; *RFDA* 2016, p. 791, note P. BON ; *Dr. adm.* 2016, comm. 17, note G. EVEILLARD ; *JCP Adm.* 2016, n° 2065, note H. PAULIAT.

moins fébrile au regard de la spoliation des attributions du juge d'instruction. La surveillance pénale participe activement à la destruction identitaire de l'enquête, en transférant la contrainte entre les mains du parquet. Or, s'il était acceptable que le juge d'instruction partage ses pouvoirs avec le juge des libertés et de la détention afin de préserver les droits processuels, il est peu tolérable qu'il les concède au ministère public, lequel préjudicie les garanties du procès.

250. La montée en puissance des procureurs trouve cependant son apothéose sur le terrain de la spécialisation. Chaque nouvelle forme de délinquance devient prétexte à l'accroissement des pouvoirs du parquet, en ce qu'elle justifie la mise en œuvre d'une formation *ad hoc*, au détriment du juge d'instruction. Les dérogations d'abord accordées sous le prisme de la délinquance organisée se poursuivent ainsi en diagonale, par le biais de la délinquance économique, financière, de presse ou encore écologique. À nouveau, le pouvoir du juge d'instruction est confisqué et les libertés fondamentales sont altérées.

251. Le parquet européen vient d'être créé et l'avenir du juge d'instruction est menacé. Inédit, ce nouveau modèle judiciaire remplit enfin la condition d'indépendance que le législateur n'a jamais octroyée au parquet national. Il concurrence directement le juge d'instruction, qui s'est toujours soustrait à l'impartialité espérée. Empruntant les qualités des deux magistratures, le parquet européen révolutionne l'identité du juge pénal. Cette autorité juridictionnelle collégiale invite à la reconfiguration de l'enquête, notamment par la naissance d'une nouvelle identité judiciaire.

CONCLUSION DU TITRE 1

« Si Beccaria prenait la plume aujourd’hui, il ne manquerait pas de constater le déplacement du centre de gravité de la procédure pénale, de l’instruction vers l’enquête et, avec lui, il observerait que de nombreuses atteintes peuvent être portées aux droits individuels »⁵⁴⁷.

252. Placé en apesanteur dans la phase préparatoire du procès pénal, le juge d’instruction ne peut qu’observer les droits fondamentaux plier sous le poids du ministère public. L’information judiciaire a connu de nombreuses évolutions, imposant au juge qui l’incarne de profondes métamorphoses. Parmi elles, l’attribution de pouvoirs juridictionnels dans la recherche de la vérité, a marqué simultanément la grandeur et la décadence de ce magistrat singulier. La grandeur, parce qu’il lui est permis de protéger les garanties du procès équitable. La décadence, parce qu’il ne peut s’y employer avec la probité exigée.

253. L’impartialité, qualité viscérale du juge pénal, ne peut en effet être reconnue à ce juge qui appartient pourtant au siège. Toujours partagé entre les investigations pénales et la sauvegarde des libertés fondamentales, il porte le lourd fardeau d’une identité dissociée. Le législateur a essayé d’y remédier, en lui retirant d’abord la privation de liberté au profit du juge des libertés et de la détention. Mais derrière une apparente sollicitude pour l’équité du procès, les réformes législatives emploient le juge des libertés et de la détention pour un usage détourné. Ce dernier permet en effet de réduire les attributions du juge d’instruction, tout en augmentant celles du parquet. L’instruction préparatoire est vidée des prérogatives jusqu’alors réservées, tandis que la contrainte est transférée au ministère public.

254. Juge déchu, le magistrat instructeur est cependant resté puissant, dans un espace confiné et ce, malgré des pouvoirs confisqués. Il n’est pas responsable en lui-même de

⁵⁴⁷ O. DÉCIMA, « Les droits du genre humain dans l’enquête pénale – De la vitalité du Traité des délits et des peines », *RSC* 2015, p. 287.

la destruction identitaire du juge pénal. Ses défaillances y participent bien évidemment, l'absence d'impartialité exposant le procès pénal au risque d'arbitraire. Mais c'est en réalité la conception générale de l'enquête pénale qui rend impossible toute tentative de réparation. Comme il fut nécessaire de séparer l'Église de l'État, la première phase du procès pénal doit dissocier le rôle de juge et celui de partie. Supprimer le juge d'instruction est impossible, tant que le procureur de la République ne gagne pas son indépendance.

255. « Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement ; Et les mots pour le dire arrivent aisément »⁵⁴⁸ : l'illisibilité tant de fois dénoncée à l'égard de la phase préparatoire du procès pénal est à l'image de la cacophonie législative qui la caractérise. Or, la résolution du conflit d'intérêts qui agite l'enquête ne relève pas d'une pirouette juridique mais d'une stratégie politique. L'information judiciaire reste à ce jour la sphère la plus protectrice des libertés fondamentales. Embarrassé, le législateur ne fait que déplacer le centre de gravité de la contrainte, afin de se délester des droits individuels. Aussi, la déchéance du juge d'instruction est assez relative, si l'on considère les motifs qui animent la promotion du juge des libertés et de la détention.

⁵⁴⁸ N. BOILEAU, « Chant I », *L'Art poétique*, éd. Aug. Delalain, 1815, p. 6.

TITRE 2 – LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION, JUGE PROMU

« Il n'est pas interdit de paraître plus qu'on est dès l'instant qu'on a décidé de faire ce qu'il faut pour devenir effectivement ce qu'on paraît être »⁵⁴⁹.

256. Miroir inversé du juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention offre à la phase d'enquête les garanties tant attendues. Aussi jeune que le magistrat instructeur est âgé, le juge des libertés et de la détention a été créé pour combler les lacunes de son coéquipier. Il ne naît donc pas avec une page vierge à écrire mais bien au contraire, avec un cahier de doléances à effacer. Vingt années après son avènement, la figure emblématique de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000⁵⁵⁰ est ainsi devenue « la plaque tournante » des mesures attentatoires aux libertés⁵⁵¹. Juge du siège indépendant et impartial, il emporte l'unanimité au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. À tel point qu'il paraît être le pilier de l'enquête pénale, en parfait compromis entre le juge d'instruction et le magistrat du parquet. Pour autant, est-il précisément ce qu'il paraît être ?

257. L'émergence du juge des libertés et de la détention est en effet le fruit de la longue agonie du juge d'instruction, auquel est reproché un manque d'impartialité inconciliable avec les exigences européennes quant aux décisions privatives de liberté pendant l'enquête judiciaire. Face à lui, le procureur de la République monte en puissance, obtenant progressivement la direction de la première phase du procès pénal, malgré sa subordination au pouvoir exécutif. La confiscation des pouvoirs du juge d'instruction par le magistrat du parquet contribue à la destruction de l'identité du juge pénal. De ce fait, tant que l'on ne se décide pas à supprimer le juge d'instruction, tant que l'on ne donne pas au magistrat du ministère public son indépendance, le juge pénal de l'enquête reste défaillant.

⁵⁴⁹ P. JAKEZ HÉLIAS, *Le cheval d'orgueil : mémoires d'un breton du pays bigouden*, Plon, coll. Terre humaine, 1975, p. 439.

⁵⁵⁰ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁵⁵¹ V. Dossier : Le juge des libertés et de la détention, *AJ pén.* 2019, p. 119.

258. Le juge des libertés et de la détention porte donc bien son nom, en arborant pour identité première celle d'un protecteur de la liberté individuelle. Il est le juge de l'homologation : l'autorité judiciaire qui valide, ou non, les mesures de contrainte demandées par les enquêteurs pour mener à bien les investigations. En cela, il sauve la première phase de la procédure pénale de l'arbitraire, en lui redonnant l'apparence d'un procès équitable. Il intervient systématiquement, ou presque, dans le contrôle de la coercition, et uniquement dans ce cadre. Il est à cet égard assez amusant de remarquer à quel point ses fonctions sont diversifiées à l'extérieur de l'enquête pénale, lorsqu'elles sont uniformisées en son sein. Ce juge de l'hospitalisation sans consentement ou de la rétention administrative des étrangers, en matière civile, intervient ici exclusivement comme support des « nécessités de l'enquête », c'est-à-dire, sur sollicitation des autres acteurs. Mais le législateur est malicieux, ayant de longue date, – sans doute même depuis l'origine –, perçu l'intérêt de ce figurant. Il ne cesse d'étendre la coercition, lui donnant ainsi matière à intervenir partout, tout le temps. La déchéance du juge d'instruction est donc à l'image de la promotion du juge des libertés et de la détention, de sorte qu'il semble être ce qu'il paraît être.

259. Mais les progrès réalisés au regard de son statut, aujourd'hui professionnalisé, ne justifient peut-être pas l'extension continue des mesures de contrainte pendant l'enquête, à l'aune de son seul contrôle. Le fait de réunir les qualités identitaires du juge pénal ne peut à lui seul compenser le rôle bancal du juge des libertés et de la détention au stade de l'enquête, de sorte qu'il faut se demander s'il fait bien ce qu'il faut pour devenir ce qu'il paraît être. Plus d'une vingtaine d'années après sa création, le juge des libertés et de la détention se veut le chantre du contradictoire, et en cela, l'atout majeur de l'enquête pénale (Chapitre 1). Toutefois, le législateur a étendu son empire sans lui donner le siège qui s'impose, le transformant le plus souvent en un judiciaire alibi à la mise en œuvre de projets moins vertueux (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UN ATOUT

260. Les nombreuses réformes visant à retirer au juge d'instruction son pouvoir de mettre en détention ont abouti à l'émergence d'un juge dédié à cette fonction, mais pas exclusivement, puisque l'enquête est aujourd'hui émaillée de ses interventions. Le juge des libertés et de la détention fut d'abord mis en place au secours de l'information judiciaire, avant de devenir omniprésent dans l'enquête entière.

261. Tout juge pénal devrait mériter une telle dénomination, tant il lui revient de garantir la liberté individuelle. Cependant, le trouble identitaire qui s'exerce à l'égard de l'autorité judiciaire, tantôt indépendante, tantôt subordonnée, selon l'analyse éclairée de notre juge constitutionnel, implique une réflexion quant à l'opportunité de décerner un tel titre à certains d'entre eux. Même en dehors de cette distinction entre siège et parquet, le juge du siège lui-même peut souffrir d'une carence identitaire, en ne répondant pas suffisamment aux qualités exigées. Le juge d'instruction est précisément visé par cette remarque, puisqu'il n'est pas uniquement investi d'un pouvoir juridictionnel au sein de l'information judiciaire, mais également chargé des recherches destinées à l'émergence de la vérité. À ce titre, il ne pouvait qu'éveiller les soupçons en privant de liberté celui qui fait l'objet des investigations. C'est pourquoi un second regard est apparu indispensable au sein de l'instruction préparatoire, avec l'apparition du juge des libertés et de la détention.

262. Atout central de la première phase du procès pénal, le juge des libertés et de la détention ne semble pas générer une mutation identitaire du juge pénal, en ce qu'il remplit pleinement les critères du modèle de juge du siège. Au contraire, il devrait éviter la destruction du juge de l'enquête, en lui permettant d'agir sans s'attirer le courroux de la Cour européenne des droits de l'homme. De fait, il possède une pleine légitimité au regard de son identité (Section 1) laquelle se trouve renforcée par une autonomie récemment consacrée (Section 2).

Section 1 : Un juge légitime

263. La fin tant de fois annoncée du juge d’instruction n’a jamais eu lieu. Le législateur ne parvient pas à décider de l’orientation de la première phase du procès pénal, imprégnée de critères inquisitoires et mâtinée par des aspects accusatoires. Toujours est-il que ni le juge d’instruction, ni le procureur de la République ne remplissent les exigences voulues au regard du procès équitable. Le juge des libertés et de la détention représente en cela un formidable atout, sa légitimité lui conférant le rôle principal à l’égard des mesures privatives de liberté (Paragraphe I), auquel s’ajoute un rôle accessoire face aux mesures restrictives de liberté (Paragraphe II).

Paragraphe I – Le contrôle de la détention provisoire

264. Le placement en détention provisoire, longtemps assimilé à une pré-sanction pénale, devait impérativement être décidé par un juge indépendant et impartial, ce que n’est pas le juge d’instruction. Le juge des libertés et de la détention fut créé à dessein, son but premier étant de contrôler la privation de liberté (A). Cependant, la promotion ne s’est pas arrêtée en si bon chemin, puisque le législateur vient de lui confier le contrôle de la dignité des conditions de détention (B).

A) Le juge de la liberté

« *Quand les hommes ne peuvent changer les choses, ils changent les mots* »⁵⁵².

265. Si Jean Jaurès est parvenu à obtenir la séparation de l’Église et de l’État au début du vingtième siècle, le siècle suivant peine à dissocier le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire au sein de l’enquête pénale. Les magistrats du parquet montent en puissance, tandis que le juge du siège recule. Le législateur aurait pu, bien sûr, changer les choses,

⁵⁵² J. JAURÈS, 23-27 septembre 1900, au Congrès socialiste international (Paris), dans Congrès socialiste international : Paris, 23-27 septembre 1900, éd. Minkoff, 1980.

en donnant une pleine indépendance au ministère public et en supprimant le juge d'instruction. Il a préféré changer seulement les mots, en créant un juge des libertés et de la détention, à la fois indépendant et impartial. Sans résoudre le problème de fond de la phase préparatoire du procès pénal, ce dernier contrôle le respect de la liberté individuelle, en apportant un second regard sur la détention provisoire (1) à l'aune d'un débat contradictoire (2).

1. L'apport d'un second regard

266. Le juge des libertés et de la détention est né de la volonté de canaliser le contentieux de la détention provisoire, perçu comme un pré-jugement pénal difficilement conciliable avec la présomption d'innocence, exigence impérieuse du procès équitable. Or, dans les années 2000, l'essor des garanties processuelles européennes au sein de notre procédure nationale percute de plein fouet la privation de liberté décidée par une autorité juridictionnelle qui exerce des actes d'investigations destinés à l'émergence d'une vérité judiciaire et donc, à l'exercice ou non de poursuites pénales. La carence identitaire du juge d'instruction exige alors une mutation du juge pénal, soit par une redistribution des pouvoirs de l'enquête avec le parquet, soit par un réaménagement général de l'architecture procédurale de la phase préparatoire du procès pénal. Le législateur va finalement opter pour une troisième voie, en instituant un juge tiers, se gardant bien de modifier le système en place, au vu de la réflexion globale impliquée par une telle réforme. Ainsi, le juge des libertés et de la détention existe d'abord et avant tout pour spolier le magistrat instructeur de son pouvoir le plus important, celui de priver le mis en examen de sa liberté.

267. L'article 137-1 du Code de procédure pénale dispose, en son premier alinéa, que 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 ». La maîtrise de cette mesure privative de liberté lui revient donc, puisqu'il est compétent non seulement pour l'ordonner, la prolonger, mais aussi en ce qu'il répond symétriquement des demandes de mise en liberté. Son titre prend ici tout son sens : selon les textes, le juge des libertés et de la détention est censé régner à la fois sur la détention et sur la liberté. En conséquence, le juge d'instruction doit systématiquement procéder à sa

saisine lorsqu'il envisage une telle mesure à l'égard de la personne mise en examen, comme le prévoit le dernier alinéa du texte. Le législateur lui impose à cet égard une ordonnance « motivée », impliquant donc une justification de sa part. Plus encore, la motivation n'est pas libre. L'article 144 du Code de procédure pénale exige en premier lieu qu'elle soit l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs fixés par le législateur, lesquels doivent être corroborés par des éléments précis et circonstanciés. Le texte l'énonce d'ailleurs sans détour, cette privation totale de liberté ne pouvant être mise en œuvre pendant l'instruction préparatoire que si le contrôle judiciaire ou l'assignation à résidence sous surveillance électronique sont insuffisantes à permettre la conservation des preuves, la protection des témoins, des victimes, des familles ou du mis en examen, parmi d'autres objectifs, comme la préservation de l'ordre public⁵⁵³. La détention provisoire est donc enserrée dans des limites strictes, lesquelles s'imposent au binôme formé par le magistrat instructeur et son bras droit. En outre, le juge des libertés et de la détention n'a pas l'initiative de cette mesure, puisqu'il agit selon la volonté d'un autre, qu'il accepte ou non de donner lieu à la mesure souhaitée. Il est seulement l'organe de contrôle de la privation de liberté de la personne suspectée et en cela, jouit d'une place assez secondaire au sein de l'instruction préparatoire.

268. De fait, le juge des libertés et de la détention demeure un suppléant du juge d'instruction, en ce qu'il n'exerce aucune prérogative liée à la direction de l'enquête. Le législateur n'a jamais voulu lui donner l'étoffe d'un véritable juge du siège, mais en faire uniquement le taffetas d'un subtil canevas judiciaire. Comme le tissage serré de ce sobre habit de soie⁵⁵⁴, le juge des libertés et de la détention donne à voir une surface plane et régulière, sans soubresauts. En réalité, il est surtout une luxueuse décoration d'intérieur, qui permet de cacher les irrégularités en toile de fond. Le juge des libertés et de la détention n'est en définitive qu'un dédoublement du juge d'instruction, permettant au législateur de différer l'inéluctable réforme de la première phase de la procédure pénale. Ce dernier aurait dû, de longue date, reconnaître la nécessité de rompre le lien de dépendance entre le ministère public et le pouvoir

⁵⁵³ Les différents objectifs auxquels répond le placement en détention provisoire font l'objet d'une liste fixée à l'article 144 du Code de procédure pénale.

⁵⁵⁴ Le mot « taffetas » est la transformation occidentale du persan « taffah » qui signifie tissé ou entrelacs, terme qui décrit le cheminement des fils de trame à travers les fils de chaîne. Le taffetas de soie a une image de luxe, alors que son aspect est sobre, sans fioriture, sans clinquant. Mais le tissage est très serré, le nombre de fils est important et égal en chaîne comme en trame ce qui confère à l'étoffe une surface brillante, identique sur les deux faces et une solidité qui évite les déformations.

exécutif, lequel détruit toute confiance en sa probité. En parallèle, il fallait instituer un caractère plénier au rôle du juge des libertés et de la détention dans le contrôle des libertés individuelles, afin qu'il puisse exercer un véritable contrepoids décisionnel, au lieu d'un contrôle factice des décisions du juge d'instruction. Il est indéniablement un atout, puisqu'il permet d'autoriser les mesures attentatoires aux libertés individuelles sans éveiller les soupçons de l'arbitraire. Mais il est également un risque, en ce qu'il complexifie une phase processuelle déjà très dégradée, où les acteurs procéduraux s'opposent plus qu'ils ne s'unissent : « on voit bien ce qui est en jeu pour les deux magistrats en cause : pour le juge d'instruction, rendre compte de ses intentions et de ses diligences, pour le juge des libertés et de la détention, apprécier voire contrôler la marche de l'enquête. On conçoit dès lors la formidable "réserve à conflits" que crée l'instauration du J.L.D »⁵⁵⁵.

269. La mutation identitaire réalisée au sein de la première phase du procès pénal par l'instauration du juge des libertés et de la détention consiste à rétablir le juge du siège en instance de contrôle de la légalité des investigations. Le législateur recherche moins en définitive à garantir la régularité des mesures que le moyen de les contrôler⁵⁵⁶. Comme bien souvent, il préfère agir *a posteriori* plutôt que de refondre le système dans son ensemble. Dans cette perspective, au lieu de restreindre la privation de liberté aux regards exclusifs des deux juges du siège de l'enquête, il permet donc au procureur de la République d'y participer activement. À ce titre, le juge des libertés et de la détention n'est pas seulement saisi par le magistrat instructeur pour le placement en détention provisoire, mais également par le ministère public. Il n'était déjà plus envisageable, depuis la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002⁵⁵⁷, que le juge d'instruction refuse de saisir le juge des libertés et de la détention des réquisitions du parquet sans se justifier. L'article 137-4 du Code de procédure pénale dispose effectivement, en son premier alinéa : « Lorsque, saisi de réquisitions du procureur de la République tendant au placement en détention provisoire, le juge d'instruction estime que cette détention n'est pas justifiée et qu'il décide de ne pas transmettre le dossier de la procédure au juge des libertés et de la détention, il est tenu de statuer sans délai par ordonnance motivée, qui est immédiatement portée à la connaissance du procureur de la République ». En 2004,

⁵⁵⁵ F. LEBUR, « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, 28 juill. 2001, p. 3.

⁵⁵⁶ V. P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « La mutation du juge des libertés et de la détention », *AJ pén.* 2019, p. 131.

⁵⁵⁷ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

la loi Perben 2⁵⁵⁸ est allée plus loin, en permettant au procureur de la République de saisir lui-même le juge des libertés et de la détention d'une demande de placement en détention provisoire en cas de refus du juge d'instruction. Un second alinéa a ainsi été ajouté à l'article 137-4 du Code de procédure pénale, lequel prévoit une telle opportunité, en fonction d'un critère de gravité des infractions et lorsque ses réquisitions ne sont pas uniquement fondées sur les nécessités de l'information judiciaire : « En matière criminelle ou pour les délits punis de dix ans d'emprisonnement, le procureur de la République peut alors, si les réquisitions sont motivées, en tout ou partie, par les motifs prévus aux 4° à 7° de l'article 144 et qu'elles précisent qu'il envisage de faire application des dispositions du présent alinéa, saisir directement le juge des libertés et de la détention en déférant sans délai devant lui la personne mise en examen ; l'ordonnance rendue par le juge des libertés et de la détention entraîne le cas échéant la caducité de l'ordonnance du juge d'instruction ayant placé la personne sous contrôle judiciaire. S'il renonce à saisir directement le juge des libertés et de la détention, le procureur de la République en avise le juge d'instruction et la personne peut être laissée en liberté ». Il s'agit d'un pouvoir considérable, puisque l'ordonnance rendue par le juge des libertés et de la détention annule celle du juge d'instruction, la privation totale de liberté du mis en examen étant alors rendue possible, en lieu et place du contrôle judiciaire, quant à lui restrictif de liberté. De plus, il est toujours possible, pour le procureur de la République, de saisir la chambre de l'instruction si le juge d'instruction ne rend pas d'ordonnance dans les dix jours de sa saisine, selon le dernier alinéa de l'article 82 du Code de procédure pénale. Autrefois unique recours du parquet, la chambre de l'instruction représente aujourd'hui un second niveau d'action, afin de contourner l'avis du juge d'instruction. Les possibilités de recours à la contrainte se sont d'ailleurs multipliées pour le parquet, au gré des réformes législatives, grâce à l'intervention du juge des libertés et de la détention. La mesure la plus attentatoire aux libertés individuelles, la détention provisoire, est même aujourd'hui indépendante de l'instruction préparatoire, puisqu'elle est mise en œuvre sur son initiative dans le cadre des procédures simplifiées.

270. En conséquence, le « regard » du juge des libertés et de la détention est âprement protégé par le juge constitutionnel, lequel n'hésite pas à restreindre les pouvoirs de la

⁵⁵⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

chambre de l'instruction, pour préserver son office. La censure du premier alinéa de l'article 207 du Code de procédure pénale résulte de cette dynamique, en ce qu'il avait institué, sous certaines conditions, une réserve de compétence à l'égard de la chambre de l'instruction en matière de détention provisoire. Dans sa rédaction issue de la loi Perben 2 du 9 mars 2004⁵⁵⁹, l'alinéa en cause prévoyait alors une telle mesure, en ces termes : « Lorsque la chambre de l'instruction a statué sur l'appel relevé contre une ordonnance en matière de détention provisoire, ou à la suite d'une saisine du procureur de la République soit qu'elle ait confirmé cette décision, soit que, l'infirmant, elle ait ordonné une mise en liberté ou maintenu en détention ou décerné un mandat de dépôt ou d'arrêt, le procureur général fait sans délai retour du dossier au juge d'instruction après avoir assuré l'exécution de l'arrêt. Lorsque la chambre de l'instruction décerne mandat de dépôt ou qu'elle infirme une ordonnance de mise en liberté ou de refus de prolongation de détention provisoire, les décisions en matière de détention provisoire continuent de relever de la compétence du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention sauf mention expresse de la part de la chambre de l'instruction disant qu'elle est seule compétente pour statuer sur les demandes de mise en liberté et prolonger le cas échéant la détention provisoire. Il en est de même lorsque la chambre de l'instruction ordonne un contrôle judiciaire ou en modifie les modalités ». Le législateur avait souhaité ici éviter un désaccord persistant entre le juge d'instruction et la chambre d'instruction quant à la privation de liberté pendant l'information judiciaire. Il permettait donc à l'instance d'appel de décider seule des suites de la détention provisoire soit lorsqu'elle avait elle-même ordonné le placement en détention, soit lorsqu'elle avait infirmé l'ordonnance de mise en liberté ou de refus de prolongation de la mesure. Au lieu de retourner au tandem juge d'instruction – juge des libertés, le contentieux de la détention provisoire restait alors sous son égide, de sa seule volonté. Il lui suffisait pour cela de l'exprimer par une mention expresse dans la décision.

271. Le législateur ne faisait en réalité que consacrer une position jurisprudentielle constante, oscillant simplement entre le caractère facultatif ou non de la réserve de compétence octroyée à la chambre de l'instruction. Dès le 22 décembre 1959, la chambre criminelle rendait en effet l'arrêt *Pesquet*, par lequel elle autorisait la chambre

⁵⁵⁹ *Ibidem.*

de l'instruction – alors chambre d'accusation – à se réserver le contentieux de la détention provisoire. Selon cette jurisprudence, lorsque la juridiction collégiale décerne mandat de dépôt contre la décision du juge d'instruction : « la question de la liberté ou de la détention de l'inculpé dépend, désormais, et de ce seul fait pour la suite de la procédure d'instruction de sa seule appréciation »⁵⁶⁰. La chambre criminelle confirmait cette possibilité avec l'arrêt *Léger*⁵⁶¹, rendu le 24 novembre 1977, sous l'exigence d'une mention expresse, alors qu'elle inversait la règle en 2002, rendant alors la règle automatique⁵⁶². Le législateur de 2004 avait donc seulement appliqué une tradition prétorienne, optant pour la faculté et non l'obligation, d'une réserve de compétences de la chambre de l'instruction à l'égard du contentieux de la détention provisoire⁵⁶³. Il évitait de cette façon une succession de décisions contradictoires entre la chambre de l'instruction et les juges de l'enquête. La première, souhaitant maintenir le mis en examen en détention, risquait l'opposition du juge d'instruction, qui pouvait remettre la personne d'office en liberté après avoir sollicité les réquisitions du ministère public, ou saisir le juge des libertés et de la détention à cette fin. Cependant, les seuls pouvoirs du juge d'instruction étaient à l'origine contournés, le binôme formé avec le juge des libertés et de la détention ayant été mis en place par la loi du 15 juin 2000. Or, les pouvoirs du juge des libertés et de la détention en étaient nécessairement affectés également par la suite, sans que la chambre criminelle de la Cour de cassation ne trouve à y redire⁵⁶⁴.

272. Les justiciables, eux, se sont élevés contre le pouvoir discrétionnaire de la chambre de l'instruction de priver le mis en examen de l'application de certaines garanties, notamment le double degré de juridiction. Une question prioritaire de constitutionnalité a été renvoyée devant le Conseil constitutionnel afin qu'il examine la conformité du premier alinéa de l'article 207 du Code de procédure pénale à la Constitution. Contrairement à la Cour de cassation, ce dernier s'est élevé contre la pratique, censurant les deuxième et troisième phrases de la disposition critiquée. Dans

⁵⁶⁰ Cass. crim., 22 déc. 1959, *Bull. crim.* n° 569.

⁵⁶¹ Cass. crim., 24 nov. 1977, n° 77-92803, *Bull. crim.* n° 370, p. 946.

⁵⁶² Cass. crim. 19 fév., 2002, n° 01-88028, *Bull. crim.* n° 30, p. 89.

⁵⁶³ V. C PORTERON, « Infirmité d'une ordonnance de mise en liberté : la chambre de l'instruction peut-elle prolonger la détention provisoire ? », *AJ pén.* 2007, p. 127.

⁵⁶⁴ Cass. crim., 13 juin 2001, *D.* 2001. 3571, note E. DREYER.

la décision rendue le 17 décembre 2010⁵⁶⁵, le Conseil considère que « ces dispositions confèrent à la chambre de l’instruction le pouvoir discrétionnaire de priver une personne mise en examen, durant toute la procédure d’instruction, des garanties prévues par les articles 144-1 et 147 du Code de procédure pénale qui prescrivent au juge d’instruction ou au juge des libertés et de la détention d’ordonner sa mise en liberté immédiate dès que les conditions légales de la détention ne sont plus remplies, de celles prévues par l’article 148 du même code pour l’examen des demandes de mise en liberté en première instance et du droit à un double degré de juridiction instauré pour toute décision en matière de détention provisoire ; que l’éventuelle divergence entre les positions respectives des juridictions de première instance et d’appel relativement à la nécessité ultérieure de la détention de la personne mise en examen ne peut toutefois justifier qu’il soit ainsi porté atteinte aux droits qui sont accordés par la loi à toute personne placée en détention provisoire ; que, par suite, les deuxième et troisième phrases du premier alinéa de l’article 207 du Code de procédure pénale méconnaissent les exigences résultant des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

273. Rejetant l’argument tiré des divergences entre les juridictions de première instance et celles d’appel, le Conseil constitutionnel s’est adossé au principe d’égalité pour établir l’inconstitutionnalité du texte. En vertu de ce principe, il n’était effectivement pas légitime de priver le mis en examen des droits qui lui sont normalement dévolus, c’est-à-dire d’abord l’obligation pour le juge d’instruction ou le juge des libertés et de la détention de mettre fin à la détention provisoire à tout moment, si les conditions ne sont plus remplies, ensuite leur « double regard » pour la personne qui demande sa mise en liberté et enfin, le droit à un double degré de juridiction. Selon l’article 148 du Code de procédure pénale, toute personne placée en détention provisoire peut demander à tout moment sa mise en liberté. Symétriquement, les articles 144-1 et 47 permettent à toute personne placée en détention provisoire de faire l’objet d’une décision d’office du juge d’instruction ou du juge des libertés et de la détention tendant à sa mise en liberté. Aussi la personne déjà détenue souffrait-elle d’une inégalité de traitement considérable : alors que le juge d’instruction et le juge

⁵⁶⁵ Décision n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010, *D.* 2011, p. 2231, obs. J. PRADEL ; *GAPP*, 7e éd. 2011. n° 43 ; *AJ pén.* 2011, p. 140, obs. L. ASCENSI ; *Constitutions* 2011, p. 339, obs. J. BARTHÉLÉMY et L. BORÉ ; *RSC* 2011, p. 193, chron. C. LAZERGES.

des libertés et de la détention n'ont pas trouvé opportun le placement en détention provisoire, elle n'a pas accès aux mêmes garanties que celle dont les mêmes juges ont estimé devoir placer en détention provisoire. La première est soumise à l'unique avis de la chambre de l'instruction, tandis que la seconde bénéficie du contrôle du juge d'instruction, du juge des libertés et de la détention et de la chambre de l'instruction. Les Sages considèrent donc en l'espèce qu'il ne suffit pas que le contentieux de la détention provisoire revienne par principe au juge d'instruction et au juge des libertés et de la détention, mettant définitivement fin à la compétence réservée de la chambre de l'instruction. L'alinéa contesté est censuré au visa des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, sur la base d'une inégalité de traitement des justiciables dans une situation comparable⁵⁶⁶. En conclusion, le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention et la chambre de l'instruction retrouvent leurs places respectives, le Conseil constitutionnel rétablissant ainsi les droits processuels fondamentaux⁵⁶⁷. Au-delà du double degré de juridiction, dont la privation constatée n'est pas le moteur de la décision⁵⁶⁸, le juge constitutionnel reconnaît le rôle éminent du juge des libertés et de la détention, dans le contrôle opéré à l'égard de la liberté individuelle. Bien que la chambre de l'instruction soit constituée de juges du siège dont les qualités identitaires ne sont pas disqualifiées, elle ne peut s'arroger un pouvoir plénier à l'égard d'un contentieux partagé. Le législateur aura donc dû revoir sa copie, et remettre les décisions liées à la privation de liberté pendant l'instruction préparatoire entre les mains du juge promu.

274. Le juge des libertés et de la détention s'insère donc de quinconce, entre le juge d'instruction et le procureur de la République, grâce aux garanties identitaires qu'il présente. Il apporte surtout, en plus d'un second regard sur la privation de liberté, un renfort considérable au regard des droits de la défense, à la lumière du débat contradictoire qui précède tout placement en détention provisoire.

⁵⁶⁶ De jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel affirme que « si le législateur peut prévoir des règles de procédures différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales » (V. par exemple Décision n° 2019-827 QPC du 28 février 2020).

⁵⁶⁷ V. E. DAOUD, A. TALBOT, Procédure pénale : la détention provisoire, *Constitutions* 2011, p. 515.

⁵⁶⁸ Le Conseil constitutionnel n'a pas constitutionnalisé la règle du double degré de juridiction. Il a d'ailleurs déjà jugé, dans sa décision n° 2004-491 DC du 12 février 2004, que ce principe « n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle » (cons. 4).

2. Le renfort du contradictoire

275. L'exercice des droits de la défense donne au juge des libertés et de la détention un ineffable tremplin. La promotion dont il bénéficie au sein de la première phase du procès pénal prend, sous ce prisme, tout son sens. Effectivement, le contentieux de la détention provisoire qui lui est confié est fortement valorisé par l'identité judiciaire de ce juge de la liberté individuelle. Parce qu'il est précisément en charge de la privation de liberté des suspects pendant l'enquête, le juge des libertés et de la détention doit apporter un haut niveau de garanties au regard du procès équitable. Juge de la liberté et juge de la détention simultanément, cette autorité juridictionnelle s'y emploie parfaitement, en organisant à son tour la contradiction. Ainsi, le législateur n'a pas seulement exigé l'avis d'un tiers légitime quant à la détention pendant l'enquête. Il a conservé de cette intervention providentielle la mise en place d'un véritable débat contradictoire. La mutation identitaire du juge pénal qui en résulte est extrêmement positive, compte tenu du renforcement considérable de l'équité processuelle au sein de l'instruction préparatoire.

276. Évidence constitutionnelle s'il en faut, les droits de la défense ont pourtant parcouru un long chemin avant de connaître le plein emploi d'aujourd'hui⁵⁶⁹. En 1976, le Conseil constitutionnel les attachait à des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, sans même les désigner précisément⁵⁷⁰. Leur place était alors relativement faible au sein de l'enquête pénale, le juge Constitutionnel les ajoutant ponctuellement, en reconnaissant par exemple la liberté de s'entretenir avec un avocat pendant la garde à vue⁵⁷¹. Petit à petit, le rôle des avocats a été reconnu à sa juste valeur et la défense a pu déployer ses armes, jusqu'à l'égalité entre les parties, ou presque. Désormais, la Constitution permet même leur exercice direct par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, laquelle permet au justiciable d'en appeler au plus haut degré de protection, dans l'ordre interne. Au sein de l'information judiciaire également, les prérogatives accordées à une partie pour protéger ses intérêts tout au long du procès

⁵⁶⁹ V. « Le Conseil constitutionnel et les droits de la défense », Discours de M. Jean-Louis DEBRÉ - Rentrée du Barreau de Paris, Théâtre du Chatelet, 4 déc. 2009.

⁵⁷⁰ Cons. const., Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, cons. 2.

⁵⁷¹ Cons. const., n° 93-326 DC, 11 août 1993, cons. 12 ; Cons. const., n° 93-334 DC, 20 janvier 1994, cons 18 ; Cons. const., n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 31.

ont connu une évolution notable, dont il faut espérer, par ailleurs, qu'elle ne soit pas encore parvenue à son terme. L'instruction ne concerne qu'une infime portion des affaires pénales, mais constitue bien la sphère la plus protectrice des garanties du procès équitable dans le cadre de la première phase procédurale. L'accès à un juge du siège dans le cadre des investigations constituait déjà en soi une différence remarquable, l'enquête hors information judiciaire étant menée par le magistrat du parquet. Cela n'empêchait pas pour autant de graves lacunes dans le cadre de la privation de liberté, au regard des droits de la défense, qui souffraient d'une identité pénale judiciaire défaillante. Ces derniers ont donc gagné en intensité avec la création du juge des libertés et de la détention. Aujourd'hui, alors que l'avocat ne peut toujours pas disposer de l'entier dossier de procédure pendant la garde à vue, le placement en détention provisoire répond quant à lui aux exigences du procès équitable. Le juge d'instruction ne pouvait offrir satisfaction au regard des droits fondamentaux, l'efficacité procédurale se heurtant irrémédiablement aux droits de la défense, par sa seule personnalité. L'avènement du juge des libertés et de la détention n'a donc pas eu pour seule conséquence de corriger la partialité reprochée au magistrat instructeur, mais également de renforcer la défense du suspect confronté à la détention provisoire. En cela, le juge promu mérite amplement le rôle d'atout qui lui est dévolu.

277. Jacques Beaume ne se trompait pas en annonçant, à l'issue de son rapport consacré à la procédure pénale en 2014 : « notre procédure ne pourra sortir "par le haut" que si les discussions dépassent les idées binaires : soit l'efficacité de l'enquête, soit le laxisme des droits de la défense. Un peu comme pour le couple prévention/répression, c'est de la reconnaissance de la contribution mesurée des deux concepts à la qualité de notre procédure, et non pas de leur opposition exclusive, que peut naître une procédure équilibrée. Si le débat politique national ne réussit pas à dépasser le cadre partisan et les idées préconçues, d'autres sources du droit l'imposeront »⁵⁷². Bien que l'enquête au sens large soit toujours fortement déséquilibrée en faveur de l'efficacité des investigations, le juge des libertés et de la détention a précisément permis de reconnaître le bénéfice des droits de la défense au sein de l'information judiciaire. À ce titre, le paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des

⁵⁷² Entretien de Jacques BEAUME par Jean DANET, « Les droits de la défense et les évolutions à venir de l'enquête », *Archives de politique criminelle* 2015/1 (n° 37), pp. 109-114.

droits de l'Homme et des libertés fondamentales est parvenu à s'imposer malgré les dissensions nationales. Sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, l'exigence d'équité globale du procès a entraîné « la possibilité pour les parties de connaître et de commenter tous les éléments de preuve produits et toutes les observations présentées de manière à orienter la décision du tribunal »⁵⁷³, notamment dans le cadre de la détention provisoire. Comme auparavant devant le juge d'instruction, le législateur exige en effet la comparution du mis en examen devant le juge des libertés et de la détention et la tenue d'un débat contradictoire avant tout placement en détention provisoire. Il s'agit ici de s'assurer de la régularité de la demande du juge d'instruction, lorsqu'il souhaite priver de liberté le suspect avant toute déclaration de culpabilité, au cours des investigations. L'identité pénale du juge des libertés et de la détention lui permet en effet de prendre une telle décision sans l'entacher du risque d'arbitraire inhérent au statut du juge d'instruction. Son indépendance et son impartialité lui confèrent une pleine légitimité dans l'évaluation des nécessités de l'enquête, légitimité qui redouble d'importance au contact des atteintes à la liberté individuelle. Dès lors, il lui appartient de décider du déroulé des événements, en fonction du choix qu'il fait d'incarcérer, ou non, le mis en examen. Il détient ici un pouvoir important, en ce qu'il n'est pas tenu d'écouter les arguments exposés par le juge d'instruction dans son ordonnance de saisine. Il peut parfaitement laisser le suspect en liberté, s'il considère la détention inutile. L'article 145 du Code de procédure pénale n'exige un débat contradictoire que dans ce dernier cas, le placement sous contrôle judiciaire donnant lieu uniquement à des formalités administratives liées à la déclaration d'adresse de l'intéressé⁵⁷⁴. Par conséquent, dans tous les cas où le suspect demeure libre après la rencontre avec le juge des libertés et de la détention, l'entretien consiste principalement à rendre compte des motifs de la décision. Le juge des libertés et de la détention assure ici un contrôle libre et autonome du respect de la liberté individuelle, selon les exigences constitutionnelles : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les

⁵⁷³ CEDH, 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*, 17358/90, § 67.

⁵⁷⁴ L'article 145 alinéa 3 du Code de procédure pénale renvoie à l'article 116 du Code de procédure pénale, qui mentionne ces modalités : « A l'issue de la première comparution, la personne doit déclarer au juge d'instruction son adresse personnelle. [...] La personne est avisée qu'elle doit signaler au juge d'instruction jusqu'au règlement de l'information, par nouvelle déclaration ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, tout changement de l'adresse déclarée. Elle est également avisée que toute notification ou signification faite à la dernière adresse déclarée sera réputée faite à sa personne. Mention de cet avis, ainsi que de la déclaration d'adresse, est portée au procès-verbal. Ces avis sont donnés par le juge des libertés et de la détention lorsque celui-ci décide de ne pas placer la personne en détention ».

conditions prévues par la loi »⁵⁷⁵. La promotion du juge des libertés et de la détention s'épanouit donc pleinement au regard du contentieux de la détention provisoire, confortant son rôle d'atout procédural.

278. Mais au-delà, l'organisation de la contradiction induite par tout placement en détention provisoire répond à un niveau encore plus élevé de garanties procédurales, puisqu'elle intègre un mécanisme de discussion entre les parties, discussion qui se veut en principe publique. L'article 145 du Code de procédure pénale dispose, en son sixième alinéa : « Le juge des libertés et de la détention statue après un débat contradictoire au cours duquel il entend le ministère public qui développe ses réquisitions prises conformément au troisième alinéa de l'article 82 puis les observations de la personne mise en examen et, le cas échéant, celles de son avocat. Si la personne mise en examen est majeure, le débat contradictoire a lieu et le juge statue en audience publique ». La plus-value résultant de l'arrivée du juge des libertés et de la détention dans l'enquête pénale ne s'accomplit pas seulement à l'aune de ses qualités intrinsèques. Son identité pénale est en cohérence avec les autres qualités exigées à l'égard du juge du siège, ce que le débat contradictoire apporte justement. Aussi, l'assistance par un avocat est obligatoire, face à la gravité du risque encouru, l'alinéa 5 prévoyant qu'il soit commis d'office si aucun conseil n'a été désigné. La possibilité de préparer sa défense, lorsque la privation de liberté est en cause, est tout à fait fondamentale. Le texte prévoit donc un délai à cet effet, qui doit être respecté si le suspect le sollicite⁵⁷⁶. En ce cas et si les circonstances l'imposent impérativement, le juge des libertés et de la détention peut incarcérer la personne immédiatement pour une durée maximale de quatre jours. Il devra justifier de la mesure, et organiser ensuite le débat contradictoire, l'idée poursuivie étant de rendre impérative la contradiction, d'une manière ou d'une autre.

279. La publicité a de son côté été imposée tardivement, puisqu'il était à l'origine prévu une audience de cabinet, à huis clos. Toutefois, le juge des libertés et de la détention avait déjà apporté une ouverture, en permettant à la personne majeure de demander une audience publique, se rapprochant ainsi des standards européens. La

⁵⁷⁵ Article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁵⁷⁶ Art. 145, al. 4 du Code de procédure pénale.

Cour européenne des droits de l'homme relève en effet l'intérêt majeur de cette haute qualité processuelle : « la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention »⁵⁷⁷. Or, l'exception est devenue la règle, avec la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007. Effectivement, si le juge des libertés et de la détention pouvait initialement rejeter une telle demande par une ordonnance non susceptible d'appel, dès que la publicité était de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers, il ne peut plus à présent s'y opposer. Hors le cas de la minorité⁵⁷⁸, la loi prévoit seulement que le ministère public, la personne mise en examen ou son avocat sollicitent une audience privée « si l'enquête porte sur des faits mentionnés aux articles 706-73 et 706-73-1 ou si celle-ci est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction, à porter atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité des débats ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers »⁵⁷⁹. Même dans les circonstances les plus aiguës liées à la crise sanitaire du printemps 2020, la publicité du débat contradictoire n'a pas été supprimée par le législateur. Ainsi l'article 19 de l'ordonnance du 25 mars 2020 énonçait-il : « Par dérogation aux dispositions des articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, les décisions du juge des libertés et de la détention statuant sur la prolongation de la détention provisoire interviennent au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à l'utilisation du moyen de télécommunication audiovisuelle prévu par l'article 706-71 de ce code n'est matériellement pas possible »⁵⁸⁰. Le contexte de l'épidémie n'aurait donc pas dû provoquer la remise en cause d'une telle exigence, la législation de l'état d'urgence

⁵⁷⁷ CEDH, 8 décembre 1983, *Pretto et autres c/ Italie*, req. n° 7984/77, § 21 et CEDH, 19 décembre 2006, *Adem Arslan c/ Turquie*, req. n° 75836/01, § 25.

⁵⁷⁸ Si la personne mise en examen était mineure au moment des faits, le débat devant le juge des libertés et de la détention en vue de son placement en détention provisoire doit se dérouler en audience de cabinet. La règle est la même pour l'ordonnance de placement en détention provisoire (Crim. 21 janv. 2020, n° 19-86.957, *D. actu.* 26 févr. 2020, obs. S. GOUDJIL).

⁵⁷⁹ Art. 145, al. 6 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁰ Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

sanitaire ayant maintenu les débats de prolongation de la détention provisoire, au moyen des techniques de visioconférence. Pourtant, alors que le recours à un écrit contradictoire n'était envisagé que dans le cas de circonstances matérielles rendant impossible la tenue d'un débat oral, le gouvernement a prévu la prolongation de plein droit de toutes les détentions provisoires. La circulaire du 26 mars 2020⁵⁸¹ s'est arrogée le droit de se délester d'une garantie fondamentale de la procédure pénale. Au lieu d'une procédure aménagée, – comme le souhaitait le parlement –, l'exécutif a institué un dispositif violant les garanties fondamentales du procès équitable, par l'autorisation de prolongations automatiques de la détention provisoire, sans publicité, sans débat et donc sans juge. Fort heureusement, la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire a rétabli le débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention, en prévoyant dans son premier article, et ce, dès sa mise en œuvre le 11 mai 2020 que : « la prolongation de plein droit des délais de détention provisoire prévue à l'article 16 n'est plus applicable aux titres de détention dont l'échéance intervient à compter de cette date et les détentions ne peuvent être prolongées que par une décision de la juridiction compétente prise après un débat contradictoire intervenant, le cas échéant, selon les modalités prévues à l'article 19 »⁵⁸². Bien que l'éviction radicale du juge des libertés et de la détention ait porté une atteinte absolue au contentieux de la détention provisoire pendant la crise sanitaire, les autres garanties apportées par le juge du siège dans le cadre du débat contradictoire ont également été protégées par le législateur, démontrant leur importance.

280. Le juge des libertés, aussi irréprochable soit-il quant à ses traits identitaires, ne suffit donc pas à préserver la liberté individuelle par son seul contrôle. Elle doit être protégée par un ensemble de droits, découlant directement du procès équitable : « Depuis 20 ans, le débat contradictoire sur le placement ou le maintien en détention dans le cadre d'une comparution devant un magistrat du siège distinct du juge d'instruction, en présence du mis en examen assisté de son conseil et en audience publique (sauf exception), est devenu une liberté publique fondamentale. Depuis nombre d'années, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctuarisé le débat

⁵⁸¹ Circulaire DACG, n° 2020-12, du 26 mars 2020, Présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (article 16).

⁵⁸² Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

devant le juge des libertés et de la détention (JLD) en imposant le respect le plus scrupuleux des droits de la défense et du contradictoire. Il suffit pour s'en convaincre de relire la jurisprudence sur le respect absolu du délai de convocation des avocats, sur la délivrance immédiate des permis de communiquer aux avocats avant un débat différé, sur le respect du contradictoire dans le temps du délibéré, sur la communication de l'entière procédure aux parties avant un débat, faute de quoi la mise en liberté immédiate du mis en examen est prononcée systématiquement. Ce débat contradictoire est l'ADN du JLD, très fermement protégé par la Chambre criminelle. C'est un habeas corpus « à la française », sous le contrôle du Conseil constitutionnel et en conformité avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme »⁵⁸³. Mais la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 donne une illustration significative de la confiance restaurée, en laissant au juge des libertés et de la détention le soin de permettre au juge d'instruction de procéder à des vérifications qui ne peuvent attendre la tenue du débat, et la possibilité symétrique de détenir provisoirement la personne quatre jours tout au plus pendant les recherches en question⁵⁸⁴. Pour la première fois, ici, le juge des libertés et de la détention ne détient pas seulement le pouvoir de priver le suspect de liberté, mais également celui d'autoriser le juge d'instruction à effectuer des investigations. La perspective est ici nouvelle, en ce qu'elle montre une autre facette du second regard apporté par le juge des libertés et de la détention, compte tenu des pouvoirs du magistrat instructeur : « Ce n'est donc plus le souhait du mis en cause d'obtenir un délai supplémentaire qui justifie, ici, le report du débat contradictoire et l'incarcération provisoire, mais la nécessité, aux yeux du juge des libertés et de la détention, de compléter certains éléments du dossier. La mesure s'avère en somme guidée par le souci d'une instruction efficace et d'une prise de décision par le magistrat en connaissance de cause : l'idée est bien, encore une fois, d'aiguiser le regard du juge porté sur la mesure privative de liberté »⁵⁸⁵. Il s'agit indéniablement d'une manifestation de la mutation identitaire opérée, en ce qu'elle souhaite donner priorité à une nouvelle identité pénale au sein de l'instruction préparatoire.

⁵⁸³ F. NGUYEN, « [Point de vue...] Le débat contradictoire de prolongation de détention devant le JLD et l'état d'urgence sanitaire », *Lexbase*, La lettre juridique n° 821 du 23 avril 2020 : Covid-19.

⁵⁸⁴ Art. 145, al. 9 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁵ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, V. *Le juge des libertés et de la détention - Entre présent et avenir*, Thèse Paris 2, 2011, p. 74.

281. Le législateur démontre ici à quel point les garanties du procès équitable ne peuvent rester extérieures à la phase préparatoire du procès pénal. Toutefois, le crédit accordé au juge des libertés et de la détention se mesure aisément, au regard de la souplesse jurisprudentielle dont il bénéficie. De fait, alors que la chambre criminelle de la Cour de cassation avait pu sanctionner par la nullité le seul fait pour le ministère public d’être resté un moment seul avec le juge d’instruction avant le prononcé de la décision⁵⁸⁶, elle l’accepte sans difficulté lorsque la même scène se produit avec le juge des libertés et de la détention⁵⁸⁷. Dans le premier cas, le juge de cassation retient la violation du principe du contradictoire, en considérant que la défense doit avoir la parole en dernier, alors qu’elle rejette fermement une telle atteinte dans le second, estimant que « le représentant du ministère public n’était resté dans son cabinet que pour retirer les dossiers devant être examinés par la suite ». Elle élude encore l’existence d’un doute objectivement justifié lorsque le procureur de la République s’entretient avec le juge des libertés et de la détention avant l’audience contradictoire⁵⁸⁸. L’identité pénale du juge des libertés et de la détention lui octroie manifestement une aura très supérieure à celle du juge d’instruction, sur lequel repose par principe un soupçon de partialité. En conséquence, ce qui est proscrit pour l’un est permis pour l’autre, sans pour autant emporter notre agrément. En effet, si l’objectif du législateur n’est pas uniquement de cacher les défauts identitaires du magistrat instructeur, mais de restaurer une phase procédurale en difficulté, il ne devrait pas se laisser aller à des tempéraments qui amoindrissent les garanties du procès équitable. Le renforcement de l’identité du juge pénal ne peut s’accompagner de telles entorses, le seul fait que le parquet reste seul quelques instants avec le juge des libertés et de la détention avant que la décision liée au placement ou à la prolongation de la détention provisoire soit rendue constituant une apparence de partialité pour la défense. Toujours est-il que le législateur, comme la Cour de cassation, s’accordent sur l’accreditation délivrée au juge des libertés et de la détention, et jouissent de tous les avantages apportés par son intermédiaire, parfois même de façon excessive. S’il ne discrédite pas totalement le juge d’instruction, en le laissant mener librement ses investigations pendant l’information judiciaire, il reconnaît implicitement ses failles, par la mise en

⁵⁸⁶ Cass. crim., 19 septembre 1990, n° de pourvoi : 90-84.129, *Bull. crim.*, n° 317 ; *D.* 1991, jur. p. 91, note D. MAYER ; *RSC* 1991, p. 117, obs. A. BRAUNSCHWEIG.

⁵⁸⁷ *Crim.* 22 oct. 2002, n° 02-85.493, *Bull. crim.* n° 190 ; *JCP* 2002, IV, p. 3033.

⁵⁸⁸ *Crim.* 9 juill. 2003, n° 03-82.163, *Bull. crim.* n° 134 ; *D.* 2004, p. 22, note MAYER ; *D.* 2004. Somm. 669, obs. PRADEL ; *JCP* 2003, IV, p. 2671 ; *AJ pén.* 2003, p. 29

œuvre d'une procédure renouvelée, dont il est totalement exclu. Le juge des libertés et de la détention possède, certes, un pouvoir limité. Il intervient cependant à point nommé, sans supervision aucune, et en rétablissant l'équité.

B) Le juge de la dignité

282. Avec la loi du 8 avril 2021⁵⁸⁹, le législateur vient de créer un dispositif afin de garantir à tous les détenus le droit à des conditions de détention dignes. Si le juge de l'application des peines se charge de vérifier celles des personnes condamnées, il revient au juge des libertés et de la détention de contrôler la dignité de l'incarcération des personnes placées en détention provisoire. Un auteur l'a opportunément renommé : « juge des libertés et de la dignité de la détention »⁵⁹⁰, tant il acquiert ainsi ses lettres de noblesse. La dignité des personnes détenues n'est pas étrangère au législateur, puisque l'article préliminaire du Code de procédure pénale le prévoit expressément, en son alinéa 8 : « Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie 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 ». Toutefois, l'atteinte à la dignité était jusqu'alors relativement extérieure au juge judiciaire, le contrôle revenant plutôt au juge administratif, ou au juge européen. En effet, le juge des libertés et de la détention n'avait pas originellement pour rôle de s'intéresser aux modalités de la privation de liberté, mais uniquement à son bien-fondé. En créant ce nouveau juge, le législateur avait uniquement pour but de conserver l'enquête en l'état. Sa légitimité permettait donc aux deux autres acteurs des investigations de mettre en œuvre des mesures coercitives, sans être sanctionnés par la Cour européenne des droits de l'homme pour défaut d'indépendance ou d'impartialité.

283. La nécessité d'intervention du juge judiciaire - Or, cette dernière a justement sanctionné la France, le 30 janvier 2020, pour les conditions indignes de détention résultant de la surpopulation carcérale et l'absence de recours effectif permettant d'y

⁵⁸⁹ Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.

⁵⁹⁰ C. MARGAINE, « Le JL(D)D : la Cour de cassation attribue au juge judiciaire sa lettre de noblesse », *Dalloz actu.*, 31 août 2020.

remédier⁵⁹¹. La décision s'inscrivait alors dans le contexte sanitaire difficile lié à l'épidémie mondiale de ces derniers mois, les personnes détenues ayant été particulièrement exposées à la contagion, au regard du surpeuplement des prisons françaises. La condamnation intervenait dans un contexte de sur-occupation carcérale chronique⁵⁹², la promiscuité exposant les détenus à des « conditions de détention jugées « inhumaines et dégradantes ». Or, la règle de l'encellulement individuel n'est toujours pas appliquée dans le cadre de la détention provisoire, les suspects étant donc privés de liberté dans des conditions encore bien moins acceptables que les condamnés⁵⁹³. La question était donc au cœur des débats, impliquant une réaction nationale, lorsque le juge national s'est justement prononcé.

284. Déjà, le 26 mai 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation transmettait une question prioritaire de constitutionnalité contestant la prolongation automatique de la détention provisoire pendant la crise sanitaire⁵⁹⁴. Elle avait elle-même évalué l'absence de validité des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020⁵⁹⁵ qui prévoyait une telle possibilité. En effet, l'automatisme de la prolongation permettait de maintenir une personne incarcérée sans aucune intervention du juge. Jusqu'à l'intervention de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020⁵⁹⁶, les délais maximums des détentions provisoires pouvaient faire l'objet d'un renouvellement de plein droit, soit six mois en matière criminelle et deux ou trois mois – selon la peine encourue – en matière correctionnelle. La chambre criminelle avait donc affirmé le caractère impératif du contrôle du juge judiciaire, qu'il s'agisse du placement ou de la prolongation de la détention provisoire⁵⁹⁷. Il convenait donc de présenter le suspect au juge des libertés et de la détention afin que ce dernier contrôle l'opportunité du maintien en détention provisoire dans un bref délai, compte tenu des exigences de

⁵⁹¹ CEDH 30 janv. 2020, *J.M.B et autres contre France*, req. n° 9671/15, E. SÉNNA, *Dalloz actu.*, 6 févr. 2020 ; J.-P. CÉRÉ, *AJ pén.* 2020, p. 122.

⁵⁹² Entre 2015 et 2017, 32 requêtes en ce sens ont été déposées par des personnes détenues en France auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme. La France est l'un des États européens dont les prisons sont les plus encombrées, la densité carcérale s'élevant à 115,7% en janvier 2020.

⁵⁹³ Le principe du placement en cellule individuelle est inscrit dans la loi depuis 1875 et fut réaffirmé en 2009, son application étant sans cesse reportée.

⁵⁹⁴ Cass crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971, *Dalloz actu.*, 29 mai 2020, obs. H. CHRISTODOULOU ; *D.* 2020, p. 1274, note J.-B. PERRIER ; *ibid.* 1274, note J.-B. PERRIER ; *AJ pén.* 2020, p. 346, étude E. RASCHEL. Également, R. PARIZOT, « La détention provisoire face aux urgences sanitaires », *RSC* 2020, p. 690.

⁵⁹⁵ Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale.

⁵⁹⁶ Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

⁵⁹⁷ V. H. CHRISTODOULOU, « Le juge judiciaire, seul garant de la liberté individuelle ? », *Dalloz actu.*, 29 mai 2020 ; *RSC* 2020, p. 690, obs. R. PARIZOT ; S. DÉTRAZ, « La Cour de cassation s'oppose à la prolongation purement automatique des détentions provisoires prévue au titre de l'état d'urgence sanitaire », *Le Club des juristes*, 5 juin 2020.

l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle décidait ainsi de restreindre les délais de prolongation au minimum : trois mois à compter de l'expiration du titre de détention en matière criminelle et un mois en matière délictuelle. Rendant sa décision le 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel la rejoignait sur la nécessité de recourir au juge judiciaire en matière de prolongation de la détention provisoire, jugeant toutefois le dispositif législatif mis en place pendant l'état d'urgence conforme à l'article 66 de la Constitution⁵⁹⁸.

285. Finalement, le juge constitutionnel s'est résolu à prononcer l'inconstitutionnalité de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 par une décision du 29 janvier 2021⁵⁹⁹, répondant ainsi à deux nouvelles questions prioritaires de constitutionnalité concernant à chaque fois le placement en détention provisoire d'un mis en examen. Dans ces deux affaires, l'une criminelle, l'autre correctionnelle, une information judiciaire était ouverte et le juge d'instruction avait saisi le juge des libertés et de la détention aux fins de prolongation de la détention provisoire, le délai maximal arrivant à expiration. Dans les deux cas, le juge refusait de statuer, conforté par la chambre de l'instruction, l'ordonnance du 25 mars 2020 offrant une prolongation automatique de la privation de liberté du prévenu et de l'accusé. Les intéressés invoquaient donc devant le Conseil constitutionnel la violation des droits de la défense et l'absence de droit à un recours juridictionnel effectif. Ils estimaient également que l'article 16 contrevenait au droit à la sûreté et n'était pas proportionné et nécessaire à l'objectif poursuivi de protection de la santé publique. Se ralliant à l'opinion de la Cour de cassation, il avait donc jugé que « l'effacement automatique du juge des libertés et de la détention était la cause de l'inconstitutionnalité »⁶⁰⁰. Il s'agissait ici très simplement d'appliquer l'article 144 du Code de procédure pénale qui impose de vérifier la nécessité de la mesure en fonction des objectifs poursuivis, la motivation devant être précise et circonstanciée afin d'éviter l'arbitraire. L'article 16 écartant *de facto* le recours au juge, la possibilité de demander la remise en liberté n'était pas suffisante pour garantir l'équité procédurale. *In fine*, le juge constitutionnel avait refusé

⁵⁹⁸ Cons. const. 3 juill. 2020, n° 2020- 851/852 QPC, *Dalloz actu.*, 9 juill. 2020, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA* 2020, p. 1384 ; *D.* 2020, p. 1408.

⁵⁹⁹ Cons. const. 29 janv. 2021, n° 2020-878/879 QPC.

⁶⁰⁰ V. F. ENGEL, « Inconstitutionnalité de la prolongation de la détention provisoire sans juge », *Dalloz actu.*, 2 mars 2021.

de priver le juge des libertés et de la détention de son office en matière de détention provisoire, malgré le contexte sanitaire. Aussi fallait-il tempérer l'intervention des hauts magistrats, qui refusaient pour autant de remettre en cause les mesures déjà prononcées, afin de préserver l'ordre public. Sur une période temporelle aussi brève, cela revenait à priver d'effet l'inconstitutionnalité constatée en considérant la libération des détenus disproportionnée au regard des conséquences excessives engendrées pour l'enquête. Le message délivré aux justiciables était par conséquent relativement désespérant, en ce qu'il retirait à la protection constitutionnelle accordée toute conséquence pratique, mais aussi, toute logique. En dépit du résultat décevant de la décision, cette jurisprudence met en exergue l'identité pénale réparatrice du juge des libertés et de la détention. Au sein d'une phase procédurale malade de ses autorités judiciaires bancales, le juge promu apporte donc des qualités identitaires indispensables au procès équitable. Il vient d'ailleurs d'obtenir « ses lettres de noblesse », par l'attribution d'une nouvelle mission, le législateur lui confiant aujourd'hui le contrôle de la dignité de la privation de liberté.

286. L'effectivité du contrôle du juge judiciaire - Le juge de cassation a récidivé de manière encore plus décisive, le 8 juillet 2020, en estimant qu'il revient au juge judiciaire : « de veiller à ce que la détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans des conditions respectant la dignité des personnes et de s'assurer que cette privation de liberté est exempte de tout traitement inhumain et dégradant »⁶⁰¹. Les faits de l'espèce étaient à peu près équivalents aux affaires évoquées en amont, puisque le requérant contestait le refus qui lui avait été opposé d'être remis en liberté, alors qu'il était placé en détention provisoire dans le cadre d'une instruction criminelle. Toutefois, une différence cruciale devait être relevée ici, l'accès au juge des libertés et de la détention n'étant pas contourné par une prolongation automatique de l'incarcération. Il n'était donc point question de rappeler la nécessité de l'intervention du juge judiciaire, puisque le juge des libertés et de la détention était intervenu, ainsi que la chambre de l'instruction en appel. L'article 5 de la Convention européenne n'était pas vraiment en cause en effet, le droit au procès équitable ayant été respecté, même si l'intéressé invoquait simultanément le respect de la liberté individuelle, le

⁶⁰¹ Cass. crim., 8 juillet 2020, n° 1400 (20-81.739). V. note J.-B. PERRIER, « Dignité et détention provisoire », *RFDA* 2021, p. 87.

droit au respect de la vie privée et le droit à un recours effectif. Il s'agissait cette fois d'en appeler aux modalités du contrôle effectué par le juge judiciaire, plutôt au regard de l'article 3 de la Convention, lequel interdit la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants⁶⁰². Au soutien de sa prétention, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine était dégagé du Préambule de la Constitution par le requérant.

287. Loin d'être évidente, la question du contrôle de la dignité des conditions de détention ne fait pas l'objet d'un texte spécifique, contrairement à d'autres modes de privation de liberté. Ainsi l'article 63-5 du Code de procédure pénale rappelle-t-il que : « la garde à vue doit s'exécuter dans des conditions assurant le respect de la dignité de la personne » et l'article 138-3 du Code de procédure pénale que la mise en œuvre d'un dispositif de surveillance électronique : « doit garantir le respect de la dignité, de l'intégrité et de la vie privée de la personne ». Il n'existe aucun texte comparable en matière de détention provisoire, le principe de dignité étant seulement inscrit au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La Cour de cassation s'était d'ailleurs fondée sur un tel *vide* juridique pour refuser d'annuler le placement ou le maintien en détention provisoire en raison des conditions indignes de détention⁶⁰³, alors même que l'état de santé du détenu avait pu justifier sa remise en liberté dans un autre arrêt⁶⁰⁴. Plus encore, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 janvier 2020 s'appuyait sur des décisions rendues par des juges du fond ayant refusé de prolonger une détention provisoire au regard des conditions indignes d'incarcération⁶⁰⁵. La jurisprudence manquait donc de cohérence dans son analyse de l'étendue du contrôle de la privation de liberté pendant l'enquête, le juge des libertés et de la détention étant alors limité au contrôle de l'opportunité de la détention provisoire, et non au contrôle de son exécution, sans que l'on puisse comprendre les raisons de ce cloisonnement. C'est pourquoi, en réaffirmant le rôle primordial du juge

⁶⁰² V. C. MARGAINE, « Le JL(D)D : la Cour de cassation attribue au juge judiciaire sa lettre de noblesse », *op. cit.*

⁶⁰³ Cass. crim., 18 sept. 2019, n° 19-83.950, *Dalloz actu.*, 10 oct. 2019, obs. W. AZOULAY ; *D.* 2019, p. 1761 ; *AJ pén.* 2019, p. 560, obs. J. FRINCHABOY ; *RSC* 2019, p. 808, obs. Y. MAYAUD.

⁶⁰⁴ Cass. crim., 29 févr. 2012, n° 11-88.441, *Bull. crim.* n° 58 ; *Dalloz actu.*, 17 mars 2012, obs. M. LÉNA ; *AJ pén.* 2012, p. 471, note E. SENNA ; *RSC* 2012, p. 879, obs. X. SALVAT.

⁶⁰⁵ CEDH 30 janv. 2020, nos 9671/15 et 31 autres requêtes, *J.M.B. et autres c. France*. Le juge européen, au considérant 204, évoque l'argument porté par une association qui indique qu'il arrive que des juges prennent en compte les conditions de détention : « Elle cite deux arrêts de la cour d'appel de Montpellier des 24 mai et 18 juin 2016, l'un refusant la prolongation d'une détention provisoire en raison des conditions de détention, l'autre décidant d'un aménagement de peine en raison des conditions de détention ».

des libertés et de la détention dans le contrôle de la détention provisoire, qu'il soit question du maintien, de la prolongation ou des conditions de son déroulement, l'arrêt du 8 juillet 2020 revalorise le statut du juge du siège au cours des investigations.

288. À la suite de cette décision, le Conseil constitutionnel s'est à son tour prononcé le 2 octobre 2020⁶⁰⁶, en décidant de l'abrogation du second alinéa de l'article 144-1 du Code de procédure pénale, celui-ci ne permettant pas de mettre fin à une détention provisoire indigne. L'ancien texte disposait en effet que : « Le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues par l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies ». Nulle référence ici à l'exigence de dignité des conditions de détention, raison pour laquelle le texte ne pouvait survivre à l'examen de constitutionnalité opéré. Les Sages laissaient alors au Parlement cinq mois pour agir, et mettre en place un recours juridictionnel effectif. L'évolution a bien eu lieu, mais avec un peu de retard, puisque le législateur est intervenu avec la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021⁶⁰⁷, en créant l'article 803-8 du Code de procédure pénale. Ce dernier dispose, en son premier alinéa : « Sans préjudice de sa possibilité de saisir le juge administratif en application des articles L. 521-1, L. 521-2 ou L. 521-3 du code de justice administrative, toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire en application du présent code qui considère que ses conditions de détention sont contraires à la dignité de la personne humaine peut saisir le juge des libertés et de la détention, si elle est en détention provisoire, ou le juge de l'application des peines, si elle est condamnée et incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté, afin qu'il soit mis fin à ces conditions de détention indignes ». L'article 803-8 du Code de procédure pénale met ainsi en place une nouvelle procédure, incluant également le juge de l'application des peines, ce qui permet aux détenus provisoires comme aux condamnés d'exercer un véritable recours devant le juge judiciaire, après huit ans de lutte en ce sens⁶⁰⁸. Quant à la nouvelle version du second alinéa de l'article 144-1 du

⁶⁰⁶ Cons. const., décision n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020.

⁶⁰⁷ Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, publiée au Journal officiel du 9 avril 2021.

⁶⁰⁸ Lire à ce propos : A. MORINEAU, « Huit ans de bataille pour la dignité des personnes détenues, de la CEDH au Conseil constitutionnel », *Lexbase Pén.*, nov. 2020 ; M. GIACOPELLI, « Le raz de marée du principe de dignité », *Lexbase Pén.*, nov. 2020.

Code de procédure pénale, elle prend également et fort logiquement en considération cette exigence de dignité, dans le contrôle de la détention provisoire réalisé par le juge du siège, qu'il s'agisse du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention. La nouvelle version renvoie en conséquence au recours mis en place par le législateur : « Sans préjudice des dispositions de l'article 803-8 garantissant le droit de la personne d'être détenue dans des conditions respectant sa dignité, le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues à l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies ». C'est donc l'office du juge judiciaire tout entier qui en sort grandi, puisque les deux juges du siège de l'enquête se doivent de prendre en compte l'indignité de la détention dans le cadre des investigations.

289. En cela, l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 8 juillet 2020, suivi de l'intervention législative, donne un nouveau souffle à l'office du juge des libertés et de la détention et confirme incidemment la mutation identitaire de l'enquête, dont l'équilibre repose aujourd'hui tout entier sur ce juge-tiers. Cette décision le conforte dans le rôle d'atout procédural, en le chargeant non plus seulement du contrôle de la légalité de la détention provisoire, mais aussi de la dignité de son exécution. Placé entre un juge d'instruction fragilisé et un parquet tout puissant, le juge des libertés et de la détention offre une identité pénale modèle, qui permet au législateur de redessiner les contours de la contrainte.

Paragraphe II – Le contrôle de la coercition

« Pour être confirmé dans mon identité, je dépends entièrement des autres »⁶⁰⁹.

290. Ne faudrait-il pas précisément considérer, dans le rôle qu'il exerce en matière de contrôle judiciaire et d'assignation à résidence sous surveillance électronique, que le juge des libertés et de la détention dépend entièrement du juge d'instruction pour

⁶⁰⁹ H. ARENDT, *Origines du totalitarisme*, Le Seuil, 1972, p. 228. À ce propos, lire les explications de la philosophe Hourya BENTOUHAMI-MOLINO : « L'inimitié étant aussi un déterminant des interactions sociales, ne faudrait-il pas envisager que la construction de l'identité peut aussi se faire dans le cadre d'une lutte pour la reconnaissance ? » (« Le cas de Little Rock - Hannah Arendt et Ralph Ellison sur la question noire », *Tumultes* 2008/1 (n° 30), pp. 161-194).

obtenir cette confirmation identitaire ? Contrairement à la détention provisoire, les mesures restrictives de liberté lui permettent de faire valoir sa légitimité uniquement de manière indirecte. Dans les deux cas, il est vrai, la saisine d'un autre magistrat est nécessaire pour déclencher son intervention. Cependant, il apprécie l'opportunité de la privation totale de liberté en toute autonomie, alors que la restriction de liberté ne peut être mise en œuvre que s'il refuse le placement en détention provisoire sollicité par le juge d'instruction ou bien par le ministère public, en cas d'opposition du magistrat instructeur. Il décide donc de la mesure par défaut, laquelle constitue alors une alternative à l'incarcération ou au maintien en liberté.

291. Un rôle accessoire – L'article 138 du Code de procédure pénale dispose, en son premier alinéa : « Le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave ». Il ne retire pas le monopole du contrôle judiciaire au juge d'instruction, loin de là. Le législateur se contente d'un partage de compétences assez laconique, avant d'énumérer une liste d'obligations ou d'interdictions qui peuvent être ordonnées à l'égard du suspect par l'un ou l'autre. Le placement sous contrôle judiciaire constitue bien une restriction de liberté, en ce qu'il impose notamment au mis en examen des limites à la possibilité d'aller et venir librement, de rencontrer certaines personnes ou lui impose pareillement de se soumettre à des soins. Il devrait revenir exclusivement à un juge du siège indépendant et impartial, ce que n'est pas le juge d'instruction. Moins grave que la privation totale de liberté, le contrôle judiciaire reste tout de même hautement attentatoire à la liberté individuelle, raison pour laquelle un seuil minimal de peine encourue est prévu par le législateur. En effet, une telle atteinte à la liberté individuelle n'est rendue possible que si l'infraction suppose un emprisonnement, au moins en matière correctionnelle⁶¹⁰. Tout comme la détention provisoire, les décisions liées au contrôle judiciaire devraient donc revenir exclusivement au juge des libertés et de la détention, auquel sont prêtées des qualités exemplaires. Ce n'est pourtant pas le choix du législateur, qui laisse la priorité au juge d'instruction.

⁶¹⁰ Art. 138, al. 1, du Code de procédure pénale.

292. Il faut se référer à l'article 137-2 du Code de procédure pénale pour appréhender le rôle subsidiaire du juge des libertés et de la détention, la primauté du contrôle judiciaire revenant au juge d'instruction. Ainsi le texte met-il en place cette hiérarchie : « Le contrôle judiciaire est ordonné par le juge d'instruction, qui statue après avoir recueilli les réquisitions du procureur de la République. Le contrôle judiciaire peut être également ordonné par le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il est saisi ». Il en est de même pour l'assignation à résidence sous surveillance électronique, mise en place par la loi du 24 novembre 2009⁶¹¹, qui impose au mis en examen de demeurer en un lieu déterminé pendant une durée imposée. L'article 142-5 du Code de procédure pénale prévoit d'ailleurs le même partage de compétence entre le juge des libertés et de la détention et le juge d'instruction : « L'assignation à résidence avec surveillance électronique peut être ordonnée, d'office ou à la demande de l'intéressé, par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel d'au moins deux ans ou une peine plus grave », sans toutefois donner explicitement la priorité au juge d'instruction. Mais l'articulation des deux mesures conduit au même résultat, puisque l'article 137 du Code de procédure pénale renvoie à l'assignation à résidence seulement si le contrôle judiciaire est impossible ou insuffisant. En définitive, le juge d'instruction commande l'ensemble des mesures restrictives de liberté pendant l'information judiciaire : s'il ne saisit pas le juge des libertés et de la détention en vue d'un placement en détention provisoire, il a tout loisir d'ordonner un contrôle judiciaire ou une assignation à résidence sous surveillance électronique. Le juge des libertés et de la détention, quant à lui, ne prend aucune décision spontanée. Saisi par le juge d'instruction, il se prononce d'abord sur l'opportunité de la privation de liberté et envisage dans un second temps la restriction de liberté, uniquement s'il refuse l'incarcération ou son maintien.

293. La promotion du juge des libertés et de la détention est à ce titre bien plus nuancée que dans le cadre du contentieux de la détention provisoire. Le législateur semble hésiter à retirer tout pouvoir au juge d'instruction en matière de coercition. Il agit donc très timidement, comme s'il était déjà suffisant de lui avoir retiré ses prérogatives en matière de privation de liberté et qu'il n'était plus nécessaire de

⁶¹¹ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire. Cependant, avant de devenir une troisième voie avec la loi pénitentiaire, une telle mesure existait déjà, sous forme d'obligation du contrôle judiciaire.

contrôler ses pouvoirs lorsqu'il est seulement question d'une restriction de cette même liberté. La différence de régime, pourtant, ne se justifie pas. Évidemment, la détention provisoire doit mobiliser les plus hautes qualités identitaires du juge du siège, puisqu'elle entraîne la plus grave des atteintes à la liberté individuelle. Cependant, même partielle, toute privation de liberté reste profondément attentatoire aux droits fondamentaux et exige l'indépendance et l'impartialité de celui qui l'ordonne. Le choix de favoriser le juge d'instruction et non le juge des libertés et de la détention à l'égard du contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence sous surveillance électronique reflète parfaitement l'état d'esprit du législateur concernant la première phase du procès pénal. Au lieu de lui donner une orientation claire et lisible, il passe son temps à semer la confusion, entretenant une ambivalence manifeste entre les deux juges du siège. Comme le remarque un auteur, notre législateur voudrait concilier l'impossible, en gardant tous les avantages du juge d'instruction, tout en se débarrassant de ses inconvénients : « Le législateur "tourne autour" du juge d'instruction depuis des années. Mais il est manifestement embarrassé. De fait, tout se passe comme si, s'agissant de ce magistrat, nos réformateurs avaient adopté la philosophie d'Alphonse Allais, qui s'exclamait : "Le caoutchouc est un matériau merveilleux mais il faudrait lui enlever son élasticité qui le rend impropre à tant d'usages" !... »⁶¹². Le juge des libertés est le fruit de cette politique criminelle capricieuse, qui tend justement à rendre élastique ce qui devrait rester rigide. Ainsi l'équité processuelle est-elle mal protégée par l'intervention accessoire du juge des libertés et de la détention dans le cadre du contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence. Il y a une relative incohérence à considérer l'arbitraire du juge d'instruction lorsqu'il souhaite incarcérer une personne le temps des investigations, et à l'éluder ensuite, lorsqu'il exige qu'elle demeure en un lieu fixe, ou qu'elle s'astreigne à des obligations ou interdictions. Cette incohérence n'est en réalité que le reflet d'un désordre plus grand, qui caractérise la phase préparatoire du procès pénal dans son ensemble.

294. Un contre-pouvoir – Relatif, le double regard souhaité par la loi du 15 juin 2000⁶¹³ n'est tout de même pas inexistant, dans le cadre de la coercition. Le rôle d'atout du juge des libertés et de la détention se déploie dans l'opportunité de contredire la

⁶¹² M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *RSC* 2001, p. 51.

⁶¹³ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

volonté du juge d’instruction, en refusant la privation de liberté totale pour privilégier une simple restriction de liberté. Il détient en effet le pouvoir de choisir l’une des deux mesures – contrôle judiciaire ou assignation à résidence – s’il refuse de placer le mis en examen en détention provisoire. Cette faculté constitue donc bien un contrepoids au pouvoir du juge d’instruction, qui ne saisit jamais le juge des libertés et de la détention à cette fin : « Il s’agit bien d’un moyen pour le magistrat d’aller à l’encontre du souhait du juge d’instruction : le choix d’une telle mesure ne peut satisfaire, par définition, le magistrat instructeur, puisque s’il l’avait estimée suffisante, il l’aurait ordonnée lui-même, sans transiter par le juge des libertés et de la détention »⁶¹⁴. La mutation identitaire est tout de même intéressante, en ce qu’elle permet au juge des libertés et de la détention d’élaborer un véritable choix, avec plusieurs options. S’il n’avait que la possibilité d’emprisonner ou de laisser en liberté la personne mise en examen, le magistrat pourrait être incité à placer en détention provisoire plus facilement, dès lors que son avis n’est pas tranché. Il ne faut pas oublier que le juge des libertés et de la détention intervient ponctuellement, sans la connaissance précise du déroulé de l’enquête ou des mesures d’investigation en cours. Il doit se fier aux explications livrées par le juge d’instruction, dans l’ordonnance de saisine qui expose ses motivations. Or, il n’est pas toujours évident de se prononcer sur le bien-fondé d’un placement ou d’une prolongation de la détention provisoire sans avoir en tête tous les tenants et aboutissants de l’enquête. C’est pourquoi, lorsque la liberté du suspect apparaît dommageable au juge des libertés et de la détention, sans qu’il soit convaincu de la nécessité absolue de l’incarcération provisoire, il bénéficie d’autres options, moins radicales.

295. Plus encore, l’intérêt majeur de ce juge du siège à l’égard des mesures restrictives de liberté se présente en contrepied de leur prononcé. Ainsi, le juge des libertés et de la détention exerce une véritable opposition au pouvoir du juge d’instruction en décidant du sort du mis en examen qui ne respecte pas les obligations ou interdictions issues du contrôle judiciaire, ou celles découlant de l’assignation à résidence. Effectivement, l’article 143-1 du Code de procédure pénale dispose en son second alinéa : « La détention provisoire peut également être ordonnée dans les

⁶¹⁴ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, V. *Le juge des libertés et de la détention - Entre présent et avenir*, Thèse Paris 2, 2011, p. 104.

conditions prévues à l'article 141-2 lorsque la personne mise en examen se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence avec surveillance électronique ». Selon le renvoi opéré à l'article 141-2 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction n'a d'autre choix que de saisir le juge des libertés et de la détention en cas de violation des mesures imposées, s'il souhaite sanctionner le mis en examen par un placement en détention provisoire⁶¹⁵. Or, les textes ne font aucune obligation en ce sens à l'encontre du juge des libertés et de la détention, qui reste entièrement libre de sa décision. Il peut parfaitement se contenter de renforcer le contrôle judiciaire ou imposer une assignation à résidence s'il le souhaite, ou laisser les choses en l'état, malgré sa saisine par le magistrat instructeur. La fenêtre qui est ouverte au juge des libertés et de la détention est donc étroite, mais tout de même intéressante, en ce qu'elle limite le juge d'instruction dans ses pouvoirs de contrainte : « Le choix du juge des libertés et de la détention s'analyse, in fine, comme un véritable contre-pouvoir qui remet en cause l'autorité et vient corriger une décision prise, en amont, par le juge d'instruction, révélée, en pratique, insuffisante ou inadaptée »⁶¹⁶. Il permet ici de corriger doublement les failles du juge d'instruction, à la fois quant au défaut d'impartialité inhérent à sa personnalité et au défaut de perspicacité relatif à la mesure choisie.

296. Un demi-regard – En définitive, même lorsque le juge des libertés et de la détention décide du placement sous contrôle judiciaire, le juge d'instruction garde le contrôle du déroulement de la mesure, le temps de sa durée. L'article 139, alinéa 2, du Code de procédure pénale, dispose en ce sens : « Le juge d'instruction peut, à tout moment, imposer à la personne placée sous contrôle judiciaire une ou plusieurs obligations nouvelles, supprimer tout ou partie des obligations comprises dans le contrôle, modifier une ou plusieurs de ces obligations ou accorder une dispense occasionnelle ou temporaire d'observer certaines d'entre elles », tandis que l'article suivant prévoit la mainlevée de la mesure « à tout moment par le juge d'instruction, soit

⁶¹⁵ L'article 141-2 du Code de procédure pénale dispose en son premier alinéa : « Si la personne mise en examen se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire, le juge d'instruction peut décerner à son encontre mandat d'arrêt ou d'amener. Il peut également, dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article 137-1, saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement en détention provisoire. Quelle que soit la peine d'emprisonnement encourue, le juge des libertés et de la détention peut décerner, à l'encontre de cette personne, un mandat de dépôt en vue de sa détention provisoire, sous réserve des dispositions de l'article 141-3 ». Le second prévoit les mêmes dispositions à l'égard du procureur de la République, après le règlement de l'information judiciaire, lorsque l'intéressé est renvoyé devant la juridiction de jugement.

⁶¹⁶ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, V. *Le juge des libertés et de la détention - Entre présent et avenir*, op. cit., p. 106.

d'office, soit sur les réquisitions du procureur de la République, soit sur la demande de la personne après avis du procureur de la République »⁶¹⁷. Le renforcement des obligations ou des interdictions prévues à l'article 138 du Code de procédure pénale pourra donc être librement décidé par le juge d'instruction, sans aucune intervention possible du juge des libertés et de la détention. À ce titre, la coercition reste l'apanage d'un juge pénal à l'identité défaillante, alors que la privation de liberté fait l'objet d'un contrôle régulier.

297. Cela ne semble guère émouvoir le juge de cassation, dont la jurisprudence récente conforte le quasi-monopole du juge d'instruction à l'égard de la coercition. Dans un arrêt rendu le 5 août 2020, la chambre criminelle s'est en effet prononcée en sa faveur, lorsque le placement sous contrôle judiciaire intervient après la remise en liberté du mis en examen à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation. Pour bien comprendre l'enjeu de cette décision, il convient de revenir sur l'interprétation de l'article 803-7 du Code de procédure pénale, introduit par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016⁶¹⁸. Le premier alinéa de ce texte dispose : « Lorsqu'une juridiction ordonne la mise en liberté immédiate d'une personne dont la détention provisoire est irrégulière en raison du non-respect des délais ou formalités prévus par le présent code, elle peut, dans cette même décision, placer la personne sous contrôle judiciaire si cette mesure est indispensable pour assurer l'un des objectifs énumérés à l'article ». Le second alinéa prévoit à son tour que le procureur de la République peut saisir le juge des libertés et de la détention en vue d'un placement sous contrôle judiciaire, après avoir ordonné sa libération en raison d'une détention provisoire irrégulière. Jusqu'à cette date, la règle était en sens contraire, la chambre criminelle déclarant « irrégulière l'édition d'un contrôle judiciaire immédiatement consécutif à une détention elle-même irrégulière »⁶¹⁹. La prise en compte d'un risque de fuite de la personne remise en liberté, non pour des raisons de fond, mais uniquement pour des raisons procédurales, a donc poussé le législateur à réagir, ce dernier profitant de l'occasion avec la loi très répressive du 3 juin 2016⁶²⁰. Malgré une apparente clarté rédactionnelle, le texte continue pourtant de

⁶¹⁷ Art. 140, al. 1, du Code de procédure pénale.

⁶¹⁸ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁶¹⁹ Cass. crim., 9 janv. 2013, n° 12-87.016, *Bull. crim.* n° 11.

⁶²⁰ V. E. VERGÈS, « La procédure pénale à son point d'équilibre. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », *RSC* 2016, p. 551.

poser quelques difficultés d'interprétation, lesquelles ont suscité l'avis du juge de cassation⁶²¹. Les faits portés à son appréciation concernaient un prévenu placé en détention provisoire par un juge des libertés et de la détention, dont l'ordonnance avait été confirmée par la chambre de l'instruction. L'intéressé avait néanmoins été remis en liberté peu après, sur la base d'un arrêt de la chambre criminelle qui cassait et annulait la décision rendue en appel⁶²². Le procureur de la République, considérant la libération du suspect, demandait au juge des libertés et de la détention la mise en œuvre d'un contrôle judiciaire, en vertu de l'article 803-7 du Code de procédure pénale. Ce dernier refusa alors de se déclarer compétent et la chambre de l'instruction prononça elle-même le contrôle judiciaire sur appel du ministère public, en infirmant l'ordonnance du juge des libertés et de la détention. Selon l'interprétation donnée par la chambre de l'instruction, le juge des libertés et de la détention était parfaitement légitime à décider du prononcé ou non d'un placement sous contrôle judiciaire, sans considération pour le fait que la remise en liberté soit intervenue par l'intermédiaire de la Cour de cassation.

298. La lettre du texte n'était cependant pas respectée, selon le juge de cassation, cette fois amené à se prononcer sur l'autorité compétente pour décider de la coercition dans de telles circonstances. En effet, dans son arrêt du 5 août 2020, la chambre criminelle renvoie d'abord à l'article 207 du Code de procédure pénale, qui interdit à la chambre d'instruction de se réserver les suites procédurales, lorsqu'elle statue en appel sur une ordonnance relative à la détention provisoire⁶²³. Surtout, elle confie l'exclusivité de cette décision au juge d'instruction, en se référant à l'article 139 du Code de procédure pénale : « lorsque la mise en liberté d'une personne irrégulièrement détenue résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, le procureur de la République ne peut saisir le juge des libertés et de la détention de réquisitions aux fins de placement sous contrôle judiciaire, mesure que seul le juge d'instruction peut alors ordonner en application de l'article 139 du code de procédure pénale ». Comme la chambre de

⁶²¹ V. S. GOUDJIL, « Détention provisoire : placement sous contrôle judiciaire après remise en liberté : Crim. 5 août 2020, F-P+B+I, n° 20-82.087 », *Dalloz actualité*, 18 septembre 2020.

⁶²² Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-87.769.

⁶²³ Selon l'art. 207, al. 1 du Code de procédure pénale : « Lorsque la chambre de l'instruction a statué sur l'appel relevé contre une ordonnance en matière de détention provisoire, ou à la suite d'une saisine du procureur de la République soit qu'elle ait confirmé cette décision, soit que, l'infirmant, elle ait ordonné une mise en liberté ou maintenu en détention ou décerné un mandat de dépôt ou d'arrêt, le procureur général fait sans délai retour du dossier au juge d'instruction après avoir assuré l'exécution de l'arrêt ».

l'instruction, le juge des libertés et de la détention est évincé du contentieux, bien que le législateur ne l'en ait pas directement exclu, dans un tel contexte. Alors même qu'il est à l'origine de la mesure de placement en détention provisoire, et en dépit de son pouvoir de prononcer une mesure coercitive lorsqu'il refuse la privation de liberté demandée par le juge d'instruction, la chambre criminelle ne lui confie pas ce même pouvoir lorsqu'elle a elle-même remis en liberté. Elle préfère revenir au juge d'instruction, comme si la détention provisoire n'avait jamais été sollicitée. Il faut ici considérer, sans doute, la réalisation d'une ellipse procédurale par le juge de cassation, qui efface la volonté initiale du juge d'instruction. L'on repart ainsi de zéro, en permettant au juge d'instruction de décider d'une mesure coercitive comme s'il n'avait jamais souhaité priver le mis en examen de sa liberté. Dès lors, il semble relativement stratégique de permettre au juge des libertés et de la détention de prononcer une mesure coercitive uniquement lorsqu'elle a pour but de contredire les plans du juge d'instruction. Comme le législateur, la jurisprudence ne permet pas véritablement un double-regard au juge des libertés et de la détention en matière de coercition, mais seulement un demi-regard.

Conclusion de la section 1

299. Dans ses travaux consacrés à la fois au présent et à l'avenir du juge des libertés et de la détention, Pauline de Gouville appelait déjà de ses vœux, en 2011, l'alignement des pouvoirs du juge des libertés et de la détention pour l'ensemble de ces mesures, en ce qu'elles constituent toutes une privation de liberté, qu'elle soit totale ou parcellaire. La mutation identitaire incomplète du juge de l'enquête à l'égard des mesures restrictives de liberté est malheureusement restée en l'état, dix ans plus tard. La légitimité du juge des libertés et de la détention devrait lui conférer le monopole absolu de toute mesure portant atteinte à la liberté individuelle, d'autant plus qu'elle concerne ici une personne dont la culpabilité n'a pas été démontrée. Tel n'est pas le cas, le législateur étant incapable de se résoudre à transformer l'atout en va-tout. À défaut de reconnaître au juge des libertés et de la détention la pleine légitimité qui lui revient, il vient néanmoins de lui offrir son autonomie.

Section 2 : Un juge autonome

« *Le brouillard fait le silence sur l'océan ; il assouplit la vague et étouffe le vent* »⁶²⁴.

300. L'octroi d'un statut – La récente autonomie du juge des libertés et de la détention ressemble à cette brume de mer décrite avec tant de poésie par Victor Hugo, lorsqu'elle efface les dangers de l'horizon des marins. Les juges du siège sont, à leur manière, ces travailleurs de la mer, tant ils doivent surmonter les vagues de l'arbitraire et lutter contre les vents qui détruisent leur identité, en matière pénale. Le juge des libertés et de la détention joue dans cette métaphore le rôle d'un véritable timonier : « chargé de la surveillance de la route, des signaux, de la transmission des ordres et de la veille sur les passerelles »⁶²⁵, tandis que le juge d'instruction et le parquet se disputent le commandement des investigations. Il veille ainsi à la régularité des mesures attentatoires aux libertés individuelles sollicitées par l'un ou l'autre, afin de ne pas heurter la jurisprudence européenne, quant à son interprétation de l'identité de l'autorité judiciaire. Mais les vagues et les vents le chahutent de toutes parts, compte tenu du défaut d'indépendance, d'impartialité, parfois des deux qualités à la fois, des autres acteurs procéduraux de l'enquête. Or, il doit tenir la barre du procès équitable et compenser l'arbitraire par le seul bénéfice de son identité pénale. Jusqu'à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, le juge des libertés et de la détention tanguait sur le pont du navire, accroupi entre la magistrature assise et celle qui se tient debout. Le législateur vient de lui octroyer un vrai statut, au même titre que d'autres juges spécialisés, tels le juge de l'application des peines ou le juge des enfants. Par là-même, il reconnaît le rôle central de ce magistrat judiciaire et conforte sa position d'atout dans la première phase du procès pénal.

301. L'apport des regards croisés – Le juge des libertés et de la détention est né dans le but d'apporter un second regard sur la liberté individuelle au sein de l'enquête⁶²⁶. Il n'avait sans doute pas besoin, aux yeux du législateur, d'être aussi bien

⁶²⁴ V. HUGO, *Les travailleurs de la mer* (1866), Le livre de poche classique, éd. de David Charles, Librairie Générale Française, 2002, p. 324.

⁶²⁵ Définition du dictionnaire Larousse, disponible en ligne (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/timonier/78109>).

⁶²⁶ Dans la thèse qu'elle a consacrée au juge des libertés et de la détention, Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE rappelle que l'institution d'un « double regard » est l'objectif transversal de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 : « L'objectif dans les années 2000 est clair : il s'agit, entre autres, d'introduire un "double regard" sur la procédure pénale, par diverses entrailles.

assis que les autres juges du siège, tant il lui revenait uniquement de se promener, d'une mesure privative de liberté à une autre, sans le trait d'union qui caractérise le rôle d'un juge spécialisé. Au-delà des louables intentions avancées par nos instances politiques quant à l'apport de « regards croisés » avec le juge d'instruction, il avait surtout pour objet de lui retirer le pouvoir de mettre en détention. Ses interventions étaient comparables à la ponctuation dans un texte : fréquentes, mais formelles. D'aucuns s'interrogeaient alors sur la fébrilité de son identité pénale : « Le juge des libertés et de la détention serait-il ainsi un juge n'assurant qu'un tour de permanence, un "intermittent" de la procédure pénale, statuant à la demande, sur la seule question de la détention provisoire ? »⁶²⁷. En effet, les magistrats assignés à cette mission n'étaient pas nécessairement au fait de la matière pénale, la loi exigeant simplement une ancienneté tout aussi valable lorsqu'ils étaient chargés d'un contentieux en matière civile. L'absence de spécialisation participait donc activement à cette perception négative, tant la fonction de juge des libertés et de la détention était vécue comme une obligation transitoire, avant de retrouver une « vraie » fonction dans la magistrature. Pourtant, sans la ponctuation entre les mots, la phrase perd tout son sens, de sorte que le juge des libertés et de la détention est indispensable au bon fonctionnement de la première phase du procès pénal. L'octroi de nouvelles responsabilités a cependant été déterminant dans la volonté, ou nécessité, de lui conférer une véritable assise judiciaire. En effet, l'augmentation phénoménale de son office, dans le cadre de l'enquête comme en dehors – puisqu'il n'intervient pas exclusivement en matière pénale, mais également dans le cadre de l'hospitalisation sous contrainte⁶²⁸ ou de la rétention des étrangers⁶²⁹ – a motivé la mise en place d'un statut, afin d'asseoir la fonction sur des fondations plus solides. Selon le ministre de la Justice accompagnant le projet de loi : « c'est la suite logique de l'accroissement continu des pouvoirs qui lui ont été donnés depuis sa création par la loi du 15 juin 2000, tant en matière pénale que civile. Il est le juge

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 instaure ainsi l'appel en matière criminelle, offrant la possibilité à toute personne condamnée de "faire examiner sa condamnation par une autre "juridiction". Un double regard est également porté sur l'exécution des peines, à travers l'obligation pour le juge d'application des peines d'organiser un débat contradictoire et de motiver ses décisions, ainsi que l'ouverture le cas échéant d'un recours juridictionnel. Le juge des libertés et de la détention, quant à lui, permet d'offrir un regard indépendant et impartial sur la détention provisoire, loin de tout parti pris lié à la recherche des preuves. À côté de ce magistrat, de nouveaux acteurs apparaissent : la chambre de l'instruction, se substituant à celle d'"accusation", la cour d'assises d'appel, la Commission nationale de réparation de la détention provisoire, ou encore la commission composée de magistrats de la Cour de cassation, chargée de réexaminer les décisions pénales suite à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme, toutes porteuses d'un nouveau regard sur la procédure. » (V. *Le juge des libertés et de la détention - Entre présent et avenir*, *op. cit.*, pp. 35-37).

⁶²⁷ I. ROME, « Le juge des libertés et de la détention. Une fonction à parfaire à l'aune des grands principes constitutionnels », *Les Cahiers de la Justice*, 2012/4 (N° 4), pp. 115-127.

⁶²⁸ Loi n° 2011-803, 5 juill. 2011, puis loi n° 2013-869, 27 sept. 2013.

⁶²⁹ Art. L. 552-1 et s. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

protecteur des libertés individuelles et contrôle de plus en plus les actes et les décisions les plus intrusives »⁶³⁰. Sans conteste, l'envergure du juge des libertés et de la détention n'a cessé de s'amplifier, le législateur déployant ses compétences à mesure que la contrainte a augmenté. La coercition, quant à elle, va croissante, de sorte que l'intervention du juge des libertés est en expansion constante. Sa fragilité institutionnelle n'était résolument plus compatible avec son omniprésence procédurale, impliquant un tournant décisif dans son cadre statutaire.

302. Un magistrat expérimenté – À l'origine, la loi du 15 juin 2000⁶³¹ exigeait au titre de juge des libertés et de la détention un magistrat « expérimenté », ayant au moins le grade de vice-président, ce magistrat devant également être indépendant du juge d'instruction et du parquet. Il était nommé par le président de la juridiction, lequel avait donc le loisir d'attribuer cette fonction au magistrat de son choix, malgré l'éventuelle réticence de l'intéressé à exercer de telles prérogatives. Or, le rôle de juge des libertés et de la détention n'a jamais eu heureuse réputation, tant il était perçu, et certainement à juste titre, comme l'exercice d'une mission temporaire et éparpillée. Pire encore, il était presque question d'une punition, les juges désignés à cette place étant fragilisés par le risque d'être déplacés à une autre fonction au bon vouloir de leur hiérarchie. Cette dépendance démontrait tout de même la précarité de ce juge pénal, auquel personne ne souhaitait véritablement donner la carrure qu'il méritait. D'abord uniquement associé au maintien en détention provisoire ou au maintien en liberté, le juge des libertés et de la détention a progressivement été affecté à tous les domaines où l'atteinte aux libertés et à la vie privée des personnes était en jeu : « partant de l'unique contrôle de la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention est devenu en quelques années, au bénéfice d'une extension considérable de ses compétences dans les domaines les plus variés, y compris le champ civil de l'hospitalisation sans consentement, un véritable juge de l'investigation et de la contrainte »⁶³². Au premier stade de la procédure pénale, son expertise n'est plus restreinte au contentieux de la détention provisoire, et donc aux rapports avec le juge d'instruction. Bien au contraire, le juge des libertés et de la détention intervient tout autant au secours du parquet,

⁶³⁰ Déclaration de M. Jean-Jacques URVOAS, garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur le projet de loi de modernisation de la Justice du 21^e siècle, à l'Assemblée nationale le 17 mai 2016 (disponible en ligne : <http://www.justice.gouv.fr>, le 18 mai 2016).

⁶³¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁶³² D. ACQUARONE, « La nomination du juge des libertés et de la détention par décret », *D.* 2016, p. 1488.

notamment dans le cadre de la criminalité organisée, les articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale permettant des mesures hautement coercitives sous son autorisation. Dans le cadre pénal classique, en flagrance comme en enquête préliminaire, le juge des libertés et de la détention est également devenu incontournable, qu'il soit question d'autoriser un contrôle judiciaire, de prolonger une garde à vue, de permettre des écoutes téléphoniques ou des perquisitions par exemple. Aussi, le foisonnement de ses pouvoirs est progressivement devenu problématique, au regard de la précarité de son office.

303. Le déplacement du centre de gravité – Les véritables intentions législatives se sont découvertes à mesure de l'extension de ses compétences, le rôle de tiers indépendant et impartial étant souvent prétexte à l'augmentation des mesures de contrainte. Son intervention hors matière pénale a participé à démontrer les véritables ambitions prêtées au juge des libertés et de la détention : « L'objectif était moins de garantir les libertés en tant que telles, que de réduire le risque d'erreur judiciaire en demandant au JLD de porter « un double regard ». On constata la même préoccupation dans les recommandations formulées par la commission d'Outreau. Ce double regard était possible car la matière pénale est familière aux juges. Mais l'attribution au JLD de nouveaux domaines, comme son intervention dans le contentieux des étrangers ou l'hospitalisation d'office, éloigne le JLD de sa culture judiciaire : comment pourrait-il exercer un double regard sur une matière dans laquelle il n'a aucune compétence ? Il doit quitter le rôle de superviseur pour exercer une fonction tierce. Son autorité ne vient pas d'un regard plus expert mais d'un regard extérieur, vierge de tout préjugé et indemne de toute déformation professionnelle. Le juge se positionne plus clairement comme tiers, y compris à l'égard de sa propre institution »⁶³³. Au lieu de recentrer la fonction de juge des libertés et de la détention autour des libertés fondamentales, et d'autonomiser son rôle à l'égard des autres magistrats de l'enquête pénale, le législateur n'a fait que déplacer son centre de gravité d'un contentieux à un autre. Ainsi le juge des libertés et de la détention se devait, face à un tel éparpillement des compétences, d'unifier au moins son statut, afin, notamment, de conforter son identité.

⁶³³ Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane TAUBIRA, garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention : « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIème siècle, mai 2013, p. 126.

304. Un pied d'égalité – L'article 18 de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature a modifié l'article 28-3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature pour conférer à la fonction de juge des libertés et de la détention un caractère statutaire. Depuis le 1^{er} septembre 2017⁶³⁴, la nomination aux fonctions de juge des libertés et de la détention ne se fait plus de façon hiérarchique, mais par décret du président de la République, sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Il est désormais sur un pied d'égalité avec le juge d'instruction, dont la nomination se fait de la sorte, comme les autres fonctions spécialisées. Jusqu'à cette importante réforme, l'article 137-1 du Code de procédure pénale disposait, en son second alinéa : « le juge des libertés et de la détention est un magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président. Il est désigné par le président du tribunal de grande instance. En cas d'empêchement du juge des libertés et de la détention désigné et d'empêchement du président ainsi que des premiers vice-présidents et des vice-présidents, le juge des libertés et de la détention est remplacé par le magistrat du siège le plus ancien dans le grade le plus élevé, désigné par le président du tribunal de grande instance ». La fonction, qui n'était généralement pas choisie, mais plutôt subie, présentait déjà une faible attractivité pour les magistrats, ces derniers n'ayant pas postulé pour l'exercer. Les prérogatives du juge des libertés et de la détention étaient en elles-mêmes déconsidérées, compte tenu de leur caractère répétitif et étriqué : « De nombreux magistrats ont critiqué le peu d'intérêt intellectuel de la fonction de JLD et souligné la difficulté qu'il y avait à trouver des volontaires pour la remplir. Force est de reconnaître que l'exercice à plein temps de la fonction de JLD, limitée au placement en détention provisoire, peut présenter un caractère répétitif et quelque peu fastidieux »⁶³⁵. Mais surtout, elle exposait les magistrats en question à un changement d'affectation arbitraire, donc aux pressions hiérarchiques normalement écartées par la règle de l'inamovibilité qui protège l'ensemble des juges du siège⁶³⁶.

⁶³⁴ Date d'entrée en vigueur de la réforme, fixée par l'article 50 XII de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016.

⁶³⁵ Rapport d'information déposé en application de l'article 146 du Règlement par la Commission des finances, de l'économie générale et du Plan déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des lois sur l'évaluation de la loi no 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes n° 3501 déposé le 20 décembre 2001 par Mme Christine Lazerges, p. 12.

⁶³⁶ Sur ces questions, lire le rapport n° 3716 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi organique (n° 3200), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, par Mme Cécile UNTERMAIER, le 4 mai 2016, p. 18.

Sans précision aucune quant aux modalités de sa désignation, l'article 710-1 du Code de l'organisation judiciaire permettait donc que le juge des libertés et de la détention soit nommé avant le début de chaque année judiciaire⁶³⁷, et déplacé de la même façon l'année suivante, voire en cours d'année en cas d'urgence⁶³⁸. La destitution des fonctions de juge des libertés et de la détention dépendait donc d'une simple mesure d'administration judiciaire, insusceptible de recours. L'urgence, par nature subjective, portait quant à elle le risque d'un déplacement brutal des fonctions par le président du tribunal, pour des raisons peu orthodoxes, telle la volonté de contrarier une jurisprudence. En outre, les attributions inhérentes à la fonction pouvaient parfaitement être totalement dissociées, de sorte que tel juge des libertés et de la détention était exclusivement compétent pour le placement en détention tandis que tel autre s'occupait des demandes de mises en liberté⁶³⁹. La volition législative originelle n'était donc pas, bien entendu, d'instituer un second juge du siège dans l'enquête, mais de diviser en deux les pouvoirs du magistrat déjà en place.

305. Un juge spécialisé – En cela, l'évolution est cruciale, la nomination et le maintien dans les fonctions étant aujourd'hui détachés du lien de subordination. Il ne faut pas oublier qu'au commencement, l'appellation même de la fonction faisait débat, le gouvernement et l'Assemblée nationale optant pour un « juge de la détention », tandis que le Sénat souhaitait le voir désigné comme le « magistrat mentionné à l'article 137-1 »⁶⁴⁰. Après quelques hésitations autour « du juge des libertés », la loi retint les deux facettes opposées en le dénommant finalement « juge des libertés et de la détention ». Cette observation démontre en soi la place malaisée de ce magistrat au stade préparatoire du procès pénal, depuis sa création, comme le relève justement Mme Le Monnier de Gouville dans sa thèse : « l'antinomie des termes mêmes de son

⁶³⁷ Abrogé par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale, l'article 710-1 du Code de procédure pénale prévoyait cette répartition administrative en son premier alinéa : « Avant le début de l'année judiciaire, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel, le président du tribunal supérieur d'appel, le président du tribunal de grande instance, le président du tribunal de première instance et le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance fixent par ordonnance la répartition des juges dans les différents services de la juridiction dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

⁶³⁸ L'exception était prévue par l'alinéa suivant : « Cette ordonnance ne peut être modifiée en cours d'année qu'en cas d'urgence, pour prendre en compte une modification de la composition de la juridiction ou pour prévoir un service allégé pendant la période au cours de laquelle les magistrats, les fonctionnaires et les auxiliaires de justice bénéficient de leurs congés annuels ».

⁶³⁹ Sur les écueils de cette désignation, v. F. LEBUR, « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, 28 juill. 2001, p. 3.

⁶⁴⁰ V. Ch. LAZERGES, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », Actes de la journée d'étude organisée par les éditions Dalloz sur la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, RSC 2001, p. 7.

appellation révèle, déjà, l'ambiguïté de son rôle et de sa place dans les rouages judiciaires »⁶⁴¹. L'accroissement démesuré de ses pouvoirs, dans des trajectoires éparses, et la coexistence avec les structures processuelles déjà en place, que le législateur refuse de remodeler, ont altéré son identité. Il fallait impérativement la restaurer, sous peine d'achever la destruction identitaire de l'enquête pénale, déjà très engagée par les magistrats enquêteurs que sont le juge d'instruction et le ministère public. En cela, l'attribution d'un titre de spécialiste au juge des libertés et de la détention représente une mutation remarquable de son identité pénale. À la fois légitime et autonome, ce tiers indépendant et impartial exerce dès lors au rang de juge du siège spécialisé, ce qui lui offre le crédit longtemps attendu.

Conclusion de la section 2

306. Paradoxalement, il sème un certain brouillard au premier stade du procès pénal, en masquant de sa perfection les défauts de ses semblables. Si le juge des libertés et de la détention conforte pleinement l'identité du juge pénal au regard de ses qualités européennes, il intervient toujours de manière ponctuelle dans les autorisations délivrées aux uns et aux autres et n'exerce pas le plein office d'un juge du siège. C'est pourquoi la spécialisation du juge des libertés et de la détention permet davantage de renforcer l'alibi que de valoriser l'atout : « L'institution d'un juge des libertés et de la détention statutaire est incontestablement une avancée majeure pour garantir l'indépendance des décisions ainsi que l'investissement des magistrats qui l'exercent, le système fonctionnant moins désormais sur la base d'affectation de magistrats sans goût pour ses attributions et qui pouvaient peiner à s'investir véritablement dans leur exercice. Mais elle n'est qu'un préalable à une nécessaire réflexion plus générale sur le positionnement de ce juge qui n'occupe plus les traditionnelles fonctions de décision sur la responsabilité ou la culpabilité du juge pénal, mais qui se voit confier une mission de contrôle, d'autorisation et d'homologation. Or, cette intervention d'un contre-pouvoir amené à peser les poids relatifs entre besoin de sécurité et atteinte aux libertés est encore mal intégrée dans notre procédure pénale, ainsi qu'en témoigne le régime très hétérogène des voies de recours contre ses décisions »⁶⁴². Ainsi, les garanties statutaires

⁶⁴¹ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, V. *Le juge des libertés et de la détention - Entre présent et avenir, op. cit.*, p. 40.

⁶⁴² A.-L. BERGÈRE, « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *AJ pén.* 2019, p. 120.

apportées au juge des libertés et de la détention sont-elles une forme de leurre au regard du procès équitable, en ce qu'elles rendent silencieux le vent et somnolentes les vagues.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

307. Créé « pour compenser le déséquilibre initial de la procédure »⁶⁴³, le juge des libertés et de la détention fut longtemps présenté comme un atout. Il possède ce que les deux autres acteurs de l'enquête pénale n'ont pas : une identité conforme aux attentes de la Cour européenne des droits de l'homme. Son indépendance et son impartialité lui ont donc permis de s'établir comme le relais indispensable des droits fondamentaux.

308. Juge de la liberté, il bénéficie de l'exclusivité lorsqu'il s'agit d'en contrôler la privation totale. Le contentieux de la détention provisoire lui revient donc automatiquement et ne souffre plus, de ce fait, de l'opprobre provoquée par le double statut du juge d'instruction. Juge de la dignité, son office s'est récemment enrichi du contrôle des conditions de détention, une telle valorisation des fonctions participant à reconstruire l'identité du juge pénal de l'enquête.

309. Pour autant, est-il réellement un juge des libertés ou faudrait-il remettre le terme au singulier ? L'acteur naturel des investigations demeure aux commandes de la restriction de liberté, le juge d'instruction décidant seul du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence dans le cadre de l'information judiciaire. Le juge des libertés et de la détention n'en est pas totalement exclu, agissant ici en contrepoids des décisions du juge d'instruction. De ce fait, il apporte le plus souvent sur les libertés individuelles la moitié d'un regard, et non pas le double regard attendu.

310. Mais au-delà de la détention, le titre de juge des libertés mérite sans doute d'être maintenu. Il s'agit simplement de déplacer ledit regard hors l'instruction préparatoire. L'enquête policière devient progressivement le siège de la contrainte renforcée, appelant le juge des libertés et de la détention à une présence démultipliée. Ce n'est pas véritablement à l'égard du juge d'instruction que sa légitimité profite, mais au ministère public. « Conscient d'arpenter les crêtes constitutionnelles et

⁶⁴³ E. DAOUD, A. JACQUIN, « La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée », *AJ pén.* 2017, p. 482.

conventionnelles, le législateur a multiplié les précisions ayant pour objet, mises bout à bout, de convaincre le juge de la loi, de la proportionnalité des restrictions apportées »⁶⁴⁴ : la promotion du juge des libertés et de la détention découle elle aussi d'une telle volonté.

311. Juge promu, le juge des libertés et de la détention l'est surtout par l'acquisition d'un nouveau statut, qui lui donne enfin une pleine autonomie. Désormais juge spécialisé, il accède à une stabilité institutionnelle qui ne doit pas faire oublier le mépris processuel dont il est l'objet. De fait, ce tiers extérieur à l'enquête pénale n'y pénètre jamais réellement et son contrôle est le plus souvent utilisé à mauvais escient. Obstiné, le législateur se refuse à modifier l'ossature imparfaite de l'enquête et préfère utiliser le juge des libertés et de la détention pour la masquer. Derrière l'alibi du juge des libertés et de la détention, le juge pénal ne peut ici que constater la destruction de son identité.

⁶⁴⁴ O. LE BOT, « Un état d'urgence permanent ? (Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme) », *RFDA* 2017, p. 1115.

CHAPITRE 2 : UN ALIBI

« C'est admirable ! Chaque fois que quelqu'un veut se rassurer, il demande à un ami de partager son opinion. Ça revient à demander à un boucher si sa viande est bonne »⁶⁴⁵.

312. La métaphore ne saurait peut-être aller jusqu'à assimiler le législateur à un boucher, au regard de l'organisation de l'enquête pénale. Mais tout de même, comment ne pas lui reconnaître quelques similitudes avec un marchand, lorsqu'il vend les services du juge des libertés et de la détention à l'aune d'un renforcement de la contrainte ? Il est impossible, aujourd'hui, d'ignorer le stratagème mis en place dans la phase préparatoire du procès pénal. L'essor des pouvoirs du magistrat du parquet se réalise par la caution du juge du siège, dont l'identité pénale rassure les plus hautes instances, nationales et européennes, au regard de la protection des droits fondamentaux. Sous de tels auspices, l'atout que représente le juge des libertés et de la détention dans cette première phase processuelle se transforme rapidement en alibi.

313. De manière amusante, l'alibi désigne au sens littéral du terme un moyen de défense, du fait qu'on se trouvait, au moment d'une infraction, dans un lieu autre que celui où elle a été commise⁶⁴⁶. Il s'agit donc bien du champ lexical judiciaire, particulièrement approprié à la collecte des preuves et la manifestation de la vérité, propres à l'enquête. Destiné à prouver l'innocence, le terme revêt une connotation négative, qui le présente comme un prétexte. De l'excuse au mensonge, l'alibi est, dans tous les cas, fort intéressant, en ce qu'il permet de se dégager du soupçon. C'est pourquoi le législateur ne se contente pas de l'exiger du mis en cause, et en fait lui-même bon usage, de manière un peu détournée. À ce titre, le juge des libertés et de la détention se trouve toujours, en quelque sorte, dans un lieu qui permet de dégager le ministère public – parfois le juge d'instruction – du soupçon. Le procédé est astucieux, puisqu'il ne consiste pas à trouver une excuse pour se dégager lui-même d'une

⁶⁴⁵ J. STEINBECK, *À l'est d'Eden* (1952), Le livre de poche, 2008, p. 744.

⁶⁴⁶ Dictionnaire Le Petit Robert de la langue française, 2022.

accusation, mais pour autrui. Ses qualités identitaires lui permettent en effet de sauvegarder la liberté individuelle, lorsque ses amis magistrats ne le peuvent pas, soit parce qu'ils manquent d'impartialité, soit parce qu'ils manquent d'indépendance, soit parce qu'ils n'ont ni l'une ni l'autre. En cela, il est le parfait alibi de tous ceux qui usent de la contrainte au sein de l'enquête pénale, sans en avoir la légitimité requise.

314. Or, est-il réellement possible de préserver la liberté individuelle quand la décision est prise pour un ami et non pour l'équité ? La destruction identitaire de la première phase de la procédure pénale doit être mise à son crédit, puisqu'il est le moyen de contournement privilégié des exigences européennes. Telle la vallée de Salinas décrite dans l'œuvre maîtresse de John Steinbeck, l'enquête pénale expose le juge des libertés et de la détention à la grandeur comme à la décadence, la lutte pour l'acceptation allant de pair avec l'autodestruction. Ce rythme sinusoïdal correspond à la manipulation des pouvoirs du juge des libertés et de la détention par le législateur.

315. Tantôt présenté comme l'atout majeur de la phase préparatoire du procès pénal, il se révèle, plus tard, comme un parfait alibi à la mise en œuvre d'une contrainte exacerbée⁶⁴⁷. En créant le juge des libertés et de la détention, le législateur n'était pas uniquement animé par de valeureuses intentions. Masquée par un incipit réjouissant, la quatrième de couverture annonçait pourtant des aventures moins flatteuses dans l'histoire de ce jeune promu. Page après page, le lecteur découvrait ainsi comment ce juge pénal modèle devenait la caution du parquet, dans le cadre des procédures dérogatoires (Section 1) avant de travestir plus encore son identité sous le joug de l'administration, par la pérennisation de l'urgence (Section 2).

Section 1 : La caution des procédures dérogatoires

316. Si la dérogation est naturellement synonyme d'exception, le législateur doit impérativement chercher un terme plus approprié aux « quelques procédures

⁶⁴⁷ V. not. A. GOGORZA, « La place et le rôle du JLD dans l'enquête pénale », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

particulières » du livre IV du Code de procédure pénale, lequel concerne tout de même près de sept-cent articles aujourd'hui. Mais il semble apprécier les faux-semblants, puisqu'il préfère dénommer « juge de la liberté » un juge qui s'attache en réalité à permettre la contrainte. Caution des procédures dérogatoires, le juge des libertés et de la détention permet la généralisation des technologies liberticides (Paragraphe I), et plus largement, l'extension des techniques spéciales et communes d'enquête (Paragraphe II).

Paragraphe I – La généralisation des technologies intrusives

317. Dérogatoires, les techniques les plus coercitives de l'enquête, normalement réservées à des cadres d'investigation stricts, deviennent progressivement fonction de l'infraction considérée. En cela, la géolocalisation et les écoutes téléphoniques sont parfaitement représentatives de la porosité des cadres d'enquête (A). Face aux élans législatifs répétés, la jurisprudence tente de maintenir une fugace étanchéité (B).

A) La porosité des cadres d'enquête

318. Des mesures hautement attentatoires aux libertés individuelles peuvent être mobilisées non seulement en dehors de l'information judiciaire, mais surtout, hors la phase judiciaire. Cela revient à permettre aux autorités de police de déployer des moyens de contrainte extrêmement élevés, dans le cadre d'enquête le moins protecteur des droits fondamentaux. Pour autoriser de tels pouvoirs, la parade est élémentaire et consiste à obtenir l'accord du juge des libertés et de la détention. La mutation identitaire qui en résulte est délétère, l'autorisation délivrée par le juge du siège ayant pour seul objectif de renforcer la contrainte, entre les mains du parquet. Le glissement de terrain est manifeste, et ne cesse de progresser, notamment depuis la loi du 9 mars 2004⁶⁴⁸ : « Les circulaires de la loi Perben II indiquent clairement qu'afin d'éviter l'ouverture systématique d'une information, et donc la mise en œuvre d'une procédure lourde, il est apparu utile de donner la possibilité au ministère public de recourir à des mesures intrusives et attentatoires aux libertés individuelles au stade de l'enquête en

⁶⁴⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

droit commun mais surtout dans le régime dérogatoire de la criminalité organisée : perquisitions, écoutes téléphoniques, mesures conservatoires et saisies, prolongations de la garde à vue »⁶⁴⁹. De ce fait, les technologies les plus intrusives, longtemps réservées au magistrat instructeur, sont maintenant employées par des fonctionnaires de police, sous la direction du parquet et l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

319. Le recours à la délinquance organisée – À ce titre, la criminalité organisée est devenue, de longue date, le prétexte privilégié du détournement du rôle du juge des libertés et de la détention, au point de relever la place disproportionnée qu'elle occupe aujourd'hui dans les politiques criminelles : « L'extension du champ d'application de cette procédure et le renforcement spectaculaire des moyens d'investigations interpellent sur les contours de cette procédure dérogatoire, prévue au sein de ce livre IV du Code de procédure pénale que certains qualifient de code dans le code »⁶⁵⁰. Mais les interceptions téléphoniques comme la géolocalisation ne lui sont pas réservées, ces technologies particulièrement intrusives à l'intimité de la vie privée ayant dépassé le cadre de la délinquance structurée ou du terrorisme. Loin de rester cantonnées à l'information judiciaire, les mesures considérées ont d'ailleurs rapidement gagné l'enquête de flagrance comme l'enquête préliminaire. Elles n'ont donc plus rien d'exclusif au juge du siège, puisqu'elles sont ordonnées par le parquet en phase policière, le juge des libertés et de la détention ayant parfois « autorité » pour les accorder. Mais le plus souvent, ce dernier n'est même plus investi d'un tel pouvoir, et délivre uniquement le contrôle nécessaire à leur épanouissement en dehors de la phase judiciaire. Chaque nouvelle strate législative contribue, depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, à amplifier ce phénomène. Ainsi, la loi du 3 juin 2016⁶⁵¹ a étoffé les attributions policières de manière absolument décisive. Celle de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁶⁵² a tenté d'élargir encore davantage leur emploi, avant d'être sévèrement contrée par le Conseil constitutionnel. Le législateur est tout de même parvenu à ses fins en matière de géolocalisation, cette dernière mesure étant

⁶⁴⁹ S. CARRÈRE, « Le juge des libertés et de la détention : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 233.

⁶⁵⁰ J.-B. PERRIER, « [Le point sur...] Le contentieux de la criminalité organisée (troisième partie) », *Lexbase*, Hebdo édition privée n°684 du 19 janvier 2017 : Pénal.

⁶⁵¹ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁶⁵² Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

quant à elle considérablement étendue. Certes, la volonté législative n'est pas toujours victorieuse dans ses ambitions, mais elles apparaissent de façon limpide, au regard des réformes entreprises. En tous les cas, la progression des techniques les plus contraignantes d'investigation, ce dans l'ensemble des cadres de l'enquête pénale, s'accorde à la perfection avec la promotion du juge des libertés et de la détention.

320. Le domaine des mesures intrusives – Parmi cet éventail de mesures attentatoires à la liberté individuelle, la géolocalisation et les écoutes téléphoniques ne sont pas uniquement reliées au régime de la bande organisée, mais aussi rattachées à des seuils minimaux d'infractions. La géolocalisation, prévue à l'article 230-32 du Code de procédure pénale, permet la localisation en temps réel d'une personne, de son véhicule, ou bien d'un objet lui appartenant, à son insu, lorsque l'opération porte sur un crime ou sur un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement⁶⁵³. La géolocalisation concerne encore des cas particuliers, cités par les points suivants du texte, que sont la recherche des causes de la mort, de la disparition ou de la fuite d'une personne. L'article 230-33 du Code de procédure pénale permet bien sûr une telle mesure pendant l'information judiciaire, le juge d'instruction pouvant alors la mettre en œuvre pour une durée de quatre mois. Mais il est assez édifiant de constater qu'une telle intrusion dans la vie privée des individus est également offerte au procureur de la République, dans l'enquête de flagrance comme dans l'enquête préliminaire, sans aucune autorisation juridictionnelle. En effet, ce dernier peut ordonner une mesure de géolocalisation pendant huit jours consécutifs, étendus à quinze jours en cas de recherche des causes de la mort suspecte d'une personne et dans le cadre de la criminalité organisée⁶⁵⁴. Par conséquent, même si la géolocalisation en est indépendante, la notion de bande organisée reste toujours une excuse intéressante à l'augmentation de la contrainte entre les mains du parquet. La seule référence aux articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale suffit à autoriser l'une des

⁶⁵³ V. exposé des motifs du projet de loi relatif à la géolocalisation, Sénat, n° 257 (2013-2014), p. 3 : la géolocalisation peut être mise en œuvre selon deux techniques distinctes au cours d'une enquête. Il s'agit du suivi dynamique, en temps réel, d'un terminal de télécommunication qui permet de localiser un téléphone mobile ; mais aussi de l'installation d'un dispositif technique (une balise) sur un objet ou un moyen de transport permettant de déterminer, en temps réel, la position d'une personne qui le détient ou dans lequel elle se trouve.

⁶⁵⁴ L'article 232-33 dispose, en son alinéa 1, 1°, que la géolocalisation peut être autorisée : « Dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire ou d'une procédure prévue aux articles 74 à 74-2, par le procureur de la République, pour une durée maximale de quinze jours consécutifs dans les cas prévus aux articles 74 à 74-2 ou lorsque l'enquête porte sur un crime ou sur une infraction mentionnée aux articles 706-73 ou 706-73-1, ou pour une durée maximale de huit jours consécutifs dans les autres cas ».

mesures les plus attentatoires aux libertés individuelles pendant deux semaines au lieu d'une, sans aucun contrôle du juge du siège. Ensuite, vient l'alibi du juge des libertés et de la détention pour autoriser cette mesure sur des temps plus longs. Ainsi, une telle possibilité sera ouverte pendant un mois, renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée, dès lors que l'opération est placée sous son accréditation. En définitive, qu'il s'agisse du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, la géolocalisation peut être mise en place au total pendant un an en droit commun, deux ans lorsqu'il s'agit de la criminalité organisée⁶⁵⁵. Le puzzle s'assemble donc parfaitement lorsque les pièces maîtresses sont réunies. Ainsi associée au juge des libertés et de la détention, la criminalité organisée ouvre la voie aux mesures les plus attentatoires aux libertés individuelles, sur des temps très longs. Si l'information judiciaire bénéficie d'une plus grande permissivité grâce au juge d'instruction, toute différence s'efface avec la phase policière dès lors que le juge des libertés et de la détention entre en scène. Finalement, les deux types d'enquête peuvent recourir à la même technologie pendant la même durée, malgré les moindres garanties présentées par la seconde à l'égard des droits fondamentaux. Le législateur précise bien *in fine* que la décision n'est pas juridictionnelle et qu'elle est insusceptible de recours. Le ministère public se voit donc offert le droit d'attenter fortement à la vie privée d'un suspect pendant deux ans, sans que les droits de la défense et la contradiction puissent s'exercer, sur la seule caution du juge des libertés et de la détention. Il faudrait sans doute se réjouir de l'intervention d'un juge du siège, toujours préférable à la quinzaine de jours pendant laquelle le parquet opère en solitaire. Pour autant, la géolocalisation est une illustration saillante de la destruction identitaire de l'enquête pénale, exposant le juge pénal au dévoiement de ses qualités substantielles, lesquelles sont détournées au profit du magistrat du parquet.

321. De son côté, la surveillance téléphonique est également permise en matière criminelle et correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, selon l'article 100 du Code de procédure pénale. Il s'agit ici d'un dispositif réservé à l'information judiciaire, qui permet au juge d'instruction de mettre sur écoute le suspect, en dehors de toute dérogation, pour une durée maximale de quatre

⁶⁵⁵ Selon le 2° de l'article 232-33 : « La durée totale de cette opération ne peut pas excéder un an ou, s'il s'agit d'une infraction prévue aux articles 706-73 ou 706-73-1, deux ans ».

mois⁶⁵⁶. Or, de façon particulièrement significative, les « interceptions de correspondance émises par la voie des communications électroniques », telles qu'elles sont dénommées dans notre Code de procédure pénale, sont également ouvertes aux enquêteurs de police, dans le cadre de la criminalité organisée. Ainsi, l'article 706-95 du Code de procédure pénale permet au procureur de la République de recourir à « l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications selon les modalités prévues par les articles 100, deuxième alinéa, 100-1 et 100-3 à 100-7, pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée », à la seule condition d'obtenir l'autorisation du juge des libertés et de la détention. La fin du premier alinéa mentionne encore que ces opérations sont réalisées « sous le contrôle du juge des libertés et de la détention ». En l'occurrence, bien que non réservée à la criminalité organisée, la surveillance téléphonique parvient à se hisser en dehors de l'information judiciaire par ce biais, étant alors ouverte à la phase policière, sous le regard du juge des libertés et de la détention et non plus du juge d'instruction.

322. Cette disposition n'est pas nouvelle, la loi du 9 mars 2004 ayant offert une telle possibilité hors instruction, sous la simple caution d'un autre juge du siège. Toutefois, le législateur ne manque pas une occasion d'augmenter les prérogatives du parquet dans l'ensemble de l'enquête, comme l'a mis en lumière la loi de programmation pour la justice, telle qu'elle était projetée. À cet égard, la proposition d'étendre les écoutes téléphoniques à l'enquête de droit commun a renforcé un constat relativement éclatant depuis plusieurs années déjà, selon lequel « la force d'attraction de l'enquête policière par rapport à l'instruction se confirme inlassablement, remettant en cause le dualisme de nos cadres d'enquête »⁶⁵⁷. Au centre de cette dynamique, se trouve le juge des libertés et de la détention, sans qui rien ne serait possible. Grâce à son identité sans dualité, son indépendance et son impartialité, il est immédiatement devenu un remarquable alibi à l'extension de la contrainte dans la phase préparatoire du procès pénal. La tentative d'extension au droit commun des interceptions de correspondance dans le cadre de l'enquête de police en est une illustration patente. Fort heureusement, le Conseil constitutionnel n'est pas dupe et contient parfois les excès du législateur.

⁶⁵⁶ Art. 100-2 du Code de procédure pénale.

⁶⁵⁷ A. GOGORZA, « La simplification des cadres de l'enquête : unifier ou maintenir la diversité ? », Colloque : La simplification de la procédure pénale, *Lexbase Pén.*, n°7 du 19 juillet 2018.

323. L'extension des mesures intrusives – La corrélation entre l'identité pénale du juge des libertés et de la détention et les exigences européennes ne devrait pas être le moyen d'amoindrir les droits fondamentaux pendant l'enquête pénale. Au contraire, ce juge du siège doit préserver des libertés individuelles déjà bien altérées par l'identité défaillante des autres magistrats dans cette première phase processuelle. Pourtant, le législateur national s'appuie régulièrement sur le juge promu, dans le seul but d'augmenter les facultés du ministère public en matière de coercition. En ce sens, l'article 44 du projet de loi de programmation pour la justice⁶⁵⁸ avait inséré des dispositions dans notre Code de procédure pénale afin d'étendre le champ d'application des interceptions téléphoniques et de la géolocalisation, dans les deux phases de l'enquête. D'abord, un nouvel article 60-4 venait autoriser les écoutes téléphoniques en enquête de flagrance, hors du cadre de la criminalité organisée : « Si les nécessités de l'enquête de flagrance portant sur un crime ou sur un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques selon les modalités prévues au second alinéa de l'article 100, à l'article 100-1 et aux articles 100-3 à 100-8, pour une durée maximale d'un mois, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée. L'ordonnance est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention ». De la même façon, l'enquête préliminaire se voyait dotée de cette opportunité, pour le même seuil infractionnel, soit un crime ou un délit puni d'au moins trois années d'emprisonnement⁶⁵⁹. Le législateur proposait d'ailleurs un alignement dans la mise en œuvre des écoutes téléphoniques, le seuil minimal passant de deux à trois ans pendant l'information judiciaire⁶⁶⁰. Par conséquent, quel que soit le cadre d'enquête considéré, les pouvoirs des enquêteurs étaient les mêmes, la distinction entre

⁶⁵⁸ Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 4, de la Constitution, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice le 18 février 2019, T.A. n° 232 ; art. 44, II.

⁶⁵⁹ Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 4, de la Constitution, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice le 18 février 2019, T.A. n° 232 ; art. 44, IV. Selon l'article. 77-1-4 envisagé : « Si les nécessités de l'enquête préliminaire portant sur un crime ou sur un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement l'exigent, l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques peuvent être autorisées conformément à l'article 60-4 ».

⁶⁶⁰ Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 4, de la Constitution, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice le 18 février 2019, T.A. n° 232 ; art. 44, V.

la criminalité organisée et le droit commun n'ayant plus vocation à départager les pouvoirs des uns et des autres en matière d'écoutes téléphoniques. Pour ce qui concerne la géolocalisation, l'article 230-32 du Code de procédure pénale a été quant à lui modifié, abaissant la peine minimale encourue pour permettre la mise en place de ce dispositif, laquelle est passée de cinq à trois ans d'emprisonnement⁶⁶¹.

B) L'étanchéité jurisprudentielle

324. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a enrichi l'article préliminaire du Code de procédure pénale d'une nouvelle disposition, selon laquelle : « les mesures portant atteinte à la vie privée d'une personne ne peuvent être prises, sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire, que si elles sont, au regard des circonstances de l'espèce, nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction », et ce, tout au long de la procédure pénale. Sans surprise, le législateur rejoint ici la philosophie qui l'avait animé lors de la mise en œuvre de la loi du 28 mars 2014⁶⁶², en plaçant l'atteinte au respect de la vie privée à la fois sous le contrôle du juge du siège et celui du parquet. En effet, la référence à l'autorité judiciaire est loin d'être anodine, tant elle fait écho à la position constitutionnelle qui affuble de ce qualificatif les deux catégories de magistrats, alors que le juge européen en a exclu le ministère public.

325. La jurisprudence avait pourtant fermement rejeté une telle idée en matière de géolocalisation, avant que la technique soit consacrée dans la loi. La Cour européenne des droits de l'homme, comme il vient d'être dit, avait affirmé que : « le procureur adjoint [...], membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de "juge ou [...] autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" »⁶⁶³. La chambre criminelle rejoignait d'ailleurs cette opinion, en déclarant que « c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu

⁶⁶¹ Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 4, de la Constitution, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice le 18 février 2019, T.A. n° 232 ; art. 44, X.

⁶⁶² Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.

⁶⁶³ CEDH 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France*, § 55 s., *AJDA* 2011. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.* 2011. 338, note J. PRADEL ; *ibid.* 2010. 2761, édito. F. ROME ; *ibid.* 2011. 26, point de vue F. FOURMENT ; *ibid.* 277, note J.-F. RENUCCI ; *RFDA* 2011, p. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *RSC* 2011, p. 208, obs. D. ROETS. *Crim.* 15 déc. 2010, n° 10-83.674, *Bull. crim.* n° 207 ; *RSC* 2011. 142, obs. A. GIUDICELLI.

que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante »⁶⁶⁴. D'ailleurs, dans un arrêt du 11 mars 2014, elle avait précisément déduit de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme « que la technique dite de "géolocalisation" constitue une ingérence dans la vie privée, qui, en raison de sa gravité, doit être exécutée sous le contrôle d'un juge »⁶⁶⁵. Partant, le législateur était invité à empêcher le procureur de la République – qui ne répond pas au terme de juge et pour lequel la notion d'autorité judiciaire fait débat – de toute possibilité de recourir aux techniques de géolocalisation.

326. À l'inverse, les fondements légaux mettant en œuvre cette technologie intrusive ont donné pleine compétence au parquet. Traduisant une volonté législative non dissimulée, il n'y a rien d'étonnant à constater, réforme après réforme, le retrait du juge d'instruction dans la mise en œuvre des techniques les plus attentatoires à la vie privée. L'article préliminaire du Code de procédure pénale donne donc le ton d'une véritable symphonie, qui consiste à développer les pouvoirs de contrainte du parquet, en se cachant à peine derrière le concept d'autorité judiciaire.

327. La censure constitutionnelle – Cependant, même si le juge constitutionnel doit prendre une large part de responsabilité dans la destruction de l'identité judiciaire de l'enquête⁶⁶⁶, il faut lui reconnaître quelques sursauts de bon sens, lorsqu'il s'oppose à ce que le juge des libertés et de la détention soit utilisé comme l'alibi de cette stratégie. La loi du 23 mars 2019⁶⁶⁷ en est témoin, le législateur ayant été empêché d'insérer dans le droit commun des mesures intrusives normalement réservées à la criminalité organisée. Effectivement, si la géolocalisation a pu admettre un abaissement de son seuil minimal d'autorisation, donnant ainsi encore plus de latitude aux magistrats du parquet, les interceptions de correspondance émises par la voie des communications

⁶⁶⁴ Cass. crim. 15 déc. 2010, n° 10-83.674, *Bull. crim.* n° 207 ; *RSC* 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI.

⁶⁶⁵ Cass. crim. 22 oct. 2013 (deux arrêts), nos 13-81.945 et 13-81.949, *Bull. crim.* n° 196 et 197 ; *D.* 2014. 115, note H. MATSOPOULOU ; *ibid.* 311, chron. B. LAURENT, C. ROTH, G. BARBIER et P. LABROUSSE ; *AJ pén.* 2013, p. 668, note L. ASCENSI ; *D. avocats* 2014, p. 24, obs. J. DANET ; *RSC* 2013, p. 847, obs. D. BOCCON-GIBOD ; *Gaz. Pal.* 9 au 11 févr. 2014, p. 37, obs. F. FOURMENT ; *Procédures* 2013, comm. n° 358, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Crim.* 11 mars 2014, n° 13-86.885.

⁶⁶⁶ V. Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, « Union syndicale des magistrats » [Indépendance des magistrats du parquet]. Le juge constitutionnel désigne le ministère public comme une autorité judiciaire.

⁶⁶⁷ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

électroniques n'ont pas été autorisées en droit commun, comme le souhaitait pourtant le législateur de 2019. Le couperet est d'une importance remarquable. Effectivement, s'il est critiquable d'élargir le recours à la géolocalisation en augmentant la sphère infractionnelle susceptible d'y donner lieu, cette mesure est déjà employée par les officiers de police judiciaire en dehors de la criminalité organisée. En revanche, les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques sont strictement limitées à un tel domaine dans le cadre de l'enquête classique. Dès lors, le Conseil constitutionnel s'est fermement opposé à ce que la seule autorisation du juge des libertés et de la détention permette un tel élargissement des pouvoirs du parquet. Dans sa décision du 21 mars 2019, il a ainsi pu juger que « si une infraction d'une particulière gravité et complexité est de nature à justifier le recours à de telles mesures, tel n'est pas nécessairement le cas d'infractions ne présentant pas ces caractères »⁶⁶⁸, rejetant de ce fait l'idée qu'une telle intrusion dans la vie privée des individus puisse être proportionnée aux investigations dénuées de complexité. Plus encore, l'inconstitutionnalité des dispositions déferées résulte précisément de la nature du contrôle opéré par le juge du siège. La lecture de l'analyse constitutionnelle est ici particulièrement riche, nous renseignant justement sur le déficit d'une identité pénale présentée comme irréprochable. Les Sages relèvent en effet que : « cette autorisation est délivrée, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention. Toutefois, alors que son autorisation est donnée pour une durée d'un mois, les dispositions légales ne prévoient pas l'accès du juge des libertés et de la détention à l'ensemble des éléments de la procédure. Ainsi, il n'a pas la possibilité de lire les procès-verbaux dressés dans le cadre de l'enquête en cours autres que ceux pris en application des articles 100-3 à 100-8 du code de procédure pénale et n'est pas informé du déroulé de l'enquête en ce qui concerne les investigations autres que la mesure d'interception de correspondances »⁶⁶⁹. Il ajoute encore à cela l'impossibilité de mettre fin à la mesure d'interception, qui demeure alors sous la seule autorité du parquet, alors même qu'il l'estimerait contraire à la manifestation de la vérité. Il s'agit ici d'un constat implacable à l'égard du juge promu, auquel le juge constitutionnel reproche un contrôle erratique et ponctuel. Ainsi, malgré la parfaite construction identitaire dont il est doté, le juge des libertés et de la détention souffre de la position dans laquelle il est placé.

⁶⁶⁸ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 143, *JO* 24 mars.

⁶⁶⁹ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 144, *JO* 24 mars.

Cela revient à dire qu'il ne suffit pas de revêtir les qualités essentielles d'un juge pénal pour garantir le respect d'un procès équitable. Encore faut-il pouvoir exercer un rôle plénier, au lieu d'attributions détournées et dispersées. La censure constitutionnelle a le mérite de freiner le dangereux élan législatif, du moins pour un temps : « Ainsi se présentent les dispositions les plus marquantes qui témoignent de perceptions opposées entre le législateur et le Conseil constitutionnel. La volonté du premier de ramener au droit commun ce qui s'inscrivait dans les procédures propres à la criminalité et à la délinquance organisées a dû céder devant les exigences du second, au nom de la protection des libertés. Certes, tout n'est pas censuré, mais les menaces les plus fortes l'ont été, tenant notamment aux techniques spéciales d'enquête »⁶⁷⁰. Aussi, en essayant de faire céder l'équité face à l'efficacité, le législateur accentue à vitesse accélérée la mutation identitaire du juge pénal de l'enquête.

328. L'exigence d'un formalisme procédural – En outre, la censure du juge constitutionnel n'est pas l'unique garde-fou de l'extension continue des mesures intrusives pendant l'enquête. À défaut de pouvoir intervenir en amont, la chambre criminelle essaie de son côté d'apporter des garanties face au renforcement de la contrainte : « Indépendamment des exigences constitutionnelles refusant l'extension de plusieurs procédés à la quasi-totalité des infractions, mais aussi des prescriptions légales, la chambre criminelle fait preuve d'une vigilance manifeste à l'égard de la géolocalisation et de la sonorisation. Sa volonté de renforcer les garanties applicables à ces deux actes intrusifs est frappante. Elle apparaît singulière dans la mesure où elle se traduit par le prononcé de nombreuses cassations sur des questions similaires liées à ceux-ci, contribuant à une protection accrue du droit au respect de la vie privée »⁶⁷¹. La Cour de cassation contribue en effet également à protéger les droits fondamentaux, en imposant notamment une motivation rigoureuse des décisions autorisant la mise en œuvre de ces technologies.

329. En matière de géolocalisation, l'article 230-33 du Code de procédure pénale exige en son dernier alinéa que l'autorisation soit écrite et motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Quant à la

⁶⁷⁰ Y. MAYAUD, « De la loi au Conseil constitutionnel, une réforme contrastée de la procédure pénale », *AJ pén.* 2019, p. 176.

⁶⁷¹ P. COLLET, « Le renforcement progressif des garanties applicables à deux mesures intrusives : la géolocalisation et la sonorisation », *RSC* 2021, p. 29.

sonorisation et la fixation d'images, le législateur impose que la décision autorisant le recours au dispositif « comporte tous les éléments permettant d'identifier les véhicules ou les lieux privés ou publics visés, l'infraction qui motive le recours à ces mesures ainsi que la durée de celles-ci »⁶⁷². Le Conseil constitutionnel a de son côté imposé que la décision soit écrite et motivée, précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée et la durée maximale de l'installation⁶⁷³. La chambre criminelle s'agrége donc à ces exigences, en vérifiant avec une attention toute particulière le respect d'un tel formalisme. Même à l'égard du juge d'instruction, elle refuse la seule référence « aux nécessités de l'information », en lieu et place des éléments précis et circonstanciés exigés par les textes⁶⁷⁴. Surtout, elle veille au strict respect des conditions qui les entourent. En ce sens, tout stratagème visant à permettre la mise en œuvre d'une mesure de sonorisation en dehors de la sphère de la criminalité organisée est sanctionnée, en tant que détournement procédural. Elle a ainsi pu juger que la fraude résulte « pour des agents publics, de se placer faussement et à dessein dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1, à seule fin de mettre en œuvre les pouvoirs conférés par les articles 706-96 et 706-96-1 du code de procédure pénale dont ils n'auraient pu disposer autrement »⁶⁷⁵. Alors que le législateur tente par tous les moyens d'irriguer le droit commun des techniques normalement réservées aux procédures dérogatoires, la jurisprudence tient fermement à cloisonner celles qui demeurent conditionnées à la criminalité organisée, laquelle permet déjà un sévère renforcement de la contrainte. Face aux errements législatifs, la jurisprudence tente donc de protéger *a minima* la liberté individuelle. Il s'agit cependant de pis-aller, qui ne sont pas suffisants à compenser l'avancée fulgurante de la contrainte entre les mains du parquet. Au-delà des mesures hautement intrusives que sont les technologies de géolocalisation, l'ensemble des techniques spéciales d'enquête se déverse progressivement en droit commun, et ce, par la simple intervention du juge des libertés et de la détention.

⁶⁷² Art. 706-97 du Code de procédure pénale.

⁶⁷³ Il s'agit ici des « garanties appropriées » mentionnées par le Conseil constitutionnel. V. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, JO du 10 mars 2004, p. 4637, texte n° 4, cons. 64, D. 2004, p. 2756, obs. B. de LAMY ; *ibid.* 956, chron. M. DOBKINE ; *ibid.* 1387, chron. J.-E. SCHOETTL ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; RSC 2004. 725, obs. C. LAZERGES ; *ibid.* 2005, p. 122, étude V. BÜCK ; RTD civ. 2005, p. 553, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI.

⁶⁷⁴ Crim. 6 janv. 2015, n° 14-85.448, *Bull. crim.* n° 5 ; D. 2015, p. 159 ; *ibid.* 1716, point de vue F. FOURMENT ; *ibid.* 1738, obs. J. PRADEL ; *Procédures* 2015, comm. n° 94, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.

⁶⁷⁵ Cass. crim. 18 juin 2019, n° 19-80.015 ; D. 2019. 1340 ; *ibid.* 1626, obs. J. PRADEL ; *AJ pén.* 2019, p. 450, obs. É. CLÉMENT ; RSC 2019, p. 657, obs. P.-J. DELAGE ; JCP 2019, p. 1030, n° 14, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2019, comm. n° 156, note F. FOURMENT. Les articles 706-96 et 706-96-1 du Code de procédure pénale étant devenus l'article 706-95-11.

Paragraphe II – L’extension des techniques spéciales et communes d’enquête

330. Au-delà des technologies contraignantes généralement liées aux lois antiterroristes, diverses mesures dérogatoires s’insinuent dans le quotidien des enquêteurs, et ce, dans l’enquête préliminaire comme dans l’enquête de flagrance (A). Par ailleurs, les mesures déjà présentes en droit commun sont considérablement élargies, de sorte que le niveau de contrainte augmente de part et d’autre (B). Peu à peu, l’exceptionnel devient l’ordinaire et l’on distingue de plus en plus mal l’enquête dérogatoire de l’enquête classique. Le mouvement est intrinsèquement lié à l’intervention du juge des libertés et de la détention, lequel délivre la procédure des défauts identitaires du parquet.

A) La dissémination des techniques spéciales

331. Participant activement au brouillage général de la phase préparatoire du procès pénal, les techniques intrusives des articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale ne sont pas les seules à se répandre en droit commun. À nouveau, le projet de loi de programmation 2018-2019 et de réforme pour la justice⁶⁷⁶ a tenté de généraliser les techniques spéciales d’enquête en droit commun (1). Il n’est pas non plus parvenu à ses fins, grâce à la censure du Conseil constitutionnel à l’égard de la plupart des techniques visées (2).

1. La tentative législative

332. Lors de la dernière réforme procédurale, la tentative d’extension des mesures les plus attentatoires à la liberté individuelle s’est inscrite dans une démarche globale, consistant à inonder le droit commun de règles dérogatoires. Dans ce contexte, le législateur a souhaité rendre accessibles les techniques spéciales d’enquête à l’ensemble de la matière criminelle, au lieu de les réserver uniquement à la criminalité

⁶⁷⁶ Projet de loi, adopté, par l’Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l’article 45, alinéa 4, de la Constitution, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice le 18 février 2019, T.A. n° 232.

organisée⁶⁷⁷. Il s'agissait donc de déployer des armes extrêmement puissantes sur un terrain vague, au lieu de laisser de telles munitions enfermées dans leur coffre-fort habituel. L'article 46 de la loi du 23 mars 2019 avait ainsi prévu d'élargir au droit commun le titre XXV du livre IV du code de procédure pénale, soit les règles applicables à la criminalité organisée. Aussi les articles 706-95-1 et 706-95-2 du Code de procédure pénale ont-ils étendu l'accès à distance aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique à la matière criminelle classique, en permettant au juge d'instruction ou au procureur de la République, par le biais du juge des libertés et de la détention, non seulement d'accéder aux interceptions de correspondances, mais également de les enregistrer, de les saisir ou de les copier. En revanche, les articles 706-95-11 à 706-95-19, destinés à regrouper les techniques spéciales d'enquête sous des dispositions communes, n'ont pas supporté l'examen constitutionnel. Les « autres techniques spéciales d'enquête » que sont le recueil des données techniques de connexion et des interceptions de correspondances, – recueil qui permet notamment la mise en place d'un dispositif « d'IMSI catcher » –, les sonorisations et fixation d'images et la captation des données informatiques, ont été fermement cloisonnées au terrorisme et à la délinquance organisée par le Conseil constitutionnel. Comme pour les interceptions de correspondances prévues à l'article 706-95 du Code de procédure pénale, les Sages ont ici refusé la généralisation des mesures spéciales d'enquête en dehors de la criminalité de grande ampleur, dans un mouvement salutaire de limitation de la contrainte au sein de l'enquête pénale.

333. Autrefois largement tributaires de l'information judiciaire, les mesures attentatoires au respect de la vie privée ont réussi à s'en extirper, rejoignant la sphère plus large du crime organisé. Elles cherchent encore aujourd'hui à s'échapper d'un carcan qui semble éternellement trop étroit au goût du législateur. Dans sa décision du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel rappelle le caractère hautement intrusif des différentes mesures en cause, en détaillant les possibilités ouvertes par ce biais aux enquêteurs : l'utilisation d'un dispositif technique permettant de recueillir les données

⁶⁷⁷ V. not. R. PARIZOT, « Les (autres) techniques spéciales d'enquête, une non-catégorie juridique », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

de connexion d'un équipement terminal, les données relatives à sa localisation, mais également l'interception des correspondances émises ou reçues par cet équipement ; l'utilisation d'un dispositif technique, éventuellement installé dans un lieu privé, ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles dans des lieux privés ou publics, ou l'image des personnes se trouvant dans un lieu privé ; l'utilisation d'un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, de les conserver et de les transmettre, telles qu'elles sont stockées dans un système informatique, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données, telles qu'il les y introduit par saisie de caractères ou telles qu'elles sont reçues et émises par des périphériques ⁶⁷⁸. De fait, il s'agit à chaque fois de prendre connaissance des données les plus personnelles des individus, dans une quête de vérité illimitée, qui devrait pourtant se prémunir de l'excès. Or, la dilution de tels dispositifs dans le droit commun, malgré leur emploi réservé à la matière criminelle, expose inévitablement la première phase du procès pénal à un rehaussement significatif de la coercition. Dans ce contexte, le projet de loi n'avait pas pour seul écueil d'élargir le domaine de la contrainte, mais également l'insuffisance du contrôle opéré par le juge judiciaire. Précisément, ici, s'imposait une distinction notable entre le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention, tous deux autorisés par la loi projetée à mettre en œuvre ces mesures. Dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une enquête de flagrance comme dans le cadre de l'information judiciaire, ces deux juges pouvaient ordonner à tout moment l'interruption du procédé mis en place. Toutefois, seul le juge d'instruction aurait accédé à l'ensemble des éléments de la procédure, l'intervention du juge des libertés et de la détention étant limitée à l'autorisation ou l'arrêt de la mesure. Par conséquent, hors instruction préparatoire, le rôle de l'autorité juridictionnelle était comparable à celle d'un bouton marche/arrêt sur un appareil électronique : le juge des libertés et de la détention se comportait comme un générateur de courant, ni plus ni moins.

⁶⁷⁸ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 161, *JO* 24 mars.

2. La censure constitutionnelle

334. Le juge constitutionnel l'a bien compris, en rejetant toute généralisation des techniques spéciales d'enquête en dehors des infractions les plus complexes : « le législateur a autorisé le recours à des techniques d'enquête particulièrement intrusives pour des infractions ne présentant pas nécessairement un caractère de particulière complexité, sans assortir ce recours des garanties permettant un contrôle suffisant par le juge du maintien du caractère nécessaire et proportionné de ces mesures durant leur déroulé »⁶⁷⁹. D'aucuns s'interrogent sur la limite ainsi posée, suivant l'idée que la mise en place des techniques spéciales d'enquête serait plus appropriée à l'égard de tout crime de droit commun que de certains délits commis en bande organisée. Le Professeur Leblois-Happe, notamment, soulève une telle interrogation quant au bien-fondé de la position constitutionnelle : « La décision nous semble appeler sur ce point une appréciation nuancée. La condamnation d'une généralisation des interceptions au « tout-venant » de la délinquance doit assurément être approuvée car il s'agit d'actes intrusifs dont l'emploi doit être réservé aux affaires qui ne peuvent être élucidées autrement. [...] Le refus d'une extension aux crimes de l'utilisation des techniques spéciales d'enquête suscite davantage de circonspection. Comment justifier que la police puisse recourir à un IMSI catcher, une sonorisation ou une captation de données informatiques pour démanteler un trafic de cannabis aux abords d'un lycée et non pour élucider un assassinat, un enlèvement ou un viol collectif ? L'emploi des TSE s'explique par la difficulté particulière qu'il y a à constater les délits et crimes organisés en raison de leur caractère fréquemment souterrain et transnational. Mais toutes les infractions énumérées par les articles 706-73 et 706-73-1 du code de procédure pénale ne le sont pas nécessairement, et la complexité d'une affaire ne se mesure pas uniquement à la qualification juridique des faits. En revanche, tous les crimes portent, par définition, une atteinte plus grave à l'ordre public que les délits... dont certains (association de malfaiteurs, escroquerie en bande organisée, évasion en bande organisée...) figurent sur la liste dressée aux articles 706-73 et 706-73-1 du code de procédure pénale ! »⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 164, JO 24 mars.

⁶⁸⁰ J. LEBLOIS-HAPPE, « La réforme de l'enquête par la loi de programmation 2018-2022 revue par le Conseil constitutionnel - Une « simplification » inégale et partielle », *AJ pén.* 2019, p. 180.

335. Nous ne rejoignons pas une telle position, tant il faut bien convenir de la ligne de partage que constitue la complexité des infractions commises par une organisation structurée. Certes, la matière criminelle emporte une atteinte plus grave à l'ordre public que la sphère délictuelle, mais il s'agit ici d'une distinction différente, qui n'est pas liée à la nécessité de mettre en œuvre des investigations de pointe. L'on peut ainsi répondre à la doctrine dubitative sur le rejet de l'extension des techniques spéciales d'enquête que la plupart des crimes ne sollicite heureusement pas, pour leur résolution, la mise en place de l'artillerie la plus lourde des investigations pénales. Surtout, un tel déversement des techniques dérogoires dans le droit commun génère une élévation de la contrainte sans le niveau de contrôle approprié.

336. Il convient ici d'en tirer les conclusions qui s'imposent, quant à l'insertion du juge des libertés et de la détention dans le renforcement de la contrainte. Circonstancielle, son intervention est en effet conditionnée aux besoins du parquet, qui exploite l'identité pénale du juge du siège pour s'octroyer des pouvoirs comparables à ceux du juge d'instruction. Il est en cela un simple alibi, dépourvu du rôle plénier qui devrait lui être dévolu. Malheureusement, le détournement de pouvoirs opéré par le législateur met en péril l'enquête pénale, en détruisant la légitimité des figures identitaires essentielles aux exigences du procès équitable. Il importe d'ailleurs de remarquer les limites de la jurisprudence constitutionnelle, qui ne s'est pas totalement opposée à la mise en place de certains dispositifs, en dépit de la dérive dénoncée. L'enquête sous pseudonyme a en effet été étendue à toute infraction commise par la voie des communications électroniques, dès lors qu'une peine d'emprisonnement est encourue, sans que le juge constitutionnel n'exerce sa censure. Un tel procédé, auparavant réservé aux infractions relatives à la criminalité organisée⁶⁸¹, consiste « à autoriser les enquêteurs à communiquer sur internet, sans utiliser leur véritable identité, avec des personnes susceptibles de commettre des infractions. Dans ce cadre, les enquêteurs sont également autorisés, pour la recherche et la constatation de certaines infractions, à transmettre à des tiers, sur demande expresse de leur part, des contenus illicites, ou à acquérir certains contenus, produits, substances, prélèvements ou services illicites »⁶⁸². Nécessairement intrusif, ce subterfuge est aujourd'hui prévu à l'article

⁶⁸¹ Ancien article 706-87-1 du Code de procédure pénale.

⁶⁸² Étude d'impact, Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, NOR : UST1806695L/Bleue-1, 19 avr. 2018, p. 212.

230-46 du Code de procédure pénale, en droit commun, dans tous les cadres d'enquête. Pour autant, aucune intervention du juge des libertés et de la détention n'est ici prévue, le procureur de la République autorisant de son propre chef le recours à un pseudonyme pour mener les investigations, comme il le faisait déjà avant la réforme. Dans le même sillage, le Conseil constitutionnel a également admis l'emploi de procédés non audiovisuels pour intercepter les données pouvant faire l'objet d'une captation informatique, élargissant cette fois encore les pouvoirs des policiers sans même que le juge des libertés et de la détention exerce son contrôle⁶⁸³. En définitive, le domaine de la criminalité organisée, qui représentait la porte d'entrée principale de la contrainte dans l'enquête, se dilue en droit commun. Le plus souvent, le phénomène s'accompagne de l'autorisation du juge du siège. Si le juge d'instruction possède déjà la majorité de ces pouvoirs au sein de l'information judiciaire, le juge des libertés et de la détention permet au procureur de la République d'y accéder dans les cadres classiques d'enquête. Parfois, le législateur se passe même de tout contrôle juridictionnel, de sorte que les mesures contraignantes s'appliquent à l'ensemble des incriminations sans garantie pour les droits fondamentaux. La phase préparatoire du procès pénal se refuse à admettre un droit de regard continu du juge des libertés et de la détention sur les investigations menées, le juge d'instruction étant seul doté d'une maîtrise globale des actes contribuant à la manifestation de la vérité. Tantôt absent, tantôt alibi, le juge des libertés et de la détention n'a finalement jamais la place qui devrait lui revenir et lui permettre ainsi d'assurer un contrôle plénier. Or, l'extension de la contrainte au moyen de ce contrôle très insuffisant du juge pénal ne se limite pas aux techniques spéciales d'enquête, les mesures classiques étant elles-mêmes soumises à cet étirement progressif.

B) La dilatation des mesures communes

337. Le droit des procédures dérogatoires ne se contente pas d'insérer en droit commun des actes d'investigation particulièrement intrusifs, ou pour le moins, singuliers. À l'inverse, des procédures déjà applicables dans les enquêtes classiques connaissent une extension significative de leur régime lorsqu'elles s'attachent au terrorisme ou à la criminalité organisée. En réalité, la délinquance complexe n'est pas

⁶⁸³ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 167, *JO* 24 mars.

la clé de voûte du système, puisque le point commun du renforcement de la contrainte, dans un sens ou l'autre, reste presque toujours l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Aussi, qu'il s'agisse de faire basculer une technologie attentatoire aux libertés individuelles de la criminalité organisée vers le droit commun, ou d'augmenter le caractère contraignant d'une mesure de droit commun dans le cadre de la criminalité organisée, le juge des libertés et de la détention est la voie privilégiée de la dérogation. La garde à vue, notamment, dans le cadre de la criminalité organisée, peut être portée jusqu'à quatre-vingt-seize heures, comme le mentionne le premier alinéa de l'article 706-88 du Code de procédure pénale. La présentation au défenseur, quant à elle, peut être différée dans le même contexte pendant soixante-douze heures « en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne »⁶⁸⁴. De la même façon, les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction peuvent être opérées en dehors des heures légalement prévues pendant l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire, dès lors qu'il est question de la criminalité organisée. Les articles 706-89 et 706-90 du Code de procédure pénale soumettent en effet de telles dérogations, à l'autorisation du juge des libertés et de la détention. La mutation identitaire qui en résulte fait écho à « la mutabilité du régime des actes d'investigation concernés »⁶⁸⁵. Effectivement, l'élargissement des pouvoirs du parquet par l'intermédiaire du juge des libertés et de la détention entraîne une destruction des critères fondateurs de la figure du juge pénal au sein de l'enquête.

338. Derrière l'indépendance et l'impartialité affichées, le véritable commanditaire des actes contraignants n'est pas un juge du siège conforme aux critères européens, mais le ministère public, pourvu d'un solide alibi. Lors de l'examen de la loi du 23 mars 2019, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs refusé l'extension de la durée initiale de l'enquête de flagrance de huit à seize jours pour toute infraction relevant de la criminalité organisée, ainsi que la prolongation de huit à seize jours pour tout crime, ou tout délit puni d'une peine d'emprisonnement de trois ans, au lieu de cinq actuellement, lorsque des investigations ne pouvaient être différées. Il s'est encore

⁶⁸⁴ Art. 706-88, al. 6, du Code de procédure pénale.

⁶⁸⁵ T. LEBRETON, « Les actes d'enquête des procédures dérogatoires », *Gaz. Pal.*, 26 nov. 2019, n° 41, p. 14.

opposé à la pénétration dans un domicile aux fins d'exécution d'un ordre de comparaître, après six heures et avant vingt-et-une heures, laquelle évitait un mandat de recherche impliquant le placement en garde à vue de l'intéressé⁶⁸⁶. Dans les deux cas, le procureur de la République se voyait attribuer un pouvoir de contrainte plus élevé, sans aucun contrôle du juge du siège. Évoquant dans le premier cas « l'absence de garanties légales » face aux pouvoirs attribués aux enquêteurs en enquête de flagrance et dans le second cas « l'absence d'autorisation d'un magistrat du siège »⁶⁸⁷ pour permettre l'intrusion de force des enquêteurs dans un domicile, le juge constitutionnel a rejeté l'extension de la contrainte ainsi souhaitée par le législateur. L'on ne peut que louer la sanction constitutionnelle, en ce qu'elle préserve le droit au respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile du défaut d'intervention du magistrat du siège. Cependant, l'analyse *a contrario* de la décision n'est pas nécessairement rassurante, en ce qu'elle sous-entend que l'autorisation du juge des libertés et de la détention aurait suffi à permettre de telles mesures. Parfois insuffisant à garantir les droits fondamentaux, ou au contraire nécessaire pour sauvegarder la liberté individuelle, la valeur du contrôle opéré par le juge des libertés et de la détention fait débat, au sein même du raisonnement constitutionnel. Il y a de quoi se perdre dans les méandres de cette philosophie, au regard de la validation donnée aux perquisitions et visites domiciliaires réalisées pendant l'enquête préliminaire sans l'assentiment de la personne concernée, pour tout crime, ou tout délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à trois ans, au lieu de cinq ans⁶⁸⁸. Ici, l'intervention du juge des libertés et de la détention semble justifier l'abaissement du seuil de la peine encourue pour recourir à de telles mesures sans l'accord de la personne concernée⁶⁸⁹. Tout cela rejoint bien l'idée d'un contrôle erratique et douteux du juge des libertés et de la détention au sein de l'enquête pénale, qui offre au législateur comme au garant de la Constitution, l'opportunité d'augmenter ou de freiner les pouvoirs du ministère public selon les circonstances.

⁶⁸⁶ Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 4, de la Constitution, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice le 18 février 2019, T.A. n° 232 ; art. 49, I et III.

⁶⁸⁷ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 191 et 195, *JO* 24 mars.

⁶⁸⁸ Art. 76 du Code de procédure pénale.

⁶⁸⁹ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 192 et 193, *JO* 24 mars.

Conclusion de la section 1

339. « En ce qu'il semble particulièrement périlleux d'envisager la fin du terrorisme, il semble hasardeux de parier sur la disparition d'un arsenal de lutte contre le terrorisme. Les ennemis de demain restent à être découverts quand ceux d'hier peinent à être vaincus. Face à un phénomène constant et presque ordinaire désormais, les lois terroristes ne seraient-elles pas devenues le droit commun de demain ? »⁶⁹⁰ : la réponse – affirmative – est aujourd'hui gravée dans les textes. Le bilan est ainsi bien lourd au regard des réformes successives de la première phase du procès pénal, lesquelles augmentent massivement l'intervention du juge des libertés et de la détention, sans lui donner la faculté réelle de sauvegarder les libertés individuelles : « La juridictionnalisation de la phase policière constitue l'un des phénomènes les plus marquants dont notre procédure pénale a eu à connaître ces dernières années. Face au renforcement persistant de la contrainte, le juge des libertés et de la détention a, en effet, investi la phase de l'enquête, son intervention devenant indispensable à la réalisation des actes les plus attentatoires aux libertés individuelles »⁶⁹¹. Toutefois, l'exploitation du juge promu dépasse de loin l'entendement lorsqu'il n'est plus uniquement l'excuse des dérogations judiciaires, mais devient également le paravent des pouvoirs de la police administrative.

Section 2 : La caution des mesures de police administrative

*« Un roi sans royaume est une figure ridicule, mais une guerre entre prétendants à la succession dans un royaume sans territoire l'emporte sur tous les ridicules »*⁶⁹².

340. L'ensemble des garanties processuelles doit être assuré par un juge indépendant et impartial, cela va sans dire. Cependant, lorsque le juge du siège cautionne les errements législatifs qui accompagnent le renforcement de la contrainte à l'égard des

⁶⁹⁰ N. CATELAN, « Lutte contre le terrorisme », *RSC* 2015, p. 425.

⁶⁹¹ A. GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière », *RSC* 2017, p. 247.

⁶⁹² S. KIERKEGAARD, *Le Journal du séducteur* (1843), trad. F. et O. PRIOR et M.-H. GUIGNOT, Gallimard, Folio essais 124, 1989, p. 221.

forces de police administrative, il participe directement à la destruction de sa propre identité. Aussi, la souveraineté du juge des libertés et de la détention hors du terrain judiciaire est-elle quelque peu dérisoire, lorsqu'il est au service de l'autorité administrative. Roi sans royaume sur ses propres terres, en considérant la destruction identitaire de l'enquête pénale, il doit en outre lutter sans territoire, lorsqu'il intervient dans un ordre juridictionnel étranger. Dans cette dangereuse quête de pouvoir avec le juge administratif, il n'est pas certain qu'il soit victorieux, le juge judiciaire étant évité (Paragraphe I). Il demeure toutefois combatif, à l'aune d'un pouvoir retrouvé (Paragraphe II).

Paragraphe I – Le contrôle judiciaire évité

341. Fruit d'une longue dérive législative, l'éviction totale du juge judiciaire du contrôle de la liberté individuelle aurait dû être tout à fait ponctuelle. Le contexte chaotique des attentats justifiait déjà de manière fort malaisée le sacrifice des libertés procédurales les plus fondamentales sur l'autel de la sécurité publique. L'urgence est pourtant devenue le droit positif (A) et le juge judiciaire doit parfois céder sa place au juge administratif (B).

A) La pérennisation de l'urgence

342. L'évolution de la conception constitutionnelle de la liberté individuelle – En décidant de retreindre l'intervention du juge judiciaire au contrôle de la détention arbitraire, suivant ici bien fidèlement le premier alinéa de l'article 66 de la Constitution selon lequel « Nul ne peut être arbitrairement détenu », le Conseil constitutionnel a laissé tout loisir au législateur pour évincer une telle compétence juridictionnelle, dès lors qu'elle ne s'attache pas strictement à cette conception stricte de la liberté individuelle⁶⁹³. De fait, la décision rendue le 16 juin 1999 marquait un tournant assez brutal dans la jurisprudence constitutionnelle, jusqu'alors favorable à une interprétation élargie du concept de liberté individuelle. Depuis lors, la seule privation

⁶⁹³ Cons. const., 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC ; 19 janvier 2006, déc. n° 2005-532 DC ; 30 mars 2006, n° 2006-535 DC.

de liberté individuelle emporte le regard impératif du juge judiciaire, toute autre forme de restriction de liberté pouvant ainsi lui échapper, et ce, en toute légalité.

343. L'incidence d'une telle évolution de perspective se fait jour encore aujourd'hui, si l'on observe attentivement l'éviction du juge judiciaire de mesures hautement attentatoires à la liberté individuelle. Déjà, dans la sphère judiciaire, de nombreux actes d'enquête échappent au contrôle du juge des libertés et de la détention, ces derniers étant alors confiés à la direction du parquet, malgré sa défaillance identitaire. Le concept débattu d'autorité judiciaire peut néanmoins être ici invoqué, l'intervention du ministère public étant parfois considérée suffisante au contrôle exigé. En revanche, l'avènement de mesures administratives particulièrement préjudiciables à la liberté individuelle, sans aucun contrôle de l'autorité judiciaire, démontre combien le législateur a su profiter de l'affadissement de la rigueur constitutionnelle à l'égard de la liberté individuelle.

344. De l'exceptionnel au perpétuel – L'urgence des événements et l'appréhension de la lutte contre le terrorisme ont certainement réveillé les instincts les plus sourds du législateur, en ce qu'elles ont légitimé l'éviction du juge judiciaire de mesures administratives particulièrement restrictives de liberté. Dans un tel contexte, la lutte contre le terrorisme « brise les codes - sans jeu de mots -, mêlant compétences administrative et judiciaire. Le dualisme juridictionnel, ADN de notre droit français, s'épanche sans délimitation précise, montrant plus que jamais combien le droit pénal se trouve à la lisière du droit public - preuve en est la compétence accrue de l'autorité administrative. La lutte contre le terrorisme se déjudiciarise, signe curieux d'une défiance à l'égard du juge judiciaire : comme si celui-ci était nécessairement de mauvaise volonté, comme si celui-ci était un obstacle à l'efficacité du procès »⁶⁹⁴. À ce titre, la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement vient de transposer définitivement dans le droit commun des mesures de police exorbitantes confiées aux autorités administratives. Désormais pérennes, les dispositions en cause avaient été introduites à la suite de l'état d'urgence, par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte

⁶⁹⁴ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « De la répression à la prévention. Réflexion sur la politique criminelle antiterroriste », *Les cahiers de la justice* 2017, p. 209.

contre le terrorisme. Nées d'un statut se voulant initialement temporaire et expérimental⁶⁹⁵, elles accèdent aujourd'hui à la postérité. Se partageant entre un volet de lutte antiterroriste et un volet relatif au renseignement, la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 entérine notamment quatre mesures de police administrative extrêmement coercitives dont l'expérimentation a dû emporter la satisfaction du législateur : les périmètres de protection, la fermeture des lieux de culte, les mesures individuelles de contrôle et de surveillance (MICAS) et les visites domiciliaires entrent de ce fait dans le quotidien de l'administration française.

345. Le renforcement des mesures exceptionnelles – Plus encore, le nouveau texte les complète et surtout les renforce, en instaurant au surplus une « mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion », à titre de mesure de sûreté, à l'égard de certains condamnés pour une infraction terroriste⁶⁹⁶. Impliquant notamment une obligation de prise en charge sanitaire, sociale, éducative, psychologique ou psychiatrique, une telle mesure est à nouveau soumise au si fragile critère de la dangerosité. Toutefois, elle sera prononcée en fin de peine par le tribunal de l'application des peines de Paris sur réquisition du parquet national antiterroriste, ce qui l'exclut *de facto* de l'analyse ici menée. Décidée par le juge judiciaire, et au stade de la peine, elle ne permet pas en effet de démontrer l'exclusion du juge des libertés et de la détention du contrôle des mesures d'enquête administrative. Elle participe tout de même au climat de suspicion général, fer de lance d'un arsenal antiterroriste accréditant les plus graves dérives en matière de libertés individuelles, de la sphère judiciaire à la sphère administrative.

346. La démarche préventive amorcée par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme semble indéfinie, si l'on considère les strates successives ajoutées par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, puis celle n° 2017-1510 du 30 octobre 2017. Il faut reconnaître à cette dernière réforme une mutation identitaire radicale du juge pénal. Souvent défigurée, parfois détruite, et ce, tout au long de la procédure pénale, l'identité du juge du siège connaît à présent

⁶⁹⁵ Ces mesures étaient temporaires, soumises à une expérimentation par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. L'expérimentation a été prolongée par la loi n° 2020-1671 du 24 décembre 2020 relative à la prorogation des chapitres VI à X du titre II du livre II et de l'article L. 851-3 du code de la sécurité intérieure, jusqu'au 31 juillet 2021.

⁶⁹⁶ Art. 706-25-16 à 706-25-33 du Code de procédure pénale.

une négation pure et simple. Il n'est plus question d'un manque d'indépendance, d'impartialité, de collégialité, ou de professionnalisme : sous le prisme de cette législation sécuritaire, l'autorité judiciaire disparaît totalement, remplacée par l'autorité administrative. La volonté d'anticipation de la menace terroriste a justifié la mise en place d'une politique criminelle inversée, en ce qu'elle ne cherche plus à réparer la commission d'une infraction, mais à la deviner. Malheureusement, la nécessaire prise de précautions de la part de nos gouverneurs a eu tôt fait de se convertir en coercition appliquée à la population. La transposition d'un régime exceptionnel et réactionnel, exclusivement motivé par l'urgence, dans la loi ordinaire, signe le renoncement des autorités publiques à « se démunir juridiquement face au fléau du terrorisme »⁶⁹⁷. L'autodestruction était annoncée au 31 décembre 2020, avec un lapsus fort à propos dans les débats, puisque la date butoir de ladite clause mentionnait déjà une année supplémentaire : « Nous avons effectivement prévu, au sein de la commission, que ce dispositif soit temporaire : ces dispositions législatives tomberont donc d'elles-mêmes le 31 décembre 2021, si elles ne sont pas reconduites par un nouveau vote de l'Assemblée nationale et du Sénat »⁶⁹⁸. Mais derrière une sagesse d'apparat, le président de la commission des lois laissait éclater la véritable philosophie pénale animant le prolongement constant des mesures dérogatoires dans le Code de la sécurité intérieure. Selon la logique parlementaire, la sauvegarde de la liberté individuelle n'a pas droit de cité lorsqu'il s'agit de prévention et non de répression : « Pourquoi insister sur le fait que la mesure s'inscrit dans le cadre de notre État de droit ? Certains orateurs ont invoqué l'intervention du juge judiciaire au motif qu'il s'agissait ici de punir. Ce n'est précisément pas le cas : nous cherchons à prévenir, non à punir ! »⁶⁹⁹. L'on ne peut décemment croire que le législateur méconnaisse les risques d'atteintes à l'égard des citoyens dans le cadre d'une surveillance à des fins préventives et non punitives. La mise en œuvre de mesures restrictives de liberté expose aux mêmes dangers, quelle que soit la dynamique intellectuelle suivie par les pouvoirs publics. En

⁶⁹⁷ F.-N. BUFFET, J.O. débat Sénat, séance du 18 juillet 2017, p. 2697. Dans l'article intitulé « Points de vue sur les compétences du juge administratif et du juge judiciaire » (avec Y. LAIDIÉ, in *Les mutations du droit applicables à la contrainte*, A. CAPPELLO, C. DUBOIS, X. LATOUR, L'Harmattan, Sécurité Et Société, 2020, p. 131), Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE rapporte le raisonnement en trois temps mis à jour par la doctrine : « Le premier consiste à considérer que le niveau de la menace terroriste justifie des mesures fortes. Le deuxième temps invite à tempérer le postulat, en affirmant que de telles mesures ne peuvent être que provisoires. Enfin, le dernier temps nous rappelle que, pour autant, la sortie de l'état d'urgence ne doit pas conduire à démunir l'État face à la menace terroriste » (V. O. LE BOT, « Un état d'urgence permanent ? Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *RFDA* 2017, p. 1115).

⁶⁹⁸ Ph. BAS, J.O. Débat Sénat, séance du 18 juillet 2017, p. 2657.

⁶⁹⁹ *Ibidem*.

revanche, il transparait clairement de tels échanges entre parlementaires l'existence d'un sous État de droit dans le cadre de l'anticipation de la répression. Au tout début de l'*iter criminis*, le législateur transcende la distinction habituelle, en réprimant ce qui ne doit normalement pas l'être, tout en permettant le recours à une enquête proche de l'arbitraire. Le retrait du juge judiciaire du démantèlement des projets terroristes n'est donc que la résultante d'une volonté politique plus grande, consistant à privilégier l'efficacité à la légalité. Peut-être est-ce là, finalement, une marque de considération à l'égard du juge du siège : si le législateur s'en méfie autant, c'est de toute évidence qu'il craint les effets de son contrôle.

B) Le dessaisissement du juge judiciaire

347. Face au contrôle tant redouté du juge judiciaire s'oppose une politique criminelle reposant sur l'efficacité supposée du juge administratif. La simplification souhaitée par le législateur en matière de terrorisme ne se traduit pas en un système procédural allégé et cohérent. Elle se fait en réalité l'écho d'une intensité répressive, qui ne saurait être assurée par le gardien des libertés individuelles. Le retour au droit commun affirmé par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 est difficilement perceptible après deux années passées en état d'urgence⁷⁰⁰, au regard de la continuité des préceptes de l'article 14-1 de loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence en droit positif⁷⁰¹. La loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement le confirme encore davantage : la lutte contre le terrorisme justifie l'évitement du juge judiciaire, au profit d'une autorité administrative libre de ses mouvements.

348. La polysémie des mots est donc trompeuse, comme le rappelle le Professeur Yves Mayaud : « si la simplification doit se mesurer quantitativement, par une

⁷⁰⁰ La vague d'attentats terroristes qui a frappé la France a provoqué la mise en place de l'état d'urgence, de novembre 2015 à novembre 2017, six prorogations s'étant succédées pendant cette période. Déclaré par le décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 (*JO* 14 novembre, p. 21297) et, pour son application outre-mer, par le décret n° 2015-1493 du 18 novembre 2015 (*JO* 19 novembre, p. 21517), l'état d'urgence a été prorogé par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 (*JO* 21 novembre, p. 21665), puis par la loi n° 2016-162 du 19 février 2016 (*JO* 20 février), ensuite par la loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 (*JO* 21 mai), puis par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 (*JO* 22 juillet), puis encore par la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 (*JO* 20 décembre), et enfin par la loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 (*JO* 12 juillet).

⁷⁰¹ Ce texte confie le contrôle des mesures décidées sous un régime d'urgence au juge administratif : « A l'exception des peines prévues à l'article 13, les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V ».

diminution des dispositions destinées à réagir au terrorisme, alors, comme nous venons de le dire, nous sommes hors-sujet. Mais si elle se prête à une évaluation qualitative, avec pour objet d’apprécier ce que notre droit contient d’écarts par rapport aux idéaux qu’il sous-tend, nous sommes véritablement dans le sujet. Nous y sommes d’autant plus que les réactions générées par l’évolution de notre droit portent précisément sur cet enjeu qualitatif : elles ont toutes pour point de convergence une perte sensible des principes majeurs de notre procédure, notamment par l’économie délibérément faite du recours à l’autorité judiciaire. Et la réalité est bien là : dans cette simplification par voie de contournement -de court-circuitage- du juge de l’ordre judiciaire, au profit du pouvoir exécutif et de ses administrateurs. La problématique est simple : parce que l’efficacité doit l’emporter, le judiciaire est volontiers écarté, ce qui laisse entendre qu’il est loin d’être efficace, du moins pour ce qui participe des choses sérieuses... »⁷⁰². Sous un tel prisme, l’efficacité ne laisse que peu de place à l’équité.

349. La négation identitaire – La Constitution ne protège donc plus, ou trop peu, la mission du juge judiciaire. Pourtant investi d’un rôle spécifiquement dédié à la protection des droits fondamentaux, le juge des libertés et de la détention est mis de côté pour les actes d’enquête administrative, en dépit de leur très grande proximité avec ceux qui relèvent de l’enquête pénale. L’intervention du magistrat du ministère public est à peine tolérée, là où la compétence du juge administratif est toujours préférée. Le juge du siège, quant à lui, se trouve totalement évincé.

350. La mesure de retenue pour vérification de situation administrative avait, dès 2016, donné le ton d’un rejet général de l’autorité judiciaire dans la lutte contre les réseaux terroristes. L’article 78-3-1 du Code de procédure pénale engage en effet une privation de liberté, prudemment désignée par le terme « retenue » à l’égard de toute personne pour laquelle la vérification d’identité entraîne des « raisons sérieuses de penser que son comportement peut être lié à des activités à caractère terroriste ». Loin de reconnaître au juge des libertés et de la détention la compétence qui lui revient pour contrôler toute entrave à la liberté individuelle, le législateur place le contrôle d’une telle mesure sous la responsabilité du procureur de la République. Ainsi est-il prévu la

⁷⁰² Y. MAYAUD, « La simplification de la procédure pénale applicable au terrorisme », in *La simplification de la procédure pénale, Actes du colloque organisé par l’Université de Corse - Pasquale Paoli*, Y. CARPENTIER (dir.), *Lexbase Pén.* 2018, n° 7.

simple information de ce dernier, qui peut également y mettre fin à tout moment. Son autorisation n'est requise qu'à l'égard des mineurs, de sorte que toute personne majeure peut être retenue pendant une durée de quatre heures, sans aucun regard de l'autorité judiciaire. N'est-il pas question ici du contrôle de la détention arbitraire, impérativement subordonnée au juge judiciaire dans la conception constitutionnelle la plus restrictive de la liberté individuelle ? La pirouette législative consistant à justifier la dérogation par l'urgence – soit l'imminence du danger – provoque donc un déplacement de l'ordre juridictionnel considéré, l'autorité administrative prenant les commandes de la mesure attentatoire aux libertés individuelles. D'une part, l'intervention de l'autorité judiciaire est résiduelle, en ce que le ministère public n'est pas sollicité pour requérir la mesure, en dehors du cas de la minorité. D'autre part, l'autorité judiciaire mandatée est judicieusement choisie, en ce qu'elle ne répond aucunement au modèle identitaire du juge du siège. La garantie semble par conséquent minimale, l'autorité administrative se délestant totalement de la surveillance judiciaire qui revient naturellement au juge des libertés et de la détention : « En réalité, par le choix ainsi fait, le procureur se révèle dans des fonctions plus exécutives que judiciaires, et on rejoint la position européenne sur la nature équivoque de son statut »⁷⁰³. Loin de s'arrêter en si bon chemin, cette simplification administrative perdure et s'amplifie. L'identité du juge pénal est de ce fait totalement niée et la plus grave mutation procédurale amorcée.

351. La rupture des ordres juridictionnels – L'urgence n'est plus. Or, son modèle se fige dans le temps. À ce titre, les mesures introduites par la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 matérialisent la rupture entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, le second empruntant au premier son niveau de contrainte, mais sans son juge. Avec le renforcement de l'exception terroriste, mais sans la présence judiciaire, le législateur « consacre ainsi la rupture de l'équilibre entre le rôle de l'autorité administrative et celui de l'autorité judiciaire, fondateur de notre état de droit ». Il s'agit ici de plusieurs mesures relatives aux libertés individuelles, que sont les périmètres de protection, la fermeture des lieux de culte et les mesures individuelles de contrôle et de surveillance, toutes mises en place sous l'empire de la loi n° 2017-1510

⁷⁰³ Y. MAYAUD, « La simplification de la procédure pénale applicable au terrorisme », in *La simplification de la procédure pénale, Actes du colloque organisé par l'Université de Corse - Pasquale Paoli*, Y. CARPENTIER (dir.), *op. cit.*

du 30 octobre 2017. Le législateur aurait naturellement dû recourir au juge des libertés et de la détention pour rejoindre les exigences constitutionnelles et conventionnelles en matière de procès équitable. Il opte pour une dialectique diamétralement opposée, en faisant fi de tous les avertissements donnés.

352. D’abord, l’article 226-1 du Code de la sécurité intérieure permet la mise en œuvre de périmètres de protection dans les zones d’importance vitale, telles les gares ou les aéroports, ou bien les zones très fréquentées, comme les manifestations culturelles ou de loisirs⁷⁰⁴. La sécurisation, destinée à prévenir la menace terroriste, relève de l’autorité préfectorale, qui en définit l’étendue et la durée. Mais par ce biais, l’autorité administrative peut surtout donner le droit aux officiers et agents de police judiciaire, aux gendarmes, mais également aux agents municipaux et aux agents de sécurité privés de procéder « à des palpations de sécurité ainsi qu’à l’inspection visuelle et à la fouille des bagages », avec le consentement des personnes sujettes aux vérifications⁷⁰⁵. Il s’agit là de mesures particulièrement intrusives, qui se rapprochent considérablement de celles de l’enquête pénale. Pour autant, l’atteinte aux libertés individuelles ne semble pas envisagée, aucune intervention de l’autorité judiciaire n’étant prévue par le texte. En effet, ce dernier se limite à la transmission de l’arrêté préfectoral au procureur de la République, alors même que des agents de sécurité privée ont le pouvoir d’intervenir « sous la responsabilité et le contrôle effectif » des officiers de police judiciaire. Maigre précaution prise par la nouvelle version du texte, l’effectivité du contrôle opéré par la police judiciaire à l’égard de ces opérateurs privés interroge.

353. Le Conseil constitutionnel avait d’ailleurs émis certaines réserves quant à l’association de personnes privées à l’exercice de missions de surveillance générale de la voie publique, en rappelant au législateur « de s’assurer que soit continûment garantie l’effectivité du contrôle exercé sur ces personnes par les officiers de police judiciaire »⁷⁰⁶. Il avait en outre exigé l’exclusion de toute pratique discriminatoire dans

⁷⁰⁴ L’article 226-1 du Code de la sécurité intérieure dispose en son premier alinéa : « Afin d’assurer la sécurité d’un lieu ou d’un événement exposé à un risque d’actes de terrorisme à raison de sa nature et de l’ampleur de sa fréquentation, le représentant de l’État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut instituer par arrêté motivé un périmètre de protection au sein duquel l’accès et la circulation des personnes sont réglementés ».

⁷⁰⁵ Art. 226-1, al. 4, du Code de la sécurité intérieure.

⁷⁰⁶ Conformément à l’article 3 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, les dispositions de l’article L. 226-1 du code de la sécurité intérieure, dans leur rédaction issue de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017

la mise en œuvre de ces dispositifs⁷⁰⁷. L'alerte constitutionnelle n'aura donc pas été entendue, l'article L. 226-1 nouveau se dédouanant uniquement par l'ajout d'un contrôle « effectif » à la responsabilité déjà engagée des officiers de police judiciaire. Loin d'être une garantie probante, l'imprécision de l'encadrement assuré par les forces de police sur le comportement des agents privés et sous la direction de l'autorité administrative, démontre la précarité des droits fondamentaux à l'aune du terrorisme. Il faut déjà, dans une telle configuration, se réjouir de la limitation dans le temps de la mesure, laquelle est restreinte à une durée totale de deux mois, alors que son renouvellement était illimité sous l'empire de la loi ancienne⁷⁰⁸. Le Défenseur des droits considère néanmoins excessif un tel délai, au regard de la gravité des restrictions de libertés qu'il emporte : « Eu égard à la nature des événements et des lieux concernés, notamment autres que des espaces durablement clos comme les parcs d'attraction, les stades et les salles de concert et d'exposition, la durée d'un mois apparaît excessive car les événements programmés dans l'espace public ont rarement une telle amplitude dans le temps »⁷⁰⁹. Cette perspective rejoint les risques de discrimination soulevés par la même instance⁷¹⁰, au regard de la participation d'agents de sécurité privés à ces vérifications sécuritaires, sans les garanties adéquates. Dans sa décision relative aux contrôles d'identité, le Défenseur des droits avait ainsi rappelé la jurisprudence européenne, selon laquelle les pouvoirs accordés à la police, conformément à une

renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme sont conformes à la Constitution sous les réserves énoncées aux paragraphes 27, 33 et 34 : « Les dispositions contestées confèrent aux agents de la force publique la possibilité de se faire assister, pour la mise en œuvre des palpations de sécurité et des inspections et fouilles de bagages, par des agents agréés exerçant une activité privée de sécurité. Ce faisant, le législateur a permis d'associer des personnes privées à l'exercice de missions de surveillance générale de la voie publique. Il résulte des dispositions contestées que ces personnes ne peuvent toutefois qu'assister les agents de police judiciaire et sont placées "sous l'autorité d'un officier de police judiciaire". Il appartient aux autorités publiques de prendre les dispositions afin de s'assurer que soit continuellement garantie l'effectivité du contrôle exercé sur ces personnes par les officiers de police judiciaire ».

⁷⁰⁷ Cons. const. 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, § 33 : « S'il était loisible au législateur de ne pas fixer les critères en fonction desquels sont mises en œuvre, au sein des périmètres de protection, les opérations de contrôle de l'accès et de la circulation, de palpations de sécurité, d'inspection et de fouille des bagages et de visite de véhicules, la mise en œuvre de ces vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire ou sous leur responsabilité ne saurait s'opérer, conformément aux droits et libertés mentionnés ci-dessus, qu'en se fondant sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes ».

⁷⁰⁸ L'ancienne version du texte justifiait ce droit au renouvellement sans fin, au dernier alinéa, par l'exposition d'un lieu à un risque de terrorisme, à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation : « La durée de validité d'un arrêté préfectoral instaurant un périmètre de protection en application du présent article ne peut excéder un mois. Le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police ne peut renouveler l'arrêté au-delà de ce délai que si les conditions prévues au premier alinéa continuent d'être réunies. Le Conseil constitutionnel avait validé cette possibilité à condition pour le préfet de prouver que le risque était persistant : « En dernier lieu, les dispositions contestées limitent à un mois la durée de validité de l'arrêté préfectoral. Celui-ci ne peut être renouvelé que si les conditions justifiant l'institution du périmètre de protection continuent d'être réunies. Ce renouvellement est ainsi subordonné à la nécessité d'assurer la sécurité du lieu ou de l'événement et à la condition qu'il demeure exposé à un risque d'actes de terrorisme, à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation. Toutefois, compte tenu de la rigueur des mesures prévues par les dispositions contestées, un tel renouvellement ne saurait, sans méconnaître la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée, être décidé par le préfet sans que celui-ci établisse la persistance du risque » (Cons. const. 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, § 34).

⁷⁰⁹ Défenseur des droits, avis n° 17-07 du 27 juill. 2017, p. 7.

⁷¹⁰ Décision MSP-MDS-MLD-2015-021 du 3 février 2015 relative à des contrôles d'identité discriminatoires.

législation spéciale antiterroriste, d'arrêter et de fouiller des personnes sans raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis une infraction emportaient violation du droit des requérants au respect de leur vie privée⁷¹¹. Ici, nulle référence au comportement des personnes circulant dans les espaces soumis à des fouilles et palpations, l'absence de motifs n'excluant pas l'exécution de ces vérifications, même par des entreprises privées. La « protection » offerte par lesdits périmètres contre le terrorisme se garde au moins d'exposer de manière permanente les citoyens à la violation de leurs libertés les plus fondamentales, de la liberté d'aller et venir à celle du respect de l'intimité de la vie privée. En définitive, la mutation administrative de la procédure pénale se défait de toutes les exigences prévalant dans l'ordre concurrent, la destruction identitaire de son juge entraînant celle des règles processuelles les plus évidentes.

354. Le rejet du contrôle juridictionnel – Le contrôle juridictionnel n'est pas davantage sollicité dans le cadre des autres mesures créées en 2017 et concrétisées par la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021. La fermeture des lieux de culte prévue par l'article L. 227-1 du Code de la sécurité intérieure est encore renforcée, le représentant de l'État pouvant appliquer le même traitement aux locaux qui en dépendent⁷¹². Dès lors que le préfet de police y décèle soit une incitation à la violence, à la haine ou à la discrimination, soit la provocation ou l'apologie aux actes terroristes, il lui revient d'ordonner la fermeture de l'établissement en cause, sans aucune consultation du juge judiciaire. La mention d'une procédure contradictoire, au second alinéa du texte, ne doit pas tromper le lecteur averti, le juge des libertés et de la détention étant exclu de la procédure. La seule référence « aux circonstances » qui ont motivé la décision à l'égard de la durée de la mesure, c'est-à-dire la prévention du terrorisme, ne suffit pas à préserver le justiciable de l'arbitraire⁷¹³. L'administration peut donc intervenir dans la liberté religieuse sans devoir rendre des comptes précis au public concerné, alors même qu'aucun tiers indépendant et impartial ne lui donne la légitimité exigée.

⁷¹¹ CEDH 12 janv. 2010, n° 4158/05, *Gillan et Quinton c/ Royaume Uni*, RFDA 2011. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE.

⁷¹² L'ajout de ce second paragraphe relève de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, dans des conditions similaires à la fermeture des lieux de culte en eux-mêmes.

⁷¹³ Art. L. 227-1, I, al. 2 : « Cette fermeture, dont la durée doit être proportionnée aux circonstances qui l'ont motivée et qui ne peut excéder six mois, est prononcée par arrêté motivé et précédée d'une procédure contradictoire dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre Ier du code des relations entre le public et l'administration ».

355. Bafouée, l'identité pénale l'est à nouveau, et sans doute encore davantage, dans la mise en œuvre des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance. Revient ici l'information au parquet, antiterroriste en premier lieu, puis de droit commun, un tel indice laissant peut-être transparaître la gravité des mesures envisagées. De fait, si la compétence administrative élude l'autorité judiciaire de la fermeture des lieux de culte, elle lui concède tout de même d'être informée de ses affaires courantes, pour les vérifications réalisées dans les périmètres de protection, comme pour les mesures de contrôle administratif des articles L. 228-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure. La lourdeur du dispositif confirme un tel présupposé, le ministre de l'intérieur étant spécialement mandaté pour l'appliquer à toute personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes »⁷¹⁴. Bien qu'administrative, la liste des obligations et interdictions fixées aux articles L. 228-2 et suivants du Code de la sécurité intérieure est curieusement familière au droit pénal : interdiction de se déplacer en dehors d'un périmètre géographique déterminé, obligation de se présenter aux services de police ou d'être placé sous surveillance électronique mobile, obligation de déclarer et justifier de son lieu d'habitation ainsi que de tout changement de lieu d'habitation. L'intéressé peut encore devoir déclarer et justifier de son domicile ainsi que de tout changement de domicile, signaler ses déplacements au-delà d'un périmètre déterminé et ne pas entrer en contact avec des personnes déterminées. L'interdiction de paraître en un lieu déterminé peut toujours être prononcée seule, comme le prévoyait la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Cependant, le nouveau texte élargit les possibilités, en admettant un cumul entre cette interdiction de paraître en certains lieux, au sein d'un périmètre géographique limité⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Art. 228-1 du Code de la sécurité intérieure.

⁷¹⁵ Art. 228-2, al. 2, du Code de la sécurité intérieure.

356. Ces mesures, hautement coercitives, ne sont pas sans rappeler celles qui peuvent être décidées au premier comme au dernier stade de la procédure pénale, sous le contrôle du juge du siège. De telles obligations ou interdictions, qu'il s'agisse du contrôle judiciaire, de l'aménagement des peines ou des mesures de sûreté, sont soumises à l'appréciation du juge d'instruction, du juge des libertés et de la détention et du juge de l'application des peines. Les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance constituent en miroir le *far-west* de la contrainte, étant réfractaires à tout regard judiciaire. À l'opposé du double regard apporté à la procédure pénale par le juge des libertés et de la détention, le droit administratif se dérobe de son intervention et le juge promu doit fermer les yeux. Seul le juge du procès est éventuellement sollicité, en cas de soustraction aux mesures administratives, l'exercice d'une répression pénale étant alors prévue à l'article L. 228-7 du Code de la sécurité intérieure⁷¹⁶. Sous le prisme du terrorisme, l'autorité administrative accède donc aux fonctions du juge judiciaire, obtenant un pouvoir de contrainte similaire, sans posséder aucune des qualités identitaires du juge pénal.

357. Le Conseil constitutionnel ne s'y est pas opposé. Il a même estimé, à propos de l'interdiction de l'article L. 228-5 d'entrer en contact avec des personnes déterminées, que le législateur « a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le droit de mener une vie familiale normale, le droit au respect de la vie privée et la liberté d'aller et de venir ». Tout au plus a-t-il veillé à la limitation dans le temps des différentes mesures, en sanctionnant l'allongement projeté⁷¹⁷. L'article L. 228-5 du Code de la sécurité intérieure prévoit donc une durée totale de douze mois, le renouvellement au-delà de six mois nécessitant la preuve d'éléments nouveaux ou complémentaires. La disparition du contrôle juridictionnel ne semble donc pas heurter notre juge constitutionnel.

358. La dérive sécuritaire – La dérive sécuritaire est pourtant extrêmement grave. L'élasticité des catégories juridiques dénoncée par le Sénat⁷¹⁸, avec des mesures

⁷¹⁶ La soustraction aux mesures administratives rejoint alors une répression correctionnelle, l'administré récalcitrant devenant alors un prévenu, puisque le texte prévoit trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

⁷¹⁷ Cons. const. 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, § 52 et 53.

⁷¹⁸ Sénat, Rapport de M. MERCIER fait au nom de la Commission des Lois, rapport n° 629 (2016-2017), 12 juillet 2017, p. 5.

distendues entre le droit pénal et le droit administratif, a pour fonction principale d'assurer le maintien de l'ordre public sans s'encombrer des libertés fondamentales corrélatives. Le terrorisme a soulevé les derniers verrous institutionnels au regard du contrôle juridictionnel revenant au juge pénal, en le supprimant totalement de la sauvegarde des libertés individuelles, dès lors qu'elle est déplacée dans l'ordre administratif. Cette mutation identitaire touche en priorité l'enquête pénale, puisqu'il s'agit d'identifier une menace, d'anticiper un risque de danger. L'effectivité du contrôle assuré par le juge administratif est unanimement questionnée, qu'il s'agisse de ses modalités ou de sa légitimité. D'abord, ces mesures pénales déguisées sous forme administrative ne supposent aucun contrôle *a priori*, de sorte qu'elles échappent totalement à l'intervention d'un juge si l'administré n'exerce aucun recours. Il est bien envisagé un recours en cas de renouvellement des mesures, mais plusieurs mois se sont déjà écoulés lorsque le juge administratif statue, le recours pour excès de pouvoir ne permettant pas non plus d'intervenir en amont. Il ne reste donc que la voie du référé-liberté, dont les termes sont rappelés à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ». Mais la réalité de l'intervention du juge est mise à mal par les conditions fixées, comme l'a rappelé le Défenseur des droits : « la condition d'urgence n'est pas présumée, contrairement à ce que prévoit la loi relative à l'état d'urgence. L'exigence d'une atteinte caractérisée à une liberté fondamentale est elle-même aléatoire. En outre, le délai abrégé pour le recours en annulation de droit commun de ces mesures devant le juge administratif ne permet pas un contrôle effectif garant de la liberté personnelle »⁷¹⁹.

359. Malgré les vives oppositions des instances parlementaires lors de l'adoption du texte, au regard de la pauvreté de ce contrôle, le juge constitutionnel a validé la législation critiquée⁷²⁰. Il reviendra donc certainement aux justiciables de faire valoir

⁷¹⁹ Défenseur des droits, avis n° 17-07 du 27 juill. 2017, p. 8.

⁷²⁰ Cons. const. 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, *AJDA* 2018, p. 710 ; *D.* 2018. 876, et les obs., note Y. MAYAUD ; *ibid.* 2019, p. 1248, obs. E. DEBAETS et N. JACQUINOT ; *Constitutions* 2018, p. 277, chron. O. LE BOT ; 16 févr. 2018, n° 2017-

leurs droits devant les instances européennes, et de démontrer combien le contrôle juridictionnel est ici bancal. L'idée d'une bonne administration de la justice, qui suppose la dérogation à l'article 66 de la Constitution, ne saurait se traduire par l'effacement du juge judiciaire de la coercition : « l'insertion dans le droit commun de mesures restrictives de libertés comparables à celles instituées par la loi relative à l'état d'urgence, et ce, en l'absence d'une situation de "guerre" ou de "danger public menaçant la vie de la nation", pourrait se révéler contraire à certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »⁷²¹. L'urgence donne ainsi un pouvoir plus important à l'autorité administrative qu'à l'autorité judiciaire. C'est en tous les cas ce qu'il faut retenir des mesures issues de la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, qui ont donné les pleins pouvoirs à la police administrative, alors que l'ordre judiciaire s'était refusé à confier au procureur de la République de recourir aux techniques spéciales d'enquête sans le juge des libertés et de la détention, en pareil cas. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 avait ainsi autorisé le ministère public à exploiter ces techniques coercitives en cas d'urgence résultant d'un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, pendant vingt-quatre heures, sans aucune intervention du juge des libertés et de la détention⁷²². Fort heureusement, le Conseil constitutionnel a invalidé le contournement du juge du siège, jugeant une telle opportunité attentatoire au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances⁷²³. Il concède donc parfois, aux confins de la contrainte, un juste retour au juge judiciaire : « La chose est certaine : de prime abord, le droit pénal (fonctionnel) est "contourné" ou encore "écarté", et avec lui la procédure pénale ; la distinction entre la police administrative et la police judiciaire est déconstruite. Les ordres juridictionnels entrent en concurrence, encore que, s'agissant des visites de sécurité intérieure et des perquisitions de procédure pénale, cette coexistence soit appelée à être observée au sein du même ordre juridictionnel, entre juridiction civile et juridiction pénale »⁷²⁴. La destruction identitaire du juge pénal de l'enquête trouve donc son jubilé sur le terrain

691 QPC, *AJDA* 2018 p. 365 ; *D.* 2018 p. 830, et les obs., note S. PELLÉ ; *ibid.* 2019 p. 1248, obs. E. DEBAETS et N. JACQUINOT ; *Constitutions* 2018, 110, chron. O. LE BOT ; *ibid.*, p. 186.

⁷²¹ Défenseur des droits, avis n° 17-07 du 27 juill. 2017, p. 3.

⁷²² Loi n° 2019-222, art. 46, III, 2°, al. 15 ; art. 706-95-15 du Code de procédure pénale.

⁷²³ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 209 à 215, spéc. § 214.

⁷²⁴ F. FOURMENT, « La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 3, p. 82.

administratif, lequel se soustrait totalement à son intervention, à quelques exceptions près.

Paragraphe II – Le contrôle judiciaire retrouvé

« Le don le plus précieux que le souverain puisse faire à la Nation et à lui-même est de confier le dépôt sacré des lois à la garde d'un homme éclairé »⁷²⁵.

360. Éclairé, le législateur l'est sans doute davantage que le juge des libertés et de la détention sur ses ambitions, lorsqu'il renoue avec la compétence juridictionnelle pour une infime partie des mesures de surveillance administrative. L'outrancière porosité de tels dispositifs avec ceux qui existent dans l'ordre judiciaire invite très certainement à la prudence, à la lumière des risques élevés de sanction européenne. Les visites et saisies de sécurité intérieures sont ainsi l'objet d'un consensus, en ce qu'elles permettent au juge pénal d'intervenir ponctuellement dans l'ordre administratif (A). Mais la réintroduction du juge pénal dans le contentieux administratif est également le fruit d'une astuce, la Cour de cassation ayant ici saisi l'occasion d'une jurisprudence audacieuse (B).

A) Une compétence judiciaire parcellaire

361. La distinction entre police judiciaire et police administrative devient imperceptible à l'œil nu, tant les deux forces de sécurité publique concordent aujourd'hui à la même mission : soit l'anticipation de la répression. La surveillance assurée par la première n'est plus limitée au renseignement, et la preuve recueillie par la seconde sert à sanctionner une infraction qui n'est pas encore consommée. Toutes deux assurent bien souvent une veille judiciaire coercitive, destinée à prévenir le passage à l'acte⁷²⁶. L'urgence générée par le risque terroriste appelait au renfort des garanties fondamentales, en donnant au juge des libertés et de la détention un pouvoir

⁷²⁵ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, éd. Brière et Brissot-Thivars, 1822, p. 174.

⁷²⁶ V. T. HERRAN, « La distinction police administrative et police judiciaire et la simplification de la procédure pénale : quelles perspectives ? », in *La simplification de la procédure pénale, Actes du colloque organisé par l'Université de Corse - Pasquale Paoli*, Y. CARPENTIER (dir.), *op. cit.*

transversal en matière de libertés individuelles. L'exacerbation de la contrainte aurait donc dû inciter à l'intervention systématique du juge judiciaire sur le terrain administratif, comme en matière pénale. En lieu et place, la mutation a consisté à éluder son identité. L'éviction du juge judiciaire des mesures administratives restrictives de liberté et la préférence donnée au juge administratif pour leur contrôle, afin d'éviter toute entrave au maintien de l'ordre, a pourtant supporté une exception. Brouillant encore davantage la ligne de séparation entre les deux polices, les visites et saisies de sécurité intérieure ont retrouvé la compétence judiciaire avec la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 alors qu'elles l'avaient également écartée pendant l'état d'urgence.

362. Des libertés hiérarchisées – Un auteur s'est interrogé sur la pertinence de la distinction opérée par le législateur entre des libertés équivalentes, en ce qu'elles sont pour les unes soumises au contrôle du juge administratif, pour les autres au contrôle du juge judiciaire : « Si l'on s'attarde sur les deux mesures qui posent difficulté - surveillance et contrôle administratif, puis visites et saisies -, il est permis de s'interroger : une restriction à la liberté d'aller et venir, via les mesures de contrôle et de surveillance, est-elle moins grave qu'une atteinte aux droits au respect de sa vie privée et à l'inviolabilité de son domicile, laquelle, elle, justifie l'intervention du juge judiciaire ? »⁷²⁷. Toutefois, il s'agit sans doute moins d'une hiérarchie entre les valeurs sociales protégées que d'une proximité très, même trop grande, avec leurs homologues judiciaires. L'article L. 229-1 du Code de la sécurité intérieure le confirme, en son premier alinéa : « Sur saisine motivée du représentant de l'État dans le département ou, à Paris, du préfet de police, le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Paris peut, par une ordonnance écrite et motivée et après avis du procureur de la République antiterroriste, autoriser la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents et données qui s'y trouvent, aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une

⁷²⁷ Y. LAIDIÉ et P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Points de vue sur les compétences du juge administratif et du juge judiciaire », in *Les mutations du droit applicables à la contrainte*, A. CAPPELLO, C. DUBOIS, X. LATOUR, *op. cit.*, pp.127 et s.

manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». Il permet ainsi à l'autorité administrative de visiter un lieu et de saisir les documents et les données trouvés sur place, en se fondant sur des « raisons sérieuses » de penser que son occupant est en lien avec un projet terroriste. Pour ce même motif, l'article L. 229-4 offre quant à lui la possibilité de retenir la personne sur place le temps nécessaire au déroulement des opérations⁷²⁸. À côté, l'article 62-2 du Code de procédure pénale prévoit le maintien à disposition des enquêteurs, dans le cadre de la garde à vue, d'une personne « à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement ». L'on s'accordera certainement sur la frontière ténue entre les raisons sérieuses et les raisons plausibles, soit de penser soit de soupçonner ! Or, la garde à vue permet justement de réaliser les actes destinés à prouver la commission d'une infraction, telles les perquisitions et saisies⁷²⁹. De la même façon, la mention d'une menace « d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics » appuyant la décision de perquisition administrative correspond en tous points à l'infraction obstacle prévue à l'article 450-1 du Code de procédure pénale qu'est l'association de malfaiteurs, tant la préparation des infractions visées est synonyme de cette fameuse menace. Cela revient à dire qu'une perquisition ordonnée par l'autorité préfectorale aurait parfaitement pu être décidée par l'autorité judiciaire, tant l'entreprise terroriste est susceptible de répondre aux exigences du Code de procédure pénale. Un tel champ de proximité entre les deux types de mesures ne pouvait qu'éveiller le législateur à la prudence, en rapatriant ponctuellement le juge judiciaire dans l'ordre administratif.

363. Le retour du juge des libertés et de la détention – Naturellement, le juge des libertés et de la détention a été désigné pour contrôler les visites et saisies de nature administrative, puisqu'il effectue déjà cet office dans le cadre de l'enquête pénale. La décision de l'autorité préfectorale repose donc sur l'autorisation du juge du siège, après avis des deux parquets, antiterroriste et de droit commun. L'autorité judiciaire se trouve

⁷²⁸ Art. L. 229-4 al. 1, du Code de la sécurité intérieure : « Lorsqu'elle est susceptible de fournir des renseignements sur les documents et données présents sur le lieu de la visite ayant un lien avec la finalité de prévention de la commission d'actes de terrorisme ayant justifié la visite, la personne pour laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics peut, après information sans délai du juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Paris, être retenue sur place par l'officier de police judiciaire pendant le temps strictement nécessaire au déroulement des opérations ».

⁷²⁹ Art. 56 et 76 du Code de procédure pénale.

donc au complet, alors même que les autres mesures de surveillance se contentaient au mieux de l'ambivalence du ministère public, dont la simple information, et non l'autorisation, était requise. Il faut souligner ici un progrès notable pour la sauvegarde des libertés individuelles, le contrôle juridictionnel assuré par le juge des libertés et de la détention étant en outre étendu au déroulement de la mesure⁷³⁰ et à l'exploitation des données éventuellement saisies⁷³¹. Pour ce qui concerne la retenue sur place, le Code de la sécurité intérieure prévoit au moins l'information, au plus « l'accord exprès » du juge des libertés et de la détention⁷³². Le retour au judiciaire semble même exhaustif puisque l'article L. 229-3 ouvre un appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention devant le premier président de la cour d'appel de Paris⁷³³. Le système est donc entièrement articulé autour du juge judiciaire, le juge des libertés et de la détention retrouvant ici-bas une identité pénale perdue plus loin. Il faut bien entendu se féliciter de sa capacité à transcender les ordres juridictionnels⁷³⁴, compte tenu des finalités judiciaires de cette collecte administrative de renseignements. En effet, la Cour de cassation a récemment reconnu la valeur probante des éléments ainsi recueillis alors qu'ils permettaient jusqu'à présent la seule réalisation d'investigations ultérieures par la police judiciaire⁷³⁵. L'apport remarquable des renseignements collectés par le biais des perquisitions administratives lors de l'état d'urgence a d'ailleurs été souligné par la plupart des responsables de sécurité publique, en ce qu'ils permettent de « jeter les fondements de l'action de demain contre le terrorisme »⁷³⁶. Effectuées « à charge et à décharge »⁷³⁷, dans la perspective de l'ouverture de l'action publique, les perquisitions administratives sont en réalité le pendant des perquisitions judiciaires. De fait, l'enquête administrative poursuit bien un objectif dissimulé de répression des

⁷³⁰ Art. L. 229-2, al. 5, du Code de la sécurité intérieure.

⁷³¹ Art. L. 229-5, II, du Code de la sécurité intérieure.

⁷³² Art. L. 229-4, al. 4, du Code de la sécurité intérieure.

⁷³³ C'est également le cas de l'article L. 229-5, II, al. 4, du Code de la sécurité intérieure pour l'ordonnance permettant l'exploitation des données saisies. L'article L. 229-6 du Code de la sécurité intérieure offre quant à lui un recours indemnitaire devant les juridictions judiciaires : « Les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour connaître du contentieux indemnitaire résultant des mesures prises en application du présent chapitre, dans les conditions prévues à l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire ».

⁷³⁴ F. FOURMENT, « La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale », *Gaz. Pal.*, 23 janv. 2018, n° 3, p. 82. L'auteur évoque en ce sens un juge « trans-ordres-juridictionnels ».

⁷³⁵ Dans un arrêt rendu le 19 septembre 2017 (n° 17-82317, *D.* 2018, p. 155, note T. HERRAN ; *AJ pén.* 2017, p. 507, note G. ROUSSEL) la Cour revient ainsi sur la position qu'elle tenait à peine deux ans plus tôt (Cass. crim., 6 oct. 2015, n° 15-82247, *D.* 2016, p. 1727, note J. PRADEL).

⁷³⁶ Rapp. Ass. Nat. n° 4281 d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, D. RAIMBOURG et J.-F. POISSON, 6 décembre 2016, p. 119 (lequel rapporte l'audition de M. Olivier DE MAIZIÈRES, responsable de l'État-major opérationnel de prévention du terrorisme).

⁷³⁷ Rapp. Ass. Nat. n° 4281 d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, *op. cit.*, p. 119 (propos tenus par le colonel Frédéric BOUDIER, commandant du groupement de gendarmerie départementale des Bouches-du-Rhône, lors de la table ronde réunissant des responsables opérationnels de la gendarmerie nationale le 11 janvier 2016).

infractions, en ce que les renseignements réunis permettront plus tard la mise en œuvre d'une procédure judiciaire.

364. L'effectivité du contrôle juridictionnel – Il était donc crucial de renouer avec l'identité pénale, dont l'indépendance et l'impartialité sont les gageures d'un contrôle juridictionnel effectif. Intervenant *a priori*, mais également en temps réel, le juge des libertés et de la détention offre une protection inégalable contre l'arbitraire. Contrairement au juge administratif, qui intervient *a posteriori*, il peut éviter la réalisation d'une mesure attentatoire aux libertés individuelles ou ordonner son arrêt immédiat, si elle le devient. Il conduit même au renforcement des droits de la défense, puisque l'assistance de l'avocat est prévue par l'article L. 229-1 alinéa 4 du Code de la sécurité intérieure. Cependant, il ne faut pas se laisser duper par cette volonté épisodique de ménager le juge pénal. Le juge des libertés et de la détention est encore et toujours utilisé comme un alibi au renforcement de la contrainte, cette fois déplacée sur le terrain administratif. Il suffit pour s'en convaincre de remarquer l'absence de l'avocat de la procédure de retenue prévue à l'article L. 229-4, comme dans la mesure de retenue pour vérification administrative prévue à l'article 78-3-1 du Code de procédure pénale. Le juge des libertés et de la détention n'est d'ailleurs pas invité à donner son autorisation, puisque le Code ne prévoit que son information, et l'opportunité qu'il détient d'y mettre fin⁷³⁸. Plus encore, l'effectivité réelle de son contrôle est mise à mal par la faiblesse des modalités qui l'entourent⁷³⁹. La motivation résulte uniquement en une ordonnance écrite et motivée alors que les perquisitions judiciaires doivent être justifiées par leur nécessité, voire l'impossibilité de procéder autrement lorsqu'elles sont dérogoires⁷⁴⁰. Le législateur renforce simplement les motifs de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention lorsque la perquisition administrative est réalisée en dehors des horaires légaux. L'article 229-2 dispose ainsi, en son alinéa 4 : « La visite ne peut être commencée avant 6 heures ni après 21 heures,

⁷³⁸ Art. L. 229-4, I, al. 1 et 2, du Code de la sécurité intérieure.

⁷³⁹ À ce propos, v. not. : O. CAHN et J. LEBLOIS-HAPPE, « Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », *AJ pén.* 2017, p. 468 ; É. RASCHEL, « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 », *Dr. pén.* 2017, n° 12, ét. 23.

⁷⁴⁰ L'article 706-92 du Code de procédure pénale exige en son premier alinéa que l'ordonnance démontre l'impossibilité de réaliser ces perquisitions en journée : « A peine de nullité, les autorisations prévues par les articles 706-89 à 706-91 sont données pour des perquisitions déterminées et font l'objet d'une ordonnance écrite, précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels les visites, perquisitions et saisies peuvent être faites ; cette ordonnance, qui n'est pas susceptible d'appel, est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires et qu'elles ne peuvent être réalisées pendant les heures prévues à l'article 59 ».

sauf autorisation expresse, écrite et motivée accordée par le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire, fondée sur l'urgence ou les nécessités de l'opération », ce qui laisse entendre que le caractère administratif de la coercition ne conduit pas à un renforcement du rôle du juge pénal. Bien au contraire, même lorsqu'il est sollicité, le juge des libertés et de la détention intervient sommairement, le législateur se gardant bien de lui demander des vérifications aussi sérieuses que les raisons qui motivent les mesures administratives. L'effectivité du contrôle tient, selon la jurisprudence de la Cour de cassation comme celle du Conseil constitutionnel, à la justification spécifique donnée par le juge, quant à l'opportunité de la mesure coercitive⁷⁴¹. Or, la présence du juge des libertés et de la détention ne s'accompagne pas de la plénitude de ses compétences. Il est en ces lieux l'alibi du renforcement de la contrainte à l'égard du juge administratif, comme il peut l'être pour le magistrat du parquet. Il y a donc fort à parier que l'identité pénale du juge des libertés et de la détention ne soit pas retrouvée, à la faveur de ces visites et saisies de sécurité intérieure.

365. Le législateur fait en réalité du bricolage, en introduisant le juge du siège dans le contentieux administratif de manière parcellaire, de façon à éviter le courroux constitutionnel ou conventionnel. Même les perquisitions judiciaires ne bénéficient pas d'autant de voies de contrôle ou de recours, face à ce qui est offert à l'administré, en matière de perquisitions administratives (*a priori*, *in situ*, *a posteriori*, appel, recours indemnitaire...). En définitive, la focalisation de l'intervention du juge des libertés et de la détention sur les mesures administratives les plus « voyantes » a surtout pour but de faire oublier qu'il a déserté toutes les autres. En somme, comme le relève justement un auteur, ce dispositif protecteur « résonne, au fond, comme l'aveu - ou désaveu - du législateur de 2017 d'une politique pénale hautement attentatoire aux libertés, hors de tout soupçon et de critères tangibles d'application »⁷⁴². Cela, la jurisprudence criminelle l'a bien compris. Elle rétablit ceans l'intervention des juridictions répressives par l'intermédiaire de décisions ingénieuses, fondées sur la légalité pénale.

⁷⁴¹ La chambre criminelle de la Cour de cassation subordonne l'effectivité du contrôle juridictionnel à une motivation spéciale en droit et en fait (Cass. crim., 8 juillet 2015, n° 15-81731) et le Conseil constitutionnel a exigé du juge administratif qu'il démontre le caractère adapté, nécessaire et proportionné de la mesure prescrite au regard des finalités poursuivies (Cons. const., 19 février 2016, déc. n° 2016-536 QPC, cons. 10 et 14).

⁷⁴² Y. LAIDIÉ et P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Points de vue sur les compétences du juge administratif et du juge judiciaire », in *Les mutations du droit applicables à la contrainte*, A. CAPPELLO, C. DUBOIS, X. LATOUR, *op. cit.*, pp.127 et s.

B) Une compétence jurisprudentielle plénière

366. L'article 111-5 du Code pénal, selon lequel : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis » n'a rien de poussiéreux, sous la plume et l'aplomb du juge de cassation. Aussi les principes généraux de la procédure pénale ont-ils permis de résister au mépris affiché de l'administration à l'encontre du juge judiciaire⁷⁴³, par le biais de plusieurs décisions rendues par la chambre criminelle dans le contexte de l'état d'urgence. Elle avait déjà affirmé, par deux arrêts du 13 décembre 2016, la compétence du juge pénal pour apprécier l'ordre de perquisition administrative déterminant la régularité de la procédure⁷⁴⁴. La Cour de cassation a ainsi profité du contrôle par voie d'exception de la légalité de l'acte administratif pour reprendre les commandes de la coercition alors confisquée au juge judiciaire. Le raisonnement est relativement simple : dès lors que l'irrégularité de l'acte menace la validité de la procédure pénale, le juge répressif est compétent pour le contrôler. Par conséquent, lorsque l'issue du procès pénal est dépendante de l'annulation des perquisitions administratives, le juge judiciaire redevient légitime à les évaluer. Ces perquisitions ordonnées dans un contexte de terrorisme avaient été soumises à l'appréciation de la chambre de l'instruction, mais la position était parfaitement transposable à l'ensemble des juridictions répressives. Le juge de cassation en donne confirmation en 2017, avec trois nouveaux arrêts qui permettent de rappeler l'article préliminaire du Code de procédure pénale, selon lequel l'autorité judiciaire doit assurer le contrôle des actes de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet⁷⁴⁵. Or, la perquisition administrative se confond avec la perquisition judiciaire au regard du degré de contrainte qu'elle suppose : « aujourd'hui, avec la montée des droits de l'homme dans

⁷⁴³ Le Professeur Yves MAYAUD évoque à ce titre une double « résistance » : d'abord judiciaire, avec les visites et saisies de sécurité intérieure, ensuite jurisprudentielle, avec le contrôle de légalité (« La simplification de la procédure pénale applicable au terrorisme », in *La simplification de la procédure pénale*, op. cit.).

⁷⁴⁴ Cass. crim., 13 déc. 2016, n° 16-84.794, *Dalloz Actu. Étudiant*, 20 janv. 2017, *AJDA* 2016. 2411 ; *D.* 2017, p. 275, note J. PRADEL ; *AJ pén.* 2017, p. 30, note T. HERRAN et M. LACAZE ; *JCP* 2017, p. 141, avis F. DESPORTES ; *ibid.* p. 206, note J.-H. ROBERT (V. également 28 mars 2017, nos 16-85.072 et 16-85.073, *Dalloz actu.*, 26 avr. 2017, obs. C. FONTEIX ; *AJDA* 2017, p. 717 ; *D.* 2017, p. 763 ; *JCP* 2017. 473, note J.-B. PERRIER) et Cass. crim., 13 déc. 2016, n° 16-82.176, *Dalloz Actu. Étudiant*, 20 janv. 2017, *D.* 2016, p. 2573.

⁷⁴⁵ Art. préliminaire du Code de procédure pénale, III, al. 4 : « Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie 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 ».

leur version droits de la défense et droit au respect de la vie privée, le rapprochement entre les deux types de perquisition est éclatant. Il suffit de lire l'article 11 de la loi de 1955 dans sa version actuelle, notamment du fait de la loi du 20 novembre 2015. La perquisition ne peut se faire à l'aveuglette, le préfet devant disposer de certains indices et devant préciser le lieu et le moment de l'exécution. Le procureur de la République est averti sans délai de la décision. Un officier de police judiciaire est présent à l'exécution de la perquisition. Celle-ci effectuée, un compte rendu est établi, communiqué sans délai au procureur de la République. Et, si une infraction est constatée, l'officier de police judiciaire en dresse procès-verbal, procède à toute saisie utile et en informe sans délai le magistrat du parquet : alors, la perquisition change de nature, de mesure administrative, elle se mue en mesure judiciaire et l'on quitte l'état d'urgence pour entrer dans le droit commun. La conclusion du tout cela est que la perquisition administrative, même avant sa novation en mesure judiciaire, est déjà très proche de cette dernière ». ⁷⁴⁶

367. Le contrôle de légalité des perquisitions – Ces décisions rendues le 3 mai 2017 concernent pour les deux premières des perquisitions administratives, et des assignations à résidence pour la troisième, de telles mesures administratives ayant toutes été diligentées pendant l'état d'urgence⁷⁴⁷. D'une part, des visites réalisées dans une épicerie et un domicile avaient permis de révéler des infractions à la législation sur les armes et les stupéfiants, dont le jugement relevait donc du tribunal judiciaire. D'autre part, les assignations à résidence motivées au regard de la gravité de la menace terroriste sur le territoire national et des activités des prévenus n'avaient pas été respectées par les intéressés, ce qui les exposait à une sanction pénale. Dans le cas des perquisitions, les juges du fond avaient accueilli l'illégalité tirée de l'acte administratif et annulé l'intégralité de la procédure en raison de l'imprécision des arrêtés préfectoraux, lesquels ne rapportaient pas la preuve d'une menace pour la sécurité et l'ordre publics, ni celle de l'urgence. Malgré la cassation prononcée à chaque fois, la chambre criminelle retenait la compétence de la Cour d'appel. Elle imposait en revanche au juge pénal l'obligation de se renseigner sur les raisons ayant présidé à la

⁷⁴⁶ J. PRADEL, « Les perquisitions administratives ou la chambre criminelle de la Cour de cassation contre tous », *D.* 2017, p. 275.

⁷⁴⁷ Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-85.072 ; Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-85.073 et Cass. crim., 3 mai 2017, n° 16-86.155, FS-P+B+R+I, *Dalloz Actualité*, 30 mai 2017, obs. S. FUCINI.

décision de l'autorité compétente de recourir à une perquisition administrative. Dans la dernière décision, les prévenus avaient été poursuivis pour non-respect d'une assignation à résidence prononcée dans le cadre de l'état d'urgence et relaxés par les premiers juges, la Cour d'appel infirmant ensuite les jugements rendus en écartant l'exception d'illégalité. Elle estimait ici que les éléments factuels rapportés par l'autorité administrative permettaient d'établir une menace pour la sécurité et l'ordre publics, les intéressés n'étant pas en mesure d'étayer leurs allégations.

368. Remarquable, ce troisième arrêt rendu au visa de l'article 111-5 du Code pénal fait également référence à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Elle prononce encore une cassation à l'égard de l'arrêt rendu par la Cour d'appel, tout en confirmant sa compétence. L'attendu de principe, limpide, ne se contente pas de confirmer la légitimité du juge judiciaire pour contrôler la légalité des assignations à résidence. Au contraire, il fixe cette fois les contours de son office, en estimant que : « s'il appartient au prévenu, poursuivi pour non-respect de l'assignation à résidence prononcée par le ministre de l'intérieur dans le cadre de l'état d'urgence, de préciser sur quels éléments porte sa contestation des raisons retenues par l'arrêté ministériel permettant de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, il incombe au juge répressif, compétent pour apprécier la légalité des arrêtés d'assignation à résidence, de répondre aux griefs invoqués par le prévenu à l'encontre de cet acte administratif, sans faire peser la charge de la preuve sur le seul intéressé et en sollicitant, le cas échéant, le ministère public afin d'obtenir de l'autorité administrative les éléments factuels sur lesquels celle-ci s'était fondée pour prendre sa décision ».

369. Il faut de prime abord en dégager le principe essentiel, soit le fait qu'aucune privation de liberté ne puisse être prononcée sur l'absence de respect d'un acte administratif sans intervention du juge judiciaire. La soustraction des obligations relevant d'une assignation à résidence fondée sur l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence est susceptible d'être réprimée pénalement, puisque l'article 13 du même texte prévoit en pareil cas trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Il incombe alors au juge pénal de prononcer une sanction sur

la base de la violation de ces obligations. L'issue du procès pénal est alors nécessairement concernée, ce qui justifie parfaitement la logique de l'article 111-5 du Code pénal et le retour de ce contrôle dans le giron judiciaire. Mais la petite musique jurisprudentielle ne s'est pas arrêtée en si bon chemin, puisqu'elle a également établi une chaîne de responsabilités, de l'autorité judiciaire à l'autorité administrative, quant aux modalités de contrôle de légalité. Effectivement, l'arrêt du 3 mai 2017 refuse que la charge de la preuve incombe uniquement aux personnes poursuivies, exigeant non seulement que le juge du siège réponde aux arguments soulevés, mais également, mandate le magistrat du parquet pour qu'il sollicite auprès de l'autorité administrative les éléments utiles pour juger de la régularité de l'acte. En définitive : le juge du siège supervise le magistrat du parquet qui lui-même assure cette supervision à l'égard de l'autorité administrative. L'on s'interroge quelque peu sur le fonctionnement de cette course de relais entre les membres de l'autorité judiciaire et l'administration. En dehors des délais de communication des informations, ou de l'existence ou non du contradictoire en faveur l'intéressé, il semble relativement complexe pour le juge pénal d'avoir accès, ou d'exploiter, les notes établies par les services de renseignement⁷⁴⁸. Il est cependant indispensable pour le juge pénal de disposer des éléments factuels lui permettant d'apprécier la légalité de la mesure. Jamais coopération judiciaire n'aura été si forte, au point qu'il faille s'interroger sur le degré de contrainte à atteindre pour que les différents acteurs processuels soient tournés en premier lieu vers la protection des libertés individuelles et non vers la sécurité nationale.

370. Hautement singulière, la décision rendue par la Cour de cassation s'apparente précisément à la résistance à l'oppression élevée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La chambre criminelle donne une pleine assise judiciaire au contrôle des mesures administratives individuelles, la portée d'une telle décision ayant matière à retentir sur les autres dispositifs de surveillance restrictifs de liberté. Une telle position est courageuse, en ce qu'elle défie les règles traditionnelles du contrôle juridictionnel. Il est en effet de jurisprudence constante que le juge judiciaire ne peut exercer un contrôle d'opportunité des actes administratifs⁷⁴⁹, alors que la décision du 3 mai 2017 reconnaît à son profit le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité d'un

⁷⁴⁸ J.-B. PERRIER, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », *RFDA* 2017, p. 949.

⁷⁴⁹ Cass. crim., 20 mars 1980, n° 79-93.104, *Bull. crim.* n° 97 ; 30 oct. 1990, n° 90-83.282, *Bull. crim.* n° 366.

acte administratif individuel. Très profitable au procès équitable, cette jurisprudence se dresse contre la plus grande mutation identitaire du juge pénal, qui consiste à lui retirer le contrôle de la liberté individuelle, au bénéfice du juge administratif. Certes : « le procès pénal est en mue, même si la mutation n'est pas encore achevée »⁷⁵⁰. Mais elle démontre par ce biais combien l'indépendance et l'impartialité du juge du siège sont garantes de l'équité.

371. Le recours en annulation contre les perquisitions - La loi de programmation pour la justice⁷⁵¹ a su rebondir sur cette compétence *a posteriori* des juridictions répressives pour contrôler la légalité des mesures administratives individuelles, en instaurant un contrôle spécifique de la régularité des perquisitions, également ultérieur, mais dans le cadre de l'enquête. Aussi le juge des libertés et de la détention se voit-il doté d'une nouvelle compétence avec l'article 802-2 Code de procédure pénale, dont le premier alinéa dispose : « Toute personne ayant fait l'objet d'une perquisition ou d'une visite domiciliaire en application des dispositions du présent code et qui n'a pas été poursuivie devant une juridiction d'instruction ou de jugement au plus tôt six mois après l'accomplissement de cet acte peut, dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de cette mesure, saisir le juge des libertés et de la détention d'une demande tendant à son annulation ». Il est intéressant de remarquer l'étendue du contrôle, qui ne limite pas l'office du juge pénal aux perquisitions judiciaires. Leurs homologues administratifs peuvent donc symétriquement être soumis à l'appréciation du juge des libertés et de la détention, dès lors que l'enquête perdure sans qu'il y ait eu déclenchement des poursuites. En outre, le Code de procédure pénale prévoit un recours contre l'ordonnance du juge du siège devant le président de la chambre de l'instruction, dans un délai de dix jours à compter de sa notification⁷⁵². Le pouvoir du juge des libertés et de la détention semble renforcé et son identité confortée, le législateur donnant ici l'illusion du contrôle juridictionnel à l'égard de mesures particulièrement contraignantes.

⁷⁵⁰ J-B. THIERRY, « L'évolution du rôle du juge en matière pénale dans la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2019, n° 29, p. 75.

⁷⁵¹ Loi n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* 24 mars 2019.

⁷⁵² Art. 802-2, al. 3, du Code de procédure pénale.

372. Il s'agit là d'instaurer une contrepartie à l'extension des perquisitions, de sorte qu'elles apparaissent progressivement comme l'antichambre de la mutation identitaire du juge de l'enquête. La multiplication des contrôles et voies de recours qui se concentrent sur ces mesures sont à l'image du déploiement de la contrainte dans la phase préparatoire du procès pénal. La négation de l'identité du juge pénal, laquelle atteint son paroxysme au sein du contentieux administratif, trouve donc quelques compensations dans le cadre restreint des perquisitions, afin de ne pas éveiller trop fortement les soupçons. Il convient d'abord de souligner le délai à partir duquel le juge des libertés et de la détention peut être saisi, le législateur espérant sans doute que les six mois imposés au justiciable représentent un découragement suffisant, ou permettent le déclenchement de l'action publique. Ensuite, il est relativement significatif de remarquer la limite fixée par le texte, qui ne concerne donc pas l'ensemble des mesures restreignant la liberté, mais seulement les perquisitions, en ce qu'elles donnent certainement une image trop perceptible de la contrainte exercée. Enfin, au lieu d'instaurer un contrôle automatique, le texte se contente d'un contrôle épisodique, ce dernier reposant entièrement sur la sollicitation des justiciables concernés. Comme dans le cadre de la garde à vue, ou de l'audition libre, le juge du siège est appelé à contrôler le respect de la liberté individuelle *a posteriori*⁷⁵³, au lieu d'être investi du pouvoir d'empêcher la réalisation d'une mesure arbitraire.

373. Juge de l'annulation, l'identité du juge des libertés et de la détention se transforme, comme le souligne avec acuité un auteur : « Le glissement de l'instruction à l'enquête se confirme. Amorcé par le renforcement des prérogatives du procureur de la République et continué par la création d'une sorte de procédure de règlement de l'enquête, apparaît désormais un contrôle juridictionnel de l'un des actes les plus emblématiques de la procédure – la perquisition. Rien ne s'oppose à ce que, à l'avenir, d'autres actes soient inclus dans ce contrôle de la régularité de l'enquête par le JLD. La logique voudrait que le mouvement se renforce afin de permettre d'achever « la mutation du juge des libertés et de la détention ». Dans l'attente d'un élargissement des prérogatives de ce juge, qui supposerait de repenser le rôle de tous les acteurs du procès

⁷⁵³ L'article 77-2 du Code de procédure pénale, I, dispose en son alinéa premier : « Toute personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction punie d'une peine privative de liberté et qui a fait l'objet d'un des actes prévus aux articles 61-1 et 62-2 peut, un an après l'accomplissement du premier de ces actes, demander au procureur de la République, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par déclaration au greffe contre récépissé, de consulter le dossier de la procédure afin de formuler ses observations ».

pénal, l'article 802-2 suscite quelques interrogations »⁷⁵⁴. Or, les interrogations sont pertinentes, qu'il s'agisse de se demander dans quelle mesure le juge des libertés et de la détention se sentira assez légitime pour annuler l'acte autorisé par un confrère, dans le cas où la perquisition a été permise par un autre juge des libertés et de la détention, ou de considérer le poids de sa décision auprès de la juridiction de jugement, puisque revêtu de l'autorité de la chose jugée. Surtout, il reviendra au ministère public d'évaluer la régularité des autres éléments probatoires, sans que le juge des libertés et de la détention obtienne le double regard initialement promis. Finalement, ce regard extérieur est unilatéralement exercé sur l'office du juge d'instruction. Le procureur de la République y échappe, écrivant à l'encre invisible les fondements processuels de demain. La contrainte s'exacerbe et le juge du siège recule, au prix d'une destruction identitaire de la phase préparatoire du procès pénal. Le juge des libertés et de la détention n'est pas le juge de l'enquête, mais l'alibi de la montée en puissance du magistrat du parquet.

Conclusion de la section 2

374. Parce qu'elle « résonne sur les parois de la Constitution »⁷⁵⁵, l'éviction du juge judiciaire qui s'épanouit dans l'ombre du contentieux administratif porte atteinte à la réserve de compétence qui doit lui être garantie. Aujourd'hui, toute atteinte à la liberté individuelle ne suppose plus l'intervention du juge judiciaire. Comme le juge constitutionnel, qui se perd en conjectures dans la distinction entre restriction et privation de liberté⁷⁵⁶, le législateur élude la ligne de partage entre le juge judiciaire et le juge administratif. Nul n'est donc détenu arbitrairement, selon les Sages, tant que la captivité dure moins de douze heures, sans que l'on comprenne bien en quoi la treizième heure de détention prive davantage de liberté l'intéressé. Le bref retour au juge des libertés et de la détention dans le cadre de l'autorisation des visites et saisies de sécurité intérieure ne fait que confirmer la préférence donnée au juge administratif

⁷⁵⁴ J-B. THIERRY, « L'évolution du rôle du juge en matière pénale dans la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice », *op. cit.*, p. 75.

⁷⁵⁵ J-B. PERRIER, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », *op. cit.*

⁷⁵⁶ Cons. const., 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, cons. n° 5, *AJDA* 2015. 2463 ; *D.* 2016. 79, et les obs. ; *ibid.* p. 1461, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO ; *RFDA* 2016, p. 123, note A. ROBLOT-TROIZIER ; *Constitutions* 2015, p. 654 ; *ibid.* 2016, p. 100, chron. L. DOMINGO. Le Conseil distingue les deux notions à partir d'une durée de douze heures : « la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ».

par ailleurs. En définitive, le législateur ne revient à l'autorité judiciaire qu'en l'absence d'un autre choix. Conséquence directe de l'augmentation des pouvoirs de la police administrative, le remplacement du juge pénal par le juge administratif s'analyse comme la mutation la plus grave de son identité.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

375. La dépossession des pouvoirs du juge de l'enquête résulte du désarmement progressif de l'État de droit⁷⁵⁷. La fin de l'état d'urgence n'a pas restauré l'office du juge, contrairement aux multiples promesses gouvernementales en ce sens. La sortie du chaos sociétal a laissé place au chaos juridique, du moins en ce qui concerne l'identité du juge des libertés et de la détention, laquelle s'étiole à mesure que la contrainte se fige dans les textes.

376. Deux grands mouvements procéduraux peuvent corroborer une telle affirmation. D'abord, sa personnalité est sollicitée dans le cadre des procédures dérogatoires, de sorte qu'il pourrait toujours apparaître comme un atout. Son indépendance et son impartialité lui permettent en effet de légitimer les mesures attentatoires à la liberté individuelle qui se développent et se multiplient. Son omniprésence interroge cependant, tant elle révèle l'implicite des politiques criminelles actuelles. Aussi, les techniques les plus intrusives d'enquête ne sont plus limitées ni à la délinquance organisée, ni à l'information judiciaire. Elles se répandent en droit commun et glissent d'un cadre d'enquête à l'autre, avec l'intervention du juge des libertés et de la détention comme dénominateur commun. En définitive, le juge du siège intervient avant tout comme une caution à l'augmentation des pouvoirs du magistrat du parquet. Grâce, ou plutôt à cause de lui, la contrainte s'accroît au sein de l'enquête policière, pourtant moins protectrice des droits fondamentaux, au point que « cette nouvelle législation dérogatoire participe à l'éclatement du droit pénal et contribue à fissurer le socle de l'égalité des justiciables »⁷⁵⁸.

377. Ensuite, sa personnalité est évincée des mesures de police administrative, de sorte qu'il apparaît enfin comme un alibi, lorsqu'il est sollicité au secours du juge administratif. Par le biais de cette logique d'anticipation de la répression, les

⁷⁵⁷ O. CAHN et J. LEBLOIS-HAPPE, « Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », *op. cit.*

⁷⁵⁸ J. ALIX et O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.*

législations internes tissent « une toile de défense indispensable à la survie de nos démocraties »⁷⁵⁹. Mais c'est le juge pénal, et avec lui les garanties fondamentales du procès, qui sont en réalité pris au piège. L'interdiction de sortie du territoire mise en place par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 attente directement à la liberté d'aller et venir⁷⁶⁰. Pour autant, elle ne fait nullement intervenir le juge de l'enquête, l'autorité administrative étant seule chargée de son autorisation et de son annulation. Tout au plus revient-elle aux mains du juge du procès, puisqu'elle peut faire l'objet de sanctions pénales si elle n'est pas respectée, « l'autorité judiciaire devenant ainsi le relais d'exécution d'un système de décisions dont elle est exclue »⁷⁶¹. L'ouverture d'une enquête judiciaire est progressivement devenue secondaire, l'enquête administrative permettant de retrouver une efficacité procédurale que le législateur ne souhaite plus voir plier devant l'équité processuelle.

378. En conséquence, l'identité du juge de l'enquête, et tout particulièrement celle du juge des libertés et de la détention, – puisqu'il est par essence l'organe de contrôle des mesures coercitives –, se trouve détruite. Des procédures dérogatoires aux mesures administratives, le juge des libertés et de la détention est au mieux un alibi servant au renforcement des pouvoirs du parquet, au pire, l'ilote du juge administratif, qui ne le sollicite plus que lors de l'extrême onction infligée à la liberté individuelle.

⁷⁵⁹ Y. MAYAUD, « Regard sur les qualifications terroristes - Après la loi n° 2017-1248 du 9 août 2017 autorisant la ratification du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme », *AJ pén.* 2017, p. 478.

⁷⁶⁰ Art. 224-1 du Code de la sécurité intérieure : « Tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français ».

⁷⁶¹ Y. MAYAUD, « Regard sur les qualifications terroristes - Après la loi n° 2017-1248 du 9 août 2017 autorisant la ratification du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme », *op. cit.*

CONCLUSION DU TITRE 2

379. Né d'un compromis, le juge des libertés et de la détention se meurt d'une compromission. C'est en ces termes que pourrait être envisagée l'épithète d'un juge pénal aux pouvoirs détournés. Sa disparition physique n'est certes pas redoutée, tant il est indispensable aux ambitions législatives actuelles. En revanche, sa disparition psychique soulève de réelles inquiétudes, si l'on mesure combien son identité pénale est faussée.

380. Il ne faut pas l'oublier, le juge des libertés et de la détention n'a pas été créé pour combler un vide, mais pour compenser un trop-plein. L'an deux mille l'a ainsi propulsé au centre de l'enquête, entre le magistrat instructeur et le magistrat du parquet. De ces deux confrères, seul le premier est juge du siège, le second ne correspondant pas au modèle établi. Il existait donc déjà, dans ce cadre processuel, une identité pénale relevant des mêmes exigences identitaires. En surface tout du moins, car le champ des investigations ne permet pas au juge d'instruction d'en répondre sur le terrain. De fait, la fonction juridictionnelle demeure peu compatible avec l'insatiable quête de vérité qui l'anime. De son côté, le ministère public ne possède pas la probité escomptée, au regard du lien qui l'attache au ministre de la Justice. Pas assez impartiaux ou indépendants pour sauvegarder la liberté individuelle, les deux magistrats sont néanmoins trop puissants dans leurs pouvoirs contraignants.

381. Comme la lumière bleue des écrans abîme la vue, le procès pénal est mis à mal par le risque d'arbitraire. Le juge des libertés et de la détention a bien apporté un nouveau regard sur la première phase procédurale, mais avec un champ de vision restreint. La promotion initiale devait consister en une supervision du juge d'instruction, auquel il a retiré le contentieux de la détention provisoire. Mais le législateur s'est habitué au confort représenté par cette institution, le juge des libertés et de la détention étant invité à donner son autorisation pour chaque nouvelle mesure attentatoire aux libertés créée. Or, au lieu d'améliorer l'existant, le juge des libertés et de la détention est un prétexte au déploiement de la coercition au présent. La promotion

s'est ainsi transformée en une subordination envers le magistrat du parquet, auquel il confère une pleine légitimité. En définitive, il a réduit le pouvoir de contrainte d'un autre juge du siège pour augmenter celui du ministère public. La ligne directrice n'est pas celle du procès équitable, qui constitue pourtant l'essence même du juge du siège, cela tout particulièrement lorsque sa dénomination fait écho aux libertés. Les qualités identitaires exemplaires du juge des libertés et de la détention contribuent indirectement à confier le « monopole de la violence légitime » à l'exécutif, au beau milieu de la sphère judiciaire.

382. Atout ou alibi ? Il est délicat et périlleux de répondre à cette interrogation. Le juge des libertés et de la détention comble indéniablement un défaut identitaire au sein de l'enquête et améliore notablement le rôle du juge pénal en son sein. Juge promu, il l'est très certainement quant à la multiplication de ses interventions, et par le gain d'une pleine autonomie au regard de son statut. Mais ce juge du siège désormais spécialisé doit se contenter d'un regard biaisé. Ponctuel et parfois virtuel, son contrôle renforce le contradictoire seulement lorsqu'il est utile au déploiement de la contrainte. L'effectivité en est questionnée, d'autant plus lorsqu'il en est totalement évincé. L'état d'urgence a donné l'occasion à l'autorité administrative de se hisser au rang d'autorité judiciaire, en écartant le juge des libertés et de la détention de son rôle premier. Aucun état de résilience n'a ensuite permis de le réintégrer pleinement. Finalement, la mutation identitaire du juge des libertés et de la détention se traduit à nouveau par la destruction du modèle.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

« À menace grandissante, mesures imposantes et contrôle ajusté : la sécurité n'a le prix de la liberté que si celle-ci est dûment protégée. Il n'est pas sûr, en l'état, que ce soit véritablement le cas »⁷⁶².

383. L'indécision n'est sans doute jamais le meilleur guide qui soit, surtout à l'heure de faire un choix. Notre législateur demeure pourtant ondoyant, quant à l'avenir de la phase préparatoire du procès pénal. Il veut tout à la fois : une contrainte exacerbée qui ne préjudicie pas la sauvegarde des libertés. En conséquence, l'enquête doit supporter un juge pénal dont l'identité se trouve elle aussi « au temps des confluences »⁷⁶³. Or, il est plutôt certain, en ces lieux, que la sécurité n'a pas les moyens de protéger la liberté.

384. Levier de simplification de la procédure pénale, le juge des libertés et de la détention a finalement contribué à sa complexification. Il s'affirme effectivement, à mesure que le juge d'instruction s'efface. Toutefois, aucun des deux juges du siège de l'enquête ne permet de reconstruire le modèle choisi. L'un contrôle pleinement la liberté dans un espace réduit, l'autre contrôle superficiellement la liberté dans un espace infini. Or, le premier n'a pas plénitude quant à la légitimité exigée et le second n'a pas la latitude de l'exercer. Le magistrat du parquet ne peut que profiter de l'enchevêtrement des responsabilités pour imposer son identité.

385. Dans un tel contexte, la judiciarisation de la police administrative légitime un droit « ante-pénal », en ce qu'il permet une contrainte anticipée ; un droit « infra-pénal », en ce qu'il permet une contrainte étendue à des comportements non réprimés ;

⁷⁶² P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « De la répression à la prévention. Réflexion sur la politique criminelle antiterroriste », *Les cahiers de la justice* 2017, p. 209.

⁷⁶³ E. VERGÈS, « La procédure pénale au temps des confluences - À propos des visites domiciliaires et saisies instituées par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2018, p. 153.

et un droit « péri-pénal », lorsque la contrainte s'exerce simultanément à la répression pénale⁷⁶⁴. Progressivement, le double regard change d'ordre juridictionnel : la « quasi-gémellité » des mesures administratives avec les techniques judiciaires⁷⁶⁵ suppose en effet de s'interroger sur l'identité pénale chargée de les contrôler. Le tandem formé par le juge d'instruction et le juge des libertés est ici remplacé par un nouveau binôme, fruit d'une coopération entre le ministère public et le juge administratif. Le juge des libertés et de la détention intervient occasionnellement, au paroxysme de la contrainte : « Cette concurrence instaurée entre les deux formes de police est clairement déloyale car le régime de la police administrative est bien plus flexible que celui de la police judiciaire. Quand bien même la loi du 30 octobre 2017 a renforcé les garanties de certaines de ses mesures, notamment en consacrant la compétence du juge judiciaire pour les visites et saisies, la police administrative reste moins protectrice que la matière pénale, les exigences fondamentales du droit au procès équitable ne s'imposant pas – pour l'instant du moins – aux mesures de police administrative. Ce droit para-pénal paraît présenter davantage de gages d'efficacité – la police administrative "constitue le moyen terme entre la police judiciaire et la réponse militaire", un moyen à la mesure du caractère exorbitant du terrorisme – que la procédure pénale, dont l'efficacité serait obérée par les garanties qu'elle offre »⁷⁶⁶.

386. La déchéance du juge d'instruction comme la promotion du juge des libertés et de la détention servent en réalité le même intérêt : la puissance du parquet. Détruite, l'identité du juge de l'enquête renaît sous une forme hostile aux garanties fondamentales de la procédure pénale. Cette mutation identitaire radicale du juge pénal appelle au renforcement et à l'unification du contrôle juridictionnel. Mais avant cela, elle somme le législateur de faire un choix. L'indépendance du parquet ne peut plus, aujourd'hui, accepter les hésitations. L'ensemble de la procédure pénale est en suspens, et l'identité du juge pénal en pointillés. La destruction enclenchée dans la phase préparatoire du procès pénal doit être freinée d'urgence, afin de ne pas contaminer le juge de la sentence, dont l'identité se trouve déjà dévoyée (Partie 2).

⁷⁶⁴ V. not. T. HERRAN, « L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction », *Gaz. Pal.*, 23 janv. 2018, n° 3, p. 66.

⁷⁶⁵ V. G. ROUSSEL, « Le régime des techniques de renseignement », *AJ pén.* 2015, p. 520.

⁷⁶⁶ T. HERRAN, « L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction », *op. cit.*, p. 66.

PARTIE 2 – L’IDENTITÉ DEVOYÉE

387. Après la pluie, le beau temps ? Le juge de la sentence, celui qui tranche, celui qui décide de la peine, ne connaît pas, à première vue, la tourmente de son prédécesseur. Loin d’être épargné par les réformes incessantes qui agitent la matière pénale, il se montre néanmoins en paix avec lui-même. Les mutations paraissent ici passagères, sans incidence sur son identité.

388. Cependant, les tentatives de transformation sont nombreuses et fréquentes, au point qu’il faille s’interroger sur la relative stabilité des juridictions en ce lieu. L’ostensible résistance du juge suscite la réflexion. Dans quelle mesure se maintient-il encore là où le juge enquêteur a plié ? Mieux encore, si ce dernier parvient toujours à échapper aux vellétés de métamorphose, celle qui s’est attachée au juge de la peine ne lui aurait rien enlevé. Bien au contraire, le juge de l’application des peines, autrefois dans l’errance, semble avoir réalisé par ce biais un véritable bond identitaire. Outre la juridiction de l’application des peines qui l’abrite désormais, le juge éponyme s’est vu doté de véritables pouvoirs. Ces responsabilités augmentées permettent aujourd’hui au juge du siège de dominer l’ensemble de la chaîne pénale, de l’enquête à l’application de la peine. Il semblerait donc que l’enquête ne soit qu’un mauvais souvenir pour le juge répressif, retrouvant force et vigueur dès la phase sentencielle.

389. Mais il n’en est rien. Il faudrait être aveugle pour ne pas observer l’étai qui se resserre autour du juge pénal, qu’il s’attache au procès ou à la sanction. À peine les œillères sont-elles ôtées, et la vérité éclate. L’absence de prise des réformes qui s’attaquent au juge du procès, et la position privilégiée occupée par le juge de l’application des peines masquent en effet une réalité bien moins réjouissante. Les mutations sont aux portes de leurs juridictions, et parviennent même à les franchir, de

sorte que leur identité est en suspens. À dire vrai, l'un comme l'autre se débat désespérément pour préserver les apparences.

390. De fait, la sentence est le temps fort de la procédure pénale, sa phase dynamique. Après les investigations, vient le temps du jugement, puis celui de la peine. L'enjeu est crucial, le juge pénal exprimant par ce biais le cœur de son identité, à savoir le pouvoir répressif. À chaque étage de délinquance – crime, délit ou contravention – le juge peut faire ou défaire le travail réalisé en amont, et donner matière, ou non, à celui qui est réalisé en aval. Il est le commandant du navire, le dernier à quitter le bateau en cas de naufrage. La métaphore n'est pas superflue, tant le juge du procès tente de garder le cap au gré des vagues réformistes.

391. Le juge de l'application des peines, quant à lui, a bénéficié d'une promotion sans commune mesure. Autrefois confiné dans un espace restreint, sans juridiction propre et sous le joug du parquet, il connaît à présent une véritable reconnaissance et un pouvoir étendu. La faveur législative qui lui est attribuée se trouve être la résultante directe d'une volonté européenne. Les principes de personnalisation et d'individualisation de la sanction, chers à la Cour de Strasbourg, ont imposé la présence forte d'un juge du siège au sein de cet ultime stade procédural. Il en découle un renforcement inédit du rôle du juge de l'application des peines.

392. L'adaptation, la cohérence et la simplification de la justice constituent des questionnements législatifs permanents, à propos desquels les textes se succèdent sans jamais parvenir à satisfaire pleinement le législateur. À chaque nouvelle ère politique, le débat est relancé : en attestent notamment les cinq chantiers lancés par le premier ministre le 6 octobre 2017. Le rapport remis à la garde des Sceaux le 15 janvier 2018 a jeté les bases de la loi de programmation pour la justice, qui doit couvrir la période 2018-2022. Promulgué le 23 mars 2019, le texte y reste fidèle, et opère des transformations considérables tant au regard du procès, que de la peine. En effet, bien que le juge de l'enquête soit à nouveau le plus écorché par la réforme, le juge du procès et le juge de l'application des peines sont loin d'en sortir immaculés.

393. La lecture de ce document, et particulièrement ce qui concerne l'amélioration et la simplification de la procédure pénale, soulève des interrogations quant à l'avenir des

juridictions de jugement. Soumises au mouvement général de modernisation, notamment numérique, mais aussi et surtout au regard du désir ardent d'accélération du traitement des infractions, elles pourraient connaître pour la première fois une mutation significative. Jusqu'à présent, elles se sont vaillamment défendues contre toute tentative de transformation en profondeur de leur fonctionnement. Mais sortiront-elles toujours triomphantes des combats permanents ? Face aux nouveaux défis à relever, il convient de s'interroger sur leur pérennité.

394. La partie consacrée au sens et à l'efficacité de la peine est quant à elle plus encourageante. Elle poursuit clairement la ligne directrice fournie par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme au début des années deux mille, qui instaure une relation directe entre l'efficacité et l'individualisation de la peine. Le texte ne déroge pas à cette quête de personnalisation de la peine, qui implique un renforcement supplémentaire de l'office du juge de l'application des peines. Néanmoins, alors que ce dernier semble avoir de beaux jours devant lui, il doit supporter plusieurs affronts. Concurrencé par les autorités administratives indépendantes, gouverné par l'administration pénitentiaire, son pouvoir est asphyxié. L'exclusivité de la sanction ne lui est pas réservée, ce qui nous amène à réfléchir sur l'essence de son identité.

395. Qu'il s'agisse du juge processuel ou de celui de l'application des peines, la courbe décroissante n'est pas comparable, bien évidemment, à celle du juge de l'enquête. En lieu et place de la descente vertigineuse subie par ce dernier, la ligne suit ici une pente douce. Point de crise identitaire en surface, les intéressés ayant l'air confirmés, voire même renforcés dans la place occupée. L'explication sous-jacente peut être directement puisée au sein de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : le droit à un procès équitable, et son interprétation jurisprudentielle, jalonnent un tel succès. Parce qu'il répond déjà aux requêtes européennes, le juge du procès n'opère pas de grandes mutations et conserve la même silhouette. Quant au juge de l'application des peines, le renforcement de ses attributions répond précisément à l'intégration de ces préceptes. Mais les écarts de conduite du législateur, et parfois les manipulations du juge constitutionnel, mettent gravement en danger l'homéostasie. Moins perceptible que le cataclysme identitaire qui détruit le

juge de l'enquête, le mouvement enclenché en sourdine au stade de la sentence expose pourtant ses juges à la même calamité.

396. Face à ce constat, la recherche autour des mutations identitaires du juge pénal doit s'attacher à démontrer l'illusoire résistance d'un juge assiégé (Titre 1) et l'ascension artificielle d'un juge neutralisé (Titre 2), tout en prenant la mesure des nouvelles menaces qui les guettent.

TITRE 1 – LE JUGE DU PROCÈS, JUGE ASSIÉGÉ

Ad impossibilia nemo tenetur !⁷⁶⁷

397. Juge généraliste, professionnel et collégial, le juge du procès semble incarner le Graal du juge pénal, qui renoue ici avec une identité déterminée. Mais il faut immédiatement tempérer un enthousiasme immodéré face à cette entité parfaite, du moins sur papier glacé. En effet, chacune de ces affirmations primitives peut être contredite, et le juge processuel devenir à l’envi : un spécialiste, un profane, ou encore un juge unique. Cependant, cette polymorphie ne constitue pas nécessairement une tare, et s’apparente même à un avantage, tant elle manifeste une capacité d’adaptation salutaire face à un public hétérogène.

398. L’absence de bouleversement en profondeur des juridictions de jugement, et ce, en dépit des réformes successives en ce sens, donne le sentiment d’une certaine solidité du juge processuel. Qu’il s’agisse du niveau contraventionnel, correctionnel, ou criminel, le juge du procès serait ainsi hermétique à la révolution de ses fondements. Clairement identifiable malgré l’épreuve du temps, il ne renvoie pas l’image d’une mue fracassante, comme celle qui atteint le juge de l’enquête. Il est temps d’affirmer que le modèle présente bien, et répond globalement aux exigences fixées. Abstraction faite de la quête impossible d’une justice parfaite, le juge processuel offre au premier regard un niveau de satisfaction convaincant. Le consensus général quant à l’identité de juge pénal des juges du siège qui composent nos instances de jugement, en matière répressive, nous offre l’opportunité de percevoir ici un modèle éligible.

399. Pourtant, l’ombre portée sur le procès pénal devient envahissante, et laisse présager d’une nouvelle ère. Les mutations, peu visibles à l’extérieur, égratignent en

⁷⁶⁷ « Personne n’est tenue aux choses impossibles » (V. H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, *op. cit.*). Cette norme juridique apparaît à l’époque médiévale, et garantit qu’aucune des parties liées à un contrat ne peut être obligée d’exécuter une prestation impossible. Le proverbe est souvent rattaché à Saint Thomas d’Aquin, qui l’utilise fréquemment dans ses œuvres sous une forme moins juridique : *Nullus tenetur ad impossibile*.

réalité progressivement l'office du juge processuel. Malgré des caractéristiques propices à la longévité, le juge du procès révèle les premiers symptômes d'une transformation. Faisant fi de la saine physionomie du juge du procès, le législateur admet, par touches successives, une dégradation de ses pouvoirs. Tantôt, il accepte le dévoiement des qualités substantielles du juge processuel, tantôt, il organise le contournement de ses fonctions par l'intermédiaire d'un tiers, qui ne répond pas au modèle désigné. Il ne s'agit pas ici d'une infection fulgurante, mais bien d'une gangrène, qui ronge le juge insidieusement.

400. Assiégé, le juge du procès tente de se maintenir à sa place, en repoussant les manifestations les plus visibles du changement. Il n'en demeure pas moins que l'apparente stabilité du cadre qui l'entoure (Chapitre 1) ne suffit plus à masquer l'affaiblissement avéré de son identité (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UNE STABILITE APPARENTE

401. L'essence identitaire du juge du procès semble immuable. Il jouit d'une position confortable, préservée du séisme qui ébranle son homologue, au sein de l'enquête pénale. Les raisons de cette stabilité apparente résident vraisemblablement dans la sécurité du modèle présenté. Le juge processuel possède sans conteste les qualités substantielles d'un juge pénal.

402. D'abord, et essentiellement, son indépendance et son impartialité exemplaires en font « le bon élève » des injonctions européennes. Il ne souffre pas du soupçon qui entache le juge d'instruction, et n'est pas une simple caution, comme peut souvent le devenir le juge des libertés et de la détention. Son pouvoir est entier, sans être illimité, et dépourvu de toute subordination. Ici, l'autorité judiciaire retrouve ses lettres de noblesse, l'acte de juger étant déterminé par les arguments du débat judiciaire, sans pression ni préjugé.

403. Ensuite, il est ouvert à une vraie collégialité, qui s'exprime aussi bien en matière criminelle que correctionnelle. Sa réussite est sans doute liée au fait que la mesure est appliquée à bon escient, sans excès de zèle. Les échecs successifs des tentatives réalisées au stade de l'enquête, ou de la systématisation souhaitée en matière délictuelle, démontrent la nécessité du compromis. Le critère de la gravité de l'infraction, qui détermine ici la taille de la formation de jugement, semble être une piste intéressante. Mieux vaut une collégialité appliquée avec parcimonie que pas de collégialité du tout.

404. Enfin, son professionnalisme représente un gage supplémentaire de légitimité, mais qui ne le distingue pas des juges de l'enquête, tous bénéficiant de ce statut protecteur. À l'inverse, sa faculté à accueillir des juges non professionnels lui permet de répondre plus efficacement aux défis auxquels il se trouve confronté. Cependant, le rejet d'une intégration massive des juges non professionnels en son sein, qui se traduit notamment par la réforme avortée des tribunaux correctionnels, témoigne encore de

l'importance du dosage de ces mesures. Le secret du succès résulte dans l'ambition raisonnable qui est la sienne.

405. Au final, toute l'ingéniosité du système repose sur son aptitude à l'adaptation. Le juge du procès plie, mais ne rompt pas. Fort de son adéquation au modèle européen, il jouit d'une élasticité suffisante pour répondre à la multiplicité des besoins et circonstances rencontrées sans se départir de sa forme essentielle au gré des évolutions. Si cette souplesse instille un message rassurant à l'égard du procès pénal, elle n'agit en réalité qu'en superficie. Le dévoiement identitaire du juge pénal se dévoile discrètement, par l'étude attentive des rouages de ses fonctions. Il s'agit alors d'un trompe-l'œil, fort habile à cacher le siège qui encercle le juge à ce stade procédural.

406. L'organisation pyramidale du procès pénal, à la symétrie parfaite, est diamétralement opposée à celle qui régit chaque strate du dôme, à géométrie variable. Le juge pénal se caractérise par la diversité des profils proposés. Tantôt seul, tantôt équipier, assurant la publicité ou le secret, il peut être doté d'une solide formation ou d'une simple accréditation, détenir un haut degré de connaissance quant à un domaine précis, ou exercer des compétences de droit commun. Dans ce système modulable, la mixité du juge pénal apporte à la justice la plasticité nécessaire à son fonctionnement (Section 1). À cela, s'ajoute une multitude d'options quant à la forme du jugement, qui offre aux justiciables la flexibilité escomptée (Section 2). Il en ressort une image plutôt flatteuse du stade processuel, qui explique la faculté du juge à se tenir debout, bien qu'il s'agisse en réalité d'un décor artificiel, commençant à se déchirer.

Section 1 : La mixité des juges - une plasticité visible

« *Heureuses les nations chez qui la connaissance des lois ne serait pas une science* »⁷⁶⁸.

407. Confrontée aux errements les plus divers et variés de la société, la justice pénale doit être en mesure de répondre efficacement aux situations qui troublent l'ordre public.

⁷⁶⁸ C. BECCARIA, 1796, *Des délits et des peines*, trad. de l'italien par Ch. DE LISY, Paris, Champs-Flammarion, 1979, p. 62.

Le jugement en est le point d'orgue, puisqu'il décide de la réparation, ou non, de la cause soumise au tribunal. Ici, le juge pénal possède une admirable plasticité, en ce qu'il admet des dérogations à l'identité standard, sans la déformer frontalement. Dans un tel contexte, les mutations se réalisent en finesse, et avec parcimonie. D'une part, la possibilité de recourir à un juge citoyen dans des circonstances limitées participe à la valorisation du jugement, sans trop en alourdir la charge. Les mutations consenties s'intègrent aisément à un profil malléable (Paragraphe I). D'autre part, la spécialisation des juges dans certains contentieux, concourt à la virtuosité du jugement, tout en libérant le juge de droit commun d'un poids préjudiciable. Les transformations accordées se diluent facilement dans des compétences ajustables (Paragraphe II).

Paragraphe I – La valorisation du jugement - Un profil malléable

408. Pour la majorité des infractions, le recours à un juge professionnel présente l'avantage d'un jugement efficient, profitant de l'expérience pratique et théorique de ce dernier. Le juge profane n'intervient qu'en bout de chaîne, soit dans les cas les plus graves, en matière criminelle, soit dans les cas les moins graves, en matière contraventionnelle. Systématique dans le premier cas, l'intégration du juge citoyen est accompagnée par celui qui détient les connaissances juridiques indispensables à l'appréhension des infractions les plus attentatoires à notre législation. À l'inverse, le citoyen manœuvre seul lorsqu'il seconde le juge pénal dans le traitement des affaires de moindre importance. La formule est séduisante, car l'intervention du non professionnel au sein de la justice pénale est contenue dans un périmètre sagement délimité, bonifiant le jugement de sa popularité, aujourd'hui pourtant discutée (A) ou de sa proximité, à ce jour relativement contestée (B).

A) La popularité du juge, une qualité discutée

409. L'intégration du juge non professionnel au sein des juridictions de jugement affiche pour intérêt premier de conférer une légitimité démocratique à la décision. Pourtant, les révolutionnaires avaient davantage à cœur des considérations politiques, notamment la protection contre l'arbitraire des juges de l'Ancien Régime. Il n'est pas certain que ces motivations soient très différentes à l'heure d'aujourd'hui. Le juge

citoyen ne répond pas tant à un idéal de justice qu'à un droit de regard sur ceux qui la rendent en son nom. Dans ce contexte, il est intéressant de remarquer la survivance du jury criminel, qui corrige ponctuellement ses irrégularités aux principes européens (1) tout en fournissant un rempart au juge professionnel contre leur application trop stricte (2).

1. L'abandon d'une infaillibilité du jury criminel

410. Le jugement des infractions les plus graves, en France, est confié à une cour d'assises composée à la fois par des magistrats professionnels, et des citoyens tirés au sort parmi les listes électorales. Cette coopération perdure au fil des siècles, alors même qu'elle suscite des controverses. La clé du succès réside dans la malléabilité du juge processuel, qui a permis l'évolution du jury populaire sans générer sa révolution : « [...] ce modèle suit une inflexion ces dernières années. Le droit d'appel de l'accusé (2000) et la motivation des verdicts (2011) changent la perspective. Au nom des droits individuels, ces réformes déplacent le centre de gravité auparavant fondé sur l'équation "souveraineté populaire = infaillibilité du jury". On se félicite que le verdict ne soit plus souverain, indiscutable et immotivé. Mais sait-on bien au nom de quoi on l'a maintenu si longtemps ? »⁷⁶⁹. D'apparence stable, l'institution du jury se maintient, au prix de quelques concessions.

411. La première défaillance du jury d'assises, est liée à la conception philosophique attachée à son institution. La souveraineté du jury populaire, mode d'expression privilégié de la démocratie participative, a longtemps empêché toute remise en cause de ses décisions⁷⁷⁰. Cette position intenable au regard de nos engagements européens a fort heureusement été abandonnée grâce à la loi du 15 juin 2000⁷⁷¹. Le législateur a reconnu la faillibilité du jury populaire et œuvré avec succès à la mise en place d'une voie de recours en matière criminelle. Cette mutation du juge du procès est évidemment la bienvenue, puisqu'elle participe à réparer un « défaut »

⁷⁶⁹ D. SALAS, *La cour d'assises. Actualité d'un héritage démocratique*, La documentation française, 2016, p. 11.

⁷⁷⁰ Voir en ce sens : 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 G* n° 40, 4 oct. 2000, doct. 260.

⁷⁷¹ L'exercice d'un droit d'appel en matière criminelle représente l'apport majeur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Voir en ce sens : E. GUIGOU devant l'Assemblée nationale, *JOAN*, 25 mai 2000, p. 4633 et R. BADINTER devant le Sénat, *JO Sénat*, 30 mai 2000, p. 999.

identitaire du juge du procès. Si l'absence de professionnalisme du juge du procès peut être admise, elle doit au moins accepter de tempérer son jugement.

412. Le principe du double degré de juridiction, règle consacrée à l'article 2 paragraphe 1 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne, selon lequel : « toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi », n'interdit pas toute restriction du droit d'appel. Ainsi, la réserve émise par la France lors de sa ratification consistait à le limiter au pourvoi en cassation⁷⁷². A long terme, le seul contrôle de l'application de la loi ne pouvait pourtant suffire à satisfaire la voie de recours effective prônée par le droit européen⁷⁷³, et l'évolution est devenue indispensable pour conserver notre juge non professionnel aux assises. Après plusieurs amorces législatives⁷⁷⁴, la loi du 15 juin 2000 entérine le droit d'appel, mais uniquement des arrêts de condamnation, générant une inégalité manifeste avec les arrêts d'acquiescement, dont la contestation est alors exclusivement subordonnée au pourvoi en cassation. A partir du 1^{er} janvier 2001, l'appel des arrêts de condamnation est porté devant une autre cour d'appel, chargée de rejurer l'accusé. Selon l'expression consacrée, l'article 380-1 du code de procédure pénale prévoit ainsi un appel « circulaire » ou « tournant », confié à une cour d'assises d'appel, désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁷⁷⁵, qui juge à nouveau entièrement l'affaire. La qualité de « juridiction supérieure » exigée par la Convention européenne

⁷⁷² Ratifié par la France le 1er novembre 1988.

⁷⁷³ La réserve était de plus en plus critiquée au regard des engagements internationaux, à savoir le protocole 7, mais également l'article 14, § 5, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, voté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966. Voir notamment : « Réforme de la cour d'assises ? », avec la participation de F. COLCOMBET, S. CLEMENT-MAZETIER, S. PORTELLI, J. TOUBON et R. V. CATALAYUD, *Les Annonces de la Seine*, 27 mai 1999, n° 38.

⁷⁷⁴ Une succession de rapports et de projets ont ambitionné la création d'un appel criminel jusqu'à sa forme aboutie, avec la loi du 15 juin 2000 : Haut comité consultatif sur la procédure de jugement en matière criminelle, ronéo, avril 1996, p. 23. ; Projet de loi portant réforme de la procédure criminelle, n° 2938, Assemblée nationale, 26 juin 1996. et P. CLEMENT, Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale n° 3232, 10 déc. 1996 ; Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, n° 1079, Assemblée nationale ; Rapport C. JOLIBOIS au nom de la commission sénatoriale des lois, 10 juin 1999, n° 419 ; Rapport C. LAZERGES au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, 2 févr. 2000, n° 2136, p. 109 s. ; Rapport C. JOLIBOIS, 22 mars 2000, n° 283, p. 100 s. ; Rapport C. LAZERGES et C. JOLIBOIS au nom de la Commission mixte paritaire, 18 mai 2000, n° 2409 (Assemblée nationale) et 349 (Sénat), p. 22 et s.

⁷⁷⁵ La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale a modifié les articles 380-1 et 380-14 du code de procédure pénale, dans le but d'alléger la durée de la procédure. Désormais, il revient en principe au premier président de la cour d'appel de désigner la cour d'assises chargée de statuer en appel, la chambre criminelle n'intervenant qu'en cas de volonté de désigner une cour d'assises en dehors du ressort de la cour d'appel.

ne tient qu'au nombre de jurés augmenté⁷⁷⁶ mais qu'importe, l'objectif est rempli. À cet égard, Robert Badinter exprime avec lucidité la conformité de la réforme aux attentes européennes : « Je ne sais pas s'il s'agit à proprement parler d'un appel, d'un recours ou d'une deuxième chance, mais je sais, en tout cas, qu'il s'agit d'une autre possibilité juridictionnelle. Quelle que soit sa qualification juridique, pour les accusés et pour les condamnés, cela suffit »⁷⁷⁷. La réforme cerne bien là l'esprit de l'obligation imposée par la Convention, qui consiste à offrir au justiciable un droit au réexamen de la cause dans son intégralité⁷⁷⁸.

413. Toutefois, l'harmonie était encore troublée par l'absence d'égalité des armes entre le droit d'appel des arrêts de condamnation et son refus à l'encontre des arrêts d'acquiescement, exposant le juge du procès criminel à la condamnation européenne. Nul n'était dupe de l'ultime effort attendu, et ce, dès la promulgation de la loi : « ...nous pourrions sans doute l'améliorer à l'occasion d'autres réformes »⁷⁷⁹. Alors que le ministère public peut toujours interjeter appel des décisions de relaxe devant la chambre des appels correctionnels, la loi de 2000 lui refuse ce droit pour les arrêts d'acquiescement, se calquant sur l'interdiction similaire qui prévaut pour le pourvoi en cassation. Il faudra attendre deux ans⁷⁸⁰ pour que le législateur corrige cette dissonance, et replace le parquet sur un pied d'égalité avec l'accusé. L'article 380-2 du code de procédure pénale confie ce droit d'appel des arrêts d'acquiescement au seul procureur général, dans le souci d'une harmonisation des politiques pénales dans le ressort de la cour d'appel⁷⁸¹. La France s'abrite ici d'une condamnation inéluctable à la lecture de la jurisprudence européenne qui estime que l'égalité des armes : « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris

⁷⁷⁶ À l'origine, il existait douze jurés en appel, contre neuf en première instance. Depuis, la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs a réduit le nombre de jurés respectivement à six en première instance et neuf en appel.

⁷⁷⁷ *JO* Sénat 31 mai 2000, p. 33.

⁷⁷⁸ Malgré les critiques virulentes à l'encontre de ce choix législatif, la réforme est unanimement approuvée. Voir en ce sens H. TEMIME, « Appel des arrêts d'assises », *RSC*, 2001 p.83 : « Peu importe que certains considèrent que cet appel tournant est plus une seconde chance qu'un appel véritable. Ce qui compte, c'est d'accorder le droit d'être rejugé à tous ceux qui, à tort ou à raison, estimeront avoir été injustement condamnés. », ou encore J. PRADEL, « "L'appel" contre les arrêts d'assises : un apport heureux de la loi du 15 juin 2000 », *D.*, 2001 p.1964.

⁷⁷⁹ Propos tenus par E. GUIGOU, garde des Sceaux : *JOAN* 11 févr. 2000, p. 1007.

⁷⁸⁰ Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁷⁸¹ La justification est donnée par le rapporteur de la Commission des lois du Sénat : Rapp. Sénat n° 208, 2001-2002, p. 40. Également : « D'un point de vue juridique, cette impossibilité pour le parquet de faire appel des décisions d'acquiescement est difficilement compatible avec le principe de l'égalité des armes garanti par la Convention européenne des droits de l'homme au bénéfice de la défense, mais également au bénéfice du ministère public. », Rapport n° 3539 de M. Julien DRAY, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 janvier 2002.

ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁷⁸². Au final, et si certains auteurs soulèvent l'imperfection de la réforme⁷⁸³, l'instauration d'un droit d'appel en matière criminelle a sauvé le jury populaire d'une extinction probable, maintenant la mixité du juge du procès dans le jugement des crimes.

414. Le maintien du jury d'assises trouve un éclairage dans ses facultés de mouvement. L'instauration d'une voie de recours était une condition *sine qua non* pour le préserver, le mythe de son infaillibilité étant révolu. En contrepartie, il reste apparemment à sa place, comme le manifeste le plus significatif de la stabilité du juge du procès. La cohabitation entre juge professionnel et jury populaire, chère à la Nation française, doit ainsi sa pérennité à une harmonisation consentie au modèle européen, lequel suppose des ajustements réguliers.

415. La seconde défaillance du jury d'assises, et non des moindres, réside en l'encombrement des juridictions pénales en raison de la lourdeur administrative représentée par une telle procédure. À l'heure où la célérité est une exigence européenne, les systèmes juridiques nationaux doivent offrir au justiciable un délai de jugement acceptable. Si l'organisation des sessions d'assises est peu compatible avec la durée raisonnable exigée par l'article 5 paragraphe 3 pour les détentions provisoires et, de façon plus générale, pour la procédure judiciaire, par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention⁷⁸⁴, sa périodicité espacée⁷⁸⁵ la rend néanmoins possible, alors que l'introduction de juges non professionnels dans le quotidien des tribunaux est une utopie manifeste.

⁷⁸² CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, req. n°14448/88, série A, n° 274, S 33.

⁷⁸³ À ce titre, il est intéressant notamment de se pencher sur les propositions tendant à la création d'une juridiction d'appel strictement supérieure – au sens conventionnel - composée d'un nombre plus élevé de jurés, mais également de magistrats professionnels ayant un grade hiérarchique supérieur, comme c'est le cas en matière correctionnelle : « Le premier critère de la composition des juridictions criminelles tient donc à la mixité des magistrats au sein des deux instances. Le second critère tient à la différenciation des deux juridictions : la juridiction chargée du second examen des faits doit être supérieure à celle qui a statué en premier ressort, exigence requise tant de la part des magistrats que des jurés » (W. ROUMIER, « Pour en finir avec une réforme inachevée : à propos de l'appel des décisions en matière criminelle », *Dr. pén.* n° 10, oct. 2003, chron. 28).

⁷⁸⁴ Selon l'article 5, paragraphe 3 : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt 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. » ; l'article 6 paragraphe 1 énonce quant à lui : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable ».

⁷⁸⁵ Autrefois trimestrielle, la réunion de la Cour d'assises est désormais programmée « chaque fois qu'il est nécessaire », en vertu de l'article 236 du Code de procédure pénale (modifié par la loi n°2011-939 du 10 août 2011).

416. Le code de procédure pénale consacre, depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, cette exigence de célérité dans son article préliminaire, III, alinéa 4, aux termes duquel « il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable ». L'article 181, alinéa 8, du code de procédure pénale, s'acquiesce d'un tel engagement, puisque l'accusé détenu doit être remis en liberté s'il n'a pas comparu devant la cour d'assises à l'expiration d'un délai d'un an à compter soit de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue définitive, soit de la date à laquelle il a été ultérieurement placé en détention provisoire. Néanmoins, cette limite reste assez relative, étant donné les dérogations accordées à l'alinéa suivant. En effet, le législateur permet à la chambre de l'instruction de prolonger la détention avant l'audience pour une période de six mois renouvelable une fois, par une simple décision : « rendue conformément à l'article 144 et mentionnant les raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire »⁷⁸⁶. En clair, une simple motivation suffit à étirer le délai de jugement jusqu'à deux ans, ce qui est purement en contradiction avec l'exigence de célérité. La Cour européenne ne s'y trompe pas, et les condamnations de la France pour de tels manquements sont nombreuses⁷⁸⁷.

417. La lourdeur procédurale que suppose la mise en place d'un jury criminel est dénoncée par un certain nombre d'observateurs, qui s'interrogent en parallèle sur l'opportunité de la présence des jurés dans le prétoire criminel. Que l'on soit partisan d'une justice exclusivement scientifique ou à l'inverse, de son ouverture au juge non professionnel, il faut d'abord reconnaître la coloration politique, et non juridique, des arguments favorables à une thèse ou à une autre. Les jurés incarnent, en effet, comme le mentionne le magistrat Denis Salas dans son ouvrage consacré à la Cour d'assises, « un indomptable pouvoir du nombre aux yeux des tenants du pouvoir représentatif »⁷⁸⁸. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux condamnations européennes, pour le non-respect de cette même exigence de célérité, en l'absence de tout juge non professionnel. À titre d'illustration, les cinq arrêts rendus par la Cour

⁷⁸⁶ Art. 181, alinéa 9, du Code de procédure pénale.

⁷⁸⁷ Voir en ce sens : CEDH 13 déc. 2005, *Gosselin c. France*, req. n°66224/01 ; 8 oct. 2009, *Maloum c. France*, req. n° 35471/06 ; 8 oct. 2009, *Naudo c. France*, req. n° 35469/06.

⁷⁸⁸ D. SALAS, *La cour d'assises. Actualité d'un héritage démocratique*, La documentation française, 2016, p. 14. L'auteur reprend ici les mots de Pierre ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, NRF-Gallimard, 1992.

européenne le 26 janvier 2012 dans le cadre de l'affaire *Berasategi c. France*⁷⁸⁹, se fondent sur l'article 5 paragraphe 3, soit l'existence d'un délai raisonnable. La France est condamnée pour la durée excessive de mesures de détention provisoire exécutées entre l'ordonnance de mise en accusation et l'arrêt de la cour d'assises, dénonçant indirectement l'encombrement des juridictions criminelles. Ici, ce n'est pas l'instruction qui est mise en cause, la cour estimant que les prolongations successives des détentions provisoires sur le fondement des articles 143-1, 144-1 et 145-2 du code de procédure pénale n'étaient pas contraires aux exigences conventionnelles. En revanche, elle pointe du doigt : « la période d'inactivité imputable aux autorités judiciaires entre l'ordonnance de mise en accusation et l'arrêt de la cour d'assises spécialement composée », soit le délai de deux ans écoulé après l'instruction des dossiers, qui ne peut être justifié par l'encombrement de la juridiction. Or, la cour d'assises spécialisée en matière terroriste, dont il est question ici, est uniquement composée de juges non professionnels. Par ailleurs, la justice correctionnelle, elle aussi très encombrée, présente des manquements similaires, et les condamnations sont fréquentes⁷⁹⁰. Dès lors, il est audacieux de tenir le jury d'assises pour responsable de tous les maux dont souffre la justice pénale, et il faut admettre que le débat porte davantage sur une idéologie philosophique que sur une démonstration juridique⁷⁹¹. Non professionnel et lent, le juge criminel tend ici le bâton pour se faire battre.

418. Cependant, face aux détracteurs du jury populaire, et se sachant également dans le viseur du juge européen, les fidèles jouent l'apaisement. La grande loi sur la justice citoyenne du 10 août 2011⁷⁹², à côté de mesures bien plus impressionnantes, a décidé d'une composition allégée en jurés des cours d'assises. L'objectif annoncé était une réponse à l'exigence de célérité, ayant vocation à assurer l'efficacité et la crédibilité

⁷⁸⁹ CEDH, 26 janv. 2012, *Berasategi c. France*, req. n° 29095/09. Dans les mêmes circonstances, la Cour de cassation a jugé, sur le fondement de l'art. 5, § 3, de la Conv. EDH, que : « la chambre de l'instruction, ne pouvait justifier la mesure de prolongation de la détention à titre exceptionnel par les difficultés récurrentes de fonctionnement de la juridiction appelée à statuer au fond », dans une affaire où l'encombrement de la cour d'assises spécialement composée n'avait pas permis de faire comparaître l'accusé dans le délai d'un an, même prolongé exceptionnellement une première fois pendant six mois (Cass. crim., 2 sept. 2009, n° 09-83.949, *Dr. pén.* 2009, n° 11, comm. 145.).

⁷⁹⁰ Voir notamment : CEDH, 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi c. France*, req. n° 25444/94, Rec. 1999-II. Plus largement, la justice civile et la justice administrative font elles aussi l'objet de condamnations en cas de stagnation injustifiée dans l'organisation du procès, en l'absence de juges non professionnels : CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumont c. France*, req. n° 15287/89, A296-B ; 4 juin 1999, *Caillot c. France*, req. n° 36932/97.

⁷⁹¹ C. GIRAULT, « Encombrement du rôle des juridictions criminelles : chronique d'une réforme annoncée ? » *Dalloz actu.*, 14 fév. 2012.

⁷⁹² Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

de la justice⁷⁹³. En effet, le juge criminel est confronté à de nombreuses correctionnalisations judiciaires⁷⁹⁴, uniquement motivées par le souci de désencombrer la juridiction. Si « la violation délibérée de la loi par ceux qui ont le devoir de l'appliquer est la pire des situations possibles »⁷⁹⁵, le législateur se devait d'y remédier.

419. En parfait bouc émissaire, le jury a ainsi été réduit à six jurés lorsque la cour d'assises statue en premier ressort, et neuf quand elle statue en appel⁷⁹⁶. Antérieurement à la modification de l'article 296 par la loi du 10 août 2011, dont l'entrée en vigueur a été reportée au 1^{er} janvier 2012⁷⁹⁷, le nombre de jurés était de neuf en première instance et de douze en appel⁷⁹⁸. L'intention affichée par le projet de loi, qui prévoyait le remplacement du jury par deux citoyens assesseurs⁷⁹⁹, visait à l'accélération de la justice criminelle, notamment pour lutter contre la correctionnalisation des crimes. Parallèlement, la loi prévoit l'institution des citoyens assesseurs dans le jugement des délits. De fait, entre ces deux mesures poursuivant l'objectif d'améliorer la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale, la contradiction est flagrante. Le Conseil constitutionnel, dans l'examen qu'il a été amené à réaliser de la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, relève cette supercherie, qui sert davantage à masquer le réel motif de l'amputation du jury d'assises⁸⁰⁰. Comme le souligne un auteur, une explication plus tangible peut être trouvée dans la volonté de recycler les jurés de la

⁷⁹³ La jurisprudence européenne estime que le respect du délai raisonnable est un moyen de garantir l'efficacité et la crédibilité de la justice (CEDH, 24 oct. 1989, *H. c. France*, req. n° 10073/82, A162-A).

⁷⁹⁴ La correctionnalisation judiciaire consiste pour le juge d'instruction à retenir une qualification correctionnelle pour des faits susceptibles de relever de la juridiction criminelle. La pratique est consacrée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, qui érige, à l'article 186-3 du code de procédure pénale, le principe selon lequel elle est acceptée par les parties si elle n'a pas été contestée au moment du règlement de l'information. Si certains auteurs parlent de légalisation de la pratique, il est plus juste de considérer qu'elle a seulement été consolidée par le législateur, ce dernier opérant une neutralisation de l'irrégularité (A. DARSONVILLE, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Dr. Pén.*, Mars 2007, Étude, pp. 7-9 et J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, pp. 206 et s., n° 198 et s.).

⁷⁹⁵ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^{ème} édition, Armand Colin, 2002, p. 99, n° 128.

⁷⁹⁶ Art. 296, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale.

⁷⁹⁷ E. ALLAIN, « Jugement pénal : la nouvelle procédure », *Dalloz actu.*, 29 août 2011.

⁷⁹⁸ M. REDON, « Cour d'assises », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, septembre 2012 (actualisation novembre 2017), 176.

⁷⁹⁹ Le projet de loi avait imaginé la création de Cours d'assises composées de trois magistrats et de deux citoyens assesseurs pour juger les crimes passibles de quinze et vingt ans de réclusion criminelle, commis en l'absence de récidive. Les parties pouvaient s'opposer à cette compétence et demander le renvoi de leur affaire devant une formation traditionnelle de la Cour d'assises. Outre le fait que cette nouvelle composition était identique à celle du tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne, le Sénat a estimé que le dispositif proposé était trop complexe (E. VERGES, « La justice pénale citoyenne : derrière une volonté politique, l'élaboration d'une catégorie juridique. », *RSC*, 2011, 667).

⁸⁰⁰ Commentaire de la décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, p. 19 : « Elle était paradoxale dans ce projet de loi « sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale » puisqu'elle aurait conduit à ce que plus de la moitié (1 400) des affaires actuellement jugées en cour d'assises le soit par cette formation où les juges professionnels sont majoritaires. Jean-René LECERF a estimé qu'elle remettait en cause « la prépondérance des représentants du peuple dans le pouvoir de décision, à rebours de l'esprit qui anime le projet de loi » (Sénat, rapport n° 489, p. 31). ».

Cour d'assises en citoyens assesseurs dans la nouvelle configuration des tribunaux correctionnels⁸⁰¹. Ce reclassement est pourtant assez perturbant, puisqu'il devrait s'agir uniquement de corriger l'identité du juge pénal, et non de déplacer l'aspérité sur un autre terrain.

420. La surcharge des cours d'assises et la mauvaise gestion judiciaire des délais d'audience en matière criminelle continuent à être dénoncées, même avec un nombre de jurés inférieur⁸⁰². Le rapport du groupe de travail sur les délais d'audience des procédures criminelles, commandé par la chancellerie, a été remis en juin 2016, après consultation des chefs de cour, sans être rendu public, et n'a pas donné suite à une véritable réforme de la cour d'assises. Les propositions pour améliorer le rendement des cours d'assises ne font nullement référence à l'abolition du jury, et penchent plutôt pour l'allègement de la règle de l'oralité des débats⁸⁰³. Tout juste la loi du 3 juin 2016⁸⁰⁴ a-t-elle prévu la présence de jurés suppléants lors du délibéré, pour accélérer la procédure en cas d'empêchement des jurés de jugement de suivre les débats ou de prendre part à la délibération jusqu'au prononcé de l'arrêt de la cour d'assises. La mutation se révèle infime, et maintient le *statu quo*. Le juge criminel n'est pas devenu professionnel, et n'a pas véritablement gagné en rapidité. Les exigences professionnelles de recrutement, de formation et d'éviction qui poussent à la mutation du jugement des crimes ne sont pas rétablies. Cependant, la Cour d'assises, dans sa formation antérieure à la réforme, comme aujourd'hui avec son jury réduit,

⁸⁰¹ M. HUYETTE, « Les réformes de la cour d'assises », *D.* 2011, p. 2293 : « A aucun moment au cours des débats parlementaires cette modification n'a été accompagnée d'un argumentaire détaillé, seule la notion de simplification, incompréhensible en l'espèce, étant mise en avant. C'est pourquoi la tentation est forte de considérer que la véritable raison d'être de la réduction du nombre des jurés est de permettre à des citoyens ainsi dégagés du service de la cour d'assises d'aller siéger dans un « tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne » aux côtés des magistrats professionnels. Des arguments plus pertinents et découlant uniquement de l'analyse du fonctionnement de la cour d'assises telle qu'elle existait jusqu'à présent auraient été bienvenus, quand bien même cette juridiction continuera à fonctionner correctement avec trois jurés en moins. ».

⁸⁰² À ce propos : M. BABONNEAU, « La réforme des cours d'assises n'aura pas lieu », *Dalloz actu.*, 24 janv. 2017 : « Les cours d'assises sont surchargées, c'est ce qui est répété de manière lancinante. Encore faut-il savoir exactement ce à quoi cela fait référence et les causes d'une éventuelle embolie judiciaire. Le groupe de travail a d'abord travaillé sur les statistiques : on y apprend donc qu'entre 2005 et 2014, il y a eu un "déclin tendanciel sensible de l'activité des cours d'assises", passant de 2 990 arrêts rendus à 2 096. Parallèlement, le stock d'affaires en attente augmente de manière "très sensible et continue" à partir de 2011, passant de 1 934 dossiers à 2 321 en 2014. Il s'agit surtout des assises en appel. En revanche, le délai moyen d'audience reste stable. Il est d'environ 4,5 ans en première instance et de 1,61 an en appel. Enfin, "on comptait 2,9 jours d'audience pour un arrêt en 2010 contre 3,2 jours pour un arrêt en 2014". Partout, les dossiers avec accusés libres passent au second plan, "la priorité est en effet systématiquement donnée aux dossiers dans lesquels les accusés sont détenus". Logique, comme le rappelle le rapport, puisque le délai légal pour les détenus devant être jugés en première instance ne peut dépasser un an à compter de l'ordonnance de mise en accusation et ne peut excéder "le délai raisonnable" imposé par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) pour le procès en appel. ».

⁸⁰³ En permettant notamment aux assesseurs et aux jurés d'accéder au dossier, de la même façon que le Président de la cour d'assises.

⁸⁰⁴ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

fonctionne correctement. En somme, le jury n'est pas le facteur principal du ralentissement des audiences criminelles, et, dans un contexte de pénurie de magistrats, il est assez malvenu d'envisager la suppression d'un renfort non négligeable.

421. Le jury, en dépit des critiques qui lui sont régulièrement adressées, ne soulève pas de difficulté majeure. Il semble même qu'il remplisse sa mission, puisque les professionnels entendus estiment que la procédure criminelle donne satisfaction pour le jugement de la majeure partie des affaires soumises⁸⁰⁵. Il est donc assez paradoxal d'appeler à sa suppression, tout en promouvant un tel modèle au niveau délictuel. Comment les arguments dressés contre le jury ici peuvent-ils être repris en sa faveur ailleurs ? L'identité singulière du juge criminel reste en apparence relativement stable, tout en restant menacée de destitution. Le choix d'une procédure emblématique pour le jugement des crimes relève essentiellement d'une tradition juridique. Le jury est une institution stable, qui a su se moderniser sans perdre son essence, ce qui lui évite la disparition. Bien que son particularisme tende progressivement à s'estomper, la popularité du juge non professionnel continue de générer des exceptions aux règles du procès équitable.

2. La motivation imposée au juge criminel

422. Émanation du peuple souverain, pendant longtemps, la cour d'assises n'a donné aucune justification à ses décisions. Cette dispense, affirmée par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon laquelle les arrêts de cours d'assises : « ne comportent pas d'autres énonciations relatives à la culpabilité que celles qu'en leur intime conviction, les magistrats et jurés ont données aux questions posées sur la culpabilité conformément au dispositif de la décision de renvoi »⁸⁰⁶, était unique. Toute autre juridiction est en effet soumise à cette obligation de motivation, qui impose de rendre des comptes de ses décisions par écrit, afin de se préserver de l'arbitraire. Classiquement, la motivation prend la forme du syllogisme juridique, confrontant une

⁸⁰⁵ Circulaire du 11 mai 2017 relative à l'audiencement des procédures criminelles.

⁸⁰⁶ Ainsi, par arrêt du 30 avril 1996, la Cour de cassation avait déjà affirmé que : « l'ensemble des réponses, reprises dans l'arrêt de condamnation, qu'en leur intime conviction, magistrats et jurés ont donné aux questions posées conformément à l'arrêt de renvoi, tient lieu de motifs aux arrêts de cour d'assises statuant sur l'action publique » (*Bull. crim.* n° 181 ; *RSC*, 1996, 877, obs. DINTILHAC). Elle censure même les tentatives de cours d'assises relatant et analysant les circonstances de l'espèce (Cass. crim., 15 déc. 1999, 2 arrêts : *JurisData* n° 1999-004803 ; *JurisData* n° 1999-004802 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. 93, note A. MARON. - Cass. crim., 12 mars 2008 : *JurisData* n° 2008-043495).

situation de fait – *la mineure* –, au droit – *la majeure* –, pour expliquer la solution. La cour d’assises a échappé à une telle exigence jusqu’au 31 décembre 2011, date à laquelle le législateur a pris le parti de réduire – sans pour autant faire cesser – l’insécurité juridique née de ce blanc-seing. La juridiction criminelle présente ainsi, en surface, une identité répressive convenable. Pour autant, elle ne présente pas la qualité attendue par un juge pénal en matière de motivation.

423. Le message du juge européen – Le réveil n’a pas sonné à l’heure française, celui-ci ayant été activé par le juge européen, qui a condamné la Belgique par un arrêt *Taxquet c/ Belgique* du 13 janvier 2009⁸⁰⁷, considérant la non motivation des arrêts d’assises comme une violation de l’article 6 de la Convention. Parmi les deux arguments avancés par le requérant, la deuxième section de la Cour retient la méconnaissance du droit à un procès équitable en raison de l’absence de motivation du verdict d’assises rendu à son encontre. La position n’est pas nouvelle, comme le rappelle la Cour dans ce premier arrêt : « les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent. », tout en admettant que les circonstances puissent pondérer cette exigence⁸⁰⁸. Elle reconnaît d’ailleurs explicitement la dérogation accordée en présence d’un jury : « L’exigence de motivation doit aussi s’accommoder de particularités de la procédure, notamment devant les cours d’assises où les jurés ne doivent pas motiver leur intime conviction. »⁸⁰⁹, compensée par la précision des questions posées⁸¹⁰.

424. Néanmoins, cet arrêt marque un tournant en ce qu’il condamne l’État Belge par un raisonnement implacable à l’encontre du défaut de motivation. La Cour de Strasbourg signale d’ailleurs le renforcement de sa position en affirmant qu’elle est : « étroitement liée aux préoccupations du procès équitable car elle permet de préserver

⁸⁰⁷ CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, req. n° 926/05 : *Procédures*, 2009, n° 116, obs. FRICERO et n°172, obs. BUISSON ; *D.* 2009, jur. 1058, note J.-F. RENUCCI ; *JCP*, 2009, act., *Libres propos*, 200, par M.-L. RASSAT et 1, 143, n° 8, p. 37, obs. F. SUDRE ; *Gaz. Pal.* 14 mai 200, note Fr. DESPREZ ; *RFDA*, 2009, 677, étude L. BERTHIER et A.-B. CAIRE ; *RSC* 2009. 657, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. et proc.* 2009/5, *cah. proc. int.*, n° 14, p. 23, obs. FRICERO ; *JDI*, 2010. 966, note O. BACHELET.

⁸⁰⁸ Au considérant 40, la Cour européenne mentionne la prise en compte des spécificités liées à chaque affaire (arrêts *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne* du 9 décembre 1994, § 29 et § 27 respectivement, série A nos 303-A et 303-B et *Higgins et autres c. France* du 19 février 1998, § 42, Recueil 1998-I). Aussi, elle n’exige pas une motivation détaillée (arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, § 61, série A n° 288) et permet jusqu’alors la reproduction de la motivation de la décision de première instance (voir, *mutatis mutandis*, l’arrêt *Helle c. Finlande* du 19 décembre 1997, §§ 59-60, Recueil 1997-VIII et *Garcia Ruiz c. Espagne*, no 30544/96, [GC], § 26, arrêt du 21 janvier 1999, CEDH 1999-I).

⁸⁰⁹ Voir considérant 41.

⁸¹⁰ La Cour s’appuie notamment sur l’arrêt *Papon c. France* ((déc.) n° 54210/00, 15 nov. 2001) en estimant que les questions « formaient une trame sur laquelle s’est fondée sa décision » (cons. 42).

les droits de la défense. »⁸¹¹. Elle conclut à la violation de l'article 6 paragraphe 1, l'absence de motivation étant responsable d'un manque de transparence et d'un risque d'arbitraire, renforcé par l'oralité des débats, puisque le jury, comme en France, n'a pas accès au dossier : « Il est donc important, dans un souci d'expliquer le verdict à l'accusé mais aussi à l'opinion publique, au « peuple », au nom duquel la décision est rendue, de mettre en avant les considérations qui ont convaincu le jury de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et d'indiquer les raisons concrètes pour lesquelles il a été répondu positivement ou négativement à chacune des questions. »⁸¹². Dès lors, les réponses aux questions posées aux jurés doivent s'accompagner d'explications concrètes quant aux raisons qui les ont poussés à répondre positivement ou négativement. Le juge criminel se voit donc allouer une obligation de motivation allégée, ce qui ne provoque certes pas de mouvement identitaire majeur, mais participe quand même d'une mutation discrète de son profil.

425. L'affaire fera l'objet d'un second examen, un an plus tard, cette fois auprès de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme⁸¹³. L'inquiétude commence à gagner l'hexagone, sauvé de justesse par l'existence d'un second degré de juridiction en matière criminelle⁸¹⁴. Alors qu'elle maintient sa condamnation, la Cour se montre moins ferme sur les critères de la motivation, et défend le particularisme de l'institution du jury⁸¹⁵. Rassemblée dans sa formation solennelle, elle se contente ici de garanties procédurales minimales, puisque des questions précises soumises au jury suffisent à assurer la motivation dont doit bénéficier l'accusé : « Ces garanties procédurales peuvent consister par exemple en des instructions ou éclaircissements donnés par le président de la cour d'assises aux jurés quant aux problèmes juridiques

⁸¹¹ Au considérant 43, elle fonde cette évolution sur la base de l'arrêt *Zarouali c. Belgique* (req. n° 20664/92, décision de la Commission du 29 juin 1994, DR 78, p. 97).

⁸¹² Considérants 48, 49 et 50.

⁸¹³ CEDH, Grande ch., 16 nov. 2010, *Taxquet c. Belgique*, n°926/05 : *Gaz. Pal.*, 30 nov. 2010, note M. BOUGAIN ; *D.* 2010, 2841, obs. O. BACHELET et 2011, 47, note J.-F. RENUCCI et 48, note J. PRADEL ; *JCP* 2010, doctr. 1228, H. MATSOPOULOU et 1250, F. SUDRE ; *RSC* 2011/1, 214, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *JDI*, 2011, 1313, obs. O. BACHELET.

⁸¹⁴ La prise en compte de l'existence d'une voie de recours dans les circonstances permettant d'assouplir l'obligation de motivation est énoncée au Considérant 42, la France étant citée en illustration : « Dans sa jurisprudence, la Cour ne cesse d'affirmer que la motivation des décisions de justice est étroitement liée aux préoccupations du procès équitable car elle permet de préserver les droits de la défense. La motivation est indispensable à la qualité même de la justice et constitue un rempart contre l'arbitraire. Ainsi, certains Etats, à l'instar de la France, ont institué un double degré de juridiction pour les procès en assises ainsi que la mise en forme des raisons dans les décisions des juridictions d'assises. ».

⁸¹⁵ La France ne s'est pas privée d'intervenir en qualité de tiers pour défendre son modèle : « la Cour ne devrait pas étendre sa compétence à une harmonisation du droit interne des États parties, sous peine de désorganiser les systèmes juridiques, de porter atteinte à l'autorité de ses arrêts comme au jeu normal de la démocratie dans les États membres », ce qui n'a pas échappé au juge européen, lequel s'est protégé de la discorde en déclarant, après avoir reconnu la diversité des cultures juridiques, qu'il se gardait bien de : « remettre en cause l'institution du jury populaire. » (considérant 84).

posés ou aux éléments de preuve produits, et en des questions précises, non équivoques, soumises au jury par ce magistrat, de nature à former une trame apte à servir de fondement au verdict ou à compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury »⁸¹⁶. En outre, la Cour relativise à nouveau l'exigence de motivation à l'aune de l'existence d'un droit d'appel.

426. La frilosité du juge européen est dénoncée par de nombreux auteurs, lesquels évoquent « la demi-mesure » de la décision⁸¹⁷. D'ailleurs, la jurisprudence française ne va pas se priver pour en profiter et la Cour de cassation continuera un temps à se retrancher derrière le particularisme du jury d'assises pour retarder l'inévitable réforme qui se profile⁸¹⁸. La mutation serait ici bénéfique au juge du procès, au lieu du maintien d'une identité trouble. À moitié professionnel, se justifiant à peine, le juge criminel affiche une double personnalité, dont un versant seulement correspond au profil accepté. Alors que le premier arrêt *Taxquet c/ Belgique* avait provoqué stupeur et tremblements chez notre législateur, tout prêt à intégrer les recommandations du Comité Léger⁸¹⁹, la seconde intervention européenne dédramatise nettement la situation. L'alarme est pour autant enclenchée, et la mutation réclamée. Fort heureusement, la transition s'amorce doucement et la jurisprudence française évolue dans le sens de la conformité.

427. La réponse du juge national – La Cour de cassation ne réagit pas immédiatement, malgré l'importance du message européen. Le 14 octobre 2009⁸²⁰, elle considère cette absence de motivation toujours compatible avec la Convention européenne, et rejette le pourvoi de la requérante précisément fondé sur l'arrêt *Taxquet*. L'Assemblée plénière estime ici que l'information préalable de l'accusée quant aux charges retenues contre elle suffit à rendre le procès équitable. Ainsi, dès lors que : « sont reprises dans l'arrêt de condamnation les réponses qu'en leur intime conviction,

⁸¹⁶ Voir le considérant 92, fondé sur l'arrêt *Papon c. France* (CEDH, 15 nov. 2001, req. n° 54210/00).

⁸¹⁷ O. BACHELET, « Motivation des verdicts d'assises : la demi-mesure de la Cour européenne », *Dalloz actu.*, 25 nov. 2010.

⁸¹⁸ V. not. Cass. crim. 14 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 170 ; *D.* 2009, jur. 2778, note J. PRADEL ; *ibid.* 2473, édito F. ROME ; *ibid.* chron. 2545, obs. K. GACHI ; *ibid.* 2010. chron. 39, obs. A. LEPRIEUR, P. CHAUMONT et E. DEGORCE ; *AJ pén.*, 2009. 495, étude J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Dr. pénal.*, 2009, comm. 143, obs. A. MARONET, M. HAASET, *Crim.* 20 janv. 2010, *AJ pén.*, 2010, 245, obs. J.-B. PERRIER.

⁸¹⁹ Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, remis le 1^{er} septembre 2009, sous la direction de Philippe LEGER.

⁸²⁰ Cass. crim., 14 oct. 2009, n° 08-86.480, FP P+F ; *JurisData* n° 2009-049887 ; *Gaz. Pal.* 10 nov. 2009, note J.-F. RENUCCI ; *D.* 2009, 2545, obs. K. GACHI, 2778, note J. PRADEL et 2010, 39, chron. A. LEPRIEUR, n° 1 ; *JCP* 16 nov. 2009, n° 47, n° 451, p. 21, note H. MATSOPOULOU. – Confirmé le 20 janv. 2010, 4 arrêts : *Procédures* 2010, n° 129, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE et, pour les cours d'assises spécialement composées, le 15 juin 2011, n° 0987.135.

magistrats et jurés composant la cour d'assises d'appel, statuant dans la continuité des débats, à vote secret et à la majorité qualifiée des deux tiers, ont donné aux questions sur la culpabilité, les unes, principales, posées conformément au dispositif de la décision de renvoi, les autres, subsidiaires, soumises à la discussion des parties », elle estime « qu'ont été assurés l'information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats », ce qui lui permet de conclure que l'arrêt satisfait « aux exigences légales et conventionnelles invoquées ». Or, si le premier arrêt *Taxquet* tolère encore une motivation succincte, une rigueur renforcée est appliquée à la matière pénale : « La Cour considère que si l'on peut admettre qu'une juridiction supérieure motive ses décisions de manière succincte, en se bornant à faire sienne la motivation retenue par le premier juge, il n'en va pas forcément de même pour une juridiction de première instance, statuant au plus au pénal. »⁸²¹. Les chambres réunies de la Cour de cassation abordent dans un premier temps cet avertissement avec désinvolture et valident en guise de motivation la simple reprise, dans l'arrêt de condamnation, des réponses données aux questions posées sur la culpabilité, malgré leur caractère vague et abstrait⁸²². Le changement de cap aura lieu plus tard, la Cour de cassation acceptant enfin de transmettre deux questions prioritaires de constitutionnalité le 19 janvier 2011⁸²³.

428. Le Conseil constitutionnel se prononce le 1^{er} avril 2011⁸²⁴, au regard du principe d'égalité devant la loi et d'égalité devant la justice, du respect des droits de la défense et, plus largement, au regard du principe de légalité. Bien que les dispositions contestées aient déjà été déclarées conformes à la Constitution, le Conseil constitutionnel en accepte le réexamen à l'aune d'un changement de circonstances, qui résulte de l'intervention de la Grande chambre de la Cour européenne avec le second arrêt *Taxquet c/ Belgique*. Contre toute attente, les Sages ne prennent pas la mesure du

⁸²¹ Au considérant 44 de la décision (CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, n° 926/05).

⁸²² Pour la Haute juridiction, le principe du procès équitable est respecté, dès lors que l'intéressé a été préalablement informé des charges fondant l'accusation et a pu exercer librement ses droits de la défense et bénéficier de débats publics et contradictoires (Cass. crim., 14 oct. 2009, n° 08-86.480, FP P+F).

⁸²³ Forte de sa position, elle avait dans un premier temps refusé, les questions prioritaires de constitutionnalité ayant pour objet de contester la constitutionnalité des articles 349, 350, 353 et 357 du Code de procédure pénale, alors que la loi ne prévoit pas la motivation des arrêts d'assises : Cass. QPC, 19 mai 2010, 3 arrêts : *D.* 2010, 2236, chron. H. NICO. ; *RTD civ.* 2010/3, 508, obs. P. DEUMIER ; *RSC* 2011/1, 190, obs. B. DE LAMY. Voir également : Cass. crim., 4 juin 2010, n° 09-84.928, n° 09-85.359, n° 09-86.428, n° 09- 87.406 ; Cass. crim., 8 juill. 2010, n° 09-87205 ; Cass. crim., 9 juill. 2010, n° 09-88.414, *Cah. Cons. const.*, 2011, 236, obs. M. DISANT, n° 09-87.297.

⁸²⁴ Décision n° 2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre* et Commentaire, *Cah. Cons. const.*, 2011.

changement et rendent une décision peu audacieuse⁸²⁵. Rejetant la valeur constitutionnelle de l'obligation de motivation, à laquelle ils reconnaissent une simple valeur légale, puisque le législateur participe de cette façon à exclure l'arbitraire⁸²⁶, ils n'incitent pas à une véritable remise en question et se rangent derrière la timide décision européenne. Le Conseil se montre même encore moins courageux, puisqu'il avalise le système en place, en observant simplement l'impératif de précision des questions posées, alors que le juge européen met l'accent sur la nécessité d'un aménagement législatif. Cette mise en retrait, déjà observée à l'occasion des décisions concernant l'inconventionnalité de la garde à vue, relativise le rôle que devrait jouer la question prioritaire de constitutionnalité quant à la protection des droits et libertés fondamentaux. Il reporte ainsi le fardeau sur le législateur⁸²⁷, dont l'intervention est l'ultime recours avant une nouvelle sanction du juge européen, qui ne manquera pas d'affermir sa position en l'absence de toute réaction nationale.

429. La motivation de la décision aménagée – Ainsi, le maintien du juge criminel est au prix d'un nouveau compromis, et le temps où la raison des jurés prenait le pas sur le raisonnement juridique semble révolu⁸²⁸. Certes, l'exigence de motivation n'est pas évidente à agencer avec l'organisation des assises, où l'opinion de douze à quinze personnes doit être conciliée, sur l'unique base des débats oraux. La décision de la Cour d'assises se présente sous la forme de questions rédigées par son Président, auxquelles les jurés répondent soit par « oui », soit par « non ». Formellement, ces questions sont encadrées, non seulement par l'article 593 du code de procédure pénale, qui envisage le contrôle de la Cour de cassation, mais également par les articles 349 à 351, qui leur imposent d'être précises. Pour autant, la cour n'explique pas la raison d'être des

⁸²⁵ En ce sens : J.-B. PERRIER, « D'une motivation à l'autre », *D.*, 2011 p. 1156.

⁸²⁶ Pour une explication détaillée : « L'obligation de motivation est un exemple de ces garanties légales permettant de satisfaire à l'exigence constitutionnelle d'exclusion de l'arbitraire, mais n'est pas en soi un principe de valeur constitutionnelle » A. CAPPELLO, « L'absence de motivation des arrêts des cours d'assises et le conseil constitutionnel n'est pas une fin, elle est un moyen au service d'une fin. L'obligation de motivation n'a pas valeur constitutionnelle, elle ne bénéficie que d'une protection constitutionnelle indirecte par l'intermédiaire de l'exigence constitutionnelle d'exclusion de l'arbitraire, à l'image du droit au double degré de juridiction dont la protection constitutionnelle indirecte repose sur le principe d'égalité inscrit dans la Constitution. Dès lors, le législateur peut fort bien déroger à l'obligation de motivation. » (V. « L'absence de motivation des arrêts des cours d'assises et le conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2011, p. 361).

⁸²⁷ Le Conseil constitutionnel écrit le dernier épisode d'une saga jurisprudentielle à rebondissement : « En attendant de pouvoir examiner la question, notons que chacun pourra se prévaloir d'avoir apporté sa pierre à la construction des nouvelles dispositions sur la motivation des arrêts d'assises : la CEDH en deux arrêts, l'un exigeant et l'autre conciliant, la Cour de cassation en posant la question constitutionnelle, le Conseil constitutionnel en posant les règles d'un équilibre que le législateur pressé de réformer ne peut maintenir qu'en changeant la donne : la motivation des arrêts d'assises après avoir été si longtemps repoussée, voire exclue devient urgente et facile » : J. DANET, « La motivation des arrêts de cour d'assises ou l'étrange avènement d'une réforme par d'obscurs chemins de la jurisprudence », *RSC*, 2011 p. 423.

⁸²⁸ V. l'opinion de M. A. DAMIEN lors de la discussion du projet de loi de réforme de la procédure criminelle in CNB, Rapport sur la réforme de la procédure criminelle, AG, 10 juill. 1999.

réponses. Non professionnel, le jury propose un seuil de garanties moindre que le juge pénal classique, dont la compétence et les capacités sont présumées. L'on pourrait donc exiger des explications supplémentaires, afin qu'il apporte la preuve de son aptitude à juger. À l'inverse, il lui est permis de se dégager de toute démonstration de la qualité de ses décisions.

430. Le principal obstacle à l'adjonction de motifs aux décisions criminelles est lié au concept de l'intime conviction. Pourtant, s'il veut maintenir son juge criminel en la forme, le législateur ne peut plus se cacher derrière un tel prétexte⁸²⁹. L'identité perturbée du juge criminel a donc généré une mutation, qui lui offre une apparence plus acceptable, sans le refondre totalement.

431. Jusqu'au 1^{er} janvier 2012, l'article 353 du code de procédure pénale disposait : « La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : "Avez-vous une intime conviction ?" ». Or, comme le soutient le Professeur Delmas-Marty, cette voie ne devrait pas légitimer l'arbitraire, l'intime conviction : « ne constituant pas un mode de preuve, mais une méthode d'appréciation des preuves produites devant le juge, ce qui signifie que le juge pénal ne peut condamner au seul motif qu'il a l'intime conviction de la culpabilité de l'accusé. »⁸³⁰. À ce titre, l'intime conviction n'empêche pas le juge correctionnel de motiver⁸³¹, alors que les peines encourues sont moins graves et que son professionnalisme inspire davantage confiance⁸³². En outre, l'Italie ou l'Espagne,

⁸²⁹ Le juge constitutionnel s'étant quant à lui reposé sur cette excuse : « Posant comme axiome que la découverte d'un crime relève de l'intuition de tout citoyen, la décision du 1er avril 2011 du Conseil constitutionnel revient à prêter à la cour d'assises des talents divinatoires et à faire de l'intime conviction une sorte d'oracle. Les jurés seraient-ils extralucides ? » : O. BACHELET, « Motivation des verdicts d'assises : paradoxe et divination », *Gaz. Pal.*, 5 avr. 2011, n° 95, p. 19.

⁸³⁰ M. DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », in *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 23, PUF, avr. 1996.

⁸³¹ Art. 427, al. 1^{er}, 485 et 593, du Code de procédure pénale.

⁸³² Les juges professionnels sont réputés moins enclins à « faire du sentiment au lieu de faire de la justice » (R. et P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, Sirey, 1907, t. 1, n° 262).

notamment, concilient l'institution du jury et l'exigence de motivation⁸³³. De fait, l'apparition de juges fugaces au sein du prétoire, au lieu d'un juge répressif formé et éprouvé, devrait être compensée par de solides arguments, qui démontreraient ainsi leur compétence à rendre la justice. Ressentir intimement le bien-fondé d'une déclaration de culpabilité, ou celui d'un acquittement, n'est pas incompatible avec l'expression juridique de cette émotion.

432. Enfin, cette motivation elliptique est contradictoire, et nuisible, au droit d'appel instauré en matière criminelle depuis l'an 2000. Il semble en effet incohérent d'espérer la juste appréciation d'un arrêt par l'exercice d'un recours privé de toute connaissance de l'argumentation ayant emporté la conviction du premier juge.

433. S'il ne veut pas disparaître, le jury populaire ne doit plus servir au contournement des droits fondamentaux. La loi du 10 août 2011⁸³⁴ en prend son parti, validant la thèse selon laquelle : « l'intime conviction ne s'oppose pas à la motivation ; en outre, toute décision motivée n'exclut pas l'intuition. »⁸³⁵. L'identité du juge criminel est ainsi sauvée par le législateur, qui conserve sa singularité, tout en lui imposant un cadre. Il s'agit indéniablement d'une mutation plus visible, mais elle permet surtout, par ricochet, d'éviter une révolution.

434. Plusieurs choix s'offraient au législateur : *a minima*, il était possible de prévoir un simple renforcement du degré de précision des questions posées⁸³⁶. Mais il n'était pas certain que le juge européen s'en contente à long terme et la *vox populi* aurait été à nouveau menacée. À l'opposé, la suppression du jury d'assises avait pour double avantage de permettre une motivation traditionnelle tout en déplaçant les jurés auprès des tribunaux correctionnels, désormais investis par les citoyens⁸³⁷. La loi a finalement opté pour une solution intermédiaire : la motivation élaborée par les magistrats

⁸³³ A. LE QUINIO et A. MAURIN, « La constitutionnalité des verdicts non motivés », *LPA*, 27 juill. 2011, n° 148, pp. 15-22.

⁸³⁴ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

⁸³⁵ H. MATSOPOULOU, « Faudrait-il motiver les arrêts de la cour d'assises ? », *JCP G*, n° 47, 16 nov. 2009, 456.

⁸³⁶ En ce sens : F. DESPREZ, « Droit à un procès équitable et défaut de motivation d'un arrêt d'assises » : *Gaz. Pal.*, 14 mai 2009, p. 11. Également, une tentative jurisprudentielle appliquant cette exigence de précision, conformément au souhait européen formulé par le premier arrêt *Taxquet c/ Belgique* : C. assises Pas-de-Calais, 24 nov. 2010.

⁸³⁷ Ce « déplacement » du jury est par exemple avancé par J. SIMON-DELCROS, « Cour d'assises levez-vous » : *Gaz. Pal.*, 14 mai 2009, p. 3.

professionnels est validée par le jury, ce qui a le mérite de l'efficacité⁸³⁸. L'article 365-1 du code de procédure pénale introduit donc une motivation des verdicts d'assises, par le biais d'une « feuille de motivation », renseignée aussi bien en cas de condamnation que d'acquittement⁸³⁹. Par cette nouvelle disposition, le Président ou l'un des assesseurs est chargé, soit « de mentionner les principaux éléments à charges » sur lesquels est fondée la condamnation, soit, et même si cela n'est pas précisé par le texte, d'indiquer l'incertitude attachée aux éléments à charge, en cas d'acquittement. Un commentateur remarque qu'il ne s'agit pas ici d'une motivation au sens traditionnel du terme, mais davantage « d'un compte rendu des délibérations »⁸⁴⁰. Cependant, même si les explications sont partielles, elles apportent une amélioration significative à la procédure criminelle. La compliance du modèle criminel aux standards européens permet ainsi la préservation de sa mixité. A partir du 1^{er} janvier 2012, l'article 353 du code de procédure pénale intègre cette motivation allégée des verdicts de cour d'assises, l'intime conviction étant désormais entendue « sous réserve de l'exigence de motivation de la décision ».

435. La motivation de la sanction concédée – Restait un dernier bastion de résistance, qui vient de céder aux sirènes européennes. Il eut d'ailleurs été naïf de percevoir la réforme de 2011 comme un aboutissement, alors qu'elle ne constituait qu'une étape dans un processus plus ambitieux. Le contrôle dynamique exercé par la Cour européenne ne pouvait se satisfaire à long terme d'une motivation excluant la sanction. La mise en garde n'est pas nouvelle, et cinq arrêts rendus par la Cour européenne le 10 janvier 2013⁸⁴¹ portaient déjà le souffle d'une évolution. S'il n'était alors question que de préciser la nature du contrôle exercé par le juge européen, il était loisible d'imaginer qu'il en ferait bon usage. Tout en validant la réforme législative intervenue depuis sa saisine⁸⁴², le juge strasbourgeois reste prudent et indique que :

⁸³⁸ Il s'agit notamment de ce que prévoit le Projet de loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, présenté en Conseil des ministres le 13 avril 2011.

⁸³⁹ Le projet de loi prévoyait cette feuille de motivation uniquement en cas d'arrêt de condamnation. Elle est étendue aux arrêts d'acquittement lors de l'examen de la loi devant le Sénat (v. Rapport n° 489 (2010-2011) de M. Jean-René LECERF, fait au nom de la commission des lois, déposé le 4 mai 2011 : amendement déposé au cours des débats relatifs à l'article 7).

⁸⁴⁰ D. SCHAFFHAUSER, « Comprendre sans se méprendre », *AJ pén.*, 2012 p. 32 : L'auteur rappelle qu'habituellement, ce qui constitue « un défaut de réponse à conclusion », c'est à dire le non-respect de l'obligation de répondre à tous les moyens soulevés par les parties, entraîne la nullité.

⁸⁴¹ CEDH, 5e sect., 10 janv. 2013, *Agnelet c/ France*, req. n° 61198/08.; CEDH, 5e sect., 10 janv. 2013, *Fraumens c/ France*, req. n° 30010/10 ; CEDH, 5e sect., 10 janv. 2013, *Legillon c/ France*, req. n° 53406/10 ; CEDH, 5e sect., 10 janv. 2013, *Oulahcene c/ France*, req. n° 44446/10 ; CEDH, 5e sect., 10 janv. 2013, *Voica c/ France*, req. n° 60995/09.

⁸⁴² La Cour : « prend note de la réforme intervenue (...) qui prévoit dorénavant une motivation de l'arrêt rendu par une cour d'assises dans un document appelé « feuille de motivation » (...). Aux yeux de la Cour, une telle réforme semble donc, a priori

« dans la mesure où le contrôle opéré par le juge européen ne procède pas de la simple constatation de l'existence ou non de la feuille de motivation, mais d'une analyse concrète des garanties offertes au condamné, il n'est pas assuré que la feuille de motivation satisfasse nécessairement le standard européen. »⁸⁴³. Ainsi le contrôle *in concreto* exercé par le juge européen n'allait pas tarder à s'abattre sur l'absence totale de motivation de la peine, à commencer par celle qui prévaut en matière correctionnelle et contraventionnelle.

436. En effet, si la cour d'assises a tardé à justifier ses décisions, la concession accordée étant assez relative, et incomplète⁸⁴⁴, elle partage avec les autres juges du procès le refus d'accompagner la peine de toute explication. Il semblerait qu'il s'agisse d'une réticence habituelle de nos juridictions, l'hostilité déclenchée par la motivation étant assez classique. À ce titre, certains dénoncent la mascarade qu'elle représente dans la réalité des tribunaux correctionnels, qui se contentent parfois de recopier l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction, ou encore, d'une motivation factice, ajoutée après le délibéré, lorsque le prévenu interjette appel⁸⁴⁵. En matière de crimes, la feuille de motivation, après six années d'application, donne des résultats plutôt concluants⁸⁴⁶. Surtout, elle a permis de surmonter l'obstacle du jury criminel, et d'ouvrir la voie à une motivation plus large, malgré la réticence initiale du législateur, qui excluait toute justification de la peine dans la circulaire de présentation de la loi de 2011 : « l'objet de la réforme est de permettre à l'accusé condamné de connaître les principales raisons pour lesquelles il a été déclaré coupable, mais non pas de lui permettre de connaître les raisons ayant conduit la cour d'assises à prononcer telle ou telle peine »⁸⁴⁷. Assiégé, le jury criminel échappe à la mutation identitaire en acceptant la motivation de ses décisions.

susceptible de renforcer significativement les garanties contre l'arbitraire et de favoriser la compréhension de la condamnation par l'accusé », CEDH, 10 janv. 2013, préc., *Agnelet c/ France*, § 72.

⁸⁴³ A. VEY, « Motivez, Motivez ! », *Gaz. Pal.*, 29 jan. 2013, n° 29.

⁸⁴⁴ Les cours d'assises spéciales, composées uniquement de magistrats professionnels, ne sont toujours pas soumises à cette exigence du procès équitable.

⁸⁴⁵ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, op. cit., p. 185, n° 177.

⁸⁴⁶ C. BESNIER, *La vérité côté cour. Une ethnologue aux assises*, éditions La Découverte, 2017 ; C. GISSINGER-BOSSE, *Être juré populaire en cour d'assises, faire une expérience démocratique*, éditions Fondation maison des sciences de l'Homme, 2017.

⁸⁴⁷ Circ. 15 déc. 2011 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs relatives à la cour d'assises applicables au 1er janvier 2012.

437. La transparence, à l'égard de la décision relative à la peine, a d'abord été imposée au juge correctionnel, avec la loi du 15 août 2014⁸⁴⁸, qui exige, outre l'individualisation systématique de toute peine, la motivation des peines d'emprisonnement ferme⁸⁴⁹. Un revirement de jurisprudence de la chambre criminelle, le 1^{er} février 2017, alourdit considérablement la motivation délictuelle, en imposant que l'ensemble des peines prononcées, principales ou complémentaires, soient l'objet d'une telle démonstration⁸⁵⁰. Dès lors, l'incohérence affichée entre ces deux niveaux du procès pénal n'était plus soutenable et impliquait un alignement de la juridiction criminelle. Pourtant, la Cour de cassation reste fermement campée sur ses positions, et va jusqu'à interdire, par trois arrêts du 8 février 2017, une quelconque motivation de la peine criminelle. Cette position tranchée, et contre-productive, se fonde sur une interprétation stricte des articles 362 et 365-1 du Code de procédure pénale, totalement silencieux sur la question : « en l'absence d'autre disposition légale le prévoyant, la cour et le jury ne doivent pas motiver le choix de la peine qu'ils prononcent dans les conditions définies à l'article 362 du code de procédure pénale »⁸⁵¹. Dès lors, la Cour de cassation se trouve dans une situation quelque peu indécente, puisqu'elle inflige la nullité à toute motivation des peines criminelles, tout en sanctionnant l'absence de motivation des peines correctionnelles.

438. Le contraste qui en résulte est saisissant, et le paradoxe injustifiable⁸⁵². La chambre criminelle ne pourra plus refuser la transmission d'une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité sur un tel fondement, alors qu'elle y avait mis un veto catégorique en 2013 : « l'absence de motivation des peines de réclusion criminelle et d'emprisonnement prononcées par les cours d'assises, qui s'explique par l'exigence d'un vote à la majorité absolue ou à la majorité de six ou de huit voix au moins lorsque le maximum de la peine privative de liberté est prononcé, ne porte pas atteinte au droit à l'égalité devant la justice garanti par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les personnes accusées de crime devant les cours

⁸⁴⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

⁸⁴⁹ Respectivement : art. 132-1 et 132-19 al. 2, du Code de procédure pénale.

⁸⁵⁰ Cass. crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-83.984, *Dalloz actu.*, 16 févr. 2017, obs. C. FONTEIX ; 1^{er} févr. 2017, n° 15-85.199, *Dalloz actu.*, 16 févr. 2017, obs. S. FUCINI ; 1^{er} févr. 2017, n° 15-84.511, *Dalloz actu.*, 15 févr. 2017, obs. S. LAVRIC.

⁸⁵¹ Cass. crim. 8 févr. 2017, nos 15-86.914, 16-80.389, 16-80.391, *Dalloz actu.*, 21 févr. 2017, obs. S. FUCINI ; *D.* 2017, 1557, chron. G. GUEHO, E. PICHON, B. LAURENT, L. ASCENSI et G. BARBIER ; *ibid.* 1676, obs. J. PRADEL.

⁸⁵² Pour une critique en ce sens : D. DE BECHILLON, « Motivation des jugements, donner l'exemple », *AJDA* 2018, p. 391 et D. GOETZ, « QPC : les cours d'assises devront motiver les peines qu'elles prononcent » (Cons. const. 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC), *Dalloz actu.*, 6 mars 2018.

d'assises étant ainsi dans une situation différente de celles poursuivies devant le tribunal correctionnel ». La décision du Conseil constitutionnel, rendue le 2 mars 2018⁸⁵³, achève donc cette longue saga, en imposant cette fois au juge criminel de rendre compte, non plus seulement sur la culpabilité, mais aussi sur la peine. Saisis d'une atteinte aux principes de nécessité et de légalité des peines, au principe d'individualisation des peines, au droit à une procédure juste et équitable, aux droits de la défense et au principe d'égalité devant la loi et devant la justice, les sages ont enfin confirmé l'inconstitutionnalité de l'article 365-1 : « le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de cette déclaration, implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce.

439. Ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine ». Différant cette abrogation au 1er mars 2019, le juge constitutionnel a prévu, à titre transitoire « qu'il y a lieu de juger, pour les arrêts de cour d'assises rendus à l'issue d'un procès ouvert après cette date, que les dispositions du deuxième alinéa de l'article 365-1 du code de procédure pénale doivent être interprétées comme imposant également à la cour d'assises d'énoncer, dans la feuille de motivation, les principaux éléments l'ayant convaincue dans le choix de la peine »⁸⁵⁴. La loi du 23 mars 2019⁸⁵⁵ vient de prendre quant à elle une forme de relais, en prévoyant à l'alinéa 2 de l'article 365-1 que la motivation consiste « également dans l'énoncé des principaux éléments ayant convaincu la cour d'assises dans le choix de la peine, au vu des éléments exposés au cours de la délibération prévue à l'article 362. ».

440. À terme, il demeure permis de douter du résultat réel de cette motivation puisque le législateur persiste à viser « les principaux éléments » qui ont fondé la décision. Deux options seront ainsi ouvertes, la chambre criminelle pouvant encore à l'avenir se contenter des grandes lignes – ces fameux « éléments principaux » toujours mentionnés –, ou bien exiger une justification plus aboutie, qui repose sur les critères posés par l'article 132-1 du Code pénal. En effet, l'individualisation de la sanction exige qu'elle

⁸⁵³ Cons. const. 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC.

⁸⁵⁴ Au considérant 13.

⁸⁵⁵ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

soit prononcée en fonction des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur, et de sa situation matérielle, familiale et sociale. En somme, le guide d'une motivation utile et pertinente. La peine étant rarement un choix partagé par l'ensemble de la cour, mais l'objet d'un consensus⁸⁵⁶, la forme de cette motivation interroge au-delà des considérations techniques. Ainsi, comment justifier du nombre d'années de réclusion décidé lorsqu'il s'agit par exemple du vote d'un seul juré, auquel les autres ont été obligés de se conformer pour parvenir à la majorité de cinq, ou sept votes, en première instance et en appel ? Épineuse, la question de la motivation permet une mutation salvatrice du juge criminel mais reste fragile. Encore une fois, cette motivation sera peut-être un peu superficielle, mais l'objectif poursuivi est ailleurs, puisqu'il s'agit ici de donner à la cour d'assises les couleurs du procès équitable : « Ces mutations de la cour d'assises soulignent à quel point une institution hautement répressive est pensée désormais sous l'angle du procès équitable. Sa légitimité démocratique est double. La première lui vient de son origine. Cette juridiction est ancrée dans le refus d'une justice arbitraire et, pour cela même, refondée dans la représentation populaire. Tantôt elle a été le moyen de contrebalancer la puissance des juges, quand le pouvoir politique s'en méfiait. Tantôt, dans un temps où on déplorait sa sentimentalité, le rôle du jury a été atténué au profit de celui des magistrats que l'on estimait plus "sûrs". Malgré tout, l'alliance des citoyens et des juges restent le théâtre par excellence d'une justice démocratique. La vitalité du jury est le signe d'une démocratie où les citoyens veulent participer davantage aux décisions qui les concernent. C'est pour eux l'occasion de s'impliquer dans le jugement de leurs semblables. Le jury demeure l'institution d'essence étatique la plus organiquement démocratique »⁸⁵⁷.

441. Malgré sa refonte permanente, le jury ne semble toujours pas en sécurité, mais simplement en sursis. Le 3 mars 2018, notre ministre de la justice avait annoncé l'expérimentation d'une cour criminelle, uniquement composée de magistrats professionnels, pour les crimes les moins graves⁸⁵⁸, dont la concrétisation vient d'être

⁸⁵⁶ Lorsque l'accusé est reconnu coupable, la cour doit délibérer sur la peine. Celle-ci est définitivement fixée lorsque 5 jurés au moins sur les 9 parviennent à un vote identique. Généralement, si la majorité n'est pas atteinte sur une peine identique, la peine la plus lourde et la peine la plus clémente sont éliminées. Un nouveau vote est organisé, et cette opération se réitère jusqu'à obtenir les 5 votes identiques. Par conséquent, la peine finalement retenue n'est pas nécessairement l'expression d'un choix commun, mais plutôt d'un compromis.

⁸⁵⁷ D. SALAS, *La cour d'assises. Actualité d'un héritage démocratique*, La documentation française, 2016, pp. 342-343.

⁸⁵⁸ Art. 63 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

assurée par la loi du 23 mars 2019⁸⁵⁹. Cette nouvelle instance judiciaire, qui concerne les crimes passibles de quinze à vingt ans de réclusion, et dont le but est de désengorger les cours d'assises et de limiter la détention provisoire, sera testée pendant trois ans, à compter du 1^{er} septembre 2019. La chancellerie estime que plus de la moitié des affaires jugées aux assises pourraient y être soumises en cas de généralisation⁸⁶⁰ : le jury serait donc évincé du jugement de la majorité des affaires criminelles. Encadrée par un arrêté du ministère de la Justice du 25 avril 2019⁸⁶¹, cette expérimentation est strictement réservée aux personnes majeures, ayant commis un crime puni de quinze ans ou de vingt ans de réclusion et se limite à quelques départements. En conclusion, la longévité de ce modèle, conçu originellement comme une justice temporaire, tient à sa rénovation constante : « La permanence en droit français d'une Cour d'assises mixte suppose que derrière une apparence structurelle inamovible le législateur l'adapte constamment aux exigences de la procédure pénale. »⁸⁶².

442. Il ne saurait toutefois subsister que s'il est encadré par des magistrats professionnels. Le projet de loi pour la confiance judiciaire a bien essayé de remplacer l'un d'eux par un avocat honoraire exerçant des fonctions juridictionnelles. Compétent pour siéger en qualité d'assesseur de la cour d'assises et de la cour criminelle, ce nouveau magistrat non professionnel devait ainsi participer à restaurer la confiance des citoyens envers la justice criminelle : « A titre de renfort complémentaire au profit des juridictions, il est également prévu d'instituer un nouveau juge non-professionnel, l'avocat honoraire exerçant des fonctions juridictionnelles, ce qui permettra d'apporter une réponse supplémentaire au besoin d'assesseurs en matière criminelle. La présence d'un avocat honoraire dans la composition de jugement vise également à restaurer la confiance de nos concitoyens dans la Justice. Cette ouverture supplémentaire de la composition des formations de jugement des crimes confortera le sentiment que la Justice mêle de nombreuses expériences professionnelles, spécialement celles

⁸⁵⁹ Article 63 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

⁸⁶⁰ Les Chantiers de la justice, Dossier de presse du 9 mars 2018.

⁸⁶¹ Arr., 25 avr. 2019, NOR : JUSD1912083A, JO 26 avr. 2019.

⁸⁶² D. DURANÇON, *La Cour d'assises : une juridiction séculaire et atypique en perpétuelle quête de rénovation*, Thèse de doctorat, soutenue le 16 décembre 2015, à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud, p. 642.

garantissant une expertise particulière des droits de la défense »⁸⁶³. Les parlementaires y ont opposé un veto ferme, conservant en l'état la formation criminelle⁸⁶⁴.

443. Cette évolution permanente conduit peu à peu à l'effacement de cette juridiction sacralisée au profit du procès équitable. La Cour d'assises demeure, en apparence, relativement stable, en ce qu'elle conserve ce profil singulier qui la caractérise. Mais les mutations qu'elle subit retranscrivent les aspirations sous-jacentes du législateur. Or, les jurés sont encombrants lorsqu'il est uniquement question d'aller vite, et d'être efficace. Ainsi, le particularisme tend à disparaître et l'avenir du jury criminel reste toujours en suspens⁸⁶⁵ : « *La cour d'assises continue d'incarner le joyau d'une justice pauvre, la vitrine d'une justice démocratique rendue au nom du peuple par le peuple. Solennelle, grave, majestueusement lente. « Lourde, poussive, coûteuse, peu fiable et dangereuse », corrigeait en 2013 l'avocat François Saint-Pierre dans son essai provocateur, Au nom du peuple français (Odile Jacob). « Non, la cour d'assises ne peut plus être considérée comme un chef-d'œuvre d'institution à la française »* »⁸⁶⁶. Autre profil singulier, le juge de proximité se trouve également assiégé, au point de devoir muer, prenant ici une nouvelle identité.

B) La proximité du juge, une qualité contestée

444. Après quinze années d'existence, le juge de proximité vient de tirer sa révérence. Cependant, ce juge du tribunal de police ne disparaît pas totalement, opérant une mutation identitaire destinée à répondre aux exigences constitutionnelles et conventionnelles.

445. Le juge de proximité est né de la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice⁸⁶⁷, qui crée les juridictions de proximité, juridictions de première instance composées de juges non professionnels, ayant vocation, en matière pénale, à soulager les tribunaux de police d'une partie des contraventions. Son

⁸⁶³ Exposé des motifs du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avril 2021, p. 3.

⁸⁶⁴ V. P. JANUEL, « Loi Dupond-Moretti : le ministre, les sénateurs et les avocats débattent du secret », *Dalloz actu.*, 30 sept. 2021.

⁸⁶⁵ W. ROUMIER, *L'avenir du jury criminel*, Thèse de doctorat, LGDJ, 2002.

⁸⁶⁶ P. ROBERT-DIARD, « Réforme de la justice : la lente érosion du rôle des jurés citoyens », *Le Monde*, 9 mars 2018.

⁸⁶⁷ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice et loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003 relative aux juges de proximité.

existence n'aura pas été de tout repos, très vite remise en cause par les membres du corps judiciaire⁸⁶⁸ et donnant lieu à une première réforme, trois ans à peine après sa création, puis à des tentatives de suppression, au bout de dix ans seulement⁸⁶⁹.

446. La disparition du juge de proximité, ou plutôt sa fusion avec le magistrat à titre temporaire, se veut la traduction directe de l'exigence de professionnalisme du juge pénal. La contestation a d'ailleurs émergé du corps judiciaire lui-même, les professionnels du droit craignant une altération de la justice pénale, ici confiée de manière autonome à des personnes ne jouissant pas des qualités essentielles exigées pour exercer la fonction de juger. En effet, avec la loi du 9 septembre 2002, l'article 521 du code de procédure pénale attribue à ces nouveaux juges-citoyens le jugement des quatre premières classes de contraventions, ce qui représente près de 90% de ce contentieux pénal. Autant dire que le tribunal de police, alors qu'il bénéficie d'une compétence de droit commun en matière pénale, est alors quasiment dépourvu du jugement contraventionnel, seule la cinquième classe lui revenant intégralement. A long terme, la mutation était inévitable.

447. L'hostilité rencontrée par le juge de proximité vient du fait qu'il exerce la même activité que les magistrats de carrière, en disposant d'une latitude totale dans ses décisions. Or, la justice pénale ne peut se contenter d'être proche, elle doit également être compétente et performante. Ce juge du procès contraventionnel s'est maintenu au prix d'une première restriction, destinée à élever les qualités exigées de la part d'un juge pénal (1). De plus, seul un juge professionnel, indépendant et impartial pouvait légitimement prétendre exercer un véritable pouvoir dans le jugement des contrevenants, puisque « le tribunal de police est un vrai tribunal ; c'est un lieu où les droits de la défense sont respectés et où le droit au recours est applicable »⁸⁷⁰. C'est

⁸⁶⁸ E. SYRE-MARIN, « L'inquiétude des professionnels du monde judiciaire devant la création des "juges de proximité" », *D.* 2002, n° 44, p. 3275.

⁸⁶⁹ La loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance modifie les compétences de la juridiction de proximité, très critiquée par les magistrats de carrière, eu égard à son articulation avec le tribunal de police. La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles décide quant à elle de supprimer l'institution, à partir du 1er janvier 2013, date finalement reculée au 1er janvier 2015 par la loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012 relative aux juridictions de proximité.

⁸⁷⁰ Propos tenus par le sénateur Alain RICHARD lors des débats parlementaires de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21e siècle.

chose faite, le magistrat à titre temporaire étant désormais le bienvenu, tant qu'il est limité, et contrôlé, ce qu'applique la récente réforme fusionnant les deux statuts (2).

1. Une exigence qualitative

448. La création du juge de proximité a soulevé de vives inquiétudes quant à son aptitude à juger seul de la majorité des affaires contraventionnelles. Même en présence de litiges « mineurs », la justice pénale ne peut souffrir du défaut de compétence juridique des citoyens revêtant la robe. En effet, même en matière de contravention, des situations complexes peuvent être présentées au juge, qui devra parfois user d'une haute technicité juridique pour les résoudre. Le Conseil constitutionnel, saisi de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002⁸⁷¹, puis de celle du 26 février 2003⁸⁷² relative aux juges de proximité a défendu la conception d'un juge pénal présentant certaines qualités indélogeables, qu'il soit professionnel ou non. Dans la seconde décision⁸⁷³, le gardien de la Constitution a entendu préserver d'une part l'impartialité du juge pénal, en élevant les interdictions relatives au cumul de fonctions. D'autre part, il a veillé au maintien d'une qualification professionnelle et juridique suffisante, en limitant les conditions de recrutement et les modalités de formation. Néanmoins, ces restrictions, superficielles, n'ont pas suffi à masquer les lacunes de ce juge non professionnel, dont les critères ne correspondaient pas au seuil d'exigence minimal quant à l'identité du juge judiciaire en matière répressive. À terme, sa conservation dans le paysage judiciaire rendait périlleux l'équilibre du procès. Or, le juge processuel se maintient précisément en assurant aux justiciables les garanties fondamentales de l'équité, façonnées par la Convention européenne, impliquant ici l'élimination d'un modèle invalide.

449. L'insuffisance des compétences – N'étant pas un membre du corps judiciaire, le juge de proximité est doté d'un statut particulier, justifié par le caractère temporaire de son activité. Si les dérogations accordées doivent le soumettre aux mêmes droits et obligations que les magistrats de carrière, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel

⁸⁷¹ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, à propos de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

⁸⁷² Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003 concernant la loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003 relative aux juges de proximité.

⁸⁷³ Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003.

dans sa décision du 20 février 2003⁸⁷⁴, ce dernier accepte cependant le transfert de compétences du juge professionnel vers le citoyen-juge, issu d'un recrutement latéral. Or, contrairement aux autres intégrations de juges non professionnels au sein du procès pénal, le juge de proximité est autorisé à statuer à juge unique. Ni le juré, ni l'assesseur des tribunaux pour enfants, notamment, ne bénéficient d'une telle décharge de pouvoir, qui doit impérativement, si elle est consentie, offrir les gages de sécurité juridique attendus.

450. Les auteurs de la saisine du juge constitutionnel soulèvent ici le danger né de cette décharge totale du pouvoir du juge professionnel vers le profane : « il ne s'agit pas de procéder à un recrutement à titre temporaire de magistrats venant compléter les effectifs des magistrats professionnels, et s'insérant dans l'ordre judiciaire auprès d'eux pour une période limitée. Il est question, au contraire, de substituer de façon définitive des juges n'ayant pas embrassé la carrière judiciaire à des juges professionnels pour exercer les compétences normalement dévolues à ces derniers », l'estimant contraire à l'article 64 de la Constitution⁸⁷⁵. L'article 706-72 du code de procédure pénale, qui restera en vigueur jusqu'au 1^{er} avril 2005, confie en effet au juge de proximité le soin de juger certaines contraventions de police dont la liste sera déterminée par décret en Conseil d'État, celles-ci relevant des quatre premières classes. La procédure applicable devant ces juges est identique à celle qui s'applique devant les tribunaux de police, la seule différence tenant donc à l'identité du juge. Enfin, le juge de proximité peut être amené à se prononcer sur des mesures de composition pénale, sur la base d'une délégation donnée par le président du Tribunal de grande instance. Or, cette alternative aux poursuites, par laquelle une sanction est proposée par le procureur de la République à l'auteur qui reconnaît l'infraction, permet le prononcé d'une amende délictuelle⁸⁷⁶.

451. Les responsabilités transférées au juge de proximité, en matière répressive, sont loin d'être anodines, le champ de la composition pénale faisant intervenir le juge de

⁸⁷⁴ Considérant 5 de la décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003 : « Considérant que la loi du 9 septembre 2002 susvisée a créé des juridictions de proximité auxquelles elle a transféré une part limitée des compétences dévolues jusqu'alors aux tribunaux d'instance et de police, juridictions composées de magistrats de carrière ; qu'il appartenait dès lors au législateur organique de soumettre les juges de proximité aux mêmes droits et obligations que ceux des magistrats de carrière, sous réserve des dérogations et aménagements justifiés par le caractère temporaire de leurs fonctions et leur exercice à temps partiel ».

⁸⁷⁵ L'article 64 de la Constitution prévoit l'indépendance et l'inamovibilité des magistrats du siège, leur statut étant fixé par une loi organique. Voir le commentaire de V. BUCK, « Les juges de proximité. Décision du conseil constitutionnel », *RSC*, 2003, p. 602.

⁸⁷⁶ Art. 41-2 du Code de procédure pénale.

proximité non plus seulement au niveau du tribunal de police, mais également au sein du tribunal correctionnel. Loin de traiter ici des « petits litiges » de la vie quotidienne, l'attribution de ces mesures alternatives le confronte à des affaires délictuelles, avec des enjeux décuplés.

452. Quand bien même il s'agit uniquement des contraventions, les peines applicables supposent des capacités professionnelles, et juridiques, suffisantes de la part du juge. En effet, au-delà de l'amende susceptible de sanctionner l'infraction, des peines privatives ou restrictives de droit peuvent être prononcées, voire cumulées avec l'amende ou bien entre elles : suspension du permis de conduire ; immobilisation d'un ou de plusieurs véhicules ; confiscation d'arme ; retrait du permis de chasser ; interdiction d'émettre des chèques ; confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit⁸⁷⁷. Par conséquent, si le juge de proximité possède les pouvoirs d'un juge pénal, il doit en présenter les qualités essentielles : « Tout ceci fait du juge de proximité une véritable juridiction de première instance en matière pénale assortie de la voie d'appel selon les dispositions de l'article 546 du Code de procédure pénale. De plus, aucune limite n'est imposée en ce qui concerne l'allocation des dommages et intérêts à la victime, appréciation déclenchant là encore la faculté d'appeler ouverte au prévenu, à la personne civilement responsable et à la partie civile quant à ses propres intérêts. L'on comprend, dans ces conditions, l'inquiétude des professionnels du monde judiciaire confrontés à un juge qui, pour intermittent qu'il soit, exerce de véritables fonctions de magistrat. »⁸⁷⁸.

453. Le juge constitutionnel refuse pourtant de censurer une telle intrusion dans la fonction de juger, et se contente d'élever les conditions liées au recrutement et à la formation des juges de proximité. Ainsi, l'élargissement décidé par le Sénat à toute personne justifiant d'au moins 25 années d'activités dans les fonctions de direction ou d'encadrement dans le domaine juridique, administratif, économique ou social, est rejeté, les responsabilités n'étant pas nécessairement synonymes de l'aptitude exigée pour les fonctions. La nomination à un tel poste est donc recentrée autour des activités

⁸⁷⁷ Art. 131-14 et 131-15 du Code de procédure pénale.

⁸⁷⁸ J.-J. BARBIERI et C. COLENO, « De minimis curat praetor (À propos du juge de proximité) », *LPA*, 23 juillet 2003, n° 146, page 6.

juridiques⁸⁷⁹. En outre, le Conseil constitutionnel estime que le recrutement des juges de proximité ne peut être uniquement subordonné aux connaissances juridiques et aux diplômes exigés par la loi soumise à son appréciation, et confie cette appréciation à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature, qui peut décider d'une probation⁸⁸⁰. Un décret viendra, trois mois plus tard, préciser les modalités de formation du juge de proximité⁸⁸¹, ces dernières restant très faibles, et éloignées du cursus d'un magistrat de carrière. Cette piètre avancée n'est clairement pas suffisante à compenser la faiblesse de ce juge pénal. Le juge de proximité ne répond pas aux qualités exigées par le modèle, et le réhaussement des garanties liées à ses compétences ne lui donne pas pour autant une force comparable à celle du jury d'assises.

454. Le Conseil constitutionnel estime le juge de proximité capable de garantir l'égalité des citoyens devant la justice, qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le juge de proximité se heurte pourtant au principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles, puisqu'il assure, sans aucun contrôle du magistrat professionnel, le jugement des atteintes involontaires à l'intégrité de la personne n'ayant pas entraîné une incapacité de travail supérieure à huit jours, des dégradations de biens n'ayant entraîné qu'un dommage léger, des mauvais traitements envers un animal et des contraventions des quatre

⁸⁷⁹ Selon la loi organique du 28 février 2003 et l'article 41-17 nouveau de l'ordonnance du 22 décembre 1958, peuvent exercer les fonctions de juge de proximité : les anciens magistrats (judiciaires ou administratifs), les conciliateurs de justice, les anciens fonctionnaires (catégories A et B) des services judiciaires, les Français âgés de 35 ans au moins, titulaires d'une maîtrise ou bien membres ou anciens membres d'une profession libérale juridique et judiciaire réglementée, justifiant d'au moins quatre années d'expérience professionnelle dans le domaine juridique (cette catégorie vise essentiellement d'une part, les enseignants des facultés de droit et, d'autre part, les avocats, huissiers, notaires...).

⁸⁸⁰ Voir le considérant 12 de la décision : « Considérant, toutefois, que, si les connaissances juridiques constituent une condition nécessaire à l'exercice de fonctions judiciaires, ni les diplômes juridiques obtenus par les candidats désignés ci-dessus, ni leur exercice professionnel antérieur ne suffisent à présumer, dans tous les cas, qu'ils détiennent ou sont aptes à acquérir les qualités indispensables au règlement des contentieux relevant des juridictions de proximité ; qu'il appartiendra en conséquence à la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature, avant de rendre son avis, de s'assurer que les candidats dont la nomination est envisagée sont aptes à exercer les fonctions de juge de proximité et, le cas échéant, de les soumettre à la formation probatoire prévue par l'article 41-19 ; que le Conseil supérieur de la magistrature pourra disposer, pour chaque nomination, non seulement du dossier du candidat proposé par le ministre de la justice mais aussi des dossiers des autres candidats ; qu'en outre, dans le cas où le stage probatoire n'aura pas permis de démontrer la capacité du candidat, il reviendra au Conseil supérieur de la magistrature d'émettre un avis négatif à sa nomination, même si cet avis a pour effet de ne pas pourvoir un poste offert au recrutement ».

⁸⁸¹ Le décret n° 2003-438 du 15 mai 2003 modifiant le décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature prévoit que : « Sous réserve des dispositions de l'article 35-11 relatives à la formation probatoire, les candidats nommés juges de proximité suivent la formation prévue au sixième alinéa de l'article 41-19 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée préalablement à leur installation dans leurs fonctions. Cette formation comprend une première période de cinq jours consécutifs organisée par l'Ecole nationale de la magistrature et un stage en juridiction à raison de seize jours de présence effective en juridiction sur une période de huit semaines ; la durée du stage en juridiction peut, à titre exceptionnel, être réduite par le Conseil supérieur de la magistrature, au vu de l'expérience professionnelle du candidat. En cas de recrutement subordonné à formation probatoire, le stage en juridiction est porté à vingt-quatre jours, le directeur de l'école établit le bilan et émet un avis motivé sur l'aptitude de l'intéressé ».

premières classes réprimées par le Code de la route. Plus grave encore, il est apte à valider les mesures de compositions pénales, l'impossibilité de prononcer des peines privatives de liberté⁸⁸² étant une maigre consolation au regard de l'étendue de ses pouvoirs⁸⁸³. La question est ainsi celle de son appartenance à l'autorité judiciaire. Si le juge de proximité partage le statut du magistrat professionnel, il se doit également de répondre à l'indépendance et l'impartialité qui caractérisent la protection des libertés individuelles. En définitive, ce juge non professionnel est bien trop éloigné des garanties entourant l'acte de juger, alors même qu'il détient des responsabilités judiciaires notables. Contrairement aux jurés, il n'est pas assisté par un juge de carrière et exerce son pouvoir répressif de façon très autonome. Cette latitude devait être contenue, en dépit de quoi, il courait à sa perte. Le subtil jeu d'équilibriste auquel répond le stade processuel exige du juge pénal une stabilité assez apparente pour éviter la mutation. De toute évidence, le juge de proximité ne pouvait se contenter de si faibles garanties pour espérer garder une place dans le procès pénal. Une fois ses compétences renforcées, il se devait de prouver son indépendance et son impartialité.

455. Le défaut d'indépendance et d'impartialité – De façon prégnante, ce sont les doutes quant à l'indépendance et l'impartialité du juge de proximité qui soulèvent le plus de difficultés. Consacrée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'insertion en droit interne de cette exigence du procès équitable portée par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique son respect par l'ensemble des juges en matière pénale. La loi organique instituant le recrutement de ces magistrats avait initialement prévu, par exception au statut de la magistrature, la compatibilité des fonctions juridictionnelles avec leur activité professionnelle. Ainsi, un avocat, un huissier ou un notaire, exerçant en parallèle les fonctions de juge de proximité, n'a pas le droit de connaître des jugements dans le ressort du tribunal de grande instance de son domicile professionnel. Symétriquement, la loi interdit d'effectuer tout acte de la profession dans le ressort de la juridiction de proximité d'affectation. Enfin, il n'est pas non plus

⁸⁸² Le Conseil constitutionnel considère, dans sa précédente décision, rendue le 29 août 2002, que l'article 66 de la Constitution : « ne s'oppose pas à ce que soient dévolues à la juridiction de proximité des compétences en matière pénale dès lors que ne lui est pas confié le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté ; en n'attribuant à cette juridiction que le jugement de contraventions de police, le législateur a satisfait à cette condition » (Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002).

⁸⁸³ À propos des vives critiques soulevées en matière pénale au regard des pouvoirs confiés au juge de proximité : M. VERICEL, « Réflexions sur la mise en place des juridictions de proximité », *Gaz. Pal.*, 30 oct. 2003, n° 303, p. 26.

autorisé à traiter des litiges en lien avec l'activité professionnelle en cas d'existence de relations professionnelles, présentes ou passées, avec l'une des parties.⁸⁸⁴ Le Conseil constitutionnel a élargi cette interdiction en décidant : « qu'elle doit s'entendre comme portant également, le cas échéant, sur l'activité exercée en qualité de membre d'une association ou d'une société qui a pour objet l'exercice en commun de la profession et dans le cadre ou au nom de laquelle exerce l'intéressé »⁸⁸⁵. Cette limite apparaît bien faible, l'éloignement des tribunaux de grande instance de ressorts différents étant parfois théorique, exposant à la partialité le juge de proximité intervenant dans un secteur géographique très restreint⁸⁸⁶.

456. Cependant, les questions relatives à l'indépendance et l'impartialité du juge de proximité vont bien au-delà de cette première critique. Certes, le juge de proximité est inamovible pendant toute la durée de ses fonctions, qui est de sept années, ce qui le protège des pressions extérieures, comme le magistrat de carrière. Est-ce à dire qu'il présente les mêmes garanties qu'un juge professionnel ? Tout d'abord, eu égard à l'indépendance du juge pénal, qui consiste au sens premier en l'absence de tout lien avec les parties ou les autres pouvoirs⁸⁸⁷, la Cour européenne des droits de l'homme donne une interprétation dynamique de la notion, l'entendant bien plus largement. Cette analyse *in concreto* prend notamment en considération la durée des mandats, le mode de désignation du juge, l'existence d'une protection éventuelle contre les pressions extérieures, la liberté de jugement, mais également l'incompatibilité avec l'exercice de certaines activités qui pourraient affecter sa liberté d'esprit. À cet égard, le Conseil constitutionnel a admis une adaptation de la fonction de juge pénal au profit du juge de proximité, à condition qu'il soit soumis aux mêmes droits et obligations que le magistrat professionnel et que la durée de son mandat soit limitée⁸⁸⁸. Il s'agit donc

⁸⁸⁴ Selon l'article 41-22 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 alors en vigueur.

⁸⁸⁵ Au considérant 20 de la décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003.

⁸⁸⁶ Ces craintes se traduisent par une politique d'affectation qui prend la mesure du risque de partialité : « Il n'en demeure pas moins que les interdictions de cumuls entre les fonctions de juge et l'activité professionnelles sont limitées au ressort du tribunal de grande instance du domicile professionnel de l'intéressé ; or, la distance de tribunal de grande instance à tribunal de grande instance est trop courte pour que les interdictions constituent une garantie suffisante d'impartialité. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, lors des premiers recrutements intervenus, la Chancellerie s'est efforcée d'affecter les avocats et huissiers en exercice, dont les candidatures ont été retenues, dans une juridiction située dans le ressort d'une autre Cour d'appel que celle où ils exercent leur profession, afin qu'il y ait le moins de risque déontologique possible » ; M. VERICEL, « Réflexions sur la mise en place des juridictions de proximité », *op. cit.*

⁸⁸⁷ Selon l'article 6 paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁸⁸⁸ Au considérant 4 de la décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003 : « si les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire, la Constitution ne fait pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire, à condition que, dans cette hypothèse, des garanties appropriées permettent de satisfaire au principe d'indépendance,

d'une indépendance aménagée, qui ne peut être comparable à celle du magistrat professionnel. En outre : « la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique »⁸⁸⁹ se manifeste par l'impartialité, qui exige l'absence de parti pris, ou de tout préjugé, de la part du magistrat. L'objectivité suppose d'abord l'existence de connaissances juridiques, qui sont bien présentes chez le juge de proximité, puisque le recrutement se fait parmi des professionnels du droit. En revanche, la formation pratique qui doit compléter la maîtrise du droit positif est résiduelle, comme cela a pu être démontré précédemment. Or, si les enseignements de la formation initiale et continue, ou le stage en juridiction, sont dépourvus d'intérêt pour les anciens magistrats, ce socle d'apprentissage minimal est dérisoire au regard de celui que doivent suivre les magistrats professionnels. En conséquence, l'impartialité du juge de proximité est là encore en deçà des garanties apportées par un juge de carrière.

457. Si de telles disparités n'ont pas posé de véritable problème à l'égard d'autres juges non professionnels, comme le jury ou l'assesseur du tribunal pour enfants, il faut leur reconnaître un simple rôle d'auxiliaire, là où le juge de proximité fait cavalier seul. Le Conseil constitutionnel a tenté de compenser cette différence en soumettant le juge de proximité à la surveillance du Conseil supérieur de la magistrature, comme un magistrat professionnel, les sanctions de réprimande et de révocation lui étant applicables. Cependant, une telle intervention n'est pas une véritable garantie en ce qu'elle permet uniquement une réparation *a posteriori* au lieu d'instaurer un mécanisme de contrôle efficient au moment de la prise de décision. Ainsi, la collégialité de la décision reste la seule garantie permettant de pondérer le défaut d'impartialité et d'indépendance des juges non professionnels. L'existence d'un recours effectif des décisions du juge de proximité tempère néanmoins les risques liés à cette insuffisance

indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires, ainsi qu'aux exigences de capacité, qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; qu'il importe à cette fin que les intéressés soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire ou partiel de leurs fonctions ».

⁸⁸⁹ Définition donnée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion des arrêts : CEDH, 26 octobre 1984, *Cubber c/ Belgique* et CEDH 1er octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, *op. cit.* La Cour donne une double interprétation de l'impartialité, qui doit être à la fois objective, et subjective : « si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6, &1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ». Si l'impartialité objective se rapporte aux fonctions du juge, qui ne doit pas avoir déjà eu à connaître de l'affaire au fond, l'impartialité subjective est plus délicate car elle doit exclure toute influence liée à des considérations personnelles.

du juge non professionnel. Mais il ne s'agit que d'une menue protection face au manque d'envergure du juge de proximité.

458. En conclusion, ce juge pénal ne détient qu'une maigre parcelle d'indépendance et d'impartialité, ce qui l'empêche de se fondre dans les artifices du procès. Là où d'autres font illusion, tels les jurés d'assises, il révèle au grand jour des failles éliminatoires. Il aurait été sans doute préférable de limiter l'intervention du juge de proximité dans le prétoire pénal à celle d'assistant du juge professionnel, comme cela était prévu à l'origine, car la fugacité de son appartenance à la magistrature ne saurait justifier la mise en péril de l'équité d'un procès. Si la fusion du juge de proximité et du magistrat à titre temporaire ne rétablit pas totalement ce déséquilibre, elle opère néanmoins une mutation identitaire salutaire, en restreignant le pouvoir consenti au juge-citoyen.

2. Une exigence quantitative

459. La loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance a étendu les compétences du juge de proximité en lui permettant de participer comme assesseur aux formations collégiales des tribunaux correctionnels. Le Conseil constitutionnel a validé l'extension des compétences du juge de proximité⁸⁹⁰, en matière civile, mais également au sein du contentieux pénal, en lui permettant d'assister le juge correctionnel dans le jugement des délits. Cependant, cette élévation dans la sphère délictuelle a mené à des compromis inévitables pour le juge de proximité, dont la nouvelle formule, élaborée par la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, lui rend l'apparence d'un juge non professionnel et non plus de carrière. Ainsi, les restrictions opérées à l'égard du magistrat à titre temporaire, auquel il est désormais rattaché, manifestent la volonté de revenir à une simple assistance du professionnel. Cette mutation identitaire est opportune, en ce qu'elle pondère l'absence de professionnalisme par le secours d'un magistrat expérimenté. Le

⁸⁹⁰ Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005.

procès pénal reprend ainsi une apparence acceptable, malgré les écarts au modèle identitaire.

460. Un contentieux volumineux confié au juge de proximité – Le législateur a entendu réserver aux magistrats de carrière des compétences propres, les fonctions exercées par le juge non professionnel ne pouvant représenter qu'une « part limitée »⁸⁹¹ des attributions qui leur sont normalement réservées. En matière contraventionnelle, la règle n'est manifestement pas appliquée au sens strict, puisque l'ancien juge de proximité, et désormais le magistrat à titre temporaire, constituent, chacun en leur temps, la juridiction de droit commun des quatre premières classes de contravention, sauf exception⁸⁹². Cet empiétement remarquable sur les pouvoirs du juge professionnel perdure, contrairement aux attributions civiles, avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et le décret n° 2017-683 du 28 avril 2017 tirant les conséquences de la suppression des juridictions de proximité et des juges de proximité. Il faut ici s'inquiéter du dévoiement de l'office du juge pénal, dont l'identité est nécessairement transformée. La prise en otage du jugement par un juge non professionnel renvoie une image assez délétère du juge répressif, puisqu'il n'offre pas la sécurité exigée. Il est néanmoins permis de tempérer cette remarque par la moindre gravité des litiges qui lui sont soumis⁸⁹³, le juge professionnel conservant en proportion l'exclusivité du jugement des affaires pouvant donner lieu à des peines privatives de liberté⁸⁹⁴. Autre tempérament, le Conseil constitutionnel a également imposé la présence majoritaire du juge professionnel au sein des jugements collégiaux du tribunal correctionnel, un choix devant donc être réalisé entre le magistrat à titre temporaire et le juge de proximité⁸⁹⁵, ce qui n'est plus d'actualité, avec la suppression

⁸⁹¹ Saisi au titre des articles 46 et 61 (1^{er} alinéa) de la Constitution, le Conseil constitutionnel a approuvé les réformes relatives aux juges temporaires en considérant : « que les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire ; que la Constitution ne fait cependant pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser une carrière judiciaire ; que cette possibilité est subordonnée à l'existence de garanties appropriées permettant de satisfaire notamment au principe d'indépendance, qui est indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires, et aux exigences qui découlent de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (Cons. const., 21 février 1992, n° 92-305 DC ; 10 janvier 1995, n° 94-355 DC, cons. 5 à 8 ; 19 janvier 1998, n° 93-396 DC, cons. 16 à 24 ; 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, cons. 46.).

⁸⁹² Il faut y soustraire les contraventions des quatre premières classes qui, présentant, par leur nature, des caractères de gravité ou de complexité les apparentant aux contraventions de cinquième classe, seront exceptées des attributions de la juridiction de proximité par décret en Conseil d'État.

⁸⁹³ Voir à ce propos l'avis de J-E. SCHOETTL à propos de l'ancien juge de proximité, « Les juges de proximité passent pour la troisième fois rue de Montpensier », *LPA*, 2 fév. 2005, n° 23, p. 7.

⁸⁹⁴ Lorsque le magistrat à titre temporaire est assesseur du tribunal correctionnel, c'est ce dernier, collectivement, qui prononce la peine et non le juge non professionnel.

⁸⁹⁵ Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, au considérant 19 : « en vertu du dernier alinéa de l'article 5 de la loi déferée, un seul juge de proximité pourra siéger parmi les trois juges composant le tribunal correctionnel ; qu'en pareille hypothèse,

de ce dernier à compter du 1^{er} janvier 2017. Dans les deux cas, le procès pénal reste bancal, puisqu'il est confié de manière prépondérante à un juge qui ne donne pas toute satisfaction. Il contrebalance cependant la critique en organisant un semblant d'équilibre dans la répartition des pouvoirs.

461. L'identité précaire du juge de proximité s'est ainsi maintenue un temps, avant de fusionner avec celle du magistrat à titre temporaire, plus solide. Au fil des réformes, le contentieux des quatre premières classes de contraventions est finalement revenu au tribunal de police, mais toujours entre les mains d'un juge non professionnel. Le magistrat à titre temporaire, qui préexistait au juge de proximité, continue également à intervenir en tant qu'assesseur, au sein du tribunal judiciaire. Toutefois, cette mutation est loin d'être formelle et s'accompagne d'un amoindrissement des attributions du juge non professionnel, corrélative à la revalorisation des pouvoirs du magistrat de carrière.

462. La réduction significative du périmètre d'action du magistrat à titre temporaire – Le rapport Guinchard préconise, dès 2008, la suppression de la juridiction de proximité, tout en conservant son juge, rattaché au tribunal de grande instance. Dans cette optique, la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles avait fixé la suppression des juridictions de proximité au 1^{er} janvier 2013. Ainsi, après un premier report fixé au 1^{er} janvier 2015 par la loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012 relative aux juridictions de proximité, la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 a reporté à nouveau la suppression des juridictions de proximité au 1^{er} janvier 2017 pour l'intégrer dans la grande réforme de la justice. À cette date, le juge de proximité a finalement disparu, emportant avec lui sa juridiction. Mais la mutation a également contaminé un autre juge non professionnel, le magistrat à titre temporaire, dont l'office a été considérablement réduit par le législateur à cette occasion.

463. Ainsi, ce prédécesseur du juge de proximité, puisque son statut remonte à la loi organique n° 95-64 du 19 janvier 1995, bénéficiait de l'ensemble du contentieux contraventionnel, la cinquième classe de contravention incluse. La loi de modernisation

afin d'assurer le respect des exigences constitutionnelles rappelées au considérant 17, les autres membres du tribunal devront être des magistrats professionnels ».

de la justice du XXI^e siècle a entendu limiter son office, lui retirant le jugement des contraventions les plus graves, alors qu'il l'exerçait depuis plus de vingt ans. Ainsi, l'article 523 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 18 novembre 2016⁸⁹⁶, dispose désormais : « Lorsqu'il connaît des contraventions des quatre premières classes, à l'exception de celles déterminées par un décret en Conseil d'État, ainsi que des contraventions de la cinquième classe relevant de la procédure de l'amende forfaitaire, le tribunal de police peut être constitué par un magistrat exerçant à titre temporaire. ». Il reste donc au magistrat à titre temporaire le jugement des quatre premières classes de contraventions et la cinquième classe, lorsqu'elle relève de la procédure de l'amende forfaitaire, ainsi que le rôle d'assesseur au sein du tribunal correctionnel. Or, malgré la proportion importante d'infractions qui relèvent ici de son office, son intervention respecte les limites fixées par le juge constitutionnel. En effet, qu'il s'agisse du raisonnement suivi à l'égard du juge de proximité ou du magistrat à titre temporaire⁸⁹⁷, le Conseil constitutionnel apprécie le caractère limité des fonctions par rapport à celles exercées par le juge professionnel, au regard de plusieurs critères, le volume traité n'étant pas le seul déterminant. Ainsi, la complexité des affaires à traiter est primordiale, les difficultés techniques ou la gravité des infractions étant prises en compte. De plus, l'importance du contentieux n'est pas uniquement évaluée en terme numéraire mais porte tout autant sur les sommes qui sont en jeu. Les peines encourues représentent donc une jauge intéressante pour apprécier la confiance accordée par le législateur au juge. En combinant ces critères avec la compétence, l'indépendance et l'impartialité, le juge constitutionnel veille à ce que les juges non professionnels n'exercent qu'une part limitée des fonctions réservées soit aux juridictions de droit commun, soit aux magistrats de carrière⁸⁹⁸.

464. En outre, dans son avis du 28 juillet 2016, au sujet de la loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil a ajouté une limite supplémentaire, tenant au fait que les magistrats non professionnels ne peuvent exercer plus d'un tiers des fonctions normalement dévolues aux magistrats de

⁸⁹⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁸⁹⁷ Voir les décisions : n° 92-305 DC du 21 février 1992, n° 98-396 DC du 19 février 1998, n° 2002-461 DC du 29 août 2002, n° 2003-466 DC du 20 février 2003 et n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005.

⁸⁹⁸ B. MATHIEU, « L'extension de la compétence des juges de proximité devant le Conseil constitutionnel : une tempête dans un verre d'eau », *D.*, 2005 p. 449.

carrière⁸⁹⁹. La restriction opérée à l'égard des magistrats à titre temporaire en découle directement, ces derniers perdant une partie de leurs attributions dans leur fusion avec le juge de proximité : « L'article 39 modifie les articles 41-10 à 41-16 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, qui déterminent le statut des magistrats exerçant à titre temporaire. En particulier l'article 41-11 porte d'un quart à un tiers la proportion des services que ces magistrats peuvent assurer dans le tribunal au sein duquel ils sont affectés. »⁹⁰⁰. Le seuil d'un tiers fixé par la loi revient à confier aux magistrats professionnels environ 70% du contentieux contraventionnel alors que ces derniers en traitent à peine 11% actuellement⁹⁰¹. Il s'agit donc d'un retour à la sagesse, qui préserve le jugement contraventionnel d'une transformation radicale. Le juge non professionnel est toléré, mais dans un espace plus humble, qui sied mieux à sa personnalité.

465. Par conséquent, si ces dispositions ne font que reprendre celles qui prévalaient pour le juge de proximité⁹⁰², avec tout de même l'obligation supplémentaire de ne pas dépasser un tiers du contentieux attribué au magistrat de carrière, elles représentent une diminution significative des attributions du magistrat à titre temporaire, redevenu l'unique juge non professionnel du tribunal de police. La mutation de ce juge du procès va ainsi dans le sens d'un amoindrissement du pouvoir conféré dans le jugement des contraventions. Mais il faut s'en féliciter, puisque le législateur réajuste par ce biais l'identité du juge pénal, dont le professionnalisme est une qualité substantielle, dans la perspective du procès équitable : « Ainsi, en permettant aux juges de proximité

⁸⁹⁹ Décision n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016, aux considérants 73 et 74 : « Les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire. La Constitution ne fait cependant pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire, à condition que, dans cette hypothèse, des garanties appropriées permettent de satisfaire au principe d'indépendance qui est indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires. Il importe à cette fin que les intéressés soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire de leurs fonctions. L'article 41-10 A de l'ordonnance du 22 décembre 1958 ne saurait, sans méconnaître le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire, être interprété comme permettant qu'au sein d'un tribunal plus d'un tiers des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées par des magistrats recrutés provisoirement, que ce soit à temps partiel ou à temps complet. »

⁹⁰⁰ Considérant 76 de la décision n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016 relative à la loi organique n° 2016-190 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature.

⁹⁰¹ Selon M. MARQUE, ces chiffres correspondent au rapatriement de 66% des affaires relevant des quatre premières classes de contravention, auxquels il faut ajouter la cinquième classe, qui est du ressort exclusif du juge professionnel : « La réforme des juges de proximité », *Dalloz actu.*, 16 sept. 2016.

⁹⁰² Ancien article 521 du code de procédure pénale, applicable au juge de proximité : « Le tribunal de police connaît des contraventions de la cinquième classe. La juridiction de proximité connaît des contraventions des quatre premières classes et des contraventions de la cinquième classe relevant de la procédure de l'amende forfaitaire. Un décret en Conseil d'Etat peut toutefois préciser les contraventions des quatre premières classes qui sont de la compétence du tribunal de police. Le tribunal de police est également compétent en cas de poursuite concomitante d'une contravention relevant de sa compétence avec une contravention connexe relevant de la compétence de la juridiction de proximité. »

d'intégrer le statut des magistrats à titre temporaire, le législateur entend réduire les compétences de ces derniers laissant à penser que les magistrats non professionnels de demain seraient moins compétents que ceux d'hier. »⁹⁰³. Il ne s'agit pas de chasser le juge non professionnel du procès pénal, auquel il peut participer utilement, en secondant celui qui y exerce durablement. Le magistrat à titre temporaire revient ici au rôle d'auxiliaire de justice, sa participation principale au procès pénal relevant du rôle d'assesseur du tribunal correctionnel. Certes, il conserve une petite autonomie au sein du tribunal de police puisqu'il assure seul le jugement de certaines contraventions, mais qui sont limitées à la fois dans leur nombre et leur importance.

466. La déprofessionnalisation de la fonction juridictionnelle, ardemment souhaitée et mise en place par les politiques pénales successives, comporte un risque élevé de déstabilisation de la place du juge au sein du procès pénal. Pendant une quinzaine d'années sur la scène judiciaire, le juge de proximité a joui d'un statut hybride, à mi-chemin entre le juge professionnel et le juge profane. L'épuration récente dont il fait l'objet et l'étiollement consécutif des pouvoirs du magistrat à titre temporaire traduisent la volonté de privilégier l'équité à la proximité. Le projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire propose toutefois, tout en élargissant le recrutement de ces non-professionnels, d'étendre le champ d'intervention des magistrats à titre temporaire en leur permettant de siéger comme assesseurs dans les cours d'assises et dans les cours criminelles départementales, ces dernières étant pour l'heure à l'état expérimental⁹⁰⁴. Les parlementaires ont répondu favorablement à la proposition de recrutement à cette fin (hormis pour les cours criminelles départementales qui ne sont pas encore généralisées) en estimant que : « certains agents publics disposent de solides compétences juridiques qu'ils pourraient mettre à profit en exerçant des fonctions juridictionnelles », tout en s'interrogeant sur leur indépendance⁹⁰⁵. En revanche, les avocats honoraires pourront exercer des fonctions juridictionnelles uniquement au sein de la cour criminelle départementale (si cette dernière est généralisée) et non aux assises, ce qui démontre tout de même une hiérarchisation des non-professionnels au regard des compétences attendues par la

⁹⁰³ M. MARQUE, « La réforme des juges de proximité », *op. cit.*

⁹⁰⁴ Art. 6 du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avril 2021.

⁹⁰⁵ Rapport n° 834 (2020-2021) de Mme Agnès CANAYER et M. Philippe BONNECARRÈRE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021, p. 224.

magistrature⁹⁰⁶. En outre, les magistrats non professionnels ne sauraient être majoritaires au sein de la cour d'assises (ou éventuellement de la cour criminelle départementale), ce qui répond à l'exigence posée par le Conseil constitutionnel⁹⁰⁷. Le maintien du juge du procès est assuré par le rétablissement d'un équilibre indispensable à l'office du juge professionnel, qui doit rester maître en sa demeure.

Paragraphe II – La virtuosité du jugement - Des compétences ajustables

467. Au-delà du professionnalisme attendu du juge processuel, dont le respect est assuré par le rôle prépondérant du magistrat de carrière, un haut niveau de compétence est également exigé pour assurer son maintien. Le juge du procès ne se départit pas de sa forme générale, mais affine régulièrement ses capacités de jugement en se spécialisant. De la sorte, il obtient un regard aiguisé sur des domaines techniques, et domine des contentieux complexes, qui pourraient à défaut lui être retirés. Si la tendance est générale, et ne se limite pas au stade du jugement, celui-ci est suffisamment armé pour répondre efficacement à cette nécessité. Le juge s'adapte aux matières qui lui sont soumises, tant du point de vue de sa composition, que des règles procédurales applicables. Néanmoins, ces transformations restent ici marginales et affectent peu les garanties essentielles, conservées chez le juge généraliste comme chez le juge spécialisé. Légèrement dévoyée, l'identité du juge pénal se maintient donc au prix du compromis.

468. La spécialisation abordée dans un tel contexte concerne exclusivement les compétences du juge quant à un domaine infractionnel précis. Il ne s'agit pas ici de traiter des spécialités tenant à la fonction en elle-même, celle exercée par les juges de cabinet, comme le juge des enfants notamment, qui s'intéresse à l'ensemble des infractions touchant la minorité. La question est précisément celle d'une mutation du juge lorsqu'il devient spécialiste d'un contentieux particulier. Or, cette transformation est loin d'être exceptionnelle, et les multiples illustrations offertes impliquent un choix significatif, afin de démontrer l'intérêt d'une audience spécialisée. À première vue, délinquances terroriste et maritime n'ont pas de lien direct. Et pourtant, ces deux

⁹⁰⁶ V. P. JANUEL, « Le compromis sur la loi Dupond-Moretti », *op. cit.*

⁹⁰⁷ Cons. const., Décision n°2016-532 QPC du 1er avril 2016.

spécialités se rejoignent en ce qu'elles manifestent une mutation positive du juge du procès, qui acquiert ici des compétences renforcées. La première reste de fait assez bénigne au regard de l'identité du juge pénal, qui demeure sensiblement le même dans sa version spécialisée en matière terroriste. La seconde, quant à elle, rétablit l'identité du juge répressif, longtemps malmenée par la spécialisation déjà accordée en matière maritime. Dans les deux cas, la modification ne conduit pas au bouleversement identitaire, mais elle doit éveiller l'esprit dans la mesure où elle sous-tend une nouvelle conception du procès.

469. À ce titre, l'expansion continue des infractions liées au terrorisme a généré une justice spécialisée, de l'enquête au procès. Or, alors que le mobile terroriste conduit à l'altération identitaire du juge de l'enquête, la physionomie du juge du procès ne subit qu'une déformation ponctuelle (A). Par ailleurs, il semble même que le juge processuel puisse renforcer son identité au sein de la justice pénale en se spécialisant, à l'instar du contrôle qu'il exerce en matière maritime, qui lui apporte une consolidation pérenne (B).

A) Le procès terroriste : une déformation ponctuelle

« Les magistrats ont le devoir de porter la même attention à tous les cas dont ils sont saisis et les affaires dites extraordinaires ne doivent se traiter qu'à l'ordinaire avec la même garantie pour tous ». ⁹⁰⁸

470. Ces trente dernières années, la matière terroriste n'a eu de cesse d'accroître son périmètre en matière pénale. La mutation s'est d'abord concentrée au stade de l'enquête, avec un juge d'instruction spécialisé dans les investigations liées à la criminalité organisée, et la mobilisation permanente du juge des libertés et de la détention autour de cette procédure dérogatoire. *A priori* positive, cette mutation participe au mouvement de juridictionnalisation de l'enquête pénale, en augmentant les pouvoirs du juge du siège, tout en lui conférant une position intéressante sur le plan international. Mais en réalité, la multiplication des législations destinées à contrer cette forme de criminalité s'est surtout attachée à construire un droit *sui generis*, assimilé à

⁹⁰⁸ P. TRUCHE, *Juger être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001, p. 89.

un « droit de la sécurité nationale »⁹⁰⁹, qui revient à diluer la frontière entre l'autorité judiciaire et l'administration. Le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention sont désormais pris en tenaille entre deux concurrents, le ministère public, toujours plus puissant, et le juge administratif, aux pouvoirs grandissants. À côté, le juge processuel s'adapte dans la forme, mais reste fidèle à son esprit.

471. La poursuite et le jugement des infractions terroristes sont dévolus aux juridictions parisiennes depuis la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986⁹¹⁰. Cette centralisation découle de l'article 706-17 du code de procédure pénale, qui prévoit une compétence concurrente aux juridictions de droit commun pour le procureur de la République, le juge d'instruction, le tribunal correctionnel et la cour d'assises de Paris. Ainsi, dès que les faits sont commis « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » selon les termes de l'article 421-1 du code pénal, le parquet national antiterroriste, au sein du tribunal judiciaire de Paris, peut être désigné. Si les règles du procès délictuel n'appellent pas de commentaire particulier, le tribunal correctionnel ne connaissant pas d'aménagement spécifique pour le contentieux terroriste⁹¹¹, l'audience criminelle est quant à elle singulière.

472. Ainsi, l'article 698-6 du code de procédure pénale apporte une dérogation significative aux règles de composition et de fonctionnement de la Cour d'assises, qui

⁹⁰⁹ J. ALIX et O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.* : selon les auteurs, l'émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale se traduit par la métamorphose de l'ordre répressif, et l'atténuation des mécanismes de contrôle traditionnels. Ainsi, l'identification d'une menace permanente et généralisée conduit à la globalisation de la répression, en mobilisant toutes les ressources disponibles. Cette législation *ad hoc* ne se contente pas de renforcer le dispositif pénal, mais augmente surtout l'arsenal administratif, rapprochant sensiblement les mesures de police administrative des sanctions pénales. Ces liaisons dangereuses conduisent à une confusion quant à la répartition des pouvoirs entre l'autorité judiciaire et administrative, qui n'est pas tempérée par des voies de contrôle défaillantes.

⁹¹⁰ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme.

⁹¹¹ La spécialisation a systématiquement concerné le stade de l'enquête, alors que les juridictions de jugement sont composées de juges non spécialisés, qui peuvent aussi bien être affectés à des affaires de droit commun. Cependant, à défaut de prévision législative, une organisation interne met en place une forme de spécialisation, en audiençant les affaires d'un même type devant une même chambre. Cette pratique a récemment posé problème, lorsqu'elle a instauré un raccourcissement du traitement pénal de certaines infractions, considérées de moindre gravité. En effet, depuis février 2017, la 16^{ème} chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris, spécialisée dans le traitement de ces dossiers, assure, une fois par mois, le jugement des délits terroristes dits « de basse intensité » en suivant une procédure similaire à la comparution immédiate. La volonté de décharger le pôle anti-terroriste des enquêtes liées aux délits de plus faible intensité (il s'agit des infractions de consultation habituelle d'un service de communication en ligne faisant l'apologie du terrorisme, d'apologie du terrorisme et des infractions commises en milieu carcéral ayant un lien avec le terrorisme) se heurte à l'exigence de qualité de la justice pénale, mais de façon comparable à la procédure de comparution immédiate en général. Par conséquent, la spécialisation de la chambre correctionnelle en matière terroriste reste un avantage face à ce « circuit court » et n'a pas d'incidence sur l'identité du juge correctionnel. Voir à ce propos : J. MUCCHIELLI, « Infractions terroristes : premières comparutions en "circuit court" à Paris », *Dalloz actu.*, 8 fév. 2017 et A. COIGNAC, « Terrorisme : les circuits courts spécialisés au TGI de Paris », *Dalloz actu.*, 27 janv. 2017.

siège ici sans jury populaire. L'absence de jurés, dans la répression du crime terroriste, traduit la philosophie du législateur dans cette lutte. L'optimiste peut y voir la marque de la confiance accordée au magistrat de carrière, alors que le cynique y verra sans doute la défiance manifestée au juge non professionnel. Là n'est pas la question, puisqu'il s'agit surtout de remarquer ici la transformation du juge criminel dans le cadre d'un contentieux précis. En outre, cette formation composée exclusivement de magistrats professionnels, récemment réduite⁹¹², ne statue plus à la majorité qualifiée mais à la majorité simple. La cour d'assises sans jury réunit donc un président et quatre assesseurs, six en appel, chargés de juger les infractions troublant le plus gravement l'ordre public, avec une exigence moindre quant au nombre de voix susceptible d'entraîner une condamnation aux peines les plus lourdes. Il est possible d'y voir « une volonté de faciliter la condamnation, et donc d'intensifier la répression qui préside à la modification des règles de majorité applicables à la cour d'assises »⁹¹³. Une telle conversion pourrait donc être le signe d'une mutation identitaire du juge du procès, amputé dans sa forme traditionnelle. Pourtant, la modification reste assez superficielle, et ponctuelle, ce qui permet d'affirmer le maintien de son rôle essentiel, malgré la spécialisation consentie.

473. La professionnalisation de la cour d'assises, en matière terroriste, a été soumise au Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'examen de la conformité à la Constitution de la loi du 3 septembre 1986. Ce dernier a validé l'éviction du jury, qui n'est pas considéré comme une composante obligatoire de la cour d'assises. En effet, cette exclusion n'est pas nouvelle, puisque les juridictions militaires, en leur temps, appliquaient déjà une telle ségrégation. Par ailleurs, le juge constitutionnel retient surtout que la composition de l'audience criminelle, ainsi modifiée, respecte les garanties d'indépendance et d'impartialité exigées du juge pénal⁹¹⁴. Malgré la spécialisation, le juge du procès ne se déleste donc pas des qualités premières qui forgent sa personnalité. Le juge spécialisé semble pourvu des mêmes appareils de

⁹¹² Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

⁹¹³ J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 91, Dalloz, Paris, 2010, p. 380.

⁹¹⁴ Cons. const., décis. n° 86-213 DC, 3 sept. 1986, Rec. Cons. const. p. 122, cons. n° 23 : « Considérant qu'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense ».

justice, renforcés par des connaissances aiguës dans le contentieux qui lui est confié. Il s'agit pourtant d'une transformation du jugement, qui ne présente plus la même forme.

474. Sur ce point, la question d'une mutation identitaire du juge criminel concerne *a priori* son caractère démocratique, vertu traditionnelle du jury populaire. Cependant, derrière cette qualité plus médiatique que juridique, la véritable question est celle de la collégialité. En effet, l'apport essentiel des jurés au sein du procès d'assises se traduit d'abord par leur nombre. Face aux infractions qui comptent parmi les plus graves de notre ordre juridique, si l'on se réfère à l'échelle des peines prévues en matière terroriste, la réduction de la formation de jugement permet-elle de conserver un procès équitable ? Le Conseil constitutionnel, et plus récemment la Cour de cassation⁹¹⁵, ont chacun estimé que l'égalité des citoyens devant la loi était ici respectée. Ainsi, l'exception instaurée par le législateur ne génère pas de discrimination injustifiée et permet l'exercice des droits de la défense⁹¹⁶. Si la différence de traitement dans le jugement des crimes terroristes peut toujours être justifiée par les risques de menaces ou de pressions à l'encontre des citoyens, le second argument, lié au caractère limité des infractions concernées, doit aujourd'hui être remis en cause. De fait, les infractions « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » sont aujourd'hui extrêmement nombreuses. La très forte augmentation du contentieux terroriste aurait donc pu conduire au rétablissement de la cour d'assises dans sa formation plénière. Or, c'est la voie strictement opposée qui est suivie, avec non seulement la conservation d'une cour d'assises exclusivement professionnelle, mais de surcroît la volonté de la restreindre encore. Une proposition de loi relative à la composition de la cour d'assises prévue par l'article 698-6 du code de procédure pénale, proposant de ramener le nombre

⁹¹⁵ La conventionnalité de la spécialisation de la cour d'assises a été affirmée par la Cour de cassation à deux reprises (Cass. crim., 7 mai 1987, *Bull. crim.*, n° 186, *RSC* 1987, 621, obs. R. KOERING-JOULIN et Cass. Crim., 24 novembre 2004, n° 03-87.855). En outre, elle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité formée contre les dispositions de l'article 706-25 CPP, celle-ci ne présentant pas de caractère nouveau ni sérieux (Cass. crim., QPC, 19 mai 2010, n° 09-82.582).

⁹¹⁶ Cons. const., décis. n° 86-213 DC, 3 sept. 1986, *Rec. Cons. const.* p. 122, cons. n° 13 : « Considérant que la différence de traitement établie par l'article 706-25 nouveau du code de procédure pénale entre les auteurs des infractions visées par l'article 706-16 nouveau selon que ces infractions sont ou non en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur tend, selon l'intention du législateur, à déjouer l'effet des pressions ou des menaces pouvant altérer la sérénité de la juridiction de jugement ; que cette différence de traitement ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée ; qu'en outre, par sa composition, la cour d'assises instituée par l'article 698-6 du code de procédure pénale présente les garanties requises d'indépendance et d'impartialité ; que devant cette juridiction les droits de la défense sont sauvegardés ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la justice doit être écarté ».

d'assesseurs de six à quatre en première instance et de huit à six en appel, a été entérinée par la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique. Derrière l'exclusion des jurés, que l'on entend ainsi protéger d'une exposition dangereuse, se trouve surtout une dynamique d'efficacité. La complexité des affaires motive le sacrifice du juge citoyen, dont l'absence doit être compensée par la haute technicité des magistrats professionnels. Dès lors, malgré l'explosion du contentieux, la spécialisation reste motivée, non par son caractère exceptionnel, mais parce qu'elle participe à un jugement de meilleure qualité, la difficulté étant appréhendée par des professionnels aguerris. Dans la même perspective, la compétence de cette cour a, par la suite, été progressivement étendue au jugement des crimes de trafic de stupéfiants et de prolifération d'armes de destruction massive. L'audience du juge spécialisé s'étend progressivement en matière terroriste, et au-delà même, de sorte qu'un nombre de crimes de plus en plus important échappe au jury d'assises. Certes, la collégialité existe, et respecte les exigences identitaires liées au juge répressif. Il n'en demeure pas moins que cette mutation n'est pas si anodine, en ce qu'elle constitue une remise en cause du modèle traditionnel du procès pénal en matière criminelle. Brèche minime pour le moment, elle pourrait à terme bousculer le schéma habituel, non seulement par le panel d'infractions concernées, mais également en contaminant d'autres contentieux.

475. En définitive, cette déformation du juge criminel, à travers la spécialisation en matière terroriste, reste accessoire, et n'atteint pas sa substance pour le moment. Les qualités essentielles du juge processuel sont préservées, et la collégialité demeure, bien que réduite. Si le rejet du jury est contestable du point de vue de la légitimité du citoyen de connaître des infractions les plus attentatoires à la Nation, et difficilement justifiable par le danger encouru, une protection légale pouvant facilement être mise en place, il traduit en revanche le crédit accordé au magistrat professionnel. Ce dernier détient la compétence suffisante pour juger seul des crimes terroristes, le jury n'étant qu'une valeur ajoutée et non une caractéristique essentielle. De fait, l'identité du juge du procès n'est pas réinventée par l'intrusion d'un juge spécialisé en matière terroriste. Néanmoins, la prudence est de mise face à l'avenir du juge spécialisé, qui pourrait devenir prépondérant dans le jugement criminel, et évincer par ce biais des jurés trop souvent décriés. La technicité est un atout considérable, il est vrai, au regard de la gravité des infractions concernées, mais l'humanité doit permettre de la pondérer. Le citoyen, lorsqu'il est accompagné par le professionnel, apporte une certaine forme

d'équilibre au procès pénal. Il est à ce titre assez significatif de relever les conclusions d'une équipe de recherche, mandatée par la mission Droit et Justice, qui s'est penchée sur les procès terroristes, en particulier islamistes, en matière correctionnelle et criminelle⁹¹⁷. Alors que les chercheurs reconnaissent que la cour d'assises spécialement composée « n'est apparue ni comme une juridiction d'exception ni comme une juridiction spécialisée, mais reste proche du droit commun », ils relèvent cependant l'évolution progressive de la pratique judiciaire, qui « connaît un changement de paradigme : la dangerosité l'emporte sur la culpabilité ; le risque sur l'acte commis ; la prévention sur la répression ». Jusqu'alors, le procès d'assises semblait préserver l'intérêt des justiciables en matière terroriste, alors que la 16^{ème} chambre correctionnelle⁹¹⁸, composée de magistrats spécialisés, avait une fâcheuse tendance à la sévérité. L'oralité des débats présente donc un avantage certain, en ce qu'elle permet l'individualisation de la répression. Le processus implique que les témoins et les experts s'expriment, et la lecture par le président des documents cités. Ici, les assesseurs ne connaissent pas le dossier, ce qui exige, comme pour les jurés, un véritable débat contradictoire, où les faits n'éclipsent pas la personnalité du mis en cause. L'audience d'assises permet donc l'écoute et l'empathie judiciaires⁹¹⁹. L'auteur est jugé selon une grille de délinquance ordinaire, et non en vertu de celle qui préside la répression du terrorisme⁹²⁰. Cependant, le remplacement actuel des magistrats ordinaires par des collègues ultra-spécialisés, précisément issus de la 16^{ème} chambre correctionnelle, participe aujourd'hui à la modification du procès pénal anti-terroriste. Ainsi l'étude rapporte-t-elle « une forte augmentation des peines prononcées depuis début 2020 ». Cette mutation identitaire, sans mériter nécessairement un rejet massif, pourrait peut-être se traduire par une formation mixte, comportant autant de juges professionnels, spécialisés en matière terroriste, que de citoyens. Ainsi, le justiciable bénéficierait d'un procès criminel classique, dont la complexité serait appréhendée par des techniciens de haut-vol, et la sévérité modérée par des profanes.

⁹¹⁷ Rapport final de recherche, Les filières djihadistes en procès. Approche ethnographique des audiences criminelles et correctionnelles (2017-2019), déc. 2019.

⁹¹⁸ Depuis 2015, 200 affaires ont été jugées par la 16^{ème} chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris, où les magistrats se sont très rapidement spécialisés en jugeant quotidiennement les dossiers d'actes terroristes.

⁹¹⁹ V. Rapport final de recherche, Les filières djihadistes en procès. Approche ethnographique des audiences criminelles et correctionnelles (2017-2019), déc. 2019, pp. 32-35. Les témoignages des accusés reproduits dans cette étude sont assez éloquentes au regard de l'incidence de la temporalité des débats sur la peine : « Ainsi, la version des faits relatée par l'accusé est très différente de celle de l'accusation, et relativement peu restituée dans la motivation. Mais, comme aucune transcription n'est disponible et que la motivation elle-même est difficilement accessible, cette version de l'accusé ne peut apparaître que par nos observations. De fait, l'oralité des débats restitue une parole absente des phases précédentes du procès. C'est un moment long où l'accusé a, pour la première fois, le temps de livrer sa vérité afin de convaincre les juges, en présence de sa famille ».

⁹²⁰ P. JANUEL, « Comment juge-t-on les terroristes islamistes ? », *Dalloz actu.*, 5 fév. 2020.

B) Le procès maritime : une consolidation pérenne

« On ne saurait sans méprise grave considérer le droit maritime comme une simple application aux choses et aux gens de la mer du droit terrestre ». ⁹²¹

476. Faut-il connaître la mer pour être en mesure de juger ceux qui l'affrontent, ceux qui l'offensent ? Telle est la question soulevée au regard de la spécialisation du juge pénal maritime, et ce, depuis des décennies. Le législateur a longtemps oscillé entre une justice « classique » ou spécialiste. Récemment, il a choisi son camp, et opté pour un juge ayant l'expérience de la navigation. Cependant, le revirement doit être considéré, cette fois, comme une mutation non négligeable, en ce qu'il rétablit une identité répressive trop longtemps effacée.

477. Le mouvement de spécialisation de la magistrature est assez vaste, et repose sur un enchevêtrement de critères, qui, lorsqu'ils s'attachent à déterminer une compétence *ratione materiae*, comme c'est le cas ici, reposent sur la spécialité de l'infraction. Les juridictions parisiennes sont ainsi amenées à juger des crimes contre l'humanité, des crimes et délits de guerre, des crimes de torture, du terrorisme, du trafic de stupéfiants, ou encore des infractions relatives à la prolifération des armes de destruction massive. Bien que majoritairement concentrée à Paris, la répression spécialisée peut également être interrégionale ou intrarégionale, comme c'est le cas en matière d'accidents collectifs, ou en matière sanitaire, mais également dans le cadre de la criminalité organisée. Elle est également parfois localisée selon un critère de pertinence, en privilégiant le lieu le plus approprié. Le pôle économique et financier de Bastia, notamment, concentre les affaires d'une grande complexité⁹²², même si la délinquance économique et financière est également traitée par les juridictions parisiennes et les juridictions interrégionales. Les juridictions de droit commun peuvent également se doter d'une formation spécialisée lorsque les circonstances l'exigent, comme c'est le cas pour la cour d'assises sans jury qui statue en matière terroriste, ou pour les

⁹²¹ G. RIPERT, *Droit maritime*, t. 1, Rousseau & Cie, 1^{ère} éd., 1913-14.

⁹²² Le critère de « grande complexité » est fixé à l'article 704 du code de procédure pénale : « en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent » pour une liste de délits énumérés par l'article (parmi les nombreuses infractions concernées, le trafic de stupéfiants, l'escroquerie, l'abus de confiance ; mais également des délits relatifs aux jeux de hasard, au code de l'urbanisme, de la consommation, et bien d'autres).

juridictions ayant à connaître des infractions mettant en cause les intérêts fondamentaux de la Nation, ou encore des contraventions en matière de grande voirie, traditionnellement confiées au juge administratif.

478. Au regard de ce maillage inextricable, le choix d'aborder l'apport de la spécialisation du juge en matière de délinquance maritime ne peut avoir pour ambition de démontrer une mutation identitaire commune à toutes ces disciplines. En revanche, le juge de la navigation est représentatif du succès rencontré par les initiatives exposées précédemment, qui sont d'ailleurs de plus en plus plébiscitées. En outre, l'évolution de la répression pénale appliquée au droit maritime a suivi un cheminement intéressant, et particulièrement significatif au regard des qualités identitaires du juge processuel. En effet, telle une boussole qui guide le juge sur les flots, le maintien de son identité, à quai comme au large (1), ouvre le procès à de nouvelles voies navigables (2).

1. Le juge maritime : un spécialiste indépendant et impartial

479. L'indépendance et l'impartialité doivent être transférées au juge spécialisé, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 juillet 2010⁹²³, par laquelle il a censuré la composition des tribunaux maritimes commerciaux, juridictions pénales de la mer.

480. Les mal nommés « tribunaux maritimes commerciaux » ont existé pendant près de soixante-dix ans avant de connaître la censure constitutionnelle pour leur défaut d'indépendance et d'impartialité⁹²⁴. Juge des délits maritimes⁹²⁵, et non de la matière commerciale comme leur dénomination le laissait penser⁹²⁶, ces juridictions spécialisées ont récemment connu une réforme intéressante.

⁹²³ Décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 (*Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*). Sur les conséquences de cette décision, V. *Dalloz actu.*, 24 nov. 2010, obs. S. LAVRIC ; *RSC* 2011. 193, chron. C. LAZERGES ; *RTD civ.* 2010, 517, obs. P. PUIG.

⁹²⁴ Le décret-loi du 29 juillet 1939 a introduit dans le code disciplinaire et pénal de la marine marchande les articles 87 et suivants créant les tribunaux maritimes commerciaux (TMC), les juridictions de droit commun ne donnant pas satisfaction pour régler les litiges maritimes. Néanmoins, ces dernières n'étaient compétentes que depuis la loi du 17 décembre 1926, qui avait également mis en place le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, de sorte que depuis 1852, les infractions au droit de la mer ont presque toujours été jugées par des tribunaux spécifiques.

⁹²⁵ Les crimes ne constituent jamais des infractions maritimes, l'élément criminel prévalant sur le caractère maritime de l'infraction.

⁹²⁶ Le terme « commercial » renvoie ici au caractère non militaire de la compétence maritime.

481. Huit patrons de chalutiers, verbalisés alors qu'ils naviguaient à contresens dans la voie nord-est du Dispositif de séparation du trafic du Pas-de-Calais, ont été condamnés à des peines d'amende par le Tribunal maritime commercial de Boulogne-sur-Mer pour infraction à la règle de circulation maritime n°10 édictée par la Convention internationale de Londres du 20 octobre 1972⁹²⁷. A l'occasion du pourvoi en cassation contestant le jugement rendu, une question prioritaire de constitutionnalité a soulevé l'irrégularité de la juridiction quant à sa formation de jugement. D'une part, les requérants estimaient l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande contraire au principe constitutionnel de l'indépendance et de l'impartialité du juge, en ce qu'il prévoyait que le tribunal maritime commercial était composé de fonctionnaires de l'Administration des affaires maritimes, de sorte que le jugement était exercé par des agents rattachés à l'administration concernée par le contentieux. D'autre part, ils soulevaient une atteinte au procès équitable, dans la mesure où les fonctions de poursuite et de jugement étaient successivement exercées par des fonctionnaires dépendants d'une même administration. Ainsi, un autre administrateur des affaires maritimes était chargé d'instruire l'affaire et de renvoyer le prévenu devant le tribunal maritime commercial, pour un panel d'infractions assez étendu.

482. A titre d'illustration, l'article L. 5242-5 du code des transports réprime la négligence grave du marin, pouvant conduire à la mort d'autrui : « de huit mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende le fait, pour toute personne de l'équipage autre que le capitaine, le chef de quart ou le pilote, de se rendre coupable, pendant son service, d'un fait de négligence sans excuse, d'un défaut de vigilance ou de tout autre manquement aux obligations de son service ayant soit occasionné la perte ou l'innavigabilité absolue d'un navire ou la perte d'une cargaison, soit entraîné des blessures graves ou la mort d'une ou de plusieurs personnes ». L'article L. 5242-6-1 du même code, quant à lui, laisse encourir deux ans d'emprisonnement, et trente mille euros d'amende à celui qui utilise, ou envoie, en dehors de toute situation de danger, des signaux internationaux de détresse. Le couperet instauré par le juge constitutionnel est ainsi salutaire, les infractions susceptibles d'être jugées par de telles instances étant loin d'être mineures.

⁹²⁷ Décret n° 77-733 du 6 juillet 1977 portant publication de la Convention sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer (ensemble un règlement, quatre annexes et deux résolutions) faite à Londres le 20 octobre 1972, *JORF* 8 juillet 1977, p. 3582.

483. Juridiction collégiale et échevinale, le tribunal commercial maritime était formé de cinq juges, avec un magistrat du siège à la présidence⁹²⁸ accompagné de quatre assesseurs non magistrats. L'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande définissait la composition de cette juridiction, et prévoyait qu'y siégeaient notamment un administrateur des affaires maritimes et un agent des affaires maritimes⁹²⁹. Si le prévenu n'était pas marin, un deuxième agent des affaires maritimes venait constituer le quatrième assesseur de la juridiction, ce qui portait à trois le nombre d'agents de l'administration des affaires maritimes sur un total de cinq juges. Placés sous l'autorité hiérarchique du ministre, ces juges faisaient obstacle à l'exigence de séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire⁹³⁰, portant ainsi atteinte à l'indépendance attendue de toute fonction juridictionnelle. Suite à cette question prioritaire de constitutionnalité, l'article 90 est déclaré contraire à la Constitution et abrogé, le contentieux maritime étant transféré aux juridictions de droit commun jusqu'à la mise en œuvre de nouvelles juridictions spécialisées⁹³¹. Ainsi, la censure constitutionnelle rétablit l'identité du juge du procès en droit maritime, et maintient l'équité du procès dans le cadre de la spécialisation du jugement.

484. Le particularisme des juridictions pénales de la mer, qui « évoquent tout à la fois une Cour d'assises, un Tribunal militaire, un Tribunal correctionnel, sans jamais être pleinement ni l'un ni l'autre »⁹³², a été conservé par l'ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime et mettant en place, depuis le 1^{er} janvier 2015, les nouveaux Tribunaux maritimes. Le point d'orgue de la réforme s'attache aux qualités d'indépendance et d'impartialité des échevins, longtemps sacrifiées au nom de l'expérience exigée en matière maritime. Le législateur montre en l'espèce que de solides connaissances de la navigation sont conciliables avec le respect des règles élémentaires de la matière pénale. La loi n° 93-1013 du 24 août

⁹²⁸ L'article 45 de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 a déjà entièrement réécrit cet article 90 et retiré la présidence du tribunal à l'administrateur des affaires maritimes, chef de quartier où siège le tribunal, pour la confier à un magistrat du siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel siège le tribunal.

⁹²⁹ Les administrateurs des affaires maritimes constituent un corps d'officiers de carrière de la marine nationale en application de l'article 1er du décret n° 2008-935 du 12 septembre 2008. Les agents des affaires maritimes sont quant à eux des officiers des affaires maritimes, fonctionnaires civils ou agents contractuels de catégorie A.

⁹³⁰ Art. 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

⁹³¹ Cass. crim., 13 octobre 2010, n° 09-85444, DMF, 2010, n° 717, pp. 690-697, obs. L. BRIAND, « Quel avenir pour les tribunaux maritimes commerciaux? » – *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 841—874, obs. J.B. PERRIER et 2011, n° 86, pp. 265-280 obs. D. FALLON.

⁹³² P. CHAUVEAU, note sous Cass. crim., 7 février 1963, n° 62-91.221, *Bull. crim.* n° 70, à propos des Tribunaux maritimes commerciaux.

1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale avait déjà amorcé ce mouvement par le transfert de la présidence à un magistrat de l'ordre judiciaire, et non plus à un administrateur des affaires maritimes⁹³³. Pour autant, les quatre autres juges composant le tribunal relevaient du corps des agents de l'administration des affaires maritimes et de celui des marins brevetés. Or, comment préserver les garanties du procès équitable lorsque le jugement des marins est assuré par leur propre administration ? Il fallait reconnaître ici un organe plus proche du conseil disciplinaire d'un ordre professionnel que d'un véritable tribunal correctionnel. La présence d'un seul membre de l'autorité judiciaire ne pouvait à elle seule contrebalancer le défaut d'impartialité d'une telle assemblée. La sanction était donc inéluctable, les règles conventionnelles demeurant impératives à toute juridiction pénale, spécialisée ou non. Restait le choix épineux de la suppression, ou pas, de la spécialisation du juge des gens de mer. La réforme, prenant la mesure des expériences passées⁹³⁴ et suivant le sens du courant, généralement favorable à la spécialité⁹³⁵, entend ici l'avis selon lequel : « au-delà de la technicité, les fautes dans le domaine maritime, dont les conséquences peuvent compromettre la sécurité de toute la collectivité du bord, sont bien souvent d'ordre comportemental. Leur évaluation requiert un certain « sens de la mer » et, dès lors, qui mieux qu'un navigant expérimenté peut être à même d'en bien juger ? »⁹³⁶.

485. En effet, l'intégration des nécessités du procès équitable et le changement de dénomination du juge de la mer n'ont pas empêché le maintien d'une juridiction

⁹³³ Art. 45 de la Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁹³⁴ A. MONTAS, *Droit maritime*, Vuibert, 2ème édition, p. 29 et s. : Le jugement des litiges de droit pénal maritime a connu une histoire mouvementée, avec un contentieux alternativement confié soit à un juge spécialisé, soit à la justice ordinaire. Les tribunaux d'amirauté, en charge de telles infractions sous l'Ancien Droit, ont été abolis par le décret-loi du 7 septembre 1790 au profit des juridictions de droit commun. Il faut ensuite attendre un décret du 24 mars 1852 pour observer le rétablissement d'une justice d'exception, à nouveau abandonnée par la loi du 17 décembre 1926 à l'origine du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Enfin, le décret-loi du 29 juillet 1939 rétablit une justice spécialisée, dont le principe perdue avec la réforme mise en œuvre au 1er janvier 2015, malgré la disparition des tribunaux maritimes commerciaux.

⁹³⁵ M-H. RENAUT, « Le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande entre un long passé et un futur sans avenir doit-il disparaître ? », *Dr. pén.* n° 7-8, juill. 2002, chron. 25. L'auteur rappelle que le navire représente de tout temps un instrument de transport et un cadre de vie particulier, qui implique un droit pénal singulier à la mer, et plaide en faveur d'une répression spécifique, qui découle de l'existence d'un droit pénal maritime spécial. À ce titre, l'Histoire témoigne d'une certaine sagesse maritime indissociable du juge spécialisé. Elle est plébiscitée par les justiciables eux-mêmes : « Les marins, après avoir vivement critiqué le TMC de 1852, obtenu sa disparition en 1926, réclament le rétablissement de la juridiction d'attribution, hier si vilipendée et honnie, aujourd'hui reconnue comme nécessaire et revendiquent d'être jugés par leurs pairs connaissant l'âme du marin. »

⁹³⁶ J.C IZARD, « La réforme du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande : la (re)fondation d'une justice pénale maritime ? », *Revue de droit des transports*, n° 4, avr. 2008, étude 4 (Administrateur en chef des affaires maritimes - Chargé d'études au bureau des affaires juridiques et contentieuses - de la direction des affaires maritimes du ministère de l'Écologie, - du Développement et de l'Aménagement durables).

d'exception pour traiter des manquements aux règles de vie à bord des navires, conformément au souhait exprimé par les marins d'être jugés par des pairs. La spécialisation du juge pénal en droit maritime est non seulement la gageure d'une identité préservée, mais elle offre de surcroît une illustration probante de la valorisation apportée au stade du procès. Ici, point de défiguration du juge processuel, ni déperdition de pouvoir. Bien au contraire, fort de son intégrité retrouvée, le juge maritime a pu prétendre à de nouvelles prérogatives.

2. Le juge maritime : un spécialiste aux pouvoirs étendus

486. La censure constitutionnelle concourait au naufrage des tribunaux maritimes commerciaux. Des débats houleux ont à cet égard précédé et accompagné l'adoption de l'ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime⁹³⁷. Cela dit, la mise en conformité des tribunaux maritimes commerciaux aux principes constitutionnels et conventionnels a fait le choix de l'efficacité, en rénovant en profondeur l'institution⁹³⁸, tout en conservant un juge spécialisé⁹³⁹.

487. Dégagé de la tutelle administrative⁹⁴⁰, le juge maritime retrouve un équilibre identitaire, lui permettant désormais d'associer la spécialisation maritime aux qualités

⁹³⁷ Pour la suppression de la juridiction spécialisée, M. MORIN, « Les délits nautiques entre tribunal correctionnel et tribunal maritime commercial », *D.* 1996 p.473. L'auteur plaide pour une suppression de la spécificité, estimant que le particularisme ne se justifie plus : « Quant au motif de la "mentalité des gens de mer", peut-être était-il recevable en 1939 mais, maintenant, avec les moyens d'information et de transport dont nous disposons, la mer et les activités maritimes sont entrées dans le champ de connaissance de tout citoyen. Garder cette particularité maritime ne se justifie plus, ou bien conviendrait-il alors de créer des tribunaux pénaux analogues pour certaines professions au caractère technique très marqué (navigants de l'aviation civile, informaticiens,...) ». À l'inverse, R. ALLIOT, « Réflexions à propos des tribunaux maritimes commerciaux » [Première partie], *Revue juridique de l'Ouest*, 1993-2. pp. 143-200, adopte une position plus nuancée : « La deuxième catégorie de critiques n'a d'intérêt que si l'on admet la nécessité de maintenir l'existence des tribunaux maritimes commerciaux. Or il semble bien que ceux-ci aient un avenir garanti par leur passé et par l'attachement que le milieu maritime leur manifeste. Ces critiques sont en effet plus techniques, plus ponctuelles, elles n'ont pas vocation à entraîner la suppression des tribunaux maritimes commerciaux mais à en aménager le fonctionnement. ».

⁹³⁸ A. MONTAS, *Droit maritime, op. cit.*, p. 29 et s. L'auteur précise que : « La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a autorisé le gouvernement à statuer par voie d'ordonnance. C'est ainsi que l'ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime est récemment venue modifier la loi du 17 décembre 1926 désormais relative à "la répression en matière maritime" (ord. 2 nov. 2012, art. 17). Les références au CDPMM sont remplacées dans toutes les dispositions législatives en vigueur. Depuis le 1er janvier 2015, date de son entrée en vigueur, le CDPMM a quasiment disparu, de même que les TMC ».

⁹³⁹ Cette réforme constituait l'une des préconisations de la commission présidée par le recteur GUINCHARD, qui prévoyait la mise en place de « pôles de la mer », avec la proposition d'un regroupement du contentieux des délits maritimes (Voir le rapport de la commission sur la répartition des contentieux, présidée par M. Serge GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », rapport au garde des Sceaux, La Documentation française, juin 2008).

⁹⁴⁰ E. TIERNY, Justice pénale maritime - Les tribunaux maritimes : « la terre domine-t-elle la mer » ?, rappelle cette enclave à l'exercice des principes fondamentaux de la matière pénale : « L'appareil pénal maritime se caractérisait alors par une forte implication des agents de l'État, notamment des affaires maritimes, à tous les stades de la répression, de l'enquête jusqu'au jugement, de sorte que la tradition maritime marginalisait les principes généraux de la procédure pénale et du droit pénal. L'accroissement de l'empire des règles et principes du droit pénal et de la procédure pénale, et le plus grand niveau d'exigence de ces règles et principes à l'endroit des libertés individuelles, ont rendu nécessaire une correction de ce rapport de force. ».

substantielles du juge pénal. Le choix d'une assimilation au système de droit commun s'applique à l'enquête, avec une instruction menée par les organes procéduraux classiques⁹⁴¹. En revanche, le jugement préserve l'échevinage, avec un tribunal composé de trois magistrats professionnels, dont le Président, et de deux assesseurs maritimes. Cependant, le recrutement de ces derniers exclut à présent non seulement les agents des affaires maritimes, mais aussi les agents de l'État et des collectivités publiques, conformément à la censure constitutionnelle. Cette renaissance du juge pénal maritime refuse de céder à la facilité et ignore brillamment les sirènes louant sa suppression. Le juge maritime relève ainsi le pari d'une spécialisation préservée, mais surtout, magnifiée par la régularisation de son identité répressive.

488. Si les assesseurs maritimes sont aujourd'hui dépourvus de tout rattachement administratif aux affaires maritimes, ils sont tout de même nommés : « en raison de leur expérience et de leur connaissance des réalités de la navigation maritime »⁹⁴². Ainsi, les modalités de désignation des juges non professionnels au travers de l'ordonnance du 2 novembre 2012 traduisent une véritable volonté d'impartialité et d'indépendance. Le tribunal maritime innove d'abord au regard de l'instance chargée de nommer les échevins, puisqu'elle réunit non seulement le Président du tribunal de grande instance et le directeur de la mer et du littoral mais aussi le bâtonnier. La doctrine s'accorde d'ailleurs à souligner cette innovation exceptionnelle et audacieuse, qui consiste à associer le représentant de la défense au choix du juge⁹⁴³. Cette contribution notable à l'équité du procès, en vertu du renforcement des droits de la défense, ressort également du choix des candidats, en fonction des garanties d'impartialité qu'ils présentent à l'assessorat, et de leur expérience de la navigation maritime dans les dix années précédant leur prise de fonction⁹⁴⁴.

489. En outre, le système pénal maritime prend en considération l'évolution des navigants, puisque la loi élargit la sphère de recrutement en intégrant la plaisance au

⁹⁴¹ Art. 4 de la Loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime.

⁹⁴² P. CHAUMETTE, Modernisation du droit pénal professionnel maritime - Ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime, *Dr. soc.*, 2013, p.33.

⁹⁴³ À ce propos, L. BRIAND, « L'ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime. Vers une justice efficace ? » *DMF*, oct. 2013, n° 751, p. 779 ; ou encore E. TIERNY, Justice pénale maritime - Les tribunaux maritimes : « la terre domine-t-elle la mer » ? qui voit dans cette disposition : « une confirmation particulière pour l'avocat de sa vocation d'auxiliaire de justice et de garant des libertés fondamentales ».

⁹⁴⁴ Art. 7 de la Loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime, qui prévoit en outre que les assesseurs maritimes devront avoir plus de trente ans, être de nationalité française et jouir de leurs droits civiques.

dispositif : « Cette expérience pourra avoir été acquise tant dans les domaines de la marine marchande, de la pêche ou de la plaisance professionnelle que dans le domaine de la plaisance non professionnelle »⁹⁴⁵. Afin de parfaire l’alignement sur les règles de procédure pénale, un dispositif d’incapacités, d’incompatibilités, de récusation, et de protection des salariés assesseurs renforce l’impartialité et l’indépendance découlant des qualités personnelles de ces juges non professionnels⁹⁴⁶. La nouvelle architecture du procès maritime, par le biais de la spécialisation, respecte désormais l’identité du juge pénal, alors qu’elle a longtemps participé à son contournement. La mutation du juge maritime doit être saluée, puisqu’elle participe à restaurer le modèle processuel.

490. De fait, la clarification de son statut s’accompagne d’un accroissement notable de ses pouvoirs. Il convient à titre liminaire de remarquer l’exemplarité de cette mutation du juge pénal, qui hisse à son sommet le pavillon blanc tant attendu. L’application de l’article 66 de la Constitution, qui exige une intervention de l’autorité judiciaire, seule gardienne des libertés individuelles, pour prononcer une peine d’emprisonnement, s’accompagne de l’exigence d’une majorité de juges professionnels au sein de la formation de jugement⁹⁴⁷. Cependant, le Conseil constitutionnel permet aux juridictions spécialisées de déroger à cette règle, ce dont pouvait justement se prévaloir le tribunal maritime. Au contraire, l’audience maritime est dotée de la formation la plus exigeante, en imposant une prédominance de magistrats de l’ordre judiciaire pour juger des délits commis en mer. Désormais exempt de tout soupçon d’impartialité, le juge pénal maritime bénéficie d’un accroissement de ses prérogatives.

491. Cela passe en premier lieu par une redéfinition de l’infraction maritime, les atteintes aux règles de sécurité applicables au navire et à la navigation étant ainsi articulées avec celles prévues par le code pénal, lorsqu’elles sont commises en mer. Ainsi, le tribunal maritime peut désormais juger des atteintes à l’intégrité de la personne ou de la mise en danger d’autrui, dès lors qu’elles sont en lien avec la sécurité en mer. Cette délimitation de la notion de « délit maritime » par le nouveau texte, autrefois

⁹⁴⁵ Art. 7 de la Loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime.

⁹⁴⁶ P. CHAUMETTE, Modernisation du droit pénal professionnel maritime - Ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime, *Dr. soc.*, 2013, p.33.

⁹⁴⁷ Décision n° 80-127 du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

délaissée par le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, renforce l'identité du juge répressif : le périmètre de son intervention est circonscrit, ce qui lui évite des conflits de compétence avec le juge généraliste. Les infractions soumises à son appréciation sont nombreuses, et variées. En matière pénale, le juge maritime peut tout aussi bien régler des délits qui relèvent de simples manquements techniques, comme le fait de ne pas se conformer aux obligations relatives aux feux à allumer la nuit et aux signaux à faire en temps de brume⁹⁴⁸, que s'attacher à des questions extrêmement délicates. Le désastre humanitaire que constitue la crise des réfugiés en est une illustration saillante, le juge pénal maritime pouvant notamment réprimer de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende : « le fait de favoriser l'embarquement ou le débarquement d'un passager clandestin ou de le dissimuler »⁹⁴⁹.

492. En outre, il lui est désormais permis de traiter des infractions connexes aux délits maritimes en matière d'atteintes involontaires aux personnes, d'atteintes aux biens, de délit de fuite, et autres infractions fréquemment associées à des délits maritimes. Surtout, le législateur accorde une primauté de compétence au juge maritime, qui implique le dessaisissement de la juridiction de droit commun, ainsi priée de rester à terre. Au final, la nouvelle délimitation du périmètre d'intervention du juge pénal maritime lui octroie une compétence spéciale et exclusive, mettant ainsi fin à un chevauchement longtemps préjudiciable au système pénal maritime.

493. L'arsenal des sanctions est également renforcé, le juge répressif spécialisé voit encore augmenter par ce biais l'étendue de ses pouvoirs. Cette valorisation se manifeste non seulement au regard des catégories de navigants susceptibles de faire l'objet du jugement, mais encore, au vu de la nature des peines prévues⁹⁵⁰. Quant aux justiciables concernés, une illustration significative peut être donnée par l'alignement des règles applicables aux navires soumis à la détention d'une carte de circulation et à ceux contraints de détenir un rôle d'équipage⁹⁵¹. Le juge maritime pourra à présent

⁹⁴⁸ L'article L. 5242-3 du code des transports réprime de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende : « le fait, pour le capitaine ou le chef de quart d'un navire battant pavillon français ou étranger, d'enfreindre, y compris par imprudence ou négligence, les règles fixées par la convention sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer, faite à Londres le 20 octobre 1972, et relatives : 1° Aux feux à allumer la nuit et aux signaux à faire en temps de brume ; 2° A la route à suivre et aux manœuvres à exécuter en cas de rencontre d'un navire ou autre bâtiment. »

⁹⁴⁹ Art. L. 5531-16 du Code des transports : la peine est doublée si l'infraction est commise en bande organisée.

⁹⁵⁰ E. ALLAIN et C. FLEURIOT, « Réforme pénale en matière maritime », *Dalloz actu.*, 7 nov. 2012.

⁹⁵¹ Les titres de navigation maritime, modifiés par la loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue, sont désormais le permis d'armement et la carte de circulation. Le permis d'armement, autrefois désigné par le terme « rôle d'équipage », est

sanctionner le non-respect de l'obligation de porter des marques extérieures d'identification définies par voie réglementaire, aussi bien à l'égard des plaisanciers que des professionnels de la navigation maritime. Par ailleurs, pour certaines infractions⁹⁵², le tribunal maritime peut désormais condamner l'exploitant, le représentant légal, le dirigeant de fait pour une personne morale, donc, plus généralement, toute personne exerçant en droit ou en fait un pouvoir sur la conduite du navire, dès lors que leur responsabilité aura été établie dans la survenance de l'événement. Cela revient à dire que la responsabilité pénale du capitaine n'est plus la seule en cause au regard de ces atteintes à l'environnement, celle du « donneur d'ordre » est également susceptible d'être engagée par le juge maritime. Quant à l'amélioration des sanctions, elle s'illustre notamment par l'existence d'une nouvelle option, saluée par la doctrine et les professionnels⁹⁵³. Il est permis au juge de prononcer la suspension pour une durée de trois ans au plus ou le retrait définitif du permis de conduire en eaux maritimes des navires de plaisance à moteur, et l'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, de solliciter la délivrance d'un nouveau permis⁹⁵⁴, ce qui constitue une réponse efficace et appropriée aux infractions de moindre gravité.

494. En contrepartie, la procédure maritime répressive est alignée sur les règles du code de procédure pénale et celles de la cinquième partie du code des transports, dédiée à la « navigation maritime », sauf si la loi en dispose autrement⁹⁵⁵. La conséquence directe résulte donc en l'ouverture d'un droit de recours contre les décisions du juge

défini par l'article L. 5232-1 du code des transports, par la présence de marins professionnels à bord : « Tout navire ou autre engin flottant dont l'équipage comprend au moins un marin au sens du 3° de l'article L. 5511-1 doit être titulaire d'un permis d'armement délivré par l'autorité administrative ». Les plaisanciers, quant à eux, doivent donc détenir une simple carte de circulation, comme le mentionne l'article L. 5234-1 du code des transports : « Les navires n'ayant à bord aucun personnel professionnel maritime salarié au sens du 3° de l'article L. 5511-1 ainsi que les engins de sport nautique dont la liste est fixée par voie réglementaire sont munis d'une carte de circulation ».

⁹⁵² Notamment, pour les infractions aux règles générales de conduite en mer (articles L. 5242-1 et s. du code des transports) et dans les cas d'abordage, échouement et abandon (articles L. 5263-1 et s. du code des transports). L'élargissement du cercle des personnes responsables avait déjà été amorcé en matière de pollution maritime, suite aux catastrophes des pétroliers *Erika* et *Prestige*. Le capitaine restait l'épicentre du système de responsabilité, renforcé avec la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole de 1978 (MARPOL 73/78) et la directive 2005/35/CE du 7 sept. 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, *JOUE* 30 sept. 2005, pp. 11-21. En revanche, le droit français est allé plus loin que le droit international, avec la loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (*JO* 2 août 2008), qui prévoit des peines applicables, sous certaines conditions : « soit au propriétaire, soit à l'exploitant [...], soit à toute autre personne que le capitaine exerçant en droit ou en fait un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire » en matière de pollution marine par hydrocarbures, dans un souci de responsabilisation plus globale du monde maritime.

⁹⁵³ L. BRIAND, « L'ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime. Vers une justice efficace ? », *op. cit.*, démontre l'utilité de cette nouvelle sanction et rappelle les tentatives jurisprudentielles en ce sens, jusqu'alors exposées à une inévitable cassation (Cass. crim, 18 sept. 1997, n° 97-80.675, *Bull. crim.* n° 308, p. 1032).

⁹⁵⁴ L'article 12 de l'Ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime met en place de telles sanctions pénales aux articles 27 et 28 de la Loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime.

⁹⁵⁵ Art. 16 de la Loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime.

maritime, qui faisait alors cruellement défaut et constituait une atteinte majeure aux règles du procès équitable.

Conclusion de la section 1

495. *A fortiori*, la normalisation du droit pénal maritime a soulevé de légitimes interrogations quant à une éventuelle fusion au sein du droit commun, tant le glissement est manifeste⁹⁵⁶. À cela, il faut ajouter le faible volume du contentieux, qui marginalise encore davantage le juge maritime. Pourtant, il n'en est rien. Le législateur fait le choix délibéré de maintenir à l'audience un juge pénal spécialisé en matière maritime, alors même qu'il disparaît de l'enquête. La mutation identitaire imposée à la juridiction représente ici une plus-value manifeste, en ce qu'elle permet de retrouver la physionomie d'un juge répressif conforme aux exigences européennes, mais doté de compétences et de connaissances adaptées à la particularité du domaine infractionnel visé. La modernisation entreprise a colmaté avec justesse l'obsolescence procédurale, tout en offrant de nouvelles perspectives au regard de la notion transversale que constitue aujourd'hui l'infraction maritime. Le jugement, sur terre, des délits commis en mer, en sort grandi, avec un juge processuel devenu légitime, et plus puissant, mais pourvu de la finesse de décision d'un spécialiste.

496. Des quarantièmes rugissants aux cinquantièmes hurlants⁹⁵⁷, le juge pénal maritime a survécu aux vents les plus violents, parvenant à garantir la sécurité à bord des navires, sans faire de vagues. Toutefois, il ne s'agit pas du héraut escompté, annonciateur d'un avenir paisible pour le juge processuel. Proche, dans l'âme et le corps, du juge prud'homal, il répond à une nécessité périphérique du procès pénal,

⁹⁵⁶ Cette remarque est appuyée par l'ampleur du mouvement, qui ne se contente pas de régulariser les défaillances conventionnelles, mais rénove en profondeur l'intégralité des strates procédurales. L'enquête maritime connaît un alignement plénier sur les règles classiques de procédure pénale, ayant recours aux mêmes organes juridictionnels. La juridiction se rattache au greffe du tribunal de grande instance auprès duquel elle est placée, en lieu et place du contrôleur des affaires maritimes qui assurait jusqu'alors cette fonction. Surtout, alors que le stade du jugement conserve la spécialisation, l'audience abandonne une conduite délétère, qui impliquait d'une part, une décision immédiate et collégiale quant aux exceptions procédurales (la culpabilité étant tranchée par réponse à des questions, sans possibilité de mettre l'affaire en délibéré) ; d'autre part, une délibération particulière consacrée aux circonstances atténuantes, pourtant épurées du droit commun avec le nouveau code pénal.

⁹⁵⁷ Les 40^{ème} rugissants, 50^{ème} hurlants, et 60^{ème} déferlants sont des vents que l'on retrouve dans l'Océan Austral, au plus proche de l'Antarctique. Ils portent les numéros des parallèles qui les délimitent, dans l'hémisphère sud. Leurs noms bruyants peuvent effrayer, et à raison : longtemps redoutés en raison de leur puissance, ils ont façonné les routes maritimes des navires qui se hasardaient dans ces eaux.

permise par la plasticité affichée. Le cœur de l'office du juge, quant à lui, connaît les premiers signes d'une insuffisance aortique, et ce, malgré la flexibilité promise.

Section 2 : La diversité des modes de jugement - une flexibilité perceptible

497. La richesse du procès pénal ne se limite pas à l'hétérogénéité de ses membres, dotés de profils sur-mesure ; ces derniers étant également pourvus de solutions en corrélation immédiate avec les nécessités du contentieux. L'identité du juge processuel se meut à nouveau ici au gré des alternatives offertes. Cependant, ce dernier regard, porté sur les multiples façons de mener le procès pénal, laisse transparaître les premières brèches dans l'identité du juge processuel. Le maintien de l'identité du juge du procès amorce ici un questionnement, qui se posera avec acuité, au regard de mutations plus tranchées, dans le chapitre suivant.

498. En premier lieu, la question de la collégialité est ici particulièrement saillante, au regard du recours à une alternance appropriée entre pluralité de juges et juge unique, aujourd'hui menacée (Paragraphe I). Ensuite, l'exposition du jugement au public répond aux exigences du procès équitable, tout en cultivant le secret lorsqu'il en va de l'intérêt des justiciables. Mais après avoir résisté aux débordements de la médiatisation, la publicité du jugement doit se préserver des excès liés à la sécurisation (Paragraphe II).

Paragraphe I – Juger seul ou à plusieurs, une alternance menacée

499. Questionnement récurrent de la matière pénale, la collégialité représente la règle, le juge unique relevant de l'exception. Malgré l'absence de valeur constitutionnelle du principe, il bénéficie d'un brevet implicite : le juge processuel se conjugue au pluriel, qu'il s'agisse du jugement criminel ou délictuel. Malheureusement, cette garantie de bonne justice apportée par le jugement à plusieurs est en régression permanente, le législateur multipliant les dérogations depuis l'ouverture d'une possibilité de juger seul les délits, par la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure

pénale, aux peines et à leur exécution. Alors que la présence d'un juge unique en matière contraventionnelle pouvait être tolérée au regard de la moindre gravité des infractions, elle est difficilement justifiable au sein du domaine correctionnel, frappé en plein cœur par l'érosion de la collégialité.

500. Or, la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁹⁵⁸, guidée par le souhait de réduire le nombre d'audiences, ambitieuse, lorsqu'elles sont inévitables, d'y faire siéger le moins de juges possible. L'expérimentation d'une cour criminelle, à mi-chemin entre les assises et le tribunal correctionnel, suscite déjà les plus vives inquiétudes au regard de l'éviction du jury. Parmi les conséquences d'une telle mutation, l'altération corrélative de la collégialité qui en résulte s'inscrit dans un mouvement plus général, qui affecte également la justice délictuelle. Pourtant corollaire d'une justice indépendante et impartiale, la collégialité est menacée de toutes parts. Principe général d'organisation judiciaire⁹⁵⁹, elle est une garantie de la liberté individuelle, et un gage de confiance pour le justiciable, à tous les stades procéduraux. ADN du juge du procès, la collégialité se maintient déjà avec difficulté pour le jugement des infractions les plus graves (A) et la montée du juge unique menace à présent de déstabiliser son identité (B).

A) L'érosion de la collégialité

« *Le magistrat unique (...) ne peut avoir lieu que dans un Gouvernement despotique* ».⁹⁶⁰

501. Le jugement des crimes et des délits est donc confié, par principe, à plusieurs juges, malgré quelques exceptions originelles, à savoir le juge de police, qui juge seul des contraventions, et le juge des enfants, qui connaît seul de la délinquance des mineurs. La collégialité s'entend donc comme un critère de l'identité du juge du procès, et devrait en cela constituer un point de repère dans le cadre du jugement. Ce n'est

⁹⁵⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁹⁵⁹ En ce sens, F. DESPORTES et L. LAZERGUES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n° 288, pp. 192-193 : les auteurs voient dans la collégialité un principe directeur de la procédure pénale, ce qui interdit sa suppression par le législateur, malgré l'absence de statut constitutionnel.

⁹⁶⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Œuvres complètes, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, tome 2, 1966, p. 316, Livre VI, chapitre VII (Du magistrat unique) : « Un tel magistrat ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique. On voit, dans l'histoire romaine, à quel point un juge unique peut abuser de son pouvoir ».

pourtant plus le cas, tant les dérogations sont nombreuses. Avant de remarquer la mutation identitaire amorcée par le juge correctionnel, il faut envisager celle qui pourrait atteindre le juge criminel, dans le cadre de la mise en place de la cour criminelle départementale.

502. L'expérimentation d'une cour criminelle départementale – Le juge criminel a su résister aux tentatives de suppression du jury, comme cela a été abordé dans l'étude consacrée au juge professionnel, et n'est fort heureusement pas concerné par le jugement en solitaire. La cour d'assises se compose donc, comme le tribunal correctionnel, de trois magistrats professionnels, le président et les assesseurs⁹⁶¹, et d'un jury constitué de six citoyens en première instance, neuf en appel. Déjà amputé de trois membres par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, le jury pourrait à l'avenir disparaître du jugement d'une grande partie des crimes⁹⁶².

503. L'arrêté du 25 avril 2019 relatif à l'expérimentation de la cour criminelle institue, à titre expérimental, la mise en place d'une cour criminelle départementale, exclusivement composée de magistrats de carrière. Cette nouvelle juridiction est ainsi dotée d'un président et de quatre assesseurs, mais totalement dépourvue de jurés. Annoncée comme « une réponse à l'allongement constant du délai de jugement par les cours d'assises »⁹⁶³, la mesure contribue principalement aux économies budgétaires sous-tendues par l'ensemble de la loi, le calcul issu du remplacement de six jurés d'assises par deux magistrats professionnels étant assez expressif en soi. Cette « mini » cour d'assises détient une compétence réduite aux crimes punis de quinze ou vingt ans de réclusion criminelle, ainsi qu'aux délits connexes, et limitée aux personnes majeures, non récidivistes. La cour d'assises classique reste donc compétente, dans un tel système, pour les crimes les plus graves, et la récidive.

⁹⁶¹ Art. 243 et s. du code de procédure pénale : « La cour proprement dite comprend : le président et les assesseurs. ».

⁹⁶² V. J. KRYNEN, « La cour criminelle, une réforme dans le sens de l'histoire du jury », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

⁹⁶³ Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : Rapport n° 1396, tome I, de Mme Laetitia AVIA et M. Didier PARIS, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 novembre 2018.

504. En dépit des objectifs annoncés par les auteurs du projet à l'origine de la loi⁹⁶⁴, cette transformation du juge criminel atténue son identité, en altérant la collégialité. Certes, l'audience criminelle renforce ici son caractère professionnel, puisqu'elle échange l'ensemble des jurés contre deux magistrats honoraires ou à titre temporaire. Pour autant, elle se compose au final de cinq membres au lieu de neuf, ce qui modifie subséquemment sa façon de juger. Cet aveu est d'ailleurs présent au sein même du projet de loi, repris par l'article 63 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui prévoit en conséquence un principe d'oralité des débats atténué, les membres de la juridiction ayant tous accès au dossier de la procédure. En effet, le dossier de procédure n'étant pas consultable par les jurés et les assesseurs, le jugement des crimes est traditionnellement guidé par ce principe, qui se traduit par la présentation, à l'oral, des éléments de preuve et des moyens de défense lors des débats⁹⁶⁵. Cette règle doit permettre au jury de se prononcer en connaissance de cause, sans être influencé par l'avis émis pendant l'enquête, seulement porté à la connaissance du président. La nouvelle formation criminelle se prive donc d'une telle neutralité, puisque le dossier procédural restera accessible à tous jusqu'au verdict. De plus, la règle de vote est également modifiée, l'exigence habituelle d'une majorité qualifiée laissant place ici à celle de la majorité simple.

505. Enfin, il est possible de s'interroger sur la répartition du contentieux entre la cour d'assises traditionnelle et la cour criminelle, cette dernière étant compétente pour des infractions punies de vingt ans de réclusion au maximum. S'il ne semble pas judicieux de dissocier le contentieux criminel en infractions plus ou moins « graves » dans l'esprit des justiciables, au risque de relativiser un volet de la délinquance criminelle, il faut encore remarquer que la forme de collégialité la plus exigeante est réservée aux crimes les plus sévèrement réprimés par notre code pénal. Est-ce à dire que, proportionnellement à la collégialité, la légitimité est atténuée ? Il faut en tout cas l'envisager, puisque le projet conserve la collégialité plénière, dans sa formation

⁹⁶⁴ Les auteurs du projet de loi, au sein de l'article 42, estiment que : « cette expérimentation permettra de déterminer si le tribunal criminel constitue une réponse appropriée et opportune afin de répondre à l'engorgement actuel des cours d'assises, résultant pour partie de l'institution en 2001 d'un appel en matière criminelle, et aux retards d'audiencement qu'il provoque, retards qu'il n'est plus possible de tolérer, tant dans l'intérêt des accusés que de celui des victimes ».

⁹⁶⁵ Le principe d'oralité des débats est une constante de notre procédure accusatoire, mais connaît une application renforcée devant la cour d'assises. Seul le président accède au dossier, les assesseurs et les jurés en prennent connaissance à l'audience, au travers des interrogatoires et des dépositions (article 379 du code de procédure pénale). Le principe de continuité des débats et l'obligation de délibérer immédiatement après leur clôture (article 307 du code de procédure pénale) participent de cette exigence.

traditionnelle avec les jurés, pour le jugement des crimes les plus graves, la récidive, mais également pour les recours contre les décisions rendues par cette cour criminelle, jugés par la cour d'assises d'appel.

506. Au-delà de la question primaire du nombre de juges, qui peut, ne serait-ce qu'en termes de solennité, revêtir une certaine importance, il faut reconnaître que l'érosion de la collégialité de l'audience criminelle modifie la substance du juge pénal. La réalisation de l'expérimentation est entrée en vigueur le 13 mai 2019, les premières audiences ayant lieu depuis le 1^{er} septembre 2019. Elle doit durer trois ans, dans quatorze départements⁹⁶⁶, avec un rapport d'évaluation qui sera transmis au Parlement six mois avant la fin de l'expérimentation. La cour criminelle départementale en est aujourd'hui à ses balbutiements, et il est déjà possible d'observer quelques divergences. Au-delà de la disparition du solennel article 353 du Code de procédure pénale, dont le prononcé fait appel à l'intime conviction des juges et des jurés⁹⁶⁷, la professionnalisation de la cour d'assises supprime corrélativement les voix des témoins. Plus personne ne s'avance à la barre : ni amis, ni famille, ni experts, ne viennent raconter l'histoire, qui se transforme en une banale lecture des procès-verbaux par les assesseurs. Dès lors, les questions ne sont plus possibles, et le délibéré prend uniquement appui sur le dossier. Il sera certainement délicat d'évaluer la plus ou moins grande sévérité des décisions rendues par cette instance professionnelle face à la cour d'assises habituelle, tant les opinions des jurés sont mêlées à celles des juges de carrière. Il faudra, pour cela, un recul qui n'existe pas encore, l'expérience débutant à peine⁹⁶⁸. Le ministère de la justice estime que la cour criminelle devrait à terme juger de la majorité des dossiers de viols, évitant à ces crimes une correctionnalisation peu acceptable. À ce titre, il faut relever le changement d'intitulé de cette juridiction, d'abord baptisée « tribunal criminel », puis renommée « cour » afin de marquer l'importance des infractions soumises à son appréciation. L'image renvoyée par le juge pénal est donc un facteur d'identité, puisqu'elle permet au justiciable de mesurer la

⁹⁶⁶ Il s'agit des Ardennes, du Calvados, du Cher, de la Moselle, de la Réunion, de la Seine-Maritime et des Yvelines. L'arrêté du 2 mars 2020 portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle (*JORF* n° 0054 du 4 mars 2020) ajoute à ces six premiers départements l'Hérault et les Pyrénées-Atlantiques et celui du 2 juillet 2020, l'Isère, la Haute-Garonne, la Loire-Atlantique, le Val-d'Oise, la Guadeloupe et la Guyane (*JORF* n° 0178 du 22 juillet 2020).

⁹⁶⁷ Le dernier alinéa de l'article 353 du Code de procédure pénale s'achève par cette question : « Avez-vous une intime conviction ? ».

⁹⁶⁸ Néanmoins, dans une récente étude sur la culture pénale en France et en Allemagne, il a été relevé que « les Français et leurs juges sont enclins à prononcer des peines souvent comparables » (F. JOBARD, *Rapport final de recherche : Punitivités comparées - Représentations pénales en France et en Allemagne*, Mission de recherche Droit et Justice, juillet 2019).

gravité des atteintes à l'ordre public. Cependant, cette nouvelle formation prive un grand nombre de citoyens français de la participation au fonctionnement de la justice de leur pays. Alors que la pédagogie et l'humanisme ont des vertus certaines en matière judiciaire, cette expérience questionne également sur le maintien de la qualité et de l'exigence des audiences, la présence des jurés imposant une attention redoublée de la part des juges professionnels. Ainsi, comprendre la complexité du passage à l'acte ou les enjeux autour d'une peine privative de liberté peut restaurer avec bien plus de force la confiance entre le juge pénal et le citoyen que toutes les promesses d'une justice efficace, mais cachée. L'autre intérêt, relatif à la célérité, reste lui aussi nuancé. Si les délais d'audiencement sont plus courts, la durée des audiences reste pour le moment sensiblement la même, et mobilise cinq magistrats professionnels, au lieu de trois⁹⁶⁹. Or, si les atouts liés à la suppression du jury ne sont pas remplis, il conviendra de s'interroger sur l'opportunité de la mutation, et à défaut, de restaurer pleinement la formation citoyenne au terme de l'expérimentation.

507. Le projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire a proposé « au vu des excellents résultats de ces cours criminelles, de les généraliser à l'ensemble du territoire national »⁹⁷⁰, sans attendre la fin de l'expérimentation et sans avoir procédé à l'évaluation prévue par la loi du 23 mars 2019. Les parlementaires y sont pour l'heure opposés, préférant étendre l'expérience d'une année supplémentaire⁹⁷¹. Le gouvernement s'appuie sur les résultats probants rapportés par une « mission-flash » menée par les députés sur les cours criminelles, qui a rendu ses conclusions le 16 décembre 2020⁹⁷² et un rapport d'évaluation qui a été rendu public le 11 janvier 2021 par la commission présidée par le magistrat honoraire Jean-Pierre Getti⁹⁷³. Selon ces études, la cour criminelle départementale permettrait d'économiser environ un tiers du temps d'audience par rapport à la cour d'assises, tout en préservant

⁹⁶⁹ G. THIERRY, « Nouvelles cours criminelles, retour d'expérience des avocats », *Dalloz actualité*, 4 décembre 2019. La presse nationale rapporte quant à elle les premières expériences vécues par les cours criminelles départementales (V. par exemple *Journal Le Monde*, « Arnaud K., premier condamné des nouvelles "cours criminelles" », édition du 6 septembre 2019).

⁹⁷⁰ Étude d'impact (NOR : JUSX2110856L/BLEUE-1) du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avr. 2021, p. 4.

⁹⁷¹ V. P. JANUEL, « Loi Dupond-Moretti : le ministre, les sénateurs et les avocats débattent du secret », *Dalloz actu.*, 30 sept. 2021.

⁹⁷² Mission d'information « flash » sur les cours criminelles de la commission des lois de l'Assemblée nationale publié le 16 décembre 2020, Communication de MM. Stéphane MAZARS et Antoine SAVIGNAT.

⁹⁷³ Rapport de la commission cours d'assises et cours criminelles départementales, 11 janvier 2021 (disponible en ligne : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2021/03/rapport_getti.pdf).

l'oralité des débats⁹⁷⁴. Or, les députés soulèvent une question de crédibilité, eu égard à la nécessité de mener l'expérimentation à son terme, en ce qu'elle était destinée à atténuer les craintes d'abandon du jury populaire. Au-delà du manque de recul et des données trop parcellaires obtenues à court terme, le rapport d'évaluation relève également que : « l'absence de jurés conduit bel et bien à une perte de l'esprit et de la solennité qui caractérisaient la cour d'assises, ainsi qu'à un risque de déconnexion de la justice avec le peuple ». La cour criminelle départementale mobilise un grand nombre de magistrats, ce qui pourrait conduire, en cas de généralisation du dispositif, à la même embolie des juridictions. Il n'existe donc aucune garantie d'amélioration de la justice criminelle par la suppression du jury d'assises, ni en ce qui concerne la pratique de la correctionnalisation, ni en ce qui concerne la célérité de la procédure, si la cour criminelle départementale était étendue à grande échelle.

508. L'avenir du juge criminel est assez incertain, et s'inscrit dans un mouvement plus général de diminution du nombre de juges, malgré l'établissement d'un parallèle entre collégialité d'une part, indépendance et impartialité d'autre part. Cette rupture n'est pas nouvelle, comme le remarque un auteur, mais elle se renforce, ce qui ne manque pas d'éveiller les consciences sur l'évolution sous-tendue : « Certes, l'éclatement n'est pas consommé, puisqu'il s'agit seulement d'en éprouver la faisabilité. De même, l'inégalité en résultant n'est pas aussi originale qu'il y paraît, puisqu'existent déjà des cours d'assises dites « spéciales » (art. 698-6 du Code de procédure pénale), tout comme le défaut en matière criminelle trouve sa résolution sans l'assistance des jurés (art. 379-3 du Code de procédure pénale). Il n'en demeure pas moins qu'elle revient à un bouleversement de la matière criminelle dans ce qui participe, en référence au droit commun, d'une tradition suffisamment longue et probante pour qu'en soit respectée la continuité »⁹⁷⁵. La cohérence n'est pas toujours le fort du législateur, comme le montrent ses attermoissements en matière de collégialité de l'audience correctionnelle. Alors que le législateur tente de généraliser le juge unique au sein du Tribunal judiciaire, une réforme diamétralement opposée avait été mise en place en

⁹⁷⁴ V. Rapport n° 834 (2020-2021) de Mme Agnès CANAYER et M. Philippe BONNECARRÈRE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021, p. 68 : « Le délai d'audiencement est raisonnable (6,5 mois pour les accusés détenus et 8,7 moins pour les accusés libres), l'absence des formalités liées à la constitution du jury autorisant un gain de temps appréciable. Le taux d'appel est également plus faible pour les cours criminelles (21 %) que pour les cours d'assises (32 %), ce qui suggère que leurs décisions sont bien acceptées ».

⁹⁷⁵ Y. MAYAUD, « De la loi au Conseil constitutionnel, une réforme contrastée de la procédure pénale », *AJ pén.* 2019, p.176.

2011. En effet, l'article 54-II de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, avait mis en place une expérimentation consistant à introduire des citoyens assesseurs siégeant aux côtés de magistrats professionnels au sein de plusieurs juridictions et notamment du « tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne ». Cette émanation du tribunal correctionnel devait être chargée de juger des délits les plus graves contre les personnes, énumérés par une liste à l'article 399-2 du code de procédure pénale⁹⁷⁶. L'expérience, qui devait être menée jusqu'au 1er janvier 2014, a pris fin par un arrêté du 13 juin 2012⁹⁷⁷, sans donner lieu à aucune concrétisation. Bien au contraire, le législateur ne cesse de multiplier l'exercice du juge unique en matière correctionnelle, dévoilant peu à peu des intentions radicalement inversées.

509. L'extension continue des dérogations en matière correctionnelle – La règle de collégialité de l'audience délictuelle est fixée par l'article 398 du Code de procédure pénale, et prévoit, en son alinéa premier, que : « Le tribunal correctionnel est composé d'un président et de deux juges », le juge unique étant une simple exception mentionnée au troisième alinéa du même article : « Toutefois, pour le jugement des délits énumérés à l'article 398-1, il est composé d'un seul de ces magistrats exerçant les pouvoirs conférés au président. ». La gravité et la complexité de l'affaire motivent principalement la réunion du collège de trois juges, lesquels participent aux débats et à l'élaboration de la sentence. Ainsi, les dérogations ne devraient-elles concerner que des délits « mineurs », du moins au regard des peines encourues. Ce n'est guère le cas cependant, comme en témoigne la liste des infractions susceptibles d'être soumises à un juge unique. La plupart des délits punis d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans sont concernés par cette mesure, ce qui implique notamment : les délits routiers, les ports d'armes, la contrefaçon, les vols ou certaines violences sur autrui. De toute évidence, le recours massif au juge unique que représente cet inventaire à la Prévert ne se limite pas aux délits de faible importance, le seuil d'une peine de cinq ans d'emprisonnement traduisant en lui-même un certain degré de gravité.

⁹⁷⁶ Étant considérés comme tels : les atteintes à la personne humaine passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans prévue au titre II du livre II du Code pénal ; les vols avec violence prévus au dernier alinéa de l'article 311-4, au 1° et au dernier alinéa de l'article 311-5 et à l'article 311-6 du Code pénal, ainsi que les extorsions prévues aux articles 312-1 et 312-2 du même code ; et les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans prévus à la section 2 du chapitre II du titre II du livre III du Code pénal.

⁹⁷⁷ Arr. 18 mars 2013, V. *Dalloz actu.*, 19 mars 2013, obs. C. FLEURIOT.

510. Différents stades législatifs ont progressivement généré cette mutation identitaire du juge processuel, dont le système initial a pourtant été censuré par le Conseil constitutionnel. Initié par la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution, le recours au juge unique était généralisé par un projet de loi, en 1975⁹⁷⁸, qui abandonnait l'énumération légale pour confier un pouvoir discrétionnaire de décision au président du tribunal correctionnel. Ce dernier devait donc décider en fonction du cas d'espèce. Le Conseil constitutionnel s'est opposé au système ainsi créé, par une décision du 23 juillet 1975, qui relevait ici une atteinte à l'égalité entre les citoyens devant la loi⁹⁷⁹ : « le respect de ce principe fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes »⁹⁸⁰. La censure s'est donc limitée au pouvoir du président, qui ne pouvait opter au cas par cas entre juge unique et collégial, le Conseil constitutionnel ne s'opposant pas à la dérogation au principe d'une audience collégiale. Pourtant essentielle à l'identité du juge pénal, la collégialité n'a pas fait l'objet d'une protection suffisante par le juge constitutionnel, ce dernier validant son contournement et ouvrant ainsi la voie à de nombreuses mutations en ce sens.

511. Dès lors, la liste des délits soumis à un seul juge s'est continuellement étendue, notamment avec les lois du 8 février 1995, du 23 juin 1999 et du 9 juillet 2001⁹⁸¹. Et les retouches sont depuis incessantes, au point que le juge unique est désormais considéré comme : « le juge naturel des délits simples, le plus souvent répétitifs, qui

⁹⁷⁸ Projet de loi du 28 juin 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale (*Gaz. Pal.*, 27-29 juill. 1975, p. 13 ; P. KRSJAK, « Le juge unique en matière pénale », *La Vie judiciaire*, n° 1529 du 28 juillet 1975).

⁹⁷⁹ Un tel système existait pourtant depuis 1970 devant le tribunal de grande instance, mais avec une différence notable, puisque le renvoi au juge unique était facultatif : « On se demandera peut-être pourquoi ce qui est admis aujourd'hui devant le tribunal de grande instance depuis 1970, ne l'a pas été devant le tribunal correctionnel - alors que les deux systèmes présentaient bien des analogies. La raison est simple : outre que le droit pénal met en cause la liberté individuelle, devant les tribunaux de grande instance le renvoi au juge unique est facultatif, en ce sens que la volonté de l'une des parties peut toujours y faire obstacle, tandis que le projet de loi gouvernemental concernant le tribunal correctionnel ne prévoyait pas une telle faculté qui d'ailleurs eût été difficilement concevable en matière répressive. » (R. PERROT, « Le juge unique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, Année 1977, 29-4, pp. 659-674).

⁹⁸⁰ Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Journal officiel du 24 juillet 1975, page 7533, considérant 5 (*D.*, 1977, 629, note L. HAMON et G. LEVASSEUR ; *JCP.*, 1975, II. 18200, note C. FRANCK ; *AJDA.*, 1976, 44, note J. RIVERO ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Grands arrêts du droit pénal général*, I, n°1).

⁹⁸¹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ; Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et Loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt.

correspondent au contentieux de masse »⁹⁸² – soit la majorité des affaires correctionnelles. En outre, l'érosion manifeste de la collégialité vient de connaître son apogée, la réforme mise en œuvre dans le cadre de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 établissant le renversement du principe.

B) La montée du juge unique

« *Juge unique, juge inique* ». ⁹⁸³

512. D'une multiplication des cas d'intervention du juge unique en matière correctionnelle, le législateur vient d'en assurer la systématisation, de sorte que l'exception a remplacé le principe. Feu la collégialité, le juge unique devient le nouveau monarque de l'audience correctionnelle.

513. L'article 40 du projet de loi initial⁹⁸⁴ prévoyait déjà le recours au juge unique pour un nombre considérable de nouveaux délits, dont les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne (art. 222-19, 222-20-1 et 222-20-2 du Code pénal, la cession de stupéfiants en vue de sa consommation personnelle (art. 222-39 du Code pénal), les atteintes à la vie privée (art. 226-1 à 226-3 du Code pénal), les usurpations de fonctions ou de titres (art. 433-12 à 433-18 du Code pénal), certains délits de faux et usages (art. 441-1 à 441-3, 441-5, 441-6 à 441-8 du Code pénal), l'ensemble des délits du code de la construction et de l'habitation. Mais le texte, modifié par la commission des lois, puis adopté par le Sénat⁹⁸⁵ est allé encore plus loin : tous les délits punis de 5 ans d'emprisonnement hors agressions sexuelles sont désormais jugés par un seul magistrat. La loi du 23 mars 2019⁹⁸⁶ modifie donc en ce sens l'article 398-1 du Code de procédure pénale, cette disposition étant entrée en vigueur le premier jour du sixième mois suivant la publication de la loi, soit le 1er septembre 2019. Tout au plus le législateur prévoit-il, pour l'appréciation du seuil de cinq ans d'emprisonnement mentionné au premier alinéa du présent article, qu'il ne soit pas tenu compte des

⁹⁸² J. PRADEL, *Procédure pénale*, 20ème éd., *op. cit.*, p. 157, n° 120.

⁹⁸³ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, 1999, n° 178.

⁹⁸⁴ Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n° 463, déposé le 20 avril 2018.

⁹⁸⁵ Projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, n°1349, déposé le 24 octobre 2018 et renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

⁹⁸⁶ Art. 61 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

aggravations résultant de l'état de récidive ou des dispositions des articles 132-76, 132-77 ou 132-79 du Code pénal. Une bien maigre cautèle, compte tenu de la sollicitation désormais générique du juge unique.

514. Que reste-t-il après cela des critères de gravité et de complexité qui motivent la collégialité ? S'il faut leur reconnaître un caractère relatif, les difficultés d'un contentieux n'étant pas toujours émergentes sous le prisme de la peine encourue ou du type d'infraction considéré, ces deux garde-fous permettent tout de même de marquer une limite à l'expansion continue du juge unique en matière correctionnelle. Mais c'est vraisemblablement à l'imparfait qu'il faut envisager cette dernière phrase, puisque seules les infractions sexuelles conservent un jugement collégial. Or, cette catégorie délictuelle n'est évidemment pas la seule source de gravité ou de complexité. Dès lors, de nombreux délits, présentant un degré important de difficulté, sont maintenant dépourvus de collégialité. Il demeure une seule barrière à l'unicité, celle du maximum de l'emprisonnement encouru, qui ne peut dépasser cinq ans.

515. Par ailleurs, l'article 62 de la loi prévoit la création d'une compétence à juge unique en matière d'appels correctionnels pour tous les délits relevant de la compétence à juge unique du tribunal correctionnel⁹⁸⁷. Une circulaire du 27 mai 2019 en présente les limites : « Comme c'est le cas devant le tribunal correctionnel, il est précisé que la chambre des appels correctionnels siégeant à juge unique ne peut alors prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée supérieure à cinq ans. Elle peut toutefois, si ce renvoi lui paraît justifié en raison de la complexité des faits ou en raison de l'importance de la peine susceptible d'être prononcée, décider, d'office ou à la demande des parties ou du ministère public, de renvoyer l'affaire devant la chambre des appels correctionnels siégeant en formation collégiale ». Jusqu'à présent, il existait un seul cas de figure sans aucune intervention de la collégialité, ni en première instance, ni en appel : celui du recours exercé à l'encontre des décisions du juge de police, le jugement revenant au seul président de la chambre des appels correctionnels⁹⁸⁸. La nouvelle législation généralise le système, de sorte que pour la très grande majorité des délits, le jugement ne jouira plus d'aucun échange entre magistrats. Cette mesure entre

⁹⁸⁷ Art. 510, al. 2, du Code de procédure pénale.

⁹⁸⁸ Art. 547, al. 3, du Code de procédure pénale.

donc en contradiction avec la règle selon laquelle un jugement collégial doit intervenir au moins à un stade de la procédure.

516. La décision collective a précisément pour objet d'éviter la partialité du juge, que l'isolement peut également exposer au manque d'indépendance. Le juge unique est privé du délibéré, qui permet pourtant de confronter son appréciation à celle des autres magistrats. Par conséquent, le jugement rendu par un seul juge présente des garanties inférieures à celles d'une formation à plusieurs, puisqu'il ne permet pas au juge d'échanger avec ses collègues, et donc d'enrichir sa réflexion à leur contact. L'autorité d'une telle décision est moindre, en ce qu'elle ne donne lieu à aucun débat. L'abandon du principe de collégialité étant nécessairement regrettable puisque : « *Du choc des idées naît fréquemment l'électrocution du jugement* »⁹⁸⁹. Dès lors, les critères de gravité et de complexité du contentieux qui justifiaient la collégialité de l'audience correctionnelle deviennent forcément relatifs, et la frontière légitimant le recours au juge unique floue. La réforme envisagée abolit cette justification, de sorte que le principe d'une audience collégiale est clairement remis en cause en matière correctionnelle.

517. Selon le Professeur René Chapus : « la collégialité permet aux juges d'être mieux éclairés, elle accroît les chances d'impartialité des membres du tribunal et elle est de nature à renforcer l'autorité morale du jugement, nécessairement rendu par une majorité ». Amoindrie dans le cadre du procès criminel, marginalisée au sein du procès correctionnel, la collégialité disparaît peu à peu du jugement pénal. En proie à une véritable mutation identitaire, le juge des délits se transforme en juge unique. Alors que la collégialité devient résiduelle au sein du procès pénal, se pose avec acuité la question de la légitimité du juge unique, soulevée par de nombreux auteurs, qui dénoncent : « la remise en question de l'indépendance des juges du fait de la disparition du principe de collégialité »⁹⁹⁰. La collégialité de la décision, comme la publicité du jugement, portent aujourd'hui les premiers stigmates d'un risque de délitement de l'identité du juge pénal, et ce, au cœur du procès.

⁹⁸⁹ A. BRIE, *Le mot du silencieux*, Fides, 1978, p. 61.

⁹⁹⁰ P. CROCQ, « Le droit à un tribunal impartial », dans R. CABRILLAC et alii, *op. préc.*, spéc. n° 535 et 546.

Paragraphe II – Juger publiquement ou en secret, une prérogative éprouvée

« *Un secret a toujours la forme d'une oreille* ». ⁹⁹¹

518. L'oreille judiciaire tolère peu la confiance, préférant exposer le jugement à qui de droit. Puisque la justice est rendue « au nom du peuple français » ⁹⁹², ce dernier est légitimement amené à en connaître les décisions. Cependant, alors que le prononcé du jugement est toujours accessible au public, les débats peuvent être soustraits aux regards extérieurs. Mais la publicité demeure la règle, et le huis clos l'exception. Ainsi, la fidélité du juge du procès à son identité démocratique ne s'étirole pas dans les aménagements ponctuels à la publicité de l'audience (A). En revanche, elle doit se prémunir de l'excès inverse et se réaffirmer audacieusement lorsqu'elle recourt aux nouvelles technologies (B).

A) L'aménagement du débat judiciaire

« *La visibilité de la justice pénale se retrouve à l'audience où le juge exerce son plein office, c'est-à-dire son rôle traditionnel à l'audience. Remarquons que l'audience ne s'affaiblit pas et l'on peut même affirmer qu'elle reprend de la vigueur, qu'elle est plus investie que jamais* » ⁹⁹³.

519. Garantie procédurale au cœur de la matière pénale, la publicité du débat judiciaire participe de l'équité du procès, hautement portée par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ⁹⁹⁴. Elle est réaffirmée à chaque stade du jugement, par le code de

⁹⁹¹ J. COCTEAU, *Le rappel à l'ordre*, Stock, 1926.

⁹⁹² Art. 454 du Code de procédure civile.

⁹⁹³ B. BERNABÉ, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, « La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXIème siècle », Rapport de l'IHEJ remis au mois de mai 2013, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁹⁴ Art. 6 § 1 Convention EDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

procédure pénale⁹⁹⁵, qui respecte ainsi la transparence exigée par l'intérêt général, dans le souci de protection des justiciables contre une justice cachée, échappant à leur contrôle⁹⁹⁶. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs repris à son compte cet impératif de bonne justice, ainsi que les exceptions accordées au principe, selon les particularités de l'instance, dans une décision du 2 mars 2004⁹⁹⁷. Ainsi, bien que la publicité du jugement se hisse au rang de facteur identitaire du juge pénal, elle laisse place au secret lorsque la qualité des débats l'impose.

520. Alors que le prononcé de la décision revêt systématiquement un caractère public, soit parce qu'il a lieu publiquement, soit parce qu'il est mis à disposition du public⁹⁹⁸, l'organisation des débats souffre quelques exceptions. Certaines sont diligentées dans l'intérêt général, d'autres au regard de l'intérêt particulier. Néanmoins, ces embardées sont autorisées avec parcimonie, de sorte que l'audience rouvre ses portes dès que cela redevient possible. La mutation reste de la sorte assez prudente, et préserve la façade publique arborée par le juge pénal.

521. La minorité constitue la première dérogation, l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs prévoyant que : « Devant le tribunal de police, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs, seuls sont admis à assister aux débats la victime, qu'elle soit ou non constituée partie civile, les témoins de l'affaire, les représentants légaux, les personnes civilement responsables, l'adulte approprié mentionné à l'article L. 311-1 et les proches parents du mineur, la personne ou le service auquel celui-ci est confié, les membres du barreau ainsi que les personnels des services désignés pour suivre le

⁹⁹⁵ L'exigence de publicité des audiences est ainsi affirmée pour chaque juridiction de jugement par le code de procédure pénale : art. 535 pour le tribunal de police, art. 400 pour le tribunal correctionnel, art. 512 pour la chambre des appels correctionnels et art. 306 pour la cour d'assises.

⁹⁹⁶ CEDH, 24 nov. 1997, n° 21835/93, *Werner c/ Autriche* : JCP 1998, I, 107, n° 27, obs. F. SUDRE ; RSC 1998, 393, obs. KOERING-JOULIN ; CEDH, 8 déc. 1983, n° 8273/78, *Axen c/ Allemagne*, § 25. – 22 fév. 1984, *Sutter c/ Suisse*, n° 8209/78 § 26. – 29 oct. 1991, *Helmers c/ Suède*, n° 11826/85 § 33-36. – 8 fév. 2000, *Stefanelli c/ Saint Marin*, n° 35396/97, JDI 2000, 167, obs. Fr. DARRIBEAUDE.

⁹⁹⁷ Déc. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, § 117 : D. 2004, 2756, obs. DE LAMY, 956, chron. DOBKINE, 1387, chron. SCHOETTL ; RSC 2004, 725, obs. LAZERGES ; *ibid.* 2005, 122, étude BÜCK ; RTD civ. 2005, 553, obs. Eninas de MUNAGORRI. Le Conseil constitutionnel réaffirme ici le principe de publicité des débats et ses tempéraments : « Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique ».

⁹⁹⁸ La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à plusieurs occasions sur la question de la publicité du jugement, et n'admet aucune exception à la règle. En revanche, elle accepte que la décision soit simplement rendue accessible au public par dépôt au greffe : CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 90 ; CEDH, 8 déc. 1983, *Pretto c/ Italie*, *op. cit.*, n° 71.

mineur. »⁹⁹⁹. Ainsi, l'avenir du mineur justifie la mise en œuvre d'une publicité restreinte, qui doit le protéger d'une exposition néfaste au relèvement éducatif prôné par l'ancien et le nouveau texte de référence de l'enfance délinquante. Au sein du jeune Code de la justice pénale des mineurs, le livre V relatif au jugement consacre même un chapitre à la publicité des audiences. Or, ce dernier s'ouvre par l'article L. 513-1, qui dispose que « Devant le juge des enfants, l'affaire est instruite et jugée en chambre du conseil ». En conséquence, que l'audience soit collégiale ou à juge unique, les débats sont protégés de l'extérieur dès qu'il s'agit d'un enfant. Dans un tel contexte, la règle devient l'exception, la publicité ne pouvant être admise que dans des conditions strictes. Le jugement peut redevenir public lorsque le mineur est devenu majeur au jour de l'ouverture des débats, s'il en fait la demande, ou encore si elle émane d'un autre mis en cause ou du ministère public. Cependant, même dans le cas d'une réouverture au public, le législateur interdit que la médiatisation des débats porte mention de l'identité du mineur au moment des faits, sauf accord de ce dernier¹⁰⁰⁰. Le droit national et le droit européen s'accordent sur la question du secret appliqué de plein droit à la justice des mineurs¹⁰⁰¹, en considérant inopportune l'exposition au public d'une personnalité en construction. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises son attachement à la réinsertion du mineur, intérêt ici supérieur à la publicité des débats¹⁰⁰².

522. La deuxième soustraction au principe de publicité relève d'une décision de la juridiction elle-même, lorsque l'accessibilité de la salle d'audience risque de perturber la prise de décision. Les dispositions sont similaires devant les différentes juridictions, qui évoquent un danger pour : « l'ordre ou les mœurs »¹⁰⁰³ ou encore « la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers »¹⁰⁰⁴. Devant la cour d'assises, le huis clos est même de droit pour certaines catégories d'infractions, si la victime

⁹⁹⁹ Article L. 513-2 du Code de la justice pénale des mineurs (ancien article 14 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. L'article 20 renvoyait à la même règle devant la cour d'assises : « Les dispositions des alinéas 1er, 2, 4 et 5 de l'article 14 s'appliqueront à la cour d'assises des mineurs »).

¹⁰⁰⁰ Art. 306 et 400 du Code de procédure pénale (la règle est également énoncée par l'article L. 513-4 du Code de la justice pénale des mineurs). L'article 306 prévoit également la possibilité pour le président d'interdire l'accès à la salle d'audience aux mineurs (même disposition devant le tribunal correctionnel à l'article 402 CPP).

¹⁰⁰¹ L'article 6 § 1 de la Convention EDH autorise en des termes larges le recours au huis clos : « dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale [...], lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

¹⁰⁰² Le juge de cassation estime que : « la publicité restreinte imposée à la Cour d'assises des mineurs par les articles 14 et 20 de l'ordonnance du 2 février 1945, est une condition essentielle de la validité des débats devant cette juridiction » (Cass. crim., 11 mai 1988, n°87-84.337, *Bull. crim.* n° 210, p. 548) et qu'« il s'agit là d'une règle d'ordre public à laquelle il ne saurait, en aucun cas, être dérogé » (Cass. crim., 6 janvier 1993, n° 92-81.840, *Bull. crim.* n° 10, p. 20).

¹⁰⁰³ Art. 306 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁰⁴ Art. 400 du Code de procédure pénale.

partie civile en formule la demande. Les préoccupations sont ici du même ordre, puisqu'il s'agit d'une délinquance sensible, qui expose l'intimité des protagonistes au grand jour. Ainsi, les affaires de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, de traite des êtres humains ou de proxénétisme aggravé, réprimées par les articles 225-7 à 225-9 du code pénal, sont protégées du public. De la même façon, le juge pénal renonce ici à son identité publique afin de protéger les droits fondamentaux des justiciables.

523. La publicité, pourtant règle d'or du jugement, peut donc être nuisible à l'ordre public, conduisant à une prévalence des droits de la personne sur ceux de la société¹⁰⁰⁵. Le juge lui-même est en charge d'évaluer la divergence des intérêts en présence, compte tenu du pouvoir discrétionnaire du président quant à la tenue des débats en chambre du conseil ou en audience publique. La Cour européenne des droits de l'homme exige simplement une discussion sur le caractère secret des débats, afin que le justiciable puisse apprécier la prise en compte de la proportionnalité des intérêts en présence¹⁰⁰⁶. Néanmoins, le juge européen rejoint le juge national¹⁰⁰⁷ quant à ces restrictions, autorisant un huis clos partiel ou total, selon les termes de la Convention, dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale ; dans l'intérêt des mineurs ou la protection de la vie privée des parties¹⁰⁰⁸ ; ou encore « lorsque dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice »¹⁰⁰⁹. Les modulations permises à l'audience à l'égard de la publicité

¹⁰⁰⁵ V. not. sur la question A. LEPAGE, « Droit à l'oubli : une jurisprudence tâtonnante », *D.* 2001, p. 2079. L'auteur rappelle que « la publicité de la justice se conçoit mesurée dans le temps », de sorte que le droit à l'oubli ne peut être invoqué trop tôt face à l'exigence de publicité des débats judiciaires.

¹⁰⁰⁶ CEDH, 27 février 1980, *Deweert c/ Belgique*, *op. cit.*, § 48 à 54. Et CEDH, 21 février 1990, *Hakansson et Sturesson c/ Suède*, req. n° 11855/85, Série A, n° 171-A, p. 20, § 66. En dehors de cette volonté de donner la parole aux principaux intéressés, qui peuvent donc librement renoncer à la publicité, la Cour module l'exigence de différentes façons, admettant par exemple que la règle de publicité ne soit respectée qu'à l'un des deux degrés du procès, en fonction des particularités de l'instance (CEDH, 2 sept. 1993, *Kremzow c/ Autriche*, *op. cit.*, § 58 à 59 : J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits fondamentaux*, n° 118 ; A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 2ème éd., 2001, n° 176.). Elle refuse cependant cette possibilité lorsque la publicité n'est assurée qu'après la Cour de cassation, cette dernière ne statuant qu'en droit (CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte et alii c/ Belgique*, req. n° 6878/75 et 7238/75, Série A, n° 43 : *Gaz. Pal.* 1982, doctr. FLAUSS ; *JDI* 1982, 216, obs. ROLLAN et CEDH, 10 fév. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, req. n° 7299/75 et n° 7496/76, série A, n° 58 § 29).

¹⁰⁰⁷ Cass. crim., 17 oct. 2001, n° 01-80.399 (n° 6485 F-P+F) : « Le huis clos ne peut être ordonné que si le juge constate que la publicité des débats est dangereuse pour l'ordre ou les mœurs » (*D.* 2001, p. 3397).

¹⁰⁰⁸ CEDH, 16 déc. 1999, *T. et V. c/ Royaume-Uni*, *op. cit.* : Dans cette affaire où deux mineurs de dix ans avaient assassiné un enfant de deux ans, la présence des médias avait privé les accusés de communiquer librement avec leur conseil. La Cour condamne l'État en raison de l'absence de prévision du huis clos alors que l'émotion provoquée dans l'opinion publique était gravement préjudiciable au jugement de ces accusés mineurs.

¹⁰⁰⁹ CEDH, 24 avr. 2001, *B. et P. c/ Royaume-Uni*, n° 36337/97, req. n° 35974/97 et CEDH, 24 mars 2005, *Osinger c/ Autriche*, req. n° 54645/00.

démontrent la plasticité du modèle processuel, dont la souplesse offre une adaptation intelligente aux situations rencontrées, dans le respect des droits fondamentaux.

524. Malgré les aménagements ponctuels consentis à l'égard du secret, l'audience demeure fidèle à l'exigence de publicité de la justice pénale. Le juge du procès se distingue encore ici du juge de l'enquête, qui œuvre précisément à l'abri des regards. En effet, le principe ne s'applique qu'aux jugements au fond sur une accusation, l'instruction étant alors le miroir inversé du procès¹⁰¹⁰. Le caractère public du juge pénal n'est pas altéré par ces transformations ponctuelles et justifiées par des intérêts supérieurs. La Cour de cassation y veille d'ailleurs assez rigoureusement, en contrôlant la motivation du huis clos. Bien qu'elle reconnaisse le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, elle ne se suffit pas notamment d'un simple renvoi à la dangerosité pour les mœurs, ou à la demande de l'avocat d'une partie civile, et exige de véritables explications quant au bien-fondé d'une telle exclusion¹⁰¹¹.

525. Opportunément, le jugement se fait dans la lumière, alors que l'enquête s'épanouit dans l'ombre. Pour autant, les avancées technologiques soumettent le procès à des questions nouvelles, quant aux limites de son exposition. Le juge est ainsi conduit à œuvrer sous le feu des projecteurs, avec le risque de travestir sa personnalité publique en une figure médiatique.

B) La modernisation du débat judiciaire

526. La dégradation du débat judiciaire par le recours aux nouvelles technologies est un sujet d'inquiétude récurrent, tant le progrès technique peut être source du meilleur, comme du pire. L'institution judiciaire n'est pas imperméable, fort heureusement, à la nouveauté, et admet bien volontiers dans le prétoire pénal des outils inédits, afin d'améliorer la qualité de la justice. Au nom de la démocratie, une transparence de plus en plus exigeante est sollicitée à l'égard du juge, en particulier en matière pénale. Cette

¹⁰¹⁰ Le secret est au cœur de l'enquête, la publicité en étant l'exception. Seules quelques dérogations existent, à l'article 199 du Code de procédure pénale : si la personne mise en examen en fait la demande, avec l'accord de la chambre de l'instruction ; dans le cas du débat sur la détention provisoire, sauf exceptions ; et enfin, lorsque la partie civile interjette appel de l'ordonnance de non-lieu fondée sur le trouble mental du mis en examen.

¹⁰¹¹ Cass. crim., 17 sept. 2008 : *AJ pén.* 2008, 514, obs. M. NORD-WAGNER ; *D.* 2009, 2245, obs. J. PRADEL et Cass. crim., 17 oct. 2001 : *Bull. crim.* n° 212 ; *D.* 2001, IR 3397.

volonté de contrôler la façon dont la justice est rendue par le biais d'une modernisation du procès ne peut être bénéfique qu'à la condition d'éviter toute ingérence dans la fonction régaliennne de juger.

527. L'élargissement de la publicité des débats se heurte notamment à la présomption d'innocence et au respect de la vie privée, qui subissent en première ligne les retombées d'une surexposition du procès pénal. La Convention européenne ne s'y trompe pas, et prévoit un régime protecteur, en son article 10 paragraphe 2 puisqu'elle estime que la liberté d'expression et le droit à l'information peuvent : « être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Ces dernières années, la question de l'utilisation des moyens de communication audiovisuels véhiculait le risque de faire sortir le débat judiciaire des palais de justice¹⁰¹². Le défi, aujourd'hui, consiste à éviter de l'enfermer, par le recours à la visioconférence. Dans un cas comme dans l'autre, la mutation identitaire du juge pénal altère ses qualités substantielles, ce qui implique de trouver un juste milieu.

528. L'exposition du débat judiciaire – Les médias audiovisuels n'ont pas un accès libre à l'audience, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image étant interdit dès son ouverture¹⁰¹³. Cette volonté de préserver la sérénité des débats du déferlement médiatique connaît néanmoins des atténuations, l'institution judiciaire entendant ici l'idée selon laquelle, à travers la modernisation du procès : « *coram populo in facie societatis* »¹⁰¹⁴.

529. La première initiative en ce sens est évoquée par l'article 308 du code de procédure pénale, qui autorise le président de la cour d'assises à ordonner

¹⁰¹² Lire à ce propos S. ROURE, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciairisation du débat public », Presses universitaires de France, *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/4, n° 68, p. 737 à 779.

¹⁰¹³ Art. 38 ter de la loi du 29 juillet 1881. L'interdiction est reprise par l'article 308 du code de procédure pénale pour la cour d'assises.

¹⁰¹⁴ Adage latin renvoyant au contrôle exercé par le citoyen ordinaire sur l'activité judiciaire. V. H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, *op. cit.*

l'enregistrement des débats, soit d'office, soit à la demande du ministère public ou des parties, et à l'utiliser dans le cadre du procès jusqu'à la clôture des débats, devant la cour d'assises statuant en appel, devant la cour de révision et de réexamen saisie d'une demande en révision, ou, après cassation ou annulation sur demande en révision, devant la juridiction de renvoi¹⁰¹⁵. Récemment, cet enregistrement sonore et visuel a été rendu automatique devant la cour d'assises d'appel, sauf renonciation expresse de l'ensemble des accusés¹⁰¹⁶. La seconde permission relève de la constitution d'archives audiovisuelles, la loi du 11 juillet 1985¹⁰¹⁷ ayant fait exception pour les affaires présentant un intérêt scientifique ou historique. Soumis à l'autorisation préalable du président du tribunal judiciaire de Paris ou du juge qu'il délègue à cet effet, l'enregistrement n'est disponible que lorsque la décision de justice est devenue définitive, et sa reproduction libre après cinquante ans. En pratique, cette exception est résiduelle, compte tenu de son application extrêmement rare¹⁰¹⁸.

530. La cohabitation des médias et de la justice relève d'un rapport complexe, qui tente de concilier l'exigence de publicité du débat judiciaire, sans en trahir l'essence. Si la possibilité de reproduire les débats dans la presse¹⁰¹⁹ ne suffit plus à satisfaire les nécessités de l'information à l'ère d'une société fondée sur l'image, la question de la présence des caméras dans les prétoires reste une source d'inquiétude pour le juge pénal. Le contentieux répressif cristallise les tensions les plus vives, exacerbant les passions autour du procès. La médiatisation outrancière du temps processuel peut entraîner des débordements gravement préjudiciables à l'équité de la procédure pénale¹⁰²⁰. De fait, l'objectif poursuivi n'est pas le même : « le récit judiciaire

¹⁰¹⁵ Cet enregistrement est réalisable dans les mêmes conditions pour l'audition ou la déposition des victimes et parties civiles.

¹⁰¹⁶ Art. 89 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

¹⁰¹⁷ Art. 222-1 du code du patrimoine, créé par la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice et modifié par la loi n°2008-696 du 15 juillet 2008.

¹⁰¹⁸ À ce jour, seuls quelques procès historiques ont été enregistrés à des fins documentaires : *Barbie* (1987), *Touvier* (1994), *Papon* (1998), *Faurisson* (2007), *AZF* (à Toulouse, en 2009 et 2012 puis à Paris en 2017), *Pinochet* (2010) et *Simbikangwa* (2014). À ce propos, W. AZOULAY, « Constitution d'archives historiques de la justice : un critère d'intérêt encore abscons », *Dalloz actu.*, 9 oct. 2017, qui conteste le critère « d'intérêt historique » laissé à la libre appréciation du juge, et considère que la gravité des faits ou le contexte des crimes commis ne justifient pas l'archivage audiovisuel des débats.

¹⁰¹⁹ Art. 38 à 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁰²⁰ L'emploi de tout appareil d'enregistrement sonore ou audiovisuel au cours des débats a été interdit par la loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 (article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881), afin de mettre un terme aux excès engendrés par leur utilisation. L'insistance des photographes était parfois telle, que les accusés : « se cach[aient] le visage dans leurs mains et préfér[aient] se taire plutôt que de répondre aux questions du président » (R. LINDON, « La télévision à l'audience ? », *D.* 1985. 81). Par ailleurs, même en dehors des débats, et bien qu'autorisé, le recours à un appareil de captation ou de transmission peut générer des atteintes au procès pénal : dans un arrêt du 4 février 2009, la cour d'appel d'Amiens a condamné la diffusion télévisuelle des images montrant les jurés d'une cour d'assises, en train de voter à main levée, pendant le délibéré. Dans cette affaire, le journaliste avait remarqué le reflet de la scène dans l'immeuble en verre faisant face à la salle dans laquelle les magistrats et les jurés étaient réunis pour prendre leur décision et pris l'initiative de recueillir ces images, ensuite diffusées sur une chaîne

privilegie naturellement la recherche loyale de la vérité ; généralement écrit à plusieurs mains, il est souvent sinueux et confronté à des incertitudes ou des approximations ; il comporte des temps morts, des retours en arrière, des zones d'ombre. Le récit médiatique est plutôt tourné vers les scènes marquantes de l'audience, ou celles qui lui paraissent telles, même si elles ne sont pas nécessairement les plus importantes pour l'élaboration de la décision. Si l'émotion est souvent présente dans le récit judiciaire où elle a sa place, la finalité même de l'institution est de rendre une décision qui ne soit pas dictée par elle »¹⁰²¹. Or, la publicité des débats ne saurait permettre une atteinte à d'autres droits fondamentaux, et notamment la présomption d'innocence, nécessairement affectée par la manipulation de l'image effectuée par l'industrie télévisuelle. Au-delà, la publicité des débats ne semble pas gagner en qualité par l'intermédiaire d'un traitement intensif des images, plutôt contre-productif au regard de l'information biaisée qui s'en dégage¹⁰²².

531. Le juge pénal doit rendre ses décisions en étant visible, et non ébloui. Le statut public du juge processuel doit donc s'extirper des sollicitations médiatiques, sous peine d'un travestissement néfaste de son identité. Symétriquement au huis clos, qui ferme les portes de la salle d'audience lorsque l'intérêt individuel surpasse le besoin de savoir de la société, le nombre de fenêtres ouvertes aux médias doit être limité¹⁰²³. Le jugement pénal doit permettre une vue de la scène judiciaire, et non s'exposer au voyeurisme télévisuel. Notre garde des Sceaux vient d'exprimer son souhait de « faire entrer la justice dans le salon des Français [...] dans un double souci de transparence et de pédagogie »¹⁰²⁴. Dans cette perspective, le projet de loi pour la confiance dans

de télévision. Les juges condamnent la violation du secret du délibéré sur la base d'une atteinte à l'intimité de la vie privée, en considérant qu'un tribunal constitue un lieu privé au sens de l'article 226-1 du code pénal. (Cour d'appel d'Amiens, chambre correctionnelle, 4 février 2009, Jacquemart, Nezzari et Tessier c. Min. public et Corne). La Cour de cassation confirme cette jurisprudence, en estimant celui qui filme, en connaissance de cause, le reflet du déroulement du délibéré, à l'insu de la cour et du jury, commet une atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée, au sens de l'article 226-1, alinéa 2, du code pénal (Crim. 16 févr. 2010, 09-81.492). En revanche, tout appareil n'est pas exclu et le législateur estime que les dessins ne sont pas nuisibles à l'équilibre de la procédure pénale, ni la publicité des débats ni la présomption d'innocence n'étant perturbées par l'usage du crayon ou du pinceau : « les croquis de presse, à l'œuvre depuis le XVIIIe siècle et qui naissent du crayon ou du pinceau du dessinateur sont encore, de nos jours, autorisés » (J. SIBER, « Photos du procès Merah dans Paris Match : une transgression légitime ? », *Dalloz actu.*, 13 novembre 2017).

¹⁰²¹ Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, sous la présidence d'E. LINDEN, 22 février 2005, La documentation française, p. 6.

¹⁰²² Pour une critique en ce sens : P. THERY, « Justice et médias, faut-il une caméra dans la salle d'audience ? », *RTD Civ.* 2006 p. 147.

¹⁰²³ Le juge européen lui-même n'impose pas la retransmission des décisions judiciaires (CEDH, 6 mai 2003, *P4 Radio Hele Norge c/ Norvège*, req. n° 76682/01).

¹⁰²⁴ Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire - Audition de M. Éric Dupond-Moretti, garde des Sceaux, ministre de la justice, Compte rendu de la commission des lois du mercredi 21 juillet 2021, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210719/lois.html#toc10>.

l'institution judiciaire souhaite autoriser, dans les conditions prévues à l'article premier, l'enregistrement et la diffusion d'audiences, pour faire mieux connaître le fonctionnement de la justice¹⁰²⁵. Au regard de ce qui vient d'être écrit, il n'est pas certain que cet instrument de communication judiciaire soit salubre à la justice pénale.

532. L'enfermement du procès – Paradoxalement, l'exploitation des nouvelles technologies peut altérer la qualité du jugement, lorsqu'elle conduit à remplacer la proximité physique par une proximité virtuelle. L'identité du juge pénal souffre alors de l'éloignement du justiciable, mis à l'écart de l'audience soit par un écran, soit par une cloison vitrée. Face à ces pratiques, la publicité du débat judiciaire se trouve nécessairement remise en cause, traduisant une mutation négative du juge répressif.

533. La dématérialisation du procès pénal, avec le développement de la visioconférence ou vidéo-audience, s'incorpore dans un mouvement général, qui tend à remplacer le juge par une simple image animée. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui promet d'offrir une justice « plus rapide, plus efficace et plus moderne au service des justiciables », en est un manifeste. Si la suppression de l'audience vise prioritairement la matière civile¹⁰²⁶, la sphère pénale n'est pas épargnée. Parmi les « marqueurs de la justice du XXIème siècle »¹⁰²⁷ en procédure pénale, la visioconférence occupe une place de choix¹⁰²⁸, aux côtés du développement des techniques numériques d'investigation et de la dématérialisation des dossiers et de la chaîne pénale¹⁰²⁹. L'objectif principal de cette dernière réforme consiste à limiter les possibilités de son refus par l'intéressé. Ainsi, l'article 35 du projet de loi de programmation pour la justice a tenté d'imposer le recours à la vidéoconférence au mis en examen, dans le cadre du placement en détention provisoire ou de sa prolongation. Fort heureusement, les sénateurs ont préservé le droit

¹⁰²⁵ Article 1^{er} du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avril 2021.

¹⁰²⁶ L'un des axes majeurs de la réforme poursuit l'objectif de privatiser la justice civile en réduisant le rôle de l'audience. Le Conseil d'État en valide le principe, mais considère qu'une procédure exclusivement écrite et sans audience implique l'accord exprès des parties. Il estime également que sous réserve de l'appréciation par le juge des circonstances particulières de l'espèce, de telles modalités sont « particulièrement adaptées au traitement par voie dématérialisée des petits litiges afférents à des demandes en paiement n'excédant pas un montant fixé par décret en Conseil d'État » (CE, ass., avis, 12 avr. 2018, n° 394535, § 30 et 31).

¹⁰²⁷ J. BOSSAN, La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019 - Considérations sur le pragmatisme contemporain, *RSC*, 2019 p. 567.

¹⁰²⁸ L. DUMOULIN et C. LICOPPE, « Les audiences à distance. Genèse et institutionnalisation d'une innovation dans la justice », *LGDJ*, coll. Droit et société, v. 57, 2017.

¹⁰²⁹ Notamment par la mise en place du logiciel Cassiopée. V. G. THIERRY, 2019, « L'année Cassiopée », *Dalloz actu.*, 23 janv. 2019.

pour le justiciable, dans un contexte aussi important, de refuser la mesure et de rencontrer le juge amené à statuer sur sa privation de liberté. Pour le moment, en matière pénale, l'usage de ce procédé est majoritairement répandu au cours de l'enquête, mais le jugement n'y échappe pas pour autant. Introduit à l'origine pour les audiences avec les territoires d'outre-mer¹⁰³⁰, pour pallier aux difficultés d'éloignement géographique, il se répand depuis une vingtaine d'années, à tous les stades procéduraux, de l'enquête jusqu'aux débats d'aménagement de peine¹⁰³¹, en passant par l'audience. Si la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 fait la part belle à ce dispositif, la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2019¹⁰³², confirmée par celle du 20 septembre 2019¹⁰³³, marque néanmoins un coup d'arrêt à son égard.

534. Le jugement a limité dans un premier temps la vidéo-audience à l'audition des témoins, des parties civiles et des experts. Mais ce mode de jugement est désormais envisageable, avec l'accord du procureur de la République et de l'ensemble des parties, pour la comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel si celui-ci est détenu¹⁰³⁴. La privation de liberté elle-même ne fait plus obstacle à la télé-justice. Au contraire, les portes de la détention lui sont grandes ouvertes, puisqu'elle évite bien des désagréments à l'administration pénitentiaire. Aujourd'hui, la visioconférence est partout, ou presque, et ne semble déranger personne. Ou presque : le législateur et le juge européen l'ont accréditée, le juge pénal s'y est acclimaté, le justiciable devrait donc s'en accommoder.

535. L'article 706-71 du Code de procédure pénale, qui régit l'utilisation de moyens de télécommunications au cours de la procédure, ne cesse de se développer, à mesure

¹⁰³⁰ Ce moyen de télécommunication est initié par l'ordonnance n° 98-729 du 20 août 1998 relative à l'organisation juridictionnelle dans les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre et Miquelon.

¹⁰³¹ Lors de l'enquête, le recours à cette technique est utilisé pour les prolongations de gardes à vue et l'instruction pour l'audition, l'interrogatoire d'une personne, la confrontation entre plusieurs personnes, l'audition ou l'interrogatoire d'une personne détenue ; également dans le cadre du contentieux de la détention provisoire. Au stade de l'application des peines, le recours à la visioconférence est possible pour les débats contradictoires d'aménagement de peine, par les juridictions de l'application des peines de Paris pour le suivi de l'ensemble des personnes condamnées en matière de terrorisme.

¹⁰³² Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *AJDA* 2019. 663 ; *D.* 2019. 910, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2019. 172, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Constitutions* 2019. 40, chron. P. BACHSCHMID, n° 223, et auparavant Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, déc. n° 2011-631, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *AJDA* 2011. 1174 ; *ibid.* 1936, étude O. LECUCQ ; *JA* 2011, n° 442, p. 7, obs. S.Z.-D. ; *ibid.*, n° 442, p. 9, obs. L.T. ; *Constitutions* 2011. 581, chron. V. TCHEN ; *ibid.* 2012. 63, obs. A. LEVADE, n° 93.

¹⁰³³ Cons. const., 20 sept. 2019, n° 2019-802 QPC, *Dalloz actu.*, 25 sept. 2019, obs. D. GOETZ ; *JCP G.* 2019, n° 41, 1011, obs. M. GIACOPELLI V. égal. A. DANET, « Conseil constitutionnel et visioconférence dans le procès pénal ou la double illusion du progrès », *Lexbase Pén.*, octobre 2019, N° Lexbase : N0663BY9.

¹⁰³⁴ Élargissement mis en place par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

des réformes législatives, dans un sens favorable au recours à la visio-justice¹⁰³⁵. La loi du 23 mars 2019 ajoute même un premier alinéa au texte, afin de lui donner pleine latitude : « Aux fins d'une bonne administration de la justice, il peut être recouru au cours de la procédure pénale, si le magistrat en charge de la procédure ou le président de la juridiction saisie l'estime justifié, dans les cas et selon les modalités prévus au présent article, à un moyen de télécommunication audiovisuelle ». Le législateur confirme ici les garanties apportées par le recours à cette technologie, dont la limite principale semble être le principe de spécialité. Ainsi, la visioconférence doit être spécialement prévue par un texte pour être mise en œuvre. Mais au-delà de cette saine limite, la rédaction du texte ouvre la voie d'une admission large du procédé par le juge pénal. En effet, il incombe seulement au juge de vérifier que son usage répond aux « nécessités de l'enquête et de l'instruction »¹⁰³⁶, et il lui est même permis de se passer de toute motivation dans de nombreux cas de figure, le législateur lui imposant alors uniquement le souci « de bonne administration de la justice »¹⁰³⁷. Cet étendard, sorte de label d'une justice de qualité, ne rejoint pourtant pas toujours les exigences du procès équitable. Il s'agit davantage, dans le cadre de la loi du 23 mars 2019, d'un slogan en opportunité. De fait, il a pour écueil principal d'extraire toute décision prise sur son fondement du droit au recours juridictionnel. Le recours à la visioconférence se trouve donc incontestable, dès lors qu'il s'appuie sur le principe de bonne gestion judiciaire. S'ajoute à cela, la neutralisation des facultés d'opposition de l'avocat, qui peut être prévenu jusqu'au dernier moment de la mise en œuvre de cette technologie, et qui doit être averti de la tenue de l'audience par le client lui-même en cas de refus

¹⁰³⁵ Introduite à titre provisoire par l'article 32 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, cette possibilité a été pérennisée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice et a vu son champ d'application s'élargir en 2004 (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité), 2005 (loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance), 2007 (lois n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale et n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance), 2009 (loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire), 2011 (lois n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure et n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue), 2014 (loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive) et 2016 (Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale et Ordonnance n° 2016-1636 du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale).

¹⁰³⁶ Cette formule particulièrement ouverte s'articule avec celle du deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (8 nov. 2001, Série des traités européens n° 182, art. 9) qui exige l'« indication des raisons pour lesquelles il est inopportun ou impossible de faire comparaître l'individu concerné en personne ». Dans les deux cas, le juge bénéficie d'une grande souplesse dans sa motivation.

¹⁰³⁷ Ici, la chambre criminelle a estimé que la motivation ne s'appliquait pas à l'alinéa 4, qui commence par « ces dispositions sont également applicables ». Par conséquent, le recours à la visioconférence se passe de toute justification pour ce qui concerne les auditions, les interrogatoires - même celui de première comparution d'une personne détenue - les débats préalables au placement et à la prolongation de la détention provisoire, sauf dans cas où le juge entend passer outre un refus (Cass. crim., 7 déc. 2010, n° 10-86.884, *RSC*, 2011. 419, obs. J. DANET ; Crim. 11 avr. 2012, n° 12-81.804, *Bull. crim.* n° 90 ; Cass. crim., 16 oct. 2018, n° 18-81.881, *D.* 2018. 2092 ; *AJ pén.*, 2018. 586, obs. D. MIRANDA ; *RSC*, 2018. 930, obs. F. CORDIER).

par ce dernier d'un tel procédé. Bien souvent, il est impossible pour ce dernier de réagir à temps, les possibilités de contestation étant ainsi réduites à néant¹⁰³⁸. La mise en œuvre du droit à l'avocat elle-même peut se trouver altérée par un tel procédé : alors que l'article 706-71 du Code de procédure pénale prévoit l'information de l'avocat, la jurisprudence évite souvent l'annulation lorsque cette communication est défailante. La chambre criminelle intervient parfois pour sanctionner de tels abus : ce fut le cas par exemple à propos d'une audience menée par la chambre de l'instruction dans le cadre d'un appel de demandes de mise en liberté rejetées par le juge des libertés et de la détention¹⁰³⁹. Le prévenu avait été extrait de la maison d'arrêt où il faisait l'objet d'une détention provisoire, et présenté physiquement à la juridiction, la connexion nécessaire à la visio-conférence ayant échoué. L'avocat, quant à lui, l'attendait tranquillement en détention, n'ayant pas été informé du changement de modalités. Ici, le juge de cassation rend effective l'information exigée. Mais il lui arrive par ailleurs de se montrer bien moins attentif, lorsqu'il considère par exemple qu'« il se déduisait nécessairement que la comparution de son client à ce débat aurait lieu par visioconférence » dès lors que celui-ci était détenu en métropole et que l'audience devait se tenir outre-mer¹⁰⁴⁰. Assez inégale, cette information n'est pas toujours respectée et se traduit parfois par une atteinte aux droits de la défense.

536. De plus, la chambre criminelle a pu affirmer que le caractère public de l'audience s'apprécie en fonction du lieu de la juridiction. Dès que la salle d'audience respecte cette exigence, il importe peu que le lieu de détention n'y soit pas soumis, le principe de publicité se satisfait de trouver son exercice en un seul endroit¹⁰⁴¹. L'immense souplesse dont bénéficie la mise en œuvre de cette technologie n'est pourtant pas sans incidence sur la qualité du jugement rendu.

537. Dès lors, comment concilier l'exigence de publicité inhérente au procès pénal et l'usage d'une image sonorisée en lieu et place de la présence physique de la personne, qu'il s'agisse d'un témoin, d'un expert, d'une partie civile ou du prévenu lui-

¹⁰³⁸ Cass. crim., 12 déc. 2017, n° 17-85.535 ; Cass. crim., 20 déc. 2017, n° 17-86.176, publié au Bulletin, *Procédures* 2018. Comm. 88, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 20 juin 2017, n° 17-82.306, publié au Bulletin. Également, Cass. crim., 26 juin 2019, n° 19- 82.838.

¹⁰³⁹ Cass. crim., 26 juill. 2017, n° 17-82.789.

¹⁰⁴⁰ Cass. crim., 6 sept. 2016, n° 16-83.903.

¹⁰⁴¹ Cass. crim., 16 mars 2016, n° 15-87.644, *Bull. crim.* n° 846 ; Cass. crim., 28 juin 2011, n° 11-82.273.

même ? Face à la généralisation de tels procédés, et alors que la Cour de cassation a établi le principe que la comparution par visioconférence valait comparution personnelle¹⁰⁴², il est légitime de s'interroger sur les conséquences de cette transformation numérique du procès pénal. Malgré les quelques avantages procurés par ce procédé, comme la possibilité d'entendre la parole de l'expert, au lieu d'une simple lecture de son rapport, ou de recourir à l'interprète d'une langue rare dans des délais très brefs, les nuisances ne sont pas acceptables¹⁰⁴³. L'adaptation de la technique juridique à l'outil technologique ne doit pas se traduire par la délivrance d'un blanc-seing à la destruction du rituel judiciaire, dont les symboles préservent la sphère d'un débat public neutre et mesuré¹⁰⁴⁴.

538. La Cour européenne des droits de l'homme a statué sur la visioconférence dans l'arrêt *Marcello Viola contre Italie* du 5 janvier 2007 en précisant que : « Si la participation de l'accusé aux débats par vidéoconférence n'est pas, en soi, contraire à la Convention, il appartient à la Cour de s'assurer que son application dans chaque cas d'espèce poursuit un but légitime et que ses modalités de déroulement sont compatibles avec les exigences du respect des droits de la défense, tels qu'établis par l'article 6 de la Convention »¹⁰⁴⁵. Relativement favorable au procédé technologique, déjà adopté par plusieurs Etats membres¹⁰⁴⁶, la position du juge européen reste prudente. Cependant, l'analyse de la jurisprudence consacrée recèle certaines ambiguïtés, notamment quant à la question de savoir si la visioconférence peut être utilisée dès la première instance,

¹⁰⁴² Cass. crim., 1er oct. 2013, n° 13-85.013. À ce propos : L. DUMOULIN, « La visioconférence dans le procès pénal : une solution pragmatique devenue le vecteur d'une politique managériale de la Justice », *Dr. pén.*, n° 6, Juin 2018, entretien 5. Pourtant, il a pu être démontré que la simple participation au procès par ce biais ne s'apparente pas à une véritable présence physique (A. DANET, *La présence en droit processuel*, thèse, Bordeaux, 2016, n° 73 s.).

¹⁰⁴³ À ce propos, J. BOSSAN, « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser », *RSC* 2011 p. 801. Outre la désincarnation du procès pénal, préjudiciable à la publicité des débats ; la visioconférence peut placer le justiciable dans une situation désavantageuse, notamment par l'éloignement de son défenseur, contraint de choisir entre une présence auprès de son client ou bien devant le juge. Ce dernier rapporte le fait que l'avocat se trouve dans la majorité des cas dans la salle d'audience : « Or, comme le souligne un auteur "l'écran fait écran" de sorte l'impact de la plaidoirie, comme celui d'une confrontation ou de l'interrogatoire d'une personne par visioconférence risque d'être atténué. Ces arguments expliquent notamment que les avocats préfèrent, le plus souvent, être présents dans la salle d'audience et non auprès de leur client » (J. DANET, « La justice pénale entre rituel et management », PU Rennes, 2010, p. 198).

¹⁰⁴⁴ À propos de la « désolennisation » du rituel judiciaire : F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, Bibliothèque des sciences criminelles, *LGDJ*, T. 46, 2009, n° 429.

¹⁰⁴⁵ CEDH, 5 janv. 2007, *Marcello Viola c/ Italie*, *op. cit.*, § 67. Par ailleurs, le deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire prévoit la possibilité d'entendre, d'un État à un autre, un témoin ou un expert, par ce moyen technique.

¹⁰⁴⁶ Pour des illustrations des différentes applications, voir notamment l'évaluation du projet *Virtual court* en Angleterre, avec une mise en oeuvre lors de la première comparution (M. TERRY, S. JOHNSON et P. THOMPSON, *Virtual Court Pilot. Outcome Evaluation*, Ministry of Justice Research Series 21/10, déc. 2010, <http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/moj-research/virtual-courts.pdf>) ou le programme *Telehoren* en Telepleiten, visant à développer la visioconférence entre les établissements pénitentiaires et les palais de justice (V. F. Henning et G. Y. Ng, *The challenge of collaboration - ICT implementation networks in Courts in the Netherlands*, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, n° 28, 2009, p. 27-44).

ou seulement en appel, si bien qu'un renforcement de son contrôle serait souhaitable dans les années à venir¹⁰⁴⁷.

539. Le Conseil constitutionnel a validé à son tour le recours à la visioconférence le 6 septembre 2018¹⁰⁴⁸ dans le cadre de l'examen de la loi dite « Asile Immigration »¹⁰⁴⁹, et ce, malgré les vives contestations soulevées depuis de nombreuses années à l'égard de cette technologie en matière judiciaire. La Cour de cassation ne semble pas davantage inquiète de cet envahissement technologique, ses décisions favorisant elles-mêmes l'extension de la visioconférence. Un auteur évoque ainsi « une normalisation » de la pratique par le juge du droit, en s'appuyant sur deux exemples concrets¹⁰⁵⁰. Elle a pu considérer, d'abord, que l'article 512 du Code de procédure pénale, qui prévoit le recours à la visioconférence devant le tribunal correctionnel, pouvait également s'appliquer à la procédure en appel¹⁰⁵¹. Par ailleurs, elle interprète le terme de « comparution personnelle » dans le sens d'une adéquation avec cette audience filmée, et non exclusivement d'une présence physique¹⁰⁵². Difficilement contestable, cette assimilation est en outre appuyée par le législateur européen. Une directive de 2016 raisonne bien en ce sens lorsqu'elle « le droit d'assister à son procès », formule qui englobe aussi bien une présence physique que numérique¹⁰⁵³. Ainsi, l'auteur remarque avec audace que s'il fallait s'en tenir à l'interprétation stricte des textes qui s'appuient

¹⁰⁴⁷ L. MILANO, « Visioconférence et droit à un procès équitable », *RDLF* 2011, chron. n°8, qui s'interroge au regard du droit d'accès au juge : « Selon une jurisprudence classique, l'article 6 reconnaît à l'accusé "le droit de participer réellement à son procès", cela inclut "le droit d'y assister mais aussi d'entendre et suivre les débats" (CEDH, 23/02/1994, n°16757/90, *Stanford c/Royaume-Uni*), lorsqu'une juridiction d'appel "doit examiner une affaire en fait et en droit et procéder à une appréciation globale de la culpabilité ou de l'innocence, elle ne peut statuer à ce sujet sans évaluer directement les éléments de preuve présentés en personne par l'inculpé qui souhaite prouver qu'il n'a pas commis l'acte constituant prétendument une infraction pénale" (CEDH, 6/07/2004, n° 50545/99, *Dondarini c/Saint-Marin*). Ces jurisprudences sont citées dans l'arrêt *Marcello Viola* (§§53 et 58). Or, dans cet arrêt, comme l'observe la Cour (§63), la cour d'assises d'appel qui jugeait Marcello Viola, "était appelée à examiner l'affaire en fait et en droit et à procéder à une appréciation globale de la culpabilité ou de l'innocence du requérant" (c'était également le cas dans les autres affaires italiennes jugées par la Cour EDH). La compétence de pleine juridiction de la cour d'assises d'appel ne l'empêchera pourtant pas d'estimer que la participation du requérant par visioconférence à cette procédure n'a pas porté atteinte au droit à un procès équitable. Il faut donc en déduire que, pour la Cour européenne, la présence par visioconférence d'un prévenu équivaut à sa présence physique. On peut dès lors s'interroger sur le fait de savoir si le droit à la comparution personnelle d'un prévenu implique nécessairement sa présence physique ou si la Cour ne se satisferait pas d'une audience par visioconférence ? Dans ce cas, cela signifierait, contrairement à la conclusion que nous avons tirée précédemment, que la visioconférence peut être utilisée dès la première instance, ce qui serait, à notre avis, très problématique au regard de l'effectivité du droit d'accès au juge ». La jurisprudence manque donc réellement de clarté et il est important que la Cour prenne position sur ces questions dans sa jurisprudence future.

¹⁰⁴⁸ Cons. const., 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC, pts 23 à 27;

¹⁰⁴⁹ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

¹⁰⁵⁰ J. BOSSAN, « La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019 - Considérations sur le pragmatisme contemporain », *RSC* 2019, p. 567.

¹⁰⁵¹ Cass/ crim. 25 mai 2016, n° 16-81.217, *Bull. crim.* n° 158 ; *D.* 2016, 1201.

¹⁰⁵² Cass. crim. 27 févr. 2018, n° 17-87.133, *AJ pén.* 2018. 259, obs. D. AUBERT ; *Dr. pén.* 2018, comm. 89, obs. A. MARON et M. HAAS.

¹⁰⁵³ Dir. (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales (art. 8).

sur cette terminologie, il paraît peu probable que ses rédacteurs aient envisagé, il y a plus de soixante ans, l'assimilation à la vidéoconférence. Qu'importe, à la manière de l'Académie française inaugurant son dictionnaire numérique¹⁰⁵⁴, le juge de cassation se veut le miroir de la société et semble enclin à une modernité version 2.0.

540. En revanche, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a exprimé sa profonde réticence face au déploiement de cette technique, dans un avis rendu le 14 octobre 2011. Il plaide ainsi pour un usage raisonné de la visioconférence, estimant que : « dans les matières où les questions de fait l'emportent sur des questions de pur droit ou quand la personnalité de l'intéressé ou ses explications sont un élément déterminant de la décision à prendre, le recours à la visioconférence doit être l'exception »¹⁰⁵⁵. De la même façon, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, dans un avis rendu le 15 avril 2010, avait déjà mentionné une atteinte à la publicité des débats et aux droits de la défense, en l'absence de consentement de la personne qui comparait¹⁰⁵⁶.

541. Le Conseil constitutionnel vient néanmoins de rendre deux décisions qui semblent marquer une rupture dans l'évolution du droit relatif au recours à la visioconférence¹⁰⁵⁷. Sans aller jusqu'à contester son usage au regard de la tenue du procès, il consacre une garantie de présentation physique, qui contredit l'extension continue de la vidéoconférence. Pour autant, la portée de ce droit de présence physique de l'intéressé interroge, la décision du Conseil constitutionnel étant peu éclairante sur son étendue. Le projet de loi à l'origine de la réforme a en effet tenté de supprimer toute possibilité de refus de la visioconférence de la part du justiciable, provoquant d'abord l'hostilité des sénateurs. Le juge constitutionnel lui-même s'y oppose à l'occasion de questions prioritaires de constitutionnalité, en estimant que les dispositions concernées portent atteinte aux droits de la défense « eu égard à

¹⁰⁵⁴ La prestigieuse institution, vieille de 325 ans, a mis en place une plateforme numérique et gratuite de son dictionnaire, le 7 février 2019. Les immortels se félicitent de cette révolution, le dictionnaire en ligne étant actualisé tous les trois mois, et intégrant « des mots jeunes ». Ainsi, nos académiciens vont-ils pouvoir utiliser le mot « kif », par exemple, pour rendre grâce au souffle nouveau apporté par l'ère numérique (V. Dossier de presse, « Dictionnaire de l'Académie française en ligne », sur le site de l'académie française : <http://academie-francaise.fr/actualites/dictionnaire-de-lacademie-francaise-en-ligne>, consulté le 28 février 2019).

¹⁰⁵⁵ Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, Journal Officiel du 9 novembre 2011 - Numéro 260.

¹⁰⁵⁶ Avis CNCDH, 10 avr. 2010, sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, LOPPSI.

¹⁰⁵⁷ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *op. cit.* et Cons. const., 20 sept. 2019, n° 2019-802 QPC, *op. cit.*

l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent dans le cadre d'une procédure de détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication ». Il consacre bien ici une garantie de présentation physique permettant au justiciable de refuser le recours à la visioconférence. Néanmoins, il reconnaît simultanément à cette initiative l'objectif louable de « contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics, en évitant les difficultés et les coûts occasionnés par l'extraction de la personne placée en détention provisoire ». S'ajoute à cette affirmation quelque peu contradictoire, des restrictions quant au champ d'application de ce droit. La mention exclusive de la procédure de détention provisoire interroge sur le cadre de cette garantie. Aussi l'audience de jugement pourrait-elle en être écartée, alors-même que l'intérêt d'une présence physique y est tout autant, et peut-être même davantage, essentielle.

542. En outre, au sein même du contentieux de la détention provisoire, des questions se posent entre placement et prolongation de la mesure d'une part, auxquelles la garantie s'applique, et demande de mise en liberté d'autre part, qui n'est pas mentionnée. Une seconde question prioritaire de constitutionnalité, rendue le 20 septembre 2019, confirme l'effectivité de celle-ci dans le cadre des demandes de mise en liberté. Les deux décisions se prononcent néanmoins sur la base d'une version de l'article 706-71 du Code de procédure pénale antérieure à la réforme. Il n'est peut-être pas si innocent de remarquer le copier/coller opéré par législateur du 23 mars 2019, qui se contente de décaler d'un alinéa la formule, sans la modifier. Aussi peut-on lire à la fin de l'article 706-71 alinéa 4 : « Lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire, la personne détenue peut, lorsqu'elle est informée de la date de l'audience et du fait que le recours à ce moyen est envisagé, refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion », sans aucune référence à la demande de mise en liberté. Des interrogations similaires se posent d'ailleurs au regard d'une éventuelle différence entre la matière criminelle et la matière correctionnelle, la première seulement étant visée par les sages, de sorte qu'il est assez difficile de savoir si le silence est simplement la résultante de la saisine circonscrite à la question posée, ou bien révélateur d'une volonté de limiter la garantie de

présentation physique. Mais surtout, et au-delà des applications ponctuelles qui viennent d'être évoquées, le Conseil se targue d'une formule bien plus préoccupante. Sa motivation doit ainsi être comprise « en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication ». Est-ce à dire qu'une amélioration significative de la technologie en cause – dont les défauts techniques sont encore régulièrement décriés – pourrait annihiler cette fameuse garantie de présentation physique ? L'hypothèse est loin d'être extravagante « *en l'état des législations dans lesquelles s'impose le recours à ces moyens de télécommunication* », pourrait-on dire, en ajustant à peine la sémillante formule.

543. Malgré le frein constitutionnel, la loi du 23 mars 2019 s'attache à contourner les velléités de refus de la part du justiciable dans l'admission de la visio-conférence et s'éloigne à grand pas du principe de précaution qui devrait présider sa mise en œuvre. Au fond, cette « justice informatique » semble bien difficile à « torpiller », pour reprendre le plaidoyer d'un auteur¹⁰⁵⁸. Avant que le juge constitutionnel se prononce, la Cour de cassation a refusé quatre fois de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité portant sur le respect de l'équité du procès par la visioconférence. Son *leitmotiv*, invariable, repose sur l'assimilation de cette technologie à une comparution personnelle. La volonté de supprimer le droit pour la personne détenue de s'opposer à la visioconférence au cours d'une audience de prolongation de la détention, portée par la loi de programmation et de réforme de la justice, a donc constitué un changement de circonstances heureux, permettant le réexamen de ce contentieux. Il n'en demeure pas moins que si le Conseil constitutionnel censure le recours forcé à la visioconférence, le périmètre de cette décision reste limité. En effet, s'il estime qu'une présentation physique « permet au juge d'apprécier plus directement les conséquences de la détention sur l'intéressé et à celui-ci de formuler plus librement ses arguments », la question se pose en des termes bien plus souples dès lors que la personne n'est pas détenue. Et même lorsque la personne est privée de liberté, la seule matière criminelle pourrait justifier de refuser ce procédé dans le cadre de la détention provisoire. Les Sages considèrent en effet que le délai d'un an au bout duquel peut intervenir la première prolongation doit au moins permettre une véritable rencontre et non une

¹⁰⁵⁸ M. BABONNEAU, « Visioconférence devant la chambre de l'instruction : "une justice informatique" qu'il faut torpiller », *Dalloz actu.*, 11 sept. 2019.

présentation par écrans interposés¹⁰⁵⁹. Cela ne les empêche pas pour autant de prendre en considération le coût des extractions judiciaires au regard de l'objectif poursuivi¹⁰⁶⁰.

544. Frappée d'inconstitutionnalité, la loi du 23 mars 2019 avait déjà été limitée, avec la censure du 3^o du paragraphe 10 de l'article 54 supprimant l'obligation de l'accord de l'intéressé pour le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle, s'agissant des débats relatifs à la prolongation d'une mesure de détention provisoire¹⁰⁶¹. La nouvelle loi s'en donne d'ailleurs à cœur joie, peu important qu'une telle pratique puisse nuire à la qualité du procès pénal¹⁰⁶². Non seulement les dispositions viciées n'ont pas disparu, comme cela a pu être expliqué en amont, mais de surcroît, elle a eu l'audace d'ériger cette pratique en principe de bonne administration judiciaire, en tête de l'article 706-71 du Code de procédure pénale. Elle en profite même pour ajouter une nouvelle disposition, avec l'article 706-71-1 du Code de procédure pénale. Illustration parfaite d'une leçon bien apprise, – puisque le texte envisage le refus de la visioconférence –, elle n'oublie pas incidemment d'empêcher le justiciable de se raviser lorsqu'il a donné son acceptation¹⁰⁶³. En outre et surtout, reconnaître les cas dans lesquels l'accord de l'intéressé est requis revient à en accepter d'autres, pour lesquels le refus est interdit. À regarder de près cette réforme kafkaïenne, « On cherche en vain son souffle – asthmatique d'une justice réduite à gérer des flux – ou son esprit – embrouillé et sans aucune concentration »¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁹ D. GOETZ, « QPC : non-conformité totale à la Constitution de la visio devant la chambre de l'instruction », Cons. const. 20 sept. 2019, n° 2019-802 QPC, Dalloz actu., 25 sept. 2019.

¹⁰⁶⁰ Cons. const. 20 sept. 2019, n° 2019-802-QPC, § 9. Le Conseil constitutionnel raisonne en estimant que la personne placée en détention provisoire peut demander sa liberté à tout moment et qu'elle peut, de droit demander la comparution personnelle lorsque cette demande échoue devant la chambre de l'instruction. Il estime par conséquent que « la chambre de l'instruction est susceptible d'être saisie, par une même personne, de nombreuses demandes de mise en liberté successives, accompagnées d'une demande de comparution personnelle, qui impliquent alors l'organisation d'autant d'extractions de l'intéressé lorsqu'il n'est pas recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle ». Il évalue alors une telle opportunité dans une logique coûts/bénéfices : « les dispositions contestées visent à éviter les difficultés et les coûts occasionnés par les extractions judiciaires » et « elles contribuent ainsi à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics ».

¹⁰⁶¹ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019.

¹⁰⁶² Me Amélie MORINEAU, membre du SAF (Syndicat des Avocats de France) évoque ainsi les nombreuses coupures de son et d'image, le contre-jour qui peut empêcher le justiciable de voir les magistrats ou à l'inverse, des caméras placées trop loin des juges pour leur permettre de voir l'intéressé (V. M. BABONNEAU, « Visioconférence devant la chambre de l'instruction : "une justice informatique" qu'il faut torpiller », *op. cit.*).

¹⁰⁶³ Art. 706-71-1 du Code de procédure pénale, al. 3 : « La personne qui a accepté le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle conformément aux dispositions du premier alinéa ou qui ne s'y est pas opposée dans les cas prévus au deuxième alinéa ne peut pas ensuite le refuser ».

¹⁰⁶⁴ J.-B. THIERRY, Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice – Présentation des dispositions relevant de la matière pénale, https://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/236/files/2019/03/Loi_de_reforme_pour_la_justice.pdf, blog consulté le 2 mars 2020.

545. L'article L. 111-12 du code de l'organisation judiciaire ne fixe que des exigences relatives à ce procès particulier, dont l'initiative incombe au président, dans le cadre de ses pouvoirs de direction des débats¹⁰⁶⁵. Ainsi, pour ordonner que l'audience se tienne simultanément dans plusieurs salles, reliées par un moyen de télécommunication audiovisuelle, ce dernier doit-il simplement s'assurer de l'accord de toutes les parties, d'une part, et de la présence du public dans toutes les salles d'audience ainsi ouvertes, d'autre part. Or, qu'en est-il de cette exigence dans un lieu de détention, par définition fermé au public ? Il paraît en effet difficile de prévoir un accès au public dans un lieu clos par nature. De surcroît, au-delà de l'absence de contact entre le juge et le justiciable, déjà nuisible à la bonne tenue de l'audience, la visualisation du comparant dans un environnement traduisant la privation de liberté ne risque-t-elle pas de distiller un *a priori* de culpabilité avant même qu'il soit jugé ? Sans même évoquer les éventuelles atteintes à l'égalité des armes et aux droits de la défense¹⁰⁶⁶, la téléjustice est dangereuse pour l'équité du procès pénal, et doit pour cette raison rester strictement exceptionnelle¹⁰⁶⁷. Admettre que le justiciable ne soit pas présent à son propre procès, par exemple dans le cas où la personne détenue est entendue pour une autre cause, apparaît difficilement concevable. Le face à face reste une caractéristique processuelle primordiale, qui préserve l'apparat du jugement, dans sa dimension solennelle. Or, et sans même parler des aléas techniques dont elle peut faire l'objet¹⁰⁶⁸, la vidéoconférence prive la scène judiciaire d'éléments déterminants à l'exercice d'une justice équitable. Parler au juge derrière un écran lui permet-il de saisir la subtilité d'une gestuelle ou d'une parole ? Quel est le poids d'un témoignage recueilli par ce biais dans l'esprit des juges et des jurés ? La visioconférence promet de réunir deux

¹⁰⁶⁵ Art. 309 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁶⁶ Au sujet des atteintes aux droits de la défense, L. BELFANTI, « La visioconférence en matière pénale : entre utilité et controverses », *AJ pén.* 2014, p. 165 : « Sur le plan des droits de la défense, il doit vérifier leur effectivité : entretien confidentiel entre l'avocat et son client, mise à disposition intégrale du dossier, publicité ou au contraire publicité restreinte des débats dans les salles d'audience. Au plan technique enfin, il doit veiller au bon fonctionnement du dispositif afin que l'intéressé puisse être vu et entendu comme lui-même peut voir et entendre. Ce n'est que par le respect de ces règles minimales que le recours à la visioconférence apparaît pérenne ». Egalement, M. JANIN, « La visioconférence à l'épreuve du procès équitable », *Cah. Just.* 2011, p. 13.

¹⁰⁶⁷ Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté estime que le recours à la visioconférence ne devrait être rendu obligatoire : « sauf dans les trois circonstances (alternatives) suivantes, qu'un texte législatif devrait établir : si, autrement, un conseil ne pouvait assister la personne concernée ; si un débat en sa présence est susceptible de mettre en péril, de manière grave et circonstanciée, l'ordre public, notamment l'intégrité physique du comparant, de tiers, de victimes ou de témoins ; si, enfin, elle constitue l'unique moyen de respecter le délai raisonnable dans lequel doit s'accomplir la procédure ». (Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, Journal Officiel du 9 novembre 2011 - Numéro 260). Lire également : « Visioconférence : une technique à utiliser avec parcimonie », *Droit de la famille* - Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur - Janvier 2012.

¹⁰⁶⁸ Pour des précisions supplémentaires sur les nombreux dysfonctionnements relevés : S. LAVRIC, « La visioconférence : le procès de demain ? », *AJ Pén.* 2007, p. 464.

sites éloignés en une seule scène processuelle, mais l'accessibilité au public se satisfait-elle d'une justice télévisée au lieu d'une présence incarnée ?

546. Son incidence sur le procès pénal est donc loin d'être anodine, et sa généralisation, vecteur d'une mutation identitaire du juge pénal. Estampillée du sceau de « bonne administration de la justice », la visioconférence est accueillie à bras ouverts tout au long de la procédure pénale. Cet objectif ayant obtenu valeur constitutionnelle, depuis le 3 mars 2009¹⁰⁶⁹, il accompagne l'organisation de la justice dans des domaines extrêmement variés¹⁰⁷⁰. Mais il dévie peu à peu de son rôle initial pour limiter toute perturbation de la justice. Ainsi la « bonne justice » a-t-elle permis de limiter la saisie des juridictions par la soustraction à l'autorité judiciaire du jugement des infractions. L'amende forfaitaire en est un exemple patent¹⁰⁷¹, tout comme la limitation des voies de recours¹⁰⁷², et ce, parmi bien d'autres. À terme, il n'est pas étonnant de remarquer que ce tampon constitutionnel a pu dériver doucement, de l'admission de la visioconférence pour les audiences relatives à la rétention des étrangers¹⁰⁷³ à celles relatives à la détention provisoire. Au passage, face à la fréquence

¹⁰⁶⁹ Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595-DC, cons. 11, *AJDA* 2010. 80, étude A. ROBLLOT-TROIZIER ; *ibid.* 88, étude M. VERPEAUX ; *RFDA* 2010. 1, étude B. GENEVOIS ; *Constitutions* 2010. 229, obs. A. LEVADE ; *RSC* 2010, 201, obs. B. DE LAMY ; *RTD civ.* 2010. 66, obs. P. PUIG ; *ibid.* 517, obs. P. PUIG.

¹⁰⁷⁰ La poursuite d'une bonne administration judiciaire s'est attachée à justifier l'unification des règles en matière de concurrence (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224-DC, cons. 16 et 18.), en droit des étrangers (Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-261-DC, cons. 20, *D.* 1990. 161, note X. PRETOT ; pour les réfugiés, Cons. const. 5 mai 1998, n° 98-399-DC, cons. 22, *AJDA* 1998, 489, note J.-E. SCHOETT ; *D.* 1999, 209, note B. MERCUZOT ; *ibid.* 2000, 59, obs. A. PENA-GAIA ; *RFDA* 1998, 620, note E. PICARD ; *ibid.* 1254, note V. GOESEL-LE BIHAN ; *RDSS* 1998. 863, obs. E. ALFANDARI), pour la réglementation des télécommunications (Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-378-DC, cons. 20, *AJDA* 1996, 694, note O. SCHRAMMECK ; *D.* 1998, 146, obs. J. TREMEAU ; *RFDA* 1996, 909, étude J. CHEVALLIER ; *ibid.* 1997, 1, étude F. MODERNE). Ensuite, la même application a été faite par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, en matière d'hospitalisation sans consentement (Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71-QPC, cons. 36, *AJDA* 2011, 174, note X. BIOY ; *ibid.* 2010, 2284 ; *D.* 2011. 1713, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; *ibid.* 2565, obs. A. LAUDE ; *RFDA* 2011, 951, étude A. PENA ; *RDSS* 2011, 304, note O. RENAUDIE ; *Constitutions* 2011. 108, obs. X. BIOY ; *RTD civ.* 2011, 101, obs. J. HAUSER). Ce même objectif a pu justifier les règles applicables aux juridictions de proximité (Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461-DC, cons. 24, *D.* 2003, 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; *AJDI* 2002, 708 ; *RSC* 2003, 606, obs. V. BÜCK ; *ibid.* 612, obs. V. BÜCK ; Cons. const., 20 févr. 2003, n° 2003-466-DC, cons. 8, *D.* 2004. 1271, obs. S. NICOT ; *RSC* 2003, 602, obs. V. BÜCK ; Cons. const., 20 janv. 2005, n° 2004-510-DC, cons. 24, *D.* 2006, 826, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; *RSC* 2006, 124, obs. V. BÜCK), ou aux conseillers prud'hommes (Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545-DC, cons. 24, *D.* 2007, 1166, obs. V. BERNAUD, L. GAY et C. SEVERINO ; *RDT* 2007, 84, étude A. LYON-CAEN ; *ibid.* 120, obs. E. SERVERIN ; *ibid.* 229, étude M.-L. MORIN ; Cons. const., 11 déc. 2014, n° 2014-704-DC, cons. 22, *RDT* 2015, 164, étude F. GUIOMARD), et la simplification des règles de la postulation (Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715-DC, cons. 58, *D.* 2016. 807, obs. P. LOKIEC et J. PORTA MANGIAVILLANO ; *Constitutions* 2015, 421, chron. A. FABRE ; *RTD com.* 2015, 699, obs. E. CLAUDEL).

¹⁰⁷¹ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-162-QPC, cons. 5, *D.* 2011, 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *AJ pén.* 2011, 526, obs. J.-P. CÉRÉ ; *RSC* 2012, 230, obs. B. DE LAMY ; Cons. const., 7 mai 2015, n° 2015-467-QPC, cons. 6 ; Cons. const., 21 mars 2019, préc., § 252.

¹⁰⁷² Un tel objectif conduit à exclure la possibilité d'appel des ordonnances du juge d'instruction ou du JLD, Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-153-QPC, cons. 5, *D.* 2012, 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; *AJ pén.* 2012, 44, obs. L. ASCENSI ; *Constitutions* 2011, 520, obs. E. DAOUD et A. TALBOT ; *RSC* 2012, 233, obs. B. DE LAMY ; et à permettre de clôturer l'instruction en dépit d'un appel pendant, Cons. const., 18 mai 2018, n° 2018-705-QPC, § 11, *Constitutions* 2018, 331, Décision ; *RSC* 2018, 932, obs. F. CORDIER.

¹⁰⁷³ Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484-DC, cons. 81, *AJDA* 2004. 599, note O. LECUCQ ; *D.* 2004, 14051278, obs. L. DOMINGO ; *RTD civ.* 2004, 65, obs. J. HAUSER. Également Cons. const., 6 sept. 2018, n° 2018-770-DC, § 26, *AJDA* 2018,

des demandes, une justice bien gérée s'est délestée du débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention lors de l'examen d'une demande de mise en liberté¹⁰⁷⁴. Elle a également permis de maintenir quelqu'un pendant 24 heures à disposition de la justice, pour tenir compte des contraintes matérielles résultant notamment de l'heure à laquelle la garde à vue prend fin ou du nombre des personnes déférées¹⁰⁷⁵. En réalité, il s'agit moins d'un droit que d'une règle d'organisation judiciaire, dont un auteur remarque le glissement : « la bonne administration de la justice ne concerne plus seulement l'organisation de la juridiction, elle peut désormais être opposée aux justiciables pour préserver ou améliorer le fonctionnement de la juridiction »¹⁰⁷⁶. Mise en place à l'origine pour régler un problème marginal¹⁰⁷⁷, la visioconférence devient l'outil de prédilection d'une justice économique¹⁰⁷⁸. À toutes fins utiles, l'on ne s'étonnera guère d'apprendre que le Conseil d'État a dû rappeler solennellement que le portable d'un greffier ne pouvait se substituer à une vidéo-audience devant le juge des référés¹⁰⁷⁹. Autre juridiction certes, mais restrictions budgétaires communes, un tel argument laissant craindre le pire, tant devant le juge administratif que devant le juge pénal.

547. À côté de cet usage extensif de la visio-audience, la modernisation du procès pénal vient de franchir un cap préoccupant avec la construction de parois vitrées destinées à isoler le mis en cause du reste de la salle. Prônée à des fins sécuritaires, il s'agit ni plus ni moins, ici encore, de réduire le coût de l'escorte policière. Le parallèle avec la visioconférence est patent¹⁰⁸⁰, et le renforcement de la mise à l'écart du

2401, note P. MOUZET ; *D.* 2019. 1248, obs. E. DEBAETS et N. JACQUINOT ; *AJ fam.* 2018, 494, obs. V. AVENAROBARDET ; *Constitutions* 2018. 379, chron. J.-P. DEROSIER ; *ibid.* 421, chron. L. IMBERT ; *ibid.* 426, chron. C. POULY.

¹⁰⁷⁴ Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-62-QPC, cons. 6, *AJ pén.* 2011, 136, obs. J.-B. PERRIER A. TALBOT ; *RSC* 2011. 193, chron. C. LAZERGES ; *ibid.* 864, obs. D. BOCCON-GIBOD.

¹⁰⁷⁵ Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-80-QPC, cons.. 6, *D.* 2011, 1713, obs. V. BERNAUD et L. GAY et A. TALBOT ; *RSC* 2011, 193, chron. C. LAZERGES.

¹⁰⁷⁶ J.-B PERRIER, « Le Conseil constitutionnel et les difficultés et coûts évités par la visioconférence », *AJ pén.* 2019, p. 600.

¹⁰⁷⁷ Le recours à la visioconférence était prévue en tant que solution ponctuelle au déficit de magistrats à Saint-Pierre et Miquelon (Ord. n° 98-728 du 20 août 1998).

¹⁰⁷⁸ Sur tous ces développements, v. J.-B PERRIER, « Le Conseil constitutionnel et les difficultés et coûts évités par la visioconférence », *op. cit.* L'auteur rappelle que « les économies de moyens, humains et financiers, sont bien l'enjeu de la visioconférence ».

¹⁰⁷⁹ Arrêt rendu par Conseil d'État 7e et 2e chambres réunies, 24 octobre 2018, n° 419417 ; Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'Etat, « Le portable du greffier ne peut se substituer à une vidéo-audience », 2018.

¹⁰⁸⁰ J. MUCCHIELLI, « Cages en verre : "L'argument sécuritaire est un leurre" », *Dalloz actu.*, 16 janv. 2018. À propos de la demande en référé, émanant de nombreux barreaux et syndicats, tendant au démantèlement des cages en verre édifiées ces derniers mois dans les tribunaux de France : « les demandeurs craignent que cet élan des box accompagne celui de la dématérialisation de la justice, qui, dans un futur proche, pourrait supprimer un certain nombre d'audiences physiques. Me Henri LECLERC : "Parler à l'écran, ça n'a rien à voir". Ironique : "Jugeons-les dans leurs cellules à l'aide de la visioconférence ! C'est le progrès, c'est la modernité !" Raphaëlle GUY : "Il est des questions sur lesquelles il ne faut pas céder. Qu'est-ce qu'on croit au ministère sur la façon dont se déroulent ces audiences ? On croit vraiment qu'on peut avouer derrière une vitre ? Qu'on peut s'excuser sincèrement auprès d'une partie civile derrière une vitre ?" ».

comparant lors de l'audience, symptomatique de la déshumanisation progressive de la justice.

548. Le développement de la mise en place de box sécurisés¹⁰⁸¹ dans les salles d'audience a été préconisé par un arrêté du 18 août 2016 portant approbation de la politique ministérielle de défense et de sécurité¹⁰⁸², mais se heurte de plein fouet aux droits fondamentaux, avec au premier plan, la présomption d'innocence¹⁰⁸³, mais également, simultanément, la publicité des débats judiciaires. Le juge européen condamne pourtant avec fermeté cet encagement du mis en cause, dans une affaire couplant précisément les deux technologies dont il est question ici : « il n'y a pas d'arguments convaincants pour considérer qu'il soit nécessaire de nos jours, dans le cadre d'un procès, d'enfermer un accusé dans une cage pour le contraindre physiquement, empêcher son évasion, remédier à un comportement agité ou agressif de sa part, ou le protéger d'agressions extérieures. Le maintien d'une telle pratique ne peut dès lors guère se concevoir autrement que comme un moyen d'avilir et d'humilier la personne mise en cage. (...) L'enfermement des requérants dans une cage de métal à l'intérieur du prétoire s'analyse en un traitement dégradant prohibé par l'article 3 »¹⁰⁸⁴.

549. Le Défenseur des droits s'est également prononcé contre ces édifices vitrés dans la salle d'audience. Il demande l'abrogation des dispositions de la directive nationale de sécurité des activités judiciaires, de la politique ministérielle de défense et de sécurité, relative au secteur d'activités d'importance vitale des activités judiciaires qui prévoient l'implantation systématique des box sécurisés vitrés ou barreaudés¹⁰⁸⁵. De plus, il préconise la modification des dispositions du guide pratique sûreté et du projet

¹⁰⁸¹ Ces cages vitrées sont définies comme : « des espaces fermés destinés à accueillir les prévenus retenus sous escorte. Deux types de sécurisation du box détenus sont recommandés : le premier à vitrage complet du box, le second à barreaudage en façade avec un vitrage sur les faces latérales côté public et côté magistrats ».

¹⁰⁸² NOR : JUST1624217A : BOMJ n° 2016-08, 31 août 2016. Le 22 décembre 2017, leur développement a été gelé par la garde des Sceaux, attendant le résultat d'expertises pour décider de leur devenir, suite aux nombreuses contestations soulevées par ce mode de sécurisation des Palais de justice décidé en 2015 en réponse à la menace terroriste. Cela a conduit au démontage des structures à barreaux, mais l'avenir des box vitrés est resté quant à lui en suspens.

¹⁰⁸³ R. PARIZOT, « Cages de verre, Acte I », *JCP G*, n° 9-10, 26 février 2018, pp. 417-418.

¹⁰⁸⁴ CEDH, Grande ch., 17 juill. 2014, *Svinarenko et Slyadnev c/ Russie*, req. n° 32541/08 et n° 43441/08, § 135 à 139 : JurisData n° 2014-018800. Lire à ce sujet : V. MORGANTE, « Affaire Karachentsev : avancée sur l'usage des cages en métal lors d'audiences en visioconférence », *Dalloz actu.*, 7 mai 2018. L'auteur s'interroge sur l'inconstance de cette jurisprudence, rappelant que le 4 octobre 2016, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré d'une manière surprenante que l'usage des box vitrés n'est pas en soi, humiliant pour l'image du prévenu (CEDH, 4 oct. 2016, *Yaroslav Belousov c/ Russie*, req. n° 2653/13). Des interrogations subsistent donc sur le sort des cages en verre françaises : T. COUSTET, « Palais de justice : l'usage des box vitrés devant la CEDH », *Dalloz actu.*, 6 déc. 2017.

¹⁰⁸⁵ Art. 5.1.3.2.6 de l'arrêté du 18 août 2016 portant approbation de la politique ministérielle de défense et de sécurité (NOR : JUST1624217A : BOMJ n° 2016-08, 31 août 2016).

de sécurité de chaque juridiction¹⁰⁸⁶ afin de garantir l'accès, tant pour les professionnels que pour les usagers, à des salles d'audience dépourvues de tels dispositifs. Dans sa décision du 17 avril 2018, il vise directement l'atteinte à la publicité des débats que peut représenter la mise en place de telles enclaves vitrées, puisqu'il émet des recommandations destinées à en limiter les nuisances. Ainsi, des consignes concrètes sont données au regard de l'aménagement de la salle d'audience : « En ce sens, le guide pratique sûreté devra recommander le caractère amovible des box. Il devra également préconiser une architecture et une sonorisation qui garantissent la publicité et la qualité des échanges entre les membres de la juridiction, l'avocat et la personne qui comparaît, que celle-ci soit en station debout ou assise, notamment par le biais d'ouvertures adaptées et ergonomiques », ou encore : « la visibilité suffisante depuis le box, en cas de diffusion audiovisuelle à l'audience »¹⁰⁸⁷. Malgré les multiples procédures engagées¹⁰⁸⁸ à l'encontre de ces dispositifs, leur avenir reste incertain. L'ouverture des nouvelles salles d'audience parisiennes¹⁰⁸⁹ a ravivé les inquiétudes, la garde des Sceaux déclarant, dans un communiqué du 18 avril 2018, que : « L'utilisation de box vitrés fermés permet ainsi d'assurer une sécurité adaptée lors de certains procès, comme les procès d'assises, les audiences liées au terrorisme ou à la criminalité organisée. Dans d'autres situations, notamment dans la plupart des audiences de comparution immédiate, le recours à un box sécurisé ne s'impose pas »¹⁰⁹⁰. Dans cette enceinte judiciaire toute neuve, la sécurisation du procès pénal semble prévaloir sur son caractère équitable. À l'origine, treize salles d'audiences statuant en matière pénale, sur vingt-sept au total, devaient être équipées de cages vitrées. Le chiffre est

¹⁰⁸⁶ Mis en place par la circulaire SJ-08-004 SDOPJ du 23 juin 2008 dite « Plan de renforcement de la sûreté des juridictions ».

¹⁰⁸⁷ Décision du Défenseur des droits n°2018-128 du 17 avril 2018 relative à l'implantation de box à barreaux et de box vitrés dans les salles d'audience des palais de justice, pour faire comparaître les personnes prévenues et accusées lorsqu'elles sont détenues.

¹⁰⁸⁸ Dans un jugement du 12 février 2018, le TGI de Paris a déclaré irrecevable l'assignation de la ministre de la Justice ainsi que l'agent judiciaire de l'État pour faute lourde, par le Syndicat des avocats de France (SAF), rejoint par les principales organisations et syndicats. La demande exigeait le retrait immédiat des dispositifs barreaux, grillages et cages de verre installés sur les box des salles d'audience des juridictions françaises (TGI Paris, 12 févr. 2018, n° 17/15785 : JurisData n° 2018-001533 ; *JCP G*, n° 8, 19 fév. 2018, Informations professionnelles, 233, « Box vitrés dans les salles d'audience : la demande des avocats déclarée irrecevable » ; O. DUFOUR, Boxes vitrés : le SAF assigne la ministre de la Justice pour faute lourde, *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2017 ; TGI Paris, 12 févr. 2018, n° 1715785, *Gaz. Pal.* 20 févr. 2018, p. 7, note L. GARNEIRE). Plusieurs procédures ont également été menées devant d'autres juridictions judiciaires ainsi que devant le Conseil d'État, qui se déclare incompétent, suite à la saisine du juge administratif en référé par les avocats du barreau de Versailles (CE 16 févr. 2018, n° 417944, *Ordre des avocats au barreau de Versailles*, D. 2018. 421 ; *AJDA* 2018. 370). Le Défenseur des droits et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ont aussi été saisis.

¹⁰⁸⁹ Le nouveau tribunal de Paris a ouvert ses portes lundi 16 avril 2018 : au-delà du retrait intégral des box vitrés qui a été réclamé avant les premières audiences correctionnelles, le CNB a transmis une lettre ouverte à la garde des Sceaux pour demander également leur démantèlement partout en France (*JCP G*, n°17, 23 avr. 2018, Informations professionnelles, 502, « Tribunal de Paris : les avocats demandent le démantèlement total des box vitrés »).

¹⁰⁹⁰ Min. Justice, communiqué, 18 avr. 2018, « Adaptation des dispositifs de sécurité dans les salles d'audience ».

redescendu à neuf, la formule initiale étant conservée uniquement dans la salle d'audience jugeant du terrorisme, les huit autres compartiments connaissant des aménagements plus souples¹⁰⁹¹. Clairement, cette solution de fortune ne suffit pas, l'amélioration de la sonorisation de ces « parloirs processuels » n'étant qu'un pis-aller à une dégradation du débat judiciaire bien plus vaste.

550. La directive UE 2016/143 du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales¹⁰⁹² n'a pas abouti au démantèlement radical tant attendu. L'usage de ces procédés n'est pas interdit, mais uniquement restreint, par l'article 5-1 de la directive, selon lequel, pourtant : « les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que les suspects et les personnes poursuivies ne soient pas présentés à l'audience ou en public comme étant coupables par le recours à des mesures de contrainte physique ». En réalité, il recommande juste aux autorités compétentes, en son considérant 20, de : « s'abstenir de présenter les suspects et les personnes poursuivies comme étant coupables, à l'audience ou en public, par des mesures de contrainte physique, telles que menottes, box vitrés, cages et entraves de métal, à moins que le recours à de telles mesures ne soit nécessaire pour des raisons liées au cas d'espèce soit à la sécurité, [...] soit à la nécessité d'empêcher les suspects ou les personnes poursuivies de prendre la fuite... ». En outre, le droit national n'a pas été mis en conformité avec cette directive, malgré la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 qui aurait pu procéder à la transposition du texte. Deux recours pour excès de pouvoir ont été intentés devant le Conseil d'État, le premier ayant donné matière à un renvoi devant le Tribunal des conflits, à propos de l'arrêté du 18 novembre 2016¹⁰⁹³, que le ministre de la Justice n'avait pas voulu abroger, au regard de sa décision implicite. Par une décision du 8 février 2021, le Tribunal des conflits reconnaît la compétence de la juridiction

¹⁰⁹¹ Néanmoins, le système est conservé, il s'agit simplement de permettre une meilleure communication avec l'avocat, avec un vitrage allégé. Concrètement, des ouvertures de 50 centimètres environ remplacent celles de 15 centimètres, mais le mis en cause reste isolé du reste de la salle.

¹⁰⁹² Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales (J. PRADEL, « Quelques observations sur la présomption d'innocence. À propos de la directive du 9 mars 2016 », *Rev. pénit.* 2016, 265 ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *ibid.* p. 486).

¹⁰⁹³ Arrêté du 18 août 2016 portant approbation de la politique ministérielle de défense et de sécurité, *op. cit.*

administrative, en estimant que le litige concerne bien l'organisation du service public de la justice¹⁰⁹⁴.

551. Mais un second recours a définitivement fermé les demandes de mise en conformité du droit national avec la directive, le Conseil d'État s'étant prononcé à ce sujet le 21 juin 2021. Effectivement, le juge administratif a estimé qu'il n'existe aucune méconnaissance ni de l'article 5 du texte, au regard des modalités d'encadrement des box vitrés, ni l'article 10, au sujet des voies de recours qui doivent être prévues par le droit français¹⁰⁹⁵. En définitive, les chefs de juridiction conservent donc le pouvoir d'autoriser ces mesures au cas par cas, et leur retrait des salles d'audience n'est pas exigé¹⁰⁹⁶. Tous les avis convergent pourtant dans l'idée d'une dégradation de l'accessibilité du procès pénal du fait de l'isolement physique du prévenu ou de l'accusé¹⁰⁹⁷. En ce sens, le Professeur Raphaële Parizot a pu observer que : « L'obstination de la jurisprudence administrative comme judiciaire peine à convaincre s'agissant d'une mesure de contrainte imposée à un individu présumé innocent. Certes, l'article 5 de la directive de 2016 n'interdit pas le recours aux box vitrés, mais il le présente tout de même comme une exception (dont il faut justifier l'utilisation cas par cas) au principe qui doit rester celui de l'absence de tout marqueur physique de culpabilité, ce que ne fait pas le droit français. Au-delà, on ne comprend pas ce qu'il coûterait à un législateur d'habitude si bavard en matière pénale d'introduire un texte donnant une base légale claire à une pratique toujours hors la loi »¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ T. confl. 8 févr. 2021, n° 4202, *Syndicat des avocats de France c/ garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Lebon. La décision énonce d'abord que : « la juridiction judiciaire est compétente pour connaître des décisions ou mesures qui relèvent du fonctionnement du service public de la justice et dont l'examen se rattache à la fonction juridictionnelle ou conduit à porter une appréciation sur la marche même des services judiciaires. En tant qu'elle concerne les conditions de déroulement de l'audience et plus particulièrement les modalités de comparution d'un prévenu pendant l'audience, la décision d'installer des box dans une juridiction déterminée ou d'en faire usage au cours d'une audience relève ainsi de la fonction juridictionnelle et donc de la compétence de la juridiction judiciaire » avant de retenir néanmoins la compétence du tribunal administratif : « le litige porte sur la légalité d'un acte à portée générale et impersonnelle et qu'il est par suite relatif à l'organisation du service public de la justice, seul le juge administratif a compétence pour en connaître, quel que soit l'objet de cet acte ».

¹⁰⁹⁵ CE, 21 juin 2021, req. n° 418694. La décision se réfère aux articles préliminaire, 309 et 318 du Code de procédure pénale, qui doivent être lus avec l'article 304 du même Code, et estime que la défense de l'intéressé peut présenter des conclusions au début de l'audience pour ne pas comparaître dans un box ou en être extrait. En outre, il lui est loisible de soulever une atteinte à sa présomption d'innocence à l'occasion du recours formé contre la décision pénale de condamnation.

¹⁰⁹⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale juillet 2017 - juillet 2018, IV – Jugement / C - Box vitrés pour prévenus ou accusés dangereux*, D., 2018, p. 1611.

¹⁰⁹⁷ Lire not. : A. COLOSIMO, « Faites entrer le coupable », *JCP G*, n° 18, 30 avr. 2018, Édito, 507, p. 849.

¹⁰⁹⁸ R. PARIZOT, « Box vitrés : feu de tout bois au nom de la présomption d'innocence (CE 16 oct. 2020, n° 423954 ; Crim. 18 nov. 2020, n° 20-84.893, D. 2020, 2401) », *RSC* 2021, p. 120.

Conclusion de la section 2

552. Principe cardinal de la procédure pénale, la publicité des débats n'est pas compatible avec une sécurisation excessive du prétoire, conduisant à mettre à distance l'un de ses protagonistes, en particulier lorsqu'il s'agit du principal intéressé, tant par le biais d'un écran que d'une paroi vitrée. Le juge répressif, ainsi amputé d'une qualité essentielle, s'expose à une mutation identitaire négative si cet aménagement du procès poursuit la forte expansion amorcée. Le cadre judiciaire apporte une mise à distance suffisante pour garantir le calme et la solennité des débats, tout en se préservant d'une dérive vers la « justice-spectacle »¹⁰⁹⁹. Il est donc urgent de revenir à une salle d'audience réunissant chaque visage de la catharsis offerte par le jugement pénal, sous peine d'exposer au public une fiction juridictionnelle, en lieu et place de l'exercice judiciaire. Dans un tel simulacre, seule l'ombre de la justice reste visible au public : « Il y manque le bruit et la fureur, l'émotion et la transcendance qui feront de cette audience là un moment spontané, indispensable, irremplaçable. L'espace de la salle d'audience incarne la possibilité de ce lien, qui implique une juste distance entre les protagonistes : ni trop proche pour éviter la fusion, ni trop éloignée pour ne pas tomber dans l'indifférence »¹¹⁰⁰.

553. Malgré des capacités séculaires de résistance aux transformations, le juge du procès se trouve à l'aube d'un changement. Assiégé, il ne parvient plus à esquiver les déflagrations, dont les impacts répétés criblent ses murs. Atteint dans son essence de juge pénal, il amorce progressivement une mutation identitaire qui pourrait remettre en cause le maintien du modèle processuel.

¹⁰⁹⁹ S. ROURE, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », Presses universitaires de France, *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/4, n° 68, p. 737 à 779, pour une définition de la sacralisation de l'espace judiciaire : « Le lieu d'où parle la justice, le recueillement de la parole par la justice, le temps pris pour entendre et construire ces paroles, sont des éléments constitutifs du cadre judiciaire qui fondent non seulement son identité mais aussi son existence ».

¹¹⁰⁰ F. DEFFERRARD, « Contre la "visiojustice" », *D.* 2011, p. 2878.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

554. Faraud, le juge du procès peut l'être, au regard de son enviable présentation. Loin du tumulte qui agite la phase préparatoire du procès pénal, celle de la sentence repose sur une assise particulièrement solide. Le juge du siège ne fait pas l'objet, en ces lieux, des vives contestations subies tant par le juge d'instruction que par le juge des libertés et de la détention. Contrairement au premier, il répond pleinement au statut souhaité par la Cour européenne des droits de l'homme. Contrairement au second, il intervient pleinement dans le contentieux qui lui est dévolu. Son identité pénale est paisible et rassurante.

555. Il n'est cependant pas question de perfection, tant il faut considérer que « le mieux est l'ennemi du bien »¹¹⁰¹. La mythologie conte ainsi la course éperdue des arcadiens après le soleil, lesquels escaladaient la montagne sans jamais atteindre l'astre. Le juge du procès, quant à lui, ne prétend pas à l'exemplarité. Il accepte les pas de côté, tant qu'ils ne remettent pas en cause son apparente stabilité. Paré d'une telle souplesse, il peut rejoindre les grands traits caractéristiques du modèle choisi, en s'adaptant aux évolutions indispensables. Cette flexibilité raisonnable lui vaut une relative tranquillité.

556. D'abord, la mixité des juges est plébiscitée. Alors que le gouvernement tente de « restaurer la confiance dans l'institution judiciaire » par un nouveau projet de loi, le procès accueille toujours des magistrats non professionnels en son sein. Il s'agit en premier lieu du jury populaire, institution séculaire permettant la participation directe du citoyen à la justice pénale. Il s'agit ensuite de magistrats profanes, autorisés ponctuellement à intégrer des formations de jugement, selon des modalités strictes de recrutement. En outre, la spécialisation du juge pénal, ici, n'affecte pas sa personnalité. Alors que la matière terroriste confisque le pouvoir du juge d'instruction, elle ne retire

¹¹⁰¹ Locution proverbiale du milieu du XVIIIème siècle qui cherche à faire comprendre qu'il est possible de gâcher ce qui était bien en voulant trop bien faire pour chercher à la perfectionner. Elle est parfois rattachée à MONTESQUIEU, selon lequel « le mieux est le mortel ennemi du bien ».

rien au juge du procès spécialisé, seuls les jurés en étant écartés. La spécialisation respecte même son identité, la refonte des tribunaux maritimes ayant pris soin de la restaurer.

557. Ensuite, la diversité des modes de jugement est valorisée. La collégialité est enfin appliquée, de sorte que le procès pénal ne connaît pas l'isolement des juridictions d'instruction. La matière criminelle ne se conçoit pas solitairement et la matière correctionnelle ne devrait y répondre que par exception. Qualité enviée par le juge d'instruction, la collégialité est un principe chez le juge du procès, ce dernier contribuant à sa légitimité. La publicité est également confortée, le jugement pénal étant ainsi soumis à une heureuse ouverture sur l'extérieur. Contrairement à l'enquête, qui ne bénéficie que de la publicité apportée ponctuellement par le juge des libertés et de la détention au regard du débat contradictoire dans le cadre de la détention provisoire, le procès pénal n'est pas caché.

558. Ébaubi, le juge du procès doit l'être, s'il considère les mutations apportées en arrière-plan. S'il se maintient en l'état, c'est précisément parce qu'il concède quelques petites entorses à son identité. Dès lors, les supprimer, ou les amplifier, provoque une déstabilisation patente. Derrière les déformations ponctuelles acceptées par le juge du procès, apparaissent des transformations plus imposantes. La création expérimentale de cours criminelles départementales, juridictions entièrement professionnalisées, semble porter la marque d'une déférence envers le juge du siège. Or, l'abandon du jury criminel l'expose à un repli, puisque le citoyen est mis de côté. L'extension continue du juge unique, devenue systématique en matière délictuelle, pourrait de la même façon lui être reprochée, puisqu'il ne bénéficie plus du partage de responsabilité. Enfin, le juge du procès s'éloigne encore des justiciables, en jugeant à distance, qu'il s'agisse du développement des audiences en visioconférence ou de la sécurisation du prétoire par la mise en place de parois vitrées au sein des salles d'audience.

559. L'identité pénale du juge du procès est d'apparence stable, mais son équilibre est fragile. La conformité de sa physionomie au modèle choisi est le fruit de légers compromis. Il correspond aux règles du procès équitable, parce qu'il sait aménager l'impératif respect des qualités exigées avec quelques assouplissements accessoires. Dès lors que le législateur l'oublie, il l'affaiblit.

CHAPITRE 2 : UN AFFAIBLISSEMENT AVÉRÉ

560. Parce que la procédure pénale tente, et tentera toujours, de concilier l'inconciliable, les législatures successives oscillent, mesure après mesure, entre sécurité et liberté. La ligne de partage est périlleuse, à chaque phase procédurale, et le jugement n'y échappe pas. Cette fragile harmonie répond à la recherche d'un équilibre : « entre deux intérêts également puissants, également sacrés, qui veulent à la fois être protégés, l'intérêt général de la société qui veut la juste et prompt répression des délits, l'intérêt des accusés qui est lui aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la collectivité et de la défense »¹¹⁰². Ce sont d'ailleurs les fondements du procès équitable qui guident cette philosophie, et préservent le procès des excès en un sens ou en un autre.

561. Le juge processuel est doté de solides fondations identitaires, qu'il s'agisse de sa composition, ou de ses compétences. Il sait faire preuve d'audace, en se réinventant au gré des réformes, sans pour autant se dissoudre ou se trahir suffisamment pour être démasqué. Il se fond dans le décor, simulant le rôle principal, grâce à son costume sur mesure. Il n'en demeure pas moins que le sol sur lequel il repose est friable à certains endroits, l'exposant à l'effondrement. Malgré l'architecture parfaite de sa construction, soutenue par les piliers que sont l'indépendance, l'impartialité, le professionnalisme, ou encore la collégialité et la publicité du jugement, les failles existent. Balbutiantes pour certaines, comme cela vient d'être évoqué au terme du premier chapitre, d'autres creusent un sillage bien plus profond autour des murs porteurs.

562. Deux ordres de défaillances sont à relever ici, celles qui naissent à l'intérieur de l'ouvrage, et celles qui viennent de l'extérieur, toutes deux préjudiciables au maintien du juge du procès. La première brèche, au sein de l'institution, concerne le juge des mineurs. Rejetant l'ensemble des qualités du juge pénal, le juge des enfants n'est pas

¹¹⁰² F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^{ème} éd., 1866, t. 1, p. 4.

impartial et juge souvent seul, sans aucune ouverture au public. Dès lors, comment reconnaître en lui un modèle de juge répressif ? Sans nul doute, l'idéal de justice s'attachant à la minorité apporte des justifications convaincantes à la préservation de ce juge processuel. Mais le grand écart imposé par le jugement des mineurs fragilise l'identité du juge du procès, l'exposant à une réforme d'envergure. La seconde brèche, qui pénètre cette fois l'institution, se matérialise par l'intrusion de concurrents au sein du procès pénal. Dépourvu des critères essentiels à la qualité de juge pénal, le magistrat du parquet se voit pourtant confié le jugement d'un nombre exponentiel d'infractions, dans l'unique perspective d'accélération du traitement du contentieux répressif. Il n'est d'ailleurs pas le seul indésirable à bénéficier d'une telle décharge, puisque l'administration possède parfois, elle aussi, le pouvoir d'attribuer une sanction pénale, sans aucune intervention juridictionnelle. L'ouverture ne cesse de s'agrandir, provoquant une remise en cause de l'identité du juge du procès.

563. Dans tous les cas, le juge du procès noue des liaisons dangereuses avec des profils exempts des qualités substantielles qui justifient sa confirmation en tant que modèle de juge pénal. Malgré sa résistance aux intempéries, le château de cartes qu'il représente n'est pas à l'abri d'un coup de vent plus violent, balayant un édifice déjà fissuré. C'est pourquoi, au stade du jugement, le juge pénal doit anticiper une mutation identitaire négative, qu'il s'agisse d'une défaillance interne (Section 1) ou d'une défaillance externe (Section 2).

Section 1 : L'affaiblissement interne

« Rien qui ne reste, rien qui ne demeure, péril peut-être, en la demeure »¹¹⁰³.

564. Pièce maîtresse de la justice des mineurs, le juge des enfants cumule les spécificités, entrant ainsi en contradiction avec les qualités exigées au titre de l'identité du magistrat en matière pénale. La volonté de relèvement éducatif et moral du mineur, idéal poursuivi par l'Ordonnance n° 45-174 du 2 décembre 1945 a longtemps fondé ce particularisme. Mais ce texte de référence vient d'être remplacé par un Code de la

¹¹⁰³ D. DARC, *Jamais, jamais*, Crèveœur, Mercury Records, 2004.

justice pénale des mineurs¹¹⁰⁴, dont l'objectif divergent ne suffit plus à justifier l'existence d'une juridiction dérogeant à ce point au droit commun. Il est à ce titre particulièrement saillant de remarquer l'inversement du principe de spécialité par le nouveau Code, selon lequel le droit commun s'applique aux mineurs sauf s'il en dispose autrement¹¹⁰⁵. Aussi, l'émancipation choisie pour le juge des enfants, au regard du modèle processuel (Paragraphe I), conduit progressivement à son déclin (Paragraphe II).

Paragraphe I – L'autonomie du rôle du juge des enfants

565. La singularité de la justice des mineurs n'est pas l'apanage de la juridiction de jugement, ni même de la matière pénale : elle s'applique aussi bien en matière civile, et reste valable lors de l'enquête. En matière répressive, si cela participe à la contestation de l'identité du juge de l'enquête, déjà fortement remise en cause, la confusion du rôle du juge des enfants représente une fracture en matière processuelle. Au cœur de la critique, le manque de conformité du juge (A) constitue un terrain propice à la refonte de son rôle (B).

A) Le défaut d'impartialité

566. L'esprit originel du texte fondateur de la justice des mineurs repose sur la notion d'humanisme, qui légitime ici une vision particulière des règles applicables à la minorité. Replacé dans le contexte de la fin de la seconde guerre mondiale, et alors que de nombreux enfants orphelins sont livrés à eux-mêmes, le texte prend en considération la personnalité en construction du mineur, conduisant le juge à envisager l'enfant au regard de sa personne, et non des actes qu'il a commis. La philosophie selon laquelle l'enfance délinquante doit être protégée en même temps qu'elle est punie, se traduit par sa soustraction aux juridictions pénales de droit commun, pour confier l'enfant à des magistrats spécialisés, tant au niveau de l'instruction que du jugement. Ainsi, et dès lors que le mineur est capable de discernement, sa responsabilité pénale peut être

¹¹⁰⁴ Concrétisé par l'ordonnance n° 2019- 950 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs en date du 11 septembre 2019, qui abroge l'ancien texte.

¹¹⁰⁵ Art. L. 13-1 du Code de la justice pénale des mineurs.

engagée devant des instances spécialisées, en fonction de la gravité de l'infraction. Le juge des enfants, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs assurent donc le jugement des mineurs délinquants, en suivant des règles propres à la matière¹¹⁰⁶. Au-delà de cette spécialisation des juridictions, apparue dès 1912 avec la création du tribunal pour enfants et adolescents, la primauté de l'éducatif sur le répressif, et l'atténuation de la responsabilité des mineurs par rapport aux majeurs viennent compléter le dispositif applicable à l'enfance délinquante. La nouvelle législation applicable aux mineurs laisse entendre son accord avec de telles lignes directrices. Néanmoins, l'examen attentif de la réforme montre une philosophie plus contrastée. Si la priorité donnée à la prévention sur la répression est bien traduite dans le Code, cela se fait au prix de quelques aménagements. L'article préliminaire du nouveau Code de la justice pénale est en effet peu loquace¹¹⁰⁷, et il faut attendre des dispositions secondaires pour le retrouver¹¹⁰⁸. Apparaissant en creux au lieu d'être maintenu au frontispice, le principe-guide de la justice des mineurs perd de son allant. En conséquence, la spécialité commence à s'estomper.

567. Ce corpus dérogatoire au droit commun offre donc la possibilité, pour la même juridiction, de prononcer des mesures d'assistance éducative et des sanctions pénales. Une certaine confusion est née de ce système, conduisant le législateur à cumuler les fonctions entre les mains du juge. Aussi, jusqu'à la loi n° 2011-1940 du 26 décembre

¹¹⁰⁶ Le juge des enfants connaît certaines contraventions de 5e classe et les délits les moins graves punis d'une peine inférieure à sept ans d'emprisonnement, pour lesquels il tient une audience dite « de cabinet », au cours de laquelle il ne peut prononcer que des mesures éducatives d'assistance, de surveillance, de placement ou de mise sous protection judiciaire. Sa compétence est facultative, et il peut toujours choisir de renvoyer le mineur devant le tribunal pour enfant. Ce dernier, qui réunit le juge des enfants et deux assesseurs issus de la société civile (nommés en raison de leur compétence et l'intérêt qu'ils portent aux questions de l'enfance) connaît des délits ou contraventions de 5e classe commis par tous les mineurs, ainsi que des crimes commis par les mineurs de moins de 16 ans. Il peut prononcer des mesures éducatives, quel que soit l'âge de l'enfant et des sanctions éducatives à l'encontre du mineur âgé d'au moins 10 ans. Les mineurs de 13 à 16 ans sont quant à eux passibles d'une peine, dont le prononcé doit être motivé par les circonstances et la personnalité du mineur, et qui tient compte du principe de l'atténuation de leur responsabilité (qui aboutit généralement à réduire de moitié le quantum de la peine encourue). L'atténuation de responsabilité peut être refusée aux mineurs de plus de 16 ans, par une décision spécialement motivée, ne pas faire application de cette atténuation de responsabilité (la loi du 10 août 2007 ayant largement contribué à recourir à cette possibilité d'écarter l'excuse de minorité). Enfin, la cour d'assises des mineurs, formée par trois magistrats professionnels, dont deux juges des enfants, et de neuf jurés populaires tirés au sort, juge des crimes commis par les mineurs de 16 et 17 ans et leurs complices ou coauteurs majeurs, avec pour unique spécificité une publicité restreinte.

¹¹⁰⁷ Lapidaire, cet article préliminaire reprend le principe fondamental reconnu par les lois de la République consacré par le Conseil constitutionnel, sans aucun renvoi à l'intérêt supérieur de l'enfant : « Le présent code régit les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale des mineurs est mise en œuvre, en prenant en compte l'atténuation de cette responsabilité en fonction de leur âge et la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral par des mesures appropriées à leur âge et leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées ».

¹¹⁰⁸ Alors que l'article préliminaire le passe sous silence, le principe se retrouve notamment à l'article L. 11-2 du Code de la justice pénale des mineurs, selon lequel « les décisions prises à l'égard des mineurs tendent à leur relèvement éducatif et moral ainsi qu'à la prévention de la récidive et à la protection de l'intérêt des victimes ». Il peut également se déduire de l'article L. 11-3, qui dispose que « les mineurs déclarés coupables d'une infraction pénale peuvent faire l'objet de mesures éducatives et, si les circonstances et leur personnalité l'exigent, de peines ».

2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, le juge des enfants pouvait à la fois être chargé de l'instruction, saisir la juridiction de jugement, et siéger en son sein, au cours de la même affaire pénale. Ce cumul de fonctions, manifeste de l'autonomie de la justice pénale des mineurs, a longtemps fait l'objet d'un véritable blanc-seing, tant au niveau législatif que jurisprudentiel. Il participait à la défense d'une justice adaptée à l'enfance délinquante, et ce, au niveau international, avec notamment les règles dites de Beijing, issues d'une Résolution des Nations Unies de 1985¹¹⁰⁹, ou la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996¹¹¹⁰, dans le cadre du Conseil de l'Europe. Ce système s'appuyait également sur la directive 2016/800/UE relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies¹¹¹¹, au sein de l'Union européenne, et surtout, la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), du 20 novembre 1989¹¹¹², auquel un caractère auto-exécutoire a pu être reconnu par la Cour de cassation¹¹¹³.

568. Mais la spécificité du juge en matière de minorité a également connu une consécration constitutionnelle, puisque le Conseil constitutionnel a énoncé, dans une décision du 29 août 2002, que : « deux grandes règles ont été constamment affirmées par le législateur républicain de la première moitié du XXe siècle, règles dessinant un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Ces règles sont les suivantes : la responsabilité pénale des mineurs doit être atténuée en raison de leur âge ; la réponse des pouvoirs publics aux infractions que commettent les mineurs doit rechercher, autant que faire se peut, leur relèvement éducatif et moral par des mesures

¹¹⁰⁹ Résolution A/RES/40/33 : Ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour les mineurs ("Règles de Beijing").

¹¹¹⁰ La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996 et entrée en vigueur le 1er juillet 2000, vise la protection du bien-être de l'enfant en contenant différentes mesures concernant ses droits procéduraux et en facilitant l'exercice (V. Y. BENHAMOU, la convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, regards critiques : RTDH 1996, p. 23 et s.).

¹¹¹¹ Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

¹¹¹² La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), appelée aussi Convention relative aux droits de l'enfant, est un traité international adopté par l'Assemblée générale des Nations unies, le 20 novembre 1989. La Convention énonce les droits fondamentaux des enfants. Elle est normalement contraignante pour les 195 États qui l'ont ratifiée. Sa bonne application est contrôlée par le Comité des droits de l'enfant des Nations unies.

¹¹¹³ En France, le Conseil d'État, dès 1993, puis la Cour de cassation, à partir de 2005, ont admis que plusieurs articles de la CIDE étaient directement applicables devant les juridictions et que les particuliers pouvaient les invoquer (deux arrêts : Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 : JurisData n° 2005-028424. ; 14 juin 2005, n° 04-16.942 : JurisData n° 2005-028932 ; *JCP G* 2005, II, 10081, note F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER ; *JCP G* 2005, II, 10115, concl. C. PETIT, note C. CHABERT ; *D.* 2005, p. 1909, note V. EGEEA. V. également : Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et 05-11.286 : JurisData n° 2006-033113). C'est le cas de l'article 3 sur l'intérêt supérieur de l'enfant, notion érigée au rang constitutionnel par le Conseil constitutionnel en mai 2013, et reprise par la Cour de cassation dans de nombreuses décisions depuis (Pour une illustration récente : Cass. 1re civ., mercredi 13 avril 2016, n° 14-24841).

appropriées prononcées, en fonction de leur âge et de leur personnalité, par des juridictions spécialisées ou selon des procédures adaptées »¹¹¹⁴. Érigée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, l'autonomie du droit pénal des mineurs a longtemps fait l'objet d'un relatif consensus au regard des instances nationales et internationales, malgré quelques avertissements, avant de connaître la profonde remise en cause qui l'atteint aujourd'hui.

569. La dérogation au principe d'impartialité du juge judiciaire, admise ici au regard de la philosophie des textes gouvernant la matière, consistait en deux types de cumuls. Ainsi, le juge des enfants avait d'une part la possibilité d'exercer successivement les fonctions d'instruction et de jugement ; et d'autre part, la possibilité de saisir la juridiction au sein de laquelle il siégeait par la suite. Un premier coup d'arrêt fut donné par la Cour européenne des droits de l'Homme, en 2010, alors qu'elle semblait avoir accrédité un tel système jusqu'alors. En effet, dès 1993, la Cour de cassation était amenée à débattre de la conformité de ce particularisme au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, concluant à la parfaite validité du cumul dénoncé. Dans un arrêt du 7 avril 1993, prenant appui sur les textes internationaux, le juge de cassation ne relevait aucune atteinte aux droits fondamentaux, motivant sa solution en référence à la dimension éducative de la justice des mineurs. En cela, elle justifiait pour le juge des enfants la possibilité de cumuler les fonctions de jugement et d'instruction. En outre, elle estimait que la partialité était protégée par la présence des assesseurs en première instance, et la possibilité d'interjeter appel devant une juridiction n'ayant pas eu connaissance de l'affaire¹¹¹⁵.

570. Cette jurisprudence, probablement en raison d'une proximité temporelle des deux décisions, a trouvé un écho un peu hasardeux dans un arrêt *Nortier Nortier c/ Pays-Bas*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme quelques mois plus tard,

¹¹¹⁴ Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : *JO* 10 sept. 2002, p. 14953 ; *Gaz. Pal.*, 4-5 sept. 2002, p. 3, note J.-E. SCHOETTL.

¹¹¹⁵ La Cour de cassation juge alors que : « l'ordonnance du 2 février 1945, en permettant pour les mineurs délinquants, dans un souci éducatif, une dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement, dans une même affaire, les fonctions d'instruction et de jugement, ne méconnaît aucune disposition de la Convention européenne susvisée ». (Cass. crim., 7 avr. 1993, n° 92-84.725, *Bull. crim.* n° 152 ; *D.* 1993. 553, note J. PRADEL ; *ibid.* 1994, 37, obs. S. BECQUERELLE ; GAPP, 7e éd. 2011, n° 1 ; *RDSS* 1994. 144, obs. F. MONEGER ; *RSC* 1994. 67, obs. M. HUYETTE ; *ibid.* 75, obs. C. LAZERGES ; *RTD civ.* 1993. 561, obs. J. HAUSER ; *JCP* 1993, II, 22151, note M. ALLAIX ; Cass. crim., 8 nov. 2000, *Dr. pén.* 2001, chron. n° 15, obs. MARSAT).

sur le même sujet. Dans cette affaire, un juge des enfants avait réalisé des mesures d'instruction, pris une décision sur le placement en détention provisoire et enfin, siégé dans la juridiction de jugement. Pour écarter l'atteinte au procès équitable, les juges vérifient ici simplement *in concreto* l'absence de parti-pris du juge lors de l'instruction préparatoire, sans aucune référence à la spécificité de la justice des mineurs¹¹¹⁶. Pourtant, de nombreux commentateurs¹¹¹⁷ n'hésitent pas à lui donner une portée identique à celui que vient de rendre la juridiction française, sans doute avec un peu trop d'audace au regard de la remise en cause ultérieure : « Cette idée d'une justice protectrice avant d'être répressive fait consensus. Aussi, la confusion entre le protectionnisme affiché par la Cour de cassation et l'appréciation *in concreto* de l'impartialité fonctionnelle mise en œuvre par la CEDH a conduit la doctrine à donner à l'arrêt *Nortier* une portée qu'il n'avait pas. On a ainsi pu imaginer que le cumul de fonctions du juge des enfants avait passé avec succès le test des droits fondamentaux. C'était sans compter l'évolution jurisprudentielle postérieure. »¹¹¹⁸. De fait, un tournant majeur va s'opérer avec la clarification de la position européenne, renversant l'idée du consensus sur la prise en considération de la spécificité de la justice des enfants par le juge européen.

571. Par un important arrêt *Adamkiewicz c/ Pologne*¹¹¹⁹, rendu le 2 mars 2010, la Cour européenne des droits de l'homme se prononce cette fois dans le sens d'une violation caractérisée du principe d'impartialité, toujours au regard d'une appréciation *in concreto* des actes effectués. Or, contrairement à l'affaire précédente, le juge aux affaires familiales ayant participé, au sein d'une juridiction pour mineurs, à la fois à l'instruction et au jugement de l'affaire, avait quant à lui réalisé un usage déterminant de ses pouvoirs d'instruction avant de juger l'enfant. En définitive, les juges strasbourgeois éclairent leur démarche d'une lumière nouvelle, puisque seule l'absence de parti-pris est recherchée dans la décision du juge sur la culpabilité. Par conséquent,

¹¹¹⁶ CEDH, 24 août 1993, *Nortier Nortier c/ Pays-Bas*, req. n° 13924/88, D. 1994. 37, obs. S. BECQUERELLE ; *ibid.* 1995, 105, obs. J.-F. RENUCCI ; RSC 1994, p. 362, obs. R. KOERING-JOULIN : ici, pour écarter la violation du principe d'impartialité, la Cour constate que le juge des enfants n'a pas utilisé ses pouvoirs d'instruction durant l'enquête et n'a examiné aucune question de fond lorsqu'il s'est prononcé sur la détention provisoire.

¹¹¹⁷ Voir par exemple : J.-F. RENUCCI, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », RSC 2000, p. 79.

¹¹¹⁸ E. VERGES, « Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position (Loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants) », RSC 2012, p. 201.

¹¹¹⁹ CEDH, 2 mars 2010, req. n° 54729/00, *Adamkiewicz c/ Pologne*, D. 2010. 1324, note P. BONFILS ; *ibid.* 1904, obs. A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS ; *ibid.* 2011, 1107, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; RSC 2010, p. 687, obs. D. ROETS.

la justice des mineurs est appréhendée de la même manière que celle des majeurs, son particularisme ne justifiant donc pas l'atteinte à l'impartialité.

572. Mais la véritable remise en question viendra en réalité du Conseil constitutionnel, qui condamnera quant à lui explicitement le cumul de fonctions du juge des mineurs à peine une année plus tard. D'abord par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, le 8 juillet 2011, le Conseil constitutionnel soulève l'incompatibilité du cumul de fonctions du juge des enfants avec le principe d'impartialité des juridictions, en estimant qu'il ne peut à la fois instruire et juger au sein du Tribunal des enfants, ce dernier pouvant prononcer une peine¹¹²⁰. Quelques semaines plus tard, lors de l'examen de la constitutionnalité de la composition du tribunal correctionnel pour mineurs créé par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011, le juge constitutionnel fait référence à sa décision du 8 juillet pour censurer à nouveau le cumul de fonctions entre instruction et jugement¹¹²¹. À compter du 1^{er} janvier 2013, date à laquelle est reportée l'application des deux décisions, le législateur est donc prié de revenir sur l'autonomie du rôle du juge des enfants, qui n'a plus la possibilité de présider la juridiction pour mineurs lorsqu'il a instruit l'affaire.

573. Cependant, et contre toute attente, le législateur ne va pas véritablement donner à la censure constitutionnelle la portée qu'elle escomptait, fragilisant à nouveau l'identité du juge des enfants. Par un raisonnement peu explicite, qui reflète sans doute la confusion née des termes de la décision constitutionnelle, la loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants modifie la composition des juridictions pour mineurs, en restreignant le cumul de fonctions au renvoi devant la juridiction de jugement. Elle prohibe ainsi deux cumuls, le premier devant le tribunal pour enfants, le second devant le tribunal correctionnel pour mineurs. L'article L. 251-3 al. 2 du Code de l'organisation judiciaire dispose

¹¹²⁰ Cons. const., 8 juill. 2011, n° 2011-147 QPC, *AJ fam.* 2011, 435, obs. V. A.-R. ; *ibid.* 391, point de vue L. GEBLER ; *AJ pén.*, 2011, 596, obs. J.-B. PERRIER ; *RSC*, 2011, p. 728, chron. C. LAZERGES ; *RTD civ.* 2011, 756, obs. J. HAUSER, V. aussi. Ph. BONFILS, « L'impartialité du juge des enfants », *RFDC*, 2012/1, n° 89, p. 168. Interrogé sur la présence majoritaire de juges non-professionnels au sein du tribunal pour enfants, le Conseil Constitutionnel a soulevé d'office la question du cumul de fonctions du juge des enfants.

¹¹²¹ Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, à propos de la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs. Le tribunal correctionnel pour mineurs, supprimé le 1^{er} janvier 2017, était une formation spécialisée du tribunal correctionnel. Présidé par un juge des enfants, il était compétent pour juger les mineurs de plus de 16 ans ayant commis en état de récidive légale un délit puni d'une peine supérieure à 3 ans. Le Conseil constitutionnel avait également estimé ici que le juge des enfants ne devait pas présider cette juridiction lorsqu'il avait réalisé des actes d'instruction dans l'affaire soumise à son appréciation, sauf à porter atteinte au principe d'impartialité.

d'abord que : « le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants ne peut présider cette juridiction ». L'article 24-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945, quant à lui, dispose en son alinéa 2 que : « le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire devant le tribunal correctionnel pour mineurs ne peut présider cette juridiction ». Dans les deux cas, seul le lien entre renvoi et jugement est proscrit, et il n'est jamais fait référence aux actes d'instruction effectués par le juge des enfants, pourtant au cœur du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette interprétation malheureuse fait écho à la maladresse de la décision du Conseil constitutionnel, qui mélange à la fois la notion de préjugé, et la question du renvoi, sans distinguer précisément la nature du cumul prohibé : « en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution »¹¹²². En définitive, le législateur n'a pas remédié à l'atteinte au principe d'impartialité, la loi se contentant d'empêcher un cumul entre le renvoi et le jugement de l'affaire devant la juridiction pour mineurs par un même juge. En pratique, et jusqu'à la loi du 23 mars 2019, un juge des enfants ayant participé à l'instruction d'une affaire pouvait toujours siéger au sein de la juridiction pour mineurs, à partir du moment où il n'avait pas effectué lui-même le renvoi.

574. L'ordonnance du 11 septembre 2019¹¹²³, en abrogeant celle du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, introduit quelques ruptures. En effet, le texte retire au juge des enfants sa compétence en matière d'instruction. Dès lors, la procédure d'instruction est réalisée par des magistrats non spécialisés sur les questions de l'enfance et deux audiences séparées dans le temps sont ensuite dévolues au juge des enfants. Dans un objectif de rapidité du jugement, la première est destinée à statuer sur la culpabilité et le préjudice subi par la victime, tandis que la seconde consiste à fixer la sanction. Ainsi, le juge des enfants statue uniquement sur la culpabilité dans un délai de dix jours à trois mois après les faits, et décide de la sanction à l'occasion d'une audience intervenant dans les six à neuf mois qui suivent. Le délai laissé au juge entre

¹¹²² Considérant 11, Cons. const., 8 juill. 2011, n° 2011-147 QPC.

¹¹²³ Ordonnance n° 2019- 950 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs en date du 11 septembre 2019.

les deux audiences doit donc lui permettre d'assurer le suivi du mineur, en modulant la réponse pénale en fonction de son évolution. L'intervalle lui permet tout de même, ainsi qu'au tribunal des enfants, de décider d'une mesure éducative judiciaire provisoire, d'un placement sous contrôle judiciaire et même en détention provisoire¹¹²⁴. Cette mise à l'épreuve éducative n'est toutefois pas nécessairement respectée, la césure du procès pénal n'étant qu'une option parmi d'autres¹¹²⁵. En outre, il convient de s'interroger sur la prise en charge du mineur au-delà des neuf mois prévus, lorsque l'audience relative à la sanction n'a pu se tenir, en cas notamment de surcharge de la juridiction. Il semblerait, face au silence de ce Code pourtant long de 250 articles, que l'enfant soit alors livré à lui-même jusqu'au jugement¹¹²⁶. Proposée par la Commission Varinard en 2008¹¹²⁷, cette séparation du procès pénal ne permet pas de compenser la perte de compétence du juge pour enfants, et amoindrit la continuité nécessaire à l'observation du mineur. De fait, l'impartialité objective du juge des enfants se trouve ici restaurée, puisque ce dernier n'intervient plus au stade de l'enquête. La césure du procès pénal remédie ici aux pratiques de contournement de l'interdiction pour le juge des enfants qui s'est prononcé sur les charges durant l'instruction de présider le tribunal pour enfants qui statue sur la culpabilité. En effet, des stratégies d'évitement se sont développées au sein des juridictions, consistant par exemple en la formation de binômes : « l'un instruit, l'autre juge, d'autres instruisent et jugent, mais font signer l'ordonnance de renvoi par un autre juge des enfants », ou encore « d'autres font siéger un juge du tribunal de grande instance au tribunal pour enfants »¹¹²⁸.

575. Cependant, une telle reconfiguration du procès pénal en matière de minorité n'est pas sans incidence sur la prise en charge de cette délinquance si particulière. L'article L. 12-1 du Code de la justice pénale des mineurs impose certes la spécialisation du magistrat chargé de l'information judiciaire qui concerne un mineur, mais sans véritablement la garantir. Hors les cabinets d'instruction dédiés aux affaires

¹¹²⁴ Art. L. 521-7 à L. 521-25 du Code de la justice pénale des mineurs.

¹¹²⁵ L'article L. 423-4 du Code de la justice pénale des mineurs autorise dans certains cas le procureur de la République à saisir le tribunal pour enfants aux fins de jugement en audience unique. De même l'article L. 521-2 autorise le juge, sur décision motivée, à statuer en audience unique sur la culpabilité et la sanction du mineur.

¹¹²⁶ V. not. C. LAZERGES, « De l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante à l'ordonnance du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *Lexbase Pén.* : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs.

¹¹²⁷ Rapport de la Commission « Varinard », *Adapter la justice pénale des mineurs (entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions)*, Doc. fr., 2009. Cf. Elle a ensuite été inscrite dans l'ordonnance du 2 février 1945 (art. 24-5 et s.) par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011.

¹¹²⁸ V. le rapport J. TERLIER, cité par S. JACOPIN, « La codification de la justice pénale des mineurs : entre continuité(s) et rupture(s) », *LPA* 10 oct. 2019, n° 203, p. 6.

liées aux enfants dans une petite partie des juridictions, la spécialisation consistera la plupart du temps en une banale habilitation du juge d'instruction par le premier président de la cour d'appel¹¹²⁹. Il suffit alors de savoir qu'il n'existe pas de véritable formation sur l'enfance délinquante au sein de la magistrature¹¹³⁰ pour comprendre que la spécialité est ici sacrifiée sur l'autel de l'impartialité. À tout le moins, la réalité judiciaire ne fera pas grand cas de l'accompagnement éducatif de l'enfant pendant la phase d'enquête, avant tout mobilisée autour de la recherche de la vérité.

576. Ainsi, le soupçon de partialité à l'encontre du juge des enfants est aujourd'hui vigoureusement combattu. Prétexe idéal à la critique de cette justice spécialisée, il a néanmoins donné à ses détracteurs un point d'ancrage à la déconstruction souhaitée. Son caractère central, eu égard aux règles du procès équitable, a nécessairement conduit à s'interroger sur la légitimité d'un magistrat qui ne détient pas toutes les qualités attendues en matière pénale. Cette anomalie identitaire originelle du juge des enfants s'incorpore cependant dans une dynamique plus vaste, qui concourt à la préservation d'un profil singulier.

B) Le principe de continuité personnelle

577. Bien que la question de l'impartialité cristallise les tensions autour de la légitimité du juge des enfants, elle ne constitue pas son seul écart au droit commun. La protection de l'enfance délinquante, en matière de jugement pénal, permet également de restreindre la règle de la publicité des débats, pour éviter une exposition préjudiciable à la réinsertion future. Énoncé par l'article L. 513-2 du Code de la justice pénale des mineurs et consacré par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹³¹, le principe de publicité restreinte s'applique à toutes les juridictions ayant à juger des mineurs¹¹³², et limite l'accès à l'audience pénale aux seules personnes énumérées par le texte. Aussi : « seuls seront admis à assister aux débats la victime, qu'elle soit ou

¹¹²⁹ Sur cette question, v. L. HEBBADJ, « Approche pratique de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *Lexbase Pén.* : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs.

¹¹³⁰ De telles formations existent néanmoins dans le cadre de la formation continue, mais elles sont d'abord destinées, et ce, assez logiquement, aux juges des enfants.

¹¹³¹ CEDH, 16 déc. 1999, *T. et V. c/ Royaume-Uni*, *op. cit.* : *Dr. fam.* 2000, comm. 46, obs. A. GOUTTENOIRE.

¹¹³² Cela reste valable devant la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel, lorsqu'elle est saisie de la seule action civile, suite à la relaxe du mineur (Cass. crim., 1er sept. 2015, n° 14-85.503 : *JurisData* n° 2015-019416).

non constituée partie civile, les témoins de l'affaire, les proches parents, le tuteur ou le représentant légal du mineur, les membres du barreau, les représentants des sociétés de patronage et des services ou institutions s'occupant des enfants, les délégués à la liberté surveillée. », le huis clos pouvant en outre être prononcé si l'infraction est de nature sexuelle¹¹³³. En revanche, la cour d'assises des mineurs peut autoriser l'accusé devenu majeur, s'il en fait la demande, à être jugé publiquement, à moins qu'un autre accusé soit toujours mineur¹¹³⁴. Le législateur a donc souhaité soustraire le mineur délinquant aux regards du public, l'aménagement de cette publicité s'accompagnant par ailleurs de l'interdiction de toute publication pouvant permettre l'identification du mineur¹¹³⁵.

578. Alors que l'empiètement sur le principe d'impartialité du juge judiciaire vient d'être corrigé, le jugement des mineurs permet encore une restriction de la publicité des débats, renforçant encore les soupçons à l'égard d'un juge des enfants qui opère seul, et en secret. Cependant, ces dérives identitaires, au regard des qualités attendues de tout juge pénal, ne sont pas les conséquences d'un dysfonctionnement de l'institution, mais bien au contraire, la résultante d'une démarche consciente et volontaire : « Dans le droit des mineurs, la fonction de juger est diluée dans une longue séquence de décisions informelles. Le procès est moins le lieu d'expression d'intérêts antagonistes que la recherche commune d'une solution aux échecs d'une personnalité. Les rôles traditionnels sont profondément modifiés : le ministère public abandonne son rôle répressif au profit d'une fonction tutélaire ; l'avocat cesse de camper sur une position défensive pour collaborer à cette recherche ; le juge coordonne cette entreprise de protection de l'enfance. En forçant un peu le trait, on pourrait voir dans les jeux de rôle du tribunal pour enfants avec J. Donzelot "la réunion d'un conseil d'administration d'une entreprise de production et de gestion de l'enfance inadaptée". Il serait plus exact de voir dans cette scène judiciaire qui ne peut réinvestir les parties dans leurs rôles traditionnels, une instance, ayant pour finalité de ratifier les décisions préalablement prises en audience de cabinet »¹¹³⁶. Du moins était-ce le cas jusqu'à la loi du 23 mars 2019, qui répond à des attentes plus pragmatiques qu'humanistes et bouscule incidemment de telles aspirations.

¹¹³³ Cass. crim., 2 mars 1955 : *JCP G* 1955, II, 8760, note J. PIERRON ; Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 96-84.763 : inédit.

¹¹³⁴ Art. 306, al. 6, du Code de procédure pénale.

¹¹³⁵ Art. 306, al. 7, du Code de procédure pénale.

¹¹³⁶ D. SALAS, *Du procès pénal*, PUF, 2010, pp. 155-156. L'auteur fait référence à J. DONZELOT, *La police des familles*, Minuit, 1977, p. 94.

579. Tout doit être mis en œuvre, dans le cadre de la justice des mineurs, pour assurer une continuité dans la prise en charge d'une délinquance qui laisse espérer une évolution positive, en raison de son jeune âge. Tant en droit interne¹¹³⁷ qu'en droit international¹¹³⁸, le corpus de règles applicables aux mineurs poursuit une logique très différente de celle qui prévaut pour les majeurs, en privilégiant l'accompagnement à la répression. S'il est assez regrettable qu'une telle philosophie ne puisse être appliquée pour l'ensemble de la délinquance, faute de temps et de moyens certainement, mais également peut-être, de volonté suffisante, il est cependant primordial de la préserver pour les mineurs qui commettent des faits infractionnels. Alors que la définition de l'infraction et les règles de son imputation sont communes aux majeurs et aux mineurs au sein du Code pénal, celles qui dirigent le procès et la sanction divergent. L'aspect pédagogique guide la prise en charge, apportant un assouplissement des règles procédurales. Dans cette perspective, le magistrat ne doit pas uniquement assurer la fonction de juger, mais doit en priorité jouer le rôle d'un éducateur¹¹³⁹ à l'égard de l'enfant. L'implication demandée au juge des enfants ne se limite donc pas à l'individualisation de la peine, exigence mise en œuvre pour toute personne condamnée. Il s'agit ici d'une prise en charge judiciaire complète, qui lui permet de connaître le mineur en profondeur et de l'accompagner tout au long de la procédure judiciaire, afin de lui appliquer les mesures éducatives et répressives appropriées. En cela, la démarche est extrêmement cohérente, et pourrait peut-être avoir des effets bénéfiques sur la récurrence des majeurs, si elle leur était applicable. Néanmoins, elle reste délicate dans sa mise en œuvre, qui implique un investissement particulier de la part du juge, et donc, des dérogations aux règles du procès équitable. C'est pourquoi, elle se limite à l'enfance délinquante, qui porte l'espoir d'une réinsertion dans le droit chemin, ou du moins, éloignée des palais de justice.

¹¹³⁷ Cons. Const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002.

¹¹³⁸ Article 40 de la CIDE : « Les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur humaine, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci. »

¹¹³⁹ L'aspect éducatif du rôle du juge des enfants est très souvent déprécié, et mal perçu, alors que son étymologie fait écho à une démarche plutôt louable et sensée : « Le terme d'éducation et surtout l'adjectif éducatif ont pris un sens péjoratif au cours des dernières années, devenant synonymes d'un certain laxisme. Pourtant, leur racine latine, e-ducere, signifie "conduire vers, accompagner" et renvoie au processus pédagogique dont le juge des enfants est en charge. » (L. BELLON, « L'impartialité du juge des enfants. Juge des enfants, être ou ne pas être impartial ? », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/10, n° 320, pp. 26-33. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2012-10-page-26.htm>).

580. Dès lors, les règles du jugement des mineurs visent à apporter au juge un « pouvoir discrétionnaire suffisant »¹¹⁴⁰, expression qui sous-tend le principe de continuité personnelle, non exclusif au juge des enfants, mais qui fait l'objet d'une application propre à l'enfance délinquante. Ainsi, le juge de l'application des peines partage la même exigence d'accompagnement de la personne condamnée, bénéficiant lui-même d'une certaine souplesse dans le choix de la peine applicable, parfois très différente de celle décidée par la juridiction. Mais une différence notable doit être relevée, puisque le juge des enfants n'est pas limité à la sanction pénale, appliquant, de ce fait, une continuité transversale à toute la procédure pénale¹¹⁴¹, du moins jusqu'à l'ordonnance du 11 septembre 2019, qui lui retire l'information judiciaire.

581. Un exemple intéressant de ce pouvoir discrétionnaire pouvait être exposé au regard de l'instruction¹¹⁴², à travers la possibilité pour le juge des enfants d'instruire une affaire délictuelle par la « voie officieuse ». L'article 8 de l'ordonnance de 1945 permettait ainsi au juge des enfants de contourner les règles du Code de procédure pénale, sauf s'il portait atteinte à la liberté du mineur : « Le juge des enfants effectuera toutes diligences et investigations utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et à la connaissance de la personnalité du mineur ainsi que des moyens appropriés à sa rééducation. À cet effet, il procédera à une enquête, soit par voie officieuse, soit dans les formes prévues par le chapitre Ier du titre III du livre Ier du Code de procédure pénale. Dans ce dernier cas, et si l'urgence l'exige, le juge des enfants pourra entendre le mineur sur sa situation familiale ou personnelle sans être tenu d'observer les dispositions du deuxième alinéa de l'article 114 du Code de procédure pénale. (...) ». Le juge des enfants était donc dispensé, dans un tel contexte, de convoquer l'avocat du mineur cinq jours avant l'interrogatoire, ne lui laissant pas le temps de préparer

¹¹⁴⁰ L'expression est présente dans les Règles de Beijing (Pékin-1986) qui définissent les règles des Nations unies concernant l'administration de la justice pour les mineurs délinquants, aux articles 17-4 et 18-1 ainsi que dans les recommandations que le Conseil de l'Europe a adressées aux États membres le 5 novembre 2008 (Recommandation CM/Rec(2008)11 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures).

¹¹⁴¹ À ce propos, lire l'opinion concordante dans l'arrêt *Nortier contre Pays-Bas* (CEDH, 24 août 1993, req. n° 13924/88, *Nortier Nortier c/ Pays-Bas*), exprimée par le juge européen MORENILLA : « Pour atteindre ces objectifs, il semble à la fois raisonnable et indiqué d'organiser la procédure de manière telle qu'un juge unique connaisse l'affaire depuis le stade de l'instruction préparatoire, en adoptant les mesures provisoires appropriées, jusqu'à celui de l'exécution de la sentence, où il lui appartient de surveiller la mise en œuvre des mesures de protection prévues par le jugement, et ce afin de développer une relation de confiance entre d'une part, le juge des enfants et d'autre part, le mineur et ses parents ou son tuteur ».

¹¹⁴² L. BELLON, « L'impartialité du juge des enfants. Juge des enfants, être ou ne pas être impartial ? », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/10, n° 320, pages 26 à 33. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2012-10-page-26.htm>.

correctement sa défense¹¹⁴³. Abrogé par l'Ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, ce texte n'existe plus. La légitimité d'une telle mesure, qui porte nécessairement atteinte à l'équité du procès, quand bien même est-elle destinée à assurer le relèvement éducatif du mineur, était bien entendu contestable. Mais la relation de confiance souhaitée entre l'enfant et l'institution, incarnée par son juge, implique la mobilisation de compétences extérieures au juge pénal des majeurs, telles que l'apprentissage, et la transmission de savoirs. Elle passe également par des échanges et confrontations, dans le cadre des débats judiciaires, qui doivent permettre au mineur d'évoluer en comprenant le sens du message véhiculé par l'institution judiciaire. Pour cela, l'unité dans la parole et la continuité des mesures sont indispensables : « À l'exigence d'accompagnement et de cohérence, on nous opposera l'aléa judiciaire, caractéristique ô combien revendiquée par l'institution. Cet aléa n'est jamais facile à vivre pour un justiciable. Mais il a des effets ravageurs pour un enfant ou un adolescent dont la personnalité et la relation au monde des adultes et aux institutions sont en cours de construction. La cohérence d'une décision à l'autre ou des propos tenus d'une audience à l'autre devient alors fondamentale »¹¹⁴⁴. Or, l'exigence de fermeté et de célérité portée par le Code de la justice pénale des mineurs entre en contradiction avec la logique de protection de l'enfance délinquante. Le retrait total de l'enquête du juge des enfants – qu'il s'agisse de la voie officielle ou de la voie officieuse –, constitue inévitablement un appauvrissement de ce pouvoir discrétionnaire, pourtant nécessaire à la connaissance approfondie du mineur.

582. Proposition clef du rapport Varinard¹¹⁴⁵, la mise en place d'un dossier unique de personnalité poursuit cette aspiration, en rassemblant le maximum d'informations, les

¹¹⁴³ Art. 114 alinéa 2 du Code de procédure pénale : « Les avocats sont convoqués au plus tard cinq jours ouvrables avant l'interrogatoire ou l'audition de la partie qu'ils assistent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télécopie avec récépissé ou verbalement avec émargement au dossier de la procédure ».

¹¹⁴⁴ L. BELLON, « L'impartialité du juge des enfants. Juge des enfants, être ou ne pas être impartial ? », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/10, n° 320, pages 26 à 33. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2012-10-page-26.htm>.

¹¹⁴⁵ Rapport de la Commission de propositions de réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants (A. VARINARD - *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs*, Bibliothèque des rapports publics - La Documentation française). Proposition 53 : Constitution d'un dossier unique de personnalité : « Ce dossier sera ouvert lors de la première saisine du juge des mineurs au pénal ou du juge d'instruction pour chaque mineur. Il sera tenu par le greffe du tribunal des mineurs du domicile habituel du mineur. Seront versés à ce dossier les éléments des procédures alternatives aux poursuites, les mesures ordonnées dans le cadre des diverses procédures pénales ainsi que les expertises, les mesures d'investigations et toutes autres pièces du dossier d'assistance éducative que le juge estimerait nécessaire. Ce dossier sera supprimé lorsque le mineur atteindra sa majorité ou à l'échéance des mesures ou des peines si elles dépassent la majorité. ».

plus actualisées possibles, sur la personnalité et l'environnement social et familial du mineur, recueillies dans l'ensemble des procédures pénales et d'assistance éducative qui le concernent, afin de parvenir à la meilleure connaissance possible de la personnalité du mineur. La loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice et le jugement des mineurs¹¹⁴⁶ a introduit le dossier unique de personnalité à l'article 5-2 de l'ordonnance du 2 février 1945. Repris par les articles L. 322-8 et suivants du Code de la justice pénale des mineurs, ce dernier est ouvert dès qu'une mesure de sûreté, une mesure éducative ou une mesure d'investigation autre qu'un recueil de renseignements socio-éducatifs est ordonnée. Le juge des enfants le constitue également « lorsque qu'il est saisi de l'application d'une peine ou d'une mesure éducative prononcée par une juridiction de jugement pour mineur ».¹¹⁴⁷ La question de la connaissance de la personnalité du mineur est devenue primordiale, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 8 juillet 2011 instaurant la séparation des fonctions d'instruction et de jugement devant le tribunal pour enfants, à compter du 1er janvier 2013. Le juge des enfants président le tribunal pour enfants n'étant plus celui qui a connu de l'enquête, la connaissance de la personnalité du mineur se limite alors aux écrits versés au dossier. La centralisation des informations concernant le mineur est intéressante en ce qu'elle permet une vision d'ensemble de son parcours, notamment par le biais de rapports¹¹⁴⁸ destinés à « éclairer » sur sa personnalité, et permet de respecter le principe contradictoire, auparavant sacrifié. Néanmoins, un simple dossier ne saurait remplacer les considérations forgées sur une véritable relation entre le juge et le mineur délinquant, bien plus riche en nuances qu'une addition d'avis disparates. De plus, il ouvre la voie à la multiplication d'actes d'investigations sur la personnalité du mineur¹¹⁴⁹, en facilitant le recours à des procédures dérogatoires par le parquet sous le prétexte d'apporter des éléments de connaissance de sa personnalité. Ce risque d'instrumentalisation de l'outil méthodologique qu'est le dossier unique de personnalité oblige en conséquence le juge des enfants à une vigilance accrue face à

¹¹⁴⁶ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

¹¹⁴⁷ Art. 322-8, al. 2, du Code de la justice pénale des mineurs.

¹¹⁴⁸ Ce sont notamment les rapports effectués dans le cadre d'une mesure de liberté surveillée préjudicielle ou post sentencielle, de placement (mesures de suivi), de contrôle judiciaire (mesure de sûreté), de mesure de réparation (sanction éducative), de sursis avec mise à l'épreuve (peine)...

¹¹⁴⁹ Les articles 8-3 (convocation par officier de police judiciaire devant le tribunal pour enfants) et 14-2 (présentation immédiate) de l'Ordonnance n°45-174 relative à l'enfance délinquante renvoient à la notion d'« investigations sur la personnalité du mineur sur le fondement de l'article 8 ».

des mesures opportunistes¹¹⁵⁰. Enfin, un tel dossier nécessite une lecture assidue, qui ne sera pas toujours permise en raison de l'accélération du traitement des affaires pénales, laissant craindre une dilution de la connaissance de la personnalité du mineur entre les juges qui se succèdent dans sa prise en charge.

583. Le fil conducteur de l'intervention du juge des enfants à tous les stades de la procédure pénale est celui de l'éducation et de la protection du mineur délinquant. Ce parti-pris forge un modèle de juge pénal affranchi de certaines caractéristiques du procès équitable, provoquant un malaise diffus au sein de l'institution judiciaire. L'identité trouble du juge des enfants demeure donc en partie inconstitutionnelle, révélant une faille au sein même du stade processuel. Le modèle ne parvient pas à se maintenir en l'état, sa remise en cause est incessante, le juge des mineurs ne possédant pas les qualités essentielles d'un juge pénal. La question est cependant plus subtile qu'il n'y paraît, et mérite un angle de vue élargi au regard de la philosophie poursuivie. Si les justifications techniques apportées par la Cour de cassation au cumul de fonctions¹¹⁵¹ ne peuvent légitimer la dérogation, la conception humaniste qui doit accompagner la justice des mineurs motive à elle seule l'aménagement d'une autre forme d'équité du procès. Ce n'est cependant pas la voie qui semble guider les législations successives, chacune participant au délitement de l'autonomie autrefois consentie.

Paragraphe II – L'amenuisement des compétences du juge des enfants

584. Près de soixante-quatorze ans après l'adoption de l'Ordonnance de 1945, et environ une cinquantaine de réformes plus tard, la dernière en date abrogeant le texte nourricier, les bases de cette justice spécialisée sont fragilisées. Le juge des enfants peine à confirmer sa place parmi les autres juges du procès pénal, et doit faire face à

¹¹⁵⁰ M. CREBASSA et C. COMBEAU, « La prise en compte de la personnalité du mineur en matière pénale, entre nécessité et instrumentalisation », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/9, n° 319, pp. 28-33 : « Le juge des enfants peut ne pas faire droit aux réquisitions du parquet visant à la mise en œuvre d'une mesure d'investigation s'il estime qu'il s'agit là d'un dévoiement de procédure ou qu'en opportunité une telle mesure ne s'impose pas (primodélinquant, par exemple). ».

¹¹⁵¹ Cass. crim., 7 avr. 1993, n° 92-84.725, *Bull. crim.* n° 152 : la Cour de cassation estime que le risque de partialité des juridictions pour mineurs est compensé par la collégialité et le double degré de juridiction, alors même que ces garanties ne peuvent être invoquées dans le cadre du jugement des majeurs puisque le Code de procédure pénale interdit au juge d'instruction et au juge des libertés et de la détention « à peine de nullité, de participer au jugement des affaires dont il a connu » (articles 49 du Code de procédure pénale pour le juge d'instruction et 137-1 pour le juge des libertés et de la détention).

des critiques virulentes quant à son incapacité à répondre efficacement à l'évolution de la délinquance des mineurs. Son éviction de l'instruction préparatoire s'inscrit dans un mouvement de défiance bien plus général à son endroit, qui consiste à lui retirer, réforme après réforme, une grande partie de ses prérogatives (A) ou encore, à en concurrencer l'exercice par l'intervention du ministère public (B). Loin d'être anodine, la réduction du périmètre d'action du juge des enfants représente une véritable remise en question de sa nature même.

A) Des pouvoirs restreints

585. « Ouvrir une école aujourd'hui, c'est fermer une prison dans vingt ans »¹¹⁵². L'idée, déclarée désuète, d'apprendre au lieu de punir, devrait pourtant éclairer sur la supposée augmentation statistique de la délinquance des mineurs. Les chiffres sont pourtant assez stables, 3,6 % seulement des mineurs de 10 à 17 ans ayant été impliqués dans une affaire pénale en 2017, ce qui représente une baisse de 7,4 % par rapport à 2016. L'âge des enfants délinquants demeure relativement le même depuis 2005, la grande majorité des infractions réalisées ayant lieu entre 16 et 18 ans. À l'inverse, la répression s'intensifie, et devient plus sévère, notamment au regard de l'augmentation du nombre de mineurs privés de liberté¹¹⁵³. De fait, depuis plus de vingt ans, le juge des enfants est marginalisé, emportant avec lui la primauté de l'éducatif sur le répressif, alors que les poursuites à l'égard des enfants ne font qu'augmenter.

586. L'accusation de laxisme dont il fait l'objet, et qui revient incessamment nourrir chaque débat sur la remise en cause de la justice pénale des mineurs, apporte surtout du crédit aux désirs de durcissement de la répression à l'égard de l'enfance délinquante. Elle s'appuie notamment sur la double compétence du juge des enfants, qui intervient à la fois en matière civile et en matière pénale dans le cadre d'une même affaire. La

¹¹⁵² Souvent attribuée à Victor HUGO, cette citation est en réalité celle de Louis-Charles JOURDAN (1810-1881), rédacteur au Siècle, selon le Grand dictionnaire universel du XIXe siècle de Pierre LAROUSSE (tomes VII : article « ECOLE », 1870 et XIII : article « PRISON », 1875).

¹¹⁵³ V. le Rapport de la mission d'information sur la justice des mineurs présidée par Jean TERLIER, remis le 20 février 2018, au sujet de la réforme de l'ordonnance du 2 février 1945. La commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) a quant à elle été saisie le 27 novembre 2017 par la garde des Sceaux pour réfléchir sur la détention des mineurs et formuler des recommandations. Ainsi, dans son avis du 27 mars 2018, elle constate que « 93,3 % des affaires poursuivables impliquant au moins un mineur font l'objet de poursuites ou de procédures alternatives aux poursuites, contre 77,6 % en 2000 ». Cette hausse de la réponse pénale s'accompagne d'un accroissement de la détention des mineurs, et notamment de la détention provisoire : « 62 % au 1er janvier 2014 contre 77 % au 1er janvier 2018 ».

possibilité de mettre en œuvre des mesures d'assistance éducative pour protéger le mineur en danger ne lui permettrait pas de percevoir l'aspect infractionnel à sa juste portée : « le juge des enfants ne pouvant pas s'abstraire de sa vision du jeune délinquant comme enfant ou adolescent victime »¹¹⁵⁴. A cela, il faudrait objecter la capacité pour un magistrat professionnel d'apprécier les éléments de personnalité du mis en cause sans perdre de vue l'atteinte à l'ordre public générée. Il n'en demeure pas moins que le particularisme qui s'attache à la fonction, et la confusion des rôles qu'il exerce, ouvre une brèche favorable à ses détracteurs. Le législateur ne se prive pas de l'exploiter, et le pouvoir du juge des enfants décroît progressivement.

587. Le juge des enfants se trouve peu à peu privé de la vision panoramique dont il bénéficiait dans la prise en charge du mineur délinquant. La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice lui retire d'abord le droit de statuer en chambre du conseil pour les mineurs âgés de seize ans et plus, lorsque la peine encourue est supérieure à sept ans¹¹⁵⁵. La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance a également largement contribué à cet affaiblissement, en excluant notamment le recours à une mesure éducative pour les délinquants mineurs qui commettent une nouvelle infraction, en récidive, moins d'une année avant la précédente¹¹⁵⁶. Compétent en matière correctionnelle, et pour les contraventions de cinquième classe, le juge des enfants jouissait traditionnellement d'une marge de manœuvre étendue, qui lui permettait de décider de la meilleure option pour le mineur. Ainsi, il pouvait recourir à une mesure éducative, ou bien confier l'affaire au tribunal pour enfants, s'il jugeait plus opportun d'appliquer une peine. La juridiction restait bien évidemment libre de prononcer une peine, une sanction éducative, ou une simple mesure éducative. Dans un premier temps, les restrictions imposées pour certains mineurs ont obligé le juge à renvoyer l'affaire devant le tribunal pour enfants, au sein duquel il ne pouvait plus exercer aucune influence, puisqu'il n'avait plus le droit d'y siéger. Il était par conséquent déjà exclu de la décision dès lors

¹¹⁵⁴ M.-C. GUERIN, « Le juge des enfants : pièce maîtresse ou simple juge spécialisé de la justice pénale des mineurs ? », *Dr. pén.* n° 9, sept. 2012, étude 21.

¹¹⁵⁵ Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945, art. 8 (abrogé), dans sa rédaction issue de la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, art. 31.

¹¹⁵⁶ Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945, art. 8 (abrogé), issu de la loi du 5 mars 2007 de prévention de la délinquance, art. 56 : le texte ne permettait plus au juge des enfants de prononcer l'admonestation et la remise à parents.

qu'il s'agissait d'affaires concernant une « délinquance juvénile soutenue »¹¹⁵⁷. Le juge des enfants ne siégeant plus au sein du tribunal pour enfants, cela le privait déjà d'une continuité dans son travail d'appréciation de la personnalité du mineur, puisqu'il ne participait pas à la décision, et donc à l'éventuelle application d'une sanction éducative ou d'une peine.

588. De façon générale, la répartition des compétences entre le juge des enfants et le tribunal pour enfants se fait au détriment du premier. Autrefois apanage du juge des enfants, les mesures éducatives ne sont plus réservées, à présent, aux audiences de cabinet. Outre l'exclusivité des sanctions éducatives, confiées à son jugement jusqu'à leur récente refonte, le tribunal pour enfants peut également prononcer un certain nombre de mesures éducatives, comme l'avertissement solennel, la remise à parent, une activité de jour, la liberté surveillée, le placement, la mise sous protection judiciaire, l'aide ou la réparation. L'évolution législative opère donc un glissement, qui tend à ériger le tribunal pour enfants comme la juridiction de droit commun des mineurs¹¹⁵⁸. À présent, non seulement le juge des enfants ne peut plus instruire les affaires, mais il doit en plus partager ses pouvoirs, ou renoncer à une partie de ses prérogatives, de sorte qu'il apparaît de moins en moins comme le juge naturel de l'enfance délinquante.

589. Face à cela, il faut accorder à la dernière réforme une relative amélioration des possibilités du juge des enfants, qui obtient le droit de prononcer des mesures autrefois réservées au tribunal pour enfants¹¹⁵⁹. Le Code de la justice pénale des mineurs supprime en effet, quant à lui, la catégorie intermédiaire des sanctions éducatives, jusqu'alors réservée au tribunal pour enfants. Le juge des enfants a désormais uniquement le choix entre une mesure éducative et une peine. Initiative plutôt louable, en ce qu'elle évite le recoupement quasiment systématique de celles-ci soit avec une mesure éducative, soit avec une peine¹¹⁶⁰, elle valorise simultanément les pouvoirs du

¹¹⁵⁷ Terme employé par M.-C. GUERIN, pour désigner les mineurs dont les actes de délinquance suscitent une inquiétude accrue de la part du législateur (« Le juge des enfants : pièce maîtresse ou simple juge spécialisé de la justice pénale des mineurs ? », *op. cit.*).

¹¹⁵⁸ P. BONFILS, « Justice pénale des mineurs délinquants et répartition des compétences », *AJ fam.* 2009, p. 481.

¹¹⁵⁹ Art. L. 112-3, al. 3, du Code de la justice pénale des mineurs : le juge des enfants dispose désormais d'obligations et d'interdictions intégrées à la mesure éducative judiciaire, alors qu'elles ressortaient auparavant de la catégorie des sanctions éducatives, exclue de son office.

¹¹⁶⁰ L'avertissement solennel, par exemple, était proche de la mesure éducative d'admonestation. De la même façon, le stage de formation civique rejoignait la peine consistant en un stage de citoyenneté.

juge des enfants. Ainsi, la plupart de ces obligations ou interdictions sont intégrées à la nouvelle mesure éducative judiciaire prévue à l'article L. 111-2 du Code de la justice pénale des mineurs, et non aux peines. Ce choix ne restreint pas leur champ d'application, le législateur favorisant toujours les mesures éducatives aux peines à l'égard des mineurs¹¹⁶¹. Néanmoins, le prononcé des sanctions éducatives ne représentant qu'une faible part des décisions prononcées¹¹⁶², la démarche ne révolutionne pas pour autant les pouvoirs du juge des enfants. Ce retour à une distinction binaire a cependant le mérite de remédier à la confusion induite par un tel système pendant de nombreuses années¹¹⁶³. Cependant, une autre disposition attire davantage l'attention, en permettant au juge des enfants de condamner un mineur d'au moins treize ans à des peines doucereusement indiquées comme étant « à portée éducative ». Aussi, lorsqu'il statue en chambre du conseil sur réquisitions du procureur de la République, le juge des enfants n'a pas besoin de saisir le tribunal pour prononcer une peine de confiscation de l'objet qui a servi à commettre l'infraction, à un stage et à un travail d'intérêt général (le mineur doit être âgé de seize ans au moins lors du prononcé de cette dernière peine), dès lors que les circonstances et la personnalité du mineur le justifient¹¹⁶⁴. Si le primat de l'éducatif cède clairement le pas devant l'impératif de répression, le gain de pouvoir se fait pour une fois en la faveur du juge des enfants. Mais ne nous y trompons pas, ces menues victoires ne sont que des leurres quant au réel appauvrissement du rôle du juge des enfants que porte le Code de la justice pénale des mineurs. Son exclusion de l'enquête pénale, conformément aux exigences du principe d'impartialité, bouleverse radicalement la continuité de son rôle auprès de l'enfant et représente, en cela, une mutation identitaire fondamentale du juge des enfants. La grande majorité du contentieux concernant la minorité s'attache précisément à la sphère délictuelle, et nécessite bien souvent une instruction préparatoire. La transformation de la délinquance juvénile, relevée par les travaux préparatoires à l'adoption du Code de la justice pénale des mineurs, se manifeste par

¹¹⁶¹ Sur ce point, lire M. BRENAUT, « Le droit de la peine dans l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *Lexbase Pén.* : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs. L'auteur rappelle que « les peines ne sont d'application que subsidiaire aux mineurs délinquants et leur champ ratione personae est plus réduit que celui des mesures éducatives ». Un mineur de moins de treize ans, notamment, ne peut faire l'objet d'une peine. Toujours réservées aux mineurs d'au moins dix ans (art. L. 112-3 du Code de la justice pénale des mineurs), la sanction éducative est refondue dans la mesure éducative judiciaire, qui en prend la relève sans l'amoinrir.

¹¹⁶² Soit 4,2 % des décisions prononcées en 2017 (Chiffres de la justice 2018 exploités par le Rapport n° 1702 - de M. Jean TERLIER et Mme Cécile UNTERMAIER, *op. cit.*, p. 25)

¹¹⁶³ V. à ce propos C. MARIE, « La nouvelle mesure éducative judiciaire : la diversité sous l'unité », *Lexbase Pén.* : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs.

¹¹⁶⁴ Art. L. 121-4 du Code de la justice pénale des mineurs.

une aggravation des infractions commises, notamment à l'égard des personnes¹¹⁶⁵. Cela n'aura pas échappé à la sagacité des observateurs, la mention d'une « mutation du profil des mineurs »¹¹⁶⁶ rappelle inévitablement celle de son juge. Paradoxalement, tandis que les premiers augmentent leur visibilité sur le terrain judiciaire, le second s'efface au sein de l'institution répressive. Cette « fièvre législative » dénoncée par un auteur¹¹⁶⁷ contrevient nécessairement à l'intérêt supérieur de l'enfant, dont la connaissance ne pourra plus être assurée par le juge des enfants. En dehors des mineurs récidivistes, que le juge connaît déjà, et des primo-délinquants, rencontrés dans le cadre des mesures d'assistance éducative, le juge découvrira l'enfant lors de la première audience, relative à la culpabilité. Les délais très brefs dont il dispose alors pour suivre le relèvement éducatif du mineur dans le cadre de la césure du procès pénal discréditent sévèrement le rôle du juge pénal de l'enfance délinquante. Lointaines sont désormais les paroles rapportées par le même auteur, attribuées au juge des enfants Jean Chazal qui « aimait à expliquer que lorsqu'un mineur vole un vélo, ce n'est pas le vélo qui doit retenir l'attention mais le mineur »¹¹⁶⁸.

590. De surcroît, le développement des mesures alternatives aux poursuites, entre les mains cette fois du parquet, contribue également à réduire la place du juge des enfants. D'abord, le classement sous condition permet au procureur de la République, lorsqu'il décide de ne pas poursuivre le mineur devant un tribunal, d'ordonner l'exécution d'une mesure : « susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits »¹¹⁶⁹. Il peut s'agir par exemple, d'un simple rappel à la loi, ou d'une mesure de médiation pénale. Le mineur peut également être contraint à la réparation du dommage, ou devoir effectuer un stage ou une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel (notamment un stage de citoyenneté ou un stage de

¹¹⁶⁵ Selon les chiffres du ministère de l'intérieur, de 2012 à 2017, 40 % des faits mettant en cause des mineurs en matière d'atteintes aux biens, 29 % pour les atteintes volontaires à l'intégrité physique et 16 % pour les infractions à la législation des stupéfiants. Par ailleurs, les mineurs apparaissent surreprésentés dans la commission de certaines infractions : 30,5 % des affaires de vols avec arme blanche ou arme par destination, 49,4 % des viols sur mineurs, 32,5 % des vols d'automobile et 20,2 % des vols à l'étalage (en 2017).

¹¹⁶⁶ Expression employée par le Rapport n° 1702 - de M. Jean TERLIER et Mme Cécile UNTERMAIER (*op. cit.*, p. 18) pour expliquer le recours accru à l'incarcération face à l'évolution de la délinquance des mineurs en matière d'infractions graves aux biens et aux personnes (souvent commises en bande organisée).

¹¹⁶⁷ C. LAZERGES, « De l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante à l'ordonnance du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *op.cit.*

¹¹⁶⁸ C. LAZERGES, « De l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante à l'ordonnance du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *op.cit.*

¹¹⁶⁹ Art. 41-1 du Code pénal.

sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants). Ces mêmes options sont à la disposition du juge des enfants, qui peut les prononcer en chambre du conseil¹¹⁷⁰. La loi du 5 mars 2007 a, quant à elle, rendu applicable la composition pénale aux mineurs âgés d'au moins treize ans¹¹⁷¹, en lieu et place des poursuites, lorsqu'ils reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits passibles d'une peine d'amende ou d'emprisonnement d'une durée égale ou inférieure à cinq ans. Le mineur pourra alors se voir proposer des mesures spécifiques, comme le stage de formation civique, le suivi de façon régulière d'une scolarité ou d'une formation professionnelle, le respect d'une décision, antérieurement prononcée par le juge, de placement dans une institution ou un établissement public ou privé d'éducation ou de formation professionnelle habilité, la consultation d'un psychiatre ou d'un psychologue ou encore l'exécution d'une mesure d'activité de jour. La loi n°2011-1940 du 26 décembre 2011 ajoute également l'accomplissement, lorsque le mineur est âgé de plus de seize ans, d'un contrat de service en établissement public d'insertion de la défense. Mais rien n'empêche le ministère public de prononcer d'autres mesures, parmi celles applicables aux majeurs, dont la vertu éducative est manifeste, comme le travail d'intérêt général, l'injonction thérapeutique, ou la confiscation de la chose qui a servi à commettre l'infraction. Parce qu'elle éteint l'action publique, la composition pénale est intéressante pour le mineur, et englobe un public encore plus large, compte tenu de la nature des délits concernés. Le caractère éducatif de ces mesures ne fait pas de doute, et leur application au mineur se justifie aisément. Néanmoins, leur mise à disposition, dans le cadre du classement sans suite, se répercute sur le juge des enfants, auquel seront soustraits les enfants dans leurs premiers pas de délinquants, et une large partie des délinquants plus aguerris.

591. La visée « éducative » poursuivie par ces mesures exerce donc une rivalité supplémentaire aux pouvoirs du juge des enfants, à l'égard des primo-délinquants, concernés en premier lieu. De fait, le juge des enfants est exclu du devenir judiciaire des enfants récidivistes, et concurrencé dans les décisions applicables aux délinquants primaires. Mais la réforme étend encore ces mesures, avec de nouvelles possibilités offertes au ministère public : le stage de formation civique, la consultation d'un psychiatre ou un psychologue, la justification de l'assiduité scolaire ou la « mesure de

¹¹⁷⁰ Art. L. 112-8 du Code de la justice pénale des mineurs.

¹¹⁷¹ Art. 41-2 et 41-3 du Code pénal ; art. L. 422-3 et s. du Code de la justice pénale des mineurs.

réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité »¹¹⁷², alors qu'elles remettent en cause la place du juge des enfants. Paradoxalement, le législateur octroie aussi une nouvelle « boîte à outil » au juge des enfants, avec l'avertissement et la mesure éducative judiciaires¹¹⁷³. Dans ce cadre souple, puisque la mesure est modifiable à tout moment, le juge peut prononcer des interdictions d'aller et venir, des confiscations d'objets, des obligations de suivre un stage. Elle s'organise en quatre pôles, avec un module insertion, un module réparation (à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité), un module santé (placement en établissement médico-social ou de santé hors psychiatrie) et un module placement (établissement ou chez une personne digne de confiance). Or, il ne s'agit pas à proprement parler de nouveaux pouvoirs pour le juge des enfants, mais plutôt de leur réorganisation. Ainsi, l'avertissement judiciaire remplace l'admonestation et la remise à parents et l'avertissement solennel, considérés comme désuets. Quant aux autres mesures éducatives énoncées, elles existent déjà, et sont simplement regroupées en fonction de l'objectif poursuivi. Absorbant la liberté surveillée, la mesure de placement, les sanctions éducatives, la mesure de réparation et l'accueil de jour, les mesures éducatives peuvent être prononcées à titre provisoire, ou de sanction.

592. Le rapport d'information destiné à servir de support à la réforme du droit des mineurs avait justement proposé le développement des mesures prononcées par le juge des enfants en audience de cabinet, afin de limiter les renvois devant le tribunal pour enfants. Il semblait ainsi opportun de lui permettre de prononcer certaines sanctions éducatives, telles que les stages, les amendes et les travaux d'intérêt général. En outre, et de façon encore plus significative, les députés préconisaient de revenir sur le renvoi obligatoire devant le tribunal pour enfants des mineurs de plus de 16 ans qui encourent une peine supérieure ou égale à 7 ans, prévu par l'article 8 de l'ordonnance de 1945. Les rapporteurs soulignaient la fréquence du contournement de cette règle par les juges des enfants, qui passent alors sous silence une circonstance aggravante de l'infraction afin de rester sous le seuil de 7 ans d'emprisonnement¹¹⁷⁴. Le Code de la justice pénale

¹¹⁷² Art. L. 422-1 du Code de la justice pénale des mineurs.

¹¹⁷³ Art. L. 111-2 ; art. L. 112-1 et s. du Code de la justice pénale des mineurs. V. à ce sujet P. JANUEL, « Le projet de code de justice pénale des mineurs », *Dalloz actu.*, 17 juin 2019.

¹¹⁷⁴ D'après la Conférence nationale des procureurs de la République : « lorsque le juge des enfants ne veut pas renvoyer devant le tribunal pour enfants et que l'on se trouve dans un cas de saisine obligatoire du tribunal pour enfants (peine encourue supérieure ou égale à 7 ans et mineur de 16 ans révolus) le juge des enfants "oublie" une circonstance aggravante pour ramener la peine en deçà du seuil. ».

des mineurs donne pleine effectivité à cette volonté, puisqu'il permet au juge des enfants de prononcer des peines en chambre du conseil¹¹⁷⁵. Selon l'article L. 121-4 « le juge des enfants, statuant en chambre du conseil, peut, sur réquisitions du procureur de la République, si les circonstances et la personnalité du mineur le justifient, condamner un mineur âgé d'au moins treize ans aux peines : 1° de confiscation de l'objet ayant servi à commettre l'infraction ; 2° de stage ; 3° de travail d'intérêt général, si le mineur est âgé d'au moins seize ans au moment du prononcé de la peine ». Les pouvoirs du juge des enfants, dont la place n'est aujourd'hui plus centrale, se trouvent ici quelque peu restaurés. Corrélativement, le rôle qui était jadis le sien s'est transformé, de sorte qu'il ne ressemble plus maintenant qu'à une pâle copie identitaire de son prédécesseur. De toute évidence, le gain de pouvoir a des effets pervers, puisque le prononcé d'une peine par le juge des enfants accentue la répression au détriment de l'éducation. Ainsi, en condamnant un enfant à une peine en chambre du conseil, le juge des enfants institue le premier terme de la récidive, en parfaite contradiction avec l'esprit de la justice des mineurs. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs censuré, en 2011, les dispositions par lesquelles le législateur voulait rendre applicables aux mineurs les peines planchers aujourd'hui disparues. Il motivait son refus par une référence large aux exigences constitutionnelles en matière de justice de l'enfance délinquante : « en instituant le principe de peines minimales applicables à des mineurs qui n'ont jamais été condamnés pour crime ou délit, la disposition contestée méconnaît les exigences constitutionnelles en matière de justice pénale des mineurs »¹¹⁷⁶. Or, prétendre vouloir relever l'enfant de ses faux pas grâce à la césure pénale se concilie fort mal avec le prononcé des peines, en plus des mesures éducatives, par le juge des enfants. Six à neuf mois après l'audience sur la culpabilité, le juge des enfants peut à présent réprimer l'enfant par une véritable peine lors de l'audience sur la sanction¹¹⁷⁷, ce qui semble bien éloigné de son identité originelle. En réalité, le souhait de : « laisser davantage de marge de manœuvre au juge des enfants et ne prévoir un renvoi obligatoire au tribunal pour enfants que pour les infractions les plus graves pour lesquelles la peine encourue est supérieure ou égale à dix ans » est surtout lié à la

¹¹⁷⁵ Sous l'empire de l'Ordonnance de 1945, il ne pouvait le faire que lorsqu'il siégeait au sein de la formation collégiale du tribunal pour enfants.

¹¹⁷⁶ Cons. const., décision n° 2011-625 DC, du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, § 27.

¹¹⁷⁷ Art. L. 521-9 du Code de la justice pénale des mineurs.

nécessité de réduire les délais de jugement¹¹⁷⁸. Éduquer et punir, tellement vite, que le juge n'a plus le temps pour la première partie du raisonnement.

593. Derrière la quête de lisibilité, incontestable, recherchée par la réforme, le Code de la justice pénale des mineurs aspire à traiter ces derniers : « sans angélisme et sans démagogie »¹¹⁷⁹. Cependant, l'insertion de la prise en compte des intérêts de la victime, au sein des principes directeurs de la justice des mineurs, introduit des intérêts contradictoires : « toute décision prise à l'égard d'un mineur [...] tend à assurer son relèvement éducatif et personnel et à prévenir la récidive, dans le respect des intérêts des victimes »¹¹⁸⁰. Erigée au rang de principe directeur de la justice pénale des mineurs, la justice restaurative est présentée par l'article L. 13-4, conformément à l'article 10-1 du code de procédure pénale. Avec le consentement des représentants légaux du mineur, en fonction de son discernement, elle peut intervenir tout au long de la procédure pénale, et donne ainsi priorité aux dommages subis par la victime. La revalorisation de la place de la victime revient à altérer la réponse pénale à l'égard du mineur délinquant, entrant *a fortiori* en conflit avec le principe d'atténuation de sa responsabilité pénale, pourtant consacré par le droit international¹¹⁸¹. Cette tentative de simplification ne doit pas conduire, à nouveau, à « gommer la spécialité du droit pénal de la minorité »¹¹⁸². Il n'est peut-être pas si anodin, à ce propos, de constater que le Code de justice des mineurs ne concerne que l'enfance délinquante, laissant ainsi de côté l'assistance éducative¹¹⁸³. De fait, « juger plus vite les mineurs » et « apporter une réponse plus prompte aux victimes »¹¹⁸⁴ ne fait pas bon ménage avec la continuité du travail réalisé par le juge des enfants, du volet civil au volet pénal.

¹¹⁷⁸ Rapport n° 1702 de M. Jean TERLIER et Mme Cécile UNTERMAIER, Rapport d'information sur la justice des mineurs, 20 février 2019, pp. 70 et 71.

¹¹⁷⁹ L. SEBAG, « Ordonnance sur ordonnance ne vaut ! – À propos de la création d'un Code de justice pénale des mineurs », *JCP G*, n° 49, 3 décembre 2018, p. 2181 : « Les finalités du projet de loi ont été publiquement énoncées : juger plus vite les mineurs pour qu'ils prennent conscience de la gravité de leurs actes, simplifier la procédure pénale, améliorer la prise en charge des victimes, apporter des réponses pénales mieux adaptées au profil de chaque jeune délinquant, en particulier des mesures pro- batoires plus efficaces avant le prononcé des peines “sans angélisme et sans démagogie” ».

¹¹⁸⁰ Art. 2 du projet d'ordonnance de Code de justice des mineurs.

¹¹⁸¹ Le principe d'atténuation de la responsabilité pénale du mineur est notamment consacré par les règles de Beijing concernant l'administration de la justice pour mineur, adoptées le 29 novembre 1985 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹¹⁸² L. SEBAG, « Ordonnance sur ordonnance ne vaut ! – À propos de la création d'un Code de justice pénale des mineurs », *JCP G*, n° 49, 3 décembre 2018, p. 2181.

¹¹⁸³ V. à ce propos la tribune publiée le 6 novembre 2018 par les magistrats du tribunal de Bobigny (T. BARANGER, act. 1358, *JCP G*, n° 51, 17 décembre 2018, p. 2342).

¹¹⁸⁴ Déclarations de Nicole BELLOUBET, garde des Sceaux, à l'égard du projet de réforme.

594. Or, les justifications peinent à masquer le véritable enjeu sous-tendu par l'application de mesures d'une telle sévérité. Derrière le souhait de recadrer le rôle du juge des enfants dans l'enceinte du procès équitable, la traque exercée au nom de l'impartialité cache de façon bien malhabile le véritable dessein poursuivi. Aussi le législateur désire-t-il soustraire la répression des mineurs, dont la délinquance lui apparaît la plus inquiétante, au pouvoir d'appréciation du juge des enfants, dans le but de soumettre automatiquement ces derniers à une peine. Il poursuit une démarche entreprise depuis une vingtaine d'années, le tournant répressif des années 2000 marquant la nouvelle place attribuée au parquet.

B) Des pouvoirs concurrencés

595. L'annonce inattendue d'une nouvelle ambition réformatrice à l'égard de la justice des mineurs avait provoqué un certain émoi parmi les partisans de sa spécificité. Nombreux sont ceux qui redoutaient alors le bouleversement des principes directeurs de la justice de l'enfance, et la désécialisation engendrée : « La connaissance que le juge des enfants accumule au fil du temps sur le mineur, sur sa famille, sur son contexte de vie suscite en lui, bien évidemment, des émotions. Mais cette connaissance et l'implication personnelle qu'elle engendre font partie intégrante du processus qui va conduire le juge des enfants à choisir de donner ou non la priorité à l'éducatif et à orienter son travail auprès du mineur. Il obéit en ce sens aux prescriptions nationales et internationales qui lui donnent pour objectif de (ré)éduquer le mineur et qui lui assignent une fonction de mobilisation. Ces principes n'ouvrent pas la voie à l'arbitraire de la subjectivité. Ils sont inhérents au processus d'accompagnement et d'apprentissage. On ne reproche pas à un enseignant de connaître ses élèves et d'avoir établi une relation avec eux dans le cadre de son enseignement. En revanche, on exige d'un examinateur qu'il ne connaisse pas le candidat. Sans doute, la décision du Conseil constitutionnel de l'été 2011 avait-elle une conception du juge des enfants plus proche de l'examineur que de l'enseignant. Qu'il nous soit enfin permis de rappeler que cette émotion est inhérente à toute rencontre humaine, y compris dans l'acte de juger. »¹¹⁸⁵. À juste titre, compte tenu des objectifs exprimés par la codification de la justice pénale

¹¹⁸⁵ L. BELLON, « L'impartialité du juge des enfants. Juge des enfants, être ou ne pas être impartial ? », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/10, n° 320, page 33. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2012-10-page-26.htm>.

des mineurs, soit « simplifier la procédure pénale applicable aux mineurs délinquants ; accélérer leur jugement pour qu'il soit statué rapidement sur leur culpabilité ; renforcer leur prise en charge par des mesures probatoires adaptées et efficaces avant le prononcé de leur peine, notamment pour les mineurs récidivistes ou en état de réitération ; améliorer la prise en compte de leurs victimes »¹¹⁸⁶. Les craintes étaient fondées, semble-t-il, au regard de la rupture marquée par l'Ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs¹¹⁸⁷.

596. Fort d'une habilitation législative, le gouvernement a procédé par ordonnance pour construire la nouvelle justice des mineurs, qui doit entrer en vigueur le 31 mars 2021 (loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, art. 25, II). Le texte opère un vrai choix de société, en rapprochant significativement le jugement des mineurs de celui des majeurs. Il n'est pas si innocent de remarquer l'absence de terminologie fixe à l'égard de la délinquance juvénile, le législateur ne parvenant sans doute pas à savoir lui-même s'il s'adresse à une catégorie juridique déterminée, lorsqu'il évoque les mineurs, ou bien, plus largement, s'il parle à des enfants. De la même façon, au lieu d'écouter les critiques unanimes à l'encontre des centres éducatifs fermés¹¹⁸⁸, structures destinées aux mineurs récidivistes soumis à un contrôle judiciaire ou un sursis avec mise à l'épreuve, la nouvelle législation crée vingt nouveaux centres de ce type. Le Conseil constitutionnel a pourtant rappelé son attachement aux principes fondateurs que sont la primauté de l'éducatif sur le répressif, l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge et la spécialisation de la justice des mineurs, élevés au rang de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans la décision du 29 août 2002¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁶ Art. 93 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹¹⁸⁷ V. not A. VARINARD, « Une réforme doublement annonciatrice de la future justice pénale des mineurs », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

¹¹⁸⁸ V. à ce sujet l'avis du 27 mars 2018 rendu par la commission nationale consultative des droits de l'Homme, qui dénonce à son tour l'échec de ces centres, tournés vers l'enfermement du mineur. Stade intermédiaire entre les foyers ouverts et les prisons, les centres éducatifs fermés poursuivent une logique sécuritaire et conduisent bien souvent à l'incarcération, en ce qu'ils coupent le mineur de l'environnement social et se soldent la plupart du temps par des sorties dénuées de tout accompagnement.

¹¹⁸⁹ Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

597. La spécialisation du juge des enfants s’efface progressivement, emportant avec elle la volonté de se départir de la justice pénale classique inspirée du modèle de Chicago¹¹⁹⁰. L’État français ne souhaite plus, à présent, traiter de manière égale les enfants coupables et les enfants victimes. À cet égard, la place déterminante donnée au magistrat du ministère public dans le jugement des mineurs ne cesse de se renforcer depuis la circulaire du 15 octobre 1991 sur la politique de Protection judiciaire de la jeunesse et le rôle des parquets. Elle marque le retour à une justice rétributive, et non plus résolutive¹¹⁹¹, qui ne s’entend plus comme une « justice paternaliste incarnée par un juge spécialisé, le juge des enfants, qui prend seul ses décisions dans l’intérêt de l’enfant »¹¹⁹². Autrefois absent de la scène judiciaire, le ministère public devient un acteur de premier plan de la justice des mineurs, qui tend à devenir « sanctionnatrice et dissuasive »¹¹⁹³. Ainsi, le renforcement des pouvoirs du parquet rompt définitivement avec le souhait de remplacer les peines par des mesures de protection et d’éducation.

598. Sanctionner plus rapidement et plus sévèrement le mineur : telle est la finalité poursuivie par les différentes lois de ces dernières années, à laquelle la dernière réforme ne fait pas exception. La refonte, soustraite à l’avis du Parlement avec l’aval du Conseil constitutionnel, avait promis de ne pas revenir sur l’esprit fondateur de l’Ordonnance de 1945. Elle prévoit pourtant, en premier lieu, un seuil d’âge à partir duquel le mineur peut être jugé pénalement. Cette mesure aurait pu avoir le mérite de mettre le droit français en conformité avec les conventions internationales¹¹⁹⁴, en retenant un âge butoir de responsabilité pénale¹¹⁹⁵. Néanmoins, elle combine ce seuil avec des présomptions de discernement, de sorte qu’elle brouille les pistes. Ainsi l’article L. 11-1, qui s’articule avec l’article 122-8 du Code pénal, dispose que « Lorsqu’ils sont

¹¹⁹⁰ G. PERISSOL, « *Juvenile courts* américaines et tribunaux pour enfants français : les variations d’un modèle à travers la comparaison Paris/Boston (début XX^e siècle-années 1950) », *Revue d’histoire de l’enfance irrégulière*, PUR, n° 17, 2015 : le premier tribunal pour enfant est instauré en 1899 à Chicago et la spécialisation des juridictions est entérinée par l’ensemble des États de la fédération américaine (à l’exception du Wyoming et du Maine) dès 1825, de sorte que l’ordonnance de 1945 ne fait que reprendre, bien plus tard, le modèle instauré.

¹¹⁹¹ H. MICHARD, *De la justice distributive vers la justice rétributive*, Vauresson, 1985.

¹¹⁹² D. YOUNG, « La justice pénale des mineurs. Entre spécialisation et déspecialisation », *Revue d’histoire de l’enfance irrégulière*, PUR, n° 20, 2018, pp. 15-23.

¹¹⁹³ D. YOUNG, « La justice pénale des mineurs. Entre spécialisation et déspecialisation », *op. cit.*, pp. 15-23.

¹¹⁹⁴ Article 40, a), Convention internationale relative aux droits de l’enfant. Le texte invite les États parties à « établir un âge minimum en deçà duquel les enfants seront présumés n’avoir pas la capacité d’enfreindre la loi pénale. ».

¹¹⁹⁵ À ce titre, de nombreux États retiennent un âge fixe, qui relève parfois de la capacité pénale, parfois de la responsabilité pénale : 8 ans pour l’Écosse et la Grèce, 10 ans pour l’Angleterre et la Suisse, 12 ans aux Pays-Bas, au Portugal et en Belgique. L’Espagne, l’Allemagne et l’Italie l’instituent à 14 ans ; à 15 ans en Suède et 18 ans au Luxembourg (Ph. BONFILS et A. GOUTTENNOIRE, *Droit des mineurs*, coll. Précis, éd. Dalloz, 2^e éd., 2014, 1278 p., n° 1368, p. 858).

capables de discernement, les mineurs, au sens de l'article 388 du Code civil, sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils sont reconnus coupables. Les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement ». En définitive, l'absence de discernement est présumée jusqu'à treize ans, et doit être prouvée au-delà de treize ans. Incidemment, elle retire au juge des enfants l'appréciation pleine et entière du discernement, qui prévalait jusqu'alors pour déclarer l'irresponsabilité pénale¹¹⁹⁶. En effet, la loi ne se contente pas de mettre en place une présomption de non discernement pour les mineurs de moins de treize ans, puisqu'elle prévoit également une présomption en sens inverse au-dessus de treize ans.

599. Le Syndicat national de la magistrature, qui avait pourtant souhaité la conformité avec les règles internationales, s'était opposé à la mise en œuvre d'une telle présomption de discernement¹¹⁹⁷. La Commission internationale des droits de l'enfant, de la même façon, ne recommande une telle présomption que lorsqu'elle permet de présumer l'absence de discernement, et non pas quand elle a pour but d'aligner la justice des mineurs avec celle des majeurs où la responsabilité pénale est toujours présumée. Dès lors, la tâche ô combien sensible de décider de la capacité de distinguer le bien du mal, qui revenait jusqu'à la nouvelle législation au juge des enfants, se trouve remise en cause. N'étant probablement pas irréfragable, dans le silence du texte, cette présomption d'absence de discernement en-deçà de treize ans devrait pouvoir être basculée si le juge des enfants considère le mineur conscient de ses actes, et permettre de poursuivre pénalement un enfant plus jeune. Symétriquement, il semble légitime de s'interroger sur la possibilité pour le juge des enfants de renverser la présomption de discernement du mineur de plus de treize ans, lui permettant ainsi d'échapper aux poursuites¹¹⁹⁸. Mais certains auteurs s'interrogent légitimement, outre l'effacement de l'atténuation de la responsabilité pénale maintenue pour les mineurs, sur les

¹¹⁹⁶ Il s'agit de la célèbre jurisprudence « Laboube » de 1956 (Cass. crim. 13 décembre 1956, *D.* 1957, 349, note PERRIN), réaffirmée en 2017 (Cass. crim., n°17-80.893, 14 novembre 2017). En vertu de l'article 122-8 du Code pénal : « les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet ».

¹¹⁹⁷ Selon l'article 4-1 des Règles de Beijing : « dans les systèmes qui reconnaissent la notion de seuil de responsabilité pénale, celui-ci ne doit pas être fixé trop bas eu égard aux problèmes de maturation affective, psychologique, intellectuelle ».

¹¹⁹⁸ Les députés chargés de la mission d'information évoquent une simple éventualité exceptionnelle, au sein du rapport d'information sur la justice des mineurs, p. 59 : « En tout état de cause, si une telle réforme devait être menée, il resterait à discuter, d'après nos interlocuteurs, de la possibilité ou non laissée au juge de déroger au seuil de l'âge de responsabilité, dans des circonstances exceptionnelles ».

conséquences d'un tel système. La sévérité du dispositif pour les mineurs de plus de treize ans est palpable : « Néanmoins, l'avocat du mineur bénéficiera-t-il de la même écoute pour renverser la présomption de discernement que le parquet qui, à l'égard des moins de 13 ans, cherchera à rétablir leur capacité à discerner ? »¹¹⁹⁹. En définitive, la fixation d'un seuil d'âge de responsabilité pénale revient sur la souplesse caractéristique de la matière, en encadrant la décision du juge des enfants à l'orée de la procédure judiciaire.

600. Mais il s'agit surtout ici d'évaluer l'enjeu que représente la procédure de mise à l'épreuve éducative, dérivée de l'actuelle procédure de césure. Dans le sillage des lois précédentes, toutes animées par des velléités de « tolérance zéro » à l'égard de la délinquance juvénile¹²⁰⁰, la réforme fait de la rapidité du jugement une priorité absolue. La garde des Sceaux estime ainsi que « renforcer l'efficacité de la justice pénale des mineurs » implique d'« accélérer [leur] jugement pour qu'il soit statué rapidement sur leur culpabilité »¹²⁰¹. Il n'est pas certain que la célérité procédurale participe à l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autant plus qu'au cœur de ces procédures accélérées, le parquet prend la place du juge des enfants, opérant progressivement la déspecialisation évoquée. Parmi d'autres mesures répressives, la loi du 9 septembre 2002¹²⁰² avait mis en place le jugement à délai rapproché, devenue procédure de présentation immédiate avec la loi du 5 mars 2007¹²⁰³. Cette procédure de jugement rapide n'était autre que le pendant de la comparution immédiate des majeurs, puisqu'elle permettait au ministère public de saisir directement le tribunal pour enfants, sans recourir à la phase d'information¹²⁰⁴, se contentant d'une mesure provisoire décidée par le juge des enfants. Elle était même moins protectrice¹²⁰⁵, puisque le juge des libertés et de la détention ne se prononçait pas, en cas de placement en détention provisoire. Ainsi le

¹¹⁹⁹ V. E. GALLARDO, « La nouvelle responsabilité pénale des mineurs délinquants : une perte de spécificité ? », *Lexbase Pén.* : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs.

¹²⁰⁰ E. DUFAY, « La césure du procès pénal pour une justice éducative renouée – Une réforme du droit pénal des mineurs proposée par l'association française des magistrats de la jeunesse et de la famille », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/9, n° 319, page 24 : « Aujourd'hui, le dogme de la tolérance zéro aboutit à l'égard des mineurs à un taux de poursuites supérieur à celui atteint à l'égard des majeurs (plus de 90 %) ».

¹²⁰¹ Selon la déclaration de Mme Nicole BELLOUBET, garde des Sceaux, lors du débat en séance publique sur le projet de la loi de programmation pour la justice.

¹²⁰² Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

¹²⁰³ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

¹²⁰⁴ Art. 14-2 de l'Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante (abrogé par l'Ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs).

¹²⁰⁵ En matière de comparution immédiate, pour les majeurs, l'article 137-1 du code de procédure pénale dispose : « 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 ».

ministère public pouvait-il obtenir du juge des enfants, dans le cadre de ses réquisitions, qu'il prive le mineur de sa liberté jusqu'à l'audience de jugement, sans aucune intervention du juge des libertés et de la détention. Plus encore, la loi du 10 août 2011¹²⁰⁶ avait facilité le recours à cette procédure en permettant au parquet de poursuivre le mineur par ce biais même en l'absence d'investigations sur la personnalité du mineur datant de moins d'un an. Alors qu'il était auparavant nécessaire de revenir à l'instruction préparatoire menée par le juge des enfants, il suffisait au ministère public de demander un rapport succinct au service éducatif de la protection judiciaire de la jeunesse. Fort heureusement, le Code de la justice pénale des mineurs abandonne cette procédure. Pour autant, le parquet devient le premier acteur de la justice pénale des mineurs, soit le gardien des droits du mineur et de son intérêt.

601. Véritable dispositif d'accélération du procès des mineurs, la loi de 2011 met en place le dossier unique de personnalité, inspiré des travaux de la Commission Varinard¹²⁰⁷, et le tribunal correctionnel pour mineurs, supprimé en 2017¹²⁰⁸. Mais elle est également à l'origine de la saisine directe du tribunal pour enfants par le procureur de la République, qui s'articule précisément avec la césure du procès pénal. Déjà, l'ancienne « COPJ-jugement » ou convocation par officier de police judiciaire aux fins de jugement, prévue à l'article 8-3 de l'Ordonnance de 1945, désormais abrogé, permettait au procureur de la République de poursuivre directement le mineur devant le tribunal pour enfants, au moyen d'une citation à comparaître lui indiquant la date de la convocation en justice, lorsque le mineur était déjà connu des services judiciaires. Une telle procédure s'exonère donc de toute intervention du juge des enfants, et partant, de toute la phase d'instruction préparatoire, laissant au parquet la maîtrise de la phase pré-sentencielle, pour les mineurs récidivistes. De plus, comme pour la procédure de présentation immédiate, l'exigence d'un rapport présentant des investigations sur la personnalité du mineur réalisées dans les douze mois ne tient pas, dès lors qu'un simple recueil de renseignements éducatifs établi par les services de la protection judiciaire de la jeunesse suffit pour justifier sa mise en œuvre. Dans un délai compris entre dix jours

¹²⁰⁶ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

¹²⁰⁷ La Commission Varinard chargée de présenter des propositions pour réformer l'ordonnance du 2 février 1945 a remis son rapport au ministre de la Justice le 3 décembre 2008 (« Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs »). Elle formule 70 recommandations pour rendre la justice pénale « plus lisible et plus adaptée à l'évolution de la délinquance ».

¹²⁰⁸ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

et deux mois, le mineur ayant commis un délit grave¹²⁰⁹ est donc jugé sans aucun regard du juge des enfants, remplacé par le ministère public jusqu'au procès. La loi du 18 novembre 2016, pourtant à contre-courant des strates répressives¹²¹⁰, a renforcé quant à elle ce mode de jugement en rétablissant la convocation par officier de police judiciaire aux fins de jugement en chambre du conseil, pour les délits moins graves et les contraventions de 5^{ème} classe¹²¹¹. En effet, une procédure comparable était applicable à tous les mineurs, cités à comparaître devant le juge des enfants dans un délai de dix jours à compter de la convocation, pour être jugés. Toutefois, si cette procédure élargissait le champ d'application de la convocation par officier de police judiciaire, ses conséquences étaient moins fortes, puisque le juge des enfants ne pouvait prononcer de sanctions dans le cadre des audiences de cabinet¹²¹². En outre, elle laissait la possibilité au juge des enfants de renvoyer l'affaire à une prochaine audience en chambre du conseil ou du tribunal pour enfants, dans le cadre de la césure pénale. L'article 8-3 du Code de procédure pénale est certes abrogé par l'Ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, mais la réforme est loin de redistribuer les pouvoirs en faveur du juge des enfants. Bien au contraire, elle s'analyse comme un bouleversement de la spécialisation de la justice des mineurs, en propulsant le parquet à sa direction.

602. Avec la loi du 23 mars 2019, la prépondérance du rôle du ministère public est clairement affirmée, en ce qu'il devient le maître de la procédure pénale applicable aux mineurs. D'abord, il décide de la responsabilité pénale, sauf décision contraire du juge des enfants ou du juge d'instruction ; ensuite, il oriente le choix procédural ; enfin, il commande également les délais de comparution. Le retrait total de l'instruction préparatoire, pour le juge des enfants, conduit à transférer toutes les investigations au parquet, hormis en matière criminelle et pour les délits les plus complexes, où le juge d'instruction prendra le relais. À cet égard, le procureur de la République dispose d'un choix plénier en matière délictuelle entre l'ouverture d'une information judiciaire ou

¹²⁰⁹ Le délit doit être puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement pour le mineur de treize à seize ans, et de trois ans d'emprisonnement s'il a plus de seize ans.

¹²¹⁰ Elle porte des mesures emblématiques, comme la suppression des tribunaux correctionnels pour mineurs et de la peine de perpétuité pour les mineurs.

¹²¹¹ Elle rétablit l'article 8-1 (aujourd'hui abrogé) tel qu'il avait été prévu par la loi n° 96-585 du 1er juillet 1996.

¹²¹² Lorsque le juge des enfants statue seul, il ne peut prononcer que la relaxe, la dispense de peine ou une mesure éducative (l'admonestation, la remise à parents ou à personne digne de confiance, ou une mesure de réparation). Il peut également statuer sur l'action civile.

la saisine d'une juridiction de jugement. Cette grande latitude de mouvement lui permet à présent de soustraire au juge des enfants une grande partie des délits commis par les mineurs¹²¹³.

603. En premier lieu, la saisine du juge d'instruction ne se dresse pas comme une contrepartie suffisante, puisque la mesure judiciaire d'investigation éducative qu'il doit normalement ordonner à l'égard du mineur peut être purement et simplement remplacée par un rapport d'une mesure similaire datant de moins d'un an, versée au dossier unique de personnalité. Une année, dans la vie d'un enfant, peut pourtant être riche en maturité, et son évolution devrait être prise en compte, selon la formule consacrée à d'autres finalités « en temps réel ». En outre, lorsqu'il saisit la juridiction de jugement, le magistrat du ministère public peut contourner la procédure de césure pénale en poursuivant le mineur devant le tribunal pour enfants en audience unique¹²¹⁴. Le juge des enfants est à nouveau mis de côté, et la répression prime ici sur l'éducation, puisque le délai qui doit permettre au mineur de se rééduquer avant la sanction disparaît par ce biais. Les conditions fixées par l'article L. 423-4 du Code de procédure pénale sont peu ou prou les mêmes qu'auparavant avec la « COPJ jugement » : les mineurs récidivistes et les infractions les plus graves sont au cœur de cette saisine directe du tribunal pour enfants par le parquet. Ainsi, les mineurs de moins de seize ans peuvent-ils être poursuivis selon cette voie si la peine encourue est supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement. Pour le mineur de plus de seize ans, la peine encourue doit être supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement. Par ailleurs, le mineur qui a fait l'objet d'une mesure éducative, d'une mesure judiciaire d'investigation éducative, d'une mesure de sûreté, d'une déclaration de culpabilité ou d'une peine prononcée dans le cadre d'une autre procédure et ayant donné lieu à un rapport datant de moins d'un an, sera lui aussi susceptible de recevoir un tel traitement pénal. En dernier lieu, le législateur soumet encore le mineur qui refuse d'effectuer les opérations de prélèvements externes nécessaires, à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête¹²¹⁵. Lors du déferrement du mineur, le procureur de la République dispose donc d'une option légale de contournement du juge des enfants, et de la procédure de

¹²¹³ Art. L. 423-2 du Code de la justice pénale des mineurs.

¹²¹⁴ Art. L. 521-26 et L. 521-27 du Code de la justice pénale des mineurs.

¹²¹⁵ Art. 55-1 du Code de procédure pénale.

césure pénale, censée offrir un délai de relèvement éducatif au mineur délinquant. Lorsque l'on sait que 52 % des mineurs délinquants ont plus de seize ans¹²¹⁶, et que le seuil de gravité des infractions commises est en augmentation constante, il n'est pas difficile d'envisager la grande proportion d'enfants délinquants exposés à cette procédure. Or, il s'agit précisément de la seule hypothèse de placement en détention provisoire pour les jeunes de plus de seize ans sans aucune présentation devant le juge d'instruction¹²¹⁷. Le parquet peut donc provisoirement priver de sa liberté un mineur, âgé de seize à dix-huit ans, *ab initio*, sans aucune intervention ni du juge d'instruction ni du juge des enfants. De plus, compte tenu des délais très brefs qui ensèrent l'audience unique au tribunal pour enfants, la culpabilité et la sanction seront donc décidées simultanément dans un délai de dix jours à trois mois, ou un mois en cas de détention provisoire. Bien loin d'un Code « de l'enfance et de la jeunesse »¹²¹⁸, le nouveau texte organise stratégiquement la déconstruction du droit des mineurs, en remplaçant le juge des enfants par le ministère public.

604. Prévues aux articles L. 521-7 à L. 521-25 du Code de la justice pénale des mineurs, la césure pénale, comme son nom l'indique, permet une scission de la procédure pénale entre la décision sur la culpabilité et celle sur la peine. Créée en 2011, la césure pénale remplace l'ajournement de peine, qui prévoyait déjà l'application de cette dissociation aux mineurs¹²¹⁹. Ainsi, le juge des enfants et le tribunal pour enfants peuvent d'abord prendre une décision sur la culpabilité, en ordonnant éventuellement des mesures à titre provisoire¹²²⁰, et renvoyer le prononcé de la peine à une audience ultérieure. La loi du 18 novembre 2016 était venue non seulement encadrer cette possibilité en fixant à un an la survenance de la deuxième audience au lieu de six mois, mais la renforçait également en instaurant un ajournement obligatoire dans le cadre de la convocation par officier de police judiciaire aux fins de jugement en chambre du

¹²¹⁶ Les Chiffres clés de la justice 2018.

¹²¹⁷ Art. L. 334-5 du Code de la justice pénale des mineurs.

¹²¹⁸ Lettre du SAF, Réforme de la justice des mineurs, lesaf.org, oct. 2019, pp. 12-13.

¹²¹⁹ Les articles 132-58 et suivants du code pénal prévoient la césure du procès pénal en matière correctionnelle et contraventionnelle pour les majeurs. L'article 20-7 de l'ordonnance de 1945 rend applicables les dispositions du code pénal relatives à la dispense de peine et à l'ajournement de peine aux mineurs de 13 à 18 ans. La loi du 10 août 2011 abroge cet article, et met en place la césure pénale.

¹²²⁰ La loi prévoit que dans sa décision de césure, le juge peut ordonner, à titre provisoire, les mesures suivantes : placement provisoire dans un établissement public ou habilité à cet effet, liberté surveillée préjudicielle, activité d'aide ou de réparation, activité de jour.

conseil, lorsque le juge des enfants constatait que les investigations sur la personnalité du mineur n'étaient pas suffisantes¹²²¹.

605. Peu utilisée jusqu'à présent en raison de la lourdeur qu'elle implique, cette procédure de jugement rapide devient pourtant la procédure de principe devant le juge des enfants. Cependant, la version proposée par la réforme est fort éloignée du modèle initial, puisqu'il s'agit de supprimer purement et simplement la phase de mise en examen. Solution radicale à la pesanteur de la césure pénale, cette nouvelle procédure de mise à l'épreuve éducative divise donc la procédure en deux phases, sans instruction. L'enquête est entièrement confiée au Procureur, ou dans les cas les plus graves, au juge d'instruction, tandis que le juge des enfants intervient uniquement au stade du jugement. La question de la formation spécifique des magistrats du parquet, évoquée par le rapport d'information¹²²², reste problématique. Il n'en demeure pas moins qu'elle ne pourra remplacer les compétences d'un juge du siège entièrement consacré à la minorité. Dès lors, le remplacement du juge par le parquet, dans la majorité des procédures applicables aux mineurs, met fin à la spécialisation si chère à la justice des enfants¹²²³.

606. Il s'opère ici une mutation identitaire du juge des enfants, dont les pouvoirs se réduisent peu à peu, au profit d'un magistrat non spécialisé. L'accroissement des pouvoirs du parquet, tant au niveau de l'audiencement que dans la phase présentencielle, est nettement perceptible, dans le cadre des procédures de jugement rapide, à l'application très large, qui tendent à « court-circuiter » le juge des enfants¹²²⁴. Le dossier unique de personnalité leur est favorable, en ce qu'il répond à l'exigence d'investigations récentes à la disposition du parquet. Enfin, la césure pénale, qui permettait déjà au procureur de déclencher la procédure en l'absence d'investigations récentes sur le mineur, ces dernières étant intégrées ensuite au dossier, devient la règle du procès pénal des mineurs, avec cette fois une mainmise totale du parquet sur

¹²²¹ Ancien art. 8-1 de l'ordonnance de 1945.

¹²²² Rapport n° 1702 de M. Jean TERLIER et Mme Cécile UNTERMAIER, Rapport d'information sur la justice des mineurs, 20 février 2019, *op. cit.*, pp. 59-66. Sur ce point, V. P. JANUEL, « Justice des mineurs : des pistes parlementaires pour la réforme », *Dalloz actu.*, 21 février 2016.

¹²²³ P. BONFILS, « Réforme de la justice pénale des mineurs », *D.* 2019, p. 984.

¹²²⁴ C. DAOUD, Droit pénal des mineurs : saisine directe, nouvelle "PIM" et césure du procès, *AJ Pén.* 2012, p. 320.

l'enquête. Or, la déconstruction du lien entre le juge et le mineur s'exerce d'abord et avant tout au détriment de l'intérêt de l'enfant, privé d'un précieux contact humain.

607. À rebours du mouvement processuel qui domine la matière pénale, le jugement des mineurs se rapproche du droit commun. Pour autant, cela n'étonne guère, compte tenu de la grande divergence dans la philosophie pénale qui anime la spécialité du juge des enfants et celle des majeurs. Alors que la première ne poursuit pas l'objectif de déclarer le délinquant coupable ou non, mais cherche à résoudre les difficultés qu'il rencontre, la seconde se veut un instrument d'efficacité répressive, qui permet d'appliquer la sanction pénale la plus ciblée. Dès lors, la déspecialisation du juge des enfants se manifeste comme un symptôme du durcissement du traitement pénal appliqué à la délinquance des jeunes.

608. Le Défenseur des droits, dont l'avis a été sollicité par la mission d'information sur la justice des mineurs¹²²⁵, a lui-même rappelé son attachement à une justice pénale des mineurs spécialisée et insisté sur « la primauté de l'éducatif sur le répressif et sur la nécessité de traiter tous les enfants de la même façon »¹²²⁶. Le démantèlement de cette philosophie par les réformes successives conduit à affaiblir le juge des enfants, au lieu de lui redonner la place centrale qui est la sienne, au détriment de l'intérêt de l'enfant. En 1945, François de Menthon présentait par ces mots la philosophie d'après-guerre à l'égard des mineurs : « La France n'est pas assez riche d'enfants pour qu'elle ait le droit de négliger tout ce qui peut en faire des êtres sains. »¹²²⁷. Soixante-quinze ans plus tard, la guerre n'est plus présente dans les esprits. Mais la France jouirait-elle désormais d'une natalité si favorable qu'elle pourrait se permettre d'abandonner une partie de ses enfants ? Si la délinquance juvénile évolue en fonction des époques, elle n'est que le reflet de celle des majeurs. L'auteur, lui, reste toujours un enfant, qu'il convient de traiter en tant que tel.

¹²²⁵ La mission d'information sur la justice des mineurs, présidée par M. Jean TERLIER, mise en place au printemps 2018, a rendu son rapport le 20 février 2019, qui devrait servir de base pour la future réforme.

¹²²⁶ Rapport n° 1702 de M. Jean TERLIER et Mme Cécile UNTERMAIER, Rapport d'information sur la justice des mineurs, 20 février 2019, *op. cit.*, p. 55.

¹²²⁷ Exposé des motifs de l'Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, qui se poursuit en ces termes : « La guerre et les bouleversements d'ordre matériel et moral qu'elle a provoqués ont accru dans des proportions inquiétantes la délinquance juvénile. La question de l'enfance coupable est une des plus urgentes de l'époque présente. Le projet d'ordonnance, ci-joint, atteste que le Gouvernement provisoire de la République française entend protéger efficacement les mineurs, et plus particulièrement les mineurs délinquants ».

Conclusion de la section 1

609. Le 13 juin 2018, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'application de l'article 137-4 du code de procédure pénale aux mineurs, permettant ainsi la saisine directe du juge des libertés et de la détention par le parquet lorsque le juge d'instruction estime que la détention provisoire n'est pas justifiée¹²²⁸. Dans le silence du texte, la chambre criminelle a considéré que le renvoi aux articles 137 à 137-4, 144 et 145 du code de procédure pénale opéré par l'ordonnance de 1945, devait s'interpréter dans le sens d'une application symétrique des dispositions entre les majeurs et les mineurs. Une telle lecture, radicalement opposée à celle de la chambre de l'instruction, ajoutait sa contribution au processus de déspecialisation amorcé¹²²⁹ par le législateur. Ce renvoi n'existe plus au sein de l'Ordonnance du 11 septembre 2019¹²³⁰, ce qui peut sembler plutôt rassurant. Cependant, outre la facilitation du recours au contrôle judiciaire, et des multiples dispositions privilégiant la répression des mineurs, la nouvelle législation offre le rôle-titre au magistrat du ministère public.

610. La disparition des dispositions les plus contestables, ou peut-être simplement les plus contestées, ne doit pas éluder le changement de philosophie porté par le Code de la justice pénale des mineurs. Méthodiquement exclu de l'instruction, potentiellement contourné au stade du procès, le juge des enfants est relégué au second plan. Pour le Syndicat des avocats de France, l'équation est simple « sûreté-répression-parquet 1 - Education-prévention-droits de la défense 0 »¹²³¹. De fait, la mutation est amorcée : le juge des enfants est assiégé et le parquet est aujourd'hui la nouvelle identité judiciaire de l'enfance délinquante.

611. De la concurrence exercée par le juge d'instruction, le juge des enfants est passé à celle du magistrat du ministère public, de sorte qu'il est possible de mesurer : «

¹²²⁸ D. GOETZ, « Détention provisoire : la saisine directe du juge des libertés et de la détention par le parquet est aussi applicable aux mineurs », Cass. crim., 13 juin 2018, n° 18-82.124, *Dalloz actu.*, 2 juillet 2018.

¹²²⁹ Sur ce point, la Cour de cassation maintient une orientation prise à l'occasion d'un arrêt rendu le 1er mars 2016, selon lequel le procureur de la République peut saisir directement la chambre de l'instruction lorsque le juge des enfants ou le juge d'instruction, saisi de réquisitions aux fins de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, ne rend pas d'ordonnance et ne met pas en examen le mineur (Crim. 1er mars 2016, n° 15-87.143, *Dalloz actualité*, 23 mars 2016, obs. D. GOETZ).

¹²³⁰ Art. L. 334-1 et s. du Code de la justice pénale des mineurs.

¹²³¹ Lettre du SAF, Réforme de la justice des mineurs, lesaf.org, octobre 2019, pp. 12-13.

l'importance de la montée des pouvoirs du parquet des mineurs, dont l'évolution rejoint celle du parquet des majeurs »¹²³². À ce titre, le juge correctionnel en subit lui-même les conséquences, notamment par la multiplication du recours aux procédures de jugement accélérées.

Section 2 : L'affaiblissement externe

*« On dirait que l'on soufflerait sur les braises, on dirait que les pirates nous assiègent. Quand faut-il être pour ? Que faut-il être encore ? »*¹²³³.

612. Condamnée près de deux cents fois par la Cour européenne des droits de l'homme pour manquement au « délai raisonnable »¹²³⁴, la France a mis en place des solutions de jugement accélérées dans le but d'apporter une réponse pénale rapide face à la multiplication des contentieux. Si l'objectif est louable, il n'en demeure pas moins que cette simplification procédurale répond d'abord à des besoins opérationnels. Sans cesse renforcées, ces modalités de jugement dérogent pourtant aux critères essentiels du procès pénal, notamment par l'intrusion du parquet dans la phase décisionnelle. La volonté de mettre en place des modes de jugement rapides concilie à des degrés variables efficacité judiciaire et garanties procédurales. Le jugement devient alors consensuel, dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (I). Au paroxysme de la simplification, celui-ci se désincarne, avec la procédure d'amende forfaitaire délictuelle (II). À chaque fois, le juge du siège est relégué à la portion congrue du procès pénal, sans que les exigences de son office ne soient préservées.

¹²³² J. PRADEL, *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2011, étude 22.

¹²³³ A. BASHUNG, *Sur un trapèze*, Bleu pétrole, Barclay Records, 2008.

¹²³⁴ Statistiques de la Cour européenne des droits de l'homme, chiffres relatifs à l'article 6 paragraphe 1 « Violations par article et par État 1959-2018 », <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fr>. Le délai le plus long pour lequel la France a été condamnée atteint 16 ans (arrêt *Subiali contre France* du 14 septembre 2004) et le plus court s'élève à quatre ans (arrêt *Dachar contre France* du 10 octobre 2000).

Paragraphe I – La justice négociée

613. Loin de demeurer exceptionnelle, contrairement aux promesses initiales, la procédure de comparution immédiate tend à devenir une voie ordinaire de poursuite, au gré des réformes successives qui élargissent son champ d'application¹²³⁵. Mais elle est aujourd'hui concurrencée par d'autres procédures de jugement rapides, qui suppriment quant à elles tout débat devant le tribunal correctionnel. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est à ce titre éloquente, en ce qu'elle transfère l'exécution du jugement au procureur de la République, au lieu de la juridiction répressive compétente. La validation conventionnelle d'une telle voie procédurale s'est traduite par l'exigence de garanties minimales en échange de la renonciation à certains droits procéduraux¹²³⁶. Cependant, cet ersatz de jugement génère une déviation du procès pénal (A), traduite par un véritable changement d'identité du juge de jugement (B).

A) L'amointrissement des garanties juridictionnelles

614. Mode de jugement de la quasi-totalité des délits, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a été mise en place par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004¹²³⁷ comme « un raccourci dans la mise en état de l'affaire fondé sur la reconnaissance de la culpabilité qui mène à une peine dont la contestation et/ou l'exécution reprennent les chemins du droit commun »¹²³⁸. Elle consiste ainsi en la conclusion d'un accord – homologué par le juge du siège dans un second temps – entre le prévenu et le procureur, ce dernier lui proposant une peine en échange de la

¹²³⁵ Mise en œuvre par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, la comparution immédiate est : « la voie procédurale de poursuite consistant à saisir un tribunal correctionnel en faisant comparaître immédiatement devant lui une personne impliquée à laquelle le procureur de la République vient de notifier la prévention ou "l'accusation en matière pénale" au sens de l'article 6, Conv. EDH ». Issue de la procédure des flagrants délits, elle avait vocation à demeurer exceptionnelle et à exclure « les infractions trop peu graves pour justifier un tel moyen procédural, ou trop graves pour permettre une poursuite et un jugement accélérés alors que le prévenu risquait une forte peine d'emprisonnement ». Mais les *maxima* légaux d'emprisonnement ont été supprimés en 2002, élargissant considérablement son domaine d'application. Elle faisait l'objet de 8,3 % des poursuites en 1998, et 15,5 % vingt ans plus tard (selon les données des chiffres-clés de la Justice - Édition 2019). V. J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 968, n° 1657.

¹²³⁶ CEDH, 29 avr. 2014, *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, req. n° 9043/05, *JCP G* 2014, act. 627, § 91-92, note L. MILANO. La Cour européenne mentionne en particulier une procédure non équivoque, assortie de garanties minimales pour prévoir les abus et qui ne se heurte à aucun intérêt public important. En outre, la négociation de plaidoyer doit être acceptée volontairement, en pleine connaissance des faits de l'affaire et des conséquences juridiques. Enfin, elle exige un contrôle juridictionnel suffisant.

¹²³⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *JORF* 10 mars 2004 (art. 495-7 et s. du Code de procédure pénale).

¹²³⁸ J.-P. CÉRÉ, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider coupable" à la française », *AJ Pén.*, 2003 p. 45.

reconnaissance de l'infraction commise. Reposant donc entièrement sur l'aveu de culpabilité du prévenu, la procédure dite du « plaider coupable » est directement inspirée du droit anglo-saxon¹²³⁹, et tend à s'en rapprocher de plus en plus, au regard de son extension continue. Elle fut d'ailleurs plébiscitée par la doctrine, du moins en ce que certains auteurs estimaient nécessaire de distinguer deux voies procédurales, selon la reconnaissance ou non d'une culpabilité. L'on se rappelle à ce titre des propositions en ce sens de la commission « Justice pénale et droits de l'homme », sur la mise en état des affaires pénales, présidée par le Professeur Delmas-Marty¹²⁴⁰. Avant cela même, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe recommandait le recours à la procédure du plaider coupable (ou *guilty-plea*) : « chaque fois que les traditions constitutionnelles et juridiques le permettent »¹²⁴¹. À présent bien ancrée dans le paysage procédural français, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité remet pourtant en cause le modèle identitaire choisi, opérant ainsi une vraie mutation du juge du procès en matière correctionnelle.

615. L'évolution du procès pénal traduit un accroissement des pouvoirs du parquet au-delà de l'enquête pénale, cette « autorité judiciaire » s'épanouissant ici au détriment du juge de jugement, pourtant solidement installé dans ses fonctions. En cela, les lois n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 et n° 2004-204 du 9 mars 2004¹²⁴² marquent un tournant dans l'équilibre entre les pouvoirs du siège et ceux du parquet, au stade processuel. D'abord, l'élargissement de la composition pénale, dans le cadre des alternatives aux poursuites, permet l'application de nombreuses mesures à l'égard de celui qui reconnaît les faits et offre corrélativement un pouvoir de sanction important

¹²³⁹ Dans les pays anglo-saxons, les traditions juridiques de *plea bargaining* sont profondément ancrées dans la culture pénale, de telles procédures pouvant souvent s'appliquer à l'ensemble des infractions, même en matière criminelle. Reconnue constitutionnelle par plusieurs décisions de la Cour Suprême aux Etats-Unis, elle y est vivement encouragée. L'Italie la reconnaît elle-aussi sous la forme du *pattigamento*, en l'admettant tant sur la procédure que sur la peine. Sur cette question, V. A. TALEB, *Les procédures de convocation sur reconnaissance préalable de culpabilité, étude comparée des justices pénales françaises et anglaises*, Thèse, Université Jean Moulin, Lyon III, 2013.

¹²⁴⁰ V. Rapport de la commission justice pénale et droits de l'homme, présidée par M. DELMAS-MARTY, 1990, La Documentation française, *op. cit.*, pp. 62-65. Les auteurs sollicitent ici deux procédures distinctes, en cas de plaider coupable, ou non-coupable, et ce, tant en matière délictuelle que criminelle. Ils estiment ainsi que : « la distinction des deux procédures pourrait permettre d'une part d'accroître les garanties de la personne poursuivie en cas de plaider non-coupable, d'autre part d'accélérer et de simplifier la procédure dans le cas contraire ». L'idée est ainsi celle de la préservation de la présomption d'innocence pour celui qui conteste les faits, la procédure applicable en cas de contestation de la culpabilité bénéficiant notamment d'investigations supplémentaires et d'un renforcement de l'égalité des armes lors de l'audience.

¹²⁴¹ Article 7 de la recommandation du Conseil de l'Europe n° R (87) 18 du Comité des ministres aux Etats membres concernant la simplification de la justice pénale, adoptée le 17 septembre 1987 : « [...] il faudrait instituer soit la procédure des *guilty-pleas*, par laquelle l'inculpé est appelé à comparaître devant un tribunal à un stade précoce de la procédure pour déclarer publiquement s'il reconnaît ou nie les charges retenues contre lui, soit des procédures analogues. En pareil cas, la juridiction de jugement devrait pouvoir décider de faire l'économie de tout ou partie de la phase d'instruction et passer immédiatement à l'analyse de la personnalité du délinquant, au prononcé de la peine et, s'il échet, à la décision sur la réparation ».

¹²⁴² Lois n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, JORF 10 sept. 2002 et n° 2004-204 du 9 mars 2004, JORF 10 mars 2004.

au magistrat du ministère public¹²⁴³. Mais l'introduction d'une véritable procédure de plaider-coupable, avec la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, représente une entaille profonde à l'identité judiciaire au stade du procès. En effet, l'attribution d'un pouvoir de sanction au magistrat du ministère public ne s'arrête plus au seuil du procès pénal, mais y pénètre clairement par ce biais. L'octroi d'un statut constitutionnel « d'autorité judiciaire » au magistrat du ministère public¹²⁴⁴ est ici pleinement consacré. De fait, la possibilité pour ce dernier de prononcer une peine d'emprisonnement démontre le franchissement de la dernière limite qui le séparait du juge du siège sur le temps du jugement¹²⁴⁵. En effet, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dépasse le seuil de la composition pénale, puisqu'elle permet au procureur de la République de recourir à la peine privative de liberté. En tant que gardien de la liberté individuelle, au même titre que le juge du siège, le statut constitutionnel du magistrat du ministère public est certes compatible avec un tel pouvoir. En outre, l'homologation du jugement par un juge du siège est destinée à assurer l'équité du procès, afin de compenser son défaut d'indépendance originel.

616. Célérité et procès équitable : à première vue, un paradis judiciaire. Aussi est-il possible d'affirmer, comme Candide en son temps, que « tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes »¹²⁴⁶. Cette nouvelle façon de juger ne devrait donc pas soulever de critiques majeures, le jugement rendu par le magistrat du ministère public étant placé sous le contrôle du juge du siège. Mais l'Eldorado n'existe que dans les contes, et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se révèle très éloignée du modèle promis. À bien observer l'intrusion du parquet dans l'enceinte processuelle, la

¹²⁴³ J. PRADEL, « Une consécration du "plea-bargaining" à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.*, 1999.II.379 ; F. LE GUNEHÉC, *JCP*, 1999, Actualités, p. 1325.

¹²⁴⁴ Décision n° 93-326 du 11 août 1993, JORF 15 août 1993, p. 11599 : « L'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ». V. Commission européenne pour la démocratie par le droit, « [Note sous décision n° 92-326 DC] », *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, 1993, n° s.n., p. 21 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « [Note sous décision n° 93-326 DC] », *LPA*, 1994, n° s.n., p. 20 ; F. LE GUNEHÉC, « La loi du 24 août 1993. Un rééquilibrage de la procédure pénale », *JCP G*, 1993, n° s.n. P. AVRIL, J. GICQUEL, « [Note sous décision n° 93-326 DC] », *Pouvoirs*, janvier 1994, n° 68, pp. 172-173 ; T.-S. RENOUX, « [Note sous décision n° 93-326 DC] », *RFDC*, oct.-déc. 1993, n° 16, pp. 848-856.

¹²⁴⁵ C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2004 p. 827 : « En matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le texte se contente de préciser que le procureur de la République peut proposer l'exécution d'une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues. Le législateur remet donc de manière univoque entre les mains de l'autorité de poursuite le pouvoir de décider d'un emprisonnement qui échet traditionnellement au juge du siège. Or, c'est justement l'impossibilité de recourir à la peine par excellence dans le cadre de la composition pénale qui pouvait encore permettre de douter de l'existence d'un réel pouvoir de sanction du procureur ».

¹²⁴⁶ VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme*, 1759, éd. Le livre de poche, coll. Classiques, n° 3111, 2019, chapitre dix-neuvième, p. 137.

mutation se fait jour. Or, à cet égard, comme pour le héros de Voltaire, l'optimisme se résume à « la rage de soutenir que tout est bien quand on est mal »¹²⁴⁷.

617. Absence du procureur lors de l'audience d'homologation – D'abord, il faut reconnaître au plaidoyer de culpabilité une approbation constitutionnelle quant aux garanties accordées, seule la méconnaissance du principe de publicité ayant été retenue à l'égard de l'audience d'homologation lors de l'examen de la loi du 9 mars 2004¹²⁴⁸. Cela revient à dire que la vérification de la décision opérée par le juge du siège suffit au procès équitable, ce qui n'est guère surprenant au regard du rôle similaire dévolu au juge des libertés et de la détention pendant la phase d'enquête. En réalité, le transfert des pouvoirs du siège au parquet s'est accompagné de lourdes atteintes au procès équitable, qui révèlent la transformation identitaire opérée. Aussi le procureur de la République a-t-il été dispensé par la suite d'assister à l'audience d'homologation¹²⁴⁹ par le juge constitutionnel lui-même¹²⁵⁰ et ce, malgré l'opposition de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat¹²⁵¹. La rationalisation du temps judiciaire mise en œuvre par la circulaire du 2 mai 2004¹²⁵² trouvait une consécration législative l'année suivante, balayant d'un revers de la main les dispositions de l'article 32 du code de procédure pénale. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité s'émancipe donc de ce texte, qui dispose que le ministère public « assiste aux débats des juridictions » et que « toutes les décisions sont prononcées en sa présence ». Pourtant, l'absence du parquet lors de l'audience déséquilibre le procès, le justiciable comme le juge du siège étant privés de débat avec l'acteur essentiel de cette procédure. Il rend simultanément la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

¹²⁴⁷ VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme*, *op. cit.*, chapitre vingt-troisième, p. 113.

¹²⁴⁸ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *JO* 10 mars, spéc. cons. 99 s. ; *D.* 2004. 2756, obs. B. DE LAMY ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; *RSC* 2004, 725, obs. C. LAZERGES ; *ibid.* 2005, 122, étude V. BÜCK ; *RTD civ.* 2005, 553, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI.

¹²⁴⁹ V. l'art. 495-9 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juill. 2005 : « la présence du procureur de la République à cette audience n'est pas obligatoire » ; adde, en doctrine : L. DELPRAT, « La Cour de cassation et le Conseil d'Etat doivent-ils plaider coupable ? », *Dr. pén.* 2005, étude 10 ; J. BUISSON, *Procédures* 2005, comm. 234.

¹²⁵⁰ Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC, spéc. cons. 3 : « en précisant que le procureur de la République n'est pas tenu d'être présent à cette audience, la loi déferée n'a méconnu [...] ni le principe d'égalité devant la justice, ni les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense et à l'existence d'un procès équitable, ni le principe d'individualisation des peines [...], ni aucun autre principe constitutionnel ».

¹²⁵¹ Cass. crim., 18 avr. 2005, n° 05-00.001, *D.* 2005. 1200, obs. C. GIRAULT, note J. PRADEL ; *RSC* 2005, 592, obs. A. GIUDICELLI ; *ibid.* 2006, 124, obs. V. BÜCK ; *RTD civ.* 2005, 553, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI ; CE, 11 mai 2005, n° 279834, *Syndicat des avocats de France*, *D.* 2005, 1379, obs. A. ASTAIX ; A. GIUDICELLI, obs. préc. ; V. BÜCK, obs. préc. ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, obs. préc. ; adde, CE, 26 avr. 2006, 2 arrêts, n° 279832, *Syndicat des avocats de France*, *D.* 2006. 1333, et n° 273757, *Syndicat des avocats de France, Lebon* ; *D.* 2006. 1333, obs. E. ALLAIN ; *RSC* 2006, 638, obs. A. GIUDICELLI ; *Gaz. Pal.* 2006, jur. 1851, concl. Y. AGUILA (l'arrêt pertinent est ici celui n° 279832).

¹²⁵² Circ. 2 sept. 2004, CRIM 04-12 E8 : « l'intérêt pratique de la nouvelle procédure [de « plaider coupable » serait] considérablement limité si le magistrat du parquet, auquel il incombe de procéder en personne à la première partie de la procédure, [était en plus] tenu d'assister à [la présentation du prévenu devant le juge] ».

autonome quant aux règles processuelles, alors même qu'elle devrait être encadrée plus strictement que le procès classique.

618. Pratique de la double convocation et « policierisation » du jugement pénal

– Plus grave encore, la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures¹²⁵³ a quant à elle offert une consécration légale à la pratique de la double convocation, pourtant sanctionnée par la jurisprudence de la Cour de cassation¹²⁵⁴. L'article 495-12 du Code de procédure pénale circonscrit en effet la saisine du tribunal correctionnel par le procureur de la République au refus par le prévenu de la peine proposée, ou au refus d'homologation de la décision par le juge du siège. Pourtant, et alors que la mise en mouvement de l'action publique ne peut donner lieu à la saisine de deux juridictions pour les mêmes faits, l'article 495-10-1 l'y autorise dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : « La mise en œuvre de la procédure prévue par la présente section n'interdit pas au procureur de la République de procéder simultanément à une convocation en justice en application de l'article 390-1 ». À nouveau validée par le Conseil constitutionnel¹²⁵⁵, cette pratique porte clairement atteinte aux droits de la défense en ce qu'elle permet au magistrat du ministère public de notifier simultanément à un suspect une convocation dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et une autre, à comparaître plus tard devant le tribunal correctionnel. Une telle « opportunité » des poursuites rejaillit nécessairement sur la qualité du jugement, favorisant l'acceptation par le prévenu des peines proposées, par crainte de s'exposer à un procès pénal en cas de refus. Loin d'être anecdotique, cette pratique abonde d'ailleurs dans le sens de l'organisation d'une phase préliminaire à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, approuvée par la circulaire de 2004. Cette dernière avait en effet estimé opportun d'obtenir à l'issue de l'enquête un procès-verbal d'audition ou de convocation, comportant une reconnaissance de culpabilité et d'acceptation de la

¹²⁵³ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF* 13 mai 2009.

¹²⁵⁴ Cass. crim., 4 oct. 2006, n° 05-87.435, *D.* 2007. 58, note P.-J. DELAGE ; *AJ pén.* 2007, 79, note J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2007, 118, obs. A. GIUDICELLI ; *Dr. pén.* 2007, Comm. 27, obs. A. MARON ; *Procédures* 2007, Comm. 44, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 23 avr. 2007, n° 07-00.008, *D.* 2007, 1503 ; Cass. crim., 14 oct. 2008, n° 08-82.195, *D.* 2008. 2796, obs. M. LENA ; *AJ pénal* 2008, 517, obs. M.-E. CHARBONNIER ; *Procédures* 2008, Comm. 340, obs. J. BUISSON.

¹²⁵⁵ Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-77 QPC. Le Conseil a été saisi le 5 oct. 2010 par la Cour de cassation, consécutivement à un arrêt rendu le 29 sept. : Cass. crim., 29 sept. 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 145, obs. A. MARON et M. HAAS. L'argument invoqué pour rejeter l'atteinte aux droits de la défense consiste à mentionner l'assistance de l'avocat durant toute la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité alors même que la notification se fait avant la mise en œuvre d'une telle procédure.

procédure de la part du suspect. Cette version pénale des pourparlers contractuels pouvait aussi bien être menée hors la présence de l’avocat, pendant l’audition libre par exemple. Le Conseil d’Etat s’était donc fermement opposé à la violation du droit à l’assistance d’un avocat, qui devait pourtant être garantie tout au long de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Récemment, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a entériné à son tour une telle démarche. En effet, l’article 495-8 du Code de procédure pénale précise à présent que le procureur de la République peut « informer par tout moyen la personne ou son avocat des propositions de peines qu’il envisage de formuler ». Il faut saluer l’intervention législative en ce qu’elle conditionne l’admission de ce pré-accord à la présence de l’avocat, préservant ainsi les droits de la défense. Cependant, une telle négociation implique également l’impossibilité pour le prévenu de revenir sur la peine initialement proposée. Les termes de l’accord final sont ainsi scellés : son seul choix consistera en une acceptation ou un refus, mais aucune modification ne pourra plus intervenir ultérieurement. Dès l’enquête, tout est mis en œuvre pour favoriser l’acceptation par le justiciable de la peine proposée. Pourtant, derrière la subtilisation du juge du siège par le parquet, la « policiarisation »¹²⁵⁶ de la procédure dévoie la phase processuelle. De telles pratiques sont directement liées au statut du parquet, qui se sert ici de son pouvoir d’enquêteur pour influencer l’issue du jugement pénal. Partant, la peine ne peut être considérée comme librement consentie dès lors que la présomption d’innocence n’est plus assurée. Or, si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme est convergente quant à la bonne administration de la justice portée par une telle procédure au regard des exigences liées au délai raisonnable, elle observe certainement bien moins favorablement la violation du tribunal impartial. L’acceptation libre et éclairée de la peine par le prévenu se trouvant au cœur de son contrôle, il serait intéressant de connaître la position du juge européen quant à ces pratiques parquetières validées par la loi¹²⁵⁷. Un auteur avait

¹²⁵⁶ P.-J. DELAGE, « Résistances et retournements - Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de “plaider coupable” », *RSC* 2010, p. 831. L’auteur évoque ainsi un tel glissement : « c’était bien cette même entorse au respect et l’effectivité des droits de la défense qui avait conduit le Conseil d’État à désapprouver le glissement vers la policiarisation du “plaider coupable” (et, notamment, à travers lui, le pouvoir reconnu aux enquêteurs de rédiger, sur instructions du parquet, des procès-verbaux attestant l’acceptation du suspect de faire l’objet d’une procédure de CRPC) ».

¹²⁵⁷ Déjà, il aurait fallu s’interroger sur la liberté du consentement de l’intéressé en cas de maintien en garde à vue lorsque la proposition de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité lui est formulée, ou de placement en détention provisoire en cas de refus. En effet, la simple menace d’exercer des poursuites ne peut être comprise comme une contrainte prohibée par l’article 6-1 de la Convention européenne des droits de l’homme. En revanche, le fait de renforcer cette menace de pressions importantes est contraire à l’article 6-1 ; (CEDH, 27 févr. 1980, *Deweert c/ Belgique*, *op. cit.*).

justement souligné le respect de cette exigence au regard de l'article 6 paragraphe 2 de la Convention : « au moment où l'auteur des faits entre dans le bureau du parquetier, il a déjà reconnu sa culpabilité et il l'a fait à un moment où il ne pouvait encore savoir si ce magistrat lui proposerait une peine déterminée »¹²⁵⁸. Alors, face au « contrat » proposé pendant les investigations, la saisine du tribunal correctionnel résonne comme une menace. L'extension de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à des délits plus graves, par la loi du 13 décembre 2011¹²⁵⁹, place le prévenu dans une position délicate. D'un côté, reconnaître sa culpabilité et consentir à une peine limitée. De l'autre, refuser l'aveu et s'exposer à de lourdes peines¹²⁶⁰. Sous la loupe conventionnelle, il y a fort à parier que le respect de la présomption d'innocence aurait le plus grand mal à résister à cette « diabolisation » du juge du siège.

619. La suppression du dialogue judiciaire – L'on ne s'en cache pas, il s'agit ici d'une justice négociée, qui permet un jugement expéditif en offrant le bénéfice d'une diminution de peine *de facto* à celui qui veut bien avouer son méfait¹²⁶¹. Cette manière de juger peu impartiale, puisqu'exercée par un « quasi-juge du fond »¹²⁶², présente d'autres insuffisances notoires quant aux exigences du procès équitable. Une telle procédure induit nécessairement la disparition de « tout ce qui faisait l'intérêt de l'audience : l'intervention de toutes les parties, les débats contradictoires, la présence du public et le contrôle de la presse »¹²⁶³.

620. À ce titre, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité supprime le dialogue judiciaire. Outre l'absence du débat sur la culpabilité, consécutive à l'aveu, elle se passe également de celui sur la peine. Le remplacement d'une audience sur le fond par une audience d'homologation se matérialise en réalité par la suppression du débat contradictoire qui devrait présider le choix de la sanction

¹²⁵⁸ J. PRADEL, « Défense du plaidoyer de culpabilité. À propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité », *JCP G*, n° 5, 28 Janvier 2004, act. 58.

¹²⁵⁹ Art. 495-7 du Code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* du 14 décembre 2011.

¹²⁶⁰ V. F. WINCKELMULLER, « Plaider coupable et droit à un procès équitable », *Dalloz actu.*, 6 mai 2014.

¹²⁶¹ Sur ce point, V. X. PRADEL, « Présentation théorique », in Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle, *Le plaider coupable*, Journées d'études, 15 novembre 2004, *RPDP*, 2005, n° 2, p. 377 et s.

¹²⁶² L'expression est utilisée par plusieurs auteurs pour mettre en exergue le rôle du magistrat du ministère public, arrivé aux confluent de celui du juge du siège par le biais de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. V. D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.*, 2004, Chronique p. 2517 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.*, 19 (9), septembre 2007.

¹²⁶³ Le magistrat Serge PORTELLI notamment, cité par D. CASANOVA et D. MISSISTRANO, « Le point de vue de l'avocat », in Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle, *Le plaider coupable*, Journées d'études, 15 novembre 2004, *RPDP* 2005, n° 2, p. 392.

pénale¹²⁶⁴. Proposée par le procureur, acceptée par le prévenu, puis homologuée par le juge du siège, la peine résulte d'un simple accord et non d'un échange. Au lieu de « déplacer le centre de gravité du jugement »¹²⁶⁵ sur la sanction, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne laisse aucune place réelle à sa discussion, l'absence du parquet lors de l'audience d'homologation privant les parties de tout débat contradictoire à son sujet. En outre, ce dispositif de jugement porte atteinte à l'exigence de publicité du procès pénal. Fort heureusement, le Conseil constitutionnel s'est opposé au secret des deux phases de la procédure, exigeant le caractère public de la procédure d'homologation, et non la seule lecture de la décision¹²⁶⁶. Mais l'audience représente un moment clé du procès, en ce qu'elle permet au public de s'assurer de l'égalité des justiciables devant la loi. Sa fonction cathartique est ici occultée, une sanction étant appliquée sans aucune discussion de fond sur les faits commis et la personnalité du prévenu.

621. Au-delà du silence imposé aux parties, le procédé est hautement critiquable quant à la nécessaire individualisation de la peine. Ainsi, l'adaptation de la sanction au profil du délinquant prend en compte non seulement la personnalité de l'auteur, mais également les circonstances de l'infraction, ce qui n'est pas possible dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹²⁶⁷. Contrairement au tribunal correctionnel, qui décide de la peine *a posteriori*, c'est à dire après avoir entendu l'auteur et apprécié la situation qui lui est propre, le procureur de la République choisit une telle peine *a priori*, sans essayer de connaître la personne, mais en observant uniquement son profil délinquant. L'article 132-24 du Code pénal fixe pourtant une telle obligation : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ». Par conséquent, si la règle ne s'impose pas au ministère public, cela

¹²⁶⁴ Certains Etats ont d'ailleurs opté pour une procédure intermédiaire, plus sommaire que l'audience correctionnelle en ce que la culpabilité est déjà reconnue, mais conservant néanmoins un débat sur la peine. C'est le cas notamment de l'Italie et du Portugal, avec les mécanismes de « jugement abrégé » (*giudizio abbreviato*) ou de « procédure abrégée » (*processo abbreviato*). V. P.-J. DELAGE, « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *D.*, 2005, p. 1970.

¹²⁶⁵ A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.* n° 5, Mai 2006, étude 8.

¹²⁶⁶ Cons. Const., décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 (considérants 117 et 118).

¹²⁶⁷ L'Assemblée Nationale en a fait l'aveu implicite, en justifiant ainsi l'exclusion des mineurs de dix-huit ans de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : « s'agissant des mineurs, il paraît nécessaire d'examiner avec attention leur personnalité et leur environnement familial et social afin de choisir la sanction la plus adaptée, ce qui semble difficilement compatible avec la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Par ailleurs, il serait juridiquement contestable de solliciter l'accord des mineurs qui ne disposent pas de la capacité juridique à contracter ». Rapport AN, J.-L. WARSMANN, n° 856, 3e tome, pp. 85 et 86.

revient à dire qu'il n'est pas un véritable « juge » mais bien un « magistrat », qui ne devrait pas détenir un pouvoir sanctionnateur comparable à celui du siège. En définitive, le ministère public est chargé d'une transaction, là où le juge du siège doit procéder à une évaluation. L'économie du temps judiciaire, par le transfert des pouvoirs du siège au parquet, modifie donc profondément l'architecture du procès pénal. Ici, la mutation du juge pénal engendre une transformation de l'identité du procès pénal.

B) L'évolution croisée entre siège et parquet

622. Le transfert des pouvoirs du siège au parquet ne saurait être consenti sans le contrôle de la décision par un juge du siège, par le biais de l'audience d'homologation. La phase publique de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité suppose donc l'intervention du président du tribunal de grande instance, saisi d'une requête en homologation par le procureur de la République¹²⁶⁸. En définitive, il s'agit, ni plus ni moins, d'une approbation du juge du siège après contrôle de la légalité et de l'opportunité de l'accord proposé, son ordonnance conférant à la décision la force d'un jugement exécutoire¹²⁶⁹. Avec cette procédure, le juge du siège joue un rôle très proche de celui du juge des libertés et de la détention au sein de l'enquête : en l'absence de tout pouvoir d'initiative dans le processus décisionnel, il devient une simple instance de contrôle. L'élargissement des pouvoirs de l'autorité de poursuite se fait au détriment de celle de jugement, en heurtant les principes fondateurs du procès pénal. Dès lors, l'étendue des vérifications opérées par ses soins est cruciale, puisqu'il est la seule autorité juridictionnelle indépendante et impartiale de la procédure de jugement.

623. Le renforcement du contrôle de validité – Dépossédé de ses prérogatives habituelles, le juge du siège ne se prononce ni sur la culpabilité, ni sur la peine. Mais il est également privé de toute possibilité de modifier la sanction proposée par le parquet et acceptée par le mis en cause, que ce soit quant à sa nature ou quant à son quantum. Dès lors, il ne peut former un rempart efficace contre l'intrusion du ministère

¹²⁶⁸ Le Conseil constitutionnel n'a pas retenu l'atteinte à la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Il a néanmoins exigé la publicité de cette audience d'homologation, qui était initialement envisagée en chambre du conseil, et émis certaines réserves quant à la qualité du contrôle exercé par le juge du siège.

¹²⁶⁹ L'homologation est une « approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, *op. cit.*

public dans le jugement pénal : « le caractère radical de l'option laissée au magistrat en charge de l'homologation ou de la validation de ces procédures alternatives ne favorise certainement pas un contrôle effectif de la pertinence de la sanction proposée par le parquet »¹²⁷⁰. L'article 495-9 du Code de procédure pénale lui impose simplement de s'assurer de la réalité des faits, de leur qualification juridique, après avoir entendu le prévenu et son avocat. Il doit encore s'assurer de la réalité et de la sincérité de l'aveu et du consentement à la peine. Cependant, en 2004, le Conseil constitutionnel a ajouté une réserve d'interprétation, selon laquelle le juge : « pourra refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire (ou) si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur ».

624. La loi n° 2019- 222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice consacre enfin une telle exigence, en insérant un nouvel article 495-11-1 au Code de procédure pénale. Par conséquent, il est attendu du juge du siège qu'il évalue la pertinence de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Si cette nouvelle disposition a le mérite de préciser les critères de l'homologation, et d'offrir une meilleure motivation à la décision, elle pourrait surtout permettre au juge du siège de reprendre la main sur l'orientation procédurale. En rectifiant le choix opéré par l'autorité de poursuite, le juge du siège regagne le pouvoir confisqué par la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et redevient maître du jugement. Le pouvoir de remise en cause de la décision du parquet lui permettrait notamment d'éviter le prononcé des peines les plus graves, dépourvues ici des garanties procédurales essentielles. La chambre criminelle de la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel protègent cet attribut du juge du siège, en refusant d'ouvrir une voie de recours en cas de refus d'homologation. Répondant à une question prioritaire de constitutionnalité posée après un arrêt en ce sens¹²⁷¹, le Conseil constitutionnel a pu décider, le 18 juin 2021, que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne méconnaît le droit à un recours

¹²⁷⁰ V. PERROCHEAU, « La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité : quelles limites à l'omnipotence du parquet ? », *Droit et société*, 2010/1, n° 74, pp. 55-71.

¹²⁷¹ Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-86.358, *Bull. crim.* n° 548.

juridictionnel effectif, en ce que la personne poursuivie ne dispose pas d'un droit à être jugé, ni d'un droit à l'homologation¹²⁷². Cette décision a le mérite de reconnaître le « sain exercice de la fonction dont le juge pénal est investi » puisque le recours n'est pas jugé nécessaire en cas de retour à la procédure commune, la personne en cause étant alors renvoyée devant le tribunal judiciaire¹²⁷³. Cependant, d'aucuns s'interrogent sur la formulation de l'article 495-11-1 du Code de procédure pénale, qui pourrait décevoir les espoirs parlementaires¹²⁷⁴. Surtout, la cohérence du législateur est mise à mal, en ce qu'il augmente le recours à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité tout en prévoyant les moyens de la neutraliser¹²⁷⁵. En définitive, le parquet exerce ses fonctions sous une surveillance du juge du siège plus apparente qu'efficace.

625. Le brouillage de l'identité judiciaire – La présomption d'innocence, mise à mal par l'aveu de culpabilité, est une règle cardinale du procès pénal. C'est pourquoi le législateur veille non seulement à la possibilité pour le justiciable de se rétracter devant le juge du siège, mais également à ce que cette confession n'ait aucune incidence probatoire ultérieure devant une juridiction d'instruction ou de jugement. L'article 495-14 du Code de procédure pénale proscrie toute communication de ce type du procès-verbal d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité avortée : « Lorsque la personne n'a pas accepté la ou les peines proposées ou lorsque le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui n'a pas homologué la proposition du procureur de la République, le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure ». Pourtant, l'incursion du ministère public dans la sphère processuelle a conduit à des pratiques *contra legem*, consistant pour les juges du fond à fonder leurs condamnations sur des documents tirés d'une procédure de

¹²⁷² Cons. const., 18 juin 2021, n° 2021-918 QPC, D. 2021, p. 1193.

¹²⁷³ V. R. PARIZOT, « Pas de recours contre l'ordonnance de refus d'homologation en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-86.358, AJ pén. 2021, p. 317, obs. C. INGRAIN) », RSC 2021, p. 659.

¹²⁷⁴ F.-N. BUFFET, Y. DETRAIGNE, rapp. n° 11, t. 1, fait au nom de la commission des lois, 3 oct. 2018. Les Sénateurs y voient une contrepartie à l'élargissement des pouvoirs du parquet : « on peut considérer que cet article constitue le contrepoint à la proposition de supprimer la limitation à 1 an d'emprisonnement de la peine encourue dans le cadre d'une CRPC : si le procureur propose d'emprisonner l'auteur des faits pendant trois [...] ans, c'est que les faits commis présentent un certain degré de gravité et il est donc légitime que le juge examine avec attention si une audience correctionnelle ne serait pas plus appropriée en l'espèce ».

¹²⁷⁵ Sur ce point, lire l'analyse de J.-B. THIERRY, « L'évolution du rôle du juge en matière pénale dans la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice », Gaz. Pal., 3 sept. 2019, n° 29, p. 75.

comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité antérieure. Contrevenant à la prohibition ferme du texte, le juge du siège lui-même enfreint la présomption d'innocence. D'abord censurées par la Cour de cassation¹²⁷⁶, ces atteintes ont ensuite été encouragées par le juge judiciaire¹²⁷⁷, au point qu'il faille s'interroger sur une mutation plus grande du jugement pénal.

626. À cet égard, il est intéressant d'observer un paradoxe quant à la redistribution des rôles entre siège et parquet : « On assiste ainsi à une évolution croisée : les magistrats du parquet empiètent sur la fonction de juger du siège et les magistrats du siège mordent, quant à eux, sur les compétences du parquet en matière de détermination des politiques pénales. Assurément, les lignes bougent et les frontières se brouillent. Cette confusion des rôles pourrait ne pas inquiéter si le parquet n'était pas sous l'autorité hiérarchique du garde des Sceaux »¹²⁷⁸. Alors que le ministère public, doté de pouvoirs de plus en plus conséquents, déploie ses tentacules jusqu'à la phase de jugement, le juge du siège intervient à l'orée des poursuites pénales, en participant à la mise en place de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il est ici question d'une phase de concertation entre le siège et le parquet au sein des juridictions, destinée à recueillir l'adhésion du premier aux propositions du second. Les procédures accélérées de jugement supposent donc l'intervention du juge du siège en amont, celui-ci déterminant avec le parquet non seulement le champ des infractions concernées, mais encore l'éventail des peines proposées¹²⁷⁹. Une telle démarche explique certainement le succès de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, du moins quant aux forts taux d'homologation. Mais elle démontre aussi une reprise du contrôle de la procédure par le juge du siège, qui limite

¹²⁷⁶ Cass. crim., 17 sept. 2008, n° 08-80.858, *D.* 2008. 2904, obs. M. LENA, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *ibid.* 2009. 2238, obs. J. PRADEL ; *AJ pén.* 2008, 515, obs. C. SAAS ; *RSC* 2009, 412, obs. R. FINIELTZ ; *JCP G* 2008. II. 10194, note Y. JOSEPH-RATINEAU.

¹²⁷⁷ V. P.-J. DELAGE, « Résistances et retournements - Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de "plaider coupable" », *op. cit.* La Cour de cassation a estimé que la seule jonction à un dossier de procédure d'un procès-verbal tiré d'un « plaider coupable » échoué ne devait (sauf le retrait de la pièce litigieuse) recevoir aucune sanction juridictionnelle, dès lors que cette même jonction n'avait pas eu pour effet de porter atteinte aux intérêts du prévenu. Par conséquent, elle conditionne la nullité de l'utilisation d'une pièce tirée d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à l'existence d'un grief pour le défenseur (Cass. crim., 26 oct. 2010, n° 10-82.261, non publié). De plus, elle restreint cette nullité à la décision faisant illégalement état de déclarations ou documents tirés du « plaider coupable », et non à l'intégralité de la procédure (Cass. crim., 30 nov. 2010, n° 10-80.460, *Bull. crim.* n° 190 ; *D.* 2011, 166).

¹²⁷⁸ V. PERROCHEAU, « La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité : quelles limites à l'omnipotence du parquet ? », *op. cit.*

¹²⁷⁹ F. ZOCCHETTO, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport d'information sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Sénat, session ordinaire de 2005-2006, Paris : Sénat, 2005, p. 54 (Rapport d'information n° 17). Voir également J. DANET, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *AJ pén.*, 2005, p. 433.

en amont ce qui échappe à son pouvoir en aval. De l'avènement de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à son issue, l'identité du juge pénal est donc confuse. Or, cet imbroglio judiciaire, loin d'être réservé à la périphérie du procès pénal, opère à bas-bruit une mutation identitaire du juge de jugement.

627. La prépondérance de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – Au lieu d'être circonscrite à des interventions ponctuelles, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité profite d'un champ d'application étendu. Lors de l'entrée en vigueur de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la Commission nationale consultative des droits de l'homme s'était immédiatement élevée contre les risques de dérives liés à l'application trop étendue d'une telle procédure : « si les peines proposées sont limitées dans leur quantum (6 mois d'emprisonnement, 50 000 € d'amende), des délits de toute nature, quelle que soit leur gravité, pourront relever, sans transparence, de cette procédure, ce qui paraît excessif »¹²⁸⁰. Aujourd'hui, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité semble démesurée, tant au regard des délits qu'elle recouvre, que des peines proposées. Au lieu de rester marginale, elle devient prépondérante, et remodèle insidieusement le procès pénal.

628. Originellement, elle n'était envisageable que pour les infractions punies à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, avec quelques exceptions. Seule la délinquance de faible ou de moyenne gravité était vouée à une telle procédure, le sacrifice relatif aux garanties procédurales étant difficilement conciliable avec une échelle des peines plus élevée. L'esprit de la circulaire d'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est sans nul doute en ce sens : « L'infraction reprochée à la personne doit de même présenter une relative simplicité, permettant, au-delà du fait que la personne reconnaît le délit qui lui est reproché, d'en apprécier la gravité de façon précise, sans qu'il soit besoin pour se faire de procéder à de longs débats »¹²⁸¹. Pourtant, cette

¹²⁸⁰ Avis du 27 mars 2003 de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), www.commission-droits-homme.fr.

¹²⁸¹ Circulaire du 2 septembre 2004 du ministre de la Justice, « Présentation des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », N° NOR : JUS-D-04-30176C, N° CIRCULAIRE : Crim-04-12-E8-02.09.04, REFERENCE : S.D.J.P.G. n° 02-L-242, p. 8.

philosophie a très vite été abandonnée, et n'est plus celle qui guide le législateur aujourd'hui. D'abord, la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011¹²⁸² a élargi de manière significative son domaine d'intervention et autorise désormais de recourir à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité pour « tous les délits »¹²⁸³. La procédure n'est donc plus réservée aux cas de délinquance de moyenne gravité, et s'applique à la très grande majorité de la matière délictuelle¹²⁸⁴. La défaillance du modèle processuel est ici notable, le passage d'une justice imposée à une justice acceptée n'étant plus circonscrite en périphérie. Or, à sa tête, une autre identité juridictionnelle, le magistrat du parquet, amorce une mutation importante du procès pénal. Par ailleurs, le législateur de 2019 vient d'augmenter le quantum de la peine proposée. Jusqu'alors, elle ne pouvait être supérieure à la moitié de la peine encourue sans pouvoir excéder un an. Ce dernier seuil est porté à trois ans par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019¹²⁸⁵. Certes, cela pourrait éviter une trop grande disparité avec les peines prononcées par le tribunal correctionnel, et redonner du sens au choix de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité par le prévenu, autre que celui d'un marchandage¹²⁸⁶. Mais la saine limite fixée à un an de la peine d'emprisonnement permettait surtout de restreindre les pouvoirs du parquet, dont les prérogatives sans cesse étendues repoussent l'intervention du juge du siège¹²⁸⁷, sans que son statut soit modifié. Cette confusion des rôles, au stade du procès, provoque une gestion

¹²⁸² Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* du 14 décembre 2011.

¹²⁸³ L'article 495-17 du Code de procédure pénale ajoute seulement quelques exceptions, en excluant les « délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du Code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans », tout en maintenant l'exclusion initiale des délits de presse et des infractions commises par les mineurs.

¹²⁸⁴ La volonté d'étendre la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité aux jugements criminels fut l'une des propositions phares du rapport Léger rendu le 1er septembre 2009 (Rapp. Comité de réflexion sur la justice pénale, www.justice.gouv.fr). Mais le procès criminel échappe encore à la simplification, en raison de la gravité des peines encourues : « Or, en matière criminelle, les peines sont plus lourdes. Il est dès lors possible que l'on se trouve en présence d'aveux de culpabilité "calculés" qui, ne correspondant à aucune démarche sincère et positive de la part de l'accusé, ne présagent ainsi aucune volonté réelle de réinsertion chez ce dernier. En conséquence, si la procédure de CRPC était instituée en matière criminelle, il serait indispensable que soient mises en place des garanties supplémentaires afin que la peine prononcée conserve tout son sens et qu'ainsi, l'action de la justice demeure cohérente ». A. TALEB, « Le point sur la CRPC dans l'avant-projet portant réforme de la procédure pénale : la révolution annoncée aura-t-elle lieu ? », *Procédures* n° 4, avr. 2011, étude 4.

¹²⁸⁵ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (art. 495-8 du Code de procédure pénale).

¹²⁸⁶ J. DANET, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques...et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *op. cit.* : « Le fait que le législateur veuille réserver l'usage de la CRPC ou de la composition pénale aux traitements de faits et de prévenus d'une gravité moyenne ou faible ne signifie pas pour autant, qu'à égalité de gravité, il ait voulu distinguer les peines prononcées dans une procédure ordinaire de celles prononcées en CRPC. Or, c'est ce que la circulaire incite à faire. Pas trop, pour ne pas risquer le refus d'homologation, mais suffisamment, pour inciter le prévenu à l'acceptation, autrement dit assurer le succès de la CRPC et éviter la perte de temps ! Voici que subrepticement la gestion des flux devient source d'une inégalité des peines à gravité égale des faits et équivalence des critères de personnalisation ».

¹²⁸⁷ J.-B. PERRIER, « Les (r)évolutions de la procédure pénale. À propos de la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice », *D.* 2019, p. 1061.

administrative de la sanction pénale¹²⁸⁸. Une telle mutation identitaire du juge du procès affecte la qualité du jugement pénal, dont l'expression la plus noble se trouve réservée à une partie seulement de la délinquance. Il en résulte une disparité dans le traitement pénal des justiciables : « La justice idéale c'est celle où il y a l'audience où tout le monde peut s'exprimer, mais on ne peut pas. Le nombre de dossiers qu'on peut juger par cette voie là est limité. On est obligé d'utiliser toute la réponse pénale. Il faut trouver la procédure la plus adaptée au mode de réponse pénale. On essaye en amont de voir les procédures les plus adaptées à la CRPC. Les choix qui sont faits concernent surtout le contentieux de masse »¹²⁸⁹. Or, il est paradoxal d'exiger de la justice qu'elle sache « écouter », tout en pratiquant « l'abattage » des affaires pénales.

629. En quinze années d'application, cette justice informelle, rapide et discrète s'est imposée dans le paysage procédural comme l'un des modes privilégiés de contournement de l'audience pénale : « La souplesse des textes offre une grande latitude aux parquetiers dans le choix de la CRPC. Le Code de procédure pénale ne la relie en effet ni à un contentieux spécifiquement défini, ni même à des catégories d'infractions en fonction d'un critère précisément énoncé »¹²⁹⁰. Au gré de son extension, les pouvoirs du juge du siège vacillent, sans que la nouvelle figure identitaire qui exerce son rôle ne réponde aux exigences du modèle.

630. La refondation de l'audience correctionnelle – Loin d'être motivé par une philosophie pénale, le traitement en temps réel cherche avant tout à concilier l'augmentation constante des contentieux et l'efficacité répressive. Il suffit pour s'en convaincre de s'arrêter quelques secondes sur le vocabulaire qui l'accompagne : « résorption des flux », « stock de dossiers », « gestion de l'audiencement », et la logique comptable qu'il sous-tend¹²⁹¹. En cela, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité s'inscrit dans la refondation de l'audience correctionnelle, qui

¹²⁸⁸ Sur cette question V. B. DE LAMY, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, p. 1910.

¹²⁸⁹ J. BOSSAN, L. LETURMY, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Bilans et perspectives.*, Rapport final de recherche élaboré dans le cadre de la mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 215.10.29.17), novembre 2019, p. 28.

¹²⁹⁰ *Ibidem*, p. 12.

¹²⁹¹ V. à ce propos, F. MOLINS, « Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction. », *AJ pén.*, 2005, p. 443. L'auteur rappelle la vocation générale et transversale de cette procédure : « Le traitement en temps réel n'est pas en effet seulement une procédure de l'urgence, mais une filière de traitement qui a vocation à s'appliquer à tous les contentieux et qui concerne tant les procédures d'urgence, que la gestion de l'audiencement à travers la résorption des stocks de dossiers en attente de fixation devant le tribunal correctionnel. Faut-il rappeler que c'était l'un des objectifs poursuivis par le législateur : réduire la charge des audiences tout en permettant une réponse adaptée face à l'augmentation des contentieux ».

se trouve ainsi reléguée aux affaires les plus graves et/ou complexes¹²⁹². La mise en place d'un outil statistique au printemps 2014, le Système d'Information Décisionnel pénal (SID), est riche en enseignements à cet égard. Véritable « entrepôt de données » pour l'ensemble de la chaîne judiciaire, le système d'information décisionnel permet de suivre attentivement le parcours judiciaire des personnes et d'évaluer ainsi les délais écoulés du début à la fin du traitement pénal¹²⁹³. Le contraste quant à la célérité de la procédure est bien entendu saisissant : alors que le jugement est prononcé au bout d'un an environ pour les citations directes devant le tribunal correctionnel, il prend moins de deux semaines avec la comparution immédiate¹²⁹⁴. La procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité, qui évite quant à elle tout débat devant le tribunal correctionnel permet à 75 % des auteurs d'être jugés en moins de six mois, contre neuf pour une procédure classique¹²⁹⁵. L'inflation du recours aux procédures accélérées de jugement répond utilement à l'objectif de désengorgement des juridictions pénales¹²⁹⁶. Mais, comme le suggère le dicton, est-il vraiment « raisonnable » de préférer un mauvais arrangement à un bon procès ? Procédure sommaire, la comparution sur reconnaissance de culpabilité s'inscrit dans un ensemble de mesures déjà présentes (l'ordonnance pénale et la composition pénale), ayant pour objet d'éviter l'audience pénale classique¹²⁹⁷. Mais elle apparaît certainement comme la transformation la plus profonde du jugement pénal, sans offrir en compensation les garanties indispensables au transfert de pouvoirs du siège au parquet.

631. En conclusion, « Juger vite, juger mieux »¹²⁹⁸ ? Tout est question de point de vue. Sous l'angle de la vitesse procédurale, l'interrogation doit recevoir une réponse

¹²⁹² F. MOLINS, « Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction. », *op. cit.* « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité constitue donc bien l'aboutissement d'un mouvement plus général visant à repenser la fonction de l'audience correctionnelle dans le traitement de la petite et moyenne délinquance pour la réserver aux dossiers dans lesquels elle peut apporter une réelle valeur ajoutée. À terme, l'audience correctionnelle ne doit concerner que les faits les plus graves et ceux pour lesquels se pose une question de culpabilité ».

¹²⁹³ Rapport d'information n° 988 de MM. J.-Y. Le BOUILLONNEC et D. QUENTIN en conclusion des travaux d'une mission d'information relative à la mesure statistique des délinquances et de leurs conséquences, 24 avril 2013, p. 22.

¹²⁹⁴ Au paroxysme de cet écart, la procédure peut s'étendre sur plus de trois années en cas d'instruction alors que 70 % des jugements en comparution immédiate prennent moins de trois jours. V. Bulletin d'information statistique n° 134, V. CARRASCO, L. VIARD-GUILLOT, Les durées de traitement des affaires pénales par la justice, avr. 2015.

¹²⁹⁵ Ministère de la Justice – SDSE, exploitation statistique du SID pénal sur l'année 2018 : durée entre la date d'arrivée au parquet et le jugement de l'auteur.

¹²⁹⁶ En 2018, le recours à la comparution sur reconnaissance de culpabilité a augmenté de 3,4 %, et de 6 % pour l'ordonnance pénale. V. Les chiffres-clés de la Justice - Édition 2019.

¹²⁹⁷ La matière civile est également marquée par un tel mouvement, la procédure du référé remplaçant la composition de jugement classique.

¹²⁹⁸ *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport d'information n° 17 (2005-2006) de M. F. ZOCCHETTO, fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 12 octobre 2005.

favorable. Néanmoins, le théorème de la célérité – hautement porté par la justice négociée – conduit au sein du prétoire correctionnel au troc d'un juge pénal revêtant les qualités essentielles requises, contre un magistrat à l'impartialité contestée. Face à ce constat, il faut s'inquiéter encore davantage de la mise en œuvre d'une justice automatisée en matière délictuelle, qui se passe quant à elle non seulement de jugement, mais encore de juge.

Paragraphe II – La justice automatisée

632. Au dernier niveau de simplification de la procédure pénale, des procédures sommaires organisent un procès pénal d'un nouveau type. Sans audience, elles sont la manifestation la plus visible du recul du juge du siège. En ces lieux, il n'est plus seulement question d'une mutation identitaire du juge pénal, mais d'une révolution totale de la phase de jugement. De l'ordonnance pénale à l'amende forfaitaire délictuelle, la sanction judiciaire devient administrative (B), à mesure que le juge s'efface (A).

A) La fin de l'intervention du juge

633. La logique gestionnaire de la justice, guidant réforme après réforme, signe progressivement l'ère de la déjudiciarisation. Ce mouvement relativement récent¹²⁹⁹ regroupe « un ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, en matière civile comme en matière pénale, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel, soit enfin en permettant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elles »¹³⁰⁰. Alors que le tribunal était jusqu'alors le lieu privilégié du règlement des litiges, la « rentabilité » judiciaire conduit à présent à l'amoindrissement du recours au juge, voire à sa suppression. Si la mutation est commune aux différents

¹²⁹⁹ Parallèlement au développement de longue date des alternatives aux poursuites, la déjudiciarisation se développe depuis plus de dix ans. Dès 2008, le rapport GUINCHARD se réfère à la déjudiciarisation et l'allègement procédural dans 34 des 65 propositions (*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport remis par la Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. GUINCHARD, La Documentation française, 2008). En 2018, elle est au centre des préoccupations des « chantiers de la justice ».

¹³⁰⁰ S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019.

domaines juridictionnels¹³⁰¹, elle transforme singulièrement la matière pénale et interroge en profondeur les règles du procès.

634. Déjà favorable à la procédure sans débat, avec le renforcement de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le législateur de 2019 s'oriente résolument vers les procédures sans audience, consacrant l'idée selon laquelle : « (...) le procès ne doit pas être la seule réponse possible aux infractions : absence de procès ne signifie pas absence de justice »¹³⁰². L'éviction du juge dans le règlement du litige n'est pourtant pas si anodine, en ce qu'elle remet en cause un modèle de justice traditionnel reposant sur des fondements solides, pour lui préférer une version moderne offrant des réponses rapides. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice limite considérablement l'intervention du juge, au préjudice des droits de la défense. En somme, un nouveau colosse, aux pieds d'argile¹³⁰³.

635. L'extension des procédures sans audience – A l'extrême opposé de la tendance à la spécialisation du jugement des contentieux les plus graves¹³⁰⁴, les infractions de faible gravité sont soumises à une réponse pénale déformalisée, presque standardisée. L'ordonnance pénale est ancienne, puisqu'elle a été mise en œuvre par la loi du 3 janvier 1972, exclusivement pour les contraventions. Mais la matière correctionnelle a été peu à peu envahie par cette « procédure judiciaire simplifiée »¹³⁰⁵ depuis la loi du 9 mars 2002. Elle laisse donc au parquet le choix, pour les « petites infractions », de s'orienter vers une procédure classique avec audience, ou, s'il l'estime inutile, d'opter pour la saisine d'un juge qui rendra une condamnation par ordonnance. Il s'agit de remarquer ici une inégalité institutionnelle de traitement entre petite et grande délinquance, l'audience étant considérée comme superflue pour la première. Un auteur relève une telle évolution, source de disparité : « Longtemps, notre droit n'a

¹³⁰¹ Sur ce point, V. S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, *Les enjeux de la déjudiciarisation, op. cit.*, p. 8. Les auteurs démontrent que le mouvement n'épargne pas le droit public, et qu'en droit privé, l'amoindrissement du rôle du juge judiciaire touche autant la matière civile que pénale.

¹³⁰² D. PERBEN, Présentation du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, lors de la première lecture à l'Assemblée nationale.

¹³⁰³ Bible Segond 1910/Livre de Daniel 2,31-35, traduction Segond.

¹³⁰⁴ En matière terroriste notamment, ou encore économique et financière, des pôles judiciaires spécialisés ont été mis en place.

¹³⁰⁵ Exposé des motifs de la loi n°72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions. Commentaires par J. VOLFF, *JCP* 1968, I, 2192 ; A. MAYER-JACK, *JCP* 1972, I, 2465 ; M. QUERO, *Rev. Huissiers de justice*, 1977, I, 300 ; J. PRADEL, *D* 1972, chron. 153.

connu que le premier système, traitant identiquement le contrevenant d'un règlement municipal et l'auteur d'un vol grave »¹³⁰⁶. Ainsi l'article 495 du Code de procédure pénale indique-t-il d'y recourir pour des faits « simples et établis », qui correspondent sans trop de difficulté au domaine contraventionnel. Le texte exige en outre que : « les renseignements concernant la personnalité, les charges et les ressources de celui-ci sont suffisants pour permettre la détermination de la peine, qu'il n'apparaît pas nécessaire, compte tenu de la faible gravité des faits, de prononcer une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende d'un montant supérieur à celui fixé à l'article 495-1 et que le recours à cette procédure n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la victime ». Étendue par la loi de 2019 à toutes les infractions relevant de la compétence du juge unique¹³⁰⁷, l'ordonnance pénale obtient une amplitude notable, uniquement limitée par la peine encourue. De fait, le montant maximal de l'amende pouvant être prononcée est de la moitié de celui de l'amende encourue sans pouvoir excéder 5000 euros¹³⁰⁸. Sur la base d'une procédure écrite, le procureur de la République propose au juge du siège une peine principale, éventuellement assortie de peines complémentaires. Le parquet est à nouveau ici le maître d'œuvre de la procédure et l'intervention du juge du siège est extrêmement modeste puisqu'il décide uniquement de la condamnation ou de la relaxe. Il peut bien évidemment renvoyer le dossier au parquet s'il estime que l'ordonnance pénale n'est pas appropriée, ce qui lui laisse une petite marge d'appréciation. Sinon, la justice est rendue sous forme d'un bulletin pré-rempli, l'ordonnance devant simplement contenir le nom, les prénoms, la date et le lieu de naissance, le domicile du prévenu, la qualification légale, la date et le lieu des faits imputés au prévenu, la mention des textes prononcés et la ou les peines prononcées en cas de condamnation. Seule la motivation exigée en matière correctionnelle¹³⁰⁹ redonne du sens à la mobilisation du juge pénal, en lui offrant l'opportunité d'une justification sur la décision. Cette procédure accélérée de jugement va plus loin que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans la redistribution des rôles entre le siège et le parquet. Alors que le président du tribunal de grande instance rencontre le prévenu à l'occasion de l'audience d'homologation dans le cadre du plaidoyer de culpabilité, l'ordonnance pénale le prive

¹³⁰⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 694, n° 710.

¹³⁰⁷ Art. 495 du Code de procédure pénale, modifié par art. 61 de la Loi du 23 mars 2019, en vigueur le 1er sept. 2019. La procédure simplifiée est également applicable, à compter du 1er sept. 2019, aux délits de diffamation (art. 32 de la Loi du 29 juill. 1881) et d'injure (art. 33, al. 2 à 4, de la même loi), sauf lorsque sont applicables les dispositions de l'art. 42 de la Loi du 29 juill. 1881 ou de l'art. 93-3 de la Loi n° 82-652 du 29 juill. 1982.

¹³⁰⁸ Art. 495-1 du Code de procédure pénale. Des peines complémentaires peuvent également être prononcées.

¹³⁰⁹ Art. 495-2 du Code de procédure pénale.

en effet de tout contact avec le justiciable. Il distribue la peine de façon mécanique, renonçant à la rencontre inhérente à la fonction de juger. Justifiée par la nécessité de résorber un contentieux « de masse », l'ordonnance pénale devait à l'origine s'appliquer aux infractions très courantes, les délits routiers et ceux commis en matière de réglementation des transports terrestres. Mais l'étirement constant de cette procédure rapide la rend désormais applicable à une très grande proportion de délits. Finalement, le juge du siège n'est plus le représentant du procès pénal, il travaille dans l'ombre du parquet. Ancien procureur général près la Cour de cassation, Monsieur Jean-Louis Nadal résume ce nouveau positionnement de manière éclairante : « la fonction de juger s'est partiellement déplacée, le magistrat du parquet devenant une partie intégrante du jugement ». Dès lors, « il n'est plus fait appel au juge [du siège] dans sa fonction "jugeante" mais dans sa fonction d'homologation ou de validation »¹³¹⁰. L'inversion des rôles provoque une inversion des règles procédurales : l'audience n'est plus imposée au justiciable, il doit à présent la réclamer. Enfin, de l'absence d'audience à l'absence de juge, le jugement pénal voit son identité bouleversée.

636. L'extension des procédures sans juge – La procédure d'amende forfaitaire correspond à une amende pénale, fixée selon un barème déterminé, sans aucune intervention du juge, ni au regard de l'existence de l'infraction, ni dans l'appréciation de la sanction. Elle poursuit l'objectif « de réserver les débats en matière correctionnelle “aux affaires sérieuses” »¹³¹¹. Cela revient à dire qu'il existe des délits minimes et des délits importants, lesquels ne supposent pas un traitement identique.

637. Créée par une loi n° 72-5 du 3 janvier 1972, elle ne devait s'appliquer qu'aux seules infractions à la circulation routière punies d'une amende contraventionnelle. D'abord étendue aux contraventions en matière de police des services publics de transport terrestre, elle vient peu à peu contaminer la matière délictuelle, et supprime ainsi l'accès au juge pour des infractions de plus grande gravité. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle a en effet créé

¹³¹⁰ *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport d'information n° 17 (2005-2006) de M. F. ZOCCHETTO, fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 12 octobre 2005, pp. 67-69.

¹³¹¹ À ce propos, lire les développements de J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 700, n° 714. L'auteur soutient que l'extension récente de cette procédure provoque une banalisation des infractions délictuelles, alors qu'elle n'est pas motivée par des raisons de fond, mais sous-tendue par des considérations économiques.

un dispositif d'amende forfaitaire en matière délictuelle prévu aux articles 495-17 et suivants du Code de procédure pénale applicable à deux infractions : le délit de conduite d'un véhicule sans permis et le délit de conduite d'un véhicule sans assurance¹³¹². Mais l'amende forfaitaire gagne surtout un formidable terrain d'application avec la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice qui lui soumet de nouveaux délits, sans aucun lien avec les infractions liées à la circulation. Ainsi peut-elle désormais connaître des faits de vente illicite d'alcool¹³¹³, de vente d'alcool à des mineurs¹³¹⁴, de non-respect des règles relatives au chronotachygraphe¹³¹⁵, d'occupation illicite des espaces communs ou des toits d'immeubles collectifs d'habitation¹³¹⁶, ou encore de vente à la sauvette¹³¹⁷. Aussi, la cohérence de la réforme laisse songeur : « On sera également bien incapable de déterminer les critères qui justifient ou excluent la création de ces amendes forfaitaires délictuelles. Comme ces pathologies qui profitent de l'affaiblissement du patient, l'amende forfaitaire délictuelle est une maladie opportuniste du droit pénal contemporain qui frappe un peu au hasard »¹³¹⁸. L'on reste bien circonspect face à cet entremêlement de contentieux très hétérogènes, et la mise en œuvre de l'amende forfaitaire dans le cadre de l'usage illicite de stupéfiants¹³¹⁹ suscite les réactions les plus vives. En effet, une telle infraction fait le plus souvent l'objet non pas d'une sanction pénale, mais d'une mesure alternative aux poursuites (un rappel à la loi ou une orientation vers une structure sanitaire)¹³²⁰, ou bien d'un programme de soin¹³²¹. Le basculement vers la justice « automatique » engendre ainsi une aggravation de la répression de la consommation de stupéfiants, tout en affaiblissant les garanties procédurales. Le délinquant ne peut plus s'expliquer face à l'autorité judiciaire, sauf s'il exerce une réclamation ou requête en exonération. Il n'est donc plus question désormais de se justifier devant un tribunal, mais de justifier de la nécessité d'être jugé par un tribunal. Or, l'usage de stupéfiants ne correspond pas à la simplicité matérielle requise pour mettre en œuvre l'amende forfaitaire, puisque la preuve du caractère

¹³¹² Le dispositif n'est effectif que depuis l'arrêté du 14 oct. 2018 précisant les modalités des contestations dématérialisées des amendes forfaitaires délictuelles prévues à l'art. 495-20 du Code de procédure pénale.

¹³¹³ Art. L. 3352-5 du Code de la santé publique (l'amende forfaitaire est d'un montant de 200 €).

¹³¹⁴ Art. L. 3353-3 du Code de la santé publique (montant : 300 €).

¹³¹⁵ Art. L. 3315-5 du Code des transports (montant : 800 €).

¹³¹⁶ Art. L. 126-3 du Code de la construction et de l'habitation (montant : 200 €).

¹³¹⁷ Art. 446-1 du Code pénal (montant : 300 €).

¹³¹⁸ Y. BISIOU, « Amende forfaitaire délictuelle : l'inégalité devant la loi », *Dalloz actu.*, 17 avril 2018.

¹³¹⁹ Art. L. 3421-1 du Code de la santé publique (montant : 200 €).

¹³²⁰ Art. 41-1, 1° et 2°, du Code de procédure pénale.

¹³²¹ Art. L. 3423-1 du Code de santé publique.

illicite du produit doit être rapportée en tant qu'élément constitutif de l'infraction. En effet, certaines substances sont admises, soit parce qu'elles sont légales, soit parce qu'elles sont tolérées. Il s'agit classiquement des médicaments, auxquels peuvent être rattachés les traitements de substitution, mais encore des stupéfiants eux-même lorsque leur consommation se fait à proximité des salles de « shoot » nommées plus académiquement « salles de consommation à moindre risque »¹³²². L'infraction de vente d'alcool au mineur rencontre la même difficulté, puisqu'aucune peine n'est applicable à l'auteur s'il rapporte la preuve qu'il a été induit en erreur sur l'âge du mineur, sur la qualité ou l'âge de la personne l'accompagnant ou encore sur l'état du malade¹³²³. Le caractère automatique de la sanction ne permet pas de telles justifications, ce qui conduit à s'interroger sur le nouveau rôle des policiers face à la défection des magistrats¹³²⁴. L'extension de cette procédure à de tels délits induit donc une disparité de traitement entre les justiciables, d'autant plus qu'elle ne reprend pas l'échelle des peines établie en matière délictuelle, sans que celle-ci soit elle non plus modifiée. Par conséquent, conduire sans assurance sera plus lourdement sanctionné que vendre de l'alcool à un mineur par le biais de l'amende forfaitaire, alors que ce sera l'inverse devant le tribunal correctionnel¹³²⁵. Suivant l'orientation vers la procédure classique ou simplifiée, le justiciable n'est pas soumis à une justice équivalente.

638. Au-delà de l'inégalité devant la loi générée par une telle procédure, elle introduit surtout une nouvelle identité de jugement en matière pénale. Après le procureur de la République, maître de la procédure aussi bien dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité que dans celui l'ordonnance pénale, le juge du siège est remplacé par l'administration. Ainsi, l'agence nationale de traitement automatisé des infractions, qui assure des « prestations de services en matière de traitement automatisé des infractions »¹³²⁶ devient compétente pour « distribuer » la peine, sans aucune forme de procès. Avec la disparition du juge du procès, la répression pénale n'est donc plus judiciaire, mais administrative : « Un nouveau pas est ainsi franchi vers la déjudiciarisation du traitement des infractions de faible gravité : réglées

¹³²² Circ. JUSD1619903C, 13 juill. 2016 de politique pénale relative à l'ouverture des premières salles de consommation à moindre risque, espace de réduction des risques par usage supervisé, BOMJ n° 2016-07 du 29 juill. 2016.

¹³²³ Art. L. 3353-5 du Code de la santé publique.

¹³²⁴ Sur cette question, V. Y. BISIOU, « Amende forfaitaire délictuelle : l'inégalité devant la loi », *Dalloz actu.*, 17 avril 2018.

¹³²⁵ *Ibidem*.

¹³²⁶ D. n° 2017-1136, 5 juill. 2017, modifiant le décret n° 2011-348 du 29 mars 2011 modifié portant création de l'Agence nationale de traitement automatisé des infractions : *JO* 7 juill. 2017, texte n° 1.

le plus souvent sans audience, par ordonnance pénale ou par une mesure alternative, ces infractions peuvent désormais faire l'objet d'une amende pénale, fixée forfaitairement sans qu'un juge n'intervienne pour vérifier la réalité de l'infraction et la nécessité d'une sanction. L'automatisation de la réponse pénale est en marche, elle permet sans doute un gain de temps par cette gestion des amendes pénales, mais elle se fait au détriment de la justice pénale, qui ne revient qu'en cas de réclamation ou de requête en exonération, hypothèses que l'on sait être rares sinon exceptionnelles »¹³²⁷. Aux confins du procès pénal, la mutation identitaire est totale, puisque la phase de jugement n'existe plus. La défaillance du modèle processuel classique n'est pas sans conséquence sur les droits fondamentaux et interroge sur la stabilité apparente du juge du procès.

B) L'administration de la sanction pénale

639. En 1998, le rapporteur du projet de loi renforçant l'efficacité de la procédure pénale interpellait ouvertement le Sénat sur le bienfondé d'une procédure pénale dirigée par la reconnaissance de la culpabilité : « est-il vraiment choquant qu'une personne poursuivie commence à faire amende honorable avant d'être condamnée en reconnaissant les faits qu'elle a commis et en demandant à les réparer, facilitant ainsi l'action de la justice ? Ne s'agit-il pas d'une voie plus conforme à la dignité humaine et de ce fait, plus éducative et donc plus efficace ? ». Vingt ans plus tard, la première question semble rhétorique, tant la simplification atteint son paroxysme, de la justice négociée à la justice automatisée. En revanche, seul un magistrat du ministère public pourrait encore répondre positivement à la seconde¹³²⁸. Certes, la forfaitisation de la réponse pénale permet un recouvrement « efficace » de sommes d'argent. Mais l'efficacité semble bien moins conciliable avec la pédagogie espérée ou la dignité escomptée de la part d'une sanction en matière pénale. La constitutionnalité et la conventionnalité des procédures simplifiées ont été confirmées au regard du droit

¹³²⁷ J.-B. PERRIER, « Les (r)évolutions de la procédure pénale. À propos de la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice », *D.* 2019, p. 1061.

¹³²⁸ F. MOLINS, « Plaidoyer pour le "plaider coupable" : des vertus d'une peine négociée », *AJ pén.*, 2003 p. 61.

d'accès à un juge¹³²⁹ et à un recours effectif¹³³⁰. Cependant, l'exigence d'individualisation de la peine, comme celle de sa nécessité et de sa proportionnalité, sont malmenées par la suppression du juge au sein du procès.

640. L'inconventionnalité des peines automatiques – La mise en place d'un système de peines d'amende minimales a été déclarée conforme à la Constitution dans le cadre de l'amende forfaitaire contraventionnelle¹³³¹. Le Conseil constitutionnel admet l'instauration d'un tel seuil pour les contraventions les moins graves, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et pour assurer la répression effective des infractions¹³³². Ce raisonnement est pourtant difficilement transposable à la matière délictuelle, dont le contentieux est nécessairement plus grave. C'est pourquoi, le législateur a prévu une dérogation à l'article 495-21 et le tribunal peut, à titre exceptionnel, par décision spécialement motivée au regard des charges et des revenus de la personne, ne pas prononcer d'amende ou prononcer une amende d'un montant inférieur aux montants du forfait. Cette précaution devrait prémunir la procédure d'amende forfaitaire délictuelle de l'inconstitutionnalité. Cependant, l'amende forfaitaire délictuelle est bien plus problématique au regard de la nécessité des peines applicables aux délinquants récidivistes. En effet, le législateur applique à présent cette procédure simplifiée à la récidive, pour une partie des infractions concernées. Par ce biais, il évite aux policiers de recourir au magistrat du ministère public pour connaître le passé pénal du délinquant : avec l'amende forfaitaire, la consultation du casier judiciaire n'est plus utile. Or, compte tenu de la disproportion entre les peines

¹³²⁹ CEDH, *Thomas c/ France*, 29 avril 2008, req. 14279/05. À propos de cette décision, v. « L'article 529-10 du Code de procédure pénale sauvé des eaux conventionnelles ? », *RSC*, 2008, p. 692 et s., note D. ROETS. La décision a été rendue au sujet de l'amende forfaitaire contraventionnelle, à condition que « ces limitations tendent à un but légitime et qu'il existe un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». La bonne administration de la justice et l'encombrement des prétoires dans le domaine de la circulation routière qui concerne l'ensemble de la population sont invoqués en terme de légitimité. Néanmoins, ce dernier argument pourrait être remis en cause dans le cadre de l'amende forfaitaire délictuelle, lorsqu'elle s'applique à des infractions qui ne concernent pas un contentieux de masse (la conduite sans permis ou sans assurance par exemple).

¹³³⁰ Cons. const., décision n° 2010-38 QPC, du 29 septembre 2010, § 7. Au regard du droit à un recours effectif, le Conseil constitutionnel a assorti la décision de conformité d'une réserve d'interprétation notable. Il exige ainsi l'existence d'une voie de recours contre la décision d'irrecevabilité de la requête en exonération du parquet : « le droit à un recours effectif impose que la décision du ministère public déclarant irrecevable la réclamation puisse être contestée devant la juridiction de proximité ». Il ajoute « qu'il en va de même de la décision déclarant irrecevable une requête en exonération lorsque cette décision a pour effet de convertir la somme consignée en paiement de l'amende forfaitaire ». Un tel recours est expressément prévu en matière d'amende forfaitaire correctionnelle (art. 95-21, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale).

¹³³¹ En cas de condamnation, l'article 495-21 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que l'amende prononcée ne peut pas être inférieure au montant soit de l'amende forfaitaire dans le cas d'une requête en exonération, soit au montant de l'amende forfaitaire majorée dans le cas d'une réclamation de l'agent.

¹³³² Cons. const., décision n° 2011-162 QPC, du 16 septembre 2011, cons. n° 5 ; *Dr. Pénal*, 2011, comm. 137, note J.-H. ROBERT ; *Dr. pén.*, 2012, étude 2, n° 6 et 7 ; *Procédures*, 2011, n° 348, obs. J. BUISSON.

encourues devant le tribunal correctionnel et celles qui sont applicables avec l'amende forfaitaire¹³³³, le caractère nécessaire de la sanction est contestable¹³³⁴.

641. Enfin, cette procédure automatique est hautement attente à l'exigence d'individualisation des peines, pourtant reconnue par le Conseil constitutionnel par une décision rendue à l'occasion du contrôle de la conformité à la Constitution de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹³³⁵. Afin de respecter l'exigence d'adaptation de la sanction pénale, le juge doit d'une part prononcer la peine et d'autre part, il doit pouvoir la moduler en fonction des circonstances. Toujours dans le cadre contraventionnel, le Conseil constitutionnel valide la procédure de l'amende forfaitaire en estimant que le juge peut proportionner le montant de l'amende à la gravité de la contravention commise, à la personnalité de son auteur et à ses ressources, puisque le législateur permet au juge de fixer la peine dans les limites de l'amende forfaitaire ou de l'amende forfaitaire majorée et du maximum de l'amende encouru¹³³⁶. Dans le cadre correctionnel, le juge doit prononcer l'amende et peut descendre en dessous des planchers fixés, ou de l'amende majorée, en motivant sa décision¹³³⁷. Néanmoins, l'application de la procédure de l'amende forfaitaire aux délits d'usage illicite de stupéfiant, de vente de boissons alcooliques à des mineurs et en matière de transport en état de récidive légale¹³³⁸ heurte également le principe d'individualisation de la peine¹³³⁹. Ainsi, comment justifier l'adéquation de la sanction à un délinquant récidiviste face à un primo-délinquant lorsque la marge de manœuvre du juge se réduit à une si faible variation entre les montants de l'amende prononcée ?

¹³³³ Pour une même infraction, les peines sont de quelques centaines d'euros tout au plus lorsqu'il s'agit de l'amende forfaitaire, contre une amende qui peut être douze à dix-huit fois plus élevée, et une peine d'emprisonnement, devant le tribunal correctionnel. Par exemple, le délit de conduite sans permis est réprimé de 1 an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (art. L. 221-2 du Code de la route).

¹³³⁴ En pratique, l'amende forfaitaire encourue par un primo-délinquant est plus élevée que celle actuellement infligée par les tribunaux, ce qui questionne véritablement la cohérence des peines prévues en matière correctionnelle (Rapport J.-M. CLEMENT et M. J.-Y. LE BOUILLONNEC, V. n° 2, pp. 202-203). Sur ce point, V. J. BUISSON, « Justice du XXIe siècle : une justice répressive plus efficace ! », *Procédures*, 2017.

¹³³⁵ Cons. constit., 22 juillet 2005, déc. n°2005-520, DC à propos de la loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

¹³³⁶ Cons. const., décision n° 2011-162 QPC, du 16 septembre 2011, préc., cons. n°4.

¹³³⁷ Art. 495-21 du Code de procédure pénale.

¹³³⁸ Art. L. 3353-3 et L. 3421-1 du Code de la santé publique et Code des transports, art. L. 3315-5.

¹³³⁹ Sur cette question, lire l'intervention d'E. BONIS, « La forfaitisation de la réponse pénale : la simplification au mépris des droits fondamentaux ? », dans le cadre du colloque organisé par P. PAOLI, le 23 mars 2018, au sein de l'Université de Corse, sur le thème : « La simplification de la procédure pénale », sous la direction scientifique de Y. CARPENTIER et A. GIUDICELLI.

642. La disparition du schéma processuel classique qui résulte de la simplification du procès pénal provoque ici la minoration des droits fondamentaux. Qu'il s'agisse de l'individualisation des peines, du respect du contradictoire ou des droits de la défense, les disparités entre ces formes différentes de procès sont éloquentes. L'avocat n'est obligatoire que pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le consentement du prévenu peut aussi bien être exprimé devant un juge, dans le cadre du plaider de culpabilité, ou ne jamais être exprimé, hormis de façon implicite par l'exécution de la sanction pénale, pour l'amende forfaitaire et l'ordonnance pénale¹³⁴⁰. Loin d'être anodine, la simplification de la procédure pénale sacrifie ainsi des garanties indissociables à la présence du juge. L'atrophie de la personnalisation des peines en est symptomatique, et matérialise le délitement du lien entre le juge et le justiciable. La déshumanisation du jugement remet ainsi en cause le modèle choisi, en estimant que le rétablissement de l'équilibre social est possible sans le recours au juge : « Il faut aussi agir au moindre coût : le législateur prend la mentalité d'un comptable en recherchant la réduction des formes (qui sont parfois des garanties), en faisant un appel suppliant et impératif à des techniques informatiques, en majorant le rôle du procureur, voire en effaçant les juges ou en en réduisant le nombre.. [...] On peut se demander si, malgré tout, avec des changements de détail aussi nombreux, le visage de notre justice criminelle ne va pas sensiblement évoluer »¹³⁴¹.

643. Le rétrécissement du procès pénal classique – En 2004, un auteur dressait un bilan provisoire de la procédure de jugement : « Peu à peu se dessine un triptyque de la justice pénale contemporaine. L'un des panneaux est celui des grands procès, qu'ils soient d'assises ou autres, qui attirent tous les regards. Ils constituent de véritables cérémonies juridico-médiatiques et entraînent des coûts très lourds en argent et en énergie auxquels consent l'institution judiciaire qui considère qu'elle y joue sa crédibilité, ce qui effectivement se vérifie comme on l'a vu récemment. À l'opposé se développe une justice informelle, rapide et discrète que constituent les multiples mécanismes dits de troisième voie : rappel à la loi, injonction, réparation, médiation... Entre les deux se maintient la justice correctionnelle classique dont on perçoit que le champ d'application, notamment sous sa forme collégiale, est en rétrécissement

¹³⁴⁰ Lire à ce propos S. GALLOIS, « Vers une justice pénale transactionnelle », *Lexbase Pén.*, 22 mars 2018. L'auteur dénonce des procédures simplifiées trop nombreuses et juridiquement peu cohérentes.

¹³⁴¹ J. PRADEL, « Notre procédure pénale à la recherche d'une efficacité à toute vapeur », *JCP G*, n° 15, 15 avril 2019.

continu. Le remplacement, dans le cadre du plaider coupable, de l'audience sur le fond par une audience d'homologation étant bien sûr un pas supplémentaire en ce sens »¹³⁴². L'auteur s'interrogeait alors sur ces mutations en devenir : « Peut-on avancer pour autant que l'on soit en présence d'un changement de modèle dans la justice pénale ou, à tout le moins, de son annonce ? »¹³⁴³. De fait, le juge de l'enquête s'est profondément transformé tandis que le juge du procès se tient à l'aube d'un avenir en pointillés. Malgré une assise confortable au stade du jugement, il dévoile ses premières fragilités avec l'amenuisement des compétences du juge du siège dans le cadre des procédures simplifiées, concurrencé à la fois par le parquet et l'administration.

644. La perception de la justice répressive selon une logique entrepreneuriale risque de l'aveugler et de lui faire perdre de vue son objectif essentiel. Il faut revenir, encore et toujours, aux recommandations de Foucault : surveiller et punir, mais avec dignité et humanité. Selon une telle doctrine, la répression est indissociable de la réhabilitation. Au-delà de son caractère afflictif et infamant, la peine doit permettre à la société de s'améliorer, notamment par la rencontre avec l'institution judiciaire. La suppression du juge provoque la disparition de toute discussion, et retire au procès la solennité attendue. Il s'agit d'un changement radical de perspective dans la philosophie pénale, qui suscite certaines inquiétudes au regard de l'office du juge. Du jugement des infractions à l'enregistrement des décisions, son rôle pourrait être considérablement modifié par le développement des procédures accélérées de jugement. La discipline est au cœur des préoccupations, ces nouvelles procédures étant mises au point « pour quadriller, contrôler, mesurer, dresser les individus, les rendre à la fois "dociles et utiles" »¹³⁴⁴, délaissant simultanément la vertu éducative du procès. Mais comment maintenir un sens à la peine sans aucune explication corrélative ? Comment marquer l'esprit du délinquant sans la symbolique du jugement pénal ? Plus simplement, comment connaître son histoire, son parcours, ses errements, et le guider ainsi hors de la délinquance sans le rencontrer ? L'indiscipline, domaine des contraventions, pouvait tolérer ces petits arrangements avec l'équité du procès. Cependant, le véritable trouble à l'ordre public généré par la matière correctionnelle ne peut en aucun cas accepter

¹³⁴² D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.*, 2004, p. 2517.

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ Extrait d'une conférence enregistrée au Forum des images et diffusée sur *France Culture*, entre P. JOXE, ancien ministre et ancien premier président de la Cour des comptes, avocat à la Cour et F. GROS, philosophe : « Pourquoi il faut relire "Surveiller et punir" de Michel Foucault », 2015.

l'affaiblissement des garanties procédurales inhérentes au jugement pénal. En 1995, le Conseil constitutionnel luttait encore contre la sur-simplification des procédures simplifiées, en refusant que le procédé d'injonction pénale soit mis en œuvre sans l'intervention du juge. Il estimait ainsi que le prononcé et l'exécution de mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle « ne peuvent, s'agissant de la répression des délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement »¹³⁴⁵. Un auteur interroge alors la pertinence de cette jurisprudence au regard de l'amende forfaitaire délictuelle¹³⁴⁶. De fait, comment justifier l'indispensable intervention du juge dans le cadre d'une alternative aux poursuites, face à la dispense dans le cadre d'une poursuite alternative ? Il semble, depuis cette décision que le périmètre de la liberté d'individuelle se soit considérablement restreint, pour devenir uniquement synonyme de privation de liberté.

645. L'intervention du juge du siège, si elle n'est pas encore résiduelle, n'est plus systématique. Pourtant, son recul ne s'accompagne pas d'un renforcement des droits fondamentaux. Au contraire, ces derniers suivent la même courbe descendante dans le cadre des procédures accélérées de jugement. L'on pense notamment ici à la possibilité de placer une personne en détention provisoire pendant le délai de réflexion accordé pour accepter ou refuser la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, ce qui atteint nécessairement les droits de la défense. De même, en matière d'amende forfaitaire, la nécessité de la peine et son adaptation au profil délinquant sont altérées par des sanctions automatisées. L'ère du pragmatisme judiciaire ne s'encombre pas du superflu, ni même, parfois, de l'essentiel. C'est pourquoi, il n'est guère étonnant d'observer la timidité du juge constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2019¹³⁴⁷, qui valide sans trop d'atermoiements les velléités d'accélération et de simplification de la procédure pénale, malgré quelques réserves. Cette relative frilosité conduit un auteur à observer « qu'il a laissé passer ici un grand nombre de "chameaux", se contentant de filtrer quelques "moustiques" »¹³⁴⁸. Tout au plus, le Conseil émet-il une réserve

¹³⁴⁵ Cons. const., décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, cons. n° 6, D., 1997, 130, obs. T.-S. RENOUX.

¹³⁴⁶ J.-B. PERRIER, « Poursuites alternatives et alternatives aux poursuites : la voie de la simplification de la procédure pénale ? », dans le cadre du colloque organisé par P. PAOLI, le 23 mars 2018, au sein de l'Université de Corse, sur le thème : « La simplification de la procédure pénale », sous la direction scientifique de Y. CARPENTIER et A. GIUDICELLI, *op. cit.*

¹³⁴⁷ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC : Juris-Data n° 2019-004275.

¹³⁴⁸ A. BOTTON, « Contrôle de la loi de programmation Justice : le Conseil constitutionnel entre "moustiques et chameaux" de procédure pénale », *JCP G*, n° 14, 8 avril 2019. L'auteur reprend ici la formule de J. RIVERO, à propos de la décision

d'interprétation à l'égard de l'application de l'amende forfaitaire à des délits punis de plus de trois ans d'emprisonnement¹³⁴⁹, au regard de l'égalité devant la justice. Par ailleurs, il admet l'augmentation de un à trois ans de la peine d'emprisonnement susceptible d'être proposée dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹³⁵⁰, alors même que le juge du siège ne fait que superviser le plaider de culpabilité. L'analyse attentive de la décision révèle une constitutionnalité douteuse, voire boiteuse, des procédures simplifiées : « les ayant pris pour des moustiques, le Conseil a peut-être laissé passer quelques chameaux qui, devenus grands, bouleverseront à jamais l'équilibre de notre procédure pénale »¹³⁵¹. Dès lors, il est assez paradoxal de constater l'affirmation constitutionnelle du principe de publicité des audiences devant toutes les juridictions¹³⁵², à l'heure où s'étendent les possibilités de juger sans audience, et parfois sans juge¹³⁵³.

Conclusion de la section 2

646. La justice « urgentiste » ne doit pas se faire au détriment des justiciables, ce que semblent oublier les réformes progressistes¹³⁵⁴. La modernisation du procès pénal porte le germe d'une mutation identitaire majeure : « Finalement, comme pour mieux suivre les théories d'Henri Motulsky, l'action en justice se résume bien, non pas à obtenir la Justice – car la Justice sans juge n'existe pas –, mais bien à obtenir une décision de justice ; la nuance est d'importance, alors que le théoricien du droit concluait par "l'action en justice est un droit subjectif, dont le sujet passif est le juge". Qu'est-ce que la digitalisation universelle de la Justice si ce n'est la passivité du juge ? Une passivité

relative à la future loi Sécurité-Liberté (« Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ». À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 : *AJDA* 1981, p. 275).

¹³⁴⁹ Cons. const., n° 2019- 778 DC, § 252.

¹³⁵⁰ *Ibidem*, § 274 à 276.

¹³⁵¹ A. BOTTON, « Contrôle de la loi de programmation Justice : le Conseil constitutionnel entre "moustiques et chameaux" de procédure pénale », *op. cit.*

¹³⁵² Cons. const., n° 2019-778 DC, § 102. La décision du 21 mars 2019 reconnaît « le principe de publicité des audiences devant les juridictions civiles et administratives [auquel] il est loisible au législateur d'apporter des limitations liées à des exigences constitutionnelles, justifiées par l'intérêt général ou tenant à la nature de l'instance ou aux spécificités de la procédure, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». Cette affirmation correspond à la position de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui pose, en son article 6, le principe de la publicité des audiences, sans distinguer la matière pénale de la matière civile.

¹³⁵³ J.-P. DEROSIER, « Justice cherche équilibre constitutionnel », *LPA* 15 juill. 2019, n° 140, p. 3.

¹³⁵⁴ V. sur ce point E. VERGES, « Loi de programmation 2018 - Réforme de la procédure pénale : une loi fleuve, pour une justice au gré des courants », *Dr. pén.* n° 5, mai 2019, étude 12 : « Jugement et voies de recours : toujours plus vite, toujours plus simple ».

qui peut même confiner à son absence revendiquée »¹³⁵⁵. Le juge du siège, dans la phase processuelle, est source de garanties primordiales pour le justiciable. Il offre à celui qu'il juge l'assurance d'un modèle identitaire confirmé, respectant les lignes du procès équitable. Il convient donc d'œuvrer à la préservation d'un système judiciaire encore vaillant, en repoussant les tentatives de simplification outrancières.

647. La phase sentencielle est relativement stable au regard de l'identité de ses acteurs, malgré les prémices d'une transformation latente. Le juge de jugement traditionnel se maintient – fébrile – mais résistant encore globalement à un changement d'identité, en dépit de défaillances ponctuelles. Le juge de l'application des peines a mué en sens inverse, bénéficiant d'un pouvoir décuplé. Néanmoins, cette identité judiciaire affirmée doit admettre, dans la mise en œuvre de la sanction pénale, non seulement une paralysie interne de ses pouvoirs, mais plus encore, leur contournement par des acteurs extérieurs.

¹³⁵⁵ F. GIRARD DE BARROS, « Les grands axes de réforme de la Justice : digitale, professionnelle, "sans peine", le triomphe du positivisme », *Lexbase Pén.*, 15 mars 2018.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

648. Affaibli, le juge du procès fait l'objet de vives algarades. Le modèle se maintient, parce qu'il est globalement pourvu des qualités attendues. Les germes d'une évolution sont cependant perceptibles, en ce que les modifications ne se limitent plus aujourd'hui à l'adaptation. Jusqu'à présent, toute l'ingéniosité de ce juge du siège reposait sur sa propension au renouvellement. Tout en conservant des fondements conformes au modèle européen, il avait la présence d'esprit de s'en détacher en périphérie. Il acceptait tantôt de renoncer à la collégialité, tantôt de déroger à la publicité, ou encore, d'amoindrir son professionnalisme. Toutefois, les déformations restaient subsidiaires.

649. L'indépendance et l'impartialité ne sauraient quant à elles jamais être anémiées, sans endommager en profondeur l'identité du juge pénal. Le juge du procès doit en faire le douloureux constat, puisqu'il est victime d'un double affaiblissement, prenant racine à l'intérieur comme à l'extérieur de la phase de jugement. Un tel affaiblissement, qui affecte directement sa personnalité, est la résultante des concessions accordées à ces qualités. Impérieuses et inaltérables, ces exigences ne peuvent souffrir aucune dérogation, sauf à altérer l'essence identitaire du modèle choisi.

650. D'une part, le juge des enfants s'est toujours illustré par son originalité. Parce qu'il répondait au principe de continuité personnelle, il suivait l'enfant tout au long de son parcours judiciaire. Transversale, son intervention allait du civil au pénal et de l'enquête à la sanction. Mais le délicat cumul de fonctions entre l'instruction et le jugement, comme la possibilité de siéger au sein du tribunal pour enfants qu'il avait lui-même saisi, ont provoqué sa destitution. L'humanisme souhaité par la justice des mineurs ne pouvait légitimer à lui seul un tel défaut d'impartialité, lequel rejoignait les critiques adressées en amont au juge d'instruction. La refonte de la justice pénale des mineurs a mis fin à la singularité, rejetant le cumul des fonctions, source de partialité.

651. Toutefois, elle n'a pas véritablement restauré l'identité du juge pénal, déplaçant insidieusement le lieu de la partialité. Le durcissement de la politique criminelle à l'égard de l'enfant provoque bien la mutation identitaire de son juge. À ce titre, l'impartialité retrouvée par ce juge du siège singulier l'exclut simultanément du suivi de l'enfant, dont le devenir judiciaire est progressivement confié au magistrat du parquet. Elle se double par ailleurs d'un amenuisement significatif de ses attributions, la stratégie de déconstruction du droit des mineurs ayant vocation à privilégier la répression à l'éducation. Exclu de l'enquête avec la mesure de mise à l'épreuve éducative, il l'est parfois du jugement, qu'il s'agisse des mesures alternatives aux poursuites, du sort des primo-délinquants ou des récidivistes, et alors même que l'appréciation du discernement ne lui est plus confiée que de manière partielle. Finalement, ce juge du siège dont l'identité ne devait admettre le moindre défaut d'impartialité doit laisser la place au ministère public, lequel n'est ni indépendant ni impartial.

652. Paradoxalement, l'affaiblissement interne provoqué par l'absence d'impartialité du juge des enfants n'a pas été étouffé lorsqu'il a rejoint une identité conforme aux attentes européennes. Un affaiblissement externe l'a remplacé, dans un mouvement plus général consistant à destituer le juge du siège au profit du procureur de la République. Le jugement pénal n'échappe pas à un tel glissement, qui heurte pourtant frontalement l'essence identitaire de son juge. Ainsi, l'arrivée d'une justice négociée remet en cause en profondeur les qualités inhérentes à la fonction de juger. Le développement fulgurant de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité signe un recul manifeste du juge du procès, qui se contente ici d'un rôle ponctuel, comme le juge des libertés et de la détention. Plus encore, l'acceptation d'une justice automatisée préjudicie durablement l'équité du procès pénal. L'extension des procédures sans audience, telle l'ordonnance pénale, va encore plus loin lorsqu'elle s'épanouit sans juge, avec l'amende forfaitaire, qui confie son rôle à l'administration.

CONCLUSION DU TITRE 1

653. Le juge du procès possède de bons repères, sur le plan identitaire. Sa diversité, eu égard aux formes et aux modalités de jugement, témoigne de mutations profitables à son maintien, en ce qu'elles répondent aux nécessités de la justice pénale, sans porter atteinte au procès équitable. Son profil demeure parfaitement reconnaissable, car il arbore les qualités principales du juge pénal : l'indépendance, l'impartialité, la collégialité, la publicité, le professionnalisme ou l'autorité de la chose jugée peuvent aisément lui être alloués.

654. Pour autant, son identité commence à se fragiliser. Sans rejoindre l'indicible chaos qui caractérise la phase précédente, le procès pénal n'est pas exempt de toute critique. À l'inverse du choix qui doit être fait quant à la reconfiguration de l'enquête pénale, le juge du procès doit rejeter une mutation trop importante. Alors que ni le juge d'instruction ni le juge des libertés et de la détention ne parviennent à démontrer qui ils sont, tant la logique des investigations entre en contradiction avec celle d'une juridiction, le juge du procès doit quant à lui repousser ce qu'il n'est pas. En cela, il entre en guerre avec les mêmes ennemis, mais ses armes sont incomparables.

655. L'enracinement du juge du siège dans la phase du jugement paraît évident, de sorte que les transformations qu'il subit ne sont pas si faciles à déceler. Pourtant, ses qualités secondaires sont altérées : la collégialité se trouve marginalisée, le jury populaire est mis de côté, la publicité est écartée. Plus grave encore, ses qualités primitives sont parfois sacrifiées. L'indépendance et l'impartialité inhérentes au juge pénal sont oubliées, chaque fois que le ministère public emprunte son identité. Or, de telles éventualités se sont largement concrétisées, générant un amoindrissement significatif des garanties fondamentales.

656. Dévoyée, l'identité du juge du procès souffre d'attaques ciblées. Il parvient encore à se protéger, à l'aune de qualités solidement inscrites dans la phase de jugement, lesquelles lui permettent de s'adapter aux changements, sans trop se

déformer. Il se trouve cependant assiégé, de sorte qu'il doit lutter pour repousser un jugement pénal dépourvu d'indépendance et d'impartialité. Au stade du procès, l'apparente stabilité laisse place à un affaiblissement avéré, par l'intrusion non seulement du parquet mais encore de l'administration dans l'acte de juger. Au dernier stade de la procédure pénale, le juge du siège a quant à lui longtemps cherché son identité. À peine retrouvée, elle se trouve déjà neutralisée.

TITRE 2 – LE JUGE DE L’APPLICATION DES PEINES, JUGE NEUTRALISÉ

« *Mobile in mobili* »¹³⁵⁶.

657. La mobilité de la peine – faite, défaite, puis refaite –, au gré des étapes de la procédure pénale, entraîne celle de son juge. Marathonien plus que sprinteur, le juge pénal parviendra-t-il à nous délivrer son message, tel Phidippidès¹³⁵⁷, avant de rendre grâce ? Loin d’Athènes, mais proche de l’épuisement, le juge répressif aimerait annoncer la victoire des siens après avoir tant couru, à la recherche de son identité.

658. Un profil idéal – Il faut bien l’avouer, le juge de l’application des peines présente pour cela le profil idéal. Doté des qualités fondamentales du procès équitable, il a été pourvu, comme nul autre juge du siège, d’un puissant office. Autrefois isolé, et plus proche d’un administrateur judiciaire que d’un juge pénal en tant que tel, il est devenu une vraie juridiction, à la faveur des principes d’individualisation et d’adaptation de la peine portés par la cour de Strasbourg. Son émancipation du joug de la probation reste relativement récente, puisqu’elle date des années deux mille. Depuis, les nouveaux pouvoirs octroyés à ce juge du siège resplendent.

659. Du haut de son piédestal, il se gausse d’être l’élu. A contre-courant de la déperdition de pouvoir qui émaille l’identité du juge du siège tout au long de la procédure pénale, le juge de l’application des peines se targue d’une palette de prérogatives enviable de tous. Il s’affiche comme le maître de la sanction, celui qui

¹³⁵⁶ Adage latin qui signifie « Mobile dans l’élément mobile ». Une transcription inexacte figure dans l’œuvre originelle de Jules VERNE, *Vingt mille lieues sous les mers*, l’édition de 1971 rapportant l’inscription du *Nautilus* selon la formule « *Mobilis in Mobile* ». Elle fut néanmoins corrigée par l’auteur dans les éditions ultérieures.

¹³⁵⁷ Le premier marathon de l’histoire, 490 ans avant Jésus-Christ, a donné son nom et sa distance à la course de fond aujourd’hui pratiquée partout dans le monde. En pleine guerre Médique, un messager grec prénommé Phidippidès aurait parcouru quarante kilomètres entre la ville de Marathon et celle d’Athènes, pour annoncer la victoire des Grecs sur les Perses aux citoyens athéniens, avant de mourir, terrassé par l’effort. La distance actuelle, de 42.195 kilomètres, remonte aux Jeux Olympiques londoniens de 1908, à l’occasion desquels la famille royale a souhaité que la course se termine à ses pieds, depuis le château royal de Windsor jusqu’au stade de White City. Elle est toutefois devenue officielle en 1921, après de nombreux débats.

peut modifier à l'envi ce qui a été décidé avant lui. De la peine encourue, à la peine prononcée et jusqu'à la peine exécutée, des juges pénaux se succèdent dans la détermination de la sanction. L'écart est souvent très grand entre chaque étape, seul le résultat de ce long cheminement ayant un sens pour le justiciable. Or, tout au bout de la chaîne pénale, le juge de l'application des peines n'est pas un simple exécutant de la décision judiciaire, mais le décisionnaire central de ses modalités. Il serait en définitive tout puissant, donnant pleine vocation à la procédure pénale.

660. Un profil idéalisé – C'est oublier, peut-être, qu'il n'a pas le plein exercice de ses pouvoirs. C'est éluder, sans doute, qu'il n'a pas l'apanage de la sanction pénale. De fait, outre les contingences pratiques de l'activité judiciaire, qui restreignent considérablement les possibilités offertes par le législateur, le juge de l'application des peines doit encore composer avec l'administration pénitentiaire, laquelle instrumentalise son identité répressive. Par ailleurs, le juge de l'application des peines n'est pas le seul commanditaire de la peine. Le parquet, encore et toujours, contourne sans retenue l'exécution confiée au juge du siège. Mais le juge de l'application des peines n'est pas seulement l'adversaire d'un autre magistrat, la peine intéressant en haut lieu des instances extra-judiciaires. En effet, la faculté pour les autorités publiques et administratives indépendantes de prononcer des peines d'amende est loin d'être résiduelle. Investies d'un véritable pouvoir de sanction pénale par le législateur, ces dernières n'hésitent pas à en faire bon usage. Confortées par le Conseil constitutionnel, de telles instances prononcent des amendes colossales, qui remettent ainsi en cause l'identité du juge de la sanction.

661. Depuis les peines « neutralisantes »¹³⁵⁸, progressivement marginalisées par le changement de paradigme – de l'exclusion à la réinsertion –, le système aboutit à un juge neutralisé, qui n'est que l'instrument d'une gestion de la sanction plus administrative que répressive. Finalement, le pouvoir du juge de l'application des peines, amoindri par un dispositif technique sclérosant, souffre d'une paralysie (Chapitre 1). L'identité pénale de ce juge du siège est également bouleversée par le

¹³⁵⁸ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 495, p. 619 : « Il n'est plus question de se méfier du juge, mais au contraire de s'en servir, pour en faire l'instrument d'une pénologie renouvelée, où le condamné ne subit plus la peine comme une exclusion, mais comme un moyen de relèvement. Certes, il est toujours des peines neutralisantes, mais elles ne reflètent pas la tendance générale d'un système différemment orienté, et si elles existent encore, c'est plus par défaut, devant l'impossibilité de réagir autrement, que par détermination, c'est-à-dire au titre d'une politique délibérée en ce sens ».

ministère public et l'administration étatique, dont l'ingérence dans le processus punitif conduit au contournement (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE JUGE PARALYSÉ

662. S'emparer de l'identité du juge de l'application des peines nécessite, d'abord, de saisir une part de son histoire. Car ce juge du siège n'est pas bien né, dans un courant porté par la justice d'après-guerre, qui le limite pendant de nombreuses années à la probation. La maîtrise de la sanction pénale lui a en effet longtemps échappé, pour échoir au tribunal de l'application des peines, juridiction collégiale pourvue des garanties du procès équitable.

663. L'orfèvre de la peine – Mais l'influence grandissante des droits de l'Homme dans les législations nationales va insuffler à ce juge du siège les attributs nécessaires à son autonomie. La soustraction des condamnés aux droits fondamentaux étant apparue inconcevable au regard du développement de la jurisprudence européenne, le législateur a enfin rétabli le juge de l'application des peines dans un statut d'autorité judiciaire avec les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004. Le débat contradictoire et l'ensemble des droits attachés à la défense ont ainsi été associés au juge de l'application des peines dès le début du siècle. Fort de cette mutation identitaire, il ne se contente pas d'exercer des pouvoirs sommaires. Bien au contraire, il mesure l'ampleur des prérogatives qui lui sont confiées et devient peu à peu un véritable orfèvre de la peine.

664. À ce titre, il convient dans un second temps d'apprécier l'autre facette qui forme son identité pénale. Le juge de l'application des peines se trouve être un humaniste, dont le rôle n'est pas d'éteindre au chalumeau les affres de la délinquance, par pur automatisme répressif. Éloigné d'une conception mécanique de la sanction, il bénéficie par rapport à ses pairs – juges de l'enquête ou du procès –, d'un complément identitaire non négligeable. Outre les qualités classiques du juge du siège, le stade la peine est ainsi enrichi par deux grands principes : celui de l'adaptation et celui de l'individualisation de la sanction. En conséquence, il incombe au juge de l'application des peines de revêtir le costume d'un psychologue judiciaire afin de choisir la peine la plus appropriée à chaque justiciable. Aiguillée et affinée au plus près des besoins

individuels, la décision relative à l'administration de la peine relève presque d'une œuvre d'art. Or, ce phénoménal gain identitaire marque de son sceau caractéristique chaque action du juge de l'application des peines, transcendées par l'objectif de réinsertion. Il est reconnu, par tous, comme le « Monsieur Jourdain de la désistance »¹³⁵⁹.

665. Des pouvoirs captifs – Cependant, et en contrepoint, se dressent de puissants obstacles, qui font passer le juge de l'application des peines pour un baladin des temps modernes. Certes, l'autorité judiciaire dispose ici d'un remarquable panel de sanctions ; certes, il lui est promis un accompagnement personnalisé de chaque condamné dans l'exécution de la décision judiciaire. Le juge de l'application des peines n'est en cela pas simplement incité à moduler la sanction, mais obligé. Il s'agit bel et bien d'une prescription législative depuis la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, qui fait de l'aménagement de peine une composante obligatoire de son office. Mais, tant le pragmatisme judiciaire que le contexte social relativisent de bien des façons un enthousiasme immodéré. La réalité du contentieux de l'application des peines est effectivement tout autre que celle affichée par le Code de procédure pénale. La grande pauvreté des moyens alloués au juge de l'application des peines réduit ses choix à néant, ou presque. Qu'il s'agisse du déficit de structures, ou du temps dérisoire qui peut réellement être accordé à chaque justiciable, le juge de l'application des peines ne fait qu'effleurer les missions qui sont les siennes, faute de pouvoir les exercer. Il s'agit donc d'un pouvoir grandiloquent plus que grandiose, car confiné au virtuel.

666. En définitive, aucune parade n'est possible pour lui permettre de tirer son épingle du jeu. La bataille qui se joue au stade de la peine rend ses pouvoirs captifs, infligeant bien souvent le *mat*¹³⁶⁰ à un juge de l'application des peines paralysé.

667. Hémiplégique, le juge de l'application des peines ne profite pas véritablement de la mobilité promise par un législateur ambitieux. Il a certes le bras long, en ce qu'il bénéficie de pouvoirs exorbitants à l'égard de la sanction pénale, dont l'exécution est

¹³⁵⁹ M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2013, p. 9. L'auteur explique en effet que les juges de l'application des peines maîtrisent bien le processus de réinsertion (ou désistance) alors même qu'ils n'y sont pas formés.

¹³⁶⁰ Au jeu d'échecs, lorsque le roi est menacé d'être capturé sans aucune échappatoire possible, le coup met un terme à la partie.

susceptible de modalités infinies (Section 1). Malheureusement, ses jambes sont souvent à l'arrêt, en raison des blocages infligés à sa capacité d'action sur le terrain judiciaire (Section 2).

Section 1 : Un pouvoir exorbitant

668. La plénitude de pouvoir de ce juge du siège relève principalement d'une transformation opérée il y a vingt ans. Issu de la génération Z, le juge de l'application des peines fait partie des *centennials*¹³⁶¹, nés à la charnière d'un siècle en pleine mutation technologique. Décrite comme « multi-identitaire », elle est considérée comme la génération silencieuse, partagée entre le désinvestissement et l'engagement¹³⁶². Mais le juge en charge de la sanction pénale, fort de sa renaissance en tant que juridiction (Paragraphe I), a rapidement choisi de cultiver la voie de la réinsertion (Paragraphe II).

Paragraphe I – Une nature juridictionnelle

669. Récente, la juridictionnalisation des peines s'est faite à la faveur de deux grandes lois, celle n° 2001-516 du 15 juin 2000, puis celle n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui ont transposé les règles du procès équitable au contentieux de l'application des peines. La souveraineté du juge de l'application des peines ne cesse depuis d'être renforcée. Il n'en demeure pas moins qu'il conserve dans son office des mesures d'administration judiciaire, peu compatibles avec un tel processus. Le juge de l'application des peines semble condamné à rester un hybride, alors même que le renforcement de ses prérogatives est constant. Finalement, l'équité fait partie intégrante de son identité (A) malgré la persistance de traits autoritaires (B).

¹³⁶¹ La génération Z est encore appelée nouvelle génération silencieuse ou génération C (pour Communication, Collaboration, Connexion et Créativité). Après les *baby-boomers* et les générations X et Y, les personnes nées à partir de l'an 2000 succèdent aux *millennials*, qui ont amorcé le tournant d'une société entièrement connectée. Les *centennials* constituent la première génération à avoir grandi avec la technologie et éprouvent la plus grande difficulté à vivre sans.

¹³⁶² À ce propos, lire les développements de M.-E. DELECLUSE, E. GENTINA, *Génération Z. Des Z consommateurs aux Z collaborateurs*, Dunod, 2018.

A) Des gages d'équité

« *Le juge de l'application des peines apparaît désormais pourvu de bien des vertus tandis que son collègue de l'instruction ne cesse d'avancer vers une mort lente que d'aucuns donnent déjà comme certaine* »¹³⁶³.

670. Une riche identité – Vertueuse, l'identité du juge de l'application des peines est, loin s'en faut, l'exacte opposée de celle du juge de l'enquête. Il a suivi l'évolution inverse, en gagnant une riche personnalité, sur le plan de l'équité procédurale, tandis que son confrère instructeur en déplore la perte.

671. Autrefois entièrement aux mains de l'administration pénitentiaire, l'exécution des peines a progressivement connu une judiciarisation¹³⁶⁴, puis une juridictionnalisation. La mutation fondamentale du juge de l'application des peines consiste donc en l'intégration des règles du procès équitable, qui l'ont transformé en une authentique autorité judiciaire. Jusqu'alors, il s'agissait d'un juge unique, peu conforme aux principes judiciaires¹³⁶⁵, et pourtant capable de remettre en cause les décisions d'une juridiction collégiale. Des diatribes se sont légitimement élevées contre lui pendant près d'un demi-siècle : le droit au juge impliquant à la fois l'intervention du juge dans la décision judiciaire, et l'existence de voies de recours¹³⁶⁶. Certes, dans le cadre de l'application de la peine, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne reconnaît pas explicitement ce droit au juge, l'article 5 paragraphe 4 ne donnant aucune précision relative à ce stade procédural¹³⁶⁷. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a déduit une telle exigence¹³⁶⁸, dont la France a su tirer parti. Juge semi-administratif pendant un demi-siècle, le juge de l'application des

¹³⁶³ B. LAVIELLE, « Le juge de l'application des peines est-il toujours un chiroptère ? », *Gaz. Pal.*, 9 sept. 2000, n° 253, p. 31.

¹³⁶⁴ Avec pour premier pas, le rattachement des établissements pénitentiaires au ministère de la Justice et non plus à celui de l'Intérieur, par le décret du 13 mars 1911 rattachant au Ministère de la Justice l'Administration pénitentiaire et les services qui en dépendent (sur ce changement de perspective, V. MAGNOL, « Le rattachement des services pénitentiaires au ministère de la Justice », *RPDP* 1911, 513 ; et, la thèse du même auteur : *De l'administration pénitentiaire dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et de son rattachement au ministère de la Justice*, thèse, Toulouse, 1900).

¹³⁶⁵ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., 2009, Economica, n° 1040, pp. 970-971.

¹³⁶⁶ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 347 et s., n° 406 ; M. HERZOG-EVANS, « Le juge de l'application des peines », *juridiction de premier degré*, *RSC* 1999, p. 290.

¹³⁶⁷ L'article 5 paragraphe 4 prévoit simplement que : « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire 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 », sans mentionner le stade de l'exécution des peines (V. L. DE GRAËVE, *Juridictions de l'application des peines*, *Répertoire de procédure pénale*, Dalloz 2017, n° 28, p. 12).

¹³⁶⁸ CEDH 2 mars 1987, *Weeks c/ Royaume-Uni*, req. n° 9787/82, série A, n° 114 ; CEDH 16 déc. 1999, *T. et V., c/ Royaume-Uni*, req. nos 24888/94 et 24724/94, *JCP* 2000, I, 203, n° 16, obs. F. SUDRE ; *LPA* 28 janv. 2000, chron. BULIER.

peines est à ce jour l'autorité judiciaire aux pouvoirs les plus puissants : « Le juge est ici le maître de la peine, avec un large pouvoir, au titre d'une politique qui se veut la plus souple et la plus ouverte possible, afin de lui donner tous les moyens d'une répression utile et efficiente »¹³⁶⁹.

672. Une naissance administrative – L'existence même d'un juge, en toute fin de procédure pénale, n'était en soi pas évidente, puisque la création du juge de l'application des peines, en 1958¹³⁷⁰, le limite d'abord à un rôle de direction des services de probation, qui revient pour ainsi dire, à cette époque, à organiser l'intervention des associations en matière pénitentiaire. Il faudra en effet attendre 1972¹³⁷¹ pour qu'il soit généralisé dans chaque tribunal de grande instance, ce qui ne laisse pas indifférent quant à la perception de la matière. Le juge est optionnel en ces lieux, largement dominés par l'administration, qui agit les mains libres. L'idée, en bout de chaîne, est celle d'un traitement mécanique de la sanction, dont les rouages sont extraits du procès pénal, dès lors que l'individu a bénéficié des garanties juridictionnelles essentielles au stade du prononcé de la peine. Une fois condamné, le justiciable doit alors composer avec une logique administrative, et non plus judiciaire, alors même que la restriction ou la privation de liberté devient pleinement effective. Paradoxalement, et jusqu'au milieu des années 1970, c'est au moment où il a le plus besoin du juge que le justiciable en est privé. L'évolution ultérieure va, il est vrai, opérer un renversement radical de cette organisation en confiant au juge du siège la direction de l'exécution des peines, notamment par l'octroi du statut de juridiction de premier degré. Il n'en demeure pas moins, pendant longtemps, un étranger, qu'il convient de tenir à distance raisonnable du pouvoir, toujours en la possession de l'administration pénitentiaire.

673. Les mesures d'administration judiciaire – À ce titre, l'ancien article 733-1 du Code de procédure pénale, tel qu'il relevait de la loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté¹³⁷², avait précisément pour but de fermer les voies de

¹³⁶⁹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 535, p. 669.

¹³⁷⁰ Ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 modifiant et complétant le Code de procédure pénale. J.-D. BREDIN, « Deux institutions nouvelles du code de procédure pénale (Livre V) : le juge de l'application des peines et le sursis avec mise à l'épreuve », *JCP G.* 1959, I, n° 1517.

¹³⁷¹ Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution.

¹³⁷² Loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978, parue au *JO* du 23 novembre 1978.

recours aux mesures individualisées par le juge de l'application des peines, alors qualifiées de mesures d'administration judiciaire. Les travaux parlementaires sont particulièrement instructifs à cet égard, en ce qu'ils démontrent la volonté, par l'emploi précis de cette expression, d'écarter la qualification judiciaire, au profit d'une mesure administrative : « La notion de "mesure d'administration judiciaire", en effet, ne correspond à aucune catégorie juridique précise. Il apparaît, dans ces conditions, inutile de donner une dénomination particulière aux décisions du juge de l'application des peines, qu'une jurisprudence du Conseil d'État — qui remonte à plusieurs années — n'a d'ailleurs pas hésité à considérer comme des décisions administratives (arrêt du Conseil d'État du 5 février 1971 : *Garde des Sceaux contre dame veuve Picard*). Pour ménager l'évolution de l'institution du juge de l'application des peines vers une plus grande "judiciarisation", votre commission a considéré qu'il convenait de ne pas qualifier dans la loi les décisions prises par le juge de l'application des peines »¹³⁷³. Cette discrète remise en cause du cloisonnement du juge de l'application des peines généré par les mesures d'administration judiciaire, lors des travaux parlementaires, n'emportera pas la conviction des rédacteurs de la loi. En effet, les partisans de cette distinction ne seront guère émus de telles préconisations, et l'article 733-1 du Code de procédure pénale débutera fièrement, jusqu'au 1^{er} janvier 2005, par cette affirmation : « Les décisions prises par le juge de l'application des peines sont des mesures d'administration judiciaire »¹³⁷⁴. Ces décisions étaient donc prises sans débat contradictoire, sans motivation, et sans voie de recours, hormis pour le procureur de la République. Pendant longtemps, le juge de l'application des peines n'est pas seulement étranger aux instances qu'il côtoie au sein de l'exécution des peines, il l'est également au regard des autres magistrats, en ce qu'il est dépourvu des attributs inhérents à l'autorité judiciaire. En cela, la mutation à laquelle il est soumis ne transforme pas vraiment son identité, tant il est juste d'affirmer qu'elle la rétablit.

674. D'abord, les lois n° 86-1021 du 9 septembre 1986 relative à l'exécution des peines et n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative

¹³⁷³ Rapport n° 30, de M. J.-M. GIRAULT sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté, déposé le 13 octobre 1978, pp. 23-24 (à propos de la nécessité de qualifier les décisions prises par le juge de l'application des peines).

¹³⁷⁴ Abrogé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale¹³⁷⁵ ont eu le mérite d'introduire un recours en légalité et en opportunité devant le tribunal correctionnel¹³⁷⁶. Ces amorces d'équité restent cependant très insuffisantes au regard des droits des condamnés. D'abord, l'appel suspensif du procureur de la République, exercé dans les vingt-quatre heures suivant la notification, pour les décisions favorables au condamné, désavantageait considérablement le condamné, ce dernier étant écarté de toute voie de recours. Le tribunal correctionnel, dont le juge de l'application des peines était exclu, avait donc huit jours pour statuer, en mettant simplement en œuvre un semblant de contradictoire. Entendus uniquement s'ils en avaient fait la demande, le condamné et la partie civile ne pouvaient pas véritablement exercer leur droit de se défendre, d'autant plus que les juges du fond, réunis en chambre du conseil, avaient l'opportunité de procéder aux seules auditions jugées utiles¹³⁷⁷. À côté de cette large faculté d'appel ouverte au procureur de la République, en cas de violation de la loi pour une majorité des mesures¹³⁷⁸, mais parfois également en opportunité¹³⁷⁹, le condamné disposait uniquement du pourvoi en cassation¹³⁸⁰. Cette inégalité notoire avait donc pour effet de rendre le condamné dépendant du ministère public, ce dernier ayant peu d'intérêt justement à l'introduction d'un recours en cas de décision défavorable.

675. Les prémices du procès équitable – Mais les prémices de la juridictionnalisation de l'application des peines se sont faites jour implicitement, par la mise en place de sanctions donnant lieu aux règles du procès équitable. Ainsi le principe du contradictoire, l'obligation de motivation et l'existence d'une voie de recours ont partiellement introduit l'équité au stade de la peine. Le condamné intéresse enfin la justice, le but n'étant plus son maintien en dehors du monde social, mais sa réintégration parmi ses semblables, une fois la peine accomplie. D'aucuns plaidaient

¹³⁷⁵ Loi n° 86-1021 du 9 septembre 1986 relative à l'application des peines (*JO* du 10 sep. 1986) et n° 94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale (*JO* n°27 du 2 février 1994).

¹³⁷⁶ Un recours en légalité était uniquement possible, avant ces réformes, devant la chambre d'accusation.

¹³⁷⁷ Art. 733-1 du Code de procédure pénale ancien (abrogé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004).

¹³⁷⁸ Il s'agit notamment des réductions de peine ordinaires ou supplémentaires, des autorisations de sortie sous escorte, des réductions du temps d'épreuve nécessaire à l'octroi de la libération conditionnelle, de la révocation de la libération conditionnelle pour les peines dont la durée n'excède pas trois ans.

¹³⁷⁹ En effet, le recours n'était pas limité à la violation de la loi pour les décisions du juge de l'application des peines relatives à la suspension et au fractionnement de peine, au placement à l'extérieur et à la semi-liberté, à la permission de sortie, à l'octroi de la libération conditionnelle.

¹³⁸⁰ Cependant, la chambre d'accusation demeure longtemps la seule à contrôler les décisions du juge de l'application des peines, puisque longtemps réticente, la Cour de cassation accepte progressivement d'examiner les pourvois pour violation de la loi du procureur de la République (Cass. crim. 30 avr. 1980, n° 79-94.077, *Bull. crim.* n° 127 ; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 670, note P. L.G., puis ceux du condamné (Cass. crim. 28 févr. 1984, n° 83-93.859, MANTEROLA, *Bull. crim.* n° 79 ; *D.* 1984, IR 322 ; V. P. COUVROT, « Le recours contre les décisions du juge de l'application des peines », *RSC*, 1985, 135).

de longue date pour la mise en place d'un droit au juge à l'égard du condamné : « Il ne serait pas déshonorant, au pays des Droits de l'homme, de considérer que le détenu a parfois un droit à obtenir les assouplissements de régime pénitentiaire prévus par la loi, qu'il doit bénéficier de voies de droit à l'égard des décisions qui lui semblent défavorables »¹³⁸¹. Il faut en convenir, le juge de l'application des peines n'en avait alors que la dénomination, et s'apparentait davantage à un agent administratif qu'à un magistrat judiciaire. L'identité du juge de l'application des peines est née progressivement, par le biais de l'humanisation du condamné. La loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997, consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté et la loi n° 98-468 du 17 juin 1998, relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi que la protection des mineurs mettent en place deux nouvelles mesures : le bracelet électronique, et le suivi socio-judiciaire à l'égard des délinquants sexuels. Or, et c'est ici tout l'intérêt de l'innovation, elles sont toutes deux contradictoires, en permettant au condamné d'exercer un recours à leur encontre, et en imposant au juge de justifier leur mise en œuvre. L'article 723-13 prévoyait, en son alinéa 2, que la décision de retrait d'une mesure de placement sous surveillance électronique « est prise en chambre du conseil à l'issue d'un débat contradictoire au cours duquel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du procureur de la République et les observations du condamné ainsi que, le cas échéant, celles de son conseil ». Un recours était ensuite permis, aussi bien au condamné qu'au procureur de la République, devant la chambre des appels correctionnels. Des dispositions similaires étaient en œuvre en matière de suivi socio-judiciaire, par l'article 763-5, alinéa 1er, du code de procédure pénale, qui exigeait également une « décision motivée ». Dès lors, le juge de l'application des peines devient une juridiction de premier degré, au moins dans l'exercice d'une partie de ses pouvoirs. Son identité évolue par étapes, et grandit à mesure que ses pouvoirs se transforment.

676. Une croissance juridictionnelle – L'éveil des consciences a réellement pris corps à la faveur d'un regard bienveillant posé sur le détenu, la prison n'étant alors plus perçue comme l'antichambre du droit. La publication d'un témoignage édifiant sur les

¹³⁸¹ G. J. GUGLIELMI, « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », *RSC* 1991, p. 622. L'auteur souligne ainsi la nécessité d'introduire un recours, à l'égard du condamné, à l'encontre des décisions du juge de l'application des peines.

conditions de détention¹³⁸², dont la presse s'est fait l'écho¹³⁸³, et les conclusions accablantes de deux commissions d'enquêtes parlementaires¹³⁸⁴, puis de deux autres rapports parlementaires¹³⁸⁵, mobilisent enfin l'opinion publique sur la question. Le condamné devient sujet de dignité, et acquiert par ce statut un accès au juge. Mais cette soudaine considération de la société pour les détenus n'est en réalité qu'un révélateur, car la transformation était imminente. En effet, la France ne peut plus ignorer l'indigence de son droit de l'exécution des peines¹³⁸⁶ face aux risques d'une condamnation par le juge européen. L'arrêt *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*¹³⁸⁷, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 1984, constitue en effet une menace sérieuse en ce qu'il permet de retenir une violation de l'article 6 paragraphe 1 en matière de réduction de peines. La Cour soumet le droit pénitentiaire au procès équitable en estimant que « la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons » et que « rien, dans les cas appropriés, ne permet de priver les détenus de la protection de l'article 6 », alors que le condamné s'était vu retirer des jours de remise de peine par l'organe disciplinaire de la prison, en raison d'infractions disciplinaires. L'exigence d'un recours juridictionnel en matière d'exécution des peines se confirme¹³⁸⁸, obligeant le législateur national à réagir. Dans un tel contexte, des commissions parlementaires¹³⁸⁹ sont chargées d'enquêter sur les lacunes de cette phase procédurale et aboutissent enfin à une pleine juridictionnalisation de l'exécution des peines.

677. Le rattachement à l'autorité judiciaire – La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes marque à cet égard les fondements de l'identité moderne du juge de l'application des peines.

¹³⁸² Il s'agit du livre de V. VASSEUR, *Médecin-chef à la Prison de la Santé*, Le cherche midi éditeur, 2000. Le médecin dénonce les conditions indignes de détention au sein de cette prison parisienne, non seulement au regard de la vétusté des lieux, mais également du traitement des détenus. L'insuffisance des soins, la promiscuité et l'absence de droits des détenus sont ainsi mis en exergue.

¹³⁸³ Notamment le Journal *Le Monde*, dans son édition du 14 janvier 2000.

¹³⁸⁴ Au Sénat, le rapport n° 449 de MM. HYEST et CABANEL intitulé : « Prisons, une humiliation pour la République ». À l'Assemblée nationale, le rapport n° 2521 de MM. MERMAZ et FLOCH intitulé : « La France face à ses prisons ».

¹³⁸⁵ Les travaux de ces commissions parlementaires révèlent un état de non-droit au sein de l'exécution des peines, non seulement en raison de la faiblesse des normes législatives, mais également parce que le droit au juge n'existe pas. V. le rapport FARGE, destiné à élaborer des propositions en matière de liberté conditionnelle (D. FARGE, *La libération conditionnelle*, rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Doc. fr., coll. « Rapports publics », 2000) ; et le rapport Canivet, consacré à la nécessité d'instaurer un contrôle externe (G. CANIVET, *Amélioration du contrôle externe sur les établissements pénitentiaires*, rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Doc. fr., coll. « Rapports publics », 2000).

¹³⁸⁶ Selon la formule employée par M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 5^{ème} éd., 2016-2017, p. 128, n° 004.33.

¹³⁸⁷ CEDH, ch., 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, op. cit.

¹³⁸⁸ En ce sens, V. CEDH, 2 mars 1987, *Weeks c/ Royaume-Uni*, op. cit. ; CEDH, 16 déc. 1999, *T. et V. c/ Royaume-Uni*, op. cit.

¹³⁸⁹ *La France face à ses prisons*, rapport de la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale, Paris, 2000 ; *Prisons : une humiliation pour la République*, rapport de la Commission d'enquête du Sénat, Doc. Sénat n° 449, Paris, 2000.

Bien qu'il soit question d'une juridictionnalisation partielle, l'évolution signe le rattachement du juge de l'application des peines à l'autorité judiciaire. Au regard du modèle identitaire, il était jusqu'alors un intrus, compte tenu de sa qualité de juge du siège et de ses prérogatives administratives. La majeure partie de ses pouvoirs devient ici juridictionnelle, puisque les décisions d'octroi, d'ajournement, de refus, de retrait ou de révocation pour les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et de suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle obtiennent les attributs du procès équitable. D'abord, la procédure devient contradictoire, puisque les condamnés peuvent faire valoir leurs observations. De plus, les décisions, désormais motivées, peuvent faire l'objet d'un recours devant la chambre des appels correctionnels, tant à l'initiative du condamné que du procureur de la République.

678. Plus significativement encore, le législateur de 2000 rompt avec la compétence octroyée à l'égard du ministre de la Justice en matière de libération conditionnelle, pour les peines privatives de liberté supérieures à cinq ans. Ce pouvoir revient à présent exclusivement au juge de l'application des peines, qui décide de la libération conditionnelle pour les peines privatives de liberté d'une durée inférieure ou égale à dix ans, ainsi que les peines dont la durée restant à subir est inférieure à trois ans. Au-delà, des juridictions collégiales décident de ce retour conditionné à la liberté : les juridictions régionales de la libération conditionnelle¹³⁹⁰ en première instance, et la juridiction nationale de la libération conditionnelle en appel¹³⁹¹. Cette seconde avancée se révèle déterminante, en ce qu'elle démontre l'adaptation de l'exécution des peines aux règles cardinales du procès pénal. Jusqu'à l'ultime moment procédural, le justiciable doit bénéficier de l'ensemble des garanties promises par le juge européen.

679. Une identité adolescente –Toutefois, il demeurerait l'existence de disparités importantes dans l'intégration des règles du procès pénal, de sorte que l'identité du

¹³⁹⁰ Art. 722-1 al. 2 du Code de procédure pénale (abrogé) : « Cette juridiction, établie auprès de chaque cour d'appel, est composée d'un président de chambre ou d'un conseiller de la cour d'appel, président, et de deux juges de l'application des peines du ressort de la cour d'appel, dont, pour les décisions d'octroi, d'ajournement ou de refus, celui de la juridiction dans le ressort de laquelle est situé l'établissement pénitentiaire dans lequel le condamné est écroué ».

¹³⁹¹ Art. 722-1 al. 6 du Code de procédure pénale (abrogé) : « La juridiction nationale de la libération conditionnelle est composée du premier président de la Cour de cassation ou d'un conseiller de la cour le représentant, qui la préside, de deux magistrats du siège de la cour ainsi que d'un responsable des associations nationales de réinsertion des condamnés et d'un responsable des associations nationales d'aide aux victimes ».

juge de l'application des peines restait adolescente, car immature au regard des garanties exigées par son statut. D'abord, la création des juridictions d'exception, en matière de libération conditionnelle, souffrait d'incohérences manifestes. S'il était déjà étonnant d'attribuer à la cour d'appel une compétence de premier degré, au lieu de l'associer au tribunal de grande instance¹³⁹², il était encore plus surprenant d'instituer un appel devant une instance rattachée à la Cour de cassation, sans aucune voie de recours. Échevinale, cette instance était plus proche d'un pourvoi en cassation, et concourait à créer un système bancal, bien trop éloigné des exigences promues par la Cour européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, si les audiences en chambre du conseil éludaient l'exigence de publicité, les décisions prises en cabinet faisaient au moins l'objet du contradictoire, contrairement à de nombreuses autres prérogatives du juge de l'application des peines. Il fallait donc composer avec la subsistance de la qualification de mesures d'administration judiciaire à l'égard des réductions de peine, des permissions de sortir et des autorisations de sortie sous escorte, toujours soustraites au régime juridictionnel.

680. Un choix de politique criminelle – L'achèvement identitaire est davantage influencé par un choix de politique criminelle qu'une philosophie humaniste. Alors que la répression s'intensifie, au gré d'un repli sécuritaire provoqué par les actes terroristes du 11 septembre 2001 à New York, les prisons se trouvent surpeuplées¹³⁹³. L'aménagement de peine devient immédiatement un instrument de politique pénale, qui permet à la fois d'accentuer le rôle de l'autorité judiciaire, en déployant ses pouvoirs, et de le réduire, en le vidant de son sens. Le rapport Warsmann¹³⁹⁴, rendu en 2003, consacré à l'aménagement de peine, sera d'ailleurs le matériau de construction de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. En cela, la loi Perben II est vecteur de la dernière strate identitaire du juge de l'application des peines. Elle porte en elle, à la fois les gages d'équité escomptés à l'égard du juge de l'application des peines, et les germes d'une identité dévoyée.

¹³⁹² En contradiction avec les recommandations du rapport FARGE (D. FARGE, *La libération conditionnelle*, rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Doc. fr., coll. « Rapports publics », 2000).

¹³⁹³ La loi Perben I, n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, est en ce sens.

¹³⁹⁴ J.-L. WARSMANN, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie*, rapp. mission parlementaire auprès de Dominique PERBEN garde des Sceaux, ministre de la Justice, Doc. fr., 2003 (S. HERDOUIN, « Le rapport Warsmann et la loi du 9 mars 2004 », *RPDP* 2004, n°3, p. 519).

681. Certes, la pleine juridictionnalisation est maintenant acquise, la loi supprimant les juridictions régionales et nationale de la libération conditionnelle, pour les remplacer par un tribunal d'application des peines, ainsi que la plupart des mesures d'administration judiciaire, lesquelles deviennent susceptibles d'appel. Toutes les garanties du procès équitable sont désormais allouées au condamné. Mais il faut aussi observer les discrets signaux en sens inverse, mesures de contournement de l'autorité judiciaire, qui démontrent que l'administration pénitentiaire n'a jamais vraisemblablement renoncé à ses pouvoirs. L'identité du juge de l'application des peines se nourrit de tels paradoxes, et reste menacée, aussi puissante soit-elle. Le principe directeur de cette gigantesque mutation est énoncé à l'article 707 du Code de procédure pénale, qui place l'autorité judiciaire au centre de l'exécution des peines, et érige l'individualisation de la sanction comme fil conducteur de son office¹³⁹⁵. De fait, le juge de l'application des peines ne cesse de gagner des pouvoirs, notamment par l'opportunité de remodeler la peine à l'infini.

682. Mais parallèlement, le juge est évité, dès que cela est possible. Pour s'en convaincre, il suffit de constater le mouvement de balancier opéré dès ce « monument législatif »¹³⁹⁶, qui laisse l'identité du juge de l'application des peines en perpétuel chantier. Les nouvelles procédures d'application de la peine, en premier lieu, transfèrent les pouvoirs du juge de l'application des peines au service pénitentiaire d'insertion et de probation. Une simple homologation du juge permet alors au directeur du service de probation, dans le cadre de l'article 723-20 du Code de procédure pénale, de décider de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou du placement sous surveillance électronique de certains condamnés. Plus encore, dans le cadre d'une telle requête, le silence du magistrat pendant trois semaines permet d'éluder son avis, et de mettre à exécution une mesure sans recours. De la même façon, les anciennes « réductions de peine ordinaires », alors mesures d'administration judiciaire, devenues « crédits de réduction de peine » à la faveur de leur nouvelle nature juridictionnelle, ne sont plus décidées par le juge, sauf dans le cas du retrait. Se dessinent sans doute déjà,

¹³⁹⁵ Art. 707 al. 3 du Code de procédure pénale (en vigueur au 1er janvier 2005) : « L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ».

¹³⁹⁶ F. LE GUNHEC, « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Première partie : Dispositions de procédure pénale immédiatement applicables : pragmatisme, cohérence, sévérité et simplifications, *JCP* 2004, actu. 177 ».

en contrepoint, les tentatives aujourd'hui manifestes de reléguer le juge de l'application des peines au rôle de l'incident. Les évolutions ultérieures confirment cette identité en pointillés. Au demeurant, le juge de l'application des peines, transformé en une parfaite autorité judiciaire, jouit d'un formidable gain identitaire. Son pouvoir semble donc entier, mais il doit bien se garder de s'apparenter à une coquille vide.

683. Une maturité incertaine – Contrairement à tous ceux qui le précèdent, le juge de l'application des peines n'est pas né autorité judiciaire, il l'est devenu. Son histoire est à ce titre indissociable de son identité, non seulement en ce qu'elle la révèle, mais également en ce qu'elle explique en grande partie ses errements actuels. L'identité du juge de l'application des peines est toujours en chantier, tant elle demeure tiraillée par des intérêts opposés.

684. Les premiers sont ceux de tout juge du siège : assurer une répression utile pour la société et l'individu et une procédure équitable, par le respect des libertés individuelles. Arrivé à maturité, le juge de l'application des peines correspond bien au modèle identitaire. Son indépendance et son impartialité, notamment, ne font aucun doute. La valorisation de ce juge se traduit objectivement dans la pratique judiciaire. Alors que les juges de l'application des peines ne portent quasiment jamais leur robe, pourtant symbole le plus manifeste du rituel judiciaire¹³⁹⁷, ils ont à cœur de respecter une véritable symbolique processuelle face aux condamnés. Un arrêt de la chambre criminelle a bien admis, dès 1906¹³⁹⁸, que les magistrats puissent quitter le costume judiciaire en dehors de la salle d'audience, de telle sorte que le juge de l'application des peines, comme les autres juges de cabinet que sont le juge des enfants, le juge des tutelles ou le juge aux affaires familiales, n'est pas astreint à un tel usage¹³⁹⁹. Ces juges du siège réintroduisent néanmoins, au sein de leur cabinet, ou dans les centres de

¹³⁹⁷ Les juges de l'application des peines admettent porter la robe uniquement lors des audiences collégiales devant le tribunal d'application des peines et celles qui se tiennent dans les salles du tribunal judiciaire, et non lorsqu'ils reçoivent les condamnés dans leur cabinet, le lieu étant moins solennel. Une exception cependant, les audiences de révocation, à l'occasion desquelles la robe est revêtue, ce qui témoigne implicitement de la force du symbole, au regard de la répression. L'avocat, lui, porte systématiquement la sienne. La volonté de créer une proximité avec le justiciable est louable, d'autant plus qu'il s'agit d'un bureau, sans estrade. Il convient toutefois de souligner l'image d'une « sous-justice » ressentie par certains condamnés, la robe étant hautement représentative de la fonction (M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, op. cit., pp. 78 et 236).

¹³⁹⁸ Cass. crim., 31 mars 1906, *Bull. crim.* n° 167.

¹³⁹⁹ Sur ce vêtement rituel, réglementé par le décret du 2 nivôse AN XI, lire Antoine GARAPON, *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, pp. 71-91.

détention, tous les émoluments du procès pénal. La chambre du conseil, qui abrite la majorité des rencontres avec les condamnés, n'a pas la solennité d'une salle d'audience.

685. Le juge veille néanmoins à ce que le condamné puisse y apporter ses observations et à ce que son avocat soit entendu. Le principe du contradictoire a permis d'équilibrer l'exécution des peines, et l'instauration des voies de recours, comme l'exigence de motivation des décisions, a rendu le juge de l'application des peines conforme à la culture professionnelle des magistrats.

686. Une mutation inachevée – Cependant, malgré la légitimité octroyée par la juridictionnalisation et en dépit du pouvoir plénier confié pour l'application des peines, les mutations du juge de l'application des peines ne semblent jamais achevées. L'accroissement constant de ses pouvoirs, qui devrait témoigner de son succès, s'accompagne presque toujours d'une paralysie, soit parce qu'il n'a pas les moyens de leur exercice, soit parce que d'autres les exercent à sa place. La loi pénitentiaire en est une illustration exemplaire, tant elle oscille entre renforcement de l'individualisation de la peine et simplification des mécanismes d'exécution des peines. La contradiction est patente : alors que le pouvoir judiciaire se contente de collectionner les prérogatives, le pouvoir administratif, lui, emploie les siennes. Ainsi, les réformes successives ajoutent chaque fois de nouvelles possibilités d'aménagement des peines, mais dans une logique comptable, fort éloignée des valeurs démocratiques. Le juge de l'application des peines est déstabilisé et doit essayer de préserver l'équité, malgré les forts pouvoirs qui lui sont conférés. Comme si le législateur se plaisait à placer le juge sur un siège inconfortable, qui le contraint à se lever régulièrement pour retrouver l'équilibre.

687. Une renaissance – En conclusion, le juge de l'application des peines s'est forgé une identité modèle, se nourrissant de toutes les qualités exigées par la Convention européenne. Cette lente mutation aura tout de même nécessité une quarantaine d'années, de sorte qu'il est davantage question d'une renaissance que d'une éclosion. Si l'on se fie au parfait développement de la juridiction de l'application des peines, le législateur aurait donc offert aux condamnés un juge irréprochable et puissant. Le juge de l'application des peines réprime, répare et réinsère, en offrant toutes les garanties de bonne justice. Mais il doit également protéger la société et la victime. Il convient alors

de souligner les écueils soulevés par l'exigence de prévention de la récidive, qui accroît considérablement le rôle préventif du juge de l'application des peines, au point d'atteindre la contradiction avec le principe de resocialisation de la sanction. Le juge de l'application des peines, organe pleinement juridictionnel, doit assurer le respect des libertés individuelles à l'égard des condamnés, et non servir d'annexe administrative chargée de la surveillance préventive des individus.

688. La surveillance pénale – Le Professeur Pascal Beauvais procède à cet égard à un habile rapprochement entre l'enquête et l'exécution des peines, sous le prisme de la surveillance pénale¹⁴⁰⁰. Si la fonction préventive de la peine est ancienne, – notamment promue par les théories utilitaristes et l'école de la défense sociale¹⁴⁰¹ –, l'idée d'une justice sécuritaire est quant à elle plus récente. Il est intéressant de remarquer le basculement progressif du pouvoir administratif, au détriment du pouvoir judiciaire, au sein de l'enquête pénale, alors qu'il suit la trajectoire inverse au stade de l'exécution des peines. En somme, le juge de l'application des peines a gagné ce que le juge d'instruction a perdu, sans que l'administration, elle, ne renonce à ses activités répressives. En effet, alors qu'elle n'est plus aux commandes des mesures qui s'appliquent aux condamnés, lesquelles sont aujourd'hui exercées par un juge garant des libertés individuelles, elle est à présent dotée d'un fort pouvoir de contrôle au stade des investigations, qui échappe précisément au juge du siège. Les réformes successives ne cessent de renforcer un tel basculement : « La confusion s'accroît encore lorsque l'autorité judiciaire se voit progressivement attribuer une fonction de prévention des atteintes à l'ordre public qui relevait traditionnellement de l'autorité administrative, tandis que cette dernière se voit confier des pouvoirs coercitifs attentatoires aux libertés individuelles qui n'appartenaient *a priori* qu'à l'autorité judiciaire, et cela avec une finalité répressive à peine dissimulée ». Il s'agit en réalité d'un transfert de pouvoir en

¹⁴⁰⁰ V. pour l'ensemble de ces développements, P. BEAUVAIS, « La nouvelle surveillance pénale », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016, pp. 259-273.

¹⁴⁰¹ Sous l'impulsion de J. BENTHAM puis J.-S. MILL, la doctrine utilitariste conduit à agir dans l'intérêt du plus grand nombre, afin de favoriser le bien-être social. La peine doit donc avoir une action resocialisante, participant ainsi au bonheur de tous : « Par principe d'utilité on désigne un principe qui approuve ou désapprouve toute action, en fonction de son aptitude apparente à augmenter ou diminuer le bonheur de la partie dont l'intérêt est en jeu ; ou, ce qui revient au même mais en d'autres termes, à favoriser ou à contrarier ce bonheur. Je dis bien, de quelque action que ce soit, donc non seulement de chaque action d'un simple particulier, mais également de toute mesure d'un gouvernement. » (J. BENTHAM, Introduction aux principes de morale et de législation, Chapitre I, II, 1780). Plus tard, le courant philosophique de défense sociale nouvelle, porté par Marc ANCEL, retient encore davantage la nécessité de réadaptation sociale de la peine, mais non plus seulement pour la société, l'individu lui-même étant au cœur des préoccupations : « Le traitement imposé, parce qu'il a pour objet de rendre le délinquant conscient des valeurs et des exigences sociales, est bien d'abord une rééducation de la responsabilité ou, si l'on veut même, une thérapeutique de la liberté. » (M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3e éd., 1981, Cujas, p. 298).

d'autres lieux : la coercition administrative s'est déplacée, du condamné au suspect. Comme cela fut démontré dans notre première partie, l'enquête pénale doit composer avec le pouvoir administratif. Pour autant, l'exécution des peines en est-elle délestée ? L'opération n'est pas si porteuse, au regard du transfert de pouvoirs qui profite au juge de l'application des peines. En contrepartie des garanties apportées, ce dernier doit exercer un contrôle du condamné qui s'étend bien au-delà de la peine. Le Professeur Beauvais alerte ainsi sur l'existence d'un glissement vers un droit pénal sécuritaire, auquel le juge de l'application des peines n'échappe pas : « Les grands auteurs du XIX^{ème} siècle avaient déjà compris combien une surveillance illimitée du condamné, au-delà de sa peine, maintenait celui-ci dans un état de suspicion permanent et indéfini, contraire à l'idéal réhabilitant de la peine, mais au-delà à la fonction essentielle de l'acte de juger qui est de mettre un terme définitif non seulement à l'incertitude mais à un conflit, et de restaurer ainsi la paix sociale »¹⁴⁰².

689. Ses nouveaux pouvoirs ne sont donc pas uniquement au service de l'équité, ce qui ressort clairement de l'analyse de la récente peine de probation telle qu'elle est énoncée à l'article 131-3 du Code de procédure pénale. Fusion de la contrainte pénale¹⁴⁰³, – par ce biais supprimée –, et du sursis avec mise à l'épreuve, – quant à lui maintenu sous un autre nom –¹⁴⁰⁴, la condamnation à une probation peut aussi bien constituer une peine, qu'un aménagement de peine. Sans surprise, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 ajoute encore aux obligations qui peuvent être imposées au probationnaire dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve, et dont certaines se rapprochent davantage d'une surveillance étroite de l'individu que d'une simple expiation de l'infraction. Parmi ces obligations, l'accomplissement d'un travail

¹⁴⁰² P. BEAUVAIS fait ici référence à P. RICOEUR (*Le juste*, Éditions du Seuil, Éditions Esprit, 1995, pp. 185-192). Il évoque également une mesure autonome, prévue dans l'ancien Code pénal, nommée « surveillance de haute police », s'exerçant à l'encontre du condamné à la suite de la peine privative de liberté. Elle permettait notamment de lui interdire de fréquenter certains lieux, au sein desquels sa présence était considérée comme dangereuse. Il s'agit alors de se reporter aux réflexions de F. HÉLIE et A. CHAUVÉAU, les auteurs se félicitant du caractère exceptionnel et limité de cette mesure, afin de ne pas contrarier la fonction humaniste de la peine : « partout ailleurs, liberté pleine et entière ; partout ailleurs, le libéré est confondu dans la classe commune des citoyens ; aucune mesure préventive ne peut être prise à son égard, ne doit révéler sa position. [...] Les condamnés doivent être dispensés à l'avenir de toutes ces mesures, qui en donnant au fait une inévitable publicité, les frappaient d'une sorte de réprobation universelle et les mettaient dans l'impossibilité d'amender leur poursuite. » (*Théorie du Code pénal*, T1., 1845, n° 241, n° 249 et n° 251).

¹⁴⁰³ Mise en place par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, la contrainte pénale était une peine consistant en un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu, imposant au condamné de se soumettre « sous le contrôle du juge de l'application des peines, pendant une durée comprise entre six mois et cinq ans et qui est fixée par la juridiction, à des mesures de contrôle et d'assistance ainsi qu'à des obligations et interdictions particulières destinées à prévenir la récidive en favorisant son insertion ou sa réinsertion au sein de la société » (alinéa 2 de l'ancien article 131-4-1 du Code de procédure pénale).

¹⁴⁰⁴ Depuis le 24 mars 2020, les deux seuls types de sursis qui peuvent être prononcés sont le sursis simple et le sursis probatoire.

d'intérêt général¹⁴⁰⁵ et l'injonction de soins, selon les conditions prévues aux articles L. 3711-1 à L. 3711-5 du code de la santé publique¹⁴⁰⁶, peuvent être également prononcés. Ainsi l'ancienne peine de contrainte pénale, peu appréciée des magistrats, ne disparaît pas totalement, en ce qu'elle transfère deux obligations importantes à la peine de probation¹⁴⁰⁷. Il apparaît clairement que la peine, ou son aménagement, ne doit pas se contenter de réparer, ou de réinsérer : elle doit surtout éviter au condamné de recommencer. Moins tournée vers le bien-être de l'individu que vers celui de la société, la fonction préventive de la peine s'est progressivement déplacée. S'il veut être réintégré à la société, le délinquant doit être sain, ce que semblent révéler la capacité au travail et l'acceptation du soin. Le suivi socio-judiciaire, conservé par la réforme, démontre peu ou prou la même logique, tout comme le déploiement de la détention à domicile sous surveillance électronique, en ce qu'il est attendu du juge de l'application des peines bien plus que la sauvegarde des libertés individuelles.

690. Les bifurcations sécuritaires – L'immense pouvoir du juge de l'application des peines résulte donc d'un compromis, selon lequel le juge du siège, en récupérant la maîtrise de la peine des mains de l'administration, se voit contraint de préserver les intérêts de ses prédécesseurs. L'exécution des peines est entièrement en ce sens et dépasse largement le juge de l'application des peines, au regard des mesures qui peuvent être ordonnées par les juridictions de la rétention de sûreté. Le renforcement constant des mesures de sûreté, au stade de la peine, contribue au dévoiement de l'identité judiciaire, en associant le juge pénal à des bifurcations sécuritaires, sans prendre en compte le sens de la peine : « Que ce soit dans le cadre d'une peine ou d'une mesure d'aménagement, l'extension des dispositifs de surveillance est révélatrice des mutations contemporaines du système répressif : le passage d'une justice pénale destinée à mettre un terme définitif à un contentieux passé – à travers notamment l'application d'une peine fixe – à une justice pénale chargée du suivi en continu de personnes dangereuses – à travers notamment l'application de mesure de sûreté indéfinies. [...] La surveillance est donc au cœur de la justice pénale prédictive qui

¹⁴⁰⁵ Art. 132-45, 21°, du Code pénal.

¹⁴⁰⁶ Art. 132-45, 21° et 22°, du Code pénal.

¹⁴⁰⁷ Il est même question d'un « dépeçage de la contrainte pénale ». V. J. PRADEL, « Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », *D.* 2019, p. 1002.

émerge aujourd'hui. Et l'enjeu est que la dimension juridictionnelle de la peine, et plus généralement de la réponse à l'infraction, ne disparaisse au profit de dispositifs socio-médicaux unilatéraux de gestion des risques sans respect des exigences d'une procédure équitable, du débat contradictoire et des droits de la défense »¹⁴⁰⁸.

691. Application et exécution des peines – De toutes les vertus, le juge de l'application des peines est effectivement paré, mais il est à craindre qu'elles servent des intérêts contradictoires, de sorte que son identité judiciaire demeure marquée par son passé administratif. Si la logique administrative est pleinement entrée dans l'enquête pénale, détruisant au passage l'identité du magistrat instructeur, elle n'est jamais totalement sortie de l'exécution des peines, neutralisant la jeune identité de son juge. À ce titre, la confusion entre l'exécution et l'application des peines n'est que le reflet du partage ombrageux des pouvoirs entre le juge et l'administration. Bien qu'elles ne soient pas différenciées par le législateur l'une et l'autre, l'application des peines est une composante de leur exécution, en ce qu'elle consiste, aux côtés de la mise à exécution des sanctions pénales, en la détermination de leur régime juridique et leur individualisation¹⁴⁰⁹. L'article 712-1 du Code de procédure pénale distingue bien quant à lui l'application de l'exécution, la première notion permettant la mise en œuvre, suivant certaines modalités, de la seconde¹⁴¹⁰ : « Le juge de l'application des peines et le tribunal de l'application des peines constituent les juridictions de l'application des peines du premier degré qui sont chargées, dans les conditions prévues par la loi, de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application »¹⁴¹¹.

692. Ultime phase procédurale, l'application de la peine fait donc partie de son exécution et respecte à présent la séparation des pouvoirs : au service pénitentiaire d'insertion et de probation revient la charge de renseigner et de proposer, au juge de décider. Le droit fondamental pour le condamné d'être entendu et défendu au cours

¹⁴⁰⁸ P. BEAUVAIS, « La nouvelle surveillance pénale », *op. cit.*

¹⁴⁰⁹ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 2, nos 000.12 et 000.13.

¹⁴¹⁰ Une telle définition peut être donnée à l'application des peines, par une lecture combinée des articles 707 et 712-1 du Code de procédure pénale, soit « l'ensemble du dispositif juridique permettant au juge, *lato sensu*, de mettre en œuvre, au bénéfice d'un condamné, un traitement individualisé dans l'exécution de sa peine. » (L. DE GRAËVE, « Juridictions de l'application des peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 5).

¹⁴¹¹ Art. 712-1, al. 1, du Code de procédure pénale.

d'une audience a donné au stade de l'application des peines ses galons d'équité. Cette phase procédurale reste cependant fortement imprégnée des règles pénitentiaires, malgré l'autonomisation de son juge. La politique pénale elle-même s'en émancipe peu, au regard de la loi dite « pénitentiaire » n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 qui s'adonne pour une large part à remodeler l'application des peines, et non pas seulement le droit pénitentiaire¹⁴¹².

693. Il n'est donc pas inutile de relever, au regard de la dénomination du juge de l'application des peines, qu'en ces lieux le juge « applique » ce que d'autres « exécutent ». La coexistence du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif est patente, et demeure problématique. À cela, s'ajoutent les nombreux biais qui permettent au juge de l'application des peines de contourner les règles du procès équitable. La loi elle-même, soit par sa défaillance, soit par son absence, laisse libre cours à des pratiques peu respectueuses des principes procéduraux fondamentaux. Au demeurant, les garanties apportées à la phase de la sanction pénale sont en partie obérées par les moyens dont dispose le juge pour les éviter, véritables obstacles à l'équité.

B) L'équité, une gageure

*« Une ambiguïté existe en effet dans la notion de juge de l'application des peines, il est un peu une chauve-souris : je suis oiseau, voyez mes ailes ; je suis souris, voyez mes dents. Puisqu'il est juge et qu'on l'appelle ainsi, il est souverain et indépendant dans ses décisions. Mais puisqu'il s'agit d'administration pénitentiaire, il prend des décisions administratives et non pas juridictionnelles. Par conséquent, son existence est contradictoire et elle est menacée de l'intérieur »*¹⁴¹³.

¹⁴¹² P. PONCELA, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *RSC* 2010, 190 ; M. DANTI-JUAN, « Analyse critique du contenu de la loi pénitentiaire », *RPDP* 2010, p. 79 ; M. HERZOG-EVANS, « Application des peines, la prétendue "bonne partie" de la loi pénitentiaire », *AJ pén.* 2009, p. 483.

¹⁴¹³ Déclaration du Garde des Sceaux à l'Assemblée nationale, séance du 21 juin 1980, *JO déb. Ass. nat.* 22 juin 1980, p. 2065, qui fait allusion à La Fontaine, *Fables*, II, 5. V. les précisions de G. J. GUGLIELMI, « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », *RSC* 1991, p. 622 : « En réalité, le ministre commet une approximation : si c'est bien en agitant ses ailes que la chauve-souris évite de se faire croquer par une première belette, ce n'est pas en montrant les dents, mais en arguant de l'absence de plumage qu'elle sauve une seconde fois sa vie ».

694. L'œuvre de justice poursuivie par le nouveau juge de l'application des peines est-elle aujourd'hui si éloignée de la figure du chiroptère à laquelle il fut longtemps comparé ?¹⁴¹⁴ Assurément, la transformation de ce magistrat à la faveur des règles du procès équitable lui a donné les ailes indispensables pour assurer ses fonctions de juge du siège, indépendant et impartial. Il est donc à présent oiseau, libre de prononcer des décisions juridictionnelles. Il s'agit néanmoins d'un oiseau singulier, tant son plumage est mince, au vu des nombreuses entorses consenties au regard de l'équité du procès, dans l'exercice de ses pouvoirs. Son pouvoir discrétionnaire, exercé intelligemment et humainement, heurte cependant, parfois, les garanties procédurales les plus fondamentales. L'identité du juge de l'application des peines reste donc, sur certains points, celle d'un chiroptère.

695. L'individualisation, source de disparités – La dernière strate fondatrice de l'identité du juge de l'application des peines n'est pas totalement étrangère à cette mutation en demi-teinte. Aux côtés des qualités traditionnelles exigées du magistrat du siège, et commune à ses pairs, le juge de l'application des peines est pourvu de critères supplémentaires, lui attribuant une posture singulière. Ainsi le juge de l'application des peines doit-il assurer, en plus des garanties du procès équitable communes à tous les juges du siège, l'adaptation et la personnalisation de la sanction pénale.

696. L'exigence d'individualisation de la sanction, déjà portée par l'ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958, est réellement mise à jour par la loi du 9 mars 2004, en ce qu'elle énonce explicitement la possibilité d'aménager la peine¹⁴¹⁵. Cependant, une telle faculté est devenue obligation, de sorte qu'elle véhicule l'indice d'une politique criminelle tournée vers de nouveaux intérêts, en matière d'exécution des peines. Longtemps rejeté, un temps considéré, l'intérêt du condamné est aujourd'hui dépassé par celui de la victime. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, ajoute à la fonction un

¹⁴¹⁴ G. J. GUGLIELMI, « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », *RSC* 1991 p. 622 ; B. LAVIELLE, « Le juge de l'application des peines est-il toujours un chiroptère ? », *Gaz. Pal.*, 9 sept. 2000, n° 253, p. 31.

¹⁴¹⁵ L'ancien article 707 alinéa 3 dispose en effet : « A cette fin, les peines peuvent être aménagées en cours d'exécution pour tenir compte de l'évolution de la personnalité et de la situation du condamné. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ». Aujourd'hui, ce même article énonce l'aménagement comme une obligation : « Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières » (Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 - art. 74).

caractère humaniste. Aussi la peine ne doit-elle plus servir uniquement à l'infamie et l'affliction, mais porter également en elle l'espoir d'une réadaptation sociale. Déjà en 1944, la Commission Amor, instance de réforme des institutions pénitentiaires, plaide pour l'instauration d'un juge « de l'exécution des peines » qui assiste les prisonniers pendant et après la peine en vue de leur reclassement¹⁴¹⁶. L'amendement et la resocialisation du condamné sont donc des objectifs anciens, inhérents à l'identité judiciaire en matière de peine. Bien entendu, le législateur n'est pas un philanthrope, et se cache derrière une telle aspiration, la volonté de protéger la société d'une éventuelle récidive. Mais le désir de réinsertion du condamné exprimé au sein de l'article 130-1 du Code pénal¹⁴¹⁷, juste après la volonté de sanction, s'inscrit également dans la considération des intérêts de la victime. À ce titre, les principes d'individualisation et de personnalisation de la sanction colorent son identité d'un paradoxe : le juge de l'application des peines est à la fois chargé du règne de l'équité, – qui implique un égal traitement des justiciables –, et de la spécificité, – qui provoque nécessairement une disparité à l'égard des condamnés.

697. Un pouvoir discrétionnaire – Le principe d'individualisation, tel qu'il est prévu à l'article 132-24 du Code de procédure pénale, confère un large pouvoir discrétionnaire au juge, lequel « renvoie à la liberté, au pouvoir, à l'autorité, à la marge de manœuvre dont dispose une autorité, une organisation ou un individu pour décider, discerner, ou déterminer comment rendre un jugement ou une décision, ou faire un choix entre différentes actions et inactions »¹⁴¹⁸. En vertu de la légalité pénale, le législateur encadre les peines, ce qui limite le risque de discrimination entre les justiciables. La personnalisation de la peine, qui représente un « détricotage » par le juge de l'application des peines de la sanction décidée par un autre juge, expose nécessairement à une telle scission entre les condamnés. Positive, la discrimination est pourtant admise en ce qu'elle doit poursuivre le noble objectif de resocialiser le

¹⁴¹⁶ Du nom du nouveau directeur de l'administration pénitentiaire, l'avocat Paul AMOR, cette commission instituée en 1945 par un arrêté du 9 décembre 1944 (*JORF* du 23 décembre 1944, p. 2040) met en œuvre une politique d'humanisation des conditions de détention et module l'exécution des peines en fonction de la conduite des détenus. V. J. PINATEL, « Chronique pénitentiaire », *RSC* 1946, pp. 142-143 ; P. AMOR, « La réforme pénitentiaire en France », *RSC* 1947.

¹⁴¹⁷ « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion » (art. 130-1 du Code pénal).

¹⁴¹⁸ L. GELSTHORPE, N. PADFIELD, *Exercising Discretion: Decision-Making in the Criminal Justice System and Beyond*, Willan, 2003. Traduction par M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, *op. cit.*, p. 92.

condamné, par des mesures au plus près de ses besoins. Elle est ici partie prenante de l'identité judiciaire car elle est réalisée pour le bien social et individuel. En outre, elle est contenue par les garde-fous processuels essentiels : la comparution personnelle, les moyens de défense, l'accès au dossier, la motivation des décisions et les voies de recours, devant un juge indépendant et impartial. Négative, cette discrimination le devient dès lors que le juge ne garantit plus un procès équitable au condamné.

698. Dans le cadre de cette exigence, la Cour de cassation fut amenée à valider une pratique pourtant attentatoire à l'impartialité exigée du juge du siège, dans un arrêt du 18 octobre 2000¹⁴¹⁹. Afin de comprendre l'atteinte identitaire, il faut d'abord rappeler qu'en juridiction, le juge de l'application des peines est rarement dévolu à cette seule fonction et assure régulièrement des permanences au tribunal correctionnel, ou des sessions d'assises¹⁴²⁰. Il arrive même qu'il lui soit confié un temps partiel, en tant que juge aux affaires familiales. Or, dans le cadre des audiences collégiales devant le tribunal correctionnel, qu'il soit assesseur ou président, il n'est pas rare qu'il ait à juger de faits commis pendant le délai d'épreuve, alors que la condamnation était définitive. Prenons, par exemple, le cas d'une personne condamnée à une peine de sursis avec mise à l'épreuve¹⁴²¹ de deux ans, entre 2017 et 2019, pour une conduite en état alcoolique. En 2018, elle commet à nouveau cette infraction, qui entraîne un jugement devant le tribunal correctionnel. En tant que juge de l'application des peines, comme le prévoit l'article 132-48 du Code de procédure pénale, le magistrat émet un avis auprès du tribunal correctionnel quant à une éventuelle révocation du sursis, si un emprisonnement ferme venait à être prononcé par la juridiction collégiale. Cet avis ne pose pas problème en tant que tel, le juge de l'application des peines exerçant ici ses pouvoirs d'individualisation de la sanction : « Si le condamné commet, au cours du délai de probation, un crime ou un délit de droit commun suivi d'une condamnation à une peine privative de liberté sans sursis, la juridiction de jugement peut, après avis du juge de l'application des peines, ordonner la révocation en totalité ou en partie du ou des sursis antérieurement accordés. Cette révocation ne peut être ordonnée pour des infractions commises avant que la condamnation assortie du sursis ait acquis un

¹⁴¹⁹ Cass. crim., 18 oct. 2000, n° 99-86289, *Bull. crim.* 2000, n° 302, p. 896.

¹⁴²⁰ À ce propos, lire M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, *op. cit.*, pp. 126-127.

¹⁴²¹ À l'avenir, il s'agira d'un sursis probatoire (Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 80). L'exemple étant antérieur à la réforme, il convient toutefois de raisonner sur l'ancienne peine.

caractère définitif ». Pour ce faire, il dispose du dossier du condamné, notamment le rapport du conseiller d'insertion, ce qui lui permet d'évaluer la situation au regard de sa conduite pendant la mise à l'épreuve, et de la commission de faits nouveaux.

699. Ainsi, le respect ou non des obligations (rendez-vous honorés, respect des soins, ou toute autre forme de contrainte imposée pendant le délai d'épreuve) va orienter l'avis du juge, et inciter les juges du tribunal correctionnel à révoquer, ou ne pas révoquer, le sursis prononcé à l'occasion de la précédente condamnation. Pourtant, une telle position n'empêche nullement le juge de l'application des peines de siéger ensuite au sein de la formation collégiale, dans le cadre de son astreinte¹⁴²². À ce titre, l'article 132-47 du Code pénal dispose : « Le sursis probatoire peut être révoqué par la juridiction de jugement dans les conditions prévues par l'article 132-48. Il peut également l'être par le juge de l'application des peines, selon les modalités prévues par le code de procédure pénale, lorsque le condamné n'a pas satisfait aux mesures de contrôle et aux obligations particulières qui lui étaient imposées. Tout manquement à ces mesures et obligations commis après que la probation est devenue exécutoire peut justifier la révocation du sursis. Si cette révocation est ordonnée alors que la condamnation n'avait pas encore acquis un caractère définitif, elle devient caduque dans le cas où cette condamnation serait ultérieurement infirmée ou annulée ». Selon la Haute Cour, la présence du juge de l'application des peines dans la composition du tribunal susceptible de révoquer, à l'occasion du jugement d'un délit, le sursis avec mise à l'épreuve accordé au prévenu par une décision antérieure n'est pas incompatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le raisonnement consiste à considérer que l'avis que le juge est appelé à donner, en application de l'article 132-48 du Code de procédure pénale, ne porte pas sur la valeur des charges pesant sur le prévenu mais sur les modalités d'exécution d'une peine déjà prononcée.

700. Le juge de l'application des peines donne son avis sur le déroulement de la mesure en cours, et anticipe une condamnation à une peine d'emprisonnement, sans connaître le dossier concernant les faits nouveaux. Il lui est donc parfaitement possible de changer d'avis, et de révoquer le sursis, compte tenu des faits jugés devant le tribunal

¹⁴²² Art. 744 du Code de procédure pénale (selon la version antérieure à la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 183 JORF 10 mars 2004 en vigueur le 1er janvier 2005) : « Le tribunal statue en chambre du conseil. Lorsque le juge de l'application des peines ne participe pas à la décision, le tribunal statue sur son rapport écrit ».

correctionnel, alors même qu'il s'était prononcé en sens inverse en tant que juge de l'application des peines. Par ailleurs, il peut aller dans le sens d'une relaxe à l'égard du prévenu, alors qu'il anticipait l'exécution de la peine privative de liberté en tant que juge de l'application des peines, ne connaissant pas les nouveaux faits. Cet avis ne le lie aucunement, en ce que les deux fonctions sont détachées. Aussi, dans le cas présenté, le tribunal correctionnel avait révoqué le sursis avec mise à l'épreuve accordé par une précédente décision à l'égard du coupable de vols, vols aggravés et tentative de vol, ayant commis de tels faits pendant son délai d'épreuve. Or, l'un des membres du tribunal avait, en sa qualité de juge de l'application des peines, donné antérieurement son avis sur l'opportunité d'une telle révocation. Très contestable, la décision du juge de cassation opère une dissociation peu respectueuse du procès équitable, du moins, au regard de l'impartialité. Il paraît en effet peu probable que le prévenu se nourrisse de telles subtilités eu égard à la présence de celui qui connaît déjà son parcours délinquant, dans le jugement d'un nouveau délit, d'autant plus qu'il donne un avis avant jugement.

701. Le rétablissement partiel de l'équité par la déontologie – En pratique, un rétablissement partiel de l'équité semble être opéré par les magistrats eux-mêmes, alors guidés par les préceptes de l'ordonnance statutaire de la magistrature¹⁴²³. Cette dernière commande, en son article 6, le serment « de bien et fidèlement » remplir les fonctions, de garder le secret des délibérations et de se conduire en tout « comme un digne et loyal magistrat ». En cela, les magistrats sont naturellement les garants des principes fondamentaux du procès. Une telle obligation impose notamment « de respecter la plus grande impartialité, ce qui se traduit par des règles permettant l'abstention spontanée (le magistrat décide de se faire remplacer) ou la récusation à la demande d'une partie (le magistrat suspecté de partialité est écarté du procès) »¹⁴²⁴. Ainsi, le Recueil des obligations déontologiques des magistrats exige-t-il que le magistrat du siège « se déporte, sans attendre une éventuelle récusation, chaque fois qu'une situation peut faire naître dans l'esprit des parties ou du public un doute légitime sur son impartialité tenant à l'existence d'un conflit d'intérêts »¹⁴²⁵. En outre, la loi organique n° 2016-1090 du 8

¹⁴²³ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

¹⁴²⁴ Ces indications sont celles données par le site Vie publique, consulté le 11 avril 2020 (<https://www.vie-publique.fr/fiches/38134-obligations-deontologiques-des-magistrats>).

¹⁴²⁵ L'article 20 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 confie à la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature le soin d'élaborer et de rendre public un recueil des obligations déontologiques des magistrats. La loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats a présidé la publication

août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature impose aux magistrats la remise à la hiérarchie d'une déclaration « exhaustive, exacte et sincère de leurs intérêts », afin d'éviter tout conflit d'intérêts¹⁴²⁶. À cette fin, un collège de déontologie est spécialement mis en place pour évaluer toutes les questions éthiques liées à la fonction.

702. L'impartialité fait donc l'objet de hautes exigences, que le législateur, comme le juge de cassation, semblent ici ignorer. Des règles minimales de bon sens permettent d'atténuer l'atteinte, sans pour autant remédier à la partialité. Ainsi, le président du tribunal correctionnel, ou l'assesseur qui est également le juge de l'application des peines ayant émis l'avis, demande le plus souvent à son collègue de le signer à sa place afin de restaurer une forme d'impartialité dans l'esprit du justiciable¹⁴²⁷. Ce retour naturel à l'équité, par le biais de la déontologie, démontre combien cette qualité est caractéristique de l'identité du juge du siège, donc de celle du juge de l'application des peines. Étrangement, le législateur exclut toute présence au sein de l'audience collégiale du magistrat ayant suivi le prévenu pendant l'enquête, en tant que juge des libertés et de la détention¹⁴²⁸. Cette dérogation flagrante à l'équité n'est pas admissible, et il serait de bon aloi que le législateur s'oppose à la partialité admise par la jurisprudence, afin de préserver l'identité du juge de l'application des peines.

703. La persistance des mesures non juridictionnelles – Alors que la notion d'administration judiciaire a disparu de la discipline à la faveur de la juridictionnalisation, l'on peut s'étonner de la persistance de cette catégorie, sous une forme atténuée, à l'égard de certaines mesures. Ainsi, le développement de mesures « quasi-juridictionnelles » est éloquent, en ce que le terme parle de lui-même : des mesures qui sont presque juridictionnelles ne le sont donc pas pleinement. Or, le qualificatif d'administration judiciaire, comme celui de quasi-juridictionnel après lui, peut s'appliquer à des mesures qui sont également susceptibles d'être soumises au

d'un premier recueil, qui est depuis cette date, régulièrement actualisé (*Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Conseil supérieur de la magistrature, *Dalloz*, 2019, p. 11).

¹⁴²⁶ Art. 7-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

¹⁴²⁷ Selon les propos recueillis lors d'un entretien avec deux juges de l'application des peines, Mesdames S. DESBORDES-LISSILOUR et A. BURON, au tribunal judiciaire de Quimper, le 17 février 2020.

¹⁴²⁸ Art. 137-1, al. 3, du Code de procédure pénale : « Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu ».

régime du procès équitable, lorsqu'elles sont prononcées en tant que peine, ou dans le cadre d'un aménagement de peine juridictionnel. Cette cacophonie introduite par la loi du 9 mars 2004 fut amplifiée par celle du 24 novembre 2009, dans le but de renforcer les pouvoirs de l'exécutif, au détriment de ceux du juge de l'application des peines. Il est donc impossible d'y voir un simple égarement législatif, le vocable choisi étant précisément en lien avec le régime juridique de l'acte. Ainsi, la compétence ne dépend pas de son auteur, mais de la qualification de l'acte : toute autorité judiciaire qu'elle soit, l'institution du juge de l'application des peines ne donne pas un caractère juridictionnel à une mesure d'administration judiciaire, ou quasi-juridictionnelle, par son seul emploi. Il s'agit sans doute de la raison pour laquelle nombre de mesures ne sont pas qualifiées, au stade de l'exécution des peines. Introduite par la loi du 22 novembre 1978, maintenue par celle du 9 septembre 1986, la catégorie des mesures « d'administration judiciaire » avait été rattachée à des décisions administratives par le Conseil d'Etat¹⁴²⁹, malgré quelques hésitations¹⁴³⁰. La dénomination des décisions du juge de l'application des peines est donc de première importance, puisqu'elle ouvre la voie, ou non, à l'équité procédurale, essence de son identité. Hélas, la suppression des mesures d'administration judiciaire par la loi du 9 mars 2004 n'a pas permis de mettre un terme à la ségrégation.

704. Les mesures quasi-juridictionnelles – Certaines mesures continuent aujourd'hui de recevoir un traitement différentiel. Il existe donc toujours, en droit de l'exécution des peines, des ordonnances, qui se distinguent des autres décisions du juge de l'application des peines, car elles sont soustraites au droit commun. Qualifiées de mesures quasi-juridictionnelles, en opposition aux jugements, elles reçoivent donc un régime juridique différent. L'article 712-1 du Code de procédure pénale reconnaît bien le juge de l'application des peines comme une juridiction de premier degré au premier

¹⁴²⁹ Après avoir refusé un temps une telle analyse en matière d'exécution des peines (CE, 20 déc. 1918, FOY, Lebon p. 1156 ; 23 juill. 1920, *Valette*, Lebon p. 738 ; 26 janv. 1927, Brochard, Lebon p. 99 ; 1er mars 1939, *Troncoso*, Lebon p. 130 ; et synthèse CE, 18 mai 1951, *Dame veuve Moulis*, Lebon p. 277, Sect. 1952.3.19, note R. DRAGO), le Conseil d'Etat reconnaît que « les décisions du juge de l'application des peines prises pour l'exécution du service pénitentiaire constituent des décisions administratives qui ne relèvent que de la juridiction administrative » (CE, 5 févr. 1971, *Ministre de la Justice c/ Dame Picard*, Lebon p. 101, *AJDA* 1971, p. 160 et p. 147, chron. D. LABETOULLE et P. CABANES ; D. 1971, jur. 503, note F. MODERNE ; *JCP* 1973.II.17517, note J.-J. FRANSES-MAGRE ; *RTD civ.* 1971.419, obs. P. HÉBRAUD et P. RAYNAUD).

¹⁴³⁰ CE, Sect. 9 nov. 1990, *Théron*, req. n° 101.168 (appel de TA Poitiers, 10 févr. 1988), sous forme de revirement, cet arrêt concernait une mesure de réduction de peine, que le juge administratif rattache cette fois à la juridiction judiciaire, sans préciser la portée d'une telle affirmation : « la décision par laquelle le juge de l'application des peines accorde la réduction d'une peine privative de liberté n'est pas une simple modalité du traitement pénitentiaire, mais constitue une mesure qui modifie les limites de la peine ».

alinéa¹⁴³¹ et s'empresse de lier sa compétence à l'exercice de voies de recours au second : « Les décisions du juge de l'application des peines et du tribunal de l'application des peines peuvent être attaquées par la voie de l'appel ». Le législateur fournit en outre d'autres éléments du procès équitable, à l'article 712-6, en énonçant la tenue du débat contradictoire pour les décisions ayant valeur de jugements. Le doute n'est donc pas permis quant à la nature des pouvoirs, dont l'exercice rejoint en tous points le caractère juridictionnel attendu. Pourtant, l'article 712-4 trahit la résurgence, aux côtés des jugements, d'un autre type de décisions : les ordonnances. Le législateur distingue en effet deux catégories, dont le détail est annoncé aux articles suivants : « Les mesures relevant de la compétence du juge de l'application des peines sont accordées, modifiées, ajournées, refusées, retirées ou révoquées par ordonnance ou jugement motivé de ce magistrat agissant d'office, sur la demande du condamné ou sur réquisitions du procureur de la République, selon les distinctions prévues aux articles suivants ». À ce titre, l'article 712-5 renvoie, en matière d'ordonnance, aux décisions concernant les réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir. Mais de telles mesures peuvent également revêtir la forme de jugements, lorsqu'elles sont accordées automatiquement, ou sous une forme juridictionnelle¹⁴³². En outre, l'article 720 du Code de procédure pénale se réfère lui aussi à une ordonnance dans le cadre de la libération sous contrainte. Or, cette mesure d'aménagement de la peine privative de liberté peut s'exercer sous les mêmes formes que celles qui rejoignent les jugements classiques du juge de l'application des peines : libération conditionnelle, détention à domicile sous surveillance électronique, placement à l'extérieur ou semi-liberté.

705. L'inconduite notoire et l'ordonnance d'incarcération provisoire – Par ailleurs, en cas d'inconduite notoire, lorsque le condamné ne respecte pas ses obligations dans le cadre d'un aménagement de peine (par exemple, l'interdiction de contact avec la victime), le juge peut prendre une ordonnance d'incarcération provisoire. L'article 712-19 du Code de procédure pénale mentionne cependant

¹⁴³¹ Art. 712-1, al. 1, du Code de procédure pénale : « Le juge de l'application des peines et le tribunal de l'application des peines constituent les juridictions de l'application des peines du premier degré qui sont chargées, dans les conditions prévues par la loi, de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application ».

¹⁴³² L'article 721 du Code de procédure pénale prévoit l'attribution automatique des crédits de réduction de peine. Les articles 721-3 et 723-15 permettent des décisions relatives aux réductions de peine dans les cadres respectifs d'un jugement répressif et d'une décision juridictionnelle du juge de l'application des peines.

l'exigence d'un débat contradictoire, dont l'absence entraîne la remise en liberté au bout de quinze jours. Par conséquent, la privation de liberté consentie est soustraite temporairement aux règles procédurales classiques, et s'inscrit dans le cadre d'une sanction « urgente », dont la forme doit être rapidement régularisée.

706. Des mesures hybrides – En définitive, toutes ces mesures, en dehors du cas particulier de l'incarcération provisoire, selon qu'elles relèvent de jugements ou d'ordonnances, peuvent être mises en œuvre dans deux cadres distincts : celui du procès équitable ou celui d'un régime semi-administratif. Le juge de l'application des peines statue soit par la voie d'un jugement, après audience contradictoire, soit par voie d'ordonnance, après avis de la commission d'application des peines.

707. Il ne s'agit plus, à proprement parler, des mesures d'administration judiciaire telles qu'entendues avant la juridictionnalisation. Hybrides, ces mesures quasi-juridictionnelles n'offrent aucun débat contradictoire ni droits de la défense. Néanmoins, elles ouvrent droit à un recours devant la chambre d'application des peines de la cour d'appel, statuant à son tour par voie d'ordonnance¹⁴³³. Cette discrimination tenace entre les différentes mesures du juge de l'application des peines met en lumière toute l'ambiguïté de ses pouvoirs. Annoncé comme une autorité de contrôle de l'institution pénitentiaire, il ne détient en réalité qu'un pouvoir de façade. Le maintien de mesures contraires aux exigences du procès équitable et décidées dans le cadre carcéral, – puisqu'elles requièrent l'intervention de la commission d'application des peines –, permet à l'administration pénitentiaire de paralyser le pouvoir judiciaire. S'il faut retenir « que constitue une mesure d'application des peines une mesure décidée par un juge en vue d'influencer le cours futur de l'exécution de la peine »¹⁴³⁴, il convient d'observer non seulement les décisions juridictionnelles, mais également celles qui n'en possèdent pas les attributs, alors même qu'elles mettent à exécution la peine. Ces dernières dévoient, de façon notoire, l'identité du juge de l'application des peines.

708. L'existence de pratiques pseudo-juridictionnelles – Devenue presque coutumière, la pratique dite du « recadrage » est systématique, en matière d'exécution

¹⁴³³ Art. 712-1, al. 2, du Code de procédure pénale.

¹⁴³⁴ L. DE GRAËVE, « Juridictions de l'application des peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 5.

des peines. Elle consiste, pour le juge, à convoquer le condamné pour lui rappeler la loi, lorsqu'il ne respecte pas l'aménagement de peine consenti. Aucun texte ne l'encadre, alors qu'elle représente le quotidien du juge de l'application des peines¹⁴³⁵. Cet entretien est réalisé dans le but d'énoncer le cadre du mandat judiciaire, et des obligations qui en découlent. En conséquence, le juge de l'application des peines place le condamné dans les conditions d'une convocation judiciaire, en lui exposant les risques encourus par le non-respect des mesures auxquelles il est soumis. L'objectif est valable, puisque le juge souhaite éviter au condamné, par le biais de cette rencontre informelle, une révocation ou un durcissement de sa peine. Mais en contrepartie, les exigences relatives au procès équitable ne sont pas garanties et dépendent du bon vouloir du juge. Le plus souvent, le principe du contradictoire semble respecté, le juge débutant l'entretien par l'écoute du condamné, en recueillant sa parole au regard des obligations violées. Il tente ici de restaurer le respect dû à l'institution judiciaire, en corrigeant l'attitude générale de la personne, dont la conduite doit être conforme à celle qui est attendue dans une salle d'audience. À ce titre, il n'est pas rare qu'il signale un comportement désinvolte, en exigeant par exemple, d'ôter les mains des poches ou de se garder de toute nonchalance dans les échanges. Il écoute également les difficultés rencontrées dans l'application de la peine et prodigue des conseils, afin de provoquer une adhésion à la mesure¹⁴³⁶.

709. Les risques liés à la coutume du recadrage – Nullement prévu par le Code de procédure pénale, le recadrage, malgré son bien-fondé, expose néanmoins à des dérives. Bien qu'aucune sanction ne soit prononcée à la suite de cette rencontre, elle oriente l'avis du magistrat dans ses décisions futures, alors même que la présence d'un avocat, ou le respect du contradictoire, sont laissés à la libre appréciation du juge. Sans remettre en cause l'existence de cette norme coutumière, qui offre une chance au condamné de se reprendre avant d'être sanctionné, il serait sans doute pertinent que le législateur l'inscrive dans la loi. Elle pourrait ainsi se détacher de la coutume, pour devenir une norme, et bénéficier d'une uniformisation. Sa reconnaissance législative aurait l'intérêt de l'entourer des garanties procédurales fondamentales et de la rendre

¹⁴³⁵ Cette coutume est confirmée par deux juges de l'application des peines du tribunal judiciaire de Quimper, lors d'un entretien réalisé le 17 février 2020. Le recours à la pratique du « recadrage » est une constante.

¹⁴³⁶ Lire à ce sujet l'étude de M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, *op. cit.*, pp. 83-84. Les juges de l'application des peines interrogés rendent compte d'une pratique balisée, qui consiste à donner le ton de l'institution judiciaire.

automatique, avant de recourir à une mesure coercitive. Cette pratique ne serait donc plus laissée à la libre appréciation du juge de l'application des peines, mais rendue obligatoire. Loin de retirer un pouvoir au juge, une telle légalisation ne pourrait que rejoindre son identité.

710. La multiplication des dérogations au débat contradictoire – De façon plus préoccupante, l'augmentation significative du hors-débat est à déplorer. En parfaite contradiction avec la juridictionnalisation opérée, le législateur multiplie les dérogations au débat contradictoire, remettant en cause l'identité du juge de l'application des peines. Déjà en 2012, par le biais d'une circulaire, la garde des Sceaux encourage un tel recul : « Je vous demande de privilégier, le recours à la procédure hors débat contradictoire en milieu fermé comme en milieu ouvert et de ne requérir l'organisation d'un débat contradictoire que dans les cas où les éléments contenus dans le dossier du juge de l'application des peines se révèlent insuffisants à éclairer la situation du condamné ou que le projet d'aménagement de peine est inadapté »¹⁴³⁷. Par de multiples voies, tantôt éphémères, comme les anciennes procédures simplifiées d'aménagement de peine, tantôt pérennes, comme les ordonnances relatives aux réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir, le législateur supprime la contradiction, pourtant essentielle au procès équitable.

711. L'auto-saisine – Cette exigence redevient en revanche utile pour permettre d'autres entorses, telle l'auto-saisine du juge de l'application des peines, qui peut tout à la fois autoriser puis révoquer une mesure d'aménagement de peine de sa propre initiative, selon le comportement du condamné dont il assure le suivi. Le Conseil constitutionnel, sur la base d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation¹⁴³⁸, a eu l'occasion de se prononcer sur la validité de l'article 712-4 du Code de procédure pénale en 2017. Il est en effet prévu que le juge de l'application des peines puisse se saisir d'office, notamment dans le cadre du suivi d'une mesure de sursis avec mise à l'épreuve, et révoquer celle-ci, en totalité ou de manière partielle. L'auto-saisine est ici contestable, en ce qu'elle permet à l'autorité judiciaire, à la fois de prononcer la mesure dans le cadre de l'aménagement de la peine,

¹⁴³⁷ Circulaire du 19 septembre 2012 de politique pénale de Mme la garde des Sceaux, NOR : JUSD1235192C.

¹⁴³⁸ Cons. const., 10 nov. 2017, n° 2017-671 QPC : JurisData n° 2017-023260 ; JO 11 nov. 2017, texte n° 102 (Cass. crim., 9 août 2017) ; J. BUISSON, « Saisine d'office du juge de l'application des peines », *Procédures*, LexisNexis, n° 1, 25, 2018.

– décision qui est donc revêtue de l'autorité de la chose jugée –, et de revenir spontanément sur sa décision par la suite pour la modifier, en cas de défaillance du condamné. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est invoqué au soutien de la violation du principe d'impartialité des juridictions et du principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement, mais rapidement écarté par le juge constitutionnel. De façon un peu cavalière, ce dernier considère d'abord qu'il ne s'agit pas ici de l'introduction d'une nouvelle instance, puisque le juge de l'application des peines « agit dans un cadre déterminé par la juridiction de jugement et met en œuvre, par ses décisions, la peine qu'elle a prononcée »¹⁴³⁹. Le second temps du raisonnement consiste à mentionner le respect du contradictoire dans le cadre d'une telle saisine, qui est tout naturellement d'intérêt général puisque « le législateur a poursuivi les objectifs de protection de la société et de réinsertion de la personne condamnée ». Dès lors que le condamné peut présenter des observations, la saisine d'office est constitutionnelle.

712. Par conséquent, suivant l'idée que les droits de la défense rééquilibrent la pouvoir d'auto-saisine accordé au juge, le Conseil constitutionnel établit un parallèle intéressant avec les articles 712-5 et 712-8 du Code de procédure pénale. Dans le premier cas, les ordonnances relatives aux réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir sont prises après avis de la commission de l'application des peines, sans débat contradictoire. Dans le second, les décisions de modification ou de refus des mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de détention à domicile sous surveillance électronique et de libération conditionnelle, et les obligations qui en résultent, ou encore celles qui découlent de certaines mesures décidées par le tribunal d'application des peines (relèvement de la période de sûreté, de la libération conditionnelle ou de la suspension de peine) ne font l'objet du contradictoire que si le ministère public le demande. Cela revient à dire, pour le juge constitutionnel, que l'absence de contradictoire n'est pas gênante, à condition que le juge de l'application des peines ne se saisisse pas lui-même.

¹⁴³⁹ Art. 712-1 du Code de procédure pénale : « Le juge de l'application des peines et le tribunal de l'application des peines constituent les juridictions de l'application des peines du premier degré qui sont chargées, dans les conditions prévues par la loi, de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application ».

713. L’avocat, absent du contentieux de l’exécution des peines – Enfin, de tels déficits ne s’accompagnent pas d’une présence renforcée de l’avocat. Bien au contraire, les droits de la défense sont encore amoindris en ces lieux, en raison d’une désertion de l’avocat auprès de celui qu’il a pourtant accompagné jusqu’au procès pénal. « Même un avocat nul est un avocat utile »¹⁴⁴⁰ : cette affirmation peu engageante, et somme toute assez désuète, est pourtant révélatrice des faiblesses du contentieux de l’exécution des peines où l’avocat brille, par son absence. L’avocat n’est pas obligatoire pendant le débat contradictoire, et la pratique démontre que les conseillers d’insertion et de probation exercent le plus souvent un tel rôle par défaut, lorsqu’ils rassemblent les preuves et les justificatifs utiles pour l’examen d’une demande ou le suivi d’une mesure. Ils ne peuvent néanmoins se tenir aux côtés du condamné lors des rencontres avec le juge de l’application des peines à la place de l’avocat. Déjà, par sa seule présence, il rééquilibre mathématiquement l’inégalité : d’un côté du bureau, le condamné, de l’autre, le juge de l’application des peines et le représentant du ministère public. Si ces protagonistes ne poursuivent ni la même logique répressive, ni ne présentent les mêmes garanties, il n’en demeure pas moins qu’ils apparaissent aux yeux du justiciable comme les tenants d’une même équipe, celle de l’autorité judiciaire.

714. Il est par conséquent impératif que l’avocat se trouve auprès de son client dans la dernière phase procédurale, afin d’apporter le contre-pouvoir attendu. Essentiel, non seulement par sa maîtrise des codes et du langage juridique, mais aussi parce qu’il est en mesure de présenter des preuves et de demander des aménagements de peine, l’avocat est pourtant démissionnaire, en ces lieux. Accompagné tout au long de la procédure par son conseil, le condamné, la plupart du temps, n’est plus en mesure de verser des honoraires supplémentaires, et doit se passer de l’avocat face au juge de l’application des peines. Pourtant, il vient d’être démontré que l’identité du juge, ici, est loin de remplir toutes ses promesses. L’atteinte à l’impartialité, à la présomption d’innocence, ou aux droits de la défense, n’est malheureusement pas contrebalancée par la présence de l’avocat, lorsque la peine est appliquée.

¹⁴⁴⁰ M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l’application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, op. cit., p. 113.

Paragraphe II – Une culture de la désistance

715. À l'origine vecteur d'optimisation du procès pénal, l'aménagement de la peine s'est imposé comme une exigence absolue de sa régulation. Le juge exécute et applique la peine en l'aménageant *ad libitum*, dans une perspective de réinsertion du condamné. A la faveur des réformes successives présidant à sa juridictionnalisation, le juge de l'application des peines a complété son identité en intégrant les principes d'insertion et de prévention de la récidive. Cette mutation a permis de conforter le rôle thérapeutique des juges de l'application des peines (A), lequel s'exerce avec dynamisme dans les modulations de la peine appliquée (B).

A) Des méthodes « thérapeutiques »

« En réalité, tout est lié : pour permettre à une personne de se réinsérer, et éviter sa récidive (efficacité), la peine infligée doit avoir été acceptée et comprise par le condamné (sens), ce qui présuppose que celui-ci se soit au préalable amendé. Pour entrer dans ce monde parfait, la peine doit donc être « utile ». On pourrait dire, à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de peines perpétuelles, qu'elle doit se justifier par un motif d'ordre pénologique »¹⁴⁴¹.

716. Une identité singulière – « Juge de la durée », par opposition au « juge de l'instant »¹⁴⁴², le juge de l'application des peines est porteur d'une identité singulière, au regard de ses confrères du siège. Il n'est pas uniquement dévolu à la répression, mais également à la réinsertion, comme le commandent les fonctions de la peine, selon l'article 130-1 du Code pénal introduit par l'article premier de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Parmi les motifs « pénologiques » évoqués par le juge européen, le

¹⁴⁴¹ V. PELTIER, « Détention à domicile sous surveillance électronique (DDSE) - Sens et efficacité des peines – », *Dr. pén.* n° 5, Mai 2019, étude 13. L'auteur fait référence au titre 5 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, intitulé « Renforcer l'efficacité et le sens de la peine », au regard des motivations de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les longues peines privatives de liberté (V. notamment CEDH, 26 avr. 2016, n° 10511/10, *Murray c/ Pays-Bas* : JurisData n° 2016-007793 ; *Dr. pén.* 2016, comm. 120, obs. V. PELTIER ; CEDH, 17 janv. 2017, *Hutchinson c/ Royaume-Uni*, req. n° 57592/08 : JurisData n° 2017-002123 ; *Dr. pén.* 2017, comm. 51, obs. E. BONIS ; CEDH, 13 nov. 2014, *Bodein c/ France*, req. n° 40014/10 : JurisData n° 2014-026649 ; *Dr. pén.* 2015, comm. 15 ; CEDH, Grande ch., 9 juill. 2013, *Vinter et a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, n° 130/10 et n° 3896/10, : JurisData n° 2013-022188 ; *Dr. pén.* 2013, comm. 165, obs. E. BONIS).

¹⁴⁴² L. DE GRAËVE, « Juridictions de l'application des peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 8.

juge doit sans nul doute « soigner le condamné ». Malgré l'abandon de son statut de travailleur social, le juge de l'application des peines n'a guère changé sa philosophie dans l'application de la peine. Au contraire, l'évolution législative a favorisé une identité à la frontière entre le répressif et l'éducatif, proche de celle du juge des mineurs. Mué en juridiction, cette nouvelle autorité judiciaire conserve les traits d'un juge humaniste. Alors même que la logique suivie n'est plus la même, – entre probation et activité juridictionnelle –, la nature si particulière des fonctions lui permet de s'inscrire dans la fameuse « alliance thérapeutique »¹⁴⁴³. Un fond culturel commun demeure entre les anciennes fonctions, et les nouvelles : réaliser un travail utile, qui favorise la réadaptation sociale des condamnés. La désistance, plus couramment désignée en France par le terme réinsertion, rejoint la volonté de s'intéresser aux conséquences de l'application des règles de droit et du fonctionnement de la justice sur les personnes¹⁴⁴⁴. Une démarche holistique, en tant qu'elle recherche non seulement l'adhésion, mais également la compréhension du condamné, face à la peine, est directement destinée à réintégrer le délinquant au sein de la société, et relève donc de la mission assignée au juge de l'application des peines à travers la personnalisation des sanctions.

717. L'intérêt du condamné – L'article 707 du Code de procédure pénale l'y incite d'ailleurs fortement, en ne faisant nullement référence à la dimension punitive, mais uniquement au diptyque réinsertion / prévention de la récidive : « Le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions ». Les juges de l'application des peines intègrent ces quatre piliers : leur rôle consiste à permettre au condamné d'agir en personne responsable, qui respecte des règles et les intérêts de la société et à éviter la commission de nouvelles infractions. Les objectifs fixés par la loi sont différents, pourtant, de ceux

¹⁴⁴³ Concept médical propre à la psychologie qui peut se définir comme « la collaboration mutuelle, le partenariat, entre le patient et le thérapeute dans le but d'accomplir les objectifs fixés ». V. A. BIOY, M. BACHELART, « L'alliance thérapeutique : historique, recherches et perspectives cliniques », *Perspectives Psy* 2010/4 (Vol. 49), pp. 317-326.

¹⁴⁴⁴ Pour l'Observatoire de la récidive et de la désistance, la notion de désistance renvoie au « processus au cours duquel les activités délinquantes tendent à baisser, en termes de fréquence, de gravité, jusqu'à cesser » (Rapport annuel 2017). Elle fait l'objet de recherches en France, un étude sur la sortie de la délinquance étant notamment conduite par Marwan MOHAMMED, chargé de recherche en sociologie au CNRS et chercheur associé au CESDIP (Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales) et Valérian BENAZETH, doctorant en Sciences politiques au CESDIP.

qui prévalent à l'égard de leurs anciens compagnons d'arme. De fait, l'article 13 de la loi pénitentiaire dispose : « Les personnels des services pénitentiaires d'insertion et de probation sont chargés de préparer et d'exécuter les décisions de l'autorité judiciaire relatives à l'insertion et à la probation des personnes placées sous main de justice, prévenues ou condamnées. À cette fin, ils mettent en œuvre les politiques d'insertion et de prévention de la récidive, assurent le suivi ou le contrôle des personnes placées sous main de justice et préparent la sortie des personnes détenues. », sans nulle référence à la victime.

718. L'intérêt de la victime – *A contrario*, le juge de l'application des peines doit porter un intérêt tout particulier aux victimes, au stade de la sanction pénale. Le paragraphe IV de l'article 707 du Code de procédure pénale s'adresse quant à lui directement à la victime, et lui accorde un corpus de droits, l'autorité judiciaire étant tenue « de garantir l'intégralité de ces droits tout au long de l'exécution de la peine, quelles qu'en soient les modalités ». Longtemps laissée de côté au niveau de l'exécution des peines, hormis dans le cas des infractions les plus graves, la victime bénéficie à présent d'une véritable prise en compte en ces lieux. Aussi les jugements rendus, et les éventuels aménagements de peines, sont attachées à la protection des victimes, notamment dans le cadre des violences conjugales. En outre, le juge de l'application des peines rend ses décisions au regard du dossier et du débat contradictoire, ce qui implique de prendre également en considération le point de vue du parquet et celui du condamné (s'il est présent, celui de son avocat). La perspective, au regard de l'identité judiciaire, n'est pas identique. Bien que partie-prenante des mécanismes concourant à la désistance, le juge de l'application des peines n'agit pas au regard des mêmes enjeux, depuis sa mutation en autorité juridictionnelle. Alors que les agents probationnaires réalisent un travail à caractère social, exclusivement consacré au suivi du condamné, le juge exerce une fonction judiciaire, destinée à protéger la société, et non pas seulement le justiciable. Or, les deux corps de métiers se rejoignent sur la nécessité de réinsertion des condamnés, facteur clé de la réussite – et du travail social – et de la justice pénale –. En cela, le juge de l'application des peines continue de développer une haute connaissance des procédés de désistance, déjà acculturés lorsqu'il officiait au sein de l'administration pénitentiaire. Encore faut-il pouvoir les exercer.

719. Le compas de la désistance – Le fameux « compas de la désistance », – selon l’expression consacrée –, qui se trouve entre les mains du juge de l’application des peines, peut-il véritablement être manié avec dextérité ? L’avancée législative du 23 mars 2019¹⁴⁴⁵, censée « renforcer le sens et l’efficacité des peines », instaure le sursis probatoire, en fusionnant la contrainte pénale et le sursis avec mise à l’épreuve, de sorte qu’il est loisible de s’attendre à une consolidation de la probation, outil principal de l’insertion. Souhaitée de longue date par les spécialistes de la matière, une véritable peine de probation ne semble pourtant jamais intégrer le droit de la peine, si l’on en croit les lacunes persistantes de la dernière innovation¹⁴⁴⁶. La probation concerne à la fois le suivi en milieu ouvert du condamné et l’aménagement de peine, par la responsabilisation de l’individu, pour éviter sa rechute. Plus précisément, selon une recommandation du Conseil de l’Europe, la période probatoire désigne « toute une série d’activités et d’interventions, qui impliquent suivi, conseil et assistance dans le but de réintégrer socialement l’auteur d’infraction dans la société et de contribuer à la sécurité collective »¹⁴⁴⁷. Il s’agit donc de l’instrument privilégié du juge de l’application des peines pour parvenir à la désistance.

720. Loin d’être négligée par le législateur français, elle se traduit par diverses initiatives depuis le milieu du siècle dernier, comme le sursis avec mise à l’épreuve, le suivi socio-judiciaire, ou la contrainte pénale. Cependant, aucun de ces dispositifs ne parvient à assurer un accompagnement efficace et personnalisé du condamné, tant les mesures sont éparées, inadaptées ou inapplicables, voire tout cela à la fois. La Conférence de consensus pour une nouvelle politique publique de lutte contre la récidive s’est à ce titre positionnée en faveur d’un système de probation autonome, qui « garantirait la visibilité et la crédibilité d’une peine contraignante, orientée vers la prévention de la récidive, et favorisant l’insertion de la personne condamnée »¹⁴⁴⁸. Or, aucune des possibilités offertes au juge ne permet à l’heure d’aujourd’hui l’exercice d’un vrai suivi du condamné.

¹⁴⁴⁵ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁴⁴⁶ V. P. CAZALBOU, « Le "nouveau" sursis probatoire », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l’Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

¹⁴⁴⁷ Règles européennes relatives à la probation, 20 janv. 2010 (Recomm. CM/Rec(2010)1 du Comité des ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l’Europe relatives à la probation).

¹⁴⁴⁸ Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive - Conférence de consensus : principes d’action et méthodes, Doc. fr., 20 févr. 2013, p. 12 et s.

721. Le sursis avec mise à l'épreuve – En vigueur jusqu'au 24 mars 2020, pour être ensuite refondu en sursis probatoire, le sursis avec mise à l'épreuve, qui se substitue à l'emprisonnement, est tourné vers le contrôle des obligations et n'offre pas le lien escompté dans le suivi du condamné. Il est, en effet, un aménagement de la peine d'emprisonnement, comme il ressort de l'article 132-41 du Code pénal : « Le sursis avec mise à l'épreuve est applicable aux condamnations à l'emprisonnement prononcées pour une durée de cinq ans au plus, en raison d'un crime ou d'un délit de droit commun. Lorsque la personne est en état de récidive légale, il est applicable aux condamnations à l'emprisonnement prononcées pour une durée de dix ans au plus ». Pendant cette « épreuve », dont le nom suggère davantage la coercition que la réhabilitation, le condamné peut être soumis à l'une des obligations prévues aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal. L'observation attentive des propositions soumises au juge révèle une finalité plus répressive que génératrice de lien social : beaucoup d'interdictions, peu d'interactions. Aussi le condamné devra-t-il par exemple avertir son conseiller d'insertion de tout changement de situation (nouvelle résidence, déplacement, nouvel emploi) et se rendre à chaque rendez-vous avec assiduité, alors même que la justice peut au mieux lui imposer d'effectuer un stage (de citoyenneté, de responsabilisation) ou une formation professionnelle. De fait, le législateur français conçoit davantage la probation comme le fait de « s'abstenir » que celui « d'accomplir ». Seul le dernier alinéa de l'article 132-45 du Code pénal s'approche de la mission du juge en ce qu'il autorise la mise en œuvre « d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté ». Louable, cette initiative rejoint le rôle du juge au regard de l'objectif de réinsertion. Mais le législateur est peu disert sur les conditions de son exercice, renvoyant simplement à son intervention au sein d'un établissement d'accueil¹⁴⁴⁹.

722. La contrainte pénale – La contrainte pénale, qui disparaît le 24 mars 2020, est certes autonome, et instaure bien un suivi renforcé du probationnaire, mais reste en définitive attachée à la privation de liberté, puisque la juridiction de jugement doit fixer

¹⁴⁴⁹ Art. 132-45, 22e, du Code pénal (ancien) : « 22° Respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté ; cette prise en charge peut, le cas échéant, intervenir au sein d'un établissement d'accueil adapté dans lequel le condamné est tenu de résider ». Cette obligation est reproduite au sein du nouvel article 132-45, simplement déplacée au numéro 20.

la durée maximale de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations et interdictions auxquelles il est astreint¹⁴⁵⁰. L'article 131-4-1 du Code pénal évoque bien les termes de la probation en son premier alinéa : « Lorsque la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement et les faits de l'espèce justifient un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu, la juridiction peut prononcer la peine de contrainte pénale ». Toutefois, les obligations prévues, outre le fait d'entraîner un emprisonnement en cas d'inobservation, rejoignent celles du sursis avec mise à l'épreuve. Seul le travail d'intérêt général, ou bien l'attribution d'une aide à caractère social ou matériel¹⁴⁵¹ constituent une plus-value pour le reclassement social.

723. Le suivi socio-judiciaire – Quant au suivi socio-judiciaire, il peut être prononcé de manière autonome, mais reste de la même façon attachée à la peine de prison et s'apparente à une surveillance du condamné plus qu'à une assistance. Il reste, en outre, circonscrit à certaines infractions. Ici, l'article 131-36-1 du Code pénal dispose à nouveau que « La décision de condamnation fixe également la durée maximum de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations qui lui sont imposées ». Le lien avec la prison semble indéfectible, qu'il s'agisse du sursis avec mise à l'épreuve, de la contrainte pénale ou du suivi socio-judiciaire, alors même que la probation ne doit pas se confondre avec la menace. Prononcé en matière d'infractions sexuelles, le suivi socio-judiciaire érige l'injonction de soin en mesure principale, même si les obligations précédentes peuvent être également prévues.

724. Les insuffisances de la probation – Néanmoins, jamais la probation n'est perçue, au travers de ces différentes mesures, comme un programme complet d'accompagnement du condamné, impliquant une action coordonnée des instances sociales, médicales, professionnelles et judiciaires. L'espoir était donc grand d'obtenir, grâce à la loi de programmation de la Justice, une probation autonome et digne d'une telle dénomination.

¹⁴⁵⁰ Art. 131-4-1, al. 7 du Code pénal (introduite par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, la contrainte pénale est supprimée à partir du 24 mars 2020).

¹⁴⁵¹ Art. 132-46 du Code de procédure pénale.

725. La nouvelle peine de sursis probatoire – Tel n'est pas le cas. L'affermissement de la probation que traduit la nouvelle peine de sursis probatoire est certain, mais il reste largement en deçà des exigences légitimes à son égard. La doctrine déplore le manque de cohérence du législateur, qui se refuse à détacher la probation de la prison : « Si le sursis probatoire vient renforcer la probation à la française, il n'en reste pas moins que celle-ci ne constitue pas une peine autonome et uniforme »¹⁴⁵². Modalité d'exécution de l'emprisonnement, le sursis probatoire prévu à l'article 131-3 du Code pénal n'est donc pas une peine autonome. Il s'applique aux peines d'emprisonnement de cinq ans au plus, dix lorsque le condamné est en état de récidive légale¹⁴⁵³. Une première remarque peut immédiatement être relevée après lecture de l'article 132-41 du Code pénal, qui s'oppose à la probation à l'égard des récidivistes ayant déjà bénéficié de deux sursis probatoires. Ces derniers ne devraient-ils pas être, au contraire, les principaux destinataires de mesures destinées à les aider à retrouver leur place dans la société ? Plus encore, elle n'est pas possible pour l'auteur en récidive d'un crime ou d'un délit de violences volontaires, d'agressions ou d'atteintes sexuelles ou d'un délit commis avec la circonstance aggravante de violences, ayant déjà fait l'objet d'une condamnation assortie du sursis probatoire pour des infractions identiques ou assimilées. Dans les deux cas, l'interdiction n'est pas valable si le sursis probatoire ne porte pas sur l'intégralité de la peine d'emprisonnement. Dès lors, si le législateur anticipe l'échec de cette nouvelle probation, il refuse d'en tirer les conséquences qui s'imposent, et préfère exclure les plus récalcitrants, les renvoyant en prison, au lieu de reconsidérer le bien-fondé du système.

726. Le bénéfice du suivi renforcé – Néanmoins, l'article suivant parvient à un compromis très intéressant, qui renoue avec la fonction de personnalisation du juge de l'application des peines, en créant un suivi renforcé. Celui-ci est justement applicable aux récidivistes, quel que soit le nombre de sursis probatoires déjà réalisé. L'article 132-41-1 du Code pénal dispose en ce sens : « Lorsque la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur d'un crime ou délit puni d'une peine d'emprisonnement et les faits de l'espèce justifient un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu, la juridiction peut décider que le sursis probatoire consistera

¹⁴⁵² C. MENABE, « La probation en France : vers un renforcement du sens et de l'efficacité des peines ? », *D.* 2019, p. 1728.

¹⁴⁵³ Art. 132-41 du Code pénal.

en un suivi renforcé, pluridisciplinaire et évolutif, faisant l'objet d'évaluations régulières par le service pénitentiaire d'insertion et de probation, afin de prévenir la récidive en favorisant l'insertion ou la réinsertion de la personne au sein de la société ». La juridiction de jugement peut certes définir elle-même le contenu de ce suivi renforcé, mais à la condition de détenir des informations solides sur la situation du condamné. Le plus souvent, et c'est heureux, puisqu'il s'agit de son rôle, le juge de l'application des peines détermine lui-même l'étendue de cette probation soutenue : « Dans le cas contraire, ces obligations et interdictions sont déterminées par le juge de l'application des peines dans des conditions et selon des modalités précisées par le code de procédure pénale, après évaluation de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale du condamné par le service pénitentiaire d'insertion et de probation »¹⁴⁵⁴. Il peut sans doute être regretté que ce suivi renforcé ne soit pas automatiquement ouvert aux condamnés en état de récidive légale, comme un palier supplémentaire du suivi, lorsqu'une précédente expérience de sursis probatoire n'a pas eu les effets espérés. Il faut ici que la juridiction l'envisage, en motivant sa décision, à défaut de quoi le juge de l'application des peines est privé de cette opportunité.

727. Une déception – Le régime de la probation, qui s'exerce pour une durée maximale de trois ans et peut aller jusqu'à sept ans pour des multi récidivistes, est quant à lui relativement décevant. À nouveau, les mesures de contrôles prévues dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve sont recopiées, ainsi que les mesures resocialisantes, telles la formation professionnelle et les offres de stages. Une amélioration tout de même doit être saluée, puisque le travail d'intérêt général et l'injonction de soin sont intégrés au dispositif, mesures dont l'effet est reconnu comme hautement réinsérant. Pour autant, le nouveau sursis probatoire n'est pas un outil de lutte suffisant à l'encontre des facteurs criminogènes. Sans rupture franche avec les autres peines ou aménagements existants, il confine à l'éparpillement et n'ouvre pas la voie à l'individualisation attendue. Il n'est pas mis en place, ici, un cercle de soutien global et uniforme, permettant de marcher aux côtés du condamné, alors que « la probation vise la réinsertion sociale du probationnaire, la limitation, voire la disparition, de l'influence de certains facteurs criminogènes et son entrée en voie de désistance pour éviter le risque de rechute. Le suivi probatoire est donc intimement lié

¹⁴⁵⁴ Art. 132-41-1, al. 4 du Code pénal.

aux facteurs de désistance et suppose une individualisation tant du suivi que des mesures probatoires »¹⁴⁵⁵.

728. Une probation reliée à la prison – Si la Conférence de consensus avait demandé une probation « sans référence à la prison », il n’était pas question pour autant d’attribuer au juge de l’application des peines une mesure de surveillance, et non de rétribution. La dimension préventive doit être objet d’égalité avec la dimension punitive, sauf à vouloir répondre d’un but administratif, en contradiction notoire avec l’identité de l’autorité judiciaire. Il fallait ici, simplement, mettre en place une nouvelle peine, distincte de toutes les autres en ne recoupant pas leurs modalités, et fédératrice, en regroupant tout ce qui participe à la réinsertion. Le sursis probatoire demeure un aménagement de peine, et non une peine principale, qui renforce certes l’individualisation, mais toujours dans le contexte d’une « probation pénitentiarisée »¹⁴⁵⁶. L’article 739 du Code de procédure pénale donne un plein pouvoir au juge de l’application des peines pour définir ou remodeler les obligations imposées, de sorte qu’il paraît se trouver aux commandes d’une riche palette de mesures humanistes et personnalisées. De même, en cas de suivi renforcé, puisque l’article 741-2 du Code pénal prévoit que le juge de l’application des peines « détermine les obligations et interdictions auxquelles est astreint le condamné ainsi que les mesures d’aide dont il bénéficie » si elles ne sont pas fixées par la juridiction et peut les « modifier, supprimer ou compléter » lorsqu’elles sont décidées par la juridiction. Il détermine également, selon ce texte, les mesures d’aide dont le condamné bénéficie.

729. Le juge de l’application des peines peut donc tout faire, dans le cadre du sursis probatoire, mais avec des moyens similaires, ou presque, à ceux qu’il possédait déjà, et sans appui généralisé entre les différents acteurs qui l’assistent. Ce partenariat indispensable n’existe pas : les services pénitentiaires d’insertion et de probation, autres travailleurs sociaux, médecins, employeurs et associations ne se trouvent pas plus impliqués qu’avant, et pas plus que dans le cadre des autres peines ou aménagements de peine à la disposition du juge. En réalité, le condamné « placé sous le contrôle du juge de l’application des peines », dans le cadre d’un suivi probatoire

¹⁴⁵⁵ C. MENABE, « La probation en France : vers un renforcement du sens et de l’efficacité des peines ? », *op. cit.*

¹⁴⁵⁵ Art. 132-41 du Code pénal.

¹⁴⁵⁶ M. HERZOG-EVANS, *Moderniser la probation. Un défi à relever !*, L’Harmattan, 2013, pp.19-21.

simple ou renforcé, ne sera pas davantage soutenu par la justice dans son parcours désistant. Aussi, il ne faut pas se méprendre sur les véritables intentions du législateur, qui ne cherche pas en réalité à « guérir » un condamné, mais uniquement à prévenir la récidive. Pourtant, l'un ne va pas sans l'autre et le législateur sclérose par ce biais non seulement l'action du juge mais également l'utilité de la peine.

730. Un suivi approximatif – L'identité du juge de l'application des peines, en termes de désistance, se trouve paralysée. La probation n'est pas le souci premier du législateur, qui semble associer la réinsertion et la prévention de la récidive, oubliant au passage l'objectif de resocialisation. Le juge de l'application des peines, en dépit d'une solide culture de la réinsertion, connaît un périmètre d'action réduit. Dans sa mission d'individualisation de la peine, le juge ne peut assurer un suivi complet et cohérent du condamné et doit se contenter d'une approximation, ou d'une intervention en cas d'échec. L'identité du juge pénal s'est bien transformée, mais il est ici davantage question de forme que de fond : « Du côté des JAP la mutation a déjà eu lieu : ils sont passés en un peu plus d'une décennie du statut de “supers éducateurs” à celui de juridiction du premier degré (C. pr. pén., art. 712-1). S'ils mettent chaque jour directement la main “à la pâte” dans le suivi des condamnés, leur rôle est désormais plus exactement d'en définir le contenu et les contours et d'intervenir en cas d'incident ». L'idéologie est globale, elle contamine l'ensemble des acteurs de la désistance : le juge, comme les partenaires sociaux. L'on ne s'étonnera guère des propos d'un responsable de l'administration pénitentiaire, clôturant un colloque sur ce thème, et suivant lesquels le service pénitentiaire d'insertion et de probation n'a nullement pour rôle la réinsertion, mais la prévention de la récidive¹⁴⁵⁷.

731. La logique de prévention – Du social au judiciaire, la prévention ne devient pas seulement l'objectif principal de la peine, mais son unique objet. La prédominance de cet objectif de conservation de la paix sociale et de sécurité publique éclipse l'une des prérogatives essentielles du juge de l'application des peines, celle de la proximité humaine, et amoindrit sa nature juridictionnelle. Armé de son compas, le juge de

¹⁴⁵⁷ Ces paroles prononcées par un collaborateur du directeur de l'administration pénitentiaire, à l'école nationale d'administration pénitentiaire (ENAP), en 2010, sont rapportées par M. HERZOG-EVANS, qui démontre la persistance de l'intérêt administratif au détriment du travail social et judiciaire (*Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, op. cit., pp. 10-11).

l'application des peines continue de tracer des rosaces, tant l'édifice est complexe, alors qu'il suffirait de délimiter ce qui relève de la probation et ce qui n'en relève pas, en deux cercles bien distincts. Cette ligne de partage, en permettant la création d'une peine de référence non adossée à la privation de liberté, devrait être suivie de l'attribution des moyens pour une action uniforme et concertée. Le « cadre juridique unique » est aujourd'hui présent, « la véritable mesure de probation » demeure manquante¹⁴⁵⁸. Les soins prodigués par ces juges « thérapeutes » sont pour l'heure neutralisés dans leurs effets resocialisants, malgré un arsenal de mesures permettant d'aménager la peine privative de liberté ou de s'y substituer.

B) Des mesures dynamiques

*« En réalité, s'agissant d'une peine privative de liberté, ce que le Code pénal permet de faire, le Code de procédure pénale peut toujours le défaire (par la réduction de peine ou le relèvement de la période de sûreté) ou le faire autrement (par l'aménagement de peine) »*¹⁴⁵⁹.

732. Bien souvent, il est impossible pour le tribunal, lorsqu'il prononce une peine, de connaître par avance sa teneur. Cette dernière sera en réalité décidée par le juge de l'application des peines, auquel le législateur confie des pouvoirs immenses en matière d'aménagement, de conversion et de contrôle des sanctions pénales. Cet écart entre la peine prononcée et la peine exécutée a de quoi surprendre et fait l'objet de critiques acerbes à l'égard du système judiciaire. Pourtant, il s'agit ici d'un exercice légitime, qui répond à l'exigence d'individualisation de la peine¹⁴⁶⁰. Sauf à prononcer un mandat de dépôt, immédiat ou différé, la juridiction de jugement laisse au juge de l'application des peines le soin d'affiner la sanction. Tel un morceau de bois brut, le châtiment est retravaillé, de façon artisanale, par un juge dédié au condamné. Dynamique, le pouvoir du juge de l'application des peines se révèle néanmoins empêché par un carcan législatif incohérent (1), motivé par des considérations extérieures à son office (2).

¹⁴⁵⁸ Exposé des motifs du projet de loi de programmation 2018-2022, 20 avr. 2018.

¹⁴⁵⁹ A. GALLOIS, « Retour sur la perpétuité "réelle" », Humanisme et Justice, in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, pp. 864-865.

¹⁴⁶⁰ V. DERVIEUX, « Un droit de la peine "à la peine" », *Gaz. Pal.*, 12 janv. 2016, n° 2, p. 16.

1. Un juge occasionnel

733. Ajuster la peine – Très complexe, le système des peines est décrié de longue date, en ce qu'il ne permet aucune lisibilité quant au sens de la peine. De fait, la peine appliquée est généralement fort éloignée de celle décidée par la juridiction, conduisant à des quiproquos sur le rôle du juge de l'application des peines. La réforme du 23 mars 2019¹⁴⁶¹, malgré des tentatives de simplification parfois opportunes, ne prend pas acte du brouillard pénitentiaire et se laisse à nouveau embrigader par des objectifs dissidents. Au lieu de proposer un vrai choix aux juges correctionnels entre la privation de liberté et la probation, elle les oblige à écarter l'emprisonnement pour les très courtes peines, tout en restreignant le seuil d'aménagement, qui passe de deux à un an. Derrière ce premier paradoxe vient immédiatement s'en interposer un second, puisque le législateur élargit le champ des conversions de peine ainsi que les critères d'éligibilité à l'aménagement de peine en milieu fermé.

734. Essayer de suivre le raisonnement législatif donne le tournis, tant le mouvement de balancier est fort : d'un côté, le pouvoir du juge de l'application des peines est restreint, soit parce que l'aménagement de peine est décidé lors du procès, soit parce qu'il est interdit, lorsque la peine d'emprisonnement prononcée est supérieure à un an (a). De l'autre côté, son pouvoir est augmenté, soit parce qu'il peut convertir plus largement les peines prononcées (b), soit parce qu'il peut aménager davantage la peine en milieu fermé (c). Digne de Kafka¹⁴⁶², cette métamorphose ne trouve pourtant pas son point d'équilibre. Ce dernier s'avère en effet déplacé, en ce qu'il transforme le rôle du juge de l'application des peines.

a) L'aménagement de la peine

735. Un ajusteur judiciaire – À l'égard de la sanction pénale, tout porte à croire qu'il agit en décisionnaire alors qu'il est redevenu un simple « ajusteur judiciaire »¹⁴⁶³. Cette déperdition de pouvoir est subtile et stratégique, de sorte qu'elle est difficile à

¹⁴⁶¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁴⁶² En référence à la célèbre nouvelle de Franz KAFKA, *La Métamorphose*, publiée en 1915. L'auteur y décrit les mésaventures de Gregor SAMSA, un représentant de commerce qui se réveille un matin transformé en un « monstrueux insecte ».

¹⁴⁶³ V. B. LE BOËDEC MAUREL, « Le juge de l'application des peines face à la réforme de la justice », *Gaz. Pal.*, 2 juill. 2019, p. 3.

constater. La tactique est pourtant simple : le législateur cherche par tous les moyens à diminuer la population carcérale, tout en donnant l'illusion de prévenir la récidive. En apparence, la peine privative de liberté est fermement appliquée dès qu'elle atteint une année, afin d'envoyer un message d'exemplarité. En réalité, elle peut être convertie, afin de désengorger le milieu fermé. En apparence, le juge correctionnel peut aménager la peine jusqu'à un an, afin d'individualiser. En réalité, le juge de l'application des peines va personnaliser les sanctions au-delà d'un an, afin, à nouveau, de désengorger le milieu fermé. En définitive, la juridiction de jugement, comme le juge de l'application des peines, sont utilisés pour prévenir la récidive et limiter la surpopulation carcérale. Or, si le premier objectif est bien l'un des attributs de la peine, le second lui est étranger. Dans tous les cas, la réinsertion est laissée de côté et le juge de l'application des peines devient l'abeille ouvrière, au lieu d'être souveraine. Originellement confié à la juridiction de jugement, le pouvoir d'individualisation est progressivement transféré au juge de l'application des peines, avant d'être partiellement réattribué au stade processuel, formant ainsi une boucle sibylline et opportuniste. Par conséquent, le législateur laisse croire que chacun agit sur son terrain, sans empiéter sur les pouvoirs de l'autre, alors que le juge de l'application des peines est neutralisé par la nouvelle répartition des tâches.

736. Pluriel dans son identité, singulier dans ses pratiques – Pluriel dans son identité, le juge de l'application des peines est un sujet singulier dans ses pratiques. Le dynamisme du pouvoir d'individualisation s'exerce ainsi à plusieurs niveaux, en fonction desquels le juge de l'application des peines peut tout à la fois modifier, réduire ou suspendre la peine restrictive ou privative de liberté. D'abord, l'aménagement de peine, au moment du prononcé ou en cours d'exécution, qui lui permet de décider des modalités d'exécution ou bien d'influer sur la durée de la peine. Ensuite, la conversion de peine, lors du prononcé ou après l'incarcération, qui lui permet de transformer la peine initiale. Enfin, il détermine le contenu de certaines peines alternatives à l'emprisonnement, en personnalisant les interdictions, les obligations et les mesures de contrôle qui incombent au condamné. Au sein de ce système imbriqué, la peine est un bateau ivre, qui se déforme et se reforme à l'envi.

737. Dans une perspective d'étranglement des courtes peines d'emprisonnement, le législateur pousse l'aménagement des sanctions pénales à son paroxysme. Décidé *ab*

initio, l'aménagement échappe alors au juge de l'application des peines, bien qu'il lui revienne toujours d'en contrôler l'exécution, avec une grande latitude d'opportunités face à la mesure prononcée. Cela dit, il arrive que le juge de l'application des peines en possède la pleine maîtrise, en aménageant lui-même la peine prononcée. Enfin, il lui appartient toujours d'aménager ou de convertir la peine en cours d'exécution. De plus, aux aménagements de peine entendus *stricto sensu* : placement à l'extérieur, semi-liberté et libération conditionnelle, il faut encore ajouter la détermination éventuelle des modalités d'exécution des peines alternatives, comme le sursis probatoire ou le travail d'intérêt général. Qu'il agisse en première ligne, par l'aménagement immédiat de la peine ferme prononcée lors du procès, ou bien ultérieurement, par l'aménagement de la peine ferme en cours d'exécution, la conversion de peine et la détermination des modalités d'exécution des peines alternatives, le juge de l'application des peines détient un immense pouvoir d'individualisation, qui conforte pleinement son identité pénale.

738. L'aménagement par défaut – La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 participe à la première mutation, en organisant l'aménagement le plus en amont possible, mouvement déjà amorcé avec les lois de 2009 et 2014¹⁴⁶⁴. En établissant des seuils pour le prononcé d'un emprisonnement ferme, le législateur tente d'encadrer le pouvoir des juges correctionnels. Le principe devient alors l'aménagement de peine par le juge de jugement, l'exception, l'aménagement de peine par le juge de l'application des peines. Telle est la solution retenue pour les peines de un mois à un an d'emprisonnement, qui ne permettent le recours au juge de l'application des peines que « par défaut »¹⁴⁶⁵.

739. L'individualisation est donc bien au cœur des préoccupations législatives, ce que démontre de manière éclatante l'exigence de motivation sur la culpabilité et sur la peine. Elle elle est à présent appliquée à l'audience et non à l'exécution des peines¹⁴⁶⁶, avec l'idée d'éviter l'incarcération : « L'article 132-19 du code pénal, dans sa rédaction due à la loi du 15 août 2014, avait déjà réduit la place de l'emprisonnement en matière correctionnelle. Mais la loi de 2019 va plus loin en conférant un caractère presque mathématique au recul de la privation de liberté : celle-ci doit être évitée d'autant plus

¹⁴⁶⁴ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁴⁶⁵ Art. 131-4-1 et 132-19 du Code pénal.

¹⁴⁶⁶ V. L. GRIFFON-YARZA, « Les nouvelles modalités du prononcé des peines d'emprisonnement ferme : un carcan législatif doublé d'un nouvel oxymoron juridique », *AJ pén.* 2019, p. 375.

que sa durée fixée par la juridiction de jugement est moindre, et cela selon un système de tranches de temps. La matière est désormais traitée aux nouveaux articles 132-19 du code pénal et 464-2 du code de procédure pénale, qui expriment une sorte d'algèbrisme pénal »¹⁴⁶⁷. Il est possible de percevoir, à travers ce mouvement, la méfiance du législateur à l'égard du juge correctionnel, dont la latitude est encadrée. Il est surtout loisible de comprendre qu'il souhaite par tous les moyens éviter l'emprisonnement ferme, en imposant la personnalisation de la peine dès le jugement. Cette spirale n'est pas sans conséquence sur le pouvoir du juge de l'application des peines, auquel le même raisonnement est appliqué, mais avec un décalage spatio-temporel préjudiciable. Neutralisé par le renforcement des aménagements de peine décidés *ab initio*, le juge de l'application des peines intervient de plus en plus en aval, dans le but d'alléger les effectifs de établissements pénitentiaires, de sorte que la personnalisation de la sanction ne forge plus son identité, mais la dévoie.

740. L'aménagement obligatoire – Autrefois optionnel, l'aménagement de la peine est devenu obligatoire, la règle fixée au stade du prononcé de la peine se répercutant au niveau de l'exécution, puisque l'article 723-15 alinéa premier du Code de procédure pénale impose au juge de l'application des peines de transformer en détention à domicile sous surveillance électronique, en placement à l'extérieur ou semi-liberté toute peine ferme inférieure ou égale à six mois, ou lorsqu'il reste au condamné à subir une peine de six mois. Entre six mois et un an, à nouveau, la même prescription est faite, lorsque l'emprisonnement ferme n'est pas assorti d'un mandat de dépôt.

741. Toutefois, le juge de l'application des peines ne peut plus aménager l'emprisonnement ferme dès qu'il dépasse un an, pour retrouver un tel pouvoir une fois la personne incarcérée. Cela revient à subordonner de toutes parts son action à la décision prise par la juridiction de jugement, puisqu'il se voit contraint d'aménager ce qui aurait dû l'être lors de l'audience et interdit d'aménager ce qui ne peut plus l'être lors de l'audience. Il retrouve en définitive sa liberté très tard, lorsque la peine privative de liberté est déjà mise à exécution. L'aménagement immédiat de la peine en milieu

¹⁴⁶⁷ J. PRADEL, « Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », *op. cit.*

ouvert se trouve ainsi exceptionnellement décidé par le juge de l'application des peines tandis que l'aménagement consécutif à l'exécution de la peine en milieu fermé est systématiquement de son ressort. Dans ce contexte, le législateur est contraint de guider la juridiction, par la mise à disposition d'informations sur la personnalité des auteurs d'infractions.

742. La procédure d'ajournement du prononcé de la peine aux fins d'investigation – La procédure d'ajournement du prononcé de la peine aux fins d'investigations, qui s'apparente à la césure pénale, poursuit justement cet objectif, en permettant de renvoyer le prononcé de la peine à une audience ultérieure, le temps d'investiguer sur le condamné¹⁴⁶⁸. Au lieu de confier cette mission au juge de l'application des peines, comme il lui revient naturellement, la loi commande donc au juge correctionnel de faire des recherches sur la situation matérielle, sociale et familiale de l'auteur, non plus seulement lorsqu'elles sont nécessaires au prononcé d'une peine, mais dès qu'elles lui paraissent opportunes¹⁴⁶⁹.

743. Le dossier unique de personnalité – Il ne s'arrête pas en si bon chemin et lance encore une expérience, de trois ans, en créant un répertoire des dossiers uniques de personnalité¹⁴⁷⁰. Se limitant jusqu'à présent à l'enquête¹⁴⁷¹, le dossier unique de personnalité contamine par ce biais le jugement et l'exécution de la peine, de sorte que les rapports, les expertises et l'ensemble des informations relatives à la situation matérielle, sociale et familiale d'une personne sont collectées tout au long de la chaîne pénale. Parmi les actes d'enquête, d'instruction, de jugement et d'exécution des peines¹⁴⁷², une mesure d'hospitalisation d'office doit elle aussi être recensée par le répertoire, de sorte que sans dire son nom, ce dernier s'apparente à un fichier de la « dangerosité » davantage qu'à un nouvel outil d'individualisation de la peine. À cet égard, la volonté législative selon laquelle l'emprisonnement ferme doit rester l'*ultima ratio* pourrait néanmoins se trouver piégée par un effet boomerang, le répertoire

¹⁴⁶⁸ Art. 132-70-1 et 132-70-2 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁶⁹ L'intervention des termes résulte de la réforme du 23 mars 2019, au premier alinéa de l'article 132-70-1 du Code de procédure pénale : « La juridiction peut ajourner le prononcé de la peine à l'égard d'une personne physique lorsqu'il apparaît opportun d'ordonner à son égard des investigations, le cas échéant complémentaires, sur sa personnalité ou sa situation matérielle, familiale et sociale de nature à permettre le prononcé d'une peine adaptée ».

¹⁴⁷⁰ Art. 73, IV, de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁴⁷¹ Pour les personnes mises en examen (art. 81 et D. 16 du Code de procédure pénale). V. J. FRINCHABOY, « Le sens et l'efficacité des peines dans la Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *AJ pén.* 2019, p. 198.

¹⁴⁷² La loi limite la collecte aux faits punis d'une peine d'emprisonnement de trois ans.

risquant de mettre en relief le passé pénal de la personne jugée « de manière plus saillante qu'un extrait de casier judiciaire » et « permettant de constater que la situation de celle-ci ne s'est pas améliorée malgré les différentes mesures prises à son égard »¹⁴⁷³. Dans cette course aux aménagements de peine, les enquêtes de personnalité pré-sentencielles sont généralisées, offrant au procureur de la République d'y recourir avant même d'avoir décidé de l'opportunité des poursuites¹⁴⁷⁴.

744. Le retour en arrière – Il est donc question d'individualiser à tout prix et le plus tôt possible, ce qui conduit doucement, pour le juge de l'application des peines, au retour à un rôle secondaire. Un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 9 avril 2019 déroule à cet égard le « tapis rouge » à l'entrée en vigueur de la réforme¹⁴⁷⁵. En effet, cet arrêt de cassation entérine bien le devoir revenu à la juridiction de jugement, au détriment du juge de l'application des peines, en estimant que la méconnaissance de la situation professionnelle du condamné ne doit pas faire obstacle à l'aménagement de la peine. Par conséquent, la présence du condamné lors de la procédure d'appel doit suffire aux juges du fond, qui ont alors tout loisir de l'interroger et de se contenter de déclarations en lieu et place des éléments probatoires¹⁴⁷⁶. La jurisprudence de la Cour de cassation confirme incidemment le positionnement législatif, en ordonnant aux juges correctionnels d'aménager la peine même en l'absence de tout élément de personnalité. Un tel raisonnement, qui participe activement à la « Macdonaldisation » du champ pénal, selon l'expression doctrinale consacrée¹⁴⁷⁷, rend pour le moins les enquêtes de personnalité souhaitables. La loi de

¹⁴⁷³ P. BELLOIR, « Les nouveaux moyens d'individualisation de la peine dans la loi du 23 mars 2019 », *Gaz. Pal.*, 19 nov. 2019, n° 40, p. 66. V. également J.-B. PERRIER, « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », *RSC* 2019, p. 449.

¹⁴⁷⁴ Art. 41, al. 7, du Code de procédure pénale.

¹⁴⁷⁵ Cass. crim., 9 avr. 2019, n° 18-83-874 ; obs. M. HERZOG-EVANS, « Aménager les peines même sans aucun élément matériel ? », *AJ pén.* 2019, p. 403.

¹⁴⁷⁶ Dans cet arrêt, l'auteur est condamné à cinq mois d'emprisonnement ferme par le tribunal correctionnel pour des faits d'outrages à personne dépositaire de l'autorité publique, de rébellion et d'usage de stupéfiants, compte tenu de son absence en première instance et de l'absence d'éléments de personnalité permettant d'individualiser la peine. Malgré l'existence d'antécédents comprenant des violences sur personne dépositaire de l'autorité publique aggravées par deux circonstances, une récidive d'usage de stupéfiants, ainsi que deux infractions de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, le juge de cassation reproche aux juges du fond d'avoir refusé d'aménager la peine. Selon la Haute cour, la présence de la personne lors du jugement d'appel permettait aux juges de lui poser des questions sur sa situation professionnelle, ce qui semble être suffisant pour éviter une courte peine d'emprisonnement : « Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que M. A..., présent à l'audience, pouvait répondre à toutes les questions des juges leur permettant d'apprécier la faisabilité d'une mesure d'aménagement, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

¹⁴⁷⁷ La comparaison de la chaîne pénale avec une chaîne de restauration rapide, diffusée par des sociologues, est fréquemment reprise par la doctrine. V. not. G. BERMAN, « What is a traditional judge anyway ? Problem-solving in the State Courts », *Judicature*, 2000, n° 84, pp. 78-85, spéc. p. 80, citant le Chief Justice Kathleen BLATZ ; R.M. BOHM, « "McJustice" : on the Macdonaldization of criminal justice », *Justice Quarterly*, 2006, 23(1), pp. 127-146 ; M. KILLIAS, G. GILLIÉRON, F. VILLARD et C. POGLIA, « How damaging is imprisonment in the long term ? A controlled experiment comparing long term effects of community service and short custodial sentences on re-offending and social integration », *Journal of Experimental*

programmation et de réforme de la justice impose finalement au juge correctionnel d'aménager la peine sur simple présentation du prévenu et au juge de l'application des peines de repenser la peine au regard de l'évolution du condamné.

745. L'individualisation reste pourtant le cœur de l'activité du juge de l'application des peines, le panel des mesures disponibles étant riche et varié, dans le but de s'adapter aux besoins du condamné. Toutes ont vocation à répondre aux fonctions de la peine, en permettant un retour à la vie sociale et en évitant un autre épisode judiciaire. Dans l'absolu, les possibilités sont immenses : travail d'intérêt général, détention à domicile sous surveillance électronique, placement à l'extérieur, semi-liberté... Le juge possède un éventail de mesures destinées à « préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions »¹⁴⁷⁸. La diversification des mesures permettant l'exécution en milieu ouvert répond bien aux finalités de la peine en conjuguant l'expiation, la neutralisation, la réparation. Le juge de l'application des peines possède donc les clés de la restauration de soi et de la régénération du lien social. Mais en réalité, le terrain judiciaire est bien plus âpre qu'il n'y paraît, la plupart des mesures étant de simples effets d'optique.

b) La conversion de la peine

746. L'exercice du *jus puniendi* – L'exercice du *jus puniendi*, au stade de l'exécution des peines, se traduit d'abord, pour le condamné libre¹⁴⁷⁹ comme celui qui est détenu¹⁴⁸⁰, par un possible aménagement de la sanction pénale en une semi-liberté, un placement à l'extérieur ou une détention à domicile sous surveillance électronique¹⁴⁸¹. Les personnes détenues pourront également bénéficier d'une

Criminology, 2010, n° 6, pp. 115-130 ; M. HERZOG-EVANS, *La libération sous contrainte dans le Nord-est de la France*, Rapport pour la mission Droit et Justice, sept. 2017 ; N. MAGUIRE, « When is prison a last resort ? Definitional problems and judicial interpretations », *Irish Criminal Law Journal*, 2014, 24(3), pp. 62-72 ; G. ROBINSON, « Doing McJustice ? The probation factory at the magistrates courts », *Criminology & Criminal Justice*, 2018, en ligne : <https://doi.org/10.1177/1748895818786997> ; J. FRINCHABOY, « Le sens et l'efficacité des peines dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *AJ pén.*, 2019, p. 198.

¹⁴⁷⁸ Art. 707, II, du Code de procédure pénale.

¹⁴⁷⁹ Art. 723-15 et s. pour les mesures de placement à l'extérieur, de détention à domicile sous surveillance électronique et de semi-liberté des condamnés libres.

¹⁴⁸⁰ Art. 723 et s. pour les mesures de placement à l'extérieur et de semi-liberté des condamnés détenus.

¹⁴⁸¹ Art. 723-7 et s. du Code de procédure pénale.

libération sous contrainte¹⁴⁸² ou d'une libération conditionnelle, cette dernière mesure étant toutefois accordée en collégialité, par le tribunal d'application des peines, pour les infractions les plus graves¹⁴⁸³. L'ensemble de ces dispositifs aura donc vocation à organiser le régime de la peine, la privation de liberté pouvant être partielle, avec la semi-liberté, qui implique des horaires de sortie de détention ou la détention à domicile sous surveillance électronique, qui encadre les horaires de sortie du domicile. Une simple restriction de liberté est également possible, avec le placement extérieur et les mesures de libération anticipées, qui exigent du condamné qu'il se soumette à certaines contraintes.

747. Suspendre ou fractionner la peine – Par ailleurs, le juge de l'application des peines peut toujours suspendre ou fractionner une peine privative de liberté, comme le prévoient les articles 720-1 et 720-1-1 du Code de procédure pénale. En effet, la loi ordonne uniquement au juge d'invoquer un motif d'ordre médical, familial, professionnel ou social, outre des conditions liées au quantum de la peine, pour fractionner ou suspendre l'incarcération, dans la limite de quatre années. Par exemple, un état de grossesse, ou l'exercice de l'autorité parentale, seront susceptibles de justifier de tels aménagements, pour raison familiale. La suspension de peine peut même être autorisée sans condition, quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, pour des raisons médicales. L'article 720-1-1 fait mention « d'une pathologie engageant le pronostic vital » mais également d'un état de santé physique ou mentale « durablement incompatible avec le maintien en détention », ce dernier levier permettant au juge une appréciation fort large, sous réserve, bien sûr, d'un certificat médical concordant. L'article 721 du Code de procédure pénale met quant à lui en œuvre un dispositif de réduction de peine, automatique ou supplémentaire, qui laisse au juge de l'application des peines le soin de le retirer ou de l'ajouter, selon la conduite du détenu.

748. Le placement en extérieur – Parmi toutes ces possibilités, le placement extérieur est malheureusement l'une des mesures les moins prononcées, malgré sa finalité hautement réinsérante. Libre ou détenu, le condamné bénéficie par le biais de

¹⁴⁸² Art. 720 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁸³ Art. 729 et s. du Code de procédure pénale.

cette mesure sous écrou d'un régime de détention assoupli, l'autorisant à quitter l'établissement pénitentiaire afin d'exercer une activité professionnelle, de suivre un enseignement, une formation professionnelle, de rechercher un emploi, de participer de manière essentielle à sa vie de famille, de subir un traitement médical ou de s'investir dans tout autre projet d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive. Il revient alors au juge de l'application des peines de déterminer les conditions de cet aménagement de peine, qui peut aussi bien contraindre la personne à regagner l'établissement pénitentiaire le soir ou le week-end¹⁴⁸⁴, que lui permettre d'être hébergé par une association ou résider dans tout autre lieu désigné par le magistrat. D'autres obligations et interdictions sont envisageables, telles l'interdiction d'entrer en contact avec certaines personnes ou l'obligation de réparer les dommages causés par l'infraction, selon la liste des articles 132-44 et 132-45 du Code pénal.

749. Deux cadres distincts permettent l'exercice de la mesure, selon qu'elle s'opère sous ou hors surveillance continue de l'administration pénitentiaire¹⁴⁸⁵ : les travaux peuvent être exécutés pour le compte d'une administration, d'une collectivité publique, d'une personne physique ou morale sous le contrôle des agents pénitentiaires, le second cas impliquant l'intervention du milieu associatif. Il revient au juge d'apprécier les garanties apportées par le condamné et d'organiser la coopération avec les services pénitentiaires, ainsi qu'une association conventionnée lorsque le placement s'exerce hors surveillance de l'administration pénitentiaire, afin de permettre un suivi global, tant au niveau de l'hébergement, que de l'emploi, du soin et des liens sociaux. Le juge dispose ici d'un formidable atout de réinsertion, qui permet le passage d'un projet de resocialisation à un projet de vie, en offrant un cadre contenant et l'opportunité de sanctionner sans exclure. Au 1^{er} janvier 2020, 882 condamnés ont bénéficié d'un placement extérieur, un chiffre relativement stable puisqu'ils étaient 856 en 2019 et 847 en 2018, ce qui représente en moyenne 8 % des aménagements de peine, contre 80 % en détention à domicile sous surveillance électronique, soit près de dix mille condamnés sur les 12 247 bénéficiaires d'un aménagement de peine¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁴ Art. D. 130 du Code de procédure pénale : « A la fin de chaque journée de travail, les détenus sont réintégrés à l'établissement pénitentiaire, à moins que, sur proposition de l'administration pénitentiaire, il n'en soit décidé autrement par le juge de l'application des peines ».

¹⁴⁸⁵ Art. D. 126 à 135 du Code de procédure pénale pour le placement à l'extérieur sous surveillance du personnel pénitentiaire et D. 136 pour le placement à l'extérieur sans surveillance du personnel pénitentiaire.

¹⁴⁸⁶ Les Chiffres clés de l'administration pénitentiaire, Direction de l'administration pénitentiaire.

750. Une mesure résiduelle – Malgré sa cohérence avec l’identité individualisante du juge de l’application des peines, le placement extérieur est résiduel au regard du bracelet électronique, lequel ne présente pourtant pas le même intérêt. Mais contrairement à la pose d’un appareil de surveillance automatique, le placement extérieur mobilise une pluralité d’intervenants, de sorte que son « développement ne repose que sur des initiatives locales, le plus souvent individuelles, le rendant à la fois contingent et instable »¹⁴⁸⁷. La justice ne finance pas les lieux d’accueil, l’administration pénitentiaire indemnisant uniquement les partenaires qui accueillent les détenus (sous forme de prix de journée) et les directions régionales ferment peu à peu les structures, soit parce qu’elles doivent gérer de tels placements sur leurs fonds, soit parce que des budgets fléchés sont attribués. L’absence de toute allocation de ressources supplémentaires conduit donc l’administration pénitentiaire à réduire le personnel surveillant les détenus au dedans, pour leur confier une surveillance au dehors, ce qui se révèle difficilement concevable au regard de la surcharge des établissements pénitentiaires et du sous-effectif en personnel.

751. À cela s’ajoute la frilosité dans la mise en œuvre de la mesure, qui exige un investissement personnel important alors même que le législateur met les juges au défi de la récidive. En raison de l’obsession sécuritaire qui s’impose spontanément aux acteurs, le placement extérieur reste limité à une portion congrue de détenus, dont le profil est déjà très favorable à l’immixtion sociale, dans le but de parer au risque d’incident. Ainsi les condamnés les plus désocialisés en sont-ils exclus alors même que la transition, de la prison à la liberté, nécessite une période de réapprentissage à la vie normale en parfaite adéquation avec une telle mesure. En conséquence, la mesure n’a pas d’existence réelle, ou si peu, qu’elle est insignifiante dans les pouvoirs du juge.

c) Le contrôle de la peine

752. Un fort pouvoir en apparence – La conversion de peine donne également un fort pouvoir au juge, en permettant la transformation d’une peine d’emprisonnement

¹⁴⁸⁷ V. P. CASTEL, « La diversité du placement à l’extérieur étude sur une mesure d’aménagement de la peine », *Déviance et Société* 2001/1 (Vol. 25), pp. 53-73.

jusqu'à six mois en une détention à domicile sous surveillance électronique, un travail d'intérêt général ou sous forme de jours-amende. Il peut encore assortir l'emprisonnement d'un sursis probatoire renforcé, alors même que ce dernier, adossé à la peine privative de liberté, en est une modalité et non une peine autonome¹⁴⁸⁸. Peu importe ici que la peine soit celle décidée initialement ou découle de la révocation d'un sursis ou d'un reliquat, l'article 747-1 du Code de procédure pénale laisse l'opportunité au juge de décider si « cette conversion lui paraît de nature à assurer la réinsertion du condamné et à prévenir sa récidive ». Très large, la formule met à nouveau en exergue l'apparente puissance du juge de l'application des peines. De plus, l'article 747-1-1 du Code de procédure pénale permet quant à lui la conversion de peines autres que l'emprisonnement, de telle manière que le travail d'intérêt général et la peine de sursis probatoire comportant l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général peuvent devenir une peine de jours-amende ou une peine de détention à domicile sous surveillance électronique ; la détention à domicile sous surveillance électronique peut se muer en une peine de travail d'intérêt général ou une peine de jours-amende et la peine de jours-amende se transformer en une peine de travail d'intérêt général ou une peine de détention à domicile sous surveillance électronique ! Seule exigence législative, la conversion doit répondre à une « modification de la situation du condamné depuis la décision de condamnation qui ne permet pas la mise à exécution de la peine prononcée ». Finalement, la leçon impose de retenir la simplicité dans la complexité puisqu'il est possible de résumer la conversion de peine en une faculté d'intervertir chaque peine par toutes les autres.

753. Une impuissance en réalité – La pusillanimité du juge de l'application des peines pourrait être ici soulevée, au regard du choix prédominant du bracelet électronique face aux multiples possibilités évoquées. Il s'agit surtout d'une impuissance, qui le conduit à écarter des mesures en trompe l'œil. La conversion en jours-amende, par exemple, nécessite des moyens financiers dont sont dépourvus de nombreux condamnés. À côté de la détention à domicile sous surveillance électronique, dont il a fait une peine de référence, le législateur a tout de même revalorisé le travail d'intérêt général, qui souffre d'une déshérence notable, faute de structures adéquates.

¹⁴⁸⁸ V. Y. CARPENTIER, « Loi n° 2019-222, du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : aspects de droit de la peine », *Lexbase Pén.* n°16 du 16 mai 2019 : Peines.

Sanction pénale qui peut être prononcée comme peine principale, peine complémentaire, peine de conversion d'une peine ferme ou comme obligation imposée dans le cadre d'un sursis probatoire, le travail d'intérêt général est effectué gratuitement par le condamné, auprès d'un service public ou d'une association. Il implique donc, pour les personnes déjà en activité professionnelle d'être réalisé pendant leurs heures libres, permettant ainsi de préserver l'exercice de l'emploi, tout en étant utile à la collectivité. Collectif ou individuel, il peut prendre la forme, par exemple, de travaux pédagogiques (formation aux premiers soins, mise en relation avec les missions locales ou le pôle emploi), d'amélioration de l'environnement (entretien des espaces verts ou des plages, débroussaillage, réparation de dégâts divers), d'entretien et de manutention (peinture, maçonnerie, jardinage), ou de rénovation du patrimoine (réfection de bâtiments publics, nettoyage de graffitis). Il peut encore s'inscrire dans le cadre de la solidarité (tri et distribution de vêtements) et de l'aide aux personnes (accompagnement de personnes handicapées, lecture pour des non-voyants, aide aux devoirs scolaires) ou consister en des tâches administratives (classement, archivage, recherche documentaire)¹⁴⁸⁹. Tout en créant un lien avec la communauté, le travail d'intérêt général permet le réapprentissage des règles et l'implication citoyenne. Il s'instaure donc comme une réponse pénale à la fois réparatrice, restaurative et socialisante, qui devrait être privilégiée par le juge.

754. Néanmoins, l'insuffisance du nombre d'organismes permettant l'exécution d'un travail d'intérêt général disqualifie de longue date sa mise en œuvre. Les auteurs d'un rapport « ayant pour objectifs d'identifier les leviers et de formuler des propositions concrètes afin de dynamiser le TIG, en rendant plus fluide la connaissance des places disponibles » relèvent la pauvreté de cette mesure puisqu'elle ne représente, en 2016, que 6% du total des peines prononcées sur le territoire national avec 36 428 mesures, d'une durée moyenne de 85 heures. Ce constat entre en pleine contradiction avec son succès, puisque seuls 34 % des condamnés à travail d'intérêt général ont récidivé, contre 61 % pour les sortants de prison : « Il apparaît, clairement, comme une peine moderne, efficace, économique et pragmatique qui répond à l'ensemble des critères de la loi et fait l'objet, dans son principe, d'une parfaite unanimité. Mais son application

¹⁴⁸⁹ V. *Le travail d'intérêt général - Guide pratique à l'usage des structures d'accueil*, diffusé en ligne par le ministère de la Justice.

reste timorée et insuffisamment développée. La peine de travail d'intérêt général souffre d'un manque patent de dynamique, lié tout autant à la faiblesse des prescriptions judiciaires, qu'à la complexité de sa mise en œuvre et la durée excessive de son exécution »¹⁴⁹⁰.

755. L'élargissement du travail d'intérêt général – La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 tente donc un élargissement, par le biais d'une expérimentation de trois ans de l'exercice de la mesure au sein de personnes morales de droit privé d'économie sociale et solidaire et de sociétés poursuivant des objectifs sociaux ou environnementaux. Cette augmentation en offre de structures se double d'une augmentation en nombre d'heures, la peine pouvant être comprise à présent entre vingt et quatre cents heures. Jusqu'à présent, ce travail citoyen et non rémunéré ne pouvait excéder deux cent quatre-vingts heures, de sorte que l'article 131-8 du Code pénal dote le magistrat d'une peine plus solide. Une agence du travail d'intérêt général a d'ailleurs été mise en place en décembre 2019 pour prospecter auprès des différents acteurs et les aider à mettre en place de nouvelles offres, diffusées en temps réel auprès du juge¹⁴⁹¹. Dès l'audience, puis lors de l'exécution des peines, il sera donc possible de connaître la disponibilité des structures au niveau départemental et la nature des travaux proposés.

756. La question du consentement – L'amélioration devrait sans doute conforter un peu les pouvoirs du juge de l'application des peines, par la mise à disposition d'une mesure plus cohérente. Il est en revanche regrettable que le législateur s'égare sur les conditions autorisant son prononcé par la juridiction de jugement, en éludant le consentement de l'intéressé, dès lors que le juge de l'application des peines peut mettre à exécution la peine d'emprisonnement ou d'amende prévue, en cas de refus du condamné. En effet, lorsque le prévenu n'est pas présent à l'audience et n'a pas fait connaître son accord, le travail d'intérêt général peut être prononcé à condition pour la juridiction de jugement de « fixer la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie »¹⁴⁹². De la même façon, le législateur ne sollicite

¹⁴⁹⁰ D. PARIS, D. LAYANI, *Les leviers permettant de dynamiser le travail d'intérêt général*, rapport remis à Monsieur Édouard PHILIPPE, Premier ministre, mars 2018, pp. 4-7 et 18. Rapport consultable en ligne.

¹⁴⁹¹ Le décret n° 2018-1098 du 7 décembre 2018 créé « l'agence du travail d'intérêt général et de l'insertion professionnelle des personnes placées sous-main de justice ».

¹⁴⁹² Art. 131-9, al. 2, du Code pénal.

pas l'accord du condamné, mais l'absence expresse de refus, pour toute conversion de peine en travail d'intérêt général, selon les termes pour le moins alambiqués de l'article 747-1-1 du Code de procédure pénale. Ce texte est ainsi rédigé, de manière à semer un trouble certain quant à ses conditions de mise en œuvre : « après avoir été informé du droit de refuser l'accomplissement d'un travail d'intérêt général, le condamné a expressément déclaré renoncer à se prévaloir de ce droit ». D'une acceptation, le travail d'intérêt général se suffit à présent d'une absence de refus, de sorte que le juge de l'application des peines est encore une fois utilisé par défaut, non pas pour choisir la peine la plus appropriée, mais pour sanctionner le refus de se plier au travail commandé¹⁴⁹³. Le subterfuge était déjà prévu par les rapporteurs de la mission parlementaire, lesquels préconisaient une « adaptation » du consentement, différé au stade de l'exécution des peines, de sorte que le juge de l'application des peines est uniquement réduit à l'incident : « Si la proposition de condamnation, sans aucun consentement, de l'intéressé, se heurte aux dispositions de l'article 4 de la "Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme" et de ses interprétations jurisprudentielles "proscrivant le travail forcé ou obligatoire", rien ne paraît, en revanche, s'opposer à permettre un recueil différé du consentement de la personne condamnée avant l'exécution du travail d'intérêt général »¹⁴⁹⁴.

757. La question de la motivation – De façon assez paradoxale, la Cour de cassation dégage quant à elle le travail d'intérêt général de l'obligation de motivation des peines correctionnelles¹⁴⁹⁵, laquelle vient pourtant d'être consacrée¹⁴⁹⁶, en estimant que son prononcé est subordonné au consentement de l'intéressé. Déjà contestable par le blanc-seing donné à la juridiction de jugement en l'absence de toute justification sur le choix de la peine, cette jurisprudence l'est plus encore dès lors que le consentement n'est plus vraiment « la pierre angulaire » de cette sanction. Cela revient à dire qu'à partir du moment où le condamné ne refuse pas le travail d'intérêt général, la peine est

¹⁴⁹³ Art. 131-8, al. 4 du Code pénal : « Dans ce cas, avant la mise à exécution de la peine de travail d'intérêt général, le juge de l'application des peines informe le condamné de son droit de refuser l'accomplissement d'un travail et reçoit sa réponse. En cas de refus, tout ou partie de l'emprisonnement ou de l'amende fixée par la juridiction peut être mis à exécution, dans les conditions prévues à l'article 712-6 du Code de procédure pénale, sous réserve, s'il y a lieu, des possibilités d'aménagement ou de conversion ».

¹⁴⁹⁴ D. PARIS, D. LAYANI, *Les leviers permettant de dynamiser le travail d'intérêt général*, rapport remis à Monsieur Edouard PHILIPPE, Premier ministre, mars 2018, p. 12, Rapport consultable en ligne.

¹⁴⁹⁵ Cass. crim., 16 avr. 2019, n° 18-83.434, P+B+I : JurisData n° 2019-006083, note sous arrêt V. PELTIER, « Absence de motivation du travail d'intérêt général », *Dr. pén.* n° 6, Juin 2019, comm. 120

¹⁴⁹⁶ L'article 485-1 du Code de procédure pénale, applicable depuis le 24 mars 2020, impose une obligation de motivation générale des peines correctionnelles au regard des articles 130-1 (fonctions de la peine) et 132-1 (individualisation de la peine) du Code pénal.

nécessairement adaptée à sa personnalité, ce qui dispense le juge de s'en expliquer. L'individualisation des temps modernes réduit ainsi considérablement le rôle du juge, ce que démontre encore le contrôle des mesures.

c) Le contrôle de la peine

758. Les mesures d'interdictions, d'obligations et de contrôle – En vertu des articles 132-44 et 132-45 du Code pénal, dont la liste ne cesse de s'allonger, les peines effectuées en milieu ouvert, peuvent être assorties de mesures d'interdictions, d'obligations et de contrôle, en plus des peines complémentaires. Lors de l'avènement du nouveau Code pénal, treize mesures étaient proposées au juge de l'application des peines, contre vingt-cinq aujourd'hui, illustration certaine de l'augmentation du pouvoir du juge de l'application des peines. Certaines sont simples et engagent faiblement la vocation personnalisante, comme l'obligation de « remettre ses enfants entre les mains de ceux auxquels la garde a été confiée par décision de justice » ou l'obligation « de justifier du paiement régulier des impôts », alors que d'autres laissent une marge d'appréciation considérable au juge. Le magistrat pourra ainsi éloigner du domicile un conjoint violent, obliger un condamné à se soigner, interdire la diffusion d'une œuvre audiovisuelle en lien avec l'infraction, ou exiger que le condamné obtienne son autorisation pour tout changement de domicile ou d'emploi.

759. L'unification du régime des stages – Il peut également diriger le condamné vers un stage, dont le régime autrefois disparate vient justement d'être unifié à l'article 131-5-1 du Code pénal¹⁴⁹⁷. L'accomplissement de cette démarche est particulièrement représentatif du pouvoir d'individualisation du juge, qui dispose par ce biais de leviers adaptés au profil délinquant au regard de la multiplicité des stages proposés : stage de citoyenneté, tendant à l'apprentissage des valeurs de la République et des devoirs du citoyen, de sensibilisation à la sécurité routière, de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants, de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes, de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels, de responsabilité parentale et de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes. La réécriture de cette peine

¹⁴⁹⁷ V. E. BONIS, « Peines de stage ou stage comme peine unique ? », *Dr. pénal* 2019, Étude 2.

est intéressante pour la juridiction de jugement en ce qu'elle place sur un pied d'égalité les différentes opportunités, alors que le seul stage de citoyenneté était soumis à un régime classique jusqu'à présent, les autres stages relevant de la spécialité. Mais elle l'est tout autant pour le juge de l'application des peines, qui était alors limité à la liste de l'article 132-45, soit le stage de citoyenneté, de sensibilisation à la sécurité routière ou le stage de lutte contre les violences conjugales. En revanche, diverses mesures restent relativement creuses, telle l'interdiction de fréquenter des débits de boisson, qui n'empêche nullement le condamné d'acheter de l'alcool pour une consommation à domicile. Le législateur n'impose ici ni abstinence, ni réduction de la consommation, de sorte que le juge doit s'appuyer sur des stratagèmes extérieurs pour tenter de donner du sens à l'interdiction. Par exemple, dans du sursis probatoire, l'article 740 du Code de procédure pénale permet au juge de s'appuyer « sur toute personne qualifiée » pour s'assurer de l'exécution des mesures de contrôle et d'aide et des obligations imposées à ce condamné, ce qui peut lui permettre la mise en place de rendez-vous avec un addictologue, supervisés par une association, pour aider un condamné avec une problématique alcoolique à se réinsérer¹⁴⁹⁸. Cette perte d'efficacité se retrouve à bien d'autres égards, lorsque l'absence de suivi ne permet pas de vérifier qu'il s'abstient de rencontrer ses anciens complices ou bien lorsqu'il continue de résider avec la victime malgré la prohibition. De la même façon, un condamné abandonnant sa résidence sans le notifier au juge, malgré la mise en œuvre de la prescription de l'article 132-44, peut parfaitement échapper au contrôle du juge si personne ne le cherche ou si le juge est saisi tardivement, ce qui ressort bien souvent de la pratique judiciaire¹⁴⁹⁹. Le recadrage du juge, par la révocation ou la modification des mesures en raison de la violation des obligations et interdictions imposées, se trouve ainsi paralysé. Le contrôle des mesures en milieu ouvert mobilise donc des ressources abondantes et attrayantes, qui laissent croire au fort pouvoir du juge de l'application des peines, alors qu'elles sont victimes d'une obsolescence neutralisante.

760. Le port du bracelet électronique – L'écrasante majorité des mesures se limite finalement au port d'un bracelet électronique. La détention à domicile sous surveillance

¹⁴⁹⁸ La saisine tardive du juge de l'application des peines découle du manque de coordination entre les différents acteurs et d'un suivi qui ressemble souvent davantage à un pointage administratif : entretiens individuels rares et nombreuses violations qui ne font pas l'objet d'une information du magistrat, ce dernier étant saisi après des écarts répétés. V. (M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, op.cit, pp. 94-95.

¹⁴⁹⁹ M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, op.cit, p. 74.

électronique, à laquelle le législateur incite fortement, ne prouve cependant pas son efficacité, au regard de la forte proportion des récidivistes qui l'ont pratiquée. Face à l'incarcération de courte durée, elle présente des avantages certains, qu'il s'agisse d'éviter la perte d'un emploi ou d'un logement. Mais hormis le fait de ne pas « désinsérer », elle n'offre pas la resocialisation escomptée. Dans l'optique de « punir dehors », le travail d'intérêt général ou le placement extérieur représentent à cet égard des mesures particulièrement intéressantes, alors que la surveillance électronique est bien souvent un pis-aller. Pourtant, les mesures les plus réinsérantes sont laissées de côté et le pouvoir d'individualisation n'existe que sur papier glacé. Déjà relégué au rang de juge occasionnel avec les aménagements de peine décidés *ab initio* par le juge du procès, le juge de l'application des peines se trouve confiné à l'automatisme, puisqu'il doit aménager, convertir ou contrôler la peine par devoir, au lieu d'exercer un pouvoir.

2. Un aménagement automatique

761. L'apaisement du parcours délinquant – Nées de la crise des prisons au milieu des années 1970, alors déchirées par des mouvements de détenus et des mutineries, les peines de milieu ouvert ont toujours eu vocation à vider les établissements pénitentiaires. Ce pourquoi, dans un besoin évident de légitimation, elles sont naturellement associées à de nombreux bienfaits, tel l'amendement du condamné. Très certainement, – les chiffres ne s'y trompant pas –, la peine effectuée en dehors de l'univers carcéral permet plus aisément l'apaisement du parcours délinquant. Il est en effet plus facile de revenir à la norme sociale lorsque la répression est associée à un suivi et immergée dans la vie quotidienne. Néanmoins, le raisonnement s'émancipe quelque peu de certains facteurs, qui peuvent expliquer autrement les statistiques élogieuses à l'égard des sanctions pénales exécutées en milieu ouvert. D'abord, la situation critique des établissements pénitentiaires, qui ne peuvent soutenir la comparaison, tant la question du reclassement social y semble hors de propos au regard des conditions de détention actuelles. Ensuite, le choix exercé à l'égard d'une catégorie de condamnés présentant déjà un profil favorable à la désistance, à laquelle s'adressent en priorité de telles mesures. Aujourd'hui, la réussite des peines effectuées en milieu

ouvert est d'abord et avant tout la résultante de la « faillite de la prison »¹⁵⁰⁰. Il convient de punir dehors plutôt que dedans surtout par opportunisme. Elle est ensuite le fruit d'un discours militant, exigeant l'élimination de la récidive par tous moyens, fussent-ils de laisser le condamné se prendre en charge seul. Aussi, l'incitation à la pose d'un bracelet électronique est sans commune mesure avec les quelques améliorations du travail d'intérêt général.

762. En conséquence, outre la « volonté de faire du juge de l'application des peines un magistrat occasionnel des aménagements de peine »¹⁵⁰¹ en recentrant ces derniers sur la phase de jugement, le législateur réduit également son rôle à l'automatisme, par l'économie de dispositifs longs et dispendieux. Derrière l'apparent pouvoir du juge, le dynamisme est contrôlé. Dans le jeu des aménagements de peine, la réinsertion cède allègrement le pas à la prévention : « La prévention de la récidive est une préoccupation consubstantielle aux discours de politique pénale. Mais elle semble aujourd'hui devenue l'objectif principal et hégémonique de la peine, obscurcissant et dénaturant celui de la réinsertion ou insertion. La rétribution et la dissuasion sont des fonctions de la peine devenues obsolètes, ou plutôt non politiquement correctes. Pour parvenir à prévenir la récidive, il faudrait avoir recours à des mesures ou des peines s'exécutant en milieu ouvert et comportant un suivi individualisé, renforcé et soumis à une évaluation régulière et standardisée. Situation pour le moins paradoxale, argumentaire pour le moins simpliste et lapidaire, alors que le moindre fait divers soulève des appels véhéments à l'emprisonnement »¹⁵⁰².

763. Les leviers de réinsertion – Jusqu'alors, le juge de l'application des peines disposait à cette fin de « leviers » très souples, lui permettant la mise en œuvre des mesures dès lors qu'elles lui semblaient en adéquation avec la situation du condamné. L'article 707 du Code de procédure pénale lui-même invite au dynamisme, à l'égard du régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté, lequel « est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée,

¹⁵⁰⁰ V. M. FOUCAULT, Conférence sur les alternatives à la prison donnée à l'Université de Montréal dans le cadre d'un séminaire sur la faillite de la prison, en 1977, publiée dans la revue *Actes* 1990, n° 73, pp. 7-15.

¹⁵⁰¹ M. GIACOPELLI, « Renforcer l'efficacité et le sens de la peine », *JCP G* 2019, n° 15, p. 692.

¹⁵⁰² P. PONCELA, « Dehors...La prison dans la tête – Quelques réflexions à propos des peines de milieu ouvert », *Archives de politique criminelle* 2013/I (n° 35), pp. 7-23.

qui font l'objet d'évaluations régulières ». Par conséquent, le juge de l'application des peines a longtemps bénéficié d'un cadre intéressant, lui permettant de justifier l'aménagement de peine selon l'intérêt du condamné. L'article 132-26-1 du Code pénal, aujourd'hui abrogé, prévoyait ainsi plusieurs motifs pour l'aménagement d'une peine d'emprisonnement égale ou inférieure à deux ans en placement sous surveillance électronique, dont l'articulation laissait une marge de manœuvre considérable au juge. L'obtention d'une mesure se substituant à la peine prononcée était donc conditionnée soit par l'exercice d'une activité professionnelle, même temporaire, par le suivi d'un stage ou l'assiduité à un enseignement, par une formation professionnelle ou la recherche d'un emploi, soit par sa participation essentielle à la vie de sa famille, soit par la nécessité de suivre un traitement médical. Une dernière possibilité était offerte au juge, dont la formulation mérite la plus grande attention, à savoir : « l'existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale résultant de son implication durable dans tout autre projet caractérisé d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive ». Cette phrase, à la tournure très générale, avait précisément pour objet de laisser une amplitude considérable au juge de l'application des peines. Ainsi pouvait-il décider du bien-fondé d'un aménagement de peine sur la base de critères extrêmement larges, ces derniers offrant simultanément au condamné une motivation intéressante pour faire preuve d'efforts de réinsertion. Un tel levier était donc particulièrement puissant et révélateur de l'identité du juge de l'application des peines.

764. Un changement de cap – Sa disparition, à la faveur de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, révèle un changement de cap dans l'esprit du législateur. En effet, sauf à considérer les quelques indications contenues dans l'article 707 du Code de procédure pénale quant à la prise en compte de la personnalité, de la situation matérielle, familiale et sociale du condamné, le législateur neutralise les fonctions du juge de l'application des peines au regard d'un second levier. À présent, les articles 132-25 et 132-26 du Code pénal, qui régissent les aménagements de peine que sont la détention à domicile sous surveillance électronique, la semi-liberté et le placement à l'extérieur, obligent le juge à leur recours : « sauf impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné ». Aussi, le juge de l'application des peines n'a plus le pouvoir de décider d'aménager au regard de critères personnalisés, il doit obtempérer en fonction de critères prédéterminés. La situation ou l'évolution du condamné sont éludées, le quantum de la peine est le seul facteur pris en compte. Telle une machine, le juge vérifie

que les critères sont bien remplis et distribue l'aménagement la peine en pressant mécaniquement sur un bouton. Dans ce contexte, depuis la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, le même article 707 enjoint au juge de l'application des peines de prendre en compte le taux d'occupation carcéral dans la mise en œuvre des aménagements de peine, en milieu fermé : « Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire, dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de détention à domicile sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou d'une libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ». Alors que les leviers permettant d'individualiser disparaissent, le législateur réalise un troc avec le levier lié à la surpopulation carcérale. Parce qu'il se rapproche d'un automatisme et se destine principalement à la gestion de stocks, l'aménagement de peines ne rejoint plus le rôle du juge. Paralysée, la fonction d'individualisation est détournée et l'identité du juge de l'application des peines dévoyée.

765. Des exigences internationales – L'exhortation, par les Règles *minima* des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté¹⁵⁰³ à « réduire le recours à l'incarcération » et « rationaliser les politiques de justice pénale, eu égard au respect des droits de l'homme, aux exigences de la justice sociale et aux besoins de réinsertion des délinquants » fut parfaitement entendue. La loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 a introduit en France les peines de substitution aux courtes peines d'emprisonnement, tandis que le travail d'intérêt général et les jours-amende sont mis en place par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983. Les alternatives à l'emprisonnement se développent continuellement, telle la jeune peine de sursis probatoire, qui fusionne contrainte pénale et sursis avec mise à l'épreuve. L'aménagement de la peine d'emprisonnement est presque automatisé, de la phase de jugement à celle de l'exécution des peines.

766. Ces mesures rejoignent bien les exigences internationales et notamment celles du Comité des ministres du Conseil de l'Europe : « les peines privatives de liberté

¹⁵⁰³ Dites « Règles de Tokyo », elles furent adoptées par l'Assemblée générale le 14 décembre 1990 dans la résolution 45/110.

[doivent] être considérées comme une sanction à [prendre] en dernier recours et, par conséquent, ne devraient être infligées que dans les cas où, en tenant (...) compte d'autres circonstances appropriées, la gravité de l'infraction serait de nature à rendre toute autre peine clairement inadéquate »¹⁵⁰⁴.

767. L'obsession sécuritaire – Dans son obsession sécuritaire, qui le conduit à la rationalisation, le législateur se focalise néanmoins sur les chiffres de la récidive, au lieu de s'intéresser aux exigences sociales. Ces chiffres, en augmentation constante, – le taux de récidive légale étant passé de 32,9 % en 2001 à 40 % en 2017 –, seraient un marqueur d'échec de la justice pénale¹⁵⁰⁵. Le juge de l'application des peines, incapable de juguler la délinquance par ses méthodes, se trouve fermement encadré par le législateur. Cependant, s'il faut admettre que l'école ne peut éduquer les enfants à la place de leurs parents, il devrait être compris que le juge de l'application des peines ne peut rééduquer les condamnés à la place de la société. La récidive n'est pas nécessairement le constat d'une défaillance de la justice et il ne faudrait pas que l'alternative et l'aménagement de peine soient tournés exclusivement vers un tel objectif. Les règles de Tokyo, « tout en proposant seulement d'inciter à l'utilisation des mesures non carcérales, sont révélatrices de l'importance désormais attribuée au niveau mondial à la question des sanctions alternatives »¹⁵⁰⁶. Les autorités françaises sont pour une fois bien assidues dans la mise en œuvre d'une source internationale, non contraignante qui plus est. Malheureusement, elles en déportent l'effectivité en contraignant le juge à y recourir dans un unique but de déflation carcérale.

768. La dilution des alternatives et des aménagements de peines dans une flexibilité instrumentale nuit considérablement à l'identité du juge. En dépit du pouvoir confié, sa marge de manœuvre est finalement réduite, dès lors que les mesures plient devant des impératifs étrangers à la personnalité du condamné : « dans une telle situation, le juge sera également amené à trahir la certitude de la peine. En effet, il sera dans une impossibilité presque "technique" d'exercer cette marge d'appréciation en ce qu'elle n'est pas accompagnée de la disponibilité de connaissances techniques solides, orientées

¹⁵⁰⁴ Recommandation n° R (92) 17 du 19 octobre 1992 relative à la cohérence dans le prononcé des peines, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 octobre 1992.

¹⁵⁰⁵ Ministère de la Justice, Prévention de la récidive et individualisation des peines : chiffres clés.

¹⁵⁰⁶ A. BERNARDI, « Sur l'évolution des sanctions alternatives à l'incarcération en Europe », *Humanisme et Justice, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, pp. 543-548.

vers l'adéquation du traitement. Cette marge d'appréciation sera finalement presque réabsorbée, voire annulée, à l'intérieur de la marge d'appréciation de fait bien plus indéterminée qui lui est déléguée par le législateur dans la gestion des mesures alternatives, le juge apparaissant chargé de la tâche, en substance, d'assurer la tenue globale du système entre les deux extrêmes de sa capacité de prévention générale et du risque de déflagration carcérale »¹⁵⁰⁷.

Conclusion de la section 1

769. Dans ce paysage juridictionnel, le dynamisme de l'exécution des peines est réduit à néant et les pouvoirs de son juge sont paralysés. D'une certaine façon, le législateur refuse indirectement ici la mission d'appréciation de la nécessité des peines qui lui revient¹⁵⁰⁸. Il n'élabore pas le choix politique et sociétal qui lui incombe, en refusant d'établir des sanctions proportionnées à l'égard d'incriminations érigeant la privation de liberté en peine principale, alors que le juge est prié de tout faire pour l'éviter. En définitive, « la première trahison de la certitude de la peine est celle du législateur », qui ne fait pas de la réinsertion un simple facteur de différenciation, en l'utilisant à des fins de décroissance carcérale et transfère sur les épaules du juge « une dilatation anormale » des mesures alternatives et de l'aménagement de la peine d'emprisonnement¹⁵⁰⁹. Le dynamisme des mesures, déjà neutralisé dans son prononcé, est encore réduit par le manque de capacités.

Section 2 : Des capacités réduites

770. « Comment (re)donner du sens à la sanction pénale pour qu'elle soit efficace ? » : la question formulée à l'égard des rédacteurs du rapport intitulé « Sens et

¹⁵⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁰⁸ Le Conseil constitutionnel estime que la nécessité d'une peine, principe énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, relève du pouvoir d'appréciation du législateur (Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, cons. 13).

¹⁵⁰⁹ F. PALAZZO, « Précision de la loi pénale et certitude de la peine : principes et expériences », *Humanisme et Justice, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, pp. 633-641 : « En effet, en admettant qu'il soit possible d'atteindre un degré élevé de précision des règles, la certitude de leur fonction ordonnatrice spécifique serait, au moins partiellement, vaine si la peine dans son prononcé et son exécution concrète était si flexible qu'elle en devienne "incertaine" au nom d'exigences d'individualisation par ailleurs inéluctables, même du point de vue constitutionnel ».

efficacité des peines », dans le cadre des chantiers de la Justice, était énoncée en des termes clairs¹⁵¹⁰. La réponse l'est nettement moins, si l'on considère non seulement la marginalité des mesures qui sont attribuées au juge, leur neutralisation ne lui permettant pas de donner du sens aux peines (Paragraphe I) et la marginalisation du juge lui-même, qui paralyse l'efficacité de ses fonctions (Paragraphe II).

Paragraphe I – La marginalité des mesures

771. La magnificence du législateur, disposé à distribuer au juge de l'application des peines toutes les mesures escomptées pour redonner sens et efficacité à la peine est habile, tant elle reste mutique sur la réalité des pouvoirs conférés. La pleine puissance de son office est un leurre, un tel constat pouvant être accompli très tôt, lorsque les prérogatives sont mises en œuvre à l'extérieur des prisons (A). Plus tard, l'incapacité d'action atteint son point cardinal, se révélant critique en leur sein (B).

A) Au dehors

772. En matière d'exécution des peines, malgré un outil normatif florissant, qui ne cesse de reconstruire les modalités d'exécution des sanctions pénales, l'apparence surpasse de loin l'efficience. Le juge de l'application des peines possède des pouvoirs immenses, du moins, en principe. Sur le terrain, ses capacités sont le plus souvent paralysées par leur inapplicabilité. L'aporie qui en résulte remet en cause son identité, dont la plénitude est contrariée. À nouveau, l'individualisation de la peine est marginalisée, compte tenu des faiblesses techniques (1) et génériques (2) des multiples aménagements législatifs proposés.

1. Le défaut structurel des mesures

773. Tout d'abord, la fonction de réinsertion de la peine est contrecarrée par l'inexistence d'une peine véritablement autonome en matière de probation, à défaut

¹⁵¹⁰ Rapport sur les chantiers de la Justice, « Sens et efficacité des peines », par Monsieur Bruno COTTE et Madame Julia MINKOWSKI, remis à Madame la garde des Sceaux le 15 janvier 2018.

d'engagement législatif significatif. Mais la sanction pénale ne poursuit pas cet unique but et l'ensemble de ses fonctions semble annihilé en raison des blocages rencontrés par le juge de l'application des peines au cours de son application.

774. La suppression de la contrainte pénale – La contrainte pénale, en premier lieu, vient d'être supprimée, sans que cela ne suscite l'émotion parmi les magistrats. Et pour cause : cette peine n'était que rarement employée, eu égard à son caractère impraticable. Prévues à l'article 131-3 du Code pénal, la contrainte pénale fut introduite par la loi du 15 août 2014¹⁵¹¹, en tant que peine autonome. Alors qu'elle laissait à la juridiction de jugement un large pouvoir d'appréciation, puisqu'elle l'exerçait à l'encontre des condamnés dont « la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale » nécessitait « un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu », les chiffres attestent du désaveu judiciaire en ce que la contrainte pénale représentait moins de 0,3 % des peines prononcées en 2017¹⁵¹². Dès lors, il convient de relever un premier obstacle qui s'opposait au juge de l'application des peines : si la juridiction de jugement ne prononçait pas une telle sanction, elle échappait tout bonnement à ses pouvoirs. Certes, le contrôle de la mesure lui revenait intégralement à la suite de son prononcé, de sorte qu'il réintérait un pouvoir plénier lorsque cette peine était mise en œuvre par le tribunal correctionnel. Mais, contrairement à la plupart des peines correctionnelles, tel le travail d'intérêt général ou le stage de citoyenneté, la contrainte pénale ne se déployait pas dans le cadre d'un aménagement de peine décidé par le juge de l'application des peines. Il ne détenait donc jamais les commandes de sa mise en œuvre.

775. Pourtant, derrière cette peine ambitieuse se cachait un idéal de justice qui rejoignait précisément l'identité du juge de l'application des peines. Le suivi « renforcé » résultant de la contrainte pénale supposait une finesse d'individualisation de la peine importante et porteuse de promesses en termes de réinsertion. Il s'agissait ici de faire coopérer les juges, de correctionnelle et de l'application des peines, les services pénitentiaires d'insertion et de probation, le milieu médical et le tissu associatif, notamment, afin d'entourer au mieux le condamné vers le retour à la vie

¹⁵¹¹ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁵¹² Peines principales dans les condamnations prononcées en matière correctionnelle en 2017, Ministère de la Justice/SG/SEM/SDSE, fichier statistique du Casier judiciaire national, année 2017.

sociale. Sans dire son nom, cette peine correspondait à la probation tant espérée, en ce qu'elle réunissait les ingrédients d'un travail collectif autour de la personne et rejoignait l'idée d'un suivi attentif du parcours du condamné. Il s'agissait pourtant d'un constat d'échec, à la fois statistique, par la marginalité de son prononcé durant ces cinq années d'existence et technique, par sa disparition récente. D'abord, elle était ignorée du juge correctionnel, qui lui préférerait de loin le sursis avec mise à l'épreuve, ce dernier représentant 8,2 % des peines prononcées en 2017¹⁵¹³. Une explication peut sans doute être apportée par le biais de la culture professionnelle du juge de jugement, tant l'exigence de personnalisation de la sanction est inhérente au statut hybride du juge de l'application des peines, alors qu'elle reste annexe à celle du juge processuel. Pour cette raison, le juge de l'application des peines continue d'être perçu comme un juge « social » auquel l'on délègue tout le travail autour de la peine. Suivant ce raisonnement, le temps de l'audience est bien trop précieux pour s'intéresser aux différentes problématiques psycho-sociales autour du condamné et les rapports des services sociaux ou enquêtes de personnalité ne font pas l'objet de toute l'attention qu'ils méritent.

776. Une mesure désertée – La contrainte pénale était à ce titre désertée, et l'épreuve préférée, aboutissant au prononcé d'un sursis : « Le troisième thème que la contrainte pénale contraint à aborder est celui de l'individualisation des décisions judiciaires, à toutes les étapes du processus de traitement des délits. L'accélération des procédures et l'adoption de modes de réponses stéréotypées ont résulté des injonctions répétées à une justice plus rapide et plus efficace – mais uniquement en matière de taux de réponse. Le traitement en temps réel a ignoré les critères individuels, la décision en audience les a traités trop superficiellement, à l'image de ces rapports sociaux non lus. L'individu et les problématiques entourant le passage à l'acte se sont trouvés gommés – telles que les addictions par exemple, ou celles liées à la désinsertion sociale. Avec la contrainte pénale, c'est un retour à l'individualisation que les magistrats doivent "digérer". Or, ils n'en ont pas le temps ni l'envie, préférant déléguer cela au juge "social" qu'est le JAP »¹⁵¹⁴. En effet, la contrainte pénale impliquait un investissement de la juridiction

¹⁵¹³ Peines principales dans les condamnations prononcées en matière correctionnelle en 2017, Ministère de la Justice/SG/SEM/SDSE, fichier statistique du Casier judiciaire national, année 2017.

¹⁵¹⁴ C. MOUHANNA, « Justice en situation - La contrainte pénale : symptôme d'une réforme impossible ? », *Les cahiers de la justice* 2018, p. 557.

de jugement, qui pouvait d'ores et déjà fixer le contenu de ce suivi renforcé, à condition de disposer d'éléments suffisants sur la personnalité du condamné. La durée, de six mois à cinq ans, était décidée par le juge correctionnel et les diverses obligations impératives étaient notifiées à l'intéressé (notamment, répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou du travailleur social désigné pour le suivi, prévenir le travailleur social de ses changements d'emploi et de tout changement de résidence ou de tout déplacement de plus de 15 jours et le prévenir de son retour)¹⁵¹⁵. À cela, s'ajoutaient des obligations supplémentaires, spécialement adaptées à la personnalité du condamné, tel le suivi d'une cure de désintoxication s'agissant d'une personne souffrant d'une addiction, ou bien l'interdiction de parier pour quelqu'un qui ne peut s'empêcher de dilapider sa fortune aux jeux de hasard. Il revenait encore au tribunal de déterminer la peine d'emprisonnement encourue en cas de non-respect des obligations¹⁵¹⁶. Néanmoins, lorsqu'il ne disposait pas d'informations lui permettant de moduler le suivi, le tribunal se contentait de délimiter la durée de la contrainte pénale et de l'emprisonnement encouru. Passé le filtre de la juridiction correctionnelle, le juge de l'application des peines retrouvait donc un grand pouvoir dans l'exercice de la contrainte pénale, soit parce qu'il commandait dès l'origine son fonctionnement à l'égard du condamné, soit parce qu'il en assurait le contrôle. Ainsi, l'évaluation de la mesure réalisée par le service pénitentiaire d'insertion et de probation, qui rencontrait le condamné à quatre reprises dans les trois mois de son prononcé, devait permettre au juge de l'application des peines d'affiner au mieux le suivi, en fonction de l'analyse effectuée et des propositions relatives à la personnalité du condamné¹⁵¹⁷.

777. Il est bien naturel de s'interroger sur la disparition d'une telle mesure, qui semble pour la première fois réunir les critères d'un suivi probatoire efficient. Le juge de l'application des peines aurait-il perdu, avec la suppression de cette peine, une part de son identité ? S'agit-il véritablement d'une dégradation de son pouvoir

¹⁵¹⁵ Art. 131-4-1, al. 2, du Code pénal : « La contrainte pénale emporte pour le condamné l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines, pendant une durée comprise entre six mois et cinq ans et qui est fixée par la juridiction, à des mesures de contrôle et d'assistance ainsi qu'à des obligations et interdictions particulières destinées à prévenir la récidive en favorisant son insertion ou sa réinsertion au sein de la société ».

¹⁵¹⁶ Elle ne peut cependant dépasser la peine encourue suivant le délit considéré et deux ans tout au plus : « La juridiction fixe également la durée maximale de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'observation des obligations et interdictions auxquelles il est astreint. Cet emprisonnement ne peut excéder deux ans, ni le maximum de la peine d'emprisonnement encourue. Les conditions dans lesquelles l'exécution de l'emprisonnement peut être ordonnée, en tout ou partie, sont fixées par le code de procédure pénale » (art. 131-4-1, al. 7, du Code pénal).

¹⁵¹⁷ Art. 713-42 du Code de procédure pénale. Le Code prévoit que la décision du juge de l'application des peines doit intervenir dans les quatre mois du prononcé de la contrainte pénale.

d'individualisation de la peine ? Il faut en premier lieu rappeler que tant qu'elle n'était pas prononcée par la juridiction de jugement, elle ne pouvait être mise en œuvre par le juge de l'application des peines, ce qui la rendait tout à fait marginale, compte tenu des rares cas de condamnation à une contrainte pénale pendant les cinq années de son existence. Les conditions de son exercice n'étaient pas étrangères à ce dédain judiciaire, tant elle semblait difficile à orchestrer en pratique, ce dont les juges correctionnels avaient parfaitement conscience. L'exigence d'une évaluation réalisée par des équipes pluridisciplinaires, dans le but de « croiser les regards », représentait l'un des freins majeurs à son prononcé. La note de cadrage relative à la mise en œuvre de la contrainte pénale¹⁵¹⁸ avait requis des services pénitentiaires d'insertion et de probation la création de commissions composées de plusieurs intervenants « aux fins de proposer au magistrat mandant un projet d'exécution et de suivi de la mesure ainsi que des obligations afférentes spécifiquement adaptées ». Cette note de cadrage prévoyait qu'une telle commission pluridisciplinaire serait animée par un cadre du service et composée du conseiller de probation référent, du psychologue et au moins d'un autre conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation. Or, la multiplicité de professionnels, réunis dès l'évaluation de la mesure prononcée, se révélait pratiquement impossible à organiser face au manque de personnel des services de probation. À Reims, par exemple, l'absence de psychologue a rendu impossible la mise en place de telles équipes interprofessionnelles « ce qui a contraint le TGI à limiter le nombre de contraintes prononcées chaque mois pour éviter un alourdissement des charges des CPIP »¹⁵¹⁹. De la même façon, l'investissement qu'elle impliquait, puisqu'elle supposait par exemple des entretiens mensuels avec le bénéficiaire, des visites à domicile, l'association de la famille et des proches, restait relativement incompatible avec le manque de moyens humains, chaque conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation étant en moyenne chargé du suivi de cent à cent cinquante dossiers. Dès lors, ces blocages ultérieurs apparaissaient rédhibitoires à la juridiction de jugement, qui recourait plus volontiers au sursis avec mise à l'épreuve. En outre, une telle peine n'était jamais parvenue à emporter l'adhésion, tant elle était affiliée à un « super sursis avec mise à l'épreuve » que les magistrats lui préféreraient de loin, ce

¹⁵¹⁸ Note de cadrage du 26 septembre 2014 relative à la mise en œuvre de la nouvelle peine de contrainte pénale, instaurée par l'article 19 de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (NOR : JUSK1540004N).

¹⁵¹⁹ V. DUFOURD, « La contrainte pénale : un avenir incertain », *Dalloz actualité*, 5 oct. 2016.

dernier ne supposant pas les mêmes obstacles dans sa mise en œuvre. Elle perdait à ce titre une crédibilité certaine, puisque les obligations qui étaient les siennes étaient celles des articles 132-44, 132-45 et 132-46 du Code pénal, communes au sursis avec mise à l'épreuve. Sa complexité participait fort logiquement à son échec et la discréditait sur l'échelle des peines à laquelle elle était insérée.

778. Des avantages considérables – Pourtant, ce suivi renforcé présentait des avantages considérables pour permettre la réinsertion des condamnés et correspondait à divers égards aux besoins du juge de l'application des peines pour accomplir les fonctions assignées par le législateur. La contrainte pénale était d'abord plus complète que le sursis avec mise à l'épreuve, puisqu'elle permettait au juge, au surplus des classiques obligations et interdictions des articles 132-44 et 132-45 du Code pénal, de décider d'un travail d'intérêt général et d'une injonction de soin. Ces deux mesures comptent parmi les plus utiles à la désistance et offrent de vraies options dans l'individualisation de la peine, notamment par le croisement avec d'autres. Par ailleurs, le juge de l'application des peines assure dans ce cadre un suivi au sens propre du condamné – puisqu'il le rencontre – ce qui constitue une différence significative avec le sursis avec mise à l'épreuve, qui limite l'entretien au cas de l'incident. Également, le service pénitentiaire d'insertion et de probation doit entretenir des contacts à échéances régulières avec le condamné, alors qu'ils se limitent parfois à un rendez-vous annuel dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve. Enfin, la contrainte pénale mobilisait un « collectif » autour du condamné, qui se traduisait par la participation conjointe et concertée de tous ceux qui participaient à la mesure : les intervenants judiciaires, sociaux, médicaux et associatifs. L'engagement des acteurs locaux est donc capital, bien qu'il se heurte très souvent à des impasses : la surcharge des hôpitaux ou le refus de prise en charge par les centres médico-psychologiques de personnes sous main de justice peuvent être cités en exemple. Il s'agissait ici pour les agents de probation de fédérer ou fidéliser les partenariats au sein des différentes structures afin de développer une offre d'activité et des formations de qualité. Le juge de l'application des peines adaptait quant à lui la densité du suivi en fonction des rapports qui lui étaient remis. Surtout, la personne était replacée au sein du dispositif, ce qui contribuait en premier lieu à la réinsertion sociale : « La personne condamnée à l'exécution de la mesure de justice devra systématiquement être associée à son évaluation, afin qu'elle entame, dès ce stade, une réflexion sur ses interactions duelles, groupales, au sein et

hors de son environnement, mais également sur ses ressources et difficultés, ses soutiens et ses axes de progrès, son rapport aux autres et aux victimes, etc., pour renforcer l'efficacité de la prise en charge »¹⁵²⁰. La contrainte pénale était donc l'aboutissement d'un travail d'équipe, entre le juge et les services pénitentiaires d'insertion et de probation, une telle collaboration apportant des vertus indiscutables pour l'insertion et la prévention de la récidive. À ce titre, l'élargissement de la contrainte pénale aux personnes condamnées à des infractions pour lesquelles des peines d'emprisonnement de dix ans étaient encourues, et non plus cinq, dès le 1^{er} janvier 2017, fut heureux. Une telle peine avait vocation à soumettre justement les délinquants les plus sérieux à un contrôle renforcé. Plus encore, les récidivistes sont concernés au premier plan par un suivi solide et individualisé, afin de les détourner d'une voie délinquante déjà bien installée.

779. Mais une forte dimension punitive – Bien entendu, la contrainte pénale ne satisfaisait pas toutes les attentes. Cette probation n'était toujours pas dissociée de la prison et pouvait provoquer la privation de liberté en cas de non-respect des obligations, au lieu d'être poursuivie et intensifiée. Elle conservait une dimension punitive forte, la contrainte faisant davantage appel au contrôle qu'à l'inclusion au sein du corps social. Le juge de l'application des peines, sur ce point, était quelque peu dépossédé de ses pouvoirs, puisqu'il revenait au Président du tribunal judiciaire, saisi par ses soins, de révoquer la mesure et de prononcer tout ou partie de l'emprisonnement prévu *ab initio*, selon l'article 713-47 du Code de procédure pénale. Elle privait donc la mesure d'une réactivité bienvenue en cas de non-respect des obligations et introduisait un signe de défiance à l'encontre des juges de l'application des peines, puisqu'elle était la seule à être soumise un tel régime.

780. Un paradoxe – Le Conseil d'État a cependant jugé qu'une telle dissociation rétablit l'impartialité objective à l'égard du juge de l'application des peines, en séparant les fonctions de poursuite et de sanction¹⁵²¹. Une telle solution mérite l'attention, en ce qu'elle induit l'hypothèse de « poursuites » réalisées par le juge de l'application des

¹⁵²⁰ Art. 713-42 du Code de procédure pénale. Le Code prévoit que la décision du juge de l'application des peines doit intervenir dans les quatre mois du prononcé de la contrainte pénale.

¹⁵²¹ Conseil d'Etat, Avis n° 387947 du 30 octobre 2013 sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines.

peines lorsqu'il contrôle l'exécution de la mesure, fonction qui ne saurait se cumuler avec la révocation de la contrainte, puisqu'il s'agit alors d'un jugement. Pourtant, une telle possibilité est offerte dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, qui peut être révoqué par le juge de l'application des peines, alors qu'il suit également le condamné dans l'observation du délai d'épreuve. Dans un cas comme dans l'autre, le juge de l'application des peines détermine et modifie le contenu de la mesure, dont les obligations et interdictions sont similaires, de sorte qu'il est difficile de comprendre comment ce contrôle peut être assimilé, ou non, à l'exercice de poursuites. Ce paradoxe est intéressant par ce qu'il révèle de l'esprit du législateur, qui distinguait le régime de cette peine principale de celui d'un aménagement de peine. La contrainte pénale était une alternative à l'emprisonnement, lorsque le sursis avec mise à l'épreuve en était une substitution. Dans le premier cas, la révocation suppose le prononcé d'une nouvelle peine, privative de liberté, quand bien même elle est fixée en amont par la juridiction correctionnelle. Dans le second cas, la privation de liberté procède d'une automaticité. Suivant ce critère, la révocation échappe ou non au juge de l'application des peines, alors même qu'il pilote la personnalisation de la sanction pénale. La nuance est maigre et tend à semer le doute sur les intentions du législateur, trop frileux pour détacher totalement la contrainte pénale de l'emprisonnement. Il en ressortait une répartition des pouvoirs hasardeuse et complexe entre les juges correctionnels et le juge de l'application des peines. En termes d'équité, il était surtout regrettable que le contenu du suivi soit modifié ou complété par ordonnance du juge de l'application des peines, au lieu de faire l'objet d'un débat contradictoire, lequel aurait le mérite d'inclure encore davantage le condamné à la mesure et de lui permettre de s'expliquer sur ses difficultés en cas d'observation des obligations ou interdictions¹⁵²².

781. Un suivi de luxe – La contrainte pénale posait aussi un sérieux dilemme, en ce qu'elle apparaissait être un suivi « de luxe », réservé à certains condamnés, au lieu de s'instaurer comme un suivi normal, seul susceptible de réinsérer. L'ajustement permis au juge de l'application des peines à travers la contrainte pénale était à ce titre un outil précieux. Il est d'ailleurs intéressant de relever à quel point l'identité du juge de l'application des peines se prêtait à l'implication personnelle engendrée par une telle

¹⁵²² L'article 713-47 du Code de procédure pénale renvoie en effet à l'article 712-8, qui se réfère aux ordonnances motivées du juge.

peine et contrebalançait le peu d'enthousiasme des juges correctionnels, suivant que les premiers étaient présents, ou non, parmi la formation collégiale. Convaincus de la force du suivi renforcé dans l'accomplissement de leurs fonctions, ils favorisaient le prononcé des contraintes pénales, suivant le constat réalisé au sein des juridictions : « Là où on peut faire de la CP, c'est dans la seule chambre où siège un JAP dans la composition »¹⁵²³. Les juges de l'application des peines s'intéressent à l'impact de leurs décisions, ce qui s'oppose à la justice rapide et standardisée du stade processuel : « Les raisons de l'insuccès de la contrainte pénale chez nous, c'est la non prise en compte de l'idée que la peine est quelque chose d'évolutif et de continu, qu'il faut aller jusqu'au bout de la peine. Ce n'est pas intégré par les présidents de correctionnelle. Eux, ils font du droit, ils ne s'intéressent qu'au prononcé, seulement à ça. Or, on sait que les gens évoluent et que par conséquent les peines doivent évoluer. Pour nous, les JAP, c'est évident. Pour les juges du fond, ça ne l'est pas. En plus, ils ont un sentiment de dépossession »¹⁵²⁴. La contrainte pénale rejoignait bien les caractéristiques propres au juge de l'application des peines, en ce qu'elle permettait un suivi resserré du condamné par le biais d'une participation collaborative des acteurs de la réinsertion, source d'une véritable individualisation de la peine.

782. Un pouvoir impraticable – Un immense pouvoir était ici confié au juge de l'application des peines, mais un pouvoir dévoyé par son impraticabilité sur le terrain¹⁵²⁵. En définitive, la contrainte pénale remettait utilement en cause la culture de la prison, mais ne parvenait pas à se dégager des contraintes matérielles qui paralysaient son prononcé par la juridiction de jugement. Il n'était pas rare, dans ce contexte, que la direction des services pénitentiaires d'insertion et de probation demande aux magistrats de ne pas prononcer de contraintes pénales en début d'année, afin de pouvoir adapter les services à cette lourde prise en charge¹⁵²⁶. De telles

¹⁵²³ *Vers une nouvelle justice ? Observation de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 15 août 2014 relative à la contrainte pénale et à la libération sous contrainte*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Septembre 2017, p. 43.

¹⁵²⁴ *Vers une nouvelle justice ? Observation de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 15 août 2014 relative à la contrainte pénale et à la libération sous contrainte*, op. cit., p. 69.

¹⁵²⁵ V. not. A. BERNARDI, « Sur l'évolution des sanctions alternatives à l'incarcération en Europe », *Humanisme et Justice, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, pp. 543-548 : « Quant à la marge d'appréciation du juge, elle est très large relativement à l'objet et très fuyante relativement aux critères » en raison « du manque d'instruments procéduraux et culturels aptes à permettre des évaluations sur la personnalité, qui sont complexes, dispendieuses et très spécialisées ».

¹⁵²⁶ *Vers une nouvelle justice ? Observation de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 15 août 2014 relative à la contrainte pénale et à la libération sous contrainte*, op. cit., p. 56 : « En conséquence, la direction du SPIP demande parfois aux magistrats de ne pas prononcer trop de CP en début d'année, pour leur laisser le temps de s'adapter. Là encore, cela a

considérations ne pouvaient qu'influer sur les décisions des tribunaux correctionnels, qui se répercutaient nécessairement sur les pouvoirs du juge de l'application des peines. L'autonomie souhaitée de la probation n'est envisageable que si elle s'accompagne des moyens matériels et humains indispensables à la participation collective. A défaut, il est encore préférable de l'insérer dans un aménagement de peine, que le juge de l'application des peines saura utiliser à bon escient. En conséquence, la mutation provoquée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 au regard du remplacement de la contrainte pénale par d'autres mesures n'aura pas une incidence fondamentale sur les pouvoirs du juge de l'application des peines, ces derniers étant déjà neutralisés. Pour autant, la nouvelle peine de détention à domicile sous surveillance électronique mobile, ne semble pas plus faire du juge de l'application des peines l'artisan de la réinsertion. Or, l'individualisation de la peine ne doit pas être une variable, mais un repère fixe.

2. Le défaut conceptuel des mesures

« Les placés doivent intégrer "les barreaux d'une prison mentale" et finissent par vivre avec "une horloge dans la tête" [...] après quelques temps en placement sous surveillance électronique, il est parfois plus facile de retourner en prison »¹⁵²⁷.

783. La nouvelle peine de surveillance électronique – Alors que la contrainte pénale disparaît, la surveillance électronique renaît sous une autre forme. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 la remplace en effet à l'article 131-4-1 du Code pénal par la nouvelle peine autonome de détention à domicile sous surveillance électronique, que l'on retrouve fort logiquement dans la liste des peines correctionnelles de l'article 131-3, au 2° du Code pénal. Autrefois « placement » sous surveillance électronique mobile, le port du bracelet reste inchangé, contrairement à sa dénomination. Néanmoins, l'innovation est loin d'être incidente, tant les lacunes dans la conception de cette peine de référence interpellent.

influencé les décisions prises par les magistrats, par crainte que le SPIP n'ait pas la capacité d'assurer un suivi renforcé dans le cadre de rendez-vous fréquent avec les condamnés ».

¹⁵²⁷ Rapport FENECH, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, avr. 2005, p. 27.

784. Une prison sans barreaux – Mise en place par la loi du 19 décembre 1997¹⁵²⁸, cette « prison sans barreaux »¹⁵²⁹ ne cesse de s'étendre depuis lors, contaminant au passage tous les stades procéduraux. Mais il est très vite confié au juge d'instruction, dans le cadre du contrôle judiciaire¹⁵³⁰ puis à la juridiction de jugement, qui peut le prononcer *ab initio* dès 2004¹⁵³¹. Le bracelet électronique est donc loin d'être réservé à l'exécution des peines, puisque ce mécanisme de surveillance est également utilisé au stade post-sentenciel depuis la loi du 12 décembre 2005¹⁵³². Il est encore un outil de l'enquête judiciaire, en tant que l'instruction permet l'assignation à résidence sous surveillance électronique dans le cadre de la détention provisoire depuis 2009¹⁵³³ et est devenu un acte de contrôle administratif depuis la loi du 30 octobre 2017¹⁵³⁴. Face au développement fulgurant du bracelet électronique, dont le nombre de porteurs oscille entre 10 500 et 11 500 suivant les mois¹⁵³⁵, différents auteurs s'interrogent et se répondent mutuellement sur la finalité d'une telle peine¹⁵³⁶. En effet, le recours massif à la détention à domicile par le biais de cette technologie soulève des questionnements au regard de l'individualisation de la peine, que l'on soupçonne ici d'alimenter des objectifs moins nobles que celui de la réinsertion.

785. À l'origine, déjà, le placement sous surveillance électronique est envisagé comme « un instrument efficace de prévention de la récidive et de lutte contre la surpopulation carcérale »¹⁵³⁷, mais il est entièrement confié au juge de l'application des

¹⁵²⁸ Loi n° 97-1159 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté ; P. COUV RAT, « Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique », *RSC* 1998, p. 374.

¹⁵²⁹ V. PELTIER, « Le placement sous surveillance électronique et l'environnement du condamné », Actes du colloque *Environnement et peine privative de liberté*, ss. dir. E. BONIS et A. ZABALZA, in *Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux*, Cujas, n° 2, 2103, p. 178, §26.

¹⁵³⁰ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

¹⁵³¹ La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁵³² Loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; C. LAZERGES, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *RSC* 2006, p. 183 et s. ; S. LIENARD, « La surveillance électronique mobile : la réponse à la récidive ? », *Rev. pénit.* 2008, p. 509 et s.

¹⁵³³ Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire, P. PONCELA, « La loi pénitentiaire du 24 nov. 2009 », *RSC* 2010, p. 190 et s.

¹⁵³⁴ Loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ; H. MATSOPOULOU, « La transposition dans le droit permanent des principales mesures de l'État d'urgence - À propos de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *JCP* 2017, p. 1268.

¹⁵³⁵ 10 627 personnes concernées en octobre 2018, 11 255 en octobre 2019 (Statistique des établissements des personnes écrouées en France au 1er octobre 2019, site du ministère de la Justice).

¹⁵³⁶ M. PERETTI, « Le bracelet électronique : boulet moderne ou outil de réinsertion ? », *AJ pénal* 2007, p. 468, lequel se voit apporter une réponse une dizaine d'années plus tard par Y. CARPENTIER : « Réponse à celui qui s'interrogeait sur "le bracelet électronique, boulet moderne ou outil de réinsertion ?" », *RSC* 2019, p. 585.

¹⁵³⁷ Le recours à cette mesure a d'abord été évoqué en 1989 par G. BONNEMAISON, dans un rapport consacré à la modernisation du service public pénitentiaire, puis repris par un autre parlementaire en 1995, G.-P. CABANEL, dans un rapport intitulé « Pour une meilleure prévention de la récidive », sous le prisme des expériences étrangères.

peines, qu'il s'agisse d'aménager une peine d'emprisonnement ou d'accompagner une liberté conditionnelle¹⁵³⁸. Le calcul est rapide puisque le coût journalier d'un placement sous surveillance électronique est d'environ onze euros alors que le coût d'une journée de détention est d'environ soixante euros¹⁵³⁹. La motivation est donc très concrète, le bracelet permettant de réaliser de sérieuses économies, tout en libérant des places au sein des établissements pénitentiaires. Cependant, les avantages en termes de réinsertion surpassent rapidement ces premières considérations et le rapport Fenech estime dès 2005 que le suivi du condamné conditionne la réussite de la mesure : « un des facteurs essentiels de réussite d'un placement sous surveillance électronique, est l'accompagnement socio-éducatif du placé pendant toute l'exécution »¹⁵⁴⁰.

786. Le reclassement social du condamné – Au cœur de la mesure figure le reclassement social du condamné, à qui le port du bracelet permet le maintien des liens familiaux et de l'activité professionnelle, en évitant les conséquences néfastes de l'incarcération. Ainsi la souplesse du dispositif est-elle louée, en ce qu'elle permet au juge d'accorder des « récompenses », comme des permissions de sortir le week-end pour motif familial, lorsque la personne respecte les obligations fixées. Le placement sous surveillance électronique est donc très vite perçu comme un outil d'insertion puissant, qui correspond parfaitement à l'identité du juge de l'application des peines : « Cette faculté d'exécution progressive de la peine avec un assouplissement vers la liberté, confère une valeur pédagogique à la mesure, montrant au condamné les avantages qu'il peut retirer du "respect des obligations ordonnées par le juge". Ce travail d'accompagnement vers la réinsertion trouve une réelle signification lorsque le placé ayant plusieurs mois à exécuter sous PSE et ayant respecté "son contrat" obtient le bénéfice d'une libération conditionnelle pour terminer sa peine : la surveillance électronique disparaît au profit du seul suivi socio-éducatif accompagnant l'intéressé jusqu'au terme de l'exécution de la sanction »¹⁵⁴¹. L'idée est ici que le condamné se prenne en charge, en organisant son mode de vie en fonction des contraintes horaires, sans rompre totalement avec sa vie sociale. L'accompagnement par les services

¹⁵³⁸ Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté (art. 723-7 à 723-14 du Code de procédure pénale).

¹⁵³⁹ Rapport FENECH, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, avr. 2005, p. 23.

¹⁵⁴⁰ Rapport FENECH, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, avr. 2005, p. 23.

¹⁵⁴¹ Rapport FENECH, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, avr. 2005, p. 24.

pénitentiaires d'insertion et de probation est donc crucial, en ce qu'il permet la bonne tenue de la mesure par la personne placée et son entourage.

787. De la pédagogie à la démagogie – Mais la pédagogie semble avoir cédé le pas, peu à peu, à la démagogie. Le désinvestissement latent des services pénitentiaires d'insertion et de probation s'explique aisément par le nombre de placements prononcés, qui ne permet en aucun cas un accompagnement social fort du détenu à domicile. Le déploiement considérable du bracelet électronique est directement en cause, le perfectionnement de cette technologie ayant offert d'en étendre l'usage. De statique, le dispositif devient mobile en 2005, ce qui permet de localiser la personne en permanence, par le biais du réseau téléphonique satellitaire. Réservée à l'après-peine, cette mesure de sûreté permet au juge de s'assurer à distance, par exemple, que la personne ne rencontre pas la victime, ou bien ne se rend pas dans un endroit interdit. Fixe ou mobile, la surveillance à domicile se généralise et échappe progressivement au juge de l'application des peines, en devenant extérieure à la mesure carcérale. De plus, une telle extension laisse dubitatif quant au but poursuivi, qui ne saurait rejoindre la réinsertion et semble en lien avec la surveillance. Cette hypothèse heurte frontalement son identité, en lui retirant un fort pouvoir d'individualisation. Venant bousculer les pratiques pénitentiaires, le progrès technologique était synonyme d'une mobilité sociale retrouvée. S'il est bien devenu « le nouveau modèle pénal », comme le présageait une enquête sur le placement sous surveillance électronique mobile réalisée en 2010¹⁵⁴², le bracelet électronique dévie le sens de la peine et dévoie l'identité de son juge. L'intitulé des lois le consacrant en dit long, puisqu'il est rapidement passé d'une « modalité d'exécution de la peine privative de liberté » au « traitement de la récidive des infractions pénales ». En huit ans, le bracelet-montre est devenu une mode plus qu'une modalité, et l'insertion une coquetterie au regard de la prévention. Dès 2005, pourtant, le lien avec la diminution de la population carcérale est contesté¹⁵⁴³ et les chiffres actuels continuent de prouver son improductivité. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 reste pourtant sourde à ces données mathématiques et élève la mesure au

¹⁵⁴² O. RAZAC, *Le placement sous surveillance électronique mobile, Un nouveau modèle pénal ?*, Enquête réalisée par le Centre interdisciplinaire de recherche appliquée au droit pénitentiaire, septembre 2010.

¹⁵⁴³ Rapport FENECH, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, avr. 2005, p. 27. Les auteurs reconnaissent en effet que « Le placement sous surveillance électronique ne s'est pas révélé comme étant, encore aujourd'hui, le meilleur moyen de lutte contre la surpopulation carcérale, sauf à le voir se généraliser dans l'avenir. En revanche il s'est déjà avéré être un mode d'exécution de la peine qui, doublé d'un accompagnement social fort, permet au condamné de bénéficier d'une rééducation vers la reprise en main de sa vie en société ».

rang de peine, suivant les préconisations du rapport Cotte¹⁵⁴⁴. Sous une même appellation, la nouvelle peine de détention à domicile sous surveillance électronique de l'article concurrence maintenant l'actuel aménagement de peine en détention à domicile sous surveillance électronique.

788. La coexistence de mesures de surveillance électronique de nature différente

– Jusqu'alors, ici, le placement sous surveillance électronique correspondait uniquement à la possibilité d'aménager une peine d'emprisonnement, soit directement, par la juridiction de jugement à l'article 132-26-1 du Code pénal, soit plus tard, par le juge de l'application des peines, au moyen de l'article 723-7 du Code de procédure pénale. À présent, coexistent donc deux mesures de surveillance électronique, dont la nature diffère sensiblement : d'abord la détention à domicile sous surveillance électronique – peine, qui devient une peine à part entière à l'article 131-3 du Code pénal, la personne étant condamnée à demeurer à domicile sous surveillance électronique. Prononcée par la juridiction de jugement, elle vient donc compléter le dispositif technologique déjà existant, en instaurant une peine principale d'immobilisation au domicile. Or, comme il s'agit d'une peine autonome, il n'y a pas de mise sous écrou, le condamné est directement pris en charge par les services pénitentiaires d'insertion et de probation pour la pose du bracelet électronique et les réglages quant aux horaires de sortie.

789. Le décret n° 2020-81 du 3 février 2020 relatif à la peine de détention à domicile sous surveillance électronique, au sursis probatoire, aux conversions de peines et au mandat de dépôt à effet différé vient préciser, à l'article D. 49-83 du Code de procédure pénale, que l'installation du dispositif fait simplement l'objet d'un procès-verbal adressé au juge de l'application des peines¹⁵⁴⁵. Il faut ici être particulièrement vigilant : qui dit pas d'écrou, dit également pas de crédit de réduction de peine et pas de réduction supplémentaire de peine. Ainsi, le condamné au port d'un bracelet électronique pour une durée de six mois sera détenu à domicile pendant six mois, sans qu'aucune

¹⁵⁴⁴ B. COTTE, *Pour une refonte du droit des peines*, Rapport remis à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, déc. 2015 ; « Pour une refonte du droit des peines. Quels changements si les propositions de la commission Cotte étaient suivies ? », ss. dir. E. BONIS, LexisNexis, 2016, p. 230 ; V. DERVIEUX, « Un droit de la peine "à la peine" », *Gaz. Pal.* 12 janv. 2016, n° 2, p. 16.

¹⁵⁴⁵ V. J. PERROT, « Peine de détention à domicile sous surveillance électronique (DDSE), sursis probatoire, conversions de peines et mandat de dépôt à effet différé : le décret est publié ! », *Lexbase Pén.*, 26 février 2020.

réduction du délai ne soit envisagée par le législateur. Parallèlement, peut aussi bien être décidée une détention à domicile sous surveillance électronique – aménagement de peine, qui correspond à l’actuel placement sous surveillance électronique. La personne aura dans ce cas été condamnée à une peine d’emprisonnement, peine qui aura été ensuite aménagée. Mais la peine la plus terrible, l’emprisonnement, aura été prononcée. L’aménagement de peine possible *ab initio* subsiste aux articles 132-25 et 132-26 du Code pénal, l’article 132-26-1 relatif à la surveillance électronique étant abrogé. Naturellement, cet aménagement de peine demeure aussi à l’article 723-7 du Code de procédure pénale et revient toujours soit au juge de l’application des peines soit au tribunal d’application des peines. Or, il donne lieu à toutes les règles de la mise sous écrou : le condamné bénéficiera des crédits de réduction de peine et des réductions supplémentaires de peine. Le bilan de ce raisonnement législatif est effarant : alors même que la condamnation à une peine de détention à domicile sous surveillance électronique est plus favorable, le condamné devra réaliser la durée intégrale de la détention sous bracelet, sans aucune réduction possible, alors que l’aménagement de peine permet une diminution ! Certes, le condamné pourra demander la conversion en travail d’intérêt général ou sursis probatoire. Mais les avocats étant peu présents à l’application des peines, il faudra du temps avant que les condamnés s’en emparent, sauf à ce que les juges le fassent d’office. Le plus souvent, il n’y aura pas d’aménagement. A mesures identiques, le condamné à la peine la plus grave fera donc l’objet d’un régime plus favorable.

790. Sous écrou, hors écrou – Le juge de l’application des peines perd donc le contrôle de la détention à domicile sous surveillance électronique lorsqu’elle est une peine et corrélativement, ne dispose plus des leviers pourtant si importants dans la vie de la mesure. Ici, tout ce qui peut servir dans le cadre du bracelet électronique n’existe plus. Sous écrou, avant de retirer le bracelet électronique, le juge peut supprimer les crédits de réduction de peine automatiques, qui sont de trois mois pour un an de prison ferme et de sept jours par mois, ou retirer les crédits supplémentaires. En revanche, hors écrou, le juge de l’application des peines pourra seulement restreindre les horaires de sortie, procéder au recadrage habituel ou retirer le bracelet, donc incarcérer¹⁵⁴⁶. A titre d’illustration, en reprenant la base d’une détention à domicile d’une durée de six

¹⁵⁴⁶ Art. 131-4-1, al. 5, du Code pénal.

mois, celui qui est condamné à une peine de bracelet électronique accomplira bien les six mois prononcés alors que celui qui est condamné à l'aménagement de peine bénéficiera de 42 jours de moins, automatiquement, et ce, sans compter d'éventuelles réductions supplémentaires. Il existe une évidente disparité dans la peine. En outre, lorsque cette peine est prononcée par le tribunal judiciaire, le jugement peut immédiatement fixer la date de début de la mesure et les horaires de sortie appliqués. Cela suppose tout de même qu'il y ait eu des enquêtes, notamment de personnalité, pour que le tribunal dispose de tous les éléments utiles. La probabilité est forte d'un futur pouvoir laissé au juge de l'application des peines, sur ce point, comme le permet l'article D. 49-85 du Code de procédure pénale¹⁵⁴⁷. Dans tous les cas, le juge de l'application des peines sera en charge du suivi et donc devra effectuer toutes les modifications d'horaires susceptibles de se présenter (qu'il s'agisse d'un changement ponctuel, comme un rendez-vous chez le médecin, ou durable, telle la sortie d'école des enfants). Actuellement, avec le bracelet électronique sous forme d'aménagement, il est possible de déléguer ces modifications au directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation, si elles sont favorables à la personne et ne modifient pas l'équilibre de la mesure. Oubli probable du législateur dans le cadre de la nouvelle peine, elles devaient alors revenir au juge de l'application des peines, sans délégation possible. Cette difficulté fut heureusement corrigée¹⁵⁴⁸, au regard de la charge qu'elle représente pour le juge, sauf à accorder des horaires très larges, ce qui interfère nécessairement sur le rôle et le sens de la mesure.

791. Un subterfuge – Par ailleurs, la nouvelle peine de détention à domicile sous surveillance électronique se rapproche plus d'un subterfuge, destiné à brouiller les pistes sur les véritables intentions sous tendues, qu'à une mutation positive, permettant d'équiper le juge de l'application des peines d'un solide appareil de réinsertion.

¹⁵⁴⁷ Lequel dispose, en son alinéa premier : « Lorsque la juridiction de jugement n'a pas fixé le lieu où le condamné est tenu de demeurer ou qu'elle n'a pas fixé les périodes pendant lesquelles celui-ci peut s'absenter de ce lieu, ces décisions sont prises par le juge de l'application des peines, qui statue dans un délai de quatre mois à compter du caractère exécutoire de la décision, par ordonnance rendue selon les modalités prévues au premier alinéa de l'article 712-8, après audition du condamné assisté, le cas échéant, de son avocat ».

¹⁵⁴⁸ Le décret n° 2020-187 du 3 mars 2020 relatif aux aménagements de peine et aux modalités d'exécution de la peine de détention à domicile sous surveillance électronique ajoute un troisième alinéa à l'article D. 49-86 du Code de procédure pénale, selon lequel : « Le juge de l'application des peines peut, conformément à l'article 712-1 du présent code, autoriser le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation ou, s'agissant d'une personne mineure condamnée, le directeur régional de la protection judiciaire de la jeunesse à modifier les horaires d'entrée et de sortie du domicile ou du lieu mentionné au deuxième alinéa de l'article 131-4-1 du code pénal, lorsqu'il s'agit de modifications favorables au condamné ne touchant pas à l'équilibre de la peine et dans le respect des suspensions ordonnées en application du présent article. Le juge de l'application des peines est informé sans délai des modifications opérées et peut les annuler par ordonnance non susceptible de recours ».

Nombreux sont ceux qui dénoncent le durcissement du dispositif législatif, au détriment de l'individualisation de la sanction pénale : « A l'image de cette mode culinaire qui se développe actuellement dans des émissions de télévision ou sur les cartes de certains restaurants proposant des mets qui semblent, en apparence, être des desserts tout en étant, en réalité, des plats, et inversement, la détention à domicile est une mesure en trompe-l'œil : en apparence clémente mais en réalité sévère »¹⁵⁴⁹.

792. Communément traitée avec le placement à l'extérieur et la semi-liberté en tant qu'aménagement de peine, elle devient dans certains cas obligatoire, puisque le prononcé de l'une de ces trois options « doit »¹⁵⁵⁰ être mis à exécution, intégralement ou partiellement, pour toute peine inférieure ou égale à six mois d'emprisonnement. La règle s'applique également, sauf impossibilité, lorsque la juridiction prononce emprisonnement partiellement assorti du sursis ou du sursis probatoire et lorsque la partie ferme de la peine est inférieure ou égale à six mois, ou lorsque la juridiction prononce une peine pour laquelle la durée de l'emprisonnement restant à exécuter à la suite d'une détention provisoire est inférieure ou égale à six mois¹⁵⁵¹. La juridiction y est encore fortement incitée pour les peines comprises entre six mois et un d'emprisonnement, en fonction de la « personnalité et la situation du condamné »¹⁵⁵². Jusqu'à présent, rien n'obligeait le juge, correctionnel ou de l'application des peines, à transformer l'emprisonnement en surveillance électronique. Ce passage de l'opportunité à l'obligatoire laisse entendre que la personnalisation de la sanction n'est pas le souci principal du législateur, puisqu'un tel motif ne permet de l'écarter que pour l'incarcération dépassant six mois.

793. De plus, si l'aménagement de peine de l'article 132-26-1 du Code pénal exigeait que le condamné justifie « soit de l'exercice d'une activité professionnelle, même temporaire, du suivi d'un stage ou de son assiduité à un enseignement, à une formation professionnelle ou à la recherche d'un emploi ; soit de sa participation essentielle à la vie de sa famille ; soit de la nécessité de suivre un traitement médical ; soit de l'existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale résultant de son implication durable

¹⁵⁴⁹ A. CAPPELLO, « La détention à domicile sous surveillance électronique : une peine en trompe-l'œil », *Lexbase Pén.*, 12 déc. 2019.

¹⁵⁵⁰ Nous soulignons.

¹⁵⁵¹ Art. 132-25, al. 1, du Code pénal.

¹⁵⁵² Art. 132-25, al. 2, du Code pénal.

dans tout autre projet caractérisé d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive », ni la peine de l'article 131-4-1 du Code pénal, ni la modalité d'exécution de la peine des articles 132-25 et 132-26 du Code pénal, ne conditionne la surveillance électronique à ces critères. Typiquement, le législateur fait ici aveu de faiblesse. Le remplacement de la contrainte pénale par la détention à domicile sous surveillance électronique traduit déjà la volonté de substituer au suivi renforcé du condamné, qui n'en avait certes que l'apparence, une surveillance, qui à l'inverse cache bien son jeu. Le message législatif est fort : l'accompagnement est secondaire, raison pour laquelle le sursis probatoire est déclassé en aménagement, car accessoire à la peine. Le contrôle est en revanche primordial, ce pourquoi la détention à domicile sous surveillance électronique est érigée en peine principale. Surtout, cette nouvelle équation se vérifie par l'impossibilité pour la juridiction de jugement d'aménager les peines d'emprisonnement de plus d'un an en placement à l'extérieur, semi-liberté ou détention à domicile, alors que cette possibilité était offerte jusqu'à deux ans d'emprisonnement dans l'ancien système¹⁵⁵³. Bien entendu, le juge de l'application des peines peut toujours décider d'un tel aménagement pour les peines d'emprisonnement inférieures ou égales à deux ans, les articles 723-7 du Code de procédure pénale et suivants n'opérant aucune restriction en ce sens. Cependant, la loi de programmation pour la Justice ne s'arrête pas en si bon chemin, puisqu'elle met en place le mandat de dépôt à effet différé, qui peut être décerné pour les condamnés à une peine d'au moins six mois, ou lorsque la durée totale de l'emprisonnement ferme prononcé par le tribunal correctionnel est supérieure à un an. L'article 464-2 du Code de procédure pénale empêche ainsi le juge de l'application des peines d'aménager la peine d'emprisonnement.

794. Une nouvelle articulation des compétences – Par conséquent, la nouvelle articulation des compétences est pernicieuse : pour les peines d'emprisonnement de moins d'un an, le juge de l'application des peines perd le contrôle de la détention à domicile sous surveillance électronique prononcée en tant que peine principale ; pour les peines de plus de six mois, il risque à nouveau d'être écarté, dès lors que la juridiction de jugement prononce un mandat de dépôt à effet différé. Dans le premier cas toutefois, s'il veut reprendre la main, le juge de l'application des peines pourra

¹⁵⁵³ Art. 132-26-1 du Code pénal (abrogé).

suspendre la peine de détention à domicile sous surveillance électronique « pour des motifs d'ordre familial, social, médical ou professionnel », comme le prévoit l'article D. 49-86 du Code de procédure pénale et procéder à l'individualisation adéquate. Il ne faut pas se laisser tromper par le flou législatif et observer l'interversion qui s'opère : l'incarcération à domicile n'a plus à être motivée par un projet de réinsertion du condamné, elle peut uniquement désormais être remplacée en cas d'incompatibilité avec de telles ambitions. L'équation est simple : loin de favoriser l'insertion, la détention à domicile sous surveillance électronique participe aujourd'hui à l'exclusion. Elle coûte surtout moins cher que la détention, en faisant supporter tous les frais de l'incarcération au condamné à domicile, sans lui offrir de contrepartie. À ce titre, la possibilité de sanctionner le détenu à domicile pour « conduite notoire » mentionnée à l'article 713-44 du Code de procédure pénale ne doit guère surprendre, alors même que le comportement peut être sans rapport avec le respect de la mesure. Il s'agit ici de garantir au voisinage une détention paisible, en l'absence – et de surveillants – et de suivi – : « le législateur semble avoir considéré que l'oisiveté du condamné à son domicile ne doit pas le conduire à faire du tapage et à troubler ses voisins, qui risquent fort de ne pas apprécier que leur immeuble ou quartier soit transformé en annexe de l'administration pénitentiaire : il s'agit sans doute d'imposer au condamné de se montrer discret pour que l'exécution de cette peine alternative à l'emprisonnement ne soit pas perçue comme scélérate par l'opinion publique »¹⁵⁵⁴. Incarcéré chez lui, sans motivations concrètes de retour à la vie sociale, ni suivi sérieux de ses démarches, le condamné est bien puni mais certainement pas « guéri ». Le législateur cherche à l'imposer par la force, en exerçant une pression sur le juge de jugement au lieu du juge de l'application des peines, le premier étant naturellement préoccupé par la rétribution lorsque le second s'attache d'abord à l'individualisation. L'hypothèse est d'ailleurs confortée par l'interdiction de prononcer une peine d'emprisonnement inférieure à un mois, destinée, elle aussi, à lutter contre les courtes peines de détention¹⁵⁵⁵.

795. Une nouvelle échelle de peine – Avec la disparition des conditions habituelles de l'octroi du bracelet électronique, l'on peine ici à reconnaître l'adaptation de la sanction à la personnalité du condamné et les effets en termes de récidive. Une telle

¹⁵⁵⁴ E. DREYER, « Premières observations sur les peines dans la loi du 23 mars 2019 », *Gaz. Pal.*, 7 mai 2019, p. 45.

¹⁵⁵⁵ C. pén., art. 132-19, modif. par art. 74 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, à compter du 24 mars 2020. V. J.-B. PERRIER, « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », *RSC* 2019, p. 449.

logique ne surprend pas néanmoins, au regard de la diffusion continue de cette méthode avant et après peine, parfaitement détachée de telles préoccupations. Quant à l'objectif de régulation de la surpopulation carcérale qui lui est attribuée – et loin d'être démontré – il est lui aussi bien éloigné de l'office du juge de l'application des peines¹⁵⁵⁶. Au-delà de la finalité de contrôle qu'elle véhicule, la détention à domicile sous surveillance électronique-peine, sauf à permettre la diminution de la population carcérale tant espérée, aura au moins l'avantage d'enjoliver les statistiques, les personnes incarcérées à domicile par ce biais n'étant pas comptabilisées sous écrou.

796. Quelle est donc la logique de la loi ? Ne plus enfermer les gens, mais les assigner chez eux avec un bracelet. Le raisonnement est basique : puisque la dernière peine que l'on doit prononcer est l'emprisonnement, le législateur crée une autre échelle de peine, le bracelet à la maison. Sauf qu'il faut avoir une maison et, le cas échéant, quelqu'un qui l'accepte en cas de communauté de vie. Il n'est pas certain que le législateur ait bien compris ce qu'il faisait en instituant la détention à domicile sous surveillance électronique-peine, au regard de l'inégalité entre la mise sous écrou ou non. En outre, d'un point de vue strictement technique, le bracelet électronique n'est pas exempt de défauts non plus, ces derniers ayant des répercussions sur l'individualisation de la peine, puisque certains condamnés en sont exclus, non pas en raison de critères objectifs, mais de données matérielles. Le dispositif est simple : il s'agit d'un émetteur, fixé sur un bandeau attaché à la cheville ou au poignet de la personne et d'un récepteur, qui consiste en un boîtier relié à une ligne téléphonique, lequel envoie des signaux au centre de surveillance. Cette géolocalisation permet l'envoi d'une alarme au centre, en fonction des horaires paramétrés, suivant l'autorisation du juge¹⁵⁵⁷, ou bien si la personne tente de s'en défaire. Un tel système a pu générer des disparités entre les personnes disposant d'une ligne téléphonique et celles qui n'avaient pas les moyens d'un abonnement. Aujourd'hui, l'administration pénitentiaire se doit de financer la création d'une ligne fixe, que le condamné n'ait pas les moyens de son installation ou bien qu'il réside dans une zone « blanche »¹⁵⁵⁸, dépourvue de réseau mobile.

¹⁵⁵⁶ V. Y. CARPENTIER : « Réponse à celui qui s'interrogeait sur "le bracelet électronique, boulet moderne ou outil de réinsertion ?" », *op. cit.*

¹⁵⁵⁷ Sur le dispositif technique, lire le Rapport FENECH, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, *op. cit.*, pp. 20-21 et 29-33.

¹⁵⁵⁸ D'après l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), cette expression désigne une zone du territoire qui n'est couverte par aucun opérateur de téléphonie mobile.

Cependant, le problème demeure à l'égard de celui ou celle qui n'a pas l'électricité. Plus encore, l'ensemble des condamnés sans domicile fixe est exclu de la mesure, qui nécessite, pour le moins, un domicile. Ce constat rejoint encore le déficit matériel évoqué en amont, auquel nulle mesure ne semble échapper.

797. Ainsi les promesses sont grandes, mais les possibilités menues, pour le juge de l'application des peines. Les exemples ne manquent pas, comme le placement à l'extérieur, au riche potentiel en termes de réinsertion, littéralement inapplicable, compte tenu de l'inexistence des structures. Aménagement de peine sous écrou, il permet à une personne condamnée de bénéficier d'un régime particulier de détention l'autorisant à quitter l'établissement pénitentiaire afin d'exercer une activité professionnelle, de suivre un enseignement, une formation professionnelle, de rechercher un emploi, de participer de manière essentielle à sa vie de famille, de subir un traitement médical ou de s'investir dans tout autre projet d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive. Aménagée dès son origine par la juridiction de jugement, comme le permet l'article 132-25 du Code pénal, ou par la suite par le juge de l'application des peines, en vertu de l'article 723-1 du Code de procédure pénale, la peine peut être effectuée sous la surveillance, ou non, du personnel pénitentiaire¹⁵⁵⁹. Aussi faut-il, *a minima*, qu'il existe des établissements pour « placer » le détenu hors les murs, et dans lesquels peuvent être exercés les efforts de réinsertion. Or, la plupart des magistrats sont privés de telles opportunités et ne peuvent prétendre à l'exercice de ces mesures, ce qui les prive de leur pouvoir individualisant.

798. Les tentatives d'amélioration du dispositif – Le manque d'effectif humain et matériel se répercute de façon transversale à l'ensemble des mesures, au regard du suivi indigent du condamné, qui vide la peine de son sens. L'absence de visite au domicile des condamnés, notamment, nuit considérablement au travail du juge : qu'en est-il, par exemple, en termes d'efficacité de la peine, d'une personne condamnée à un sursis avec mise à l'épreuve pour violences conjugales et qui habite chez la victime ? Le législateur ne l'ignore pas, ce que démontre la dernière réforme. Outre le recrutement de personnels supplémentaires au sein des service pénitentiaire d'insertion et de probation,

¹⁵⁵⁹ Art. D. 126 et suivants du Code de procédure pénale (placement à l'extérieur sous surveillance du personnel pénitentiaire) et D. 136 et suivants (placement à l'extérieur sans surveillance du personnel pénitentiaire).

le législateur prévoit désormais que le travail d'intérêt général, alternative à l'incarcération hautement réinsérante, peut être réalisé au sein d'une personne morale de droit privé d'économie sociale et solidaire ou au sein d'une société à mission¹⁵⁶⁰. Il s'agit pour le moment d'une expérience, pour une durée de trois ans, dont le retour devrait permettre « de généraliser tout ou partie de l'expérimentation, de la prolonger, d'y mettre fin », selon le décret n° 2019-1462 du 26 décembre 2019 relatif à l'expérimentation du travail d'intérêt général dans les entreprises de l'économie sociale et solidaire et les sociétés à mission. Un autre décret a mis en place l'Agence nationale du travail d'intérêt général et de l'insertion professionnelle des personnes placées sous-main de justice un an plus tôt, chargée de s'assurer du développement de cette mesure, notamment par le respect de l'accord-cadre conclu avec trente-quatre partenaires nationaux et des ministères le 12 novembre 2019¹⁵⁶¹. L'objectif de diversification de l'accueil des personnes devant réaliser un travail d'intérêt général a pour ambition de passer de 18 000 à 30 000 postes à fin 2022.

799. Il faut espérer que les promesses soient tenues, même si derrière les bonnes intentions, le pragmatisme n'est jamais bien loin. L'exposé des motifs législatifs, au regard de l'accroissement du dispositif, n'est pas uniquement tourné vers davantage d'implication sociétale, mais encore et toujours, vers des considérations comptables : « Le coût de ces mesures d'aménagement de peines et d'alternatives à l'incarcération sera compensé par l'économie induite par un moindre flux d'entrée en détention »¹⁵⁶². Au dehors, la peine est désaxée, de sa conception à sa matérialisation, par un législateur peu soucieux de la resocialisation du condamné. Au dedans, la peine est dédoublée, au regard des conditions déshumanisantes, par un législateur oublieux de la notion de dignité. À chaque fois, l'identité du juge de l'application des peines est dévoyée par cette individualisation manquée.

¹⁵⁶⁰ C'est à dire les personnes morales de droit privé mentionnées au 1° du II de l'article 1er de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, à l'exception des associations, et poursuivant un but d'utilité sociale au sens de l'article 2 de la même loi ; les sociétés commerciales mentionnées au 2° du II de l'article 1er de la même loi et les sociétés remplissant les conditions mentionnées à l'article L. 210-10 du code de commerce.

¹⁵⁶¹ V. le communiqué de presse du 7 novembre 2019 publié sur le site du ministère de la Justice (<http://www.presse.justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/communiqué-de-2019-12931/developpement-du-travail-dinteret-general-32763.html>, consulté le 22 avril 2020).

¹⁵⁶² Art. 110, 4.4, de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

B) Au dedans

800. De l'ombre à l'art, le mur d'enceinte de l'ancienne maison d'arrêt de Poitiers a laissé place à cinquante-huit silhouettes de taille identique, lesquelles cheminent parmi des tubes verticaux irréguliers, de différentes hauteurs. Entrantes ou sortantes, elles se frayent un passage entre les barreaux. Abritant désormais un centre pour peines aménagées et un quartier de semi-liberté, l'établissement symbolise par une sculpture l'œuvre de Justice : le retour à la liberté¹⁵⁶³. Une si belle initiative ne saurait cependant masquer la réalité carcérale, l'ouverture sur l'extérieur restant une parfaite abstraction en détention. À l'opposé des exigences de la peine, la prison nourrit la désinsertion (1) et appelle la sanction des conditions de détention, contraires à la dignité humaine (2).

1. La désinsertion renforcée

801. Infamer et réinsérer – Obtenir un « demi-mètre carré de liberté »¹⁵⁶⁴ est en effet si rare, dans les prisons françaises, que l'on s'interroge sur le sens de l'incarcération. Doit-elle uniquement infamer et affliger, sans réinsérer ? Demeure-t-elle la seule peine de rétribution pure, sans aucune vocation à la désistance ? Le législateur ne paraît pas exclure la privation de liberté des exigences relatives à la sanction pénale, de sorte qu'elle devrait contribuer, autant que faire se peut, au retour du condamné à la vie en société. Conditions indignes de détention et sorties « sèches », – car dépourvues de suivi –, confirment l'abandon de l'une des fonctions premières de la punition, si ce n'est la plus importante. Les chiffres affolants du nombre de détenus dans les geôles nationales démontrent quant à eux la neutralisation des pouvoirs du juge de l'application des peines. Par conséquent, « le législateur en est réduit à encadrer toujours plus pour colmater les fuites d'un système qui semble plus que jamais prendre l'eau, comme en témoignent les records battus chaque mois par le nombre de personnes sous écrou alors que le caractère exceptionnel de la privation de liberté est scandé tel

¹⁵⁶³ Cette œuvre du sculpteur Francis GUYOT, intitulée « le passage » est inaugurée en 2012, lors de la restructuration des lieux. Elle abrite les locaux des services pénitentiaires d'insertion et de probation, afin qu'ils ne soient pas installés dans un lieu fermé. V. J.-P. JEAN, M. MASSE, « De la pierre levée au champ des grolles – Politique pénitentiaire et micro-histoire poitevine (1975-2015) », *Humanisme et Justice, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 598.

¹⁵⁶⁴ En référence à la taille moyenne des peintures, dessins, collages, sculptures réalisés dans le cadre de la détention et ayant fait l'objet d'une exposition en 2014. V. le site de l'association *Art et Prison France*, Exposition « Un demi-mètre carré de liberté » chez Dorothy's Gallery (<https://art-et-prison.fr/exposition-chez-dorothys-gallery>, consulté le 22 avril 2020).

un slogan »¹⁵⁶⁵. Les réformes tentent vainement, les unes après les autres, de résorber la privation de liberté. Elles n’y parviennent pas. Dans un tel contexte, le juge de l’application des peines, utilisé comme outil de « vidange » des établissements pénitentiaires, ne doit pas uniquement éviter l’entrée en prison. Il doit encore, lorsqu’elle est inéluctable, s’assurer de son utilité et préparer la sortie. Aussi faut-il, pour exercer un tel pouvoir, que la situation carcérale s’y prête. La condamnation de la France par le juge européen, sur la base de traitements inhumains et dégradants, contredit aisément l’hypothèse. Face à ce constat d’échec, les mutations subies par le juge signent la paralysie de ses fonctions.

802. La surpopulation carcérale – Au premier rang des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la peine privative de liberté se trouve la surpopulation carcérale. Avant même d’évoquer les obstacles existants dans le cadre d’une détention « normale », la question du nombre de détenus évince toute analyse relative à l’efficacité de la peine. Parce qu’il est bien question, sur le sujet, d’anormalité, pour ne pas dire d’indécence. Le titre racoleur de certains articles doctrinaux n’est malheureusement pas une provocation sans fondement : en la matière, la France rivalise avec les États du monde les moins innervés par les droits de l’Homme. Il n’est pas nécessaire d’être spécialiste de droit comparé pour faire un état des lieux de notre politique pénitentiaire, lorsqu’il est porté à notre connaissance que « Même le Texas a décidé d’arrêter l’incarcération de masse »¹⁵⁶⁶. Lors des dernières élections présidentielles, plusieurs candidats promettaient encore la construction de nouvelles prisons¹⁵⁶⁷. L’Histoire a pourtant démontré que la multiplication des places en détention n’est en aucun cas une solution¹⁵⁶⁸. L’Observatoire international des prisons souligne la création de 24 265 places de prison entre 1990 et 2019, accompagnée par une augmentation du nombre de détenus du même ordre, soit 25 231 sur la même période.

¹⁵⁶⁵ V. J.-B. PERRIER, « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », *RSC* 2019, p. 449.

¹⁵⁶⁶ O. DUFOUR, « Même le Texas a décidé d’arrêter l’incarcération de masse », *Gaz. Pal.* 17 janv. 2017, p. 9.

¹⁵⁶⁷ V. l’enquête de C. AUDOUIN sur *France Inter*, La campagne présidentielle à l’épreuve des faits, *Le Pen - Macron : plus de places de prison ?*, émission diffusée le 2 mai 2017.

¹⁵⁶⁸ Lire le communiqué de presse du 20 septembre 2016 sur le site de l’Observatoire international des prisons, « Construction de prisons : droit dans le mur » (https://oip.org/wp-content/uploads/2016/11/dp_oip_droit_ds_le_mur.pdf, consulté le 24 avril 2020).

Le taux d'occupation des établissements pénitentiaires est rarement inférieur à 100 %, avec une moyenne de 135 % en maison d'arrêt¹⁵⁶⁹, qui peut atteindre parfois 200 %.

803. La règle de l'encellulement individuel – Pourtant, la loi pose le principe de l'encellulement individuel depuis 1875¹⁵⁷⁰, lequel est réaffirmé par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹⁵⁷¹. Ainsi, l'article 717-2 du Code de procédure pénale dispose en son alinéa premier que : « Les condamnés sont soumis dans les maisons d'arrêt à l'emprisonnement individuel du jour et de nuit, et dans les établissements pour peines, à l'isolement de nuit seulement, après avoir subi éventuellement une période d'observation en cellule »¹⁵⁷². La violation répétée de cette règle est aujourd'hui sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme, devant l'inertie des autorités françaises. En effet, malgré le moratoire de cinq ans voté en 2009, le principe n'est toujours pas effectif en 2014, pas plus qu'il ne l'est aujourd'hui, alors qu'un autre moratoire avait repoussé son application en 2019¹⁵⁷³. Il y a que le législateur prévoit des dérogations, dont il est largement fait abus. Les termes de la loi limitent la collectivité en cellule à l'intérêt du détenu, soit parce qu'il le choisit, soit pour l'exercice d'un travail, soit parce que la solitude pourrait lui nuire : « Il ne peut être dérogé à ce principe que si les intéressés en font la demande ou si leur personnalité justifie que, dans leur intérêt, ils ne soient pas laissés seuls, ou en raison des nécessités d'organisation du travail »¹⁵⁷⁴. Or, la plupart des condamnés partageant une cellule à plusieurs ne répondent à aucun de ces critères, la collectivité leur étant imposée pour une unique raison, le manque de place.

804. Cette tension concerne néanmoins pour l'essentiel les maisons d'arrêt, accueillant les prévenus et les accusés placés en détention provisoire, ainsi que les condamnés à de courtes peines de prison. Les établissements pour moyenne et longues

¹⁵⁶⁹ Au 1er janvier 2020, la densité carcérale moyenne est de 115,7 % : 86,7 % dans les établissements pour peine et 135,3 % dans les maisons d'arrêt. V. Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire (Statistique des établissements des personnes écrouées en France pour l'année 2020).

¹⁵⁷⁰ Art. 1er de la loi Bérenger du 5 juin 1875, prescrivant l'encellulement individuel dans les prisons départementales.

¹⁵⁷¹ Art. 87 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁵⁷² La même règle est prévue en matière de détention provisoire, à l'article 716, alinéa 1, du Code de procédure pénale : « Les personnes mises en examen, prévenus et accusés soumis à la détention provisoire sont placés en cellule individuelle ».

¹⁵⁷³ Le droit à l'encellulement individuel a été quatre fois imposé par loi et simultanément repoussé à plus tard.

¹⁵⁷⁴ La même exception est prévue pour les prévenus et les accusés placés en détention provisoire (art. 716 al. 1 du Code de procédure pénale). Le législateur ajoute un second alinéa, selon lequel « Lorsque les personnes mises en examen, prévenus et accusés sont placés en cellule collective, les cellules doivent être adaptées au nombre des personnes détenues qui y sont hébergées. Celles-ci doivent être aptes à cohabiter. Leur sécurité et leur dignité doivent être assurées ».

peines respectent globalement l'encellulement individuel¹⁵⁷⁵. Il serait facile ici d'écarter la problématique en prenant l'excuse de la détention provisoire, qui remplit à elle seule une bonne partie des maisons d'arrêt, sans que le juge de l'application des peines ne soit concerné. Mais les prévenus sont loin d'être les seuls à peupler en grand nombre les cellules, l'ensemble des condamnés à des courtes peines leur tenant bonne compagnie. Seuls les condamnés à de moyennes ou longues peines de privation de liberté échappent donc à la promiscuité, grâce au respect de l'encellulement individuel. Dans tous les autres cas, la règle devient l'exception. En prison, ce sont donc les condamnés pour les infractions les moins graves qui subissent la peine la plus dégradée. Deux raisons principales ont pu être avancées pour expliquer cette dichotomie, au sein d'un rapport parlementaire¹⁵⁷⁶. D'abord, un coût pour l'administration pénitentiaire, qui délègue la gestion de la plupart des établissements pour peine à des entreprises privées¹⁵⁷⁷. Ce contrat prévoit l'accueil d'un nombre limité de détenus, obligeant le versement d'indemnités au-delà de 120 % d'occupation. Outre ce système dissuasif, une explication bien plus insidieuse est soulevée devant la commission d'enquête, quant au respect du *numerus clausus* au sein des établissements pour peine. Effectivement, le rapport explique que ce dernier y est respecté depuis toujours pour maintenir des conditions de détention acceptables, face à des détenus qui restent longtemps et pourraient se soulever contre des traitements indignes : « Les conditions de détention et la durée font que la population pénale y est beaucoup plus difficile et qu'elle change moins. Il faut y préserver des conditions de détention correctes alors que, dans les maisons d'arrêt, le *turn-over* permet de supporter des conditions de détention beaucoup plus difficiles sans explosion (...). C'est une réalité pénitentiaire, car si l'on dépasse les normes dans les maisons centrales en mettant deux ou trois détenus par cellule, malgré un escadron de CRS, on ne tiendra pas longtemps

¹⁵⁷⁵ Bien que les maisons centrales (longues peines) et les centres de détention (peines supérieures à deux ans) soient relativement épargnés par la surpopulation, avec un taux moyen d'occupation à 87,3 % au 1er octobre 2019, certains établissements sont tout de même suroccupés, notamment des centres pour peines aménagées et des établissements pour peine ultramarins (à la même date, la densité carcérale dépassait 175% au centre pour peines aménagées de Marseille-Les-Baumettes, 160,4% au centre de semi-liberté de Gagny, 109% à celui de Paris-La-Santé).

¹⁵⁷⁶ Rapport de commission d'enquête n° 449 (1999-2000) de MM. Jean-Jacques HYEST et Guy-Pierre CABANEL, fait au nom de la commission d'enquête, déposé le 29 juin 2000, *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France* (tome 1), p. 115.

¹⁵⁷⁷ Pour ces prisons dites « privées » (ou à « gestion mixte » ou « gestion déléguée ») la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire autorise que l'investissement soit réalisé par des concessionnaires et qu'une partie de la gestion soit déléguée, un prix par journée rémunérant investissement et fonctionnement. Il existe également des délégations de service public. V. P. YOLKA, « Surveiller et construire : le partenariat public/privé en prison(s) », in *L'administration pénitentiaire face aux principes de la nouvelle gestion publique*, ss dir. J.-C. FROMENT, M. KALUSZYNSKI, Presses universitaires de Grenoble, 2011.

l'établissement »¹⁵⁷⁸. Par conséquent, l'indignité est réservée aux prévenus, ainsi qu'aux condamnés à des courtes peines, qui n'ont pas le temps de s'insurger contre la collectivité en cellule. A deux, voire trois, dans des cellules de neuf mètres carrés, les détenus sont donc sommés de se supporter, peu important les conséquences sur le sens de la peine. Il faut bien le reconnaître, dans de telles conditions, réinsérer devient particulièrement ardu pour le juge de l'application des peines.

805. Préparer le retour à la liberté – Vouloir faire de la prison « l'école de la lutte contre la récidive »¹⁵⁷⁹ nécessite de concevoir la peine privative de liberté hors le prisme sécuritaire : « le temps de la détention doit alors être un temps utile et constructif pour la personne condamnée, un temps totalement orienté vers la réinsertion »¹⁵⁸⁰. La détention n'est certes pas le mode privilégié de désistance, tant elle prive le délinquant des contacts sociaux nécessaires à la vie en communauté. Lorsqu'elle s'avère le seul moyen de protéger la société, il est toutefois impératif de préparer le retour à la liberté. Plus que n'importe quelle autre peine, l'incarcération doit être ouverte aux mesures favorisant la réinsertion afin de compenser la suppression des liens sociétaux. Cette préoccupation est affichée de longue date, tant sur le plan national qu'au niveau international, alors qu'elle demeure utopique. Le décret n° 75-402 du 23 mai 1975 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale dispose déjà, en son article D. 70-1 : « Les maisons centrales comportent une organisation et un régime de sécurité dont les modalités internes permettent néanmoins de préserver et de développer les possibilités de reclassement des condamnés ». L'article D. 70-2 affiche le même objectif : « Les centres de détention comportent un régime principalement orienté vers la resocialisation du condamné ».

806. Pourtant, dans son dernier rapport d'activité, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dénonce à nouveau l'indignité des conditions de vie des détenus, notamment au regard de la saturation générale des capacités pénitentiaires, nuisance

¹⁵⁷⁸ Propos tenus par J.-P. DINTILHAC, alors procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris (V. Rapport de commission d'enquête n° 449 (1999-2000) de MM. Jean-Jacques HYEST et Guy-Pierre CABANEL, fait au nom de la commission d'enquête, déposé le 29 juin 2000, *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France* (tome 1), p. 115).

¹⁵⁷⁹ Déclaration du garde des Sceaux, Michèle ALLIOT-MARIE, le 18 décembre 2009, lors de l'inauguration du centre pénitentiaire de Vivonne (inscrit dans le programme « 13 200 places » de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice).

¹⁵⁸⁰ F. TULKENS, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive - Conférence de consensus : principes d'action et méthodes*, Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre le 20 février 2013, p. 10.

absolue à la désistance : « Depuis vingt ans l'inflation carcérale semble être en France une fatalité, à tel point que la prison n'est aujourd'hui plus en mesure de remplir l'objectif de réinsertion que la loi lui assigne »¹⁵⁸¹. Compter le nombre de « matelas au sol » donne un premier aperçu des violences institutionnelles¹⁵⁸² exercées dans les établissements pénitentiaires surpeuplés¹⁵⁸³, où ceux qui dorment par terre doivent éviter d'être piétinés par leurs codétenus. La surcharge carcérale a des effets dévastateurs sur la détention, notamment par le renforcement des mesures de sécurité qu'elle provoque. À ce titre, alors que les fouilles intégrales « doivent être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement » et ne sont permises « que si les fouilles par palpation ou l'utilisation des moyens de détection électronique sont insuffisantes »¹⁵⁸⁴, elles deviennent parfois systématiques. Mis à nu de façon autoritaire, souvent dans des locaux préservant peu son intimité, le détenu subit une humiliation certaine¹⁵⁸⁵. Or, dans de nombreux établissements, ces pratiques sont généralisées, notamment après chaque entrée ou sortie en détention, chaque accès au parloir, voire même, de façon disciplinaire.

807. Des pratiques attentatoires à la dignité humaine – Condamnée à plusieurs reprises sur ce fondement par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁸⁶ et malgré l'encadrement réalisé par la loi pénitentiaire de 2009, la France vient encore d'être censurée par le Conseil d'État au regard de ces pratiques hautement attentatoires à la dignité humaine¹⁵⁸⁷. Le juge administratif avait déjà admis le caractère exceptionnel de ces mesures : « une fouille corporelle intégrale, répétée à la sortie de chaque parloir

¹⁵⁸¹ Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Rapport d'activité 2018, *Dalloz*, p. 7.

¹⁵⁸² V. Y. MAYAUD, « Les "violences institutionnelles" ou du renouveau de la justification », *Humanisme et Justice, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 590.

¹⁵⁸³ 1473 matelas posés à même le sol dans les maisons d'arrêts au 1er novembre 2017, 1472 un an plus tard, avec un taux d'occupation inchangé, de 141 %, lequel a pu dépasser 200 % dans certains établissements (V. CGLPL, Rapport d'activité 2018, *op. cit.*, p.13).

¹⁵⁸⁴ Art. 57 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et R. 57-7-79 du code de procédure pénale.

¹⁵⁸⁵ Les fouilles intégrales, encore appelées « à nu » ou « à corps », consistent en une mise à nu de la personne détenue sans aucun contact entre la personne fouillée et l'agent chargé de procéder à la fouille alors que la fouille par palpation consiste en une recherche extérieure, au dessus des vêtements, pratiquée par tapotements successifs le long du corps. V. Note du 15 novembre 2013 relative aux moyens de contrôle des personnes détenues (NOR : JUSK1340043N).

¹⁵⁸⁶ CEDH *Frérot c/ France*, 12 juin 2007, requête n° 70204/01 ; *Khider c/ France*, 9 juillet 2009, requête n° 39364/05 ; *El Shennawy c/ France*, 20 janvier 2011, requête n° 51246/08.

¹⁵⁸⁷ Le Conseil d'État a rappelé à plusieurs reprises « que les mesures de fouilles ne sauraient revêtir un caractère systématique » (CE, 11 juillet 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 347146 ; CE, 26 septembre 2012, *M. T.*, n° 359479 ; CE, 6 juin 2013, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 368816 ; CE, 6 juin 2013, *M. E.*, n° 368875).

autorisé, impose à l'intéressé une contrainte grave et durable susceptible d'excéder illégalement celle qui est nécessaire pour l'application de l'article 57 de la loi du 24 novembre 2009 »¹⁵⁸⁸ et doit aujourd'hui en rappeler les conditions et les limites : « Il appartient à l'administration pénitentiaire de veiller, d'une part, à ce que de telles fouilles soient, eu égard à leur caractère subsidiaire, nécessaires et proportionnées et, d'autre part, à ce que les conditions dans lesquelles elles sont effectuées ne soient pas, par elles-mêmes, attentatoires à la dignité de la personne »¹⁵⁸⁹. La banalisation de telles pratiques par l'administration pénitentiaire, encouragée par des circulaires¹⁵⁹⁰, ne fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire, alors même que les fouilles à nu sont hautement déshumanisantes. Nombreux sont les condamnés qui refusent des activités, ou d'aller au parloir, pour ne pas y être soumis¹⁵⁹¹. La réinsertion d'une personne incarcérée n'est envisageable que par l'établissement de relations sociales respectueuses. Or, « Être mis à nu devant un autre, c'est la première étape de la dégradation du sujet »¹⁵⁹². Il serait bon ici de prévoir la saisine du juge de l'application des peines pour autoriser une fouille intégrale, dès lors qu'elle doit rester exceptionnelle, en laissant les fouilles par palpation à la discrétion des agents pénitentiaires.

808. En 2006, le Conseil économique, social et environnemental a déclaré que « la période de détention devait être non seulement celle de la punition, mais aussi celle de la reconstruction »¹⁵⁹³, idée que ne semble plus partager l'opinion publique, puisque seuls 45% des français, contre 72% en 2000, pensent que la prison doit avant tout préparer à la réinsertion¹⁵⁹⁴. Les politiques pénales s'en ressentent, à travers l'élévation et l'allongement des peines privatives de liberté, dans le but de renforcer la sécurité publique¹⁵⁹⁵. Mais l'effet contre-productif de la prison est régulièrement démontré, une récente étude soulignant à nouveau les risques qu'elle induit, tant au regard de la désocialisation infligée qu'en raison du renforcement de l'ancrage dans la délinquance

¹⁵⁸⁸ CE, 9 septembre 2011, *M. D.*, n° 352372. V. également CE, 26 septembre 2012, *M. T.*, n° 359479.

¹⁵⁸⁹ Arrêt du CE, 10e et 9e ch., 30 janv. 2019, n° 416999 (V. également CE 14 nov. 2008, n° 315622, Lebon ; *AJDA* 2008. 2145 ; *ibid.* 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; *D.* 2008. 3013, obs. E. ROYER ; *ibid.* 2009. 1376, obs. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et E. PÉCHILLON ; *AJ pén.* 2009. 89, obs. É. PÉCHILLON ; *RFDA* 2009. 957, obs. D. POLLET-PANOUSSIS ; *RSC* 2009. 431, chron. P. PONCELA).

¹⁵⁹⁰ Circulaire A.P.86-12 G 1 du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus.

¹⁵⁹¹ CGLPL, Rapport d'activité 2018, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁹² R. BADINTER, Intervention pendant la séance en hémicycle du 5 mars 2009 à propos de l'article 24 de la loi pénitentiaire.

¹⁵⁹³ CESE, *Avis consacré aux conditions de la réinsertion socioprofessionnelle des personnes détenues*, présenté, pour la section des Affaires sociales et de la santé par M. DONAT DECISIER, en 2006.

¹⁵⁹⁴ Sondage « Les Français et la prison » réalisée par l'IFOP pour la Fondation Jean Jaurès. L'enquête a été menée auprès d'un échantillon de 1013 personnes, représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus. Les interviews ont été réalisées par questionnaire auto-administré en ligne du 27 au 28 mars 2018.

¹⁵⁹⁵ La durée moyenne en détention a ainsi plus que doublé en 35 ans : elle est passée de 4,6 mois en 1980 à 10,3 mois en 2014.

provoqué¹⁵⁹⁶. Par nature, l'entrée en détention génère une rupture avec la société, en coupant les liens avec l'extérieur, par la perte d'un emploi, d'un logement ou des contacts avec les proches. Il est donc essentiel de compenser le retrait social inéluctable par un accompagnement adapté à la personne du délinquant, afin de préparer la réinsertion. Il s'agit précisément de l'objet des quartiers arrivants, destinés à l'établissement d'un « parcours d'exécution de peine » sur la base d'un bilan de personnalité réalisé pendant la première semaine de détention. Or, leur surencombrement ne permet pas, la plupart du temps, une telle évaluation¹⁵⁹⁷, de sorte que la première étape vers la réinsertion est déjà compromise. Il est pourtant déterminant de dresser les besoins du condamné, afin de mettre en place une prise en charge sanitaire ou professionnelle, qui pourra éventuellement se poursuivre après la détention.

809. Les nouvelles structures d'accompagnement vers la sortie – À ce titre, la loi du 23 mars 2019 inaugure justement de nouvelles structures, chargées de l'accompagnement vers la sortie¹⁵⁹⁸. Rejoignant les quartiers de préparation à la sortie, qui accueillent déjà les personnes en fin de peine hors de la prison, les vingt-trois structures d'accompagnement vers la sortie devraient être en mesure, d'ici 2022, d'accueillir deux-mille-cinq-cent personnes dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à une année. Le but est ici d'éviter les sorties dites « sèches », donc sans accompagnement, en organisant des rencontres avec les partenaires sociaux et institutionnels, des actions citoyennes, sportives et culturelles. Ces régimes de détention particuliers permettent encore de responsabiliser les détenus, notamment en leur laissant les clés de leur cellule, des créneaux d'ouverture des portes étant alors autorisés¹⁵⁹⁹. Très favorables à la réinsertion, ces modalités de détention moins drastiques, qui tissent des liens avec les partenaires sociaux et associatifs, sont

¹⁵⁹⁶ L'étude publiée par la revue *Nature* en mai 2019 et menée par des chercheurs de l'Université de Berkeley, porte sur 111 110 personnes condamnées pour des violences dans l'État du Michigan entre 2003 et 2006 (certaines à des peines d'emprisonnement, d'autres à des peines de probation). Le suivi de ces personnes, jusqu'en 2015, a permis de démontrer que : « Emprisonner moins de personnes (...) aurait un impact relativement faible sur le niveau de violence dans la société, tandis que les politiques alternatives et actions de prévention de la violence auraient un effet plus important pour des coûts économiques et sociaux inférieurs » (Ingrid A. BINSWANGER, Shawn D. BUSHWAY, David J. HARDING, Anh P. NGUYEN, Jeffrey D. MORENOFF, « A natural experiment study of the effects imprisonment on violence in the community », *Nature*, 13 mai 2019).

¹⁵⁹⁷ V. CGLPL, Rapport d'activité 2018, *op. cit.*

¹⁵⁹⁸ Art. 2 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁵⁹⁹ L'expérience de la SAS des Baumettes, oeuvrant depuis juin 2018 à Marseille, donne des résultats très encourageants. Lire les observations issues d'un entretien avec les responsables de la structure (CESE, *La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et toutes*, avis présenté par A. DULIN, Section des affaires sociales et de la santé, 2019, p. 39).

cependant conditionnées par des initiatives constantes pendant la durée de l’incarcération.

810. L’entrée et la sortie, moments clés de la peine privative de liberté, ne doivent pas pour autant plonger dans l’oubli le temps de détention, lequel devrait être propice à la réinsertion. Malheureusement, l’accès aux soins, à l’enseignement, à la formation et le maintien des liens familiaux sont bien souvent pervertis par l’incarcération. L’impossibilité de dresser un bilan relatif aux besoins du condamné a des conséquences désastreuses sur l’exécution de la peine. D’abord, la continuité des soins est rendue délicate, surtout lorsque la prison est traitée comme l’antichambre de la psychiatrie, dès lors que la prise en charge hospitalière est défaillante¹⁶⁰⁰. Les délais de consultation, l’absence de prise en charge, la perte d’accès aux prestations sociales, les mauvaises conditions d’hygiène et les violences participent à la détérioration de l’état de santé des détenus, qui peuvent être diminués physiquement ou psychologiquement à la sortie. Au lieu de permettre le soin, la prison renforce bien souvent les affections dont souffrent les condamnés, notamment au regard des pathologies mentales, exacerbées par l’enfermement, mais également des addictions, peu repérées et encore moins traitées sur la période de détention.

811. Ensuite, elle prive le détenu de ses ressources, alors que la prison occasionne des frais, tels l’achat de timbres ou de produits alimentaires¹⁶⁰¹. Pourtant, le revenu de solidarité active est suspendu pour les personnes détenues au bout de soixante jours d’incarcération, comme les indemnités chômage et l’allocation adulte handicapé, réduite de 70 % après trente jours de détention. La précarisation se retrouve nécessairement à la sortie, d’autant plus que les personnes libérées ne peuvent plus, dorénavant, bénéficier de l’allocation temporaire d’attente, qui permettait la survie à la sortie de prison¹⁶⁰². Dans son récent avis, le Conseil économique appuie sur cette fragilisation des détenus, qui les expose nécessairement à la délinquance, au lieu de les

¹⁶⁰⁰ V. Feuille de route sur trois ans pour la santé des personnes placées sous main de justice (28 mesures dans le cadre du plan Stratégie santé 2019-2022, présenté par les ministres de la Justice et de la Santé le 2 juillet 2019).

¹⁶⁰¹ V. Rapport d’information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la mission de contrôle sur le compte de commerce de la Régie industrielle des Établissements pénitentiaires par M. Paul LORIDANT, sénateur, 2002.

¹⁶⁰² L’allocation temporaire d’attente (ATA) procurait un revenu à certaines personnes non couvertes par l’allocation chômage (ARE) ou par d’autres minima sociaux (ASS, RSA, etc.), dans l’attente de leur réinsertion. Elle a cessé d’être attribuée à compter du 1er septembre 2017.

en extirper : « Plus que jamais dans ce contexte, la prison désocialise, déresponsabilise, crée de multiples ruptures ou exacerbe celles qui existaient déjà. Les personnes, détenues et anciennement détenues rencontrées pour la préparation de cet avis ont toutes connu un "choc carcéral" à l'entrée comme à la sortie de la prison. En les privant de la possibilité de jouir de leurs droits fondamentaux, de leur capacité d'exercer un emploi et d'assumer leurs responsabilités, la détention contribue à la précarité. La détention concerne une population qui, si elle n'est pas totalement homogène, cumule les difficultés sociales, un capital scolaire faible, une santé fragile. Trop souvent, elle s'inscrit dans une « chaîne des exclusions » que les politiques publiques n'ont pas réussi à arrêter »¹⁶⁰³. Bien d'autres facteurs contrarient encore la réinsertion, qu'il s'agisse des difficultés pour obtenir ou renouveler des papiers et de la privation de l'accès au numérique¹⁶⁰⁴ en raison du contrôle des correspondances écrites par l'administration pénitentiaire.

812. Une inégalité de traitement – Cette inégalité de traitement se trouve en parfaite contradiction avec l'objectif de resocialisation, à l'heure où l'ensemble des services de communication sont informatisés. Quelques efforts sont entrepris, comme le projet de généralisation des téléphones muraux en cellule¹⁶⁰⁵ ou l'expérimentation de portails numériques¹⁶⁰⁶, mais ils demeurent parcellaires et insuffisants. Il faut au moins reconnaître à la loi de programmation pour la Justice l'amélioration du droit de vote des détenus, l'exercice de la citoyenneté étant un préalable indispensable à la réinsertion¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰³ CESE, *La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et toutes*, avis présenté par A. DULIN, Section des affaires sociales et de la santé, 2019, p. 13.

¹⁶⁰⁴ Le Conseil économique met en lumière cette contradiction : « Les personnes détenues n'ont pas accès au numérique ce qui, dans un contexte de numérisation généralisée des services publics, est en complète contradiction avec l'objectif de réinsertion. Les démarches administratives se font donc en format papier, obligeant à procéder, à l'extérieur de la prison, à une saisie numérique, qui demandent un temps de travail supplémentaire pour les intervenants » (CESE, *La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et toutes*, *op. cit.*, p. 50).

¹⁶⁰⁵ Toutefois, ils ne pallient pas le coût des appels, à la minute, selon des tarifs prohibitifs (V. Projet annuel de performances Justice, programme 107 administration pénitentiaire, annexe au projet de loi de finances 2020, p. 91).

¹⁶⁰⁶ Le plan « Numérique en détention » (NED) est mis en place dans trois établissements pilotes, en vue de dématérialiser les actes quotidiens de la vie en détention (mise en place d'une « cantine numérique » pour commander certains produits, possibilité de s'inscrire aux activités de façon dématérialisées, mise à disposition de modules pédagogiques et de formation). Les proches des personnes détenues pourront, via une application smartphone ou un site internet, réserver un parloir ou alimenter le pécule (CESE, *La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et toutes*, *op. cit.*, p. 51).

¹⁶⁰⁷ Art. 87 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : le législateur améliore les modalités du droit de vote des détenus, sauf lorsqu'ils sont frappés d'une incapacité électorale, en leur permettant de voter par correspondance sous pli fermé à l'élection des représentants au Parlement européen.

813. L'activité professionnelle – De même, la formation professionnelle, l'accès à l'enseignement et l'exercice d'activités, sont très largement déficitaires. Alors que l'illettrisme concerne plus de 23% des personnes détenues et que 43,9% de celles-ci sont sans diplôme¹⁶⁰⁸, une majorité d'entre elles n'accède pas au savoir en raison de l'insuffisance des moyens mis à disposition. Régionalisée, la formation professionnelle souffre elle aussi d'une offre très insuffisante, une minorité de détenus y accédant¹⁶⁰⁹. Les initiatives artistiques sont rares, alors même que le droit à la culture est reconnu aux détenus par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions et la Convention de l'Unesco du 18 décembre 2006, tout comme les activités sportives, un droit pourtant consacré par l'article 27 de la loi pénitentiaire de 2009. L'ensemble de ces opportunités souffre grandement de la surcharge de détenus, alors même qu'elles sont de puissants vecteurs de réadaptation. Il est à ce propos fort regrettable de ne pas impliquer les détenus à leur propre sort, la peine privative de liberté restant très infantilisante, en ne les associant pas aux choix des activités proposées en détention : « Les personnes détenues sont consultées au moins deux fois par an sur les activités proposées »¹⁶¹⁰. En outre, l'exercice d'un métier reste exceptionnel au sein des établissements pénitentiaires¹⁶¹¹, les exigences en matière de sécurité étant dissuasives pour les employeurs et les locaux souvent peu appropriés. Le travail est en outre utilisé comme un outil de « paix sociale » au lieu de servir au retour à l'emploi¹⁶¹², avec des critères d'attribution reposant sur un classement ou un déclasserment, qui l'apparentent à un privilège¹⁶¹³. En plus d'être soumis à un régime dérogatoire, puisque le détenu n'a ni assurance-chômage, ni remise du temps de travail, ou le droit de faire grève ou de se syndiquer, la rémunération est faible et disparate, alors même qu'elle peut faciliter l'indemnisation de la victime. Le ministère de la Justice devrait prochainement contractualiser la relation de travail, qui reste aujourd'hui un simple « acte d'engagement » du détenu envers l'administration pénitentiaire. Mais l'apprentissage,

¹⁶⁰⁸ Ministère de l'Éducation nationale, Bilan annuel de l'enseignement en milieu pénitentiaire, année 2017-2018.

¹⁶⁰⁹ Soit 15% des personnes détenues en 2017, selon la direction de l'administration pénitentiaire.

¹⁶¹⁰ Décret n° 2014-442 du 29 avril 2014 portant application de l'article 29 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁶¹¹ Le taux décroît au fur et à mesure des années : 46,2 % des détenus exerçaient une activité rémunérée en 2000, 28 % aujourd'hui (audition de Nicole BELLOUBET, ministre de la Justice et garde des Sceaux, devant la section des affaires sociales et de la santé du CESE, 8 octobre 2019).

¹⁶¹² CESE, *La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et toutes*, op. cit., p. 57.

¹⁶¹³ Décret n° 2016-1853 du 23 décembre 2016 relatif à l'implantation de structures d'insertion par l'activité économique en milieu pénitentiaire permettant l'accès des personnes détenues à l'insertion par l'activité économique. La procédure dite de « classement » permet à l'administration pénitentiaire d'affecter les candidats à un poste, le service général (cuisine, plomberie, buanderie, etc.), les opérateurs (ateliers installés en prison par les entreprises concessionnaires de main-d'œuvre) ou encore les ateliers gérés par la Régie industrielle des établissements pénitentiaires (RIEP) sur la conception de mobilier pour les collectivités, la prospection commerciale, la numérisation des archives de l'INA.

comme l'emploi, n'existent quasiment pas entre les murs, de sorte que les détenus n'ont pas d'occupation ni d'outils de valorisation, alors même qu'il s'agit d'un pas crucial vers la réinsertion.

814. Le maintien des liens familiaux – Enfin, le maintien des liens familiaux, absolument essentiel à la désistance, est fortement compromis par les conditions de détention. Le manque de parloirs familiaux et l'absence d'intimité empêchent les détenus de préserver leurs relations affectives et amicales, d'autant plus que l'accès à ces possibilités est utilisé comme récompense ou sanction disciplinaire. La surpopulation aggrave encore cette rupture avec les proches, en réduisant les temps de discussion et en décourageant les visites, compte tenu des temps d'attente. Déjà privés de contact par voie informatique, pour des raisons de sécurité, de téléphone, au regard de coûts de communication, les détenus ne peuvent pas non plus rencontrer leurs amis et familles, les exposant à un isolement néfaste à la sortie de prison. À tous les niveaux, la surpopulation des établissements pénitentiaires ajoute ainsi des obstacles à des conditions de vie guère enviables : « La surpopulation carcérale a en effet des effets très négatifs, à court, moyen et long terme. À court terme, elle favorise les violences et les suicides en détention. À moyen terme, elle compromet la réinsertion sociale des détenus en dégradant la qualité du suivi socio-éducatif et thérapeutique en détention. Par la surcharge qu'elle représente, elle détourne des moyens qui devraient être alloués prioritairement à la prise en charge des détenus les plus dangereux. Enfin, il en résulte à long terme un risque accru de récidive, au préjudice de l'ensemble de nos concitoyens. La surpopulation carcérale nourrit la délinquance »¹⁶¹⁴. La création récente, au sein de la direction de l'administration pénitentiaire, d'une sous-direction de l'insertion et de la probation¹⁶¹⁵ laisse donc songeur, tant elle a tendance à oublier, face au primat sécuritaire, « que les gens qui rentrent en prison en sortent »¹⁶¹⁶.

815. L'aggravation des facteurs de délinquance – À terme, toute volonté de réinsertion se trouve mise en échec, dès lors que la prison n'est pas capable de prendre en charge dignement les détenus : « La prison produit ce qu'elle entend combattre : elle aggrave l'ensemble des facteurs de délinquance en fragilisant les liens familiaux,

¹⁶¹⁴ B. PENAUD, « La surpopulation carcérale n'est pas une fatalité », *Gaz. Pal.* 15 mai 2014, n° 135, p. 5.

¹⁶¹⁵ Depuis juin 2019, elle est organisée en deux départements (parcours de peine et partenariats).

¹⁶¹⁶ CESE, *La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et toutes*, op. cit., p. 77.

sociaux ou professionnels, favorise les fréquentations criminogènes, et n'offre qu'une prise en charge lacunaire – voire inexistante – face aux nombreuses problématiques rencontrées par la population carcérale en matière d'addiction, de troubles psychiatriques, d'éducation, de logement, d'emploi, etc »¹⁶¹⁷. Loin d'être une manière durable de protéger la société, elle induit une perte de repères qui encourage la délinquance¹⁶¹⁸. L'incarcération a d'ailleurs pour effet d'augmenter la récidive¹⁶¹⁹, ce que démontrent froidement les statistiques, en comparaison avec les aménagements de peine : « Alors que 61 % des sortants sont réincarcérés dans les 5 ans, seules 32 % des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement avec sursis avec mise à l'épreuve sont recondamnées à la prison ferme »¹⁶²⁰.

816. La dégradation des conditions de détention – La dégradation des conditions de détention suit un tryptique malheureux, avec la progression de la surpopulation, le durcissement de la sécurité et la dégradation des conditions de vie quotidienne¹⁶²¹. Le constat du Contrôleur général des lieux de privation de liberté est sans appel et pointe du doigt les multiples dysfonctionnements de la peine privative de liberté : « les atteintes à l'ensemble des droits fondamentaux qui contribuent à la dignité de la personne n'ont pas régressé, il s'en faut : le droit à la santé, les droits de la défense, le droit à la réinsertion, le droit au maintien des liens familiaux, le droit à l'intimité, le droit d'exercer librement son culte sont chaque année plus limités par une culture sécuritaire qui ne cesse d'imposer de nouvelles contraintes »¹⁶²². La prison ne remplit pas ses fonctions, lorsqu'elle ne contrevient pas tout bonnement au sens de la peine, en

¹⁶¹⁷ Dossier de presse de l'Observatoire international des prisons, *Construction de prisons : droit dans le mur*, 20 septembre 2016, p. 2.

¹⁶¹⁸ À ce propos, lire les témoignages de nombreux détenus sur le site de l'Observatoire international des prisons. Par exemple : « Bientôt libéré après six ans de détention, je sors en sortie sèche, malgré moi, dans quelques semaines. Aucune permission de sortir. Pas d'action de réinsertion. Je sors les poches vides, une main devant, une main derrière. [...] Mais où est l'intérêt de toutes les dépenses qu'à faites l'Etat pour moi puisque je sors en sortie sèche ? Réinsertion : zéro dépense pendant 2190 jours. Je sors avec appréhension après six mois d'isolement total. Je croyais pourtant purger une peine me privant de liberté, mais pas de vie... Ce n'est pas de la faute de personne, c'est un système entier qui faillit à sa mission ». Egalement : « Le milieu carcéral, c'est un peu le Pôle emploi de la délinquance, il y a tous les corps de métiers sur place : dealers, braqueurs, receleurs... Il suffit d'aller voir le bon pour perfectionner ses techniques. Le pire, c'était de partager ma cellule avec d'autres détenus. Si tu n'es jamais seul, avec la télé allumée toute la journée, tu ne peux pas réfléchir sur toi-même, faire le bilan de ta vie et d'où tu en es. A la finale, un sortant de prison, il s'est fait plein de copains délinquants, il a appris à mieux voler et il a plus de haine. Il est encore plus mal perçu par les gens honnêtes, et encore plus valorisé par les délinquants. Et les problèmes qu'il avait en entrant en prison sont toujours là », Extraits de l'interview de Yazid KHERFI pour la campagne « Ils sont nous » de l'OIP. V. Éditorial de la revue *Dedans-Dehors* n°80.

¹⁶¹⁹ P. SMITH, C. GOGGIN, P. GENDREAU, *Effets de l'incarcération et des sanctions intermédiaires sur la récidive : effets généraux et différences individuelles*, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2002 No de cat. : JS42-103/2002, ISBN : 0-662-66475-2 (disponible en ligne : <http://www.sgc.gc.ca>).

¹⁶²⁰ Ministère de la Justice, *Prévention de la récidive et individualisation des peines : chiffres clés*, juin 2014.

¹⁶²¹ Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport d'activité 2018*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶²² *Ibidem*, p. 6.

désinsérant encore davantage. Pourtant, l'article 22 de la loi pénitentiaire de 2009 dispose : « l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits », et l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, comme l'article 3 de la Convention européenne protègent symétriquement la dignité humaine. Face à cela, l'identité du juge de l'application des peines se trouve menacée. Parce qu'il est empêché d'agir en détention, le juge de l'application des peines est contraint d'en accélérer la sortie, s'il veut redonner un sens à la peine. Il serait sans doute utile d'instaurer un contrôle juridictionnel, en matière de droits fondamentaux, au sein des établissements pénitentiaires, afin que les détenus puissent saisir le juge dès lors que l'accès aux soins, au travail ou au maintien des liens familiaux est entravé par l'administration pénitentiaire. A défaut, le juge de l'application des peines n'a pas d'autre choix que d'user des mesures de libérations anticipées pour réinsérer, alors que le temps de privation de liberté devrait être un relais dans la recherche de désistance pour les condamnés aux infractions les plus graves. Le juge européen, après de nombreux avertissements, vient d'adresser un message retentissant aux autorités, dans le but de rétablir la dignité dont les détenus français sont privés.

2. L'indignité sanctionnée

817. Grâces collectives et lois d'amnistie – Pendant longtemps, les grâces collectives et les lois d'amnistie ont servi d'outil de régulation des flux en détention¹⁶²³. Ainsi le Président de la République pouvait-il dispenser les condamnés de subir leur peine, par le biais d'une grâce collective accordée à certaines catégories de détenus, alors que le législateur faisait disparaître la condamnation, en supprimant rétroactivement le caractère d'infraction pénale aux faits commis, par l'intermédiaire de l'amnistie¹⁶²⁴. Reposant sur des coutumes électorales et des traditions d'indulgence, déconnectées des objectifs de la peine, ces méthodes ont été vilipendées, au point de disparaître¹⁶²⁵. Elles avaient au moins le mérite de ne pas taire leur finalité, ces

¹⁶²³ Articles 133-7 et 113-9 du Code pénal.

¹⁶²⁴ N. BRACONNAY, *La justice et les institutions juridictionnelles*, La documentation française, 3ème éd., 2019.

¹⁶²⁵ La grâce collective a été supprimée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Quant aux mesures d'amnistie, la dernière remonte à la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie. Elles étaient toutes deux, le plus souvent, consécutives à l'élection présidentielle (la grâce intervenant également au 14 juillet). Seule la grâce individuelle perdure : demandée par requête au Président de la République, elle est accordée par décret après une enquête de la direction des affaires criminelles et des grâces au ministère de la Justice.

institutions de clémence participant sciemment à désengorger les prisons¹⁶²⁶. Malgré son caractère anti-démocratique et contraire à l'autorité de la chose jugée, chaque année, la grâce collective contribuait tout de même à libérer trois à quatre mille détenus¹⁶²⁷. Accordées de manière « automatique et aveugle » ces libérations anticipées n'étaient donc pas motivées par les efforts de réinsertion des condamnés et entraient en concurrence avec les pouvoirs du juge de l'application des peines, dont l'individualisation, qui était alors paralysée¹⁶²⁸. Pour autant, le législateur ne restaure en aucun cas le pouvoir judiciaire en supprimant la grâce collective, dès lors qu'elle est compensée par des mécanismes parfaitement iniques. D'abord, la grâce individuelle perdure, alors qu'elle interfère avec le prononcé de réduction de peines par le juge. Le Président de la République s'arroge ici le droit d'individualiser la peine par décret, en fonction de l'avis de l'administration pénitentiaire quant au mérite du condamné¹⁶²⁹. Neutralisant les pouvoirs du juge de l'application des peines, elle est en outre ponctuelle, ce qui n'offre pas de solution quant au surnombre de détenus.

818. Un nouveau levier – Ensuite, le législateur met à la disposition du juge de l'application des peines un nouveau levier, lui offrant la possibilité d'écarter l'incarcération en cas de surpopulation carcérale. L'article 707 du Code de procédure pénale commande ainsi au juge de permettre le retour à liberté « en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire ». À nouveau, de telles préoccupations sont radicalement opposées à l'identité du juge de l'application des peines, dont la fonction réinsérante est neutralisée par des logiques gestionnaires. Atteignant le juge au cœur de ses fonctions en paralysant l'effectivité de ses pouvoirs, la surpopulation carcérale est un fléau permanent, qui doit être traité en priorité. Ce problème conjoncturel ne se limite d'ailleurs pas à la justice, les lieux de privation de liberté se multipliant de part et d'autre, qu'il s'agisse de cloisonner les détenus, les étrangers ou les aliénés. À ce titre, les organes de contrôle sont alarmés « de constater que, contrairement aux principes du droit français, l'enfermement devient la réponse à tous les maux de la société, à toutes

¹⁶²⁶ V. G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, H. RUIZ FABRI, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2006/I, n° 28, pp. 237-255.

¹⁶²⁷ V. Étude de législation comparée n° 177 - octobre 2007 - *L'amnistie et la grâce*, Service des études juridiques du Sénat, p. 6.

¹⁶²⁸ V. M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 316, n° 230-21.

¹⁶²⁹ Art. 133-7 du Code pénal.

les transgressions, volontaires ou involontaires, des règles ou des normes de la vie en commun »¹⁶³⁰. Alors que des années de lutte contre le surpeuplement des prisons ne sont pas parvenues à juguler l'hémorragie, il est peut-être temps de réfléchir à la peine d'emprisonnement en elle-même. Il ne suffit pas d'exiger qu'elle soit le dernier recours, il ne convient pas de l'interdire par principe, il faut à présent proposer une autre façon de réprimer.

819. L'interdiction des traitements inhumains et dégradants – La Cour européenne des droits de l'homme nous somme d'ailleurs de réagir promptement, puisqu'elle vient de mettre un coup d'arrêt aux autorités françaises, après cinq ans d'avertissements au regard de la surpopulation carcérale systématisée. Par un arrêt du 30 janvier 2020¹⁶³¹, elle condamne donc la France sur la base de l'article 3 de la Convention européenne, soit l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, ainsi que de son article 13, qui proclame le droit à un recours effectif. Le juge européen rend ici une décision remarquable, qui dénonce une peine devenue délétère, en décrivant en détail : « une situation d'ensemble peu flatteuse d'un univers carcéral dégradé et qui renvoie une image quelque peu ternie du pays de la déclaration des droits de l'Homme »¹⁶³². Le recours, porté par trente-deux condamnés exécutant leur peine dans des établissements de métropole et d'outre-mer, avait pour objet précis la contestation de la densité carcérale, accompagnée de conditions d'incarcération dégradantes.

820. Déjà, en 2013, la France était sanctionnée pour l'état de ses prisons, avec l'arrêt *Canali c/ France*¹⁶³³, puis en 2015 pour l'absence de recours effectif contre les conditions de détention, avec l'arrêt *Yengo c/ France*¹⁶³⁴. Entre temps, les conditions de vie des détenus ne s'amélioreraient pas en France, mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'étoffait à l'étranger. Plusieurs arrêts ont en effet retenu le manque d'espace vital comme une violation de l'article 3 de la Convention

¹⁶³⁰ Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Rapport d'activité 2018, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶³¹ CEDH, 5 sect., 30 janv. 2020, n° 9671/15, *J.M.B et a. c/ France*, M Nußberger, prés. ; J.-F. RENUCCI, « Surpopulation carcérale : une condamnation retentissante », étude, *BICR* n° 111 ; J.-M. PASTOR, « Prisons indignes et référés inefficaces : la France sommée de revoir ses règles », *AJDA* 2020, p. 263.

¹⁶³² E. SENNA, « La surpopulation carcérale généralisée dans le collimateur de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 10, p. 20.

¹⁶³³ CEDH 25 avr. 2013, *Canali c/ France*, n° 40119/09 : D. 2013. 1138, obs. M. LÉNA ; *AJ pén.* 2013. 403, obs. J.-P. CÉRÉ.

¹⁶³⁴ CEDH 21 mai 2015, *Yengo c/ France*, n° 50494/12 : *AJDA* 2015. 1289, tribune A. JACQUEMET-GAUCHÉ et S. GAUCHÉ ; D. 2016. 1220, obs. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et E. PÉCHILLON ; *AJ pén.* 2015. 450, obs. E. SENNA.

européenne, dès lors que la surpopulation atteint un certain niveau : « le manque d'espace dans un établissement pénitentiaire peut constituer l'élément central à prendre en compte dans l'appréciation de la conformité d'une situation donnée à l'article 3 »¹⁶³⁵ et la Cour est allée jusqu'à établir une présomption de traitements inhumains et dégradants lorsqu'un détenu dispose d'un espace inférieur à trois mètres carrés avec l'arrêt *Mursic c/ Croatie* rendu par sa grande chambre en 2016¹⁶³⁶. Cette présomption pouvait tout de même être renversée sur la base de trois conditions cumulatives : si le cantonnement à cet espace minimal est réduit à des périodes courtes, occasionnelles et mineures, si la liberté de circulation et des activités hors cellule sont permises, si les conditions de détention sont par ailleurs décentes¹⁶³⁷. L'état s'est néanmoins resserré en 2018, d'abord avec l'arrêt *Danilczuk c/ Chypre*, puis avec l'arrêt *Meianu c/ Roumanie*, qui ont tous les deux admis les traitements inhumains et dégradants pour des durées de détention d'environ un mois, sans même considérer la liberté de circulation à l'extérieur de la cellule¹⁶³⁸. La surpopulation sévère est donc une problématique sérieuse dans la jurisprudence de la Cour, qui met progressivement un terme à sa généralisation¹⁶³⁹. Après de multiples condamnations en ce sens, il fallait espérer « une décision de la Cour européenne qui forcerait la France à prendre des mesures structurelles et non des mesurées pour cacher la misère, à l'instar de ce qui s'est passé dans d'autres pays européens »¹⁶⁴⁰.

821. L'indignité sanctionnée – Pour la première fois, par sa décision *J.M.B et a c/ France*, la Cour accepte de reconnaître que la surpopulation carcérale en elle-même peut constituer un traitement inhumain et dégradant, lorsqu'elle atteint un certain seuil. En outre, même lorsqu'elle n'est pas parvenue à un point critique, elle participe à l'appréciation des mauvais traitements, sous l'angle de l'article 3 : « Dans les affaires où le surpeuplement n'est pas important au point de soulever à lui seul un problème sous l'angle de l'article 3, la Cour considère que d'autres aspects des conditions de

¹⁶³⁵ CEDH 2 nov. 2010, n° 24419/04, *Grozavu c/ Roumanie* ; 5 juin 2012, n° 34485/09, *Ciucă c/ Roumanie*, D. 2013. 1304, obs. J.-P. CÉRÉ. V. Egalement, CEDH 28 oct. 2014, n° 47603/10, *Tirean c/ Roumanie*.

¹⁶³⁶ CEDH, gde ch., 20 oct. 2016, n° 7334/13, *Mursic c/ Croatie* : A.-G. ROBERT, « Conséquences du manque flagrant d'espace personnel », *AJ pénal* 2017, p. 47.

¹⁶³⁷ CEDH, gde ch., 20 oct. 2016, n° 7334/13, *Mursic c/ Croatie* ; 16 mai 2017, n° 37768/13 et 36467/14, *Sylla et Nollomont c/ Belgique*.

¹⁶³⁸ CEDH 3 avr. 2018, n° 21318/12, *Danilczuk c/ Chypre* (un mois et demi de détention) ; CEDH 3 mai 2018, n° 67449/14, *Meianu c/ Roumanie*, *AJ pénal* 2018. 379, obs. F. CHARLENT (vingt-sept jours de détention).

¹⁶³⁹ V. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines », D. 2019, p. 1074.

¹⁶⁴⁰ D. BOESEL, avocat au barreau de Paris et présidente de l'Observatoire international des prisons, interrogée en 2017 par O. DUFOUR, « Même le Texas a décidé d'arrêter l'incarcération de masse », *Gaz. Pal.* 17 janv. 2017, p. 9.

détention sont à prendre en considération dans l'examen du respect de cette disposition. Parmi ces éléments figurent la possibilité d'utiliser les toilettes de manière privée, l'aération disponible, l'accès à la lumière et à l'air naturels, la qualité du chauffage et le respect des exigences sanitaires de base. Lorsqu'un détenu dispose dans la cellule d'un espace personnel compris entre 3 et 4 m², le facteur spatial demeure un élément de poids dans l'appréciation du caractère adéquat ou non des conditions de détention »¹⁶⁴¹. Or, cette affaire a non seulement mis en évidence un environnement abominable au sein de nombreux établissements pénitentiaires, notamment par la présence de rats et de parasites, comme les punaises de lits ou les poux, le manque d'aération, parfois inquiétant dans les établissements ultramarins, l'absence d'intimité, le cloisonnement des toilettes étant partiel dans la cellule, mais également en raison du manque d'espace personnel.

822. Ainsi la Cour fait-elle à nouveau le constat du délabrement des prisons et des conséquences du surpeuplement sur la vie des détenus : « Elle note en effet qu'il ressort de leurs décisions et rapports que la MA de Fresnes, vétuste en raison de son ancienneté et du manque de rénovation, est confrontée de façon récurrente à la présence de nuisibles, et notamment de punaises dans les lits des détenus, et que ces derniers souffrent du manque de luminosité et de l'humidité dans les cellules. Elle relève également que si la durée des promenades dans les cours de la prison n'est pas contestée par les requérants, c'est l'état de ces lieux qui est en cause : dans ses recommandations en urgence publiées en décembre 2016, le CGLPL a indiqué que les cours étaient exiguës (vingt-cinq personnes dans 45 m²) et dépourvues d'abris et de toilettes et que les rats y évoluaient en masse »¹⁶⁴². Le mauvais entretien des lieux de détention est pourtant combattu de longue date par la Cour, comme elle le rappelle ici, en reprenant des principes déjà énoncés dans les jurisprudences précédentes : « Concernant les installations sanitaires et l'hygiène, la Cour rappelle que l'accès libre à des toilettes convenables et le maintien de bonnes conditions d'hygiène sont des éléments essentiels d'un environnement humain, et que les détenus doivent jouir d'un accès facile à ce type d'installation, qui doit leur assurer la protection de leur intimité. À cet égard, la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé qu'une annexe sanitaire qui n'est que partiellement isolée

¹⁶⁴¹ CEDH, 5 sect., 30 janv. 2020, n 9671/15, *J.M.B et a. c/ France*, § 256.

¹⁶⁴² CEDH, 5 sect., 30 janv. 2020, n 9671/15, *J.M.B et a. c/ France*, § 299.

par une cloison n'est pas acceptable dans une cellule occupée par plus d'un détenu. Par ailleurs, la présence d'animaux nuisibles tels que les cafards, rats, poux, punaises ou autres parasites doit être combattue par les autorités pénitentiaires par des moyens efficaces de désinfection, des produits d'entretien, des fumigations et des vérifications régulières des cellules, en particulier la vérification de l'état des draps et des endroits destinés au stockage de la nourriture »¹⁶⁴³. La France, déjà condamnée pour l'état de ses lieux de privation de liberté et les conditions de vie infligées aux détenus, n'a toujours pas remédié à ce problème, malgré les sanctions. Endémique, la surpopulation carcérale a quant à elle des conséquences graves sur le quotidien des détenus, conséquences qui remettent en cause le sens de la peine. Certains détenus sont enfermés dans leur cellule entre dix-huit et vingt heures par jour, dans un espace inférieur à trois mètres carrés. L'accès aux douches est limité, avec parfois six cabines de douche pour quatre-vingts détenus et il devient impossible d'accéder à des activités ou d'obtenir des soins décents¹⁶⁴⁴. Le surnombre de détenus génère des difficultés évidentes et implique des conditions de vie sordides, qui s'assimilent bien à l'indignité défendue par l'article 3, puisque « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

823. Le droit à un recours effectif – Par ailleurs, la Cour reprend le fil d'un raisonnement déjà établi en 2015, au sujet de l'absence de droit à un recours effectif permettant de lutter contre de telles conditions de détention. L'article 13 de la Convention prévoit en effet que toute personne « a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Dans l'arrêt *Yengo c/ France*, la Cour avait en effet estimé qu'une juridiction française, judiciaire ou administrative, aurait dû ordonner la remise en liberté d'une personne détenue en se fondant sur le caractère inhumain et dégradant de ses conditions de détention¹⁶⁴⁵. L'argument tiré de l'existence du référé-liberté et du référé mesures-utiles¹⁶⁴⁶, recours présentés devant le juge administratif, ne constitue pas une évolution suffisante. Certes,

¹⁶⁴³ CEDH, gr.ch., 20 oct. 2016, *Mursic c/ Croatie*, n° 7334/13 : *AJDA* 2017. 157, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJ pénal* 2017. 47, obs. A.-G. ROBERT, § 79 et CEDH, 4e sect., 25 avr. 2017, n° 10865/09, *Rezmives et a. c/ Roumanie*, § 78 (rappel par CEDH, 5 sect., 30 janv. 2020, n 9671/15, *J.M.B et a. c/ France*, § 257).

¹⁶⁴⁴ CEDH, 5 sect., 30 janv. 2020, n 9671/15, *J.M.B et a. c/ France*, § 78 et 79.

¹⁶⁴⁵ CEDH, 5 sect., 30 janv. 2020, n 9671/15, *J.M.B et a. c/ France*, § 211.

¹⁶⁴⁶ Art. L. 521-1 à L. 521-3 CJA et art. L. 911-4 CJA.

le juge du référé-liberté a pu ordonner des mesures immédiatement mises à exécution par l'administration, comme la dératisation d'un établissement, la construction de douches supplémentaires, la résolution des problèmes d'inondations de la cour de promenade afin de permettre son utilisation même en cas d'intempérie¹⁶⁴⁷. Néanmoins, le juge refuse d'ordonner des mesures visant des travaux de grande ampleur ainsi que celles demandées au titre du développement des aménagements de peine et des alternatives à l'incarcération. Face à la suroccupation d'une maison d'arrêt par exemple, dès lors que des lits remplacent les matelas au sol, il enjoint seulement à l'administration pénitentiaire « de prendre, dans les meilleurs délais, toutes les mesures de nature à améliorer, dans l'attente d'une solution pérenne, les conditions matérielles d'installation des détenus »¹⁶⁴⁸. Bien que des mesures urgentes puissent être prises par ce biais, elles sont toujours provisoires et ne résolvent pas les problèmes de fond. Le recours est ainsi privé d'effectivité, puisque le juge des référés ne gère ni l'entrée ni la sortie des flux en détention.

824. Ainsi, la Cour estime que « le pouvoir d'injonction conféré à ce juge a une portée limitée. En effet, il ne lui permet pas d'exiger la réalisation de travaux d'une ampleur suffisante pour mettre fin aux conséquences de la surpopulation carcérale portant atteinte aux droits des détenus énoncés par l'article 3 de la Convention. En outre, il ne l'autorise pas à prendre des mesures de réorganisation du service public de la justice. Le juge du référé-liberté s'en tient ainsi à des mesures pouvant être mises en œuvre rapidement, rejetant celles dont les effets n'interviendraient pas immédiatement, ainsi que son office l'y contraint. Il est en outre établi qu'il ne lui appartient pas de veiller à l'application par les autorités judiciaires des mesures de politique pénale ». De plus, la Cour remarque que les décisions du juge administratif se réfèrent aux moyens de l'administration pénitentiaire, des travaux minimes étant parfois considérés comme suffisants à l'amélioration des conditions dénoncées¹⁶⁴⁹. De fait, tout en constatant que des conditions de détention « marquées par la promiscuité et le manque d'intimité, sont de nature tant à porter atteinte à la vie privée des détenus, dans une mesure excédant les restrictions inhérentes à la détention, qu'à les exposer à un

¹⁶⁴⁷ CEDH, 5 sect., 30 janv. 2020, n 9671/15, *J.M.B et a. c/ France*, § 11, 67-70 et 108.

¹⁶⁴⁸ Ordonnance du juge des référés du 28 avril 2017 (n° 1703085), en réponse au second recours de l'Observatoire international des prisons, le 14 avril 2017, après l'ordonnance du 6 octobre 2016 rendue sur le recours en référé-liberté initié le 3 octobre 2016 devant le tribunal administratif de Melun.

¹⁶⁴⁹ CEDH, 5 sect., 30 janv. 2020, n 9671/15, *J.M.B et a. c/ France*, § 218.

traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave à deux libertés fondamentales », le Conseil d'État considère lui-même que « le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a, dans ce cadre, déjà prises »¹⁶⁵⁰. Malgré la reconnaissance de conditions de détention qui « excèdent le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et sont attentatoires à la dignité des intéressés »¹⁶⁵¹, le référé-liberté est de faible envergure, le Conseil d'État en ayant considérablement limité la portée¹⁶⁵². La Cour rappelle donc les termes de l'arrêt *Ananyev et autres c/ Russie* rendu en 2012¹⁶⁵³, selon lequel le recours doit permettre de faire cesser la violation de l'article 3, d'apporter une amélioration des conditions matérielles de détention ou même, de mettre fin à une incarcération, ce qui n'est nullement permis par le référé-liberté.

825. La défaillance du système carcéral – Partant, ce récent arrêt constate la défaillance de la France au regard de son système carcéral et exige l'adoption de mesures générales afin de supprimer le surpeuplement, d'améliorer les conditions de détention et d'établir un recours préventif. Cette décision, parfois qualifiée de « quasi-pilote »¹⁶⁵⁴, n'a cependant pas la même envergure que celles prononcées à l'égard de la Roumanie¹⁶⁵⁵ ou de l'Italie¹⁶⁵⁶. Dans ces décisions rendues respectivement en 2012 et 2013, la Cour met en place une procédure particulière aux affaires répétitives et destinée à contrer la mauvaise volonté des États¹⁶⁵⁷. Prioritaires, ces contentieux sont nommés « arrêts pilotes » en ce qu'ils impliquent l'identification directe des problèmes par la Cour et l'indication des améliorations attendues de la part des autorités. Pourtant,

¹⁶⁵⁰ CE, 10e-9e ch. réunies, 28 juill. 2017, n° 410677, *OIP*, § 14 : É. SENNA, « Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire : un pas en avant, un pas en arrière », *Gaz. Pal.* 17 oct. 2017, p. 26.

¹⁶⁵¹ Jugement du 6 avril 2018 (n° 1503550) rendu par le tribunal administratif de Melun (annulation de la décision implicite de rejet de la demande d'un détenu de procéder à des travaux de réfection de la cour de promenade de la maison d'arrêt de Fresnes).

¹⁶⁵² CE, 10e-9e ch. réunies, 28 juill. 2017, n° 410677, *OIP* : É. SENNA, « Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire : un pas en avant, un pas en arrière », *Gaz. Pal.* 17 oct. 2017, p. 26.

¹⁶⁵³ CEDH 10 janv. 2012, *Ananyev et a. c/ Russie*, n° 42525/07 : *D.* 2013. 201, obs. J.-F. RENUCCI, N. FRICERO et Y. STRICKLER.

¹⁶⁵⁴ É. SENNA, « La surpopulation carcérale généralisée dans le collimateur de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 10, p. 20.

¹⁶⁵⁵ CEDH 24 juill. 2012, *Iacov Stanciu c/ Roumanie*, n° 35972/05 : *D.* 2013. 201, obs. J.-F. RENUCCI, N. FRICERO et Y. STRICKLER. V. également CEDH, 5e sect., 10 janv. 2012, n° 60800/08, *Anayev et a. c/ Fédération de Russie* ; CEDH, 4e sect., 27 janv. 2015, n° 36925/10, *Neshkov et a. c/ Bulgarie* et CEDH, 4e sect., 25 avr. 2017, n° 10865/09, *Rezmives et a. c/ Roumanie*.

¹⁶⁵⁶ CEDH, 2e sect., 8 janv. 2013, nos 43517/09 et s., *Torreggiani et a. c/ Italie* : É. SENNA, « Le manque durable d'espace vital en cellule est un traitement inhumain et dégradant », *Gaz. Pal.* 12 mars 2013, n° 121j0.

¹⁶⁵⁷ La procédure dite de « l'arrêt pilote » date cependant de 2004 (CEDH, gr. ch., 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, n° 31443/96 : *AJDA* 2004. 1809, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.* 2004. 2542, obs. C. BIRSAN).

l'espèce se prêtait en tous points à une injonction « guidée », tant la surpopulation carcérale est un problème récurrent et structurel, le nombre détenus à l'origine de la saisine étant évocateur. Pour autant, il ne s'agit plus d'un avertissement, comme en témoigne l'indemnisation relativement forte allouée aux requérants¹⁶⁵⁸ et surtout, la reconnaissance d'une violation de l'article 3 du seul fait de la densité des établissements pénitentiaires. La Cour attend d'ailleurs une grande réactivité des pouvoirs publics français, puisqu'elle ne sursoit pas à statuer sur les requêtes similaires, pendantes devant la juridiction européenne. La France devra donc faire cesser la violation conventionnelle au plus vite, ce dont elle a les moyens, à condition d'opérer un vrai choix de politique criminelle : « Aucune ligne stable et vraiment claire ne se dessine sur le sens, les objectifs et les fonctions de la peine. [...] aucune vision d'ensemble n'a jamais été réellement présentée, plutôt des énumérations, variables selon les moments, des impératifs parfois contradictoires à concilier : protection de la société et prévention de la récidive, fonction rétributive tout en favorisant la réinsertion ; intérêts de la victime... [...] Quelles qu'en soient les raisons, la surpopulation est une donnée de fait qui met à néant les droits proclamés »¹⁶⁵⁹. Il y a que les plans d'actions se succèdent, sans jamais donner lieu à la déflation des effectifs carcéraux. Et pour cause : les réformes n'ambitionnent jamais de s'atteler aux causes de l'incarcération, mais s'intéressent uniquement à ses conséquences et la démographie carcérale ne s'arrête jamais d'augmenter¹⁶⁶⁰. Le parc pénitentiaire est régulièrement réhaussé, tel le dernier plan de programmation de construction 2018-2022¹⁶⁶¹, qui envisageait sept-mille places supplémentaires d'ici 2027 et ne pourra finalement en livrer que cinq-mille¹⁶⁶², alors que la surcharge concerne en moyenne dix mille détenus par an. Le poids budgétaire de ces nouveaux établissements pénitentiaires est

¹⁶⁵⁸ Les réparations octroyées vont de 4 000 à 25 000 euros en fonction de la durée de la détention.

¹⁶⁵⁹ J.-P. JEAN, M. MASSE, « De la pierre levée au champ des grolles – Politique pénitentiaire et micro-histoire poitevine (1975-2015) », *Humanisme et Justice, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 590.

¹⁶⁶⁰ Alors qu'il y a 49 détenus pour 100 000 habitants en 1975, ils sont 118 en 2015, soit une augmentation de 140 %. V. Ministère de la Justice, *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, Actes des Journées d'études internationales organisées par la Direction de l'administration pénitentiaire (DAP), Collection Travaux & Documents, 2015. D'après les rapports annuels DAP9 et PMJ5.1831-1985 : série reconstituée par M.-D. BARRÉ 1986-2012 : prolongation par B. AUBUSSON DE CAVARLAY (M.-D. BARRÉ, « 130 années de statistique pénitentiaire en France », *Déviance et Société*, 1986, X, 2, p. 107-128. ; B. AUBUSSON DE CAVARLAY, « Statistiques pénitentiaires et parc carcéral, entre encombrement et (sur)occupation (1900-1995). La gestion des effectifs détenus, des mots aux indicateurs chiffrés », *Criminocorpus* [En ligne], Savoirs, politiques et pratiques de l'exécution des peines en France au XXe siècle, Communications. URL : <http://criminocorpus.revues.org/2732>).

¹⁶⁶¹ « Plan immobilier pénitentiaire 15 000 places », 18 oct. 2018, Ministère de la Justice. Le dossier de presse indique sept-mille nouvelles places livrées en 2022 et huit-mille autres en 2027.

¹⁶⁶² V. J.-B. JACQUIN, « Coup de rabot sur la loi de programmation de la Justice : Le budget augmente moins que prévu, et les 7 000 places de prison promises pour 2022 ne seront pas livrées », *Journal Le Monde*, 16 juill. 2019.

considérable¹⁶⁶³, de sorte qu'il prive les anciens établissements d'une rénovation indispensable¹⁶⁶⁴, d'autant plus que l'accroissement du nombre de places en détention pose le problème du recours accru à l'incarcération. L'enfermement est constamment combattu, soit par les peines de substitution, soit par les alternatives à l'incarcération, soit par les aménagements de peine : « Pourtant, et autant qu'en 1975, la prison demeure un problème alors qu'il n'a jamais été prouvé qu'elle soit une solution, sinon pour neutraliser un temps des personnes socialement dangereuses tout en s'aveuglant sur ce qu'elles seront devenues à leur sortie »¹⁶⁶⁵.

826. Les effets de la crise sanitaire – Pour la première fois depuis des années, en mai 2020, le nombre de détenus dans les prisons françaises a diminué de plus de dix mille, faisant chuter le taux d'occupation des établissements pénitentiaires en dessous de 100%¹⁶⁶⁶. La crise sanitaire que traverse le monde, à cause de l'épidémie liée à un coronavirus particulièrement infectieux, a imposé aux populations de se confiner, l'isolement imposé entraînant *de facto* une diminution de l'activité pénale. La baisse des actes délinquants, qui influe sur les entrées en prison, fut accompagnée de mesures de libération anticipée, qui en favorisent la sortie, l'ensemble des flux permettant une réduction historique de la population carcérale. En cinq semaines, parmi les onze-mille-cinq-cent personnes en moins en détention, cinq-mille-trois-cent ont fait l'objet d'une libération avancée alors que leur peine prenait bientôt fin, dans le but d'éviter une catastrophe sanitaire et sécuritaire au sein des établissements pénitentiaires.

827. L'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence

¹⁶⁶³ Par exemple, près de quatre milliards d'euros consacrés au plan de construction « 15 000 places », un établissement de 600 places coûtant environ 111 millions d'euros, avec des frais de fonctionnement estimés à 687 millions d'euros, dont 203 millions à partir de la dernière année, 2027.

¹⁶⁶⁴ Dans son rapport annuel 2018, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté déplore cette orientation gouvernementale : « malgré une augmentation significative du budget consacré à la justice, la priorité reste la construction de nouvelles places de prisons, au détriment du milieu ouvert et des peines alternatives à l'incarcération. À cet égard, la construction annoncée de 15 000 places de prison est un message fâcheux qui aura nécessairement comme conséquence la baisse des moyens consacrés à l'entretien du parc existant ; pourtant lors de ses visites tout au long de l'année le CGLPL a souvent observé une forte dégradation des conditions de la vie quotidienne ainsi qu'une baisse de la qualité de la maintenance des bâtiments et des conditions d'hygiène » (Rapport annuel 2018, *op.cit.*).

¹⁶⁶⁵ J.-P. JEAN, M. MASSE, « De la pierre levée au champ des grolles – Politique pénitentiaire et micro-histoire poitevine (1975-2015) », Humanisme et Justice, in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 600.

¹⁶⁶⁶ Selon les déclarations de N. BELLOUBET, garde des Sceaux, au Journal *Le Monde*, le 29 avril 2020 : « Nous comptons 61 100 détenus, à la date du 23 avril, pour 61 109 places. La population détenue a ainsi diminué de 11 500 personnes depuis le 16 mars. Cette baisse se poursuit et crée une situation sans précédent. Le taux d'occupation moyen des prisons est désormais inférieur à 100 % des capacités ».

pour faire face à l'épidémie de Covid-19¹⁶⁶⁷ a permis au juge de l'application des peines de décider non seulement de la sortie par anticipation des détenus mais également de la réorganisation des conditions matérielles de détention. D'une part, le juge pouvait suspendre les peines des détenus malades, dès lors qu'ils devaient être hospitalisés, sans considération de la peine restant à subir¹⁶⁶⁸. Il pouvait encore procéder à cette suspension lorsque la personne disposait d'un hébergement et que le reliquat à exécuter était d'un an maximum, quel que soit son état de santé¹⁶⁶⁹. Ces détenus ne sont sortis donc que temporairement de détention, la réintégration en prison devant avoir lieu à la fin de l'épidémie pour subir le temps de peine restant. Prenant un peu d'avance sur la réforme à venir, l'ordonnance sanitaire a également mis en place le mécanisme de conversion de peine, qui offrait au juge la possibilité de commuer les peines restant à subir d'une durée égale ou inférieure à 6 mois en une peine de travail d'intérêt général, de détention à domicile sous surveillance électronique, de jours-amende et de les assortir d'un sursis probatoire renforcé¹⁶⁷⁰. Enfin, et de manière plus significative, l'ordonnance a permis de « décongestionner » massivement les prisons¹⁶⁷¹ par l'ouverture d'une mesure de libération sous confinement au procureur de la République. Ce dernier a pu libérer les détenus condamnés à une peine d'une durée inférieure ou égale à 5 ans lorsque le reliquat était d'une durée inférieure ou égale à 2 mois, à condition que la liberté s'effectue sous le régime d'une assignation à résidence respectueuse des obligations du confinement¹⁶⁷². Prise sur proposition du directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation, en raison de besoins familiaux, professionnels ou de santé impérieux, la décision pouvait être révoquée par le juge de l'application des peines en cas de non-respect des obligations.

828. De ce dispositif exceptionnel de libération « confinée » ont toutefois été exclus les détenus pour des faits de terrorisme, de violences conjugales, de mutinerie et pour certaines infractions contre les mineurs, ainsi que les détenus désobéissant aux règles imposées par le contexte sanitaire, ces derniers mettant en danger les autres détenus et

¹⁶⁶⁷ Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020, portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, NOR : JUSD2008163R, JO 26 mars 2020.

¹⁶⁶⁸ Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020, art. 26 ; le dispositif est plus souple que celui de CPP, art. 720-1-1.

¹⁶⁶⁹ Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020, art. 26, dérogeant à art. 720-1 CPP.

¹⁶⁷⁰ Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020, art. 29. S'applique ici le dispositif de l'article 747-1 CPP.

¹⁶⁷¹ V. J.-B. PERRIER, « La procédure pénale en urgence sanitaire », *Gaz. Pal.* 31 mars 2020, n° 13, p. 18.

¹⁶⁷² Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020, art. 28. La décision est prise sur proposition du directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation et seuls les besoins familiaux, professionnels ou de santé impérieux peuvent justifier une sortie.

le personnel pénitentiaire¹⁶⁷³. Par ailleurs, l'ordonnance sanitaire a permis à l'administration pénitentiaire de faciliter l'affectation des détenus. Par dérogation, un détenu provisoire pouvait être incarcéré dans un établissement pour peine alors qu'un condamné était emprisonné dans une maison d'arrêt, ceci sans l'accord ou l'avis préalable des autorités judiciaires compétentes¹⁶⁷⁴. Ces dernières en étaient néanmoins informées, de manière à pouvoir mettre un terme au transfert effectué¹⁶⁷⁵.

829. Des solutions inattendues – En définitive, l'urgence sanitaire a offert des solutions inattendues au problème du surpeuplement des cellules, les détenus pour un reliquat de peine inférieur à deux mois étant libérés sous confinement et les détenus dont la peine restante était comprise entre deux et six mois bénéficiant d'une conversion de peine. Malgré les polémiques induites par ces libérations pour impératifs de sécurité publique, l'ordonnance sanitaire est parvenue à fluidifier la situation en détention, évitant l'aggravation de la crise par des contagions inévitables au regard de la promiscuité. À peine trois mois après la condamnation européenne, la France montre que le phénomène structurel de la surpopulation carcérale est avant tout lié à une politique volontariste. Pour l'heure, seulement quatre condamnés ont dû être réincarcérés en raison du non-respect de l'assignation à résidence imposée pour l'exécution de la fin de leur peine. Contexte particulier, certes, mais qui devrait amener les autorités gouvernantes à réfléchir sur cette situation inédite. L'on reste pour le moins sceptique quant à l'amorce d'un véritable tournant. Alors que « ce qui paraissait inatteignable est devenu en peu de temps réalisable », le garde des Sceaux estime toujours, dans ses dernières déclarations, que la règle de l'encellulement individuel doit être tempérée¹⁶⁷⁶. À cet égard, il n'est pas inutile de remarquer une certaine manipulation des chiffres par le gouvernement, les indications numériques étant brandies ou cachées en opportunité. Ainsi, alors que la diminution sans précédent du nombre de détenus s'affiche en première page des journaux nationaux en pleine crise sanitaire, les statistiques judiciaires, autrefois mensuelles, sont devenues trimestrielles¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷³ Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020, art. 28.

¹⁶⁷⁴ Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020, art. 21, dérogeant à CPP, art. 714 ; art. 22, dérogeant à CPP, art. 717.

¹⁶⁷⁵ Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020, art. 23.

¹⁶⁷⁶ Déclaration de la ministre de la Justice, N. BELLOUBET, dans l'interview accordée au journal *Le Monde*, en réponse à celle de C. MARCEL, directrice de la section française de l'Observatoire international des prisons, « Le taux d'occupation moyen des prisons est inférieur à 100 % », 29 avr. 2020.

¹⁶⁷⁷ V. Les chiffres clés de la Justice (Ici, Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire).

830. À l'heure où l'inquiétude gagne les uns et les autres quant à « la pérennisation de certaines mesures, au-delà de l'urgence sanitaire », pour ce qu'elles comprennent d'atteintes aux droits et libertés, d'autres pourraient à l'inverse inspirer le législateur. Si les « lois d'exception sont parfois des laboratoires, expérimentant des mesures qui seront introduites par la suite »¹⁶⁷⁸, il faut espérer que l'augmentation actuelle des sorties anticipées ne se traduise pas, hors pandémie, par le recours massif au motif lié à la surpopulation carcérale de l'article 707 du Code de procédure pénale. À l'inverse, il serait intéressant de réfléchir à l'octroi d'une compétence juridictionnelle nouvelle, entre les mains du juge de l'application des peines. Face à des conditions de détention indignes, le juge pourrait ainsi prescrire un changement d'établissement, de quartier ou de cellule, dans le but de mettre fin aux mauvais traitements pénitentiaires.

831. Autrefois « peine par excellence dans les sociétés civilisées »¹⁶⁷⁹, par contraste avec les châtiments corporels¹⁶⁸⁰, la prison ne profite plus d'une telle légitimité et répond à une logique inversée. L'état d'urgence sanitaire a permis de vider les prisons, et, il faut l'espérer, d'appréhender la claustration comme un châtiment suffisant. Adeline Hazan, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, dans une lettre ouverte du 5 mai 2020, s'inquiète de la faiblesse du volet sur les peines de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, lequel laisse craindre que la régulation carcérale promise ne soit qu'un « slogan sans force contraignante et sans outils ». Le premier pas vers un changement de politique criminelle consiste à revoir le périmètre de l'emprisonnement et la répression de certaines infractions face au principe nécessité des délits et des peines. Les alternatives à l'incarcération et les aménagements de peine ne doivent plus être tributaires de la fuite en avant carcérale dénoncée par Madame Hazan et soulager les établissements pénitentiaires pour des raisons liées à la personnalisation de la sanction pénale¹⁶⁸¹. Chacun doit reprendre sa place : au législateur de réprimer justement, au juge du procès d'incarcérer modérément, au juge de l'application des

¹⁶⁷⁸ J.-B. PERRIER, « La procédure pénale en urgence sanitaire », *Gaz. Pal.* 31 mars 2020, n° 13, p. 18.

¹⁶⁷⁹ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, tome III, Paris et Genève éditions A. Sautelet et Cie et J. Barbezat et Cie, Broché, 1829, p. 169.

¹⁶⁸⁰ Le Code pénal de 1810 prévoyait encore des supplices corporels, comme le poing coupé pour le régicide et le parricide ou le carcan.

¹⁶⁸¹ V. A. HAZAN, Lettre ouverte du 5 mai 2020, saisine de la ministre de la justice pour lui demander que cette situation inédite soit mise à profit pour résorber définitivement la surpopulation carcérale (<https://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2020/05/20200505-lettre-CGLPL-GDS-régulation-carcérale.pdf>).

peines de libérer rationnellement. À présent : « Il ne tient qu'à nous de transformer un paradoxe né d'une circonstance exceptionnelle en un rappel d'un droit fondamental »¹⁶⁸².

832. Audace et fermeté – Garant de la punition, de la réinsertion du condamné, de la prévention de la récidive et de l'intérêt des victimes, le juge de l'application des peines ne peut en aucun cas promettre à la société le succès des missions assignées si la peine privative de liberté, dont le contrôle lui échappe, ne remplit pas son propre rôle. Aucun traitement inhumain et dégradant ne rejoint l'identité du juge pénal, qui se trouve ici à nouveau dévoyée. Les pouvoirs du juge de l'application des peines sont neutralisés, d'une part parce qu'il ne contrôle pas l'entrée en détention, d'autre part puisqu'il est forcé à l'éviter ou l'arrêter en aménageant la peine, pour des raisons extérieures à l'individualisation. Une politique réductionniste est indispensable, alors que la surpopulation carcérale se trouve dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle devra cependant dépasser un tel problème, afin d'ébranler les certitudes sécuritaires à l'égard de la récidive et retrouver une incertitude salutaire en matière de réinsertion. Les procédures de jugement rapides, notamment la comparution immédiate, sont à cet égard de grandes pourvoyeuses des peines d'emprisonnement¹⁶⁸³, en impliquant un mandat de dépôt au terme de l'audience. Le recours à l'incarcération doit être endigué par un changement des mentalités, afin d'arrêter le cercle pernicieux engendré par cette peine, qui reste de référence depuis plus de deux cent ans : « avant de "désinsérer" par l'emprisonnement pour tenter de réinsérer par l'aménagement de peine, ne vaudrait-il pas mieux, en matière de petite délinquance, prendre le problème à la source, c'est-à-dire éviter de "désinsérer" ? »¹⁶⁸⁴. Le législateur doit s'engager avec audace et fermeté dans une révolution du système des peines. Ce n'est pas au juge correctionnel d'éviter de prononcer l'emprisonnement, ni au juge de l'application des peines d'éviter sa mise en œuvre, mais à la loi d'affirmer sa position. Il n'a aucun sens, ni pour l'institution judiciaire, ni pour l'opinion publique, de trouver toutes les ruses

¹⁶⁸² D. SALAS, « Vers un monde (presque) sans prison ? », revue *Etydes*, 26 avril 2020, disponible en ligne (<https://www.revue-etudes.com/article/vers-un-monde-presque-sans-prison-denis-salas-22601>).

¹⁶⁸³ Formule empruntée au Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Selon la Direction des affaires criminelles et des grâces : « Depuis 1995, la structures des peines prononcées hors comparutions immédiates est restée stable alors que le recours à la comparution immédiate est de plus en plus lié au prononcé d'une peine d'emprisonnement, avec l'augmentation des peines d'emprisonnement ferme d'un an ou plus » (DACG, La comparution immédiate : éléments d'évaluation des pratiques mises en œuvre, octobre 2012).

¹⁶⁸⁴ B. PENAUD, « La surpopulation carcérale n'est pas une fatalité », *op. cit.*

possibles pour ne pas appliquer la sanction prévue par le texte : il est peut-être temps d'exclure toute peine d'emprisonnement pour les délits mineurs. Aujourd'hui, le Code pénal ne prévoit que des peines maximales en fonction de la gravité des infractions, l'emprisonnement étant toujours érigé en peine principale, avec à présent, sa variante à domicile. La peine de probation n'existe toujours pas, le nouveau sursis probatoire ne dépassant pas le seuil de l'alternative. L'idéologie qui préside à la primauté de l'emprisonnement doit donc être renversée et les fonctions de la peine restaurées. Toutefois, cette évolution doit se faire au niveau législatif et non judiciaire. La privation de liberté ne doit pas être permise par l'incrimination, au lieu d'être contournée par l'aménagement de peine : « La question que nous devrions nous poser est la suivante : prévoir une peine d'emprisonnement pour les "petits délits" tels que la dégradation d'un mur ou le vol à l'étalage est-il encore justifié de nos jours ? La référence systématique à la peine de prison est-elle adaptée aux mentalités actuelles ? L'opinion publique majoritaire serait-elle donc si hostile à un traitement différencié des "petits" délits ? Le vote à l'unanimité du travail d'intérêt général en 1983 a montré que non. Le champ délictuel devrait être traité de façon différenciée selon le degré de gravité des délits commis, ce qui serait à la fois équitable, conforme à l'évolution des mentalités et propice à la réduction de la surpopulation carcérale »¹⁶⁸⁵.

833. Un outil de contrôle social – Le taux d'occupation carcéral n'est en définitive qu'un indicateur parmi d'autres de la politique criminelle appliquée à la peine, par un législateur qui souhaite transformer la justice répressive en outil de contrôle social, au lieu d'en faire un vecteur de cohésion sociale. De fait : « Dans le discours contemporain, les progrès accomplis ayant relégitimé l'institution, c'est la surpopulation qui est tenue pour responsable de tous les maux. L'argument est d'une certaine manière rassurant puisque des solutions paraissent rationnellement envisageables : construire, moins remplir, faire sortir »¹⁶⁸⁶. Pilier du droit pénal, le principe d'humanité doit permettre la resocialisation du condamné et proscrire tout traitement contraire à la dignité, « jusque dans les prolongements les plus coercitifs » de la justice¹⁶⁸⁷. L'amendement et la réinsertion des condamnés sont reconnus comme

¹⁶⁸⁵ B. PENAUD, « La surpopulation carcérale n'est pas une fatalité », *op. cit.*

¹⁶⁸⁶ J.-P. JEAN, M. MASSE, « De la pierre levée au champ des grolles – Politique pénitentiaire et micro-histoire poitevine (1975-2015) », *Humanisme et Justice, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 600.

¹⁶⁸⁷ V. M. DANTI-JUAN, « L'humanisation de la prison », *Humanisme et Justice, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, pp. 501-511.

des objectifs constitutionnels quant à la peine d'emprisonnement correctionnel et celle de réclusion criminelle, afin que la fonction neutralisatrice ne dilue pas la fonction resocialisatrice¹⁶⁸⁸. Pourtant, la marginalité de la peine privative de liberté, qui fige toute réhabilitation au temps présent, est un simple écho à la marginalisation du juge, dont les fonctions sont détournées vers l'avenir. Dans cette nouvelle répartition identitaire, à la réinsertion est substituée la prévention, à l'intérêt de la société celui de la victime, les pouvoirs du juge se trouvant inévitablement contrariés.

Paragraphe II – La marginalisation du juge

834. Domaine d'élection du contrôle social, la surveillance des individus s'épanouit pleinement au stade de l'exécution des peines, en imposant au juge une fonction étrangère à son office. En marge de son identité, le juge de l'application des peines est chargé de neutraliser les individus supposés dangereux (A). Cette volonté législative de mettre la dangerosité sous surveillance coïncide avec l'intrusion de la victime dans le choix de la peine, qui marginalise encore davantage le juge des condamnés (B).

A) La marginalisation par l'irruption du danger

*« Il est bien difficile, en toutes circonstances, et surtout en ces temps chaotiques, de remplir ce devoir d'espérance en l'être humain. Aussi est-il sans doute plus sage ou plus prudent de se placer au dessus des passions humaines et de s'en remettre à l'Etat pour garantir ce devoir »*¹⁶⁸⁹.

835. L'effilochage du devoir d'humanité – Pour cela, encore faut-il que l'État dépasse lui-même les passions humaines. A rebours de cette hypothèse, l'effilochage du devoir d'humanité ne fait que s'accroître à mesure que l'espérance s'efface, à l'aune du critère de la dangerosité. Le juge européen, paradoxalement, participe à cette dérive, de la répression de l'existant à la surveillance de l'éventuel. En contrepartie du

¹⁶⁸⁸ Cons. const. 20 janvier 1994, décision n° 93334 : « L'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ».

¹⁶⁸⁹ A. GALLOIS, « Retour sur la perpétuité "réelle" », Humanisme et Justice, in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, pp. 864-865.

devoir de prévention généralisé incombant aux autorités étatiques (1), l'exercice d'une surveillance individualisée est imposé au juge (2), au nom d'un potentiel danger.

1. Un devoir général de prévention

836. Il y a quelques années, un auteur interrogeait le bien-fondé du devoir de prévention imposé aux États par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit à la vie : « à la lecture de certaines décisions récentes condamnant les États qui n'ont pas empêché la commission de meurtres par des individus sous leur surveillance/protection (individu bénéficiant d'un aménagement de peine, élève...), on peut se demander si la Cour européenne des droits de l'homme ne va pas trop loin »¹⁶⁹⁰.

837. Une obligation positive – Dans la lignée d'une jurisprudence engagée sur le droit à vie et déjà en glissement¹⁶⁹¹, le juge européen avait en effet sanctionné l'imprudence – et sans doute même l'imprévoyance de l'État –, à l'égard d'homicides volontaires commis par un condamné bénéficiant d'un aménagement de peine¹⁶⁹². La défaillance découle en l'espèce d'une obligation positive pour les États de protéger la vie par le contrôle des individus placés sous leur surveillance. Dans cette affaire, un individu condamné à la réclusion à perpétuité avait tué la femme et la fille de son ancien codétenu, alors qu'il bénéficiait au moment des faits d'une semi-liberté. La Cour relève ici un manquement du juge au devoir de diligence, par l'octroi d'une peine aménagée à un condamné considéré comme dangereux : « Compte tenu de ce qui précède, et notamment de la personnalité de M. Izzo, de ses nombreux antécédents et des éléments donnant à penser qu'il aurait pu être socialement dangereux, la Cour estime que l'octroi de la semi-liberté à l'intéressé, combiné avec l'omission d'informer le TAP [tribunal d'application des peines] de Campobasso de ses violations aux prescriptions qui lui étaient imposées, s'analyse en un manquement au devoir de diligence qui découle de l'obligation de protéger la vie, imposée par l'article 2 de la Convention »¹⁶⁹³. Le critère de dangerosité apparaît ici en filigrane, comme le nouveau diktat des politiques pénales, soucieuses à présent de prévoir l'avenir et non plus seulement de réprimer au présent.

¹⁶⁹⁰ R. PARIZOT, « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? », *D.* 2013, p. 188.

¹⁶⁹¹ V. not. CEDH, gde ch., 24 oct. 2002, *Mastromatteo c/ Italie*, n° 37703/97.

¹⁶⁹² CEDH, 15 déc. 2009, *Maiorano c/ Italie*, n° 28634/06, *RSC* 2010, p. 219, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁶⁹³ CEDH, 15 déc. 2009, *Maiorano c/ Italie*, n° 28634/06, cons. 113.

838. Il n'est dès lors plus question d'une obligation de protection individuelle des personnes, mais bien d'un devoir général de prévention envers la société, ce que soulignent avec acuité les observateurs de la jurisprudence européenne : « avec l'admission d'un "risque certain et immédiat pour la vie "désindividualisé", on introduit la notion de "risque social constitué" par la remise en "liberté" et, plus largement, celle de "dangerosité" avec tous les pièges qu'elle recèle sur le plan des libertés individuelles ». Le raisonnement, réitéré dans une affaire ultérieure, qui n'avait cependant pas conduit à la condamnation étatique¹⁶⁹⁴, conduit à relever l'exagération dans l'obligation de prévention de la société, reposant sur « deux balises flottantes : un état dangereux et un manquement à un devoir général de diligence décliné ici au niveau de l'exécution des peines »¹⁶⁹⁵. Le même auteur déplore alors l'incitation européenne à une très grande surveillance des individus par l'État face à la négation de l'imprévisibilité des comportements humains. Cette mécanique jurisprudentielle n'est pas réservée aux condamnés, la notion de dangerosité irriguant peu à peu toutes les sphères de contrôle. Face à l'imposition d'un devoir similaire aux autorités scolaires, « une carcéralisation de l'enseignement » a pu ainsi être évoquée¹⁶⁹⁶ et l'on peut affirmer que le juge européen est allé beaucoup trop loin. Dans un tel climat, l'espoir cède le pas à la peur : l'aménagement de peine devient rapidement inconciliable avec la commission de crimes violents et la prison un lieu de pénitence sans objet de réinsertion. Plus encore, l'État développe un éventail de mesures paternalistes, toutes destinées à la prédiction des attitudes déviantes, obligeant corrélativement le magistrat à devenir une « Madame Irma » de l'exécution des peines¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹⁴ CEDH, 17 janv. 2012, *Choreftakis et Choreftaki c/ Grèce*, n° 46846/08, D. 2012. 359, et les obs. ; *AJ pén.* 2012. 174, obs. J.-P. CÉRÉ ; *RSC* 2012. 681, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. Dans cet arrêt, la Cour refuse d'engager la responsabilité de l'État en raison d'un meurtre commis par un condamné bénéficiant d'une mesure de libération conditionnelle. Si elle ne retient pas la défaillance des autorités grecques, elle s'assure de l'existence de mesures suffisantes pour protéger la société. En outre, la décision est prise à 4 voix contre 3, les opinions dissidentes étant révélatrices du raisonnement suivi : « vu l'insuffisance des éléments dont disposait l'autorité judiciaire quant au comportement de Z.L. pendant son incarcération, nous estimons que les autorités chargées de décider de l'octroi de la liberté conditionnelle ne se sont pas trouvées à l'abri du risque - nous soulignons - de prendre leur décision sur la base de données qui manquaient de fiabilité. A notre avis, cette situation engage la responsabilité sur le terrain de l'article 2 de la Convention » (§ 6).

¹⁶⁹⁵ R. PARIZOT, « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? », *op. cit.*

¹⁶⁹⁶ CEDH, 10 juill. 2012, *Kayak c/ Turquie*, n° 60444/08. Opinion concordante, mais très nuancée, de la juge F. TULKENS, à propos de la décision de condamnation de la Turquie, pour le meurtre d'un enfant de quinze ans, poignardé par un autre adolescent, devant l'école de ce dernier, avec un couteau dérobé à la cantine de l'établissement scolaire. Les autorités scolaires sont ici chargées d'assurer la protection des enfants qui leur sont confiés contre toutes formes de violences, quand bien même seraient-elles commises en dehors de l'établissement (opinion concordante reproduite *in fine*, après le dispositif, p. 21).

¹⁶⁹⁷ Personnage fictif, présenté comme une diseuse de bonne aventure. V. S. PREVOST, P. SIRINELLI, « Madame Irma, Magistrat », *Dalloz IP/IT* 2017 p. 557.

839. La mise au ban des détenus – Le juge de l'application des peines se trouve au premier plan de cette montée en puissance de la surveillance des citoyens. La dangerosité innerve d'abord la peine, ce qu'illustrent fort bien les prisons modernes. En contrepoint de la vétusté de nombreux établissements pénitentiaires, qui ont valu à l'État de multiples condamnations, tant internationales¹⁶⁹⁸ que nationales¹⁶⁹⁹, les récentes constructions sont dotées d'équipements de pointe, toutefois tournés vers la mise au ban des détenus. Renforcement des grillages, vidéosurveillance, ouvertures automatiques commandées à distance, vitres sans tain : « il en résulte globalement une invisibilité du personnel et subséquemment une raréfaction du dialogue qui sont plus de nature à renvoyer le détenu au sentiment de sa propre dangerosité que de le prédisposer psychologiquement à la réinsertion »¹⁷⁰⁰. Les nouveaux établissements pénitentiaires sont en outre excentrés des centres-villes et rentabilisés par la création d'un grand nombre de places, de sorte qu'ils confinent à une « industrialisation de la captivité »¹⁷⁰¹. Révélatrices de l'importance de la gestion du risque par les autorités gouvernementales, les prisons neuves sacrifient une fois de plus la vocation de réinsertion de la peine, en rompant toute proximité des individus considérés comme dangereux avec la société. Le détenu, déjà privé de sa liberté et souvent de sa dignité, se trouve à présent soustrait à l'humanité, pour des raisons non pas de délinquance, mais de dangerosité. L'aspect sécuritaire, de longue date, est hostile au pouvoir du juge de l'application des peines, en introduisant des mécanismes de paralysie des pouvoirs d'individualisation du juge pour certains condamnés, lesquels ne peuvent prétendre à l'aménagement de leur peine pendant une période de sûreté. Le mouvement se poursuit de manière encore plus inquiétante hors les murs, avec les mesures de sûreté, qui imposent au juge de l'application des peines un contrôle social détaché de la sanction pénale : au dehors, la prison est alors dans la tête.

¹⁶⁹⁸ CEDH, (5ème section), *Canali c/ France*, 25 avr. 2013, D. 2013, p. 1138, obs. M. LÉNA (conditions de détention au sein de la prison Charles III de Nancy).

¹⁶⁹⁹ Not. TA Rouen, 27 mars 2008, D. 2008, p. 1959, note M. HERZOG EVANS ; TA Rouen, 6 mai 2009, *AJ pén.* 2009, p. 278, obs. E. PÉCHILLON et CAA Douai, 12 nov. 2009, *Dr. pénal* 2009, n° 156, obs. A. MARON, M. HAAS (condamnation de l'état sur le fondement de l'article D. 189 du Code de procédure pénale). V. A. G. ROBERT, « Conditions de détention, lorsque les juges nationaux prennent le relais de la Cour EDH », *Dr. pénal* 2013, Études n° 15.

¹⁷⁰⁰ M. DANTI-JUAN, « L'humanisation de la prison », *Humanisme et Justice*, in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, pp. 501-511

¹⁷⁰¹ Selon la formule du Défenseur des droits, J.-M. DELARUE, *Les nouvelles prisons. Enquête sur le nouvel univers carcéral français*, coll. *Essai*, PUR, 2015 (soulignée par M. DANTI-JUAN, « L'humanisation de la prison », *op. cit.*). Ces structures ont des capacités d'accueil entre 600 et 700 places.

2. Un devoir particulier de prévention

840. L'irruption du danger dans la dernière phase de la justice pénale marginalise l'office du juge, soit en l'empêchant d'agir, soit en forçant son intervention en dehors de ses compétences. Neutralisé par la période de sûreté, le juge de l'application des peines est privé de son pouvoir d'aménager la peine (a). Paralysé par les mesures de sûreté, le juge de l'application des peines est contraint à la surveillance en lieu et place de la désistance (b).

a) Le juge marginalisé par la période de sûreté - la persistance de la dangerosité

841. Une mise à l'écart préventive – Tournée vers la mise à l'écart préventive des individus considérés comme dangereux, la période de sûreté, créée par la loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978¹⁷⁰², est « une période de temps déterminée par la juridiction répressive dans les limites prévues aux articles 132-23, 221-3 et 221-4 du Code pénal, au cours de laquelle le condamné ne pourra prétendre à des aménagements de peine énumérés à l'article 720-2 du Code de procédure pénale »¹⁷⁰³. Elle se traduit par l'exclusion de toute intervention du juge de l'application des peines selon la durée de la peine prononcée ou la nature de l'infraction commise. Applicable à tous les condamnés majeurs, la période de sûreté est tantôt automatique, tantôt facultative, suivant les infractions considérées. Ainsi, la juridiction de jugement doit obligatoirement la mettre en œuvre pour un certain nombre d'infractions, si la peine prononcée est au moins égale à dix ans de privation de liberté sans sursis, alors qu'elle peut simplement y recourir pour toutes les condamnations à une peine privative de liberté de plus de cinq ans¹⁷⁰⁴. Elle est également optionnelle lorsqu'elle dépasse un seuil de durée, la cour d'assises restant toujours libre de prononcer une période de sûreté de trente ans, voire perpétuelle¹⁷⁰⁵. En ce cas, la période de sûreté perpétuelle ne

¹⁷⁰² Loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale.

¹⁷⁰³ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 379, n° 322.09.

¹⁷⁰⁴ Art. 132-23 du Code pénal.

¹⁷⁰⁵ Les conditions sont néanmoins limitées à certaines infractions : s'il s'agit d'un mineur de quinze ans et que le meurtre est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque le meurtre a été commis en bande organisée sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions (art. 221-4 al. 2 du Code pénal) et en cas de préméditation, s'il est question d'un mineur de quinze ans et que l'assassinat est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque l'assassinat a été commis sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration

peut qu'être adossée à une condamnation à la réclusion à perpétuité. Bien que limitée dans le temps, puisque la période de sûreté ne peut dépasser la moitié de la peine, ou dix-huit ans dans le cas de la réclusion criminelle à perpétuité, il est toutefois possible pour les juridictions de jugement d'aller en-deçà, mais aussi au-delà, de telles limites. Ainsi le législateur permet au juge du procès, par une décision spéciale, de couvrir les deux tiers de la peine et vingt-deux ans en cas de réclusion perpétuelle, ce délai pouvant même atteindre trente ans pour les homicides volontaires dans certaines circonstances¹⁷⁰⁶. Ultime moyen de neutralisation des pouvoirs du juge de l'application des peines, la peine dite « incompressible » revient à prononcer une condamnation à la réclusion à vie assortie d'une période de sûreté du même ordre, de sorte que la perpétuité devient réelle. La volonté de figer les pouvoirs d'individualisation du juge se traduit, pendant la durée fixée, par l'interdiction de prononcer les aménagements de peine que sont la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle. Seuls les mécanismes de réduction de peine et les permissions de sortir sous escorte restent alors envisageables pour moduler la privation de liberté en fonction de la personnalité du condamné.

842. L'obligation de motivation – Jusqu'à présent, la marginalisation de l'individualisation de la peine, même lorsqu'elle dépassait la période légalement prévue, ne supposait aucune justification de la part de la juridiction répressive. Par un revirement récent, la chambre criminelle de la Cour de cassation vient tout juste d'imposer la motivation des décisions prolongeant spécialement la durée d'une période de sûreté, facultative ou de plein droit¹⁷⁰⁷. Il s'agit précisément, pour le juge du droit, d'appliquer les exigences constitutionnelles, dans un mouvement plus vaste de motivation des peines, qui s'applique à présent aux périodes de sûreté spéciales. En effet, dans une longue lignée de décisions en la matière, le juge constitutionnel consacre non seulement l'obligation de motiver la peine¹⁷⁰⁸, mais encore celle de justifier la

pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions (art. 221-3 al. 2 du Code pénal).

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

¹⁷⁰⁷ Crim. 10 avr. 2019, FS-P+B+R+I, n° 18-83.709.

¹⁷⁰⁸ Cons. constit., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *AJDA* 2018. 1561, note M. VERPEAUX ; *D.* 2018. 1191, note A. BOTTON ; *ibid.* 1611, obs. J. PRADEL ; *ibid.* 2259, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, C. GINESTET, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE ; *Constitutions* 2018. 189, Décision ; *ibid.* 261, chron. A. PONSEILLE ; *RSC* 2018. 981, obs. B. DE LAMY.

période de sûreté non obligatoire¹⁷⁰⁹. Le 10 avril 2019, la chambre criminelle commence naturellement par rappeler l'exigence de motivation de la peine au regard de l'article 132-1 du Code pénal : « en application des articles 132-1,132-19,132-23, 485 et 593 du code de procédure pénale et des principes constitutionnels tels que dégagés dans la décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, la juridiction qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit en justifier la nécessité au regard de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur et du caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction ». Elle ne fait ici en réalité que retranscrire la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, l'obligation de motivation des peines correctionnelles ayant été reconnue par des arrêts précédents¹⁷¹⁰. Surtout, elle applique ensuite le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 26 octobre 2018, à l'égard de la période de sûreté : « si la période de sûreté constitue une modalité d'exécution de la peine, il résulte du point 9 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, qu'elle “présente un lien étroit avec la peine et l'appréciation par le juge des circonstances propres à l'espèce”, de sorte que, faisant corps avec elle, elle doit faire l'objet d'une décision spéciale, et motivée lorsqu'elle est facultative ou excède la durée prévue de plein droit ».

843. Elle va même plus loin, en exigeant la motivation non seulement pour le dépassement des périodes de sûreté facultatives, mais aussi pour le dépassement des périodes de sûreté encourues de plein droit. La Cour surmonte ici ses réticences passées à l'égard de la motivation de la période de sûreté¹⁷¹¹, notamment au regard de sa franche opposition à la motivation des peines criminelles¹⁷¹². La référence à la décision du Conseil constitutionnel du 26 octobre 2018 est fort intéressante, puisque la conformité de l'article 132-23 du Code pénal n'avait été soumise à aucune réserve d'interprétation. En effet, l'analyse se révélait plus subtile, en ce qu'elle rendait indissociable peine et période de sûreté, dont la première « faisant corps » avec la seconde, selon les termes

¹⁷⁰⁹ Cons. const. n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018.

¹⁷¹⁰ Crim. 1er févr. 2017, n° 15-85.199, *Dalloz actualité*, 16 févr. 2017, obs. S. FUCINI ; *D.* 2017. 961, note C. SAAS ; *ibid.* 2501, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE ; *JCP* 2017. 277, note J. LEBLOIS-HAPPE ; n° 15-83.984, *Dalloz actualité*, 16 févr. 2017, obs. C. FONTEIX ; *D.* 2017. 961, note C. SAAS ; *ibid.* 1557, chron. G. GUÉHO, E. PICHON, B. LAURENT, L. ASCENSI et G. BARBIER ; *ibid.* 2501, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE.

¹⁷¹¹ Crim. 23 oct. 1989, n° 88-84.690 ; 22 mai 1990, n° 89-86.896 ; 5 juill. 1993, n° 92-86.681 ; 29 janv. 1998, n° 97-81.573, *RSC* 1998. 767, obs. B. BOULOC.

¹⁷¹² Cass. crim. 15 mars 2017, n° 16-81.776, *Dalloz actu.*, 27 mars 2017, obs. D. GOETZ ; *AJ pén.* 2017. 243, obs. L. GRÉGOIRE.

de la décision : « même lorsque la période de sûreté s'applique sans être expressément prononcée, elle présente un lien étroit avec la peine et l'appréciation par le juge des circonstances propres à l'espèce »¹⁷¹³. L'exigence de motivation de la période de sûreté était donc implicite, découlant de l'exigence d'individualisation, car dépendante des circonstances de l'espèce : « en application du deuxième alinéa de l'article 132-23 du code pénal, la juridiction de jugement peut, par décision spéciale, faire varier la durée de la période de sûreté dont la peine prononcée est assortie, en fonction des circonstances de l'espèce »¹⁷¹⁴. Une telle décision n'a cependant vocation à s'appliquer que pour l'avenir, comme ce fut le cas pour la motivation des peines contraventionnelles¹⁷¹⁵, la chambre criminelle ayant modulé les effets du revirement dans le temps, malgré son aspect favorable¹⁷¹⁶.

844. La méfiance à l'égard des délinquants, la défiance à l'égard du juge de l'application des peines – En totale contradiction avec « le retour progressif à la liberté » prôné par l'article 707 du Code de procédure pénale, les condamnés à des peines privatives de liberté sont soustraits à l'intervention du juge de l'application des peines, par l'établissement d'une période de sûreté. De cette façon, le législateur marque puissamment sa méfiance à l'égard de certains délinquants et sa défiance à l'égard du juge de l'application des peines. Le relèvement de cette durée revient tout de même au tribunal d'application des peines, qui peut exceptionnellement la réduire ou y mettre fin « lorsque le condamné manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale »¹⁷¹⁷. Cependant, de nombreuses restrictions s'appliquent encore, de sorte que la réinsertion est considérablement neutralisée dès lors que la période de sûreté est portée à trente ans. Dans cette hypothèse, le tribunal ne peut y mettre fin qu'après que le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à vingt ans, voire après trente années de prison lorsque la période de sûreté est perpétuelle¹⁷¹⁸. Mais dans ce cas de figure, la loi est encore plus sévère à l'égard des détenus terroristes, dont les efforts de réadaptation ne suffisent pas à obtenir la levée de la période de sûreté. L'article 720-5 du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016,

¹⁷¹³ Cons. const., n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, cons. 9.

¹⁷¹⁴ Cons. const., n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, cons. 10.

¹⁷¹⁵ Cass. crim., 30 mai 2018, préc. ; sur ce point v. not., J.-B. PERRIER, *AJ pén.* 2018, p. 407.

¹⁷¹⁶ V. S. FUCINI, « Période de sûreté : revirement de jurisprudence non rétroactif sur l'exigence de motivation », *Dalloz actu.*, 2 mai 2019.

¹⁷¹⁷ Art. 720-4, al. 1, du Code de procédure pénale.

¹⁷¹⁸ Art. 720-4, al. 2 et 3 du Code de procédure pénale.

déroge à ce retour à l'aménagement de peine fondé sur les efforts de réinsertion du condamné, en obligeant le tribunal d'application des peines à réunir des critères bien plus exigeants avant tout accès à un éventuel aménagement de peine. Si des gages sérieux de réadaptation sociale sont nécessaires, le relèvement de la période de sûreté ne peut jamais intervenir avant que l'incarcération ait atteint trente ans. De plus, le juge doit s'assurer que la réduction de la période de sûreté n'est pas susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public et recueillir l'avis des victimes ayant la qualité de parties civiles lors de la décision de condamnation ainsi que l'expertise d'un collège de trois experts médicaux inscrits sur la liste des experts agréés près la Cour de cassation, chargés de procéder à une évaluation de la dangerosité du condamné.

845. Dès lors, si la formule retenue à l'article 720-4, alinéa premier, du Code de procédure pénale, ne pose pas de difficulté particulière, puisqu'elle est comparable à celle qui permet l'octroi de la libération conditionnelle, la mention du risque de « trouble grave à l'ordre public », à l'article 720-5, laisse percevoir les vraies attentes du législateur. Car il n'est pas question ici de rendre son pouvoir au juge de l'application des peines sans lui imposer une appréciation de la dangerosité du sujet, alors même qu'elle ne rejoint pas ses attributions. Ainsi, en plus des preuves de désistance, le juge doit évaluer le danger que représente la libération du condamné, ce que conforte notamment l'obtention de l'avis des victimes et l'accréditation de l'expertise médicale. Il sera alors question, pour le juge, de tenir compte de la nature de l'infraction considérée et de l'attitude du condamné au regard des faits, « la prise de conscience quant à la gravité de l'infraction » étant inhérente à l'observation de la dangerosité¹⁷¹⁹.

846. L'infléchissement des règles de fond – Ce dévoiement des pouvoirs du juge de l'application des peines conduit le Professeur Herzog-Evans à dénoncer « l'infléchissement des règles de fond posées par le Code de procédure pénale »¹⁷²⁰. En effet, l'auteur retient la volonté à peine dissimulée du législateur de retirer ces condamnés considérés trop dangereux du bénéfice des aménagements de peine, sauf à présenter une évolution bien plus qu'exemplaire : « Outre une absence totale de dangerosité (expertise psychiatrique particulièrement favorable, thérapie volontaire et

¹⁷¹⁹ V. M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 391, n° 322.143.

¹⁷²⁰ *Ibidem*, p. 391, n° 322.144.

assidue), des efforts considérables de réadaptation sociale (par exemple indemnisation totale de la partie civile ou versement volontaires allant bien au-delà des prélèvements obligatoires prévus à l'article D. 320-1 du C. pr. pén.) peuvent ainsi être exigés »¹⁷²¹.

847. La priorité donnée à la fonction punitive de la peine est manifeste en matière terroriste, les condamnations étant le plus souvent assorties d'une période de sûreté des deux-tiers, de sorte que le juge de jugement assure l'élimination du condamné de la société, sans que le juge de l'application des peines ne puisse essayer de le réinsérer : « En matière terroriste, l'évolution se fait mutation et l'on a vu émerger subrepticement, puis presque explicitement depuis 2016, une fonction neutralisatrice de la peine. Fonction pourtant tue par l'article 130-1 du Code pénal, qui maintient l'illusion d'une égalité entre punition et réinsertion »¹⁷²². Cette politique pénitentiaire régressive rejaillit sur le juge de l'application des peines, dont le travail en collégialité ne suffit pas lui-même à rassurer le législateur sur l'analyse du détenu, l'avis du tribunal d'application des peines étant soumis à des obstacles majeurs pour relever la période de sûreté. En effet, l'article 720-4 du Code de procédure pénale rend toute réinsertion obsolète au profit d'une sécurité maximale, dès lors que le tribunal d'application des peines est paralysé quant au retrait de la période de sûreté des détenus radicalisés : « Cette juridiction, pourtant habituellement éclairée par les rapports des personnels de l'administration pénitentiaire et en premier lieu des services d'insertion et de probation, est décidément et assurément jugée bien incapable de prendre une décision adéquate. En effet, la décision du TAP est verrouillée, entourée d'une multitude de conditions, d'avis et d'expertises destinées à l'orienter vers une réponse négative. Qu'on en juge »¹⁷²³.

848. Une identité sabotée – Les lois du 3 juin et du 21 juillet 2016¹⁷²⁴ sont tout à fait révélatrices du sabotage de l'identité du juge de l'application des peines à la lumière d'un droit spécial de l'exécution des peines, où la surveillance du danger prime sur le

¹⁷²¹ *Ibidem*.

¹⁷²² J. ALIX, « Prévention ? (à propos des sortants de prison en matière terroriste) », *Lexbase Pénal* n°11 du 20 décembre 2018 : Editorial.

¹⁷²³ P. PONCELA, « Peines et prisons : la régression - À propos des lois du 3 juin et 21 juillet 2016 », *RSC* 2016, p. 565.

¹⁷²⁴ Lois n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale et n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

retour dans la société¹⁷²⁵. La matière terroriste semble justifier la neutralisation du délinquant, mais aussi celle de son juge. En amont, le législateur tente d'imposer au juge du procès l'exclusion du condamné, puisque la peine complémentaire de l'article 422-4 du Code pénal, soit l'interdiction du territoire français, est automatiquement prononcée pour toutes les infractions en matière terroriste à l'égard des auteurs étrangers. Ici déjà, la juridiction de jugement doit recourir à une décision « spécialement motivée » pour l'écarter. En aval, le tribunal d'application des peines est prié de concéder « exceptionnellement » le relèvement de la période de sûreté et empêché par des conditions drastiques d'accéder à l'aménagement de la peine. Et lorsque rien n'y fait, parce que la peine complémentaire a été écartée et que la période de sûreté a été relevée, le législateur dispose encore d'armes aiguisées pour éradiquer le détenu terroriste. Il s'agit d'abord des articles 720-1 et 723-1 du Code de procédure pénale qui rendent inapplicables la suspension ou le fractionnement de peine ainsi que la semi liberté et le placement à l'extérieur¹⁷²⁶. La détention à domicile sous surveillance électronique semble être la seule issue pour aménager la peine, bien que les conditions soient relativement exclusives de la matière terroriste, au regard du quantum de la peine considéré, sauf à libérer le détenu en toute fin de peine. Il s'agit ensuite des restrictions drastiques opérées à l'égard de la libération conditionnelle, l'article 730-2-1 du Code de procédure pénale. Décidée collégalement, par le tribunal d'application des peines, la libération conditionnelle intervient à nouveau après avis d'une commission chargée de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de la personne condamnée. Ultime précaution, – qui sonne davantage comme un avertissement –, l'appréciation du danger par le tribunal d'application des peines pour refuser la liberté si elle est « susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public ».

849. En outre, le législateur subordonne cet aménagement de peine à une détention à domicile sous surveillance électronique ou bien « elle ne peut être accordée qu'après

¹⁷²⁵ V. E. BONIS-GARÇON, « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *Droit pénal* n° 12, déc. 2016, étude 26.

¹⁷²⁶ Le dernier alinéa de l'article 720-1 du Code de procédure pénale exclut le recours à la suspension ou au fractionnement de la peine, le dernier alinéa de l'article 723-1 à la semi-liberté et au placement extérieur, sous une rédaction commune : « Le présent article n'est pas applicable aux personnes condamnées pour une ou plusieurs des infractions mentionnées aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal, à l'exclusion de celles définies aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du même code ». Seules sont épargnées quelques infractions en matière terroriste : provocation ou apologie, reproduction, transmission de données faisant l'apologie, consultation habituelle de sites provoquant ou faisant l'apologie d'actes de terrorisme.

l'exécution, à titre probatoire, d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou de placement sous surveillance électronique pendant une période d'un an à trois ans ». Tout cela, bien entendu, hors ou après la période de sûreté : « c'est donc admettre que, pour ces condamnés, la préparation à la sortie ne s'applique plus véritablement »¹⁷²⁷. Plus encore, l'article 721-1-1 rejette tout droit au crédit de réduction de peine, de sorte que même une bonne conduite pendant l'incarcération n'intéresse plus vraiment le législateur : « Les personnes condamnées à une peine privative de liberté pour une ou plusieurs des infractions mentionnées aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal, à l'exclusion de celles définies aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du même code, ne bénéficient pas des crédits de réduction de peine mentionnés à l'article 721 du présent code. Elles peuvent toutefois bénéficier d'une réduction de peine dans les conditions définies à l'article 721-1 ». Pire qu'un récidiviste, qui n'est plus distingué des autres délinquants depuis la loi du 15 août 2014¹⁷²⁸ en matière de crédits de réduction de peine, le condamné pour terrorisme ne peut plus bénéficier que des crédits supplémentaires de réduction de peines. Déjà surprenante au regard de son détachement des crédits de réduction de peine automatiques, auxquels les crédits supplémentaires s'ajoutent, cette disposition s'entend comme une bien maigre motivation à la resocialisation. De plus, la peine de suivi socio-judiciaire, largement étendue aux incriminations terroristes, exclut le droit à ces réductions supplémentaires de peine si la personne refuse de se plier aux mesures de soin¹⁷²⁹. Le juge de l'application des peines peut en décider autrement, mais l'on perçoit ici parfaitement la volonté législative d'éviter toute diminution de la peine sous couvert de dangerosité. La dérogation concerne donc l'ensemble des aménagements de peine, hormis la détention à domicile sous surveillance électronique, de toute façon assez inaccessible compte tenu des infractions considérées et en dehors de quelques exceptions, quelle que soit la peine prononcée et quelle que soit la durée de la peine de détention restant à exécuter.

¹⁷²⁷ E. BONIS-GARÇON, « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *Droit pénal* n° 12, déc. 2016, étude 26.

¹⁷²⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁷²⁹ Art. 721-1, al. 1, du Code de procédure pénale : « Sauf décision contraire du juge de l'application des peines, aucune réduction supplémentaire de la peine ne peut être accordée à une personne condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, qui refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines en application des articles 717-1 et 763-7. Il en est de même lorsque le juge de l'application des peines est informé, en application de l'article 717-1, que le condamné ne suit pas de façon régulière le traitement qu'il lui a proposé ».

850. Les effets de la période de sûreté après la peine – Le législateur déséquilibre ici les préceptes de l'article 707 du Code de procédure pénale, en supplantant l'objectif de réadaptation sociale par celui de la protection de la société et de la prévention de la récidive. Il est d'ailleurs édifiant de lire que dans tous les cas, le tribunal de l'application des peines peut prononcer des mesures d'assistance, de surveillance et de contrôle sans limitation dans le temps, aux derniers alinéas des articles 720-4 et 720-5 du Code de procédure pénale. Les effets de la période de sûreté s'étendent ici après la peine, puisque le tribunal d'application des peines peut fixer un délai d'épreuve illimité. Cette dérive est d'autant plus inquiétante que les réformes successives ne cessent d'étendre le domaine d'application des périodes de sûreté¹⁷³⁰, loin de concerner uniquement les infractions les plus graves, puisqu'elles s'appliquent aujourd'hui aux atteintes aux biens¹⁷³¹. Par conséquent, la nature singulière de la période de sûreté, utilisée de façon intempestive, souvent doublée de conditions draconiennes quant à son relèvement, devient « une course d'obstacles où les demandeurs s'épuisent avant de les avoir tous franchis, quand ils ne sont pas découragés avant même d'avoir commencé »¹⁷³². La sûreté, qui s'entend du droit de ne pas être arbitrairement détenu, selon l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, est notoirement dévoyée par l'objectif de sécurité, lequel ne légitime pas uniquement les actions répressives mais également les actions préventives. L'arbitraire revient irrémédiablement dans l'accoutumance aux procédures dérogatoires, discréditant certains condamnés de tout espoir de réinsertion. Mais le législateur ne se contente pas de restreindre l'accès à l'aménagement de peine par la période de sûreté, il oblige également le juge de l'application des peines à contrôler le danger après la peine, par les mesures de sûreté.

¹⁷³⁰ V. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ; loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

¹⁷³¹ Not. vols aggravés faisant encourir une peine d'au moins dix ans d'emprisonnement (art. 311-6 à 311-10 du Code pénal), extorsions aggravées faisant encourir une peine d'au moins quinze ans de réclusion criminelle (art. 312-3 à 312-7 du Code pénal) et destructions dangereuses pour les personnes faisant encourir une peine d'au moins vingt ans de réclusion criminelle (art. 322-8 à 322-10 du Code pénal).

¹⁷³² P. PONCELA, « Peines et prisons : la régression - À propos des lois du 3 juin et 21 juillet 2016 », *RSC* 2016, p. 565.

b) Le juge marginalisé par les mesures de sûreté - la résistance des condamnés

851. La sécurisation après la peine – Les dispositifs de surveillance post pénaux que sont les mesures de sûreté vont de pair avec l’instauration d’un Code de la sécurité intérieure en 2012¹⁷³³ : parallèlement à la multiplication d’infractions de prévention se développent des mesures de sécurisation après la peine.

852. Le suivi socio-judiciaire – Déjà, la peine de suivi socio-judiciaire implique une continuité dans le contrôle du condamné indépendante de la peine restant à subir, puisqu’elle est fixée librement par la juridiction de jugement : « Le suivi socio-judiciaire emporte, pour le condamné, l’obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l’application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d’assistance destinées à prévenir la récidive »¹⁷³⁴. Les limites posées par le législateur, – dix ans en matière correctionnelle, vingt en matière criminelle –, peuvent être aisément dépassées par une décision « spécialement motivée », qui permet même un suivi « sans limitation de durée » en cas de réclusion criminelle à perpétuité. Le tribunal de l’application des peines pourra y mettre fin uniquement au bout de trente ans, ce qui revient à admettre, même dans le cas de la réclusion perpétuelle, que le contrôle social s’exerce bien après la peine. Placée sous le contrôle du juge de l’application des peines, comme l’énonce l’article 763-1 du Code de procédure pénale, cette sanction pénale revêt une nature bien singulière, qui l’apparente à une mesure de sûreté lorsqu’elle s’étend au-delà du temps de peine. Il s’agit ici d’infliger aux auteurs d’infractions graves, notamment à caractère sexuel, un ensemble d’obligations médico-sociales, l’injonction de soin se plaçant au cœur du dispositif. Or, l’obligation de soin n’est pas l’apanage du suivi socio-judiciaire, puisqu’elle existe dans bien d’autres mesures, comme le sursis probatoire ou la détention à domicile sous surveillance électronique. L’article 132-45, dont les obligations sont transversales, permet de soumettre le condamné « à des mesures d’examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l’hospitalisation », une injonction thérapeutique étant possible en cas d’addiction aux

¹⁷³³ Ordonnance du 12 mars 2012, pour la partie législative, entrée en vigueur le 1er mai 2012. V. E. DUPIC, *Droit de la sécurité intérieure*, Gualino, 2014.

¹⁷³⁴ Art. 131-36-1, al. 1, du Code de procédure pénale.

stupéfiants ou à l'alcool. Pourtant, le soin forcé n'est jamais véritablement imposé, la loi prévoyant simplement la sanction du refus de prise en charge, qui peut conduire à appliquer la peine privative de liberté prévue.

853. Par conséquent, le suivi socio-judiciaire ne révolutionne en aucun cas la lutte contre la délinquance sexuelle en renforçant le suivi des condamnés malades pendant la peine, mais se contente d'étendre le contrôle social de ces condamnés dangereux après la peine. Il faut cependant lui reconnaître certains mérites : d'abord la possibilité de commencer les soins pendant l'incarcération, ce qui représente une précieuse exploitation du temps de peine au regard de la désistance. Ensuite, la coordination entre médecin et juge, inédite, puisque l'article L. 3711-1 du Code de la santé publique prévoit la transmission au juge des éléments nécessaires au contrôle de l'injonction de soin par un médecin coordonnateur. Surtout, cette mesure née de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs¹⁷³⁵ aurait le profil d'une peine et non d'une mesure de sûreté. Une telle élévation au rang de peine, principale ou complémentaire¹⁷³⁶ lui a justement permis de justifier la mise en place d'un suivi post-carcéral. De fait, la plupart des obligations sociales et judiciaires que recouvre le suivi sont le plus souvent reportées à la sortie de prison et pourront être exécutées longtemps après la fin de la peine, ce qui l'apparente à « une peine pour plus tard »¹⁷³⁷, non guidée par le souci de l'individualisation mais motivée par le spectre de la dangerosité.

854. L'extension de l'ombrelle pénale – L'on constate d'ailleurs que l'extension de l'ombrelle pénale¹⁷³⁸ par la voie du suivi socio-judiciaire se renforce au fil des réformes. En contrepoint de son statut protecteur, le suivi socio-judiciaire vient au soutien de nombreuses mesures de sûreté, contribuant ainsi à semer le trouble sur sa véritable nature. Par exemple, le placement sous surveillance électronique mobile, comme le

¹⁷³⁵ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

¹⁷³⁶ En matière correctionnelle, il peut être prononcé en tant que peine principale alors qu'il est une peine complémentaire en matière criminelle (art. 131-36-7 du Code pénal). Le suivi socio-judiciaire assortit également les peines privatives de liberté sans sursis (art. 131-36-5 du Code pénal).

¹⁷³⁷ P. COUVRAT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC* 1999, p. 376.

¹⁷³⁸ Ch. JOLIBOIS, Rapport n° 49 (1997-1998) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes, et la proposition de loi de M. Serge MATHIEU relative à la répression des crimes sexuels commis sur les mineurs, déposé le 22 octobre 1997.

prévoient les articles 131-36-9 du Code pénal et 763-3 du Code de procédure pénale, est une mesure de sûreté découlant du suivi socio-judiciaire. Mais le législateur va encore plus loin, puisque l'injonction de soins est aujourd'hui proposée parmi les mesures de l'article 132-45 du Code pénal en dehors du prononcé d'une telle peine. Le juge de l'application des peines peut ainsi l'ordonner « si la personne a été condamnée pour un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru et qu'une expertise médicale a conclu qu'elle était susceptible de faire l'objet d'un traitement », ce qui permet la contrainte au soin dès lors qu'une peine de suivi socio-judiciaire est encourue, même si elle n'est pas prononcée.

855. Pierre d'achoppement du régime juridique de la peine, le critère de sécurité sur lequel repose le suivi socio-judiciaire est particulièrement glissant. L'individualisation est ici entravée, l'injonction de soin, autrefois facultative, ayant été rendue obligatoire dans le cadre du suivi socio-judiciaire par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs et le refus d'obtempérer étant sanctionné par la réduction des aménagements de peine¹⁷³⁹, voire la mise en œuvre de l'emprisonnement fixé par la juridiction de jugement¹⁷⁴⁰. Au premier plan de cette surveillance post-sentencielle, le juge de l'application des peines devient peu à peu identité de régulation sociale et son pouvoir, pivot de la dangerosité.

856. La surveillance à durée indéterminée – Dans ce contexte, les mesures de sûreté recouvrent une dimension encore plus vaste, par leur vocation à « protéger la société en imposant une probation obligatoire et/ou des soins à certains délinquants jugés dangereux ou à risque élevé de récidive »¹⁷⁴¹, sans aucun rattachement à la peine. Elles sont pour la plupart autonomes, la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté et l'enregistrement au fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, n'ayant pas à être rattachés à un quelconque dispositif. Il existe néanmoins

¹⁷³⁹ Art. 721-1, al. 1, du Code de procédure pénale : « Sauf décision contraire du juge de l'application des peines, aucune réduction supplémentaire de la peine ne peut être accordée à une personne condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, qui refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines en application des articles 717-1 et 763-7. Il en est de même lorsque le juge de l'application des peines est informé, en application de l'article 717-1, que le condamné ne suit pas de façon régulière le traitement qu'il lui a proposé ».

¹⁷⁴⁰ Art. 763-5 du Code de procédure pénale : « En cas d'inobservation des obligations mentionnées aux articles 131-36-2 et 131-36-3 du code pénal ou de l'injonction de soins, le juge de l'application des peines peut, d'office ou sur réquisitions du procureur de la République, ordonner, par décision motivée, la mise à exécution de l'emprisonnement prononcé par la juridiction de jugement en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 du code pénal ».

¹⁷⁴¹ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 770, n° 510.06.

des exceptions, comme la détention à domicile sous surveillance électronique, accolée au suivi socio-judiciaire ou à la libération conditionnelle. Cette mesure s'inscrit également dans le cadre de la surveillance judiciaire ou de sûreté, comme l'assignation à résidence, à défaut, elle aussi, accolée au suivi socio-judiciaire. Dès lors qu'elles sont prononcées par une juridiction répressive, elles font peser le spectre de la dangerosité sur le juge de l'application des peines, qui devra faire preuve de témérité pour aménager la peine du condamné. Classé parmi les prétendants à l'insécurité, l'intéressé expose à davantage de risques, avec un effet dissuasif sur la tentative de retour à la liberté, même conditionnée.

857. L'étendard de la dangerosité s'impose encore davantage au juge de l'application des peines, lorsqu'il lui revient de prononcer ces mesures de sûreté. L'article 723-29 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que « le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération », ce qui laisse donc l'entière responsabilité au juge de l'application des peines de décider du risque « avéré » d'un nouveau passage à l'acte. Bien entendu, une expertise médicale oriente la décision, comme l'exige l'article 723-31 du Code de procédure pénale. Cependant, l'aptitude d'un examen psychologique à faire « apparaître la dangerosité » reste assez mystérieuse et le législateur lui-même ne semble pas si confiant, puisqu'il permet au juge de recourir à deux experts à la fois¹⁷⁴². Trois juges et deux experts-psychiatres doivent donc anticiper la suite des événements, afin de poursuivre le contrôle du condamné après la peine, la surveillance judiciaire ne devant néanmoins pas dépasser la durée des crédits de réduction de peine, automatiques et supplémentaires, accordés pendant la détention. Mais une telle surveillance peut encore être étendue, pendant deux ans, à la seule condition de changer de nom, puisqu'elle se transforme alors en surveillance de sûreté. La prolongation du contrôle est rendue possible à l'égard des condamnés à une réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans,

¹⁷⁴² Art. 731-31-1, al. 3, du Code de procédure pénale.

pour certaines infractions¹⁷⁴³, à la suite de la surveillance judiciaire¹⁷⁴⁴ et du suivi socio-judiciaire¹⁷⁴⁵. Elle s'applique également en cas de libération conditionnelle avec injonction de soins, selon l'article 732-1 du Code de procédure pénale.

858. La surveillance de sûreté – Plus restrictive que la surveillance judiciaire, puisqu'elle concerne un seuil de gravité nettement plus important, la surveillance de sûreté n'est pas directement décidée par le juge de l'application des peines, mais par la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Ce relais décisionnel ne libère pas totalement le juge de l'application des peines, auquel il revient de saisir la juridiction spécialisée six mois avant la fin de la mesure. Il lui faudra alors vérifier que « Les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 » et considérer que « cette mesure constitue l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions »¹⁷⁴⁶. En outre, il reste chargé du suivi de l'intéressé après la sentence pénale, tant dans le cadre de la surveillance judiciaire que dans celui de la surveillance de sûreté, puisqu'il peut retirer tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié et ordonner sa réincarcération en cas d'inobservation des obligations en découlant dans le cadre de la première¹⁷⁴⁷ et saisir la juridiction spécialisée pour qu'elle modifie les obligations ou décide d'un placement en centre socio-médico-judiciaire de sûreté, si l'individu méconnaît les règles de la seconde¹⁷⁴⁸. L'une comme l'autre étant accompagnée des obligations et interdictions habituelles des articles 132-44 et 132-45 du Code de procédure pénale ainsi que du placement sous surveillance électronique mobile¹⁷⁴⁹, voire d'une assignation à résidence et d'une injonction de soins, le juge de l'application des peines réalise un suivi comparable dans le cadre de la mesure de sûreté et dans celui de l'exécution de la peine. Pourtant, il n'est plus question de réinsérer dans le cadre objectif de la sanction mais de prévenir

¹⁷⁴³ La liste figure aux deux premiers alinéas de l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale : principalement les crimes commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration et les crimes commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, ou encore, lorsque ces infractions sont commises en récidive.

¹⁷⁴⁴ Art. 723-37 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁴⁵ Art. 763-8 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁴⁶ Art. 723-37 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁴⁷ Art. 723-35 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁴⁸ Art. R53-8-52 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁴⁹ L'article 730-30 du Code de procédure pénale prévoit ces obligations dans le cadre de la surveillance judiciaire et les articles 723-37 et 723-38 y renvoient, dans le cadre de la surveillance de sûreté.

la récidive dans le cadre subjectif de la persistance de la dangerosité. Le glissement, – de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses à la surveillance de sûreté – relève donc d'une « escroquerie juridique »¹⁷⁵⁰, puisqu'il peut transformer un contrôle déjà étendu à la durée de la peine non aménagée à un contrôle perpétuel. En effet, l'article 723-37 du Code de procédure pénale prévoit qu'il est possible de « décider de prolonger tout ou partie des obligations auxquelles est astreinte la personne, au-delà de la limite prévue à l'article 723-29 » pour une durée de deux ans, qui peut être renouvelée « si les conditions prévues par le présent article demeurent remplies ». Dès lors, dès que la dangerosité persiste, la surveillance de sûreté est envisageable, de sorte que, de deux ans en deux ans, elle peut devenir sans fin. Or, le législateur affirme à l'article R. 53-8-49 que « la personne placée sous surveillance de sûreté est placée sous le contrôle du juge de l'application des peines », ce qui revient à assigner le juge de l'application des peines à un contrôle éternel du danger pour certains condamnés.

859. L'exclusion à durée indéterminée – La plus emblématique d'entre toutes, la rétention de sûreté, permet quant à elle l'enfermement des condamnés pour les infractions les plus graves après l'exécution de la peine, dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. A caractère exceptionnel, la rétention de sûreté ne peut être prononcée qu'à l'égard de personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour certains crimes, limitativement énumérés¹⁷⁵¹. Elle doit en outre avoir été prévue par la cour d'assises et faire l'objet d'un réexamen à la fin de l'exécution de la peine, lequel doit s'assurer « qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité »¹⁷⁵². Une telle évaluation est confiée à un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues, dont l'expertise doit permettre à la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté de donner un avis sur la nécessité du placement, ou non, en centre socio-médico-judiciaire de sûreté. *In fine*, la juridiction régionale de la rétention de sûreté, composée de magistrats de la cour d'appel, prend la décision, qui pourra être remise en cause devant la juridiction nationale des mesures de sûreté, cette fois formée par des

¹⁷⁵⁰ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 827, n° 525.31.

¹⁷⁵¹ Art. 706-53-13 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁵² Art. 706-53-13, al. 1, du Code de procédure pénale.

magistrats de la Cour de cassation¹⁷⁵³. Bien qu'elle ne soit pas décidée par le juge de l'application des peines, puisqu'elle relève des juridictions de la rétention de sûreté, elle peut constituer la sanction de la violation des mesures de sûreté, générant son implication.

860. L'article 706-53-19 du Code de procédure pénale dispose, en son dernier alinéa, que la méconnaissance par la personne sous surveillance de sûreté des obligations qui lui sont imposées ou le refus de commencer ou de poursuivre le traitement proposé dans le cadre d'une injonction de soins est « susceptible de justifier son placement en rétention de sûreté ». Or, le juge de l'application des peines est autorisé, en pareil cas, à décerner mandat d'arrêt ou d'amener contre l'intéressé, afin de le traduire devant la juridiction régionale de la rétention de sûreté. De manière identique, le condamné refusant un placement sous surveillance électronique mobile dans le cadre de la surveillance de sûreté encourt un placement dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté¹⁷⁵⁴. La loi mentionne bien sûr la mise en œuvre d'une « prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure » et le délai limité à un an du placement. Mais à côté, elle ouvre ici encore la voie à une sûreté perpétuelle puisque la mesure peut être renouvelée, selon les mêmes modalités, dès lors que les conditions sont toujours remplies¹⁷⁵⁵. En conséquence : « Apparaît ainsi une mesure de sûreté à durée déterminée, mais à renouvellement illimité »¹⁷⁵⁶. À nouveau, l'identité du juge de l'application des peines peut être détournée par ce système en cascade, de manière à lui imputer un contrôle permanent de la dangerosité : la sanction de la violation des obligations de la surveillance judiciaire pourra entraîner le placement sous le régime de la surveillance de sûreté dont la méconnaissance pourra elle-même conduire à la rétention de sûreté.

861. Une mesure obstacle – Le législateur, à la manière des infractions obstacles, créé ici une « mesure obstacle », puisque l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale exige de la rétention de sûreté qu'elle soit l'unique moyen de prévenir la commission d'infractions particulièrement graves, dont la liste est commune avec la

¹⁷⁵³ Art. 706-53-15 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁵⁴ Art. 706-53-19, al. 5 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁵⁵ Art. 706-53-16 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁵⁶ P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *JCP G*, Actualités, n° 9-10, 27 février 2008, p. 5-7.

surveillance de sûreté¹⁷⁵⁷. Non seulement la juridiction doit exclure catégoriquement l'opportunité de mettre en œuvre une autre mesure, appréciation qui demeure assez aléatoire, sauf à ce qu'elles aient toutes déjà échoué, mais elle doit également réaliser un calcul de probabilité sur la base de données incertaines. La genèse d'un devoir de prédilection du juge pénal est ici naissante, avec cette mesure post-sententielle qui s'aventure bien au-delà du crime, en bordure de l'*iter criminis* : « La dangerosité d'un individu est déjà une prédiction difficile ; ramener son risque de réitération à des infractions déterminées n'aura, dans la plupart des cas, aucun sens »¹⁷⁵⁸.

862. Le Conseil constitutionnel ne s'y est pas trompé, puisqu'il a refusé la rétroactivité de la rétention de sûreté lors du contrôle *a priori* de la loi du 25 février 2008, à l'origine de cette mesure ainsi que de la surveillance de sûreté¹⁷⁵⁹. Dans une décision n° 2008-562 du 21 février 2008¹⁷⁶⁰, il énonce en effet que « la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement ». Cependant, il lui refuse simultanément le qualificatif de « peine », par l'usage d'arguments relativement contradictoires. La rétention de sûreté, comme la surveillance du même nom, « n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition » selon le raisonnement suivi, dès lors qu'elle n'est pas prononcée mais seulement envisagée par la cour d'assises et « qu'elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité »¹⁷⁶¹. L'exclusion de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est pour le moins embarrassante, puisque la rétention de sûreté est soumise au régime de la peine, sans en être une¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁷ Voir *supra*.

¹⁷⁵⁸ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 821, n° 524.13.

¹⁷⁵⁹ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

¹⁷⁶⁰ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 : JO 26 févr. 2008, p. 3272, § 10.

¹⁷⁶¹ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC : JO 26 févr. 2008, p. 3272, § 9.

¹⁷⁶² V. les nombreux commentaires de la décision. B. MATHIEU, « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle », *La Semaine juridique. Édition générale*, 2008, n° 11, p. 4-6 ; F. CHALTIEL, « La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée », *Les Petites Affiches*, 20 mars 2008, n° 58, p. 3-9 ; P. JAN, « Le Président, le Conseil et la Cour, une histoire de Palais de mauvais goût », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2008, n° 13, p. 714-716 ; R. PIASTRA, « De la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Net-Iris.fr*, 6 mars 2008, n° s.n. ; J.-P. FELDMAN, « Un minority report à la française ? La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », *La Semaine juridique. Édition générale*, 2008, n° 16, p. 38-41 ; Conseil national des

863. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a pu légitimement s'interroger sur la conventionnalité d'une telle mesure, les articles 5 et 7 de la Convention européenne consacrant respectivement le droit à la liberté et à la sûreté et la nécessité des peines, alors que le placement en rétention de sûreté ne se traduit pas par la prise en charge escomptée, mais ressemble plutôt à une mise en quarantaine des individus dangereux. Dans son avis du 6 février 2014, le Contrôleur indique précisément qu'il ne s'agit pas d'un instrument d'évolution quant à la dangerosité de la personne au regard de l'inactivité des personnes retenues « à qui il n'est proposé aucun projet éducatif, aucune activité professionnelle, non plus qu'aucune activité de plein air » et l'absence « de véritable projet médical de prise en charge thérapeutique »¹⁷⁶³, après avoir visité le centre socio-médico-judiciaire de sûreté implanté dans les locaux de l'établissement public national de santé de Fresnes (Val-de-Marne), les 9, 10 et 11 octobre 2013. Sauf à ébranler les fondements même de la répression pénale, la notion opaque de dangerosité¹⁷⁶⁴ ne devrait pas justifier une telle marchandisation de l'avenir : « Les assises mêmes du droit pénal sont en cause, tout

barreaux (France), ; Conférence des bâtonniers de France et d'Outre-Mer, ; Ordre des avocats (Paris), ; Union syndicale des magistrats, , « La rétention de sûreté : observations du Conseil National des Barreaux, de la Conférence des Bâtonniers, du Barreau de Paris et de l'USM devant le Conseil constitutionnel », *Nouveau Pouvoir Judiciaire (NPJ)*, mars 2008, n° 380, p. 24-33 ; P. CONTE, « Aux fous ? », *Droit pénal*, avril 2008, n° 4, p. 1-2 ; P. CASSIA, « La Constitution malmenée », *Esprit*, 2008, n° 344, p. 188-190 ; Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, 2008, n° 20, p. 1359-1366 ; R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" (à propos de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *Les Petites Affiches*, 17 juin 2008, n° 121, p. 7-12 ; P. CASSIA, « La rétention de sûreté : une peine après la prison », *Commentaire*, 2008, n° 122, p. 569-573 ; C. GHICA-LEMARCHAND, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, septembre-octobre 2008, n° 5, p. 1381-1405 ; L. GAY, WW. BENESSIANO, « Mesures de sûreté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. À propos, notamment, de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2008, n° 76, p. 846-881 ; F. MALHIÈRE, « Le Conseil constitutionnel et la rétention de sûreté : une décision en demi-teinte Note sous la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 - Loi relative à la rétention de sûreté et à la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Revue administrative*, 2009, n° 367, p. 36-43 ; I. MBOUP, « La rétention de sûreté et l'article 8 de la Déclaration de 1789 », *Revue de la recherche juridique*, droit prospectif, 2008, n° 4, p. 2151-2162 ; C. OTERO, « "Adveniente principe, cessat magistratus". À propos de la décision CC n° 562 DC du 21 février 2008. Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Les annales de droit*, 2009, n° 3, p. 231-251 ; L. PHILIP, L. FAVOREU, « Contrôle de proportionnalité. Droit constitutionnel pénal. Droit constitutionnel des libertés. Principe de légalité des délits et des peines. Principe de nécessité des peines. Principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Principe de la présomption d'innocence. Liberté individuelle. Contrôle de proportionnalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. *Dalloz*, 2009, p. 816-827 ; B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009, n° 1, p. 166-172 ; M. DISANT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et l'application dans le temps de la loi relative à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental : jeu de pistes », *Constitutions*, avril-juin 2010, n° 2010-2, p. 235-237.

¹⁷⁶³ CGLPL, avis, 6 févr. 2014 : JO 25 févr. 2014, texte n° 71 ; Focus par William ROUMIER, *Droit pénal* n° 4, avr. 2014, alerte 17.

¹⁷⁶⁴ Expression empruntée à P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *JCP G*, Actualités, n° 9-10, 27 fév. 2008, pp. 5-7.

simplement parce que la rétention de sûreté s'en prend à la liberté »¹⁷⁶⁵. Bien évidemment, le risque encouru par la société doit être pris en compte par le législateur, tant avant la peine, qu'après son exécution. Une telle démarche implique l'analyse psychologique du délinquant, compétence nécessairement hors de portée du juge pénal. L'appréciation de la dangerosité relève uniquement d'attributions médicales, l'expertise ayant vocation à cibler des besoins en termes de soins. Le suivi devrait donc, naturellement, être opéré sous l'œil attentif des autorités étatiques, alors qu'il est confié au juge de l'application des peines. Ainsi est-il tenu responsable du « parcours de l'exécution de la peine » du futur candidat à la rétention de sûreté par la détermination des modalités de sa prise en charge médicale et sociale¹⁷⁶⁶. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative à la loi du 25 février 2008, a d'ailleurs réservé son interprétation quant à la mise en œuvre de la rétention de sûreté à la condition de soins adaptés proposés pendant la peine¹⁷⁶⁷. A défaut, elle ne pourra être mise en œuvre, de sorte qu'elle doit s'inscrire dans la continuité du travail du juge.

864. Le brouillage de l'identité judiciaire – Les mesures de sûreté poursuivent pourtant une logique administrative qui vient brouiller l'identité judiciaire, en imposant au juge du siège d'évaluer une menace future et incertaine. Lorsqu'elles s'avèrent nécessaires au-delà de la sanction pénale, elles signent l'échec de la justice, qui n'a pas su reconduire le délinquant sur le droit chemin. Parce qu'il n'a pas été à la hauteur des missions assignées en termes de réinsertion, le juge de l'application des peines est contraint de changer de tactique, en travestissant la mission de désistance en celle de surveillance. Ce bilan extrêmement négatif mis au crédit de la justice pénale se double d'arbitraire, puisqu'il force le juge à prendre part à un débat qui lui est étranger. Du judiciaire au médical, la sûreté exigée au nom d'un risque présumé de dangerosité refuse que le doute accordé à tout accusé profite au condamné¹⁷⁶⁸. Au nom de l'exigence d'un traitement personnalisé, l'identité du juge de l'application des peines est dévoyée, franchissant la ligne de l'individualisation de la sanction pour rejoindre

¹⁷⁶⁵ Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008, p. 1359.

¹⁷⁶⁶ Art. 717-1 du Code de procédure pénale. Sur la participation du juge de l'application des peines au dispositif, v. Haritini MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux - - Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Droit pénal* n° 4, avr. 2008, étude 5.

¹⁷⁶⁷ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC : *JO* 26 févr. 2008, p. 3272, § 21.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*

celle de la sécurité des citoyens. Comme le juge des libertés et de la détention pendant l'enquête, le juge de l'application des peines offre une légitimité volatile aux décisions qui ne rejoignent pas son identité. En effet, la rétention de sûreté réintroduit en marge de la sanction pénale une relégation abandonnée de longue date par la répression¹⁷⁶⁹, puisqu'elle repose à nouveau sur « une présomption irréfragable d'incorrigibilité »¹⁷⁷⁰. Plus proche du bannissement que d'un espoir de relèvement, la rétention de sûreté marque en réalité la faillite judiciaire au regard de condamnés inamendables. Pour autant, la voie de l'exclusion sociale traduit une défaite bien plus grave que celle du système judiciaire, en renonçant à croire à la démocratie, interrogeant cette fois un choix de société plus vaste : « faut-il privilégier la sécurité de la collectivité au détriment de la liberté de l'individu qui, sans avoir commis d'infraction, apparaît particulièrement dangereux pour la société et les personnes qui la composent ? »¹⁷⁷¹.

865. La montée en puissance d'une justice sécuritaire – Il semblerait plus juste et surtout plus cohérent de redonner au juge de l'application des peines la pleine possession de la fonction réinsérante de la peine, claironnée par tous les textes répressifs, sans jamais avoir été suffisamment investie par les pouvoirs publics. L'amalgame entre peines et mesures de sûreté conduit à l'élimination de l'individu dangereux par des voies de traverse, lesquelles sont déchargées du poids du procès équitable. Portée par la montée en puissance d'une justice sécuritaire¹⁷⁷², la rétention de sûreté ne respecte ni le principe de légalité, ni le principe de nécessité, ni la présomption d'innocence. Piètre palliatif judiciaire face à l'impuissance de la médecine à promettre la guérison absolue, cette mesure de sûreté extrême est avant tout l'aveu d'une incapacité à juguler la récidive : « De manière piquante, le législateur énonce

¹⁷⁶⁹ La loi du 27 mai 1885 instaure la peine de relégation des récidivistes, soit l'exclusion de ces condamnés hors du territoire de façon obligatoire et perpétuelle. Elle est remplacée par la tutelle pénale, mesure de sûreté facultative et temporaire qui s'exerce sur le territoire national, avec la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, elle-même supprimée par la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

¹⁷⁷⁰ V. A. WYVEKENS, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'oeil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Déviante et société* 2010, vol. 34, n° 4, pp. 503-525.

¹⁷⁷¹ F. BOULAN, L. GREGOIRE, « La détention de sûreté est une peine ! Qualification et conséquences À propos de CEDH, 17 décembre 2009, M. c/ Allemagne », *Dr. pén.* n° 5, mai 2010, étude 9.

¹⁷⁷² Une série de rapports accompagne cette politique criminelle, faisant part toutefois d'un certain malaise dans la confusion des rôles : Santé, justice et dangers : V. *Santé, justice et dangers* : pour une meilleure prévention de la récidive - Rapport de la Commission santé-justice présidée par Monsieur Jean-François BURGELIN, 1er juillet 2005 ; *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport d'information de MM. Philippe GOUJON et Charles GAUTIER, fait au nom de la commission des lois, de la mission d'information et de la mission d'information de la commission des lois, n° 420 (2005-2006), 22 juin 2006 ; J.-P. GARRAUD, *Réponses à la dangerosité*, Rapport de la mission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 17 octobre 2006.

que la rétention de sûreté consiste à placer une personne dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel des soins sont proposés, qui sont destinés "à permettre la fin de cette mesure" (C. pr. pén., art. 706-53-13, al. 4). Certes, la rétention de sûreté vise en réalité avant tout à diminuer la dangerosité et le risque de réitération des faits d'une particulière gravité [...] La formule utilisée à l'article 706-53-13 alinéa 4 sonne cependant comme un aveu surprenant quant à la nocivité de la rétention de sûreté, dès lors que son seul objectif expressément formulé est de faire en sorte qu'il y soit mis fin »¹⁷⁷³. Si le traitement psychiatrique est légitimement soumis au contrôle du juge de l'application des peines pendant l'exécution de la sanction, il devrait s'exercer sous un régime de type administratif avant comme après la peine¹⁷⁷⁴.

866. Le dévoiement de l'autorité judiciaire, de l'évaluation de la responsabilité pénale à celle de la dangerosité sociale, démontre que le législateur maîtrise mal son vocabulaire, en confondant risque de rechute et risque de récidive : « Le pénal se résume à un processus d'évaluation et de renvoi vers d'autres instances soit pour élimination si la "dangerosité" est irrémédiable soit pour "traitement" si elle est jugée curable »¹⁷⁷⁵. Derrière la rhétorique de la dangerosité, se cache simplement la neutralisation d'un phénomène criminogène, la récidive, et de son juge, chargé d'habiller la peine en mesure de sûreté. Cette appellation d'origine contrôlée, reflet d'une politique autoritaire, renverse l'identité du juge du siège, lequel doit évaluer la dangerosité du condamné au lieu d'apprécier ses chances de réinsertion. Or, « Le droit pénal, pas plus que la psychiatrie, n'a à offrir de réponse simple à ce problème compliqué. Le politique, quant à lui, se montre incapable de jouer le rôle qui est le sien : faire comprendre à l'opinion – qui a l'intelligence que l'on veut bien lui prêter – que les questions compliquées n'ont pas de réponse simple »¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷³ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 821, n° 524.15.

¹⁷⁷⁴ Sur le dévoiement du rôle du juge de l'application des peines, V. Philippe SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Droit pénal* n° 2, Février 2010, étude 3. L'auteur relève : « Il faut en outre observer que, tout en restant formellement compétent, le juge voit se substituer à lui tout un processus médical auquel les différentes lois envisagées font systématiquement référence, soit en renvoyant au Code de la santé publique, soit en prévoyant elles-mêmes des mesures particulières. Ce sont les autorités médicales qui décident du principe des soins, et l'on voit mal lesdites autorités, face à un délinquant ayant commis les infractions les plus graves, conclure à la normalité de leur auteur et déclarer que son cas ne relève pas de la médecine. La gravité exceptionnelle d'une infraction ne peut que suggérer l'anormalité malade de son auteur. Ce sont ensuite ces mêmes autorités qui vont intégralement conduire le processus curatif et, éventuellement, y mettre fin. Faute de connaissances en ce domaine, le juge ne peut évidemment qu'entériner leurs conclusions. Voilà qui ne peut être sans incidence sur la responsabilité pénale et les principes qui la gouvernent ».

¹⁷⁷⁵ D. SALAS, *Du procès pénal*, PUF, 2010, p. 159.

¹⁷⁷⁶ V. A. WYVEKENS, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'oeil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Déviance et société* 2010, vol. 34, n° 4, pp. 503-525.

867. Il ne s'agit plus ici de surveiller le condamné le temps de la peine, après sa libération anticipée, mais bien d'une surveillance après le temps de la peine, parfois dénuée de toute visée sociale et probatoire pour ne laisser perdurer que le contrôle¹⁷⁷⁷. Au regard de l'impossibilité d'aménager la peine pendant l'essentiel de son exécution à cause de la période de sûreté, les sortants de prison pour les infractions les plus graves sont exposés à un retour à la liberté brutal, obtenu au dernier moment par le jeu des réductions de peine. Par conséquent, les mesures de sûreté se substituent aux mesures de réinsertion, afin de localiser et contrôler des individus susceptibles de récidiver. Toutefois, cette surveillance post-sentencielle repose sur l'évaluation de la persistance de la dangerosité, étrangère à l'identité du juge de l'application des peines. « Désormais lesdits criminels se voient soumis à un traitement médical destiné à remédier à la maladie les ayant conduits à commettre l'infraction. Ce traitement revêt alors manifestement plus d'importance que la peine qu'il paraît épauler. De la même manière que la maladie marginalise la faute, le traitement qui en résulte marginalise la peine qui était la conséquence de cette faute. La peine voit en effet son rôle se restreindre d'un point de vue aussi bien théorique que pratique. Sur le plan théorique, elle ne peut plus prétendre sérieusement remplir les fonctions d'expiation et d'amendement qui étaient traditionnellement les siennes puisqu'elle ne rétribue plus véritablement de faute, en voie, quant à elle, de disparition. Elle n'apparaît plus à cet égard que comme le vestige d'un passé sinon révolu du moins en pleine mutation. Sur le plan pratique, en privant le délinquant de sa liberté, elle permet, certes, à la société de se prémunir d'une éventuelle récidive. Mais cette utilité peut n'être que temporaire puisque, étant par hypothèse à durée déterminée, elle est susceptible de s'éteindre bien avant que le traitement curatif ait fait son œuvre et que la guérison du criminel soit acquise »¹⁷⁷⁸ : le législateur a trouvé la parade, en neutralisant l'aléa de la récidive par des mesures de sûreté à durée indéterminée.

868. La tentative législative de durcissement des mesures de sûreté – Une proposition de loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, a tenté de se superposer à un édifice déjà très lourd. À nouveau, des mesures restrictives de liberté pourraient être

¹⁷⁷⁷ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 774, n° 511.16.

¹⁷⁷⁸ P. SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Droit pénal* n° 2, fév. 2010, étude 3.

prononcées indépendamment de la sanction pénale, à l'égard de personnes condamnées pour infractions terroristes à leur sortie de prison. La juridiction régionale de la rétention de sûreté de Paris sera compétente pour ordonner ces mesures sur réquisitions du procureur de la République antiterroriste¹⁷⁷⁹ et le juge de l'application des peines sera chargé de les appliquer. Ainsi, le port d'un bracelet électronique, l'interdiction de fréquenter certaines personnes et certains lieux ou une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique seront imposés à des condamnés ayant déjà exécuté leur peine. Applicable aux courtes peines d'emprisonnement, puisque sont concernés les auteurs d'infractions terroristes condamnés à des peines de prison supérieures à cinq ans ou à trois ans en cas de récidive¹⁷⁸⁰, de telles mesures étaient valables pour une durée d'un an. Cependant, elles pourront parfaitement être renouvelées « sur réquisitions du procureur de la République par la juridiction régionale de la rétention de sûreté, après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, et pour la même durée dans la limite de cinq ans ou, lorsque le condamné est mineur, dans la limite de trois ans. Cette limite est portée à dix ans lorsque les faits commis par le condamné constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement ou, lorsque le condamné est mineur, à cinq ans »¹⁷⁸¹. Dix années après l'accomplissement de leur peine, certains auteurs d'infractions terroristes pouvaient encore être soumis à un régime de sûreté, sur le seul fondement de la dangerosité. Sans surprise : « la proposition de loi cherche à répondre à l'inquiétude des services de renseignement et du Parquet national antiterroriste concernant les personnes condamnées pour un délit ou un crime terroriste, une fois sorties de détention. Des mesures de sûreté pourront être imposées à celles et ceux ayant définitivement purgé leur peine, et ce, non pas en raison d'une infraction commise, mais du risque qu'ils en commettent une. Une sorte de justice préventive »¹⁷⁸².

869. La censure constitutionnelle – Ignorant superbement la mise en garde de la Commission nationale consultative des droits de l'homme quant à la double peine infligée, celle du Conseil d'État, qui s'oppose à une durée de plus de cinq ans en

¹⁷⁷⁹ Pour les mineurs, c'est le tribunal pour enfants de Paris qui est compétent.

¹⁷⁸⁰ Une section IV est ajoutée au titre XV du livre IV du code de procédure pénale, le futur article 706-25-15, I, déterminant les auteurs d'infractions terroristes concernés par ces mesures de sûreté.

¹⁷⁸¹ Art. 706-25-15, II. V. Texte n° 3238, adopté par la commission mixte paritaire, chargée de proposer un texte les dispositions restant en discussion de la proposition de loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine.

¹⁷⁸² Journal *Le Monde*, « Le Conseil constitutionnel saisi de la loi sur la sûreté antiterroriste », 28 juillet 2020.

constatant l'inefficacité des mesures de sûreté au regard de la prévention de la récidive en matière terroriste, le législateur sacrifie à nouveau la réinsertion au nom du danger. Heureusement, le Conseil constitutionnel porte un coup d'arrêt retentissant à la proposition de loi, par une décision du 7 août 2020¹⁷⁸³, qui ne laisse rien subsister de cette tentative de durcissement du régime des mesures de sûreté à l'égard des personnes condamnées pour des faits de terrorisme. Le texte est jugé contraire aux articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789, les mesures portant atteinte à la liberté d'aller et venir, tant dans leur principe que dans leur durée. Cela revient à dire qu'il existe bien des moyens moins attentatoires à la liberté individuelle pour prévenir la commission des actes terroristes, ces mesures étant clairement disproportionnées face au but poursuivi. En effet, les Sages ne sauvent qu'une disposition secondaire, adoptée après un amendement au Sénat, qui permet d'imposer un suivi socio-judiciaire après exécution de la peine. Le camouflet imposé au législateur ne fait néanmoins que ralentir un mouvement d'ensemble, qui tend à restreindre la liberté individuelle au nom d'une utopie sociétale fondée sur le fragile critère de dangerosité. Cette inflexion sécuritaire qui tend à priver un individu de liberté par « le diagnostic d'une déviance et le pronostic d'une récidive »¹⁷⁸⁴ n'est pas la seule à marginaliser le juge de l'application des peines. La victime, comme le danger, pénètre à son tour la sphère de l'exécution des peines, réduisant le juge au rang d'un subalterne, qui contrôle en marge la sanction pénale.

B) La marginalisation par l'intrusion de la victime

870. L'« insaisissable » notion de surveillance, selon une expression empruntée à la doctrine¹⁷⁸⁵, – tant elle est fuyante dans ses critères –, rejaillit encore sur le juge de l'application des peines par l'intrusion de la victime au cœur de ses décisions. S'il paraît profitable à tous que le condamné investisse le temps de peine en réparant le dommage causé, l'incursion de la justice restaurative reste malheureusement résiduelle au stade de l'exécution des peines (1). Cette inanité des mesures de réparation contraste

¹⁷⁸³ Décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020.

¹⁷⁸⁴ J. PRADEL, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *Gaz. Pal.* 4 mars 2008, n° 64, p. 10.

¹⁷⁸⁵ V. P. COLLET, « L'insaisissable notion de surveillance en droit pénal », *RSC* 2019, p. 549. L'auteur relève, outre le caractère transversal à toutes les phases procédurales et même au-delà de la surveillance pénale, son caractère fuyant, au regard de l'hétérogénéité des critères qui lui donnent vie. Le seuil de gravité des infractions, notamment, est incapable à la justifier, tant elle se multiplie à des niveaux de gravité très différents.

fortement avec les droits accordés à la victime, lui permettant de dicter sa volonté directement auprès du juge de l'application des peines (2).

1. La place déficitaire de la restauration

871. La place de la victime dans le procès pénal est progressivement devenue incontournable, au point de gagner la phase d'exécution de la peine. L'article préliminaire du Code de procédure pénale commande ainsi à l'autorité judiciaire de veiller « à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale ». Une telle injonction se répercute tout au bout de la chaîne répressive, avec l'article 707 du Code de procédure pénale, qui exige cette fois de l'autorité judiciaire la garantie de l'intégralité des droits de la victime « tout au long de l'exécution de la peine, quelles qu'en soient les modalités ». Ces prérogatives sont bien énumérées par le législateur, qui prévoit pour toute victime le droit : « 1° De saisir l'autorité judiciaire de toute atteinte à ses intérêts ; 2° D'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, en se voyant proposer une mesure de justice restaurative ; 3° D'être informée, si elle le souhaite, de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté, dans les cas et conditions prévus au présent code ; 4° A la prise en compte, s'il y a lieu, de la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté ». Depuis, un juge lui est même dédié, afin de l'assister dans l'exercice de tels droits au stade de la sanction pénale. Finalement, La restauration est à la fois mesure de sanction (a) et outil de réinsertion (b).

a) La réparation, mesure de sanction

872. La peine de sanction-réparation – La peine de sanction-réparation a représenté un pas intéressant dans la prise en compte des victimes dans l'application des peines. Créée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, cette nouvelle sanction pénale, qu'elle soit alternative ou complémentaire à une peine d'emprisonnement ou d'amende, consiste en la réparation du dommage causé par l'auteur de l'infraction. Le législateur prévoit d'abord une forme de réparation indirecte, par l'indemnisation du préjudice de la victime, selon un délai et des modalités

fixées par la juridiction de jugement¹⁷⁸⁶. Mais elle peut également s'effectuer en nature, par la remise en état du bien endommagé, soit par le condamné lui-même, soit par le professionnel de son choix¹⁷⁸⁷. Dans ce dernier cas, elle nécessite toujours le consentement de l'auteur comme de la victime, ce qui relève du bon sens, tant il paraît inutile de forcer quelqu'un à reconstruire quelque chose contre son gré, ou contre le souhait de son propriétaire. Avancée concrète dans l'appréhension des mécanismes de désistance, cette possibilité de faire participer le condamné à la répression présente un intérêt remarquable, par l'alliage des diverses fonctions de la peine. La réinsertion, d'abord, comme il vient d'être dit, ne peut qu'être renforcée lorsque le condamné est actif dans le processus d'amendement. Or, qu'il verse de l'argent, à la victime ou au professionnel, ou répare de ses propres mains un bien, le délinquant observe par lui-même l'étendue des dégâts et se rend utile à autrui. La sanction-réparation se matérialise ensuite à travers l'intérêt de la victime, fonction tout aussi évidente puisque cette dernière obtient ainsi l'indemnisation de son préjudice ou la remise en état de son bien. Enfin, la prévention de la récidive, si chère au législateur contemporain, peut espérer sortir grandie d'un tel dispositif, qui place le condamné en face d'une réalité brute, lui permettant ainsi une prise de conscience salutaire.

873. Cependant, l'article 131-8-1 du Code pénal ne fait intervenir le juge de l'application des peines qu'en marge de la mesure, puisqu'il lui revient simplement d'ordonner la mise à exécution en tout ou partie de l'emprisonnement ou de l'amende préalablement déterminé(e) lors de l'audience, si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparer ses méfaits¹⁷⁸⁸. Il n'est pas si étonnant de remarquer que l'on retrouve le même mécanisme dans le cadre de la composition pénale¹⁷⁸⁹, mesure alternative aux poursuites qui déplace entre les mains du procureur l'amendement d'un délinquant, lui évitant ainsi tout le circuit pénal traditionnel. Dans un cas comme dans l'autre, le juge de l'application des peines n'est pas le décisionnaire de la réparation,

¹⁷⁸⁶ Art. 131-8-1, al. 2, du Code pénal.

¹⁷⁸⁷ Art. 131-8-1, al. 3, du Code pénal.

¹⁷⁸⁸ Art. 131-8-1, al. 4, du Code pénal.

¹⁷⁸⁹ L'article 41-2 du Code de procédure pénale, prévoit cette sanction-réparation en son alinéa 2, après les dix-neuf mesures du premier alinéa : « Lorsque la victime est identifiée, et sauf si l'auteur des faits justifie de la réparation du préjudice commis, le procureur de la République doit également proposer à ce dernier de réparer les dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois. Il informe la victime de cette proposition. Cette réparation peut consister, avec l'accord de la victime, en la remise en état d'un bien endommagé par la commission de l'infraction ».

de sorte que cette peine est davantage synonyme d'une méfiance à son égard que d'un véritable souci législatif quant au sens de la peine. En effet, le juge de l'application des peines peut lui-même, par le biais des aménagements de peine ou dans le prononcé des mesures applicables à certaines peines, notamment le sursis probatoire, prévoir une mesure comparable, du moins une réparation consistant en l'indemnisation de la victime. L'article 132-45 du Code pénal prévoit ainsi, en son cinquième point, que le condamné soit contraint de « Réparer en tout ou partie, en fonction de ses facultés contributives, les dommages causés par l'infraction, même en l'absence de décision sur l'action civile ». Hormis la réparation en nature, réelle nouveauté dans le cadre répressif, la sanction-réparation représente surtout un moyen d'imposer l'indemnisation des victimes, une telle garantie n'étant pas assurée lorsque le condamné est confié au juge de l'application des peines. Dans le cadre de la détermination des mesures destinées à aménager ou constituer certaines peines, le juge de l'application des peines reste libre de déterminer ce qui est le plus pertinent pour chaque condamné, en vertu de l'individualisation des peines. Il peut à ce titre considérer par exemple que les faibles ressources d'un individu ne lui permettent pas la réparation et préférer un autre type de mesure. Ici, la juridiction de jugement décide de l'indemnisation ou de la réparation, sans l'accompagner d'un suivi pourtant opportun. Pourtant, le législateur aurait pu se saisir de l'occasion pour développer la restauration du lien social, notamment en prévoyant la réparation par des moyens diversifiés. Ainsi, les relations entre auteur et victime peuvent renaître utilement, en particulier au stade de l'exécution des peines, par la résolution des difficultés nées de l'infraction.

b) La restauration, outil de réinsertion

874. La justice restaurative – L'article 10-1 du Code de procédure pénale dispose en son premier alinéa, de façon assez solennelle : « A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative ». La naissance de la justice restaurative en France est relativement récente, puisqu'elle existe seulement depuis la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant

l'efficacité des sanctions pénales. Le Code en donne une définition qui se suffit à elle-même, puisqu'il énonce, au second alinéa, que « Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission ». En dehors de ces menus préliminaires, le législateur ne dit rien de la justice restaurative. Et pour cause, elle n'est mise en œuvre que marginalement, de sorte que le sous-titre qui lui est entièrement consacré au sein du Code de procédure pénale ressemble plus à une simple déclaration d'intention qu'à un véritable engagement législatif¹⁷⁹⁰.

875. Un outil de paix sociale – La justice restaurative se présente donc comme un outil de paix sociale, par sa vocation à dépasser l'acte, pour « réconcilier » auteur et victime. Elle s'appuie sur les schémas de justice résolutive développés principalement aux Etats-Unis et au Canada¹⁷⁹¹, lesquels sont reconnus et promus par l'Assemblée générale des Nations-Unies¹⁷⁹². Instituée en Europe par la directive 2012/29UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité¹⁷⁹³, la justice restaurative a été consacrée par la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales¹⁷⁹⁴. Devant l'inertie judiciaire, une circulaire du 15 mars 2017¹⁷⁹⁵

¹⁷⁹⁰ V. E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, 3ème éd., LexisNexis, 2019, p. 222, n° 454 : « Mécanisme parapénal, requérant parfois la présence de la société civile ou la participation du milieu associatif, la justice restaurative se retrouve paradoxalement au cœur de la procédure pénale sans toutefois que le législateur de 2014 lui ait donné un cadre suffisamment précis pour se développer. En particulier, le rôle du juge et des personnels d'insertion et de probation n'a pas été convenablement réfléchi, de sorte que les premiers, même traitant de l'application des peines, ne sentent guère concernés, tandis qu'une partie des seconds s'en méfie ».

¹⁷⁹¹ Cet espace de dialogue se développe dès les années 1970 dans les pays anglo-saxons, aux côtés de la justice traditionnelle, afin de prévenir la récidive et de réparer les relations sociales. La justice restaurative est née d'une expérience canadienne menée par un agent de probation et se retrouve dans la justice traditionnelle aborigène en Nouvelle-Zélande. Sur le sujet, v. not. S. LEFRANC, « Le mouvement pour la justice restauratrice : « An idea whose time has come », *Droit et société*, 2006 ; J FAGET, « Les dynamiques de transfert des idées restauratives », *Raisons politiques*, 2015/3 (n°59).

¹⁷⁹² La résolution 69/194 du 18 décembre 2014 « Stratégies et mesures concrètes types des Nations Unies relatives à l'élimination de la violence à l'encontre des enfants dans le contexte de la prévention du crime et de la justice pénale » consacre la justice restaurative. De longue date, le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies incite les états membres à y recourir : Résolution 1999/26 du 28 juillet 1999, « Élaboration et application de mesures de médiation et de justice réparatrice en matière pénale » (E/1999/30) ; Résolution 2000/14 du 27 juillet 2000 « Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale » (E/2000/30) ; Résolution 2002/12 du 24 juillet 2002 « Principes de base concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale » (E/2002/30 et Corr.1).

¹⁷⁹³ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, NOR : 32012L0029, JOUE L 315 du 14 novembre 2012, p. 1. Elle a fait l'objet d'une transposition en droit français par la loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne (article 7) et le décret n° 2016-214 du 26 février 2016 relatif aux droits des victimes.

¹⁷⁹⁴ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁷⁹⁵ Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du code de procédure pénale, issus des articles 18 et 24 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, NOR : JUST1708302C, BOMJ n°2017-03 du 31 mars 2017.

a été ensuite diffusée à l'attention des magistrats, de l'administration pénitentiaire, des agents des services pénitentiaires d'insertion et de probation et de ceux de la protection judiciaire de la jeunesse, dans le but d'en favoriser la mise en œuvre. Encore désignée par le terme « réparatrice » ou « restauratrice », ce modèle de justice est une annexe du procès du pénal, associant auteur, victime et société « pour appréhender l'ensemble des répercussions personnelles, familiales et sociales liées à la commission des faits »¹⁷⁹⁶. Elle œuvre ainsi à recréer le lien endommagé par l'infraction « par l'écoute et l'instauration d'un dialogue entre participants, à la reconstruction de la victime, à la responsabilisation de l'auteur et à l'apaisement, avec un objectif plus large de rétablissement de la paix sociale »¹⁷⁹⁷. L'on comprend rapidement, à la simple lecture de l'énoncé, que la justice restaurative est autonome et facultative, ce qui implique un pouvoir discrétionnaire du juge dans la décision d'y recourir. Il s'agit néanmoins d'un droit de la victime, puisque le recours à la justice restaurative est proclamé en ouverture de l'article 10-2 du Code de procédure pénale : « Les officiers et les agents de police judiciaire informent par tout moyen les victimes de leur droit : 1° D'obtenir la réparation de leur préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, une mesure de justice restaurative ». Cette apparente contradiction, un droit de la victime – une option du juge, ne trouve pas plus de grâce dans son articulation pratique, puisque la justice restaurative reste dans un état relativement végétatif depuis son avènement, malgré quelques initiatives en progrès.

876. Une formulation ouverte – La voie de la restauration est pourtant extrêmement large, puisqu'elle admet tous les types d'infraction, et ce, même en dehors des poursuites¹⁷⁹⁸. Les violences volontaires, conjugales ou sexuelles, ou encore celles accompagnant des vols, sont néanmoins les infractions les plus ciblées, prédominance qui s'explique aisément par les graves répercussions qu'elles impliquent dans la vie des victimes. Elle intègre en outre tous les types d'auteurs ou de victimes, dès lors que les premiers ont reconnu leur implication et que les secondes ont subi les effets de

¹⁷⁹⁶ Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du code de procédure pénale, issus des articles 18 et 24 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*

¹⁷⁹⁸ L'article 10-1 ne distingue pas entre crime, délit et contravention et ne la lie pas aux poursuites, ce qui permet par exemple à une infraction prescrite d'en bénéficier.

l'infraction¹⁷⁹⁹. La formulation de l'article 10-1 présente donc ce grand avantage de ne pas l'envisager comme une sanction, en fondant la justice restaurative sur le seul consentement des protagonistes. Détachée de la procédure répressive, elle n'exige pas la mise en œuvre des principes directeurs du procès pénal et demeure confidentielle, de manière à ne pas influencer sur les décisions judiciaires¹⁸⁰⁰. Dans le cadre post-sentenciel, la volonté d'y participer doit simplement être rapportée au juge de l'application des peines, qui en évalue la pertinence. Elle doit en outre faire intervenir un tiers indépendant, ce qui exclut notamment le conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation chargé du suivi de l'auteur. Le juge de l'application des peines, loin d'être extérieur à la mesure, participe au « comité de pilotage », ce qui semble représenter un tremplin à la probation tant espérée. En revanche, alors qu'elle mobilise de nombreux acteurs de la procédure pénale : magistrats, administration pénitentiaire, service pénitentiaire d'insertion et de probation, ainsi que le secteur associatif, la justice restaurative ne fait l'objet d'aucune prise en compte dans la condamnation pénale. Partant, alors que le juge peut suggérer la mesure, il ne peut en aucun cas l'intégrer à la sanction, ce qui le prive d'un formidable levier de réinsertion dans sa fonction d'individualisation de la peine. Paradoxalement, alors que l'article 132-45 du Code de procédure pénale lui permet d'interdire tout contact entre auteur et victime ou d'obliger le condamné à réparer ses actes¹⁸⁰¹, aucune offre de justice restaurative n'est mise à son profit dans le cadre d'exécution de la peine. Il serait pourtant bénéfique à tous, tout au moins est-il difficile de reconnaître à cela un pouvoir de nuisance, que le juge de l'application des peines puisse intégrer de telles mesures dans le travail de probation, favorisant par ce biais la désistance du condamné.

877. L'ambiguïté de la justice réparatrice – La France a choisi une externalisation à la peine, si bien que l'autorité judiciaire ne fut pas associée à de nombreuses mesures de justice restaurative avant la clarification de 2017, la circulaire précisant enfin son intervention¹⁸⁰². C'est là toute l'ambiguïté de la justice réparatrice, – s'adresser aux

¹⁷⁹⁹ L'auteur n'a pas besoin d'être formellement mis en cause par la justice et le statut de victime est indifférent de la proximité avec les faits (directement touchée ou par ricochet), mais également indépendant du stade procédural (plaignant, partie civile, victime...).

¹⁸⁰⁰ Par conséquent, elle n'a pas d'incidence sur les poursuites ou la situation pénale de l'auteur et n'a pas d'effet sur l'indemnisation de la victime

¹⁸⁰¹ Il s'agit respectivement des points 13 et 5 de l'article 132-45 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁰² Parmi les multiples incertitudes élevées par l'introduction de l'article 10-1 du Code de procédure pénale, les auteurs dénonçaient le malaise provoqué par la confidentialité exigée au regard du contrôle de l'autorité judiciaire, indéterminé. V. G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.*, 2015, p. 97 :

auteurs d'infractions sans s'intégrer à leur parcours judiciaire –, comme si la restauration sociale n'était pas l'affaire du juge : « l'enjeu des rencontres n'est pas une réduction de peine, une réparation financière ou tout autre élément en lien direct avec la procédure pénale en cours ou close mais un espace de dialogue et un cheminement vers un horizon d'apaisement »¹⁸⁰³. Par conséquent, les magistrats se saisissent peu de cette justice « hors-circuit », malgré les espoirs portés non seulement en termes de résilience pour les victimes, mais également de prévention de la récidive¹⁸⁰⁴. Il existe à peine une soixantaine de programmes aujourd'hui en France, relevant principalement d'associations d'aide aux victimes, dont les projets s'articulent autour de rencontres ou médiations entre condamnés, détenus ou non, et victimes¹⁸⁰⁵. Des conférences, cercles de soutien et de responsabilité ou des cercles d'accompagnement et de ressources sont également proposés, parmi d'autres possibilités. La première initiative sur le territoire remonte à 2010, par l'organisation de rencontres détenus-victimes au sein de la maison centrale de Poissy, dans les Yvelines, en partenariat avec l'association *France Victime*¹⁸⁰⁶. Le dialogue est toujours au centre de cette justice qui s'effectue « les yeux dans les yeux »¹⁸⁰⁷, notamment dans le cadre de la médiation, les rencontres ayant pour but de responsabiliser l'auteur et d'envisager les modalités de la réparation.

878. Une participation active du juge – De nombreuses mesures appellent une participation active du juge, telle la conférence du groupe familial, qui réunit en sa présence « toutes les personnes ou institutions ayant intérêt à la régulation du conflit et/ou susceptibles d'apporter un support quelconque aux protagonistes directs », afin d'aider les intéressés, par le soutien de l'environnement familial, à retrouver leur place

« Ambitieuse parce qu'elle repose sur un modèle de justice opposé au modèle pénal classique de la justice rétributive et réhabilitative, l'importation en droit français de la justice restaurative pêche toutefois par son manque de précision. Des incertitudes règnent, en effet, à la fois relativement à la nature de cette nouvelle mesure, qu'en ce qui concerne les conditions de sa mise en oeuvre. Présentée comme une sorte de voie procédurale parallèle, la mesure de justice restaurative recèle ainsi bien des mystères, qui interrogent les théoriciens et ne manqueront pas de troubler les praticiens du droit ».

¹⁸⁰³ Enquête nationale des programmes de justice restaurative 2018, Institut français pour la justice restaurative, p. 14.

¹⁸⁰⁴ V. L. GARNERIE, « Justice "réparatrice" », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2017, n° 13, p. 3.

¹⁸⁰⁵ D'après un recensement effectué en décembre 2018 par l'Institut français pour la justice restaurative. Créé en 2013, cet organe doit porter la réflexion à l'échelle nationale et guider les associations partenaires qui développent les dispositifs à l'échelle locale. D'après l'enquête menée de 2017 à 2018, pour l'essentiel, il s'agit de rencontres restauratives entre victimes et condamnés en milieu ouvert (23 programmes), les rencontres entre détenus et victimes étant plus rares (9 programmes). Les médiations restauratives représentent quant à elles une dizaine de programmes.

¹⁸⁰⁶ La fédération *France Victimes*, (anciennement INAVEM) a été créée en 1986 et regroupe 130 associations d'aide aux victimes sur le territoire national. Financée par plusieurs ministères, dont le ministère de la Justice, elle a pour objet « de promouvoir et de développer l'aide et l'assistance aux victimes, les pratiques de médiation et toute autre mesure contribuant à améliorer la reconnaissance des victimes » (V. le site de la fédération : <https://www.france-victimes.fr>).

¹⁸⁰⁷ A. COIGNAC, « Justice restaurative : la réparation les yeux dans les yeux », *Dalloz actualité*, 30 juillet 2018.

dans la communauté¹⁸⁰⁸. À ce titre, il existe même des cercles « de détermination de la peine », destinés à envisager les modalités de résolution du conflit, ou des cercles « de soutien et de responsabilité » mis en place avant la sortie de prison, consistant en un suivi particulièrement étroit du condamné. Cette dernière option, qui implique une prise en charge « particulièrement attentive et assidue » du condamné, se matérialise par des rencontres hebdomadaires, voire plus fréquentes, avant et après la libération de celui-ci. Centré sur les infractions sexuelles, elle est constituée d'un cercle intérieur, dit « d'accompagnement », formé de bénévoles, et d'un cercle extérieur, dit « de ressources », formé quant à lui par des professionnels comme des psychologues, des policiers, des agents pénitentiaires et des travailleurs sociaux¹⁸⁰⁹. Il s'agit, notamment, d'assister le condamné dans sa démarche de soins, d'autant plus lorsqu'elle fait l'objet d'une injonction judiciaire, et de d'éviter ainsi tout isolement social.

879. Une avancée timide – Ce mode de justice restaurative, qui s'appuie sur des expressions propres à la probation, n'est nullement adossé à l'exécution de la sanction pénale, alors même qu'il semble réduire significativement les risques de récidive, objet précisément visé par la loi du 15 août 2014¹⁸¹⁰. En 2017, le communiqué de presse accompagnant la mise en œuvre de la circulaire avait déclaré que : « l'autorité judiciaire joue, dans ce cadre, un rôle majeur d'impulsion et d'évaluation du dispositif »¹⁸¹¹. La complémentarité promise par les promoteurs de la justice restaurative¹⁸¹² avec le système de justice pénale n'est toujours pas satisfaisante, malgré la collaboration du Service de l'accès au droit, à la justice et à l'aide aux victimes¹⁸¹³. Pourtant, l'accompagnement individualisé qu'elle permet, notamment dans le cadre de l'obligation de soins, relève typiquement des attentes judiciaires en matière de

¹⁸⁰⁸ Les principales mesures de justice restauratives sont détaillées sur le site de l'Institut français pour la justice restaurative (<https://www.justicerestaurative.org/les-mesures-de-justice-restaurative/>) et font l'objet d'une fiche du Secrétariat général du service de l'accès au droit, à la justice et à l'aide aux victimes sur le site du ministère de la Justice.

¹⁸⁰⁹ R. CARIO, « La consécration législative de la Justice restaurative », *LPA*, 4 janv. 2016, n° 2, p. 6.

¹⁸¹⁰ Environ 30 % de récidive en moins pour les participants à une médiation par rapport aux non-participants ; pour les cercles de soutien et de responsabilité, le taux de récidive est inférieur de 70 % à 83 % par rapport à celui des non-participants ; pour les jeunes ayant participé à une conférence restaurative, la baisse de la récidive est de 38 % par rapport au groupe de contrôle (Chiffres disponibles sur le site [justicerestaurative.org](https://www.justicerestaurative.org)).

¹⁸¹¹ Circulaire du garde des Sceaux relative à la mise en œuvre de la justice restaurative, communiqué de presse du 17 mars 2017.

¹⁸¹² V. not. R. CARIO, « Justice pénale et justice restaurative : entre complémentarité et autonomie assumées », *AJ Pénal*, 2017, p. 252 et B. SAYOUS, *La justice restaurative. Aspects criminologiques et processuels*, Thèse Soutenue le 16 décembre 2016 à Pau, dans le cadre de l'École doctorale sciences sociales et humanités.

¹⁸¹³ Les dispositifs concernent une minorité des personnes suivies par les services pénitentiaires d'insertion et de probation, en raison de « l'imperméabilité entre les mesures de justice restaurative et la procédure pénale, qui ne facilite pas son appropriation par les praticiens » : C. DELLANGNOL, « Justice restaurative : un développement balbutiant », *Gaz. Pal.*, 10 déc. 2019, n° 43, p. 7.

réinsertion. Il est donc étonnant, à l'heure où l'aménagement des peines en milieu ouvert est largement plébiscité¹⁸¹⁴, que la justice restaurative reste timidement aux portes de l'exécution des peines. La loi du 23 mars 2019, pourtant encline à vouloir « faciliter le parcours judiciaire des victimes » n'y fait elle-même aucune référence et n'y apporte aucune amélioration significative. La justice restaurative reste lettre morte, en dehors de quelques initiatives locales.

880. Le Conseil de l'Europe vient d'opérer une piqûre de rappel non négligeable, en reprenant l'essentiel des préconisations de la directive de 2012, par la recommandation CM/Rec(2018)8 relative à la justice restaurative en matière pénale, adoptée le 5 octobre 2018. Mais le Conseil va cette fois plus loin, en incitant les autorités à prendre en compte la mesure de justice restaurative « comme partie de la sanction infligée ». Il rappelle en outre opportunément la possibilité de l'exercer pendant ou après la peine. Conscient des faiblesses du dispositif, le Conseil de l'Europe apporte ici une option intéressante, qui pourrait considérablement contribuer à la promotion de cette forme de justice pour le moment séparée du circuit classique. L'innovation ne l'est pas tant, il est vrai, au regard des textes précédents, qui appelaient déjà une telle interprétation. Plus explicite, cette dernière recommandation a cependant le mérite de donner de claires indications quant à son exploitation et ses acteurs, à chaque stade procédural : « La justice restaurative peut être utilisée à chaque étape du processus de la justice pénale. Elle peut, par exemple, être associée à une mesure de substitution à l'arrestation, à la mise en examen ou aux poursuites, utilisée conjointement à un classement de l'affaire par la police ou le tribunal, administrée avant ou parallèlement aux poursuites, intervenir entre la condamnation et l'application de la peine, faire partie de la sanction infligée ou être appliquée après que la peine ait été prononcée ou exécutée. Les renvois à la justice restaurative peuvent être faits par les organismes de la justice pénale et par les autorités judiciaires ou peuvent être demandés par les parties elles-mêmes »¹⁸¹⁵. L'exécution des peines est d'ailleurs expressément visée, à l'article 58, puisque l'autorité judiciaire est directement invitée à élaborer le parcours du condamné en incorporant les modes de justice restaurative : « Lorsque les auteurs

¹⁸¹⁴ Lire le témoignage de Valérie-Odile DERVIEUX, procureure de la République adjointe au tribunal de grande instance de Versailles et Kévin CARIOU, juriste assistant spécialisé au sein du pôle pénal, au regard de leur expérience dans la mise en œuvre de telles initiatives (T. COUSTET, « Justice restaurative : un dispositif encore trop peu utilisé », *Dalloz actualité*, 12 juin 2019).

¹⁸¹⁵ Recomm. CM/Rec(2018)8, 5 oct. 2018, art. 6.

d'infractions sont condamnés à une surveillance et à une assistance par les services de probation, il est possible d'avoir recours à la justice restaurative avant ou pendant la surveillance et l'assistance, y compris pendant le travail de planification de la sanction. Cela permet aux accords de justice restaurative d'être pris en compte lors de la détermination des plans de surveillance et d'assistance ». La recommandation estime par ailleurs nécessaire de créer des services de justice restaurative, notamment devant les juridictions d'application des peines, afin d'orienter et de faciliter le recours à de telles mesures¹⁸¹⁶. Dès lors, la justice restaurative pourrait regagner en vigueur au stade de l'exécution des peines, dotant son juge d'un outil utile à l'exercice de ses fonctions et non plus seulement accessoire à ses missions. Il convient néanmoins de rester prudent sur l'éventuel essor de la justice de réparation, qui devrait sans doute être référencée dans le panel des mesures disponibles au juge de l'application des peines.

881. Un renforcement ambivalent – Le législateur pourrait se saisir de l'occasion, par exemple, pour intégrer les diverses possibilités qu'elle recouvre au sein de l'article 132-45 du Code de procédure pénale, qui nourrit non seulement les aménagements de peines mais également certaines sanctions pénales, comme le sursis probatoire. En revanche, le renforcement du « droit de réclamation » des victimes, soit l'effectivité de l'information et la garantie d'accéder aux demandes lorsqu'elles remplissent les conditions posées, est assez ambivalent. L'autorité judiciaire, tout en gardant la maîtrise de la décision, dont elle assure le contrôle, ne peut opposer un refus à la demande justice restaurative, dès lors que cette dernière est légitime et conforme aux exigences mentionnées. À défaut, son rejet s'analyse comme une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 23 fait ici appel, implicitement, aux standards du procès équitable, dont il reprend les termes : « Des garanties procédurales doivent s'appliquer en matière de justice restaurative. Les parties devraient, en particulier, être informées des procédures de réclamation, qui doivent être claires et effectives, et y avoir accès. Le cas échéant, les parties doivent également avoir accès à des services de traduction ou à une assistance juridique ».

¹⁸¹⁶ Recomm. CM/Rec(2018)8, 5 oct. 2018, art. 19 : « Des services de justice restaurative devraient être disponibles à tout stade du processus de la justice pénale. Les victimes et les auteurs d'infractions devraient pouvoir être suffisamment informés, par les autorités compétentes et par les professionnels de justice, pour pouvoir déterminer s'ils souhaitent y participer ou non. Les autorités judiciaires ou les organismes de justice pénale peuvent recourir à ces services à tout moment de la procédure pénale. Cela n'exclut pas une potentielle disposition prévoyant la possibilité de recourir par soi-même à un service de justice restaurative ».

Étonnante, cette disposition contredit passablement les principes précédemment énoncés, la justice restaurative étant censée rester extérieure aux règles fondamentales du procès pénal puisqu'elle n'en fait pas partie. Il pourrait s'agir d'une simple relation de cause à effet, en considérant simplement que la prise en compte de la justice restaurative dans la sanction pénale engendre nécessairement sa soumission aux principes directeurs de la procédure pénale. Néanmoins, le doute subsiste après lecture intégrale du texte, quant aux véritables enjeux et positions de la justice restaurative face au système judiciaire. Le point 59, justement, dévie quelque peu de l'axe habituel, en se référant à une pratique de justice réparatrice exclusive de tout dialogue entre les parties. Immédiatement après avoir impulsé la prise en compte de ces mesures dans le parcours de l'exécution des peines, au point 58, la recommandation européenne indique donc que la justice restaurative peut être un tout autre objet : « Alors que la justice restaurative est typiquement caractérisée par un dialogue entre les parties, de nombreuses interventions qui n'incluent pas de dialogue entre la victime et l'auteur de l'infraction peuvent être conçues et utilisées, en appliquant les principes de la justice restaurative. Cela inclut notamment les approches novatrices en matière de réparation, de rétablissement des victimes et de réinsertion des auteurs ».

882. Un dérivatif de justice restaurative – À peine la porte franchie et il ne reste qu'un dérivatif de justice restaurative sur le seuil de l'exécution de peines. Loin des hautes ambitions portées par les intentions originelles, la justice restaurative serait ici utilisée, à nouveau, de manière détournée. Le risque dépasse même de beaucoup le dernier stade procédural, car il est question ici d'appliquer au champ pénal une procédure extra-judiciaire, sous couvert, encore et toujours, de prévention. Il faut donc rester sur ses gardes devant l'instrumentalisation potentielle de la jeune et fragile justice restaurative : « De la même manière, il convient de ne pas excessivement étendre le domaine d'intervention de la justice restaurative en dehors du champ pénal. Certes, elle devrait avoir pour première intention de prévenir l'entrée en délinquance, mais dès lors que le conflit est de nature infractionnelle, il doit être traité au sein du système de justice pénale. Inflation pénale galopante, encombrement des juridictions, surpopulation pénale ne sauraient justifier une telle liberté. Ces situations essentielles et inacceptables en démocratie relèvent d'un autre débat : celui de la dépenalisation massive des délits de faible gravité représentant 80 % du contentieux répressif actuel

(les crimes ne concernant que 0,5 % des condamnations) »¹⁸¹⁷. La justice restaurative se trouve aujourd'hui au confluent des fonctions de la peine, hésitant entre réinsertion et prévention, alors même qu'elle s'exerce en périphérie de son exécution. Focalisée au stade de la sanction pénale, il faut donc espérer qu'elle ne tombe pas dans le piège de la surveillance généralisée et conserve l'esprit qui l'anime. « Réparer et punir », une perspective réjouissante pour le juge de l'application des peines, mais qui gravite pour l'heure en marge de ses pouvoirs.

883. À l'opposé de la justice restaurative, les droits des victimes foisonnent, comme le démontre l'article 10-2 du Code de procédure pénale, fort des neuf « droits » accordés à toute victime par la procédure pénale.

2. La présence excédentaire de la victime

884. Si le juge de l'application des peines est autorité de contrôle pour les décisions les plus graves, qu'il statue à juge unique ou de façon collégiale, il subit, outre la concurrence des juridictions de jugement, l'intrusion d'autres magistrats dans ses propres décisions. Mis à l'écart par de nouvelles juridictions, notamment dans la mise en œuvre des mesures de sûreté, il a par ailleurs été soumis au regard d'un tout jeune magistrat, le juge délégué aux victimes. De cette philosophie pénale naît un paradoxe : alors que la justice de cabinet se développe à tous les stades procéduraux, réduisant *de facto* la nécessaire confrontation entre auteur et victime, le législateur attribue à cette dernière une place grandissante, par le biais de divers droits, qui jalonnent le parcours processuel. Cette victimisation est révélatrice de la volonté de contenir la fonction de juger, le retour à une justice informelle étant « à la hauteur de notre doute sur la norme »¹⁸¹⁸. Cette immixtion de la victime dans la détermination de la sanction pénale, propice à la déstabilisation du juge de l'application des peines, reflète la marginalisation de ses pouvoirs.

885. La tentative d'une voie d'action – Vitrine ostensible de la sensibilité du législateur quant au sort des victimes, l'article 10-2 du Code de procédure pénale leur

¹⁸¹⁷ R. CARIO, « Les apports de la recommandation (18)8 du Conseil de l'Europe dans la consolidation de la justice restaurative en France », *AJ pén.* 2019, p. 87

¹⁸¹⁸ A. GARAPON, *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, *op. cit.*, p. 260.

concède déjà un droit à l'information étendu, non seulement quant aux mesures de protection à leur disposition, mais également au regard des peines encourues en matière de violences. Ainsi, les victimes ont le droit : « 6° D'être informées sur les mesures de protection dont elles peuvent bénéficier, notamment les ordonnances de protection prévues au titre XIV du livre Ier du code civil. Les victimes sont également informées des peines encourues par les auteurs des violences et des conditions d'exécution des éventuelles condamnations qui pourraient être prononcées ». De façon générale, alors que la victime possède déjà au civil un juge généraliste qui lui est dévoué, par lequel elle peut obtenir réparation, la procédure pénale lui concède un juge spécifique, par lequel elle peut s'intéresser à la sanction. Le juge délégué aux victimes, mis en place le 2 janvier 2008 par le décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007, vient ajouter à la dispersion des pouvoirs du juge de l'application des peines, en « veillant aux droits de la victime » à sa place. À ce titre, l'article D. 47-6-1 du Code de procédure pénale dispose : « Le juge délégué aux victimes veille, dans le respect de l'équilibre des droits des parties, à la prise en compte des droits reconnus par la loi aux victimes. À cette fin, il exerce les fonctions juridictionnelles et, sans préjudice du rôle de l'avocat constitué ou à venir de la victime, les fonctions d'administration judiciaire et les fonctions administratives prévues par le présent titre ». Or, le préjudice est bien réel pour le rôle de l'avocat et pourrait l'être, pour celui du juge de l'application des peines. Pourtant, le manque d'implication du premier, au stade de l'exécution des peines, ne devrait pas se traduire par la remise en cause des décisions du second, par la victime.

886. Un intermédiaire – le juge délégué aux victimes fut pensé comme un intermédiaire, capable d'obtenir du juge de l'application des peines, au nom de la victime, non seulement des décisions lui garantissant sécurité et indemnisation, mais emportant également sanction du condamné en cas d'inobservation des obligations. En effet, par une série de dispositions réglementaires aujourd'hui abrogées¹⁸¹⁹, le décret de 2007 avait mis en place un système de saisine du juge de l'application des peines par le juge délégué aux victimes. Les articles D. 47-6-4 à D. 47-6-11 du Code de procédure pénale permettaient ainsi à la victime d'agir par voie d'action. Bien que cette faculté n'ait pas été limitée au stade de l'exécution des peines, puisque l'article D. 47-6-4, alinéa 2 se référait à tous les magistrats : « Selon la nature de la demande, le juge

¹⁸¹⁹ CE 28 déc. 2009, n° 312314.

transmet celle-ci au magistrat du siège ou du parquet territorialement compétent, qui le tient informé des suites qui lui sont apportées, et en avise la victime et son avocat », la plupart des prérogatives étaient concentrées autour des décisions du juge de l'application des peines. De plus, alors que seuls la sanction-réparation, le sursis avec mise à l'épreuve et les mesures d'aménagement de peine étaient directement visés par les textes, le législateur avait introduit une hésitation par l'emploi de l'adverbe « notamment », lequel laissait subodorer un élargissement des compétences du juge délégué aux victimes à d'autres peines et mesures de sûreté¹⁸²⁰. Dans ce cadre, il était donc permis à la victime de transmettre au juge de l'application des peines, par l'intervention du juge délégué, ses volontés. Au regard de l'indemnisation des dommages subis, de la contribution aux charges familiales et de l'acquittement d'une pension alimentaire, celle-ci pouvait tout d'abord demander le renforcement des obligations fixées par le juge de l'application des peines. La victime intervenait donc dans les modalités d'exécution de la peine alors même que l'article 132-45 du Code de procédure pénale, qui prévoit ces impératifs, laisse toute latitude au juge pour organiser la réparation des conséquences de l'infraction et la justification des contributions familiales¹⁸²¹. Elle pouvait ensuite, de la même manière, réclamer davantage de protection au juge de l'application des peines, en lui demandant de compléter le suivi du condamné par différentes interdictions : celle d'entrer en relation avec la victime et celle de paraître dans certains lieux dans lesquels la victime réside ou travaille. En cas d'infraction commise dans le cadre conjugal ou familial, il lui était permis de demander que le lieu de vie du condamné soit fixé hors du domicile du couple et qu'il s'abstienne d'y paraître, et que l'intéressé fasse l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique¹⁸²². Ces obligations et interdictions, toutes prévues par l'article 132-45 du Code de procédure pénale, étaient de ce fait à la portée de la victime, son appréciation devant dès lors intéresser le juge chargé de l'application de la peine. Enfin,

¹⁸²⁰ L'article D.47-6-6 dispose, en son premier alinéa : « Lorsqu'un condamné est placé sous le contrôle du juge de l'application des peines, notamment pour l'exécution d'un sursis avec mise à l'épreuve ou d'une mesure d'aménagement de peine, le juge délégué aux victimes peut, à la demande de la victime, saisir le juge de l'application des peines de la situation particulière de cette victime pour que, le cas échéant, ce magistrat complète les obligations auxquelles le condamné est soumis par l'obligation d'indemniser la victime prévue par le 5° de l'article 132-45 du code pénal ». V. les réflexions de Martine HERZOG-EVANS, qui perçoit par ce biais un moyen d'étendre la saisine du juge de l'application des peines à d'autres peines restrictives de liberté et aux mesures de sûreté, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 4^{ème} éd., 2012-2013, p. 176, n° 131.45 (l'analyse n'étant pas reproduite dans l'édition plus récente).

¹⁸²¹ L'article 132-45 prévoit seulement, en son quatrième point, l'obligation pour le condamné de « Justifier qu'il contribue aux charges familiales ou acquitte régulièrement les pensions alimentaires dont il est débiteur » et son cinquièmement, de « Réparer en tout ou partie, en fonction de ses facultés contributives, les dommages causés par l'infraction, même en l'absence de décision sur l'action civile », laissant le juge de l'application des peines libre de prévoir les modalités de ces mesures.

¹⁸²² Art. D.47-6-7 du Code de procédure pénale.

au-delà du complément d'obligations et d'interdictions assortissant la sanction pénale, l'intrusion de la victime pouvait aller jusqu'à une demande de sanction. En effet, les articles D. 47-6-6 et D. 47-6-7 lui donnaient conjointement le droit d'interpeller le juge de l'application des peines sur la nécessité de pénaliser le condamné défaillant dans l'exécution des obligations et interdictions précédemment mentionnées : « Si le condamné est déjà soumis à l'une de ces obligations ou interdictions et qu'il ne la respecte pas, le juge délégué aux victimes peut, à la demande de la victime, saisir de ce manquement le juge de l'application des peines, qui appréciera s'il y a lieu d'envisager la révocation du sursis avec mise à l'épreuve ou le retrait ou la révocation de la mesure d'aménagement ». Bien évidemment, le juge de l'application des peines restait maître de la décision de révocation du sursis ou de l'aménagement de peine et de l'éventuelle incarcération du condamné. Mais la victime avait acquis ici bien plus que la protection de ses intérêts, devenant une quasi-partie à la procédure d'exécution des peines, statut pourtant exclu jusqu'alors. Dans ce contexte, il était toutefois étonnant de remarquer la nature d'administration judiciaire des décisions du juge délégué aux victimes, interdisant un quelconque recours de la victime devant un refus d'agir¹⁸²³. L'apparition du juge délégué aux victimes, loin d'être uniquement symbolique, traduisait en réalité le soupçon du législateur à l'égard des pouvoirs du juge de l'application des peines. Abrogées par le Conseil d'État, les dispositions permettant la saisine du juge de l'application des peines ne sont pour l'heure que suspendues, la censure ne portant pas sur le fond, mais sur la forme¹⁸²⁴.

887. La multiplication des dispositifs – De longue date, les autorités gouvernementales ne ménagent pas leurs efforts pour donner pleine considération aux attentes de la victime, qu'il s'agisse de son information ou de son indemnisation. Les Commissions d'Indemnisation des Victimes, issues de la loi n° 77-5 du 3 janvier 1977¹⁸²⁵, le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme, créé par la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme concourent utilement à cet objectif. De façon bien plus symbolique, se multiplient les dispositifs visant à

¹⁸²³ Art. D.47-6-11 du Code de procédure pénale : « Les décisions et les ordonnances prises par le juge délégué aux victimes en application des dispositions du présent chapitre constituent des mesures d'administration judiciaire non susceptibles de recours ».

¹⁸²⁴ CE 28 déc. 2009, n° 312314.

¹⁸²⁵ Loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction.

affirmer les droits des victimes et améliorer leur prise en charge, comme en 2001, avec la charte des droits et devoirs des victimes. Cependant, derrière cet apparent dévouement à « la cause » des victimes, le législateur pénal ne se contente pas de reconnaître leur souffrance et de les protéger. Bien au contraire, il leur donne progressivement un rôle de premier plan, par la défense directe ou indirecte de leurs intérêts auprès du juge de l'application des peines. A travers la dette de justice, la victime « reprend une place prééminente dans le procès pénal au détriment de celles de l'État. Les victimes deviennent toutes-puissantes et le politique n'a de cesse que de les satisfaire, moins par démagogie que pour conjurer toute collusion suspecte avec les assassins »¹⁸²⁶.

888. L'exécution des peines se voit ainsi dotée de bureaux destinés à l'information des victimes en 2004 puis d'une délégation de la victime, portée par une juridiction spécialisée, en 2008. Avec la création d'un Bureau d'aide aux victimes dès 1981, au sein du ministère de la Justice, la mise en place d'un Service de l'accès au droit, en 2002, et l'expérience d'un Secrétariat d'État aux droits des victimes de 2004 à 2005, la promotion de la place de la victime dans la procédure pénale ne cesse de se développer, de sorte qu'il ne lui manquait plus qu'une délégation judiciaire pour s'imposer comme la nouvelle figure de la justice répressive.

889. L'investissement de la dernière phase de la procédure pénale par la victime n'est guère surprenant, tant au regard de l'attention qu'elle suscite dans les politiques criminelles d'aujourd'hui, qu'à travers le mouvement plus vaste de spécialisation des juridictions. Mais l'introduction d'une voie d'action, par le biais de son juge délégué, a surtout mis en lumière, malgré sa brève existence, la marginalisation croissante du juge de l'application des peines. En effet, le décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 ne s'est pas contenté de servir la victime, son montage relevant d'un stratagème destiné à contrôler indirectement les pouvoirs du juge de l'application des peines : « Le pas, considérable, de l'action des victimes a été franchi, sans avoir suscité, faute de débat parlementaire, de déchirements ou contestations particulières. Le sujet étant hautement sensible, il convenait, pour ne pas en déclencher, de procéder par étapes. Faire sans donner l'impression de faire ; laisser la victime agir sans lui donner le statut de partie

¹⁸²⁶ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 245.

et en conséquence recourir à des circonvolutions processuelles. Dans ces conditions, il a été choisi de ne pas laisser les victimes saisir directement le TAP ou le JAP, solution qui eut été plus en accord avec une architecture et des traditions procédurales qui ont pourtant fait leurs preuves depuis parfois des siècles »¹⁸²⁷. Pour s'en convaincre, il suffit de mettre en perspective les dispositions législatives qui prévoient le rôle du juge de l'application des peines à l'égard de la victime et les dispositions réglementaires qui le neutralisent, par le biais du juge délégué aux victimes.

890. La prise en compte de la victime par le juge – La prise en compte de la victime, lors de l'exécution de la sanction pénale, relève bien de l'office du juge de l'application des peines : les droits reconnus à la victime à l'article 10-2 du Code de procédure pénale font l'objet d'un écho certain à l'article 707 du même Code, qui les rend pleinement effectifs dans la mise à exécution des peines. Le législateur ordonne même au juge de l'application des peines, à l'article 712-16-1, de prendre en compte les intérêts de la victime dans toute décision relative à la libération d'un condamné : « Préalablement à toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette peine, les juridictions de l'application des peines prennent en considération les intérêts de la victime ou de la partie civile au regard des conséquences pour celle-ci de cette décision ». Ces précautions ne semblent pas suffisantes, si l'on en croit l'offre de remise en cause des pouvoirs du juge de l'application des peines, par l'immersion d'un juge spécialisé dans la mission de protection des intérêts de la victime. La première évaluation de cette nouvelle autorité judiciaire avait d'ailleurs démontré un certain succès dans l'entreprise, 62 % des saisines concernant l'exécution des peines la première année d'existence. Donnant lieu à une réponse du juge délégué dans 60 % des cas, ces nouveaux magistrats étaient immédiatement perçus comme des interlocuteurs privilégiés puisqu'ils « se montraient soucieux d'apporter une réponse systématique et la plus rapide possible aux victimes qui les saisissaient. ». Plus encore, ils parvenaient à obtenir gain de cause dans un tiers des cas, le juge de l'application des peines ayant fait droit aux attentes de la victime, partiellement ou totalement, dans 35

¹⁸²⁷ M. HERZOG-EVANS, « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », *Gaz. Pal.* 10 janv. 2009, n° 10, p. 8.

décisions sur 165, d'après l'inspection générale des services judiciaires¹⁸²⁸. Au surplus, le rapport avait relevé les répercussions indirectes de l'interférence de la victime dans le suivi ultérieur du condamné, pouvant aller jusqu'à la révocation des mesures octroyées : « Des enquêtes aux fins de vérification à la suite d'un signalement ont été ordonnées, des rappels à l'ordre effectués, voire, le cas échéant, des sursis révoqués, des obligations modifiées ou ajoutées par les juges de l'application des peines compétents »¹⁸²⁹.

891. La première évaluation du juge délégué aux victimes se félicitait donc, *in fine*, d'avoir permis le franchissement de la barrière qui sépare le citoyen du juge, en lui imposant de référer de son activité à un collègue, lui-même chargé d'en informer la victime. Des poupées russes, en somme, la dernière étant bel et bien au cœur du système, mais paralysée dans ses mouvements. Fort heureusement, le Conseil d'État est intervenu le 28 décembre 2009, saisi par le syndicat de la magistrature, pour annuler les principaux effets du décret¹⁸³⁰. Abrogés, ces derniers n'existent plus. Cependant, le juge administratif a sanctionné ici la saisine du juge de l'application des peines et les demandes portées par le juge délégué aux victimes au regard de leur rédacteur, au lieu de considérer l'atteinte portée aux pouvoirs du juge de l'application des peines. De la sorte, il laisse le champ libre au législateur pour inscrire dans la loi les mêmes dispositions : « les dispositions des articles D. 47-6-5 à D. 47-6-7 du code de procédure pénale sont susceptibles d'avoir une incidence sur les modalités d'exécution des peines et, partant, touchent à des règles de procédure pénale ; qu'elles ne peuvent être regardées comme ayant simplement déterminé les modalités d'application des règles fixées en ce domaine par le législateur ; que ces dispositions relèvent, par suite, du domaine réservé à la loi par l'article 34 de la Constitution ; qu'il y a lieu, pour ce motif, d'annuler les dispositions des articles D. 47-6-4 à D. 47-6-11 du code de procédure pénale, l'ensemble des dispositions issues du décret relatives aux attributions d'administration judiciaire du juge délégué aux victimes n'étant pas dissociables de celles des articles D. 47-6-5 à D. 47-6-7 ». Pour le moment, et c'est heureux, aucune loi n'est venue remédier à la disparition de la voie d'action offerte à la victime, les

¹⁸²⁸ Rapport - Mission portant sur une première évaluation du juge délégué aux victimes (JUDEV1), Inspection Générale des Services Judiciaires, oct. 2008, 29/8, p. 23.

¹⁸²⁹ Rapport - Mission portant sur une première évaluation du juge délégué aux victimes (JUDEV1), Inspection Générale des Services Judiciaires, oct. 2008, 29/8, p. 24.

¹⁸³⁰ CE 28 déc. 2009, n° 312314.

réformes successives poursuivant leur incorporation progressive de cette dernière au stade de l'exécution des peines, par des voies d'exception.

892. L'instauration de voies d'exception – Depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence « et les droits des victimes », mais surtout la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004¹⁸³¹, la victime connaît une ascension à tous les stades de la procédure pénale, qui n'est pas ignorée par l'exécution des peines. Sa place y est néanmoins feutrée, tant les droits gagnés en ces lieux sont opposés à son statut. Paradoxalement, alors même que la Cour de cassation lui refuse le statut de partie civile, la victime fait l'objet de toutes les attentions au stade de l'application des peines. En tant qu'autorité judiciaire, le juge de l'application des peines veille effectivement « à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale »¹⁸³² par le biais de textes spéciaux qui permettent à la victime de s'exprimer, d'être protégée et indemnisée. D'abord, il dispose de mesures destinées à la protéger, dans le cadre de l'individualisation de la peine. L'article 132-45 du Code pénal prévoit ainsi des obligations liées à l'indemnisation de la victime ou la contribution aux charges familiales, mais également des interdictions de la rencontrer et de paraître en certains lieux. Plus spécifiquement, la lutte contre les violences conjugales a récemment renforcé la protection des victimes, en permettant par exemple le port d'un dispositif électronique double, le bracelet étant également posé sur la victime pour prévenir tout rapprochement du conjoint violent. Ainsi le juge de l'application des peines peut-il exiger une telle surveillance depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, en imposant au condamné le contrôle de l'interdiction de se rapprocher d'une victime de violences commises au sein du couple, prévue par l'article 132-45-1 du Code de procédure pénale, par un dispositif électronique mobile anti-rapprochement¹⁸³³.

893. L'information et l'expression – Ensuite, le législateur envisage l'information et l'expression de la victime à plusieurs niveaux. S'il ne s'agit pas d'un droit de la victime, puisqu'il relève du pouvoir d'appréciation du juge de l'application des peines, elle peut être entendue dès la phase préparatoire de la décision, de sorte que ses intérêts

¹⁸³¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁸³² Art. préliminaire du Code de procédure pénale.

¹⁸³³ Art. 132-45, 18° bis, du Code de procédure pénale.

sont pris en compte dans le cadre de l'individualisation de la sanction pénale¹⁸³⁴. Surtout, la victime peut intervenir, représentée par son avocat, lors de l'audience du tribunal d'application des peines ou de la chambre d'application des peines relative à une suspension médicale de peine ou dans le cadre du relèvement de la période de sûreté, dès lors qu'elle s'était constituée partie civile lors du procès pénal, comme l'indique l'article D. 49-74, alinéa 3, du Code de procédure pénale. La même opportunité lui est offerte devant le juge de l'application des peines, lorsque ce dernier statue sur la libération conditionnelle d'une personne condamnée à une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans ou à une peine de réclusion, selon l'article 730 du Code de procédure pénale. Le statut de partie civile d'une victime devant les juridictions de jugement continue donc de lui valoir des droits devant le juge de l'application des peines, puisqu'elle participe indirectement au débat contradictoire, par le biais de son avocat. Pour autant, cette qualité de partie civile obtenue antérieurement à l'exercice de la condamnation pénale ne vaut pas droit de recours devant les juridictions de l'application des peines, de sorte que la paralysie introduite par les éphémères articles D. 47-6-5 et suivants du Code de procédure pénale n'existe plus.

894. Dans un arrêt du 15 mars 2006¹⁸³⁵, la Cour de cassation s'est en effet opposée à ce que l'intérêt de la victime commande de lui reconnaître un statut comparable à celui dont elle bénéficie jusqu'au procès pénal. Rejetant toute violation de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, comme de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la chambre criminelle exclut toute qualité de partie civile au stade exécutoire du procès répressif. Elle relève bien au sein du Code de procédure pénale : « le droit de la victime à être entendue, dans la mesure de ses intérêts, dans les procédures concernant l'exécution des sentences pénales ». Or, dans le cadre de mesure accordée au condamné dans cette affaire, une suspension médicale de peine, elle estime que les

¹⁸³⁴ Il s'agit du pouvoir d'instruction du juge de l'application des peines, la faculté d'auditionner étant prévue à l'article 712-16 du Code de procédure pénale : « Dans l'exercice de leurs attributions, les juridictions de l'application des peines peuvent procéder ou faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions, y compris celles prévues par l'article 132-22 du code pénal ou toute autre mesure, permettant de rendre une décision d'individualisation de la peine ou de s'assurer qu'un condamné respecte les obligations qui lui incombent à la suite d'une telle décision ».

¹⁸³⁵ Cass. crim., 15 mars 2006, n° 05-83.864, *Bull. crim.*, n° 81 ; *D.* 2006. IR, p. 1250 ; *AJ pén.* 2006, p. 268, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RPDP* 2007, p. 204, obs. B. BOULOC.

victimes ont pu présenter leurs observations, ce qui correspond bien aux exigences des articles préliminaire du Code de procédure pénale et 6 paragraphe 1 de la Convention européenne. Ce raisonnement lui permet de conclure que « rien dans ces dispositions ne confère toutefois à la victime la qualité de partie aux décisions prises, en cette matière, par le juge de l'application des peines ». À peine quelques mois après cette décision, le décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 donnait donc le droit aux victimes de contester un aménagement de peine, sans aucune qualité de partie civile.

895. Le Conseil d'État a seulement quant à lui opposé sa réticence envers l'auteur du texte, dont les dispositions touchent au fond du droit de l'exécution des peines. La victime est pour l'heure contenue à un rôle consultatif au sein de l'exécution des peines, son information n'étant d'ailleurs pas systématique en cas d'aménagement d'une peine privative de liberté puisque l'article 712-16-1 laisse « l'opportunité » aux juridictions de l'application des peines d'en décider, si l'individualisation présente des conséquences ou des risques sur sa situation. Toutefois, la place grandissante qu'elle occupe est ici à la croisée des chemins, pas tout à fait partie civile, puisqu'elle n'en a pas la légitimité textuelle, mais pas seulement victime, puisqu'elle possède des droits directement issus de son statut antérieur. Une décision récente de la chambre criminelle commet certainement « un malencontreux faux-pas »¹⁸³⁶ en se référant à l'article 618-1 du Code de procédure pénale pour condamner le requérant à rembourser les frais engagés par partie civile, comme le prévoit le texte en cas de rejet du pourvoi. Ce dernier dispose en effet : « Lorsqu'une demande en cassation formée par la personne poursuivie ou par la partie civile a été rejetée, la cour peut condamner le demandeur à payer à l'autre partie la somme qu'elle détermine, au titre des frais non payés par l'Etat et exposés par celle-ci. La cour tient compte de l'équité ou de la situation économique du demandeur pour décider du prononcé de cette condamnation et en fixer le montant ». Le législateur ne fait donc nullement référence à la victime, telle qu'elle est acceptée dans la phase de l'exécution des peines, mais à la partie civile, statut qui confère des droits lors des phases précédentes. Or, le lien avec cette disposition pourrait être perçu comme un revirement de jurisprudence, octroyant le grade de partie civile à la victime dans le cadre d'une demande de libération conditionnelle. Il semble toutefois que l'arrêt

¹⁸³⁶ R. PARIZOT, « Motivation des décisions relatives aux aménagements de peine et place de la victime dans l'exécution des peines », *RSC* 2019, p. 149. À propos de Cass. crim., 31 oct. 2018, n° 17-86.660, *D.* 2018. 2140 ; *AJ pénal* 2019, p. 48, obs. Y. CARPENTIER.

du 31 octobre 2018 ne porte pas de tels enjeux, se contentant d'employer l'expression « partie civile » comme le font les articles spécifiques à l'exécution des peines, dans une acception renvoyant au statut obtenu en amont.

Conclusion de la section 2

896. Mais, bien au-delà de la question complexe de la place de la victime au sein de l'exécution des peines¹⁸³⁷, le législateur semble surtout l'instrumentaliser à des fins moins nobles : « on peut parler de ce point de vue d'un véritable retournement de la fonction du procès : désormais la figure de la victime se substitue au souverain dans le rôle d'accusateur et de juge »¹⁸³⁸. Le décret du 13 novembre 2007, affichant la volonté médiatique de reconnaître ses souffrances, avait surtout pour ambition de mettre en place un contrôle stratégique du juge de l'application des peines. Cette tentative a échoué, mais elle en rejoint bien d'autres, au succès confirmé. L'entreprise de contournement des pouvoirs du juge de l'application des peines participe, concomitamment à sa paralysie, à le neutraliser. Les moyens employés sont divers, mais l'objectif est unique : empêcher le juge de l'application des peines de déployer ses pouvoirs. Depuis sa juridictionnalisation, « De grandes "plaques tectoniques" sont venues pousser de manière brutale et parfois incohérente, le continent à peine stabilisé de l'application des peines »¹⁸³⁹. Dévoyée, son identité ne peut s'exprimer.

¹⁸³⁷ Lire sur ce point M. HERZOG-EVANS, « La partie civile ne peut exercer de recours contre un aménagement de peine », *AJ pén.* 2006, p. 267.

¹⁸³⁸ D. SALAS, *La cour d'assises. Actualité d'un héritage démocratique*, La documentation française, 2016, p. 332.

¹⁸³⁹ M. HERZOG-EVANS, « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », *Gaz. Pal.* 10 janv. 2009, n° 10, p. 8.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

897. Longtemps oubliée, l'identité du juge pénal n'était pas une préoccupation intéressant la dernière phase de notre procédure pénale. L'exécution des peines revenait à l'administration pénitentiaire, le juge de l'application des peines agissant dans son sillage, sans que les droits fondamentaux soient évoqués. L'humanisme a progressivement dessiné les contours de ce juge singulier, en lui offrant une personnalité. La renaissance du juge du siège, au stade de la sanction pénale, a constitué la plus grande mutation identitaire du juge pénal, admettant opportunément que le condamné ne soit plus privé d'équité.

898. De la judiciarisation à la juridictionnalisation des peines, le juge du siège a collecté les preuves de son appartenance au modèle choisi. Alors que l'enquête pénale s'est dotée d'une identité porteuse des exigences européennes, la peine a quant à elle porté les règles du procès équitable jusqu'à son juge. Ainsi le principe du contradictoire, l'obligation de motivation et l'existence de voies de recours ont impliqué l'intervention d'une autorité judiciaire indépendante et impartiale dans les décisions relatives à la sanction pénale. Dès lors, le juge de l'application des peines est apparu comme le juge le plus puissant de toute l'institution répressive.

899. Radicale, l'interversion des rôles entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, à la faveur des Droits de l'homme, a donc permis au juge de l'application des peines d'obtenir une maîtrise totale de la peine, eu égard à la philosophie législative sous-tendue. Cette juridiction de premier degré arbore en effet un pouvoir quasi-illimité au regard de la peine, tant il importe au législateur de la rendre efficiente. Elle vaut surtout à l'identité du juge pénal un enrichissement certain, puisqu'il ne suffit pas au juge de l'application des peines d'être impartial et indépendant. L'individualisation et la personnalisation de la sanction pénale ont de ce fait généré de nouveaux traits caractéristiques.

900. Fort d'une identité revalorisée, le juge de l'application des peines doit néanmoins composer avec des traits autocratiques, résurgences innommées de son passé administratif. La présence et la pratique de mesures non juridictionnelles, l'absence de l'avocat ou les signes de partialité rappellent à qui veut bien l'entendre que l'administration n'a pas déserté le terrain de la répression. Dans ce contexte, l'existence d'une « culture de la désistance » et l'octroi d'une infinie palettes de mesures et de modalités pour l'exercer, se heurtent irrémédiablement à la résistance. Le bruyant capharnaüm qui caractérise la première phase du procès pénal fait écho au sourd désordre de la dernière. Alors que l'enquête veut concilier l'intensité des investigations avec les garanties processuelles, l'exécution des peines souhaite le retour du condamné à la société sans admettre aucun danger. Par un dénominateur commun, celui de l'efficacité, le législateur demande au juge pénal d'abandonner son identité.

901. Le juge de l'application des peines se trouve ainsi paralysé, en ce qu'il est empêché de répondre aux qualités qui lui sont demandées. Au dehors, le dynamisme des mesures est contrôlé, si l'on considère notamment la faiblesse de la probation, le caractère occasionnel des aménagements de peine ou la suppression des leviers permettant l'individualisation de la sanction. Les capacités d'action sont réduites, au regard de l'impossibilité matérielle de mettre en œuvre les mesures les plus utiles à la réinsertion et l'organisation structurelle qui impose au juge des mesures la contrecarrant. Au-dedans, les conditions de détention rendent obsolètes les tentatives de resocialisation.

902. Aujourd'hui marginalisée, l'identité du juge pénal doit renier les qualités difficilement gagnées. Tel un azimut, le spectre de la dangerosité s'oppose diamétralement à l'individualisation de la sanction. Chargé d'un devoir de prévention, le juge de l'application des peines se voit contraint à la sûreté, puis dévoué à la victime. Peu à peu, les règles du procès équitable sont négligées au nom de la sécurité et l'intervention du juge judiciaire se trouve à nouveau reléguée en arrière-plan. Neutralisée, sa personnalité n'a plus les moyens de s'exprimer, lorsqu'elle n'est pas tout bonnement contournée.

CHAPITRE 2 : LE JUGE CONTOURNÉ

903. Il faut se méfier des faux-semblants, et garder en tête les enseignements de l'histoire. Les aïeux du juge de l'application des peines ne partagent ni sa nature ni sa culture. Les oscillations incessantes de ses pouvoirs, – entre une progression fulgurante et des régressions incidentes –, démontrent que rien n'est véritablement acquis. L'émiettement de ses compétences juridictionnelles, favorisé par l'intensification de la répression, est également induit par la direction centrale de l'administration pénitentiaire, qui ne manque pas une occasion de désarmer l'ennemi. Adopté, il ne revêt pas la même identité. Déjà effacée par les acteurs intérieurs à l'exécution des peines (Section 1), elle est de surcroît empruntée par des acteurs extérieurs (Section 2), de telle sorte que le juge se trouve doublement contourné.

Section 1 : L'identité niée

« *Bergers, bergers ! le loup n'a tort ; Que quand il n'est pas le plus fort* ». ¹⁸⁴⁰

904. L'avènement d'une autorité juridictionnelle, au sein de l'exécution des peines, est loin d'avoir tari les dissensions profondes qui animent la dernière phase du procès pénal. Tirillé entre maintien de l'ordre et retour à la liberté, le relèvement des condamnés souffre de ses antagonismes. Tel un cycle, les pouvoirs administratif et judiciaire qui s'affrontent dès l'enquête pénale retrouvent ici leurs terres de discorde. Après la courte trêve du procès, leurs missions respectives s'opposent, sans que le législateur ne parvienne à consolider les apports du procès équitable. Tel un loup dans la bergerie, le juge de l'application des peines est confronté à une superpuissance pénitentiaire toujours prompte à protéger ses intérêts. Manipulée, l'identité judiciaire se trouve inévitablement mise en tort (Paragraphe II). Instrumentalisé, le pouvoir judiciaire n'est donc pas le plus fort (Paragraphe I).

¹⁸⁴⁰ J. DE LA FONTAINE, *Le Loup et les Bergers*, Les fables du livre X, 1678.

Paragraphe I – L’instrumentalisation du pouvoir judiciaire

905. Juger et administrer sont-elles toujours deux choses différentes¹⁸⁴¹ ? Si l’on en croit les gardiens du temple, au sein de l’exécution des peines, ces deux missions concordent dans leurs objectifs. Punir, prévenir, protéger et réinsérer : l’exercice d’une sanction pénale est un sacerdoce, auquel administration pénitentiaire et juge de l’application des peines sont dévoués. Pourtant, le pouvoir d’individualisation qui revient à ce dernier est régulièrement nié et son identité dévoyée, au profit d’une administration omnipotente. Redoutables, les instruments qui sont à sa disposition sont légaux et le contournement du juge implacable. Ce diptyque est ainsi pourvu d’une solide charnière : au moyen de sources règlementaires, l’administration pénitentiaire esquive le pouvoir judiciaire (A) ; au service de la puissance carcérale, les textes législatifs écartent les garanties juridictionnelles (B).

A) Décrets et circulaires : instruments de l’administration pénitentiaire

906. Les sources règlementaires – Longtemps dominantes, les sources règlementaires ont été supplantées par la loi à partir des réformes menées en 2000 et en 2004, afin de rendre l’exécution des peines conforme aux principes majeurs de la procédure pénale. Cependant, ici encore, le contournement du pouvoir législatif reste fréquent, et l’administration pénitentiaire interfère considérablement en matière d’application des peines. Alors que les règlements devraient rester cantonnés à leur rôle, soit l’apport de précisions sur la loi, il n’est pas rare qu’ils se substituent littéralement aux dispositions législatives, au point pour un auteur d’évoquer un véritable « enfermement règlementaire »¹⁸⁴².

¹⁸⁴¹ Une telle distinction était érigée afin de marquer les réticences à l’immixtion d’un juge au sein de l’exécution des peines, longtemps considérée comme une ingérence au sein du pouvoir administratif (S. PLAWSKI, *Droit pénitentiaire*, 1977, Publications de l’université de Lille III, p. 272, citant Jean DUPRÉEL, *Perspectives pénitentiaires*, Bull. de l’administration pénitentiaire belge 1960, pp. 79-80).

¹⁸⁴² M. HERZOG-EVANS, *Droit de l’exécution des peines*, Dalloz action, 4^{ème} éd., 2012-2013, pp. 9-10, n° 001.32 : « Seules des mesures récentes comme la surveillance électronique qu’elle soit statique ou mobile et la suspension médicale de peine, ou encore des mesures traditionnellement “favorisées” comme la libération conditionnelle (pour des raisons avant tout historiques : création législative dès 1885), échappent à cet enfermement règlementaire et sont tout autant régies par voie législative » (l’analyse n’est pas reproduite dans la dernière édition).

907. Le régime juridique des permissions de sortir en est une illustration saillante : les articles D. 142 et suivants du Code de procédure pénale organisent seuls les règles qui y sont relatives, le législateur se bornant à les définir. Aussi est-il laconiquement énoncé : « la permission de sortir autorise un condamné à s'absenter d'un établissement pénitentiaire pendant une période de temps déterminée qui s'impute sur la durée de la peine en cours d'exécution »¹⁸⁴³, la loi laissant au règlement toute latitude pour décider de la durée de cette période, et les conditions dans lesquelles l'autorisation de sortir est concédée. La direction centrale de l'administration pénitentiaire exploite ce vide juridique avec un intérêt certain, puisqu'il lui permet d'organiser les règles de sortie de la prison en fonction de ses propres préoccupations.

908. Ainsi, le décret n° 2016-1222 du 14 septembre 2016 relatif aux permissions de sortir et aux autorisations de sortie sous escorte orchestre-t-il précisément tout le régime juridique des permissions de sortir en vue de préparer la réinsertion professionnelle ou sociale et des permissions de sortir en vue du maintien des liens familiaux. L'article D. 143-4, par exemple, prévoit cinq motifs permettant d'accorder une permission de sortir d'une journée au plus, aux personnes condamnées à une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale n'excédant pas cinq ans ainsi qu'aux personnes condamnées à une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale supérieure à cinq ans lorsque ces dernières ont exécuté la moitié de leur peine. Une libération prochaine, un examen, un programme de soins, des activités culturelles ou sportives et l'exercice du droit de vote sont prévus, pour justifier l'autorisation de sortir. En revanche, nulle mention du maintien des liens familiaux, ou de l'objectif de réinsertion, qui justifient pourtant la permission de sortir des personnes condamnées incarcérées dans une maison d'arrêt, une maison centrale, un centre de semi-liberté et des personnes majeures incarcérées dans un établissement pénitentiaire spécialisé pour mineurs, lorsque leur peine n'excède pas un an, ou lorsque le reliquat de peine ne dépasse pas trois ans¹⁸⁴⁴.

909. La plus ou moins grande souplesse dépend donc du quantum de la peine à effectuer, ou de la durée restante. Or, il est parfaitement possible, dans le cas de l'article

¹⁸⁴³ Art. 723-3 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁴⁴ Art. D. 143 du Code de procédure pénale.

D. 143 comme dans celui de l'article D. 143-4 du Code de procédure pénale, que deux détenus se trouvent dans la même situation, alors qu'ils ne bénéficient pas des mêmes conditions pour l'octroi des permissions de sortir. Par exemple, un détenu qui a accompli la moitié de sa peine et auquel il reste trois ans de détention remplit les conditions de l'article D. 143 du Code de procédure pénale : il pourra donc prétendre à trois jours de sortie en vue du maintien des liens familiaux ou de la préparation de la réinsertion professionnelle ou sociale. À côté, un détenu ayant été condamné à cinq ans d'emprisonnement mais auquel il reste moins de trois ans de détention, car il a déjà effectué la moitié de sa peine, se trouve bien dans le cadre de l'article D. 143-4, qui lui permet une journée de sortie maximum, selon les conditions mentionnées en amont. Ni la nécessité d'entretenir des rapports avec ses proches, ni celle de retrouver progressivement la vie normale ne pourront lui permettre de sortir, alors même que sa réinsertion dans la société n'est pas plus lointaine dans le temps. L'article suivant accorde bien trois jours de sortie, mais seulement en cas de maladie grave ou de décès d'un proche, ou de naissance d'un enfant. Les liens familiaux, essentiels à la reprise d'une vie sociale normale, sont écartés par le décret, pour une majorité de détenus, afin sans doute d'économiser un temps précieux au personnel pénitentiaire qui doit gérer ces flux. Le pouvoir du juge d'accorder ou non de telles permissions ne repose donc pas sur une réflexion législative, mais sur des considérations administratives.

910. L'appropriation des sources infra-réglementaires – Plus encore, le contentieux de l'exécution des peines est davantage marqué par l'appropriation des sources infra-réglementaires. En la matière, la circulaire est reine : ces dernières envahissent la dernière phase de la procédure pénale, – en profitant tantôt du désengagement législatif – en détournant parfois la volonté législative –. L'administration pénitentiaire se trouve au premier plan dans la rédaction de telles instructions, mais elle est directement sous influence du ministère de la Justice et de la direction des Affaires criminelles et des Grâces. Ce trio administratif s'avère extrêmement puissant dans l'élaboration de règles pénitentiaires qui intéressent le plus souvent les pouvoirs du juge de l'application des peines. Bien qu'elles ne lui soient pas directement adressées, ces circulaires lui sont clairement destinées puisqu'elles empiètent sur ses compétences. S'il semble déjà dérangeant (voire inacceptable) que de telles règles puissent s'imposer au juge judiciaire, dès lors que la hiérarchie des

normes interdit cette ingérence de l'administration au sein du pouvoir judiciaire¹⁸⁴⁵, cela semble intolérable lorsqu'elles ne se contentent pas d'ajouter à la loi ou au règlement, mais en violent l'esprit. De fait, « Cette colonisation du droit de l'application des peines par les circulaires s'est longtemps intégrée dans le cadre plus général de la violation répétée de la hiérarchie des normes en droit de l'exécution des peines, dans un contexte de défaillance prolongée du pouvoir législatif, et parfois même du pouvoir réglementaire, où les administrations concernées ont été habituées à devoir combler des vides juridiques et ainsi agir à leur guise »¹⁸⁴⁶.

911. Le décret n° 2011-1876 du 14 décembre 2011 relatif aux attributions respectives du juge de l'application des peines, des autres magistrats mandants et du service pénitentiaire d'insertion et de probation et à leurs relations – L'année 2011, notamment, a marqué les esprits en raison de l'invasion de décrets et circulaires, souvent destinés à remodeler la répartition des attributions entre le juge de l'application des peines et les services pénitentiaires d'insertion et de probation. En particulier, le décret n° 2011-1876 du 14 décembre 2011 relatif aux attributions respectives du juge de l'application des peines, des autres magistrats mandants et du service pénitentiaire d'insertion et de probation et à leurs relations¹⁸⁴⁷, et sa circulaire d'application, datant quant à elle du 16 décembre¹⁸⁴⁸, ont donné une illustration significative de la puissance de l'administration pénitentiaire et du contournement opéré à l'égard de l'autorité judiciaire. Loin d'être dérisoires, ces textes nient l'identité du juge de l'application des peines, en débordant sur le pouvoir qui lui revient. En tant qu'autorité judiciaire, le juge de l'application des peines devrait pouvoir moduler le suivi des personnes placées sous main de justice selon le degré d'individualisation le plus adapté au condamné et déléguer simplement l'exécution du suivi aux agents de probation. Or, le désintérêt manifeste du législateur à l'égard de cette répartition des compétences conduit l'administration à régenter l'exécution de la peine, spoliant au passage le juge de son identité. Les textes réglementaires de 2011 le prouvent : l'individualisation de la sanction pénale fait l'objet d'un détournement de pouvoir, au détriment du juge de l'application des peines.

¹⁸⁴⁵ C. BLUMANN, « L'application des circulaires administratives par le juge judiciaire », *AJDA* 1972, 263.

¹⁸⁴⁶ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 4^{ème} éd., 2012-2013, p. 11, n° 001.43 (analyse non reproduite dans l'édition 2016-2017).

¹⁸⁴⁷ Décr. n° 2011-1876, 14 déc. 2011.

¹⁸⁴⁸ Circulaire d'application du 16 déc. 2011 : NOR JUSK 1140065C.

912. L'excès de pouvoir – Saisi d'une requête en annulation pour excès de pouvoir par le syndicat de la magistrature, le Conseil d'État refuse pourtant de reconnaître l'ingérence du pouvoir exécutif, et relativise considérablement l'attaque dénoncée en jouant sur les mots. Point de redéfinition des compétences opérée par le décret, selon le juge administratif, mais une simple « clarification » de celles-ci : « le décret attaqué n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de modifier la répartition des compétences entre les juridictions de l'application des peines et les personnels du service pénitentiaire d'insertion et de probation mais tend seulement, dans le respect de leurs compétences respectives définies par la combinaison des articles 712-1 du code de procédure pénale et 13 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, à clarifier les attributions de chacun dans la fixation des modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté ainsi que dans leur mise en œuvre »¹⁸⁴⁹.

913. La circulaire, quant à elle, est censurée, au regard de son interprétation des instructions particulières adressées au service pénitentiaire d'insertion et de probation par l'autorité judiciaire. Pratiques anciennes, mais redéfinies par l'article D. 577 du Code de procédure pénale, ces instructions « relatives à la finalité de la mesure et au contenu des obligations à respecter » sont destinées à assurer le suivi du condamné, en permettant au juge de préciser les modalités de la mesure qu'il a décidé de mettre en œuvre. Au regard des objectifs de réinsertion et de prévention de la récidive qui sont les siens, il convient donc de lui reconnaître l'opportunité d'affiner le suivi du condamné, en fonction des besoins individuels. La direction centrale de l'administration pénitentiaire n'hésite pas, pourtant, par le biais de cette circulaire, à lui retirer la détermination de la fréquence des convocations devant le service pénitentiaire d'insertion et de probation, compétence revenant alors à ce dernier. En définitive, le pouvoir de l'autorité judiciaire se limiterait tout au plus à « attirer l'attention » des agents de probation sur une difficulté ciblée : « Ainsi, les instructions particulières permettent notamment au magistrat mandant d'appeler l'attention du SPIP sur des comportements ou des problématiques posant une difficulté particulière, qu'il aurait

¹⁸⁴⁹ CE 13 févr. 2013, req. n° 356852. V. M. LENA, « Clé de répartition des compétences entre SPIP et JAP », *Dalloz actualité*, 15 mars 2013.

par exemple identifiés à l'occasion d'un entretien ou à la lecture de pièces du dossier (expertises psychologique ou psychiatrique, enquête de personnalité, courriers de la partie civile...), et dont la prise en compte lui apparaîtrait nécessaire au bon déroulement de la mesure. Le contenu et la finalité des obligations qui peuvent être précisés par instructions particulières portent notamment sur le montant des versements mensuels aux parties civiles qui sera exigé du condamné ou sur la nature exacte du suivi à mettre en œuvre dans le cadre d'une obligation de soins, en fonction de la pathologie repérée ». Toute velléité de contrôle est exclue par la circulaire, puisque le juge n'a pas d'autorité hiérarchique sur les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation¹⁸⁵⁰. En conséquence, la périodicité des rencontres ne fait pas partie de son pouvoir, selon la logique suivie : « En revanche, parmi les modalités de prise en charge relevant de la compétence du SPIP figurent notamment la fréquence des rencontres ou, à titre complémentaire de ces dernières, la mise en place de programmes de prévention de la récidive. Ainsi, il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de déterminer la fréquence des convocations devant le SPIP, le nom du conseiller qui sera chargé du dossier, le lieu des convocations, ou toute autre modalité de suivi ayant un impact sur l'organisation du service, tant au plan matériel qu'au plan des ressources humaines ». Fort heureusement, le juge administratif aura le bon sens de rappeler que cette prérogative constitue « une des caractéristiques essentielles de l'exécution des peines qui relève, en dernier ressort, des juridictions de l'application des peines ». À l'appui des articles 712-1 et D. 577 du Code de procédure pénale, le Conseil d'Etat estime naturellement que la périodicité de ces convocations correspond au devoir des juridictions de l'application des peines de « fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application ».

914. Des intérêts opposés – Cependant, sur bien d'autres points, le décret et la circulaire vont esquisser les pouvoirs du juge de l'application des peines, sans inquiéter pour autant le juge administratif. L'objectif de ces textes n'est pas de détailler les orientations législatives afin de faciliter l'action des services de probation, mais bien

¹⁸⁵⁰ V. M. LENA, « Clé de répartition des compétences entre SPIP et JAP », *Dalloz actualité*, 15 mars 2013. L'auteur attire l'attention sur les conséquences de cette relation paradoxale entre les magistrats mandants et les travailleurs sociaux. Elle s'appuie sur une étude publiée par l'association nationale des juges de l'application des peines (*AJ pénal* 2007, p. 173, obs. M. JANAS et E. MARTIN) selon laquelle 62 % des juges de l'application des peines estiment être dans l'incapacité de contrôler l'exécution des mesures qui sont confiées au SPIP comme les orientations qu'ils fixent auprès de ce service.

de dégager l'administration de la tutelle du juge de l'application des peines. Depuis toujours, le juge est ici un intrus, et le pouvoir tiraillé entre des intérêts opposés. L'immense valorisation identitaire accordée au tournant du nouveau millénaire n'a de cesse d'être remise en cause par ses adversaires. Le pouvoir est régulièrement neutralisé, de sorte que le juge de l'application des peines a les mains liées.

915. La suppression du rapport semestriel adressé au juge par le service pénitentiaire d'insertion et de probation en est une manifestation discrète, mais éloquente. Document très utile aux juges de l'application des peines, ce rapport leur a longtemps permis de collecter des données sur les condamnés, afin de décider ensuite des mesures les plus appropriées. Aussi pouvaient-ils vérifier, par exemple, le sérieux d'un probationnaire dans la mesure, avant de lui accorder un aménagement plus souple. Mais il s'agissait également d'un droit de regard régulier sur le travail réalisé par les services de probation, peu apprécié par l'administration. Il est à ce titre intéressant de remarquer le transfert de pouvoir, du juge vers l'administration, – laquelle se réattribue le rôle d'autorité de contrôle des informations communiquées à l'autorité judiciaire –, que permet la suppression du rapport semestriel. Le service pénitentiaire d'insertion et de probation redevient ici le décisionnaire, en sélectionnant les informations qu'il concède au juge, ces dernières étant soumises à un contrôle hiérarchique : « Par ailleurs, le suivi des mesures est garanti au magistrat mandant par l'accès continu dont il dispose au logiciel APPI, dans lequel sont intégrés les rapports et enquêtes rédigés par les personnels des SPIP, après validation de leur hiérarchie et destinés à l'autorité judiciaire ». Des rapports ponctuels peuvent être adressés au juge, mais tous sont encadrés par des motivations précises (modification du suivi ou incident) ou doivent être réclamés par le juge. Remplacé par la transmission d'un rapport d'évaluation à l'autorité judiciaire dans les trois mois suivant la date à laquelle le service est saisi de la mesure¹⁸⁵¹, auquel s'ajoutent un rapport transmis un mois avant la fin de la mesure et un rapport annuel si la mesure excède deux ans, le rapport semestriel fait aujourd'hui cruellement défaut à la coopération des intervenants. Certes, la disparition de cette précieuse source d'information n'amoindrit pas directement le pouvoir du juge, qui peut toujours ordonner les aménagements de son choix. Toutefois, il l'expose à « mal juger », puisqu'il est dépourvu de la connaissance exigée à l'égard du condamné, afin

¹⁸⁵¹ Art. D. 575 du Code de procédure pénale.

de répondre aux impératifs de réinsertion et de prévention de la récidive. Il le prive ainsi d'un suivi individuel du condamné indispensable à son office.

916. En outre, apparaît très clairement à la lecture de ces instruments administratifs, une volonté de retirer au juge tout contrôle des modalités du suivi. Ainsi, disparaît le droit de demander au service pénitentiaire le remplacement du travailleur social mandaté sur un dossier, en cas de manquement aux diligences prévues¹⁸⁵², remplacé par un simple signalement, qui peut aboutir « s'il y a lieu » à une réponse du directeur du service. Le décret réattribue par ce biais l'exclusivité du contrôle de ses agents aux services pénitentiaires, et en profite pour leur octroyer incidemment la pleine maîtrise du suivi des probationnaires. Le deuxième alinéa de l'article D. 577 du Code de procédure pénale réduit ainsi le juge au rôle d'observateur dans le cadre du suivi individuel des condamnés : « Le service pénitentiaire d'insertion et de probation définit les modalités de la prise en charge des personnes placées sous main de justice et les met en œuvre, après en avoir avisé le magistrat mandant qui peut, le cas échéant, faire toutes observations utiles ». La circulaire l'observe d'ailleurs sans détour, en donnant le dernier mot à l'administration en cas de désaccord : « Dans la mesure où les SPIP sont responsables de la définition de ces modalités, ils doivent répondre aux observations que les magistrats sont susceptibles de formuler à leur sujet. Cet échange, expression du mandat judiciaire, doit favoriser la meilleure prise en charge possible. Pour autant, en cas de désaccord persistant, le choix définitif de la modalité de prise en charge appartient au DFSPPI ». Tout au plus le juge conserve-t-il, grâce aux articles 740 et 763-1 du code de procédure pénale, un véritable suivi de la mesure dans le cadre des mesures les plus graves, le sursis avec mise à l'épreuve et le suivi socio-judiciaire.

917. Un juge de l'incident – Le but ultime de ces textes, décrets comme circulaires, consiste à réduire le juge de l'application des peines à un juge de l'incident. La force de frappe de l'administration pénitentiaire est considérable, et ses tentatives pour supprimer le juge de la légalité nombreuses. Au-delà des décrets et des circulaires, qui contournent le pouvoir judiciaire, des consignes locales et régionales tendent à

¹⁸⁵² L'ancien texte prévoyait, en son second alinéa, une telle possibilité : « Le magistrat mandant peut demander par un écrit motivé au directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation de désigner un autre travailleur social, s'il constate que celui qui a été chargé de la mesure ne remplit pas les diligences prévues » (art. D. 577 al. 2 du Code de procédure pénale dans sa rédaction issue du Décret n°99-276 du 13 avril 1999 - art. 35 JORF 14 avril 1999).

dissuader les agents de probation de réaliser les enquêtes de faisabilité et les visites à domicile dans le cadre du placement sous surveillance électronique, alors même qu'elles conditionnent la réussite de la mesure. Régulièrement mises à jour, ces pratiques discréditent le pouvoir du juge, désarmé dans l'effectivité de ses attributions. Le constat est celui d'une concertation généralisée du pouvoir administratif, afin d'annihiler le pouvoir judiciaire : « Ces textes sont le fruit d'une rédaction unilatérale de l'exécutif, cela permet à l'administration de s'autoréguler, sans contrôle démocratique, et de priver ainsi l'autorité judiciaire de ses prérogatives »¹⁸⁵³. Le juge est écarté de toute appréhension de ces dispositions, alors pourtant qu'il se trouve au cœur de leur mise en œuvre. Les instructions générales, qu'il peut toujours donner, n'ont en définitive que peu de sens, puisqu'elles n'ont pas lieu d'orienter le fonctionnement administratif. Quant aux instructions individuelles, elles n'ont plus de sens, puisqu'elles sont privées de réelle efficacité. Neutralisé, le juge de l'application des peines subit un camouflet retentissant : « Le juge de l'application des peines participe au processus de suivi, mais plus au suivi lui-même, il n'est que le pilote partiel du processus du suivi »¹⁸⁵⁴.

918. La loi du 15 juin 2000, elle-même, qui n'avait certes pas pour objet le contentieux de l'exécution des peines, en révolutionne pourtant les fondements sur la base d'un décret : « *On ne peut s'empêcher non plus de mentionner au passage que la loi nouvelle entérine les dispositions du décret n° 99-276 du 13 avril 1999 en substituant notamment le terme de service pénitentiaire d'insertion et de probation à celui de comités de probation, ce qui traduit assurément une méthode de travail perfectible et laisse ouverte la voie traditionnelle en ce domaine, d'un complet bouleversement de la hiérarchie des normes, les circulaires supplantant les décrets, les lois restant à la remorque de ces derniers. Sur ce premier point, qui n'est pas que de pure forme, le travail législatif appelle les premières réserves* »¹⁸⁵⁵. Puisque tout est inversé, au terme de la chaîne pénale, il n'est guère étonnant d'observer le législateur vider de sa substance la majeure partie du travail du juge de l'application des peines. Instrumentalisés, les aménagements de peine ne sont plus l'apanage d'un pouvoir judiciaire, mais l'outil d'une puissance pénitentiaire.

¹⁸⁵³ M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, *op.cit.*, p. 143.

¹⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 143.

¹⁸⁵⁵ B. LAVIELLE, « Le juge de l'application des peines est-il toujours un chiroptère ? », *op.cit.*

B) La loi : instrument au service des établissements pénitentiaires

*« Peu à peu, avait été construit un droit partagé et juridictionnalisé où le contradictoire avait pris une place croissante encore qu'insuffisante. Or ce droit de l'exécution des peines, progressivement et durement concédé, fait l'objet de sapes répétitives »*¹⁸⁵⁶.

919. Juridictionnalisé, le domaine de l'exécution des peines doit être partagé. Dans cette nouvelle équation, l'attribution de compétences réservées à l'autorité judiciaire implique nécessairement le renoncement de l'administration à l'exclusivité du pouvoir. Cette perte de souveraineté, sans surprise, ne reçoit pas le meilleur accueil et le législateur lui-même se laisse convaincre d'opérer des retours en arrière pour préserver les intérêts d'une administration massive face à un juge du siège isolé. Fragile, l'équité est renversée par la loi chaque fois que le juge de l'application des peines est contourné au profit de l'administration pénitentiaire, qu'il s'agisse de simplifier la procédure (a) ou de signaler la dangerosité (b). À cet égard, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹⁸⁵⁷ ne se contente pas de porter le nom de son objet principal : elle en est un fidèle serviteur.

1) Le droit de simplifier

920. La réduction du recours à l'incarcération - Le prononcé, la mise en œuvre et le déroulement des peines sont tous trois affectés par un souci principal et commun : la réduction du recours à l'incarcération. Le mouvement de fond, qui tend à privilégier l'exécution des peines en milieu ouvert, où les opportunités de réinsertion sont plus fastes, ne peut qu'être approuvé. Les tensions liées à la forme, la surpopulation des établissements pénitentiaires, ne peuvent en revanche qu'être décriées. Or, ce second argument semble légitimer les entorses les plus inadmissibles à la juridictionnalisation

¹⁸⁵⁶ P. PONCELA, « Peines et prisons : la régression - À propos des lois du 3 juin et 21 juillet 2016 », *RSC* 2016, p. 565.

¹⁸⁵⁷ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire. V. M. HERZOG-EVANS, « Les décrets de la partie application des peines de la loi pénitentiaire : déjuridictionnalisation forcenée et maquis processuel », *AJ Pénal* 2011, p. 160 : « Si l'intitulé "pénitentiaire" de la loi s'en trouvait par ricochet impropre juridiquement, en réalité ce lapsus textuel est révélateur d'une profonde réalité : la loi pénitentiaire a bien été l'oeuvre de la direction de l'administration pénitentiaire (AP). Ce texte a été rédigé par et pour elle ».

du contentieux de l'exécution des peines. La loi pénitentiaire en donne une illustration saillante, laquelle se traduit par des procédures dérogatoires et hautement contrevenantes aux principes fondamentaux du procès équitable.

921. Alors que son premier article se borne à rappeler les fonctions de la peine déjà énoncées par l'article 707 du Code de procédure pénale, tout en plaçant des espoirs grandiloquents dans l'exercice de répression, l'article suivant semble quant à lui empreint de sagesse. Le législateur commence en effet par apaiser les rivalités entre les acteurs du contentieux, en rappelant à l'administration la place qui est la sienne : « Le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions pénales. Il contribue à l'insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues. Il est organisé de manière à assurer l'individualisation et l'aménagement des peines des personnes condamnées ». Derrière cette position de façade, la grande loi pénitentiaire œuvre surtout à un rééquilibrage des pouvoirs en trois actes : l'amointrissement des compétences du juge de l'application des peines, par le biais du procureur de la République et pour le compte de l'administration pénitentiaire. Pour jouer la comédie, – ou la tragédie –, c'est selon, le législateur introduit deux mécanismes inédits.

922. Les procédures simplifiées d'application de la peine – Aujourd'hui abrogées, les procédures simplifiées d'application de la peine aux articles 723-19 et 723-20 du Code de procédure pénale d'une part et la procédure de surveillance électronique de fin de peine à l'article 723-28 d'autre part, ont permis une redistribution des cartes éloquente. Il s'agit ici, d'un processus de déjuridictionnalisation qui relègue le juge du siège à l'homologation, ou au recours, et non plus à la décision : « dorénavant AP et procureur de la République sont les maîtres d'œuvre : le SPIP propose et le Parquet dispose »¹⁸⁵⁸. Déjà, la loi n° 2004-209 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité avait essayé de conférer des pouvoirs décisionnels aux services pénitentiaires d'insertion et de probation en matière d'aménagement des peines. Ils redevaient ainsi force de proposition en fin de peine, pour les condamnés détenus, en décidant d'aménager la privation de liberté sous le régime de la semi-

¹⁸⁵⁸ P. PONCELA, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *RSC* 2010, p. 190.

liberté, du placement à l'extérieur ou du placement sous surveillance électronique¹⁸⁵⁹. L'article 723-21 du Code de procédure pénale organisait donc cette nouvelle procédure d'aménagement des peines en leur attribuant une pleine autonomie : « Le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation fait examiner en temps utile par ses services le dossier de chacun des condamnés relevant des dispositions de l'article 723-20, afin de déterminer, après avis du chef d'établissement, la mesure d'aménagement de la peine la mieux adaptée à leur personnalité ». La saisine du juge, faisant suite à la décision administrative d'aménager, ne donnait lieu qu'à une simple homologation, après avis du procureur de la République¹⁸⁶⁰. Il était également permis au directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation de ne pas saisir le juge en cas de « mauvaise conduite du condamné en détention, d'absence de projet sérieux de réinsertion, d'impossibilité matérielle de mettre en place une mesure d'aménagement ou de refus par le condamné de bénéficier de la mesure qui lui est proposée », la loi commandant juste d'en informer le condamné. En conséquence, les fonctionnaires de l'administration pénitentiaire retrouvaient une totale liberté, ou presque, pour décider de la libération des personnes détenues. Cinq ans plus tard, le législateur marque de façon décisive la régression amorcée, en remplaçant la procédure de 2004 par deux mécanismes encore plus attentatoires aux pouvoirs juridictionnels.

923. Moduler l'exécution de la sanction pénale sur la durée – D'abord, les procédures simplifiées d'application de la peine élargissent les aménagements de peines « administratifs » aux personnes détenues, condamnées à un emprisonnement inférieur ou égal à deux ans, ou condamnées à un emprisonnement inférieur ou égal à cinq ans, dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à deux ans. Pour les récidivistes, les limites sont fixées à un an. Dès lors, il ne s'agit plus de décider d'une substitution de peine pour les derniers mois d'incarcération, mais bien de moduler l'exécution de la sanction pénale sur la durée, ce qui représente un pouvoir comparable à celui du juge de l'application des peines. En outre, la libération conditionnelle étaye l'éventail des mesures, de sorte que l'administration redevient presque aussi puissante que le juge dans la prise en charge des condamnés. Pourtant, les conditions entourant le dispositif

¹⁸⁵⁹ L'article 723-20 du Code de procédure pénale (aujourd'hui abrogé) limitait cette possibilité aux condamnés détenus pour lesquels il restait trois mois d'emprisonnement à subir en exécution d'une ou plusieurs peines d'emprisonnement d'une durée supérieure ou égale à six mois mais inférieure à deux ans, ou six mois d'emprisonnement à subir en exécution d'une ou plusieurs peines d'emprisonnement d'une durée supérieure ou égale à deux ans mais inférieure à cinq ans.

¹⁸⁶⁰ Art. 723-21, al. 3, du Code de procédure pénale (abrogé).

sont profondément irrespectueuses des garanties juridictionnelles accompagnant la décision, normalement prise par le juge de l'application des peines. Selon la voie choisie, les condamnés sont soumis à des régimes distincts et subissent donc des procédures discriminatoires. Avec la loi pénitentiaire de 2009, le législateur prend un tournant encore plus radical dans l'éviction du juge du siège. Il décharge cette fois les fonctionnaires des services pénitentiaires de la tutelle du juge de l'application des peines, en sollicitant l'aide d'un autre magistrat, animé par un dessein divergent. Dans le cadre de ce nouveau procédé, s'il revient toujours au directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation d'élaborer un projet d'aménagement de peine reposant sur des gages sérieux d'insertion, le procureur de la République vient à présent jouer un rôle de premier plan dans le contournement du juge du siège. Dans la nouvelle version de l'article 723-20 du Code de procédure pénale, le magistrat du parquet s'interpose comme un filtre des propositions administratives, puisqu'il décide à présent de la saisine du juge de l'application des peines aux fins d'homologation. Plus encore, lorsque le juge de l'application des peines ne répond pas dans le délai imparti, fixé à trois semaines, la mesure d'aménagement de peine peut être ramenée à exécution « sur instructions du procureur de la République » par le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation. L'article 723-24, qui organise cet aménagement de peine sans juge du siège, exige une simple information du juge de l'application des peines resté silencieux. Dès lors, le magistrat du parquet devient le pivot de l'aménagement de peine et le juge de l'application des peines un relais : ce dernier ne reprend la main, soit d'office, soit à la demande du condamné, que lorsque la proposition d'aménagement de peine est refusée¹⁸⁶¹.

924. La disparité au regard des droits fondamentaux – Il est saisissant, dans ce système, de remarquer les disparités entre les différents intervenants : alors que les décisions du juge de l'application des peines conservent systématiquement les garanties juridictionnelles habituelles, par le débat contradictoire et l'existence de voies de recours, celles du procureur de la République sont qualifiées « d'administration judiciaire », donc privées des fondamentaux du procès équitable. Ainsi le juge de l'application des peines doit-il organiser un débat contradictoire, afin de rendre sa décision, laquelle est susceptible d'appel, comme dans le cadre de l'article 712-6 du

¹⁸⁶¹ Art. 723-20, al. 4, du Code de procédure pénale (abrogé).

Code de procédure pénale, qu'il décide d'aménager contre l'avis du procureur ou refuse d'homologuer la proposition du service pénitentiaire d'insertion et de probation¹⁸⁶². À côté, la mise en œuvre de l'aménagement de peine sans homologation du juge « constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours »¹⁸⁶³. Tout au plus, à mi-chemin, la décision d'homologation, laquelle est proposée par l'administration, appréciée par le magistrat du parquet et validée par le juge du siège, revêt une nature quasi-juridictionnelle, puisque les droits sont restreints : le condamné ne comparaît pas et les voies de recours prévues jadis à l'article 723-23 sont désormais fermées¹⁸⁶⁴. Nécessairement inégaux devant la loi, les condamnés subissant une peine aménagée par le biais du procureur de la République sont dépourvus de droit de la défense et à la contestation, devant un magistrat soumis à l'autorité hiérarchique du ministère de la Justice. Face à cela, le condamné bénéficiant d'un aménagement prononcé par le juge de l'application des peines, dans la procédure classique comme dans la procédure simplifiée, jouissent de la plénitude des garanties processuelles, en plus d'un juge indépendant et impartial. La spoliation du juge de l'application des peines de sa compétence d'individualisation n'est donc pas uniquement synonyme de déperdition de pouvoir pour ce dernier, mais bien d'une dévaluation de la justice pour les condamnés. Derrière le prétexte du parquet, qui cache à peine « l'embarras qu'éprouvait le législateur à confier un pouvoir judiciaire à un fonctionnaire », le législateur est aux ordres de l'administration pénitentiaire, avide de se délester de la tutelle judiciaire. Par conséquent, pour ces procédures simplistes plus que simplifiées, « l'objectif n'a pas été de soulager le siège, mais de lui enlever ce que les procédures précédentes lui avaient accordées »¹⁸⁶⁵.

925. De nouveau, la déjudiciarisation – À l'extrémité de cette instrumentalisation, la surveillance électronique de fin de peine, à l'article 723-28 du code de procédure pénale, ne retient plus aucune compétence du juge de l'application des peines pour ordonner l'aménagement d'une sanction privative de liberté. Limitée aux quatre derniers mois de détention et aux condamnations à des peines d'emprisonnement de

¹⁸⁶² Art. 723-20, al. 4, et 723-22 du Code de procédure pénale (abrogé).

¹⁸⁶³ Art. 723-24 du Code de procédure pénale (abrogé).

¹⁸⁶⁴ Le ministère public ne peut pas non plus interjeter appel de la décision d'homologation.

¹⁸⁶⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, 4^{ème} éd., 2012-2013, p. 1035, n° 812-53 (analyse non reproduite dans l'édition 2016-2017).

cinq ans au plus, cette « grâce électronique », comme le surnom l'indique, représente un aménagement automatique, à défaut de décision du juge de l'application des peines en toute fin d'incarcération¹⁸⁶⁶. Le placement sous bracelet électronique est acquis « de droit » par le condamné dès lors qu'il rejoint le quantum fixé au regard de la peine et de son exécution. Or, la mise en œuvre est ici totalement dévolue au tandem – directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation – procureur de la République –, le premier se plaçant sous l'autorité du second¹⁸⁶⁷. Sans surprise, le juge de l'application des peines est évincé, ne retrouvant son rôle naturel que par défaut, le législateur permettant au condamné « oublié » par l'administration de le saisir pour obtenir un tel aménagement. Hormis cette dernière option, qui répond au contradictoire exigé par l'équité du procès, la surveillance électronique de fin de peine est dispensée de toute intervention du juge du siège et des garanties l'accompagnant. Remplacé par le ministère public, qui fixe les obligations du suivi, l'individualisation disparaît corrélativement des pouvoirs du juge de l'application des peines. Elle perd simultanément ses racines, puisque les obligations particulières et les mesures de contrôle des articles 132-44 et 132-45 du Code pénal sont ici facultatives¹⁸⁶⁸.

926. Ce transfert de pouvoir, du siège au parquet, signe bien le revirement du législateur à l'égard de la juridictionnalisation mise en place : « Si la priorité est donnée à la fonction d'intimidation, d'acceptation de la peine, d'incitation à la bonne conduite, en d'autres termes s'il s'agit principalement d'aider à gérer l'agitation dans les établissements pénitentiaires, il devient possible de tirer les conséquences ultimes de la cohérence des compétences du juge de l'application des peines et de sa fonction en désignant non un juge du siège mais un magistrat du parquet qui pourra exercer ses fonctions dans le respect des orientations du ministère de la Justice. La solution a le mérite de la clarté et elle est conforme à la mission traditionnelle du parquet en matière d'exécution des peines, mais, à moins d'organiser un recours spécifique et externe (en raison de l'indivisibilité du parquet), elle ne règle pas en droit le problème de la nature

¹⁸⁶⁶ Art. 723-28, al. 1, du Code de procédure pénale (abrogé).

¹⁸⁶⁷ Art. 723-28, al. 2, du Code de procédure pénale (abrogé).

¹⁸⁶⁸ En cas de mise à exécution de la mesure d'aménagement en l'absence de réponse du juge de l'application des peines, l'article D. 147-30-8, alinéa 2, du Code de procédure pénale (abrogé) emploie l'expression « le cas échéant ». C'est également le cas à l'article D. 147-30-33, au sujet de la proposition de mise en œuvre de la surveillance électronique de fin de peine par le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation : « La proposition de mise en œuvre est revêtue de la signature du directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation et définit précisément les modalités d'exécution de la mesure, et notamment les périodes et les lieux d'assignation, ainsi que, le cas échéant, les obligations et interdictions énumérées aux articles 132-44 et 132-45 du code pénal ».

administrative ou judiciaire des actes d'application des peines. Si la priorité est donnée à la resocialisation, il est logique de choisir la juridictionnalisation. Les fonctions du juge de l'application des peines deviennent assimilables à celles du juge d'instruction ou du juge des enfants ; il faut alors lui reconnaître la qualité de juridiction. Toutes ses décisions doivent être susceptibles de recours de droit commun, par exemple d'un appel auprès d'une chambre de la cour d'appel »¹⁸⁶⁹. L'automatisme du dispositif va même plus loin, le parquet n'étant en définitive qu'un rouage du système, lequel concourt quasiment à une déjudiciarisation.

927. Bien que subsidiaire, puisqu'elle pallie l'absence d'aménagement des derniers mois d'emprisonnement, une telle procédure concerne la majorité des détenus, ce qui revient à un confier de larges pouvoirs à l'administration pénitentiaire. En arrière-plan de la grande loi pénitentiaire de 2009 transparaît la volonté farouche, pour cette dernière, de reprendre les rênes de l'exécution des peines. Bridée dans ses capacités décisionnelles, la direction administrative des services pénitentiaires ne manque pas une occasion de détourner la loi selon son intérêt. À nouveau, les procédures simplifiées d'aménagement de peine deviennent outil de régulation carcérale et symbole d'une guerre de pouvoirs. La surveillance électronique de fin de peine est éloquente, en ce qu'elle ne requiert aucun projet de réinsertion, là où la procédure de l'article 723-20 se réfère tout de même à des efforts sérieux de réadaptation sociale. La surpopulation des établissements pénitentiaires, préoccupation centrale de son administration, trouve encore et toujours son salut dans la loi. En outre, il n'est plus question ici d'une instrumentalisation du juge de l'application des peines, déjà très contestable lorsqu'elle permet d'obtenir des mesures en dehors de l'objectif de réinsertion, mais d'une distorsion de la législation elle-même, de manière à ce que d'autres acteurs exercent les pleins pouvoirs à la place du juge du siège. La mise en garde des parlementaires n'a donc pas suffi, le texte législatif outrepassant les risques d'arbitraire évoqués, en permettant à l'administration pénitentiaire de reprendre le contrôle, contre l'avis des sénateurs : « les mesures d'aménagement de peine ne doivent pas devenir un instrument de gestion des flux de la population carcérale mais rester au

¹⁸⁶⁹ G. J. GUGLIELMI, « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », *op. cit.*

service exclusif de la réinsertion des détenus sous peine d'être discréditées »¹⁸⁷⁰. Le contournement du rôle du juge de l'application des peines est ici savamment orchestré par la loi, sous la direction d'une superpuissance pénitentiaire.

928. La disparition des procédures simplifiées – L'insuccès des procédures simplifiées et de la surveillance électronique de fin de peine a finalement conduit à leur disparition, à la faveur de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014¹⁸⁷¹. Déjà, en 2004, le bilan dressé par rapport Warsmann à l'égard de la nouvelle procédure d'aménagement de peine s'avérait négatif, puisque seules 146 mesures aboutissaient pendant sa première année d'existence, sur les 450 proposées, et alors même que 5500 détenus y étaient éligibles¹⁸⁷². De la même façon, en 2011, 12 % des dossiers ont fait l'objet d'une proposition et 820 mesures seulement ont été accordées dans le cadre de la procédure simplifiée d'aménagement des peines¹⁸⁷³, 19 % des dossiers et 3 069 mesures pour la surveillance électronique de fin de peine¹⁸⁷⁴. La victoire n'est donc pas assurée pour l'administration pénitentiaire dans sa croisade contre la juridictionnalisation, l'absence de garanties processuelles générant des craintes légitimes chez les acteurs de l'exécution de peines. Ces derniers ne peuvent rester sourds face à l'uniformité exigée. Malgré leur infortune sur le terrain, ces dispositifs sont cependant le reflet de la méfiance persistante à l'égard du juge de l'application des peines : « Les NPAP appartiennent à un courant général consistant, pour l'administration pénitentiaire, à vouloir obtenir une forme de revanche sur la juridictionnalisation opérée par les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004. [...] A l'évidence, la domination antérieure, et finalement encore très récente, de l'institution pénitentiaire et, partant, de l'exécutif sur la prise des décisions d'application des peines, présentait pour l'institution plusieurs avantages. Elle pouvait tout d'abord imposer des critères qui lui étaient propres. Ainsi, les éléments comportementaux étaient fortement dominants avant les lois de 2000 et 2004. Malgré leur inanité criminologique, ils permettaient de "tenir" les

¹⁸⁷⁰ Propos tenus par le rapporteur de la commission des lois, M. Jean-René LECERF, lors de l'adoption de la loi pénitentiaire de 2009. V. Rapport d'information n° 629 (2011-2012) de M. Jean-René LECERF et Mme Nicole BORVO COHEN-SEAT, fait au nom de la commission des lois et de la commission pour le contrôle de l'application des lois, déposé le 4 juillet 2012, p. 61.

¹⁸⁷¹ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁸⁷² Rapp. n° 2378 AN, 15 juin 2005 sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, par J.-L. WARSMANN, p. 40.

¹⁸⁷³ 2232 dossiers sur 18 881 ont fait l'objet d'une proposition d'aménagement de peine au parquet dans le cadre de procédure simplifiée d'aménagement de peine, 5 493 dossiers sur 28 876 pour la surveillance électronique de fin de peine.

¹⁸⁷⁴ Rapport d'information n° 629 (2011-2012) de M. Jean-René LECERF et Mme Nicole BORVO COHEN-SEAT, fait au nom de la commission des lois et de la commission pour le contrôle de l'application des lois, déposé le 4 juillet 2012, pp. 60-62.

établissements pénitentiaires plus sûrement que des critères sociaux comme l'emploi, l'environnement familial ou les soins. La perte de contrôle a pu gêner une institution en grande difficulté face à la surpopulation et aux modifications sociologiques complexes des populations pénitentiaires. Mais au-delà il y a manifestement actuellement du côté de l'exécutif une défiance envers le judiciaire et la volonté de maîtriser les décisions prises par ce pouvoir. [...] Assurément, notre droit positif vient de subir une formidable régression »¹⁸⁷⁵.

929. Les « sas de sortie » que représentaient les procédures simplifiées, par le désir affiché d'un retour progressif à la liberté, étaient avant tout destinés à redistribuer les pouvoirs, en confortant les souhaits de l'administration pénitentiaire, lésée par la juridictionnalisation. Concurrentes ou subsidiaires des pouvoirs du juge de l'application des peines, ces procédures ont rompu avec les exigences du procès équitable, pourtant récentes au sein de l'exécution des peines. Largement innervées par le pouvoir règlementaire, en complément des lignes législatives, elles démontrent que la loi devient un simple instrument au service de l'administration. Loin de compléter la loi, ici, l'exécutif la dirige. La surveillance électronique de fin de peine, dont l'articulation pratique se trouvait justement détaillée aux articles D. 147-30-19 à D. 147-30-61 du Code de procédure pénale, a d'ailleurs fait l'objet d'une campagne engagée de la part du ministère de la Justice. Les limites du texte se trouvaient ainsi assouplies par une circulaire du 10 mai 2011¹⁸⁷⁶, laquelle avait déclaré que : « l'incompatibilité de la mesure avec la personnalité du condamné ou le risque de récidive ne peut se caractériser par la seule absence de paiement des dommages et intérêts, le seul défaut d'acquiescement des sommes dues au trésor public ou encore la seule inactivité en détention. La révocation d'une précédente mesure d'aménagement de peine ou d'un sursis avec mise à l'épreuve, le rejet d'une précédente demande d'aménagement de peine ou encore la délivrance d'un mandat de dépôt par le tribunal ne peuvent à eux seuls caractériser un risque de récidive ou l'incompatibilité de la personnalité de la personne condamnée avec la mesure ». En outre, l'exécutif avait élargi le seuil d'aménagement de la peine privative de liberté, en permettant au procureur de la République de donner exécution à une nouvelle peine d'emprisonnement sous la même

¹⁸⁷⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, 4^{ème} éd., 2012-2013, p. 1036, n° 812-55 (analyse non reproduite dans l'édition 2016-2017).

¹⁸⁷⁶ CRIM-11-10/E3.

forme, lorsqu'elle ne dépassait pas quatre mois et ne supposait pas un mandat de dépôt¹⁸⁷⁷. Finalement, la surveillance électronique de fin de peine s'étirait, par voie réglementaire, de deux à quatre mois. Il fallait donc comprendre, entre les lignes, que rien ne devait s'interposer contre l'aménagement administratif des peines. Libérer des places de prison reste, à chaque mutation de la phase d'exécution des peines, un impératif majeur. L'exécutif ne fait donc que peu de cas de la réinsertion ou de la prévention de la récidive, maigres limites à sa volonté.

930. Le constat d'une régression – En dépit de l'abrogation des procédures simplifiées, la régression constatée est loin d'être jugulée. La réforme du 23 mars 2019¹⁸⁷⁸ poursuit l'instrumentalisation législative, en renforçant le recours intensif à l'aménagement de peine sur la base de motivations peu orthodoxes. D'abord, le contournement du juge de l'application des peines passe par une bifurcation, qui exige l'individualisation dès l'audience pénale. Or, la restriction du seuil d'aménagement de peine de l'article 723-15 du Code de procédure pénale s'accompagne d'un élargissement du domaine des conversions de peine, aux articles 741-1 et 741-1-1, de telle sorte que le juge de l'application des peines retrouve ses pouvoirs dès qu'il s'agit d'alléger les établissements pénitentiaires. La volonté de décourager les courtes peines d'emprisonnement par tous moyens, dont il a été fait mention dans le chapitre précédent, participe à la dénaturation de l'individualisation. Ensuite, la libération sous contrainte, depuis longtemps plébiscitée, continue son ascension dans le panel des aménagements. Cette « sortie sèche anticipée » qui porte le nom d'aménagement de peine sans pourtant le mériter¹⁸⁷⁹, permet la libération d'un condamné avant la fin de la peine privative de liberté, sans réelle préparation au retour à la liberté ni véritable suivi probationnaire ultérieur. Or, la libération contrainte ne repose sur aucun motif valable eu égard aux exigences habituelles relatives à la réinsertion ou la prévention de la récidive. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, ne s'est pas contentée de supprimer les

¹⁸⁷⁷ Art. D. 147-30-52 et D. 147-30-54 du Code de procédure pénale (abrogés).

¹⁸⁷⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁸⁷⁹ M. HERZOG-EVANS, « Libération sous contrainte, détention à domicile sous surveillance électronique et conflits de loi dans le temps : un nouveau "bug juridique" » (Rennes, 5 juillet 2019 et Metz, 5 juillet 2019, n° 2019/AP110), *D.* 2010, p. 31.

procédures simplifiées¹⁸⁸⁰, elle a créé, par le biais de la libération sous contrainte, une procédure simplificatrice.

931. La libération sous contrainte – L'article 720 du Code de procédure pénale restaure en façade le rôle du juge de l'application des peines, puisqu'il lui restitue la maîtrise décisionnelle. L'administration pénitentiaire, comme le magistrat du parquet, semblent reprendre leurs places respectives au sein de l'exécution des peines, hors l'initiative de l'individualisation. Il ne s'agit pourtant que d'un trompe-l'œil, tant la libération sous contrainte contourne elle aussi les pouvoirs du juge du siège, simple laisser-passer judiciaire dans des perspectives notoirement administratives. L'indice d'une loi instrumentalisée se retrouve encore ici, dans le régime de l'article 720 du Code de procédure pénale, essentiellement règlementé par voie décrétole, au sein des articles D. 147-17 à D. 147-19, auxquels s'ajoutent circulaires et notes de cadrage¹⁸⁸¹. Déjà systématisée, cette procédure impliquait jusqu'alors un examen de la situation du condamné, aux deux tiers de l'accomplissement d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, afin qu'il puisse être libéré, sous contrainte. Le législateur a pris soin de rendre éligibles à cette procédure le nombre le plus élevé de condamnés, puisqu'elle concerne 97,5 % des condamnés sortants en 2011¹⁸⁸². Néanmoins, aucune implication du condamné n'est exigée, en dehors de son accord : il n'est pas à l'origine de la demande et aucun projet de réinsertion n'est requis. Après avis de la commission d'application des peines, le juge de l'application des peines rend une ordonnance de refus ou d'octroi motivée au regard des exigences de l'article 707 du code de procédure pénale.

932. Une nouvelle fois, les garanties du procès équitable disparaissent, puisque le jugement est remplacé par une ordonnance et le débat contradictoire est facultatif. Seules demeurent l'existence d'un recours et l'exigence d'une motivation, ce qui en fait « une procédure inédite, à mi-chemin entre la procédure écrite des PSAP et autre

¹⁸⁸⁰ Les deux procédures ont été abrogées à compter du 1er janvier 2015 (art. 54-II de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales).

¹⁸⁸¹ Le texte est complété par le décret n° 2014-1582 du 23 déc. 2014 relatif à l'exécution des peines, art. 8 et 11 ; par la circulaire CRIM-2014- 29/E3-26.12.2014 du 26 déc. 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales applicables au 1er janvier 2015 et portant sur la libération sous contrainte ; par la note de cadrage de la Direction de l'administration pénitentiaire (DAP) du 26 déc. 2014 sur la mesure de libération sous contrainte instituée par l'article 39 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁸⁸² Étude d'impact réalisée par la Chancellerie, NOR : JUSX1322682L/Bleue-1, 7 oct. 2013, p. 93.

SEFIP, et la procédure de débat contradictoire classique, qui n'est pas conforme aux principes qui tendent à assurer une procédure pénale équitable »¹⁸⁸³. Lorsque l'aménagement est permis, le condamné exécute le reliquat de peine sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur, du placement sous surveillance électronique ou de la libération conditionnelle. Dans ce dernier cas, la chancellerie n'a pas manqué l'occasion d'intervenir avec la circulaire du 26 décembre 2014, puisqu'elle a exclu toute prolongation des mesures de contrôle et de surveillance de l'article 732 alinéa 2 du Code de procédure pénale, applicable à la libération conditionnelle, « dans la mesure où le nouvel article 720 de ce code précise que c'est le reliquat de peine et uniquement celui-ci qui est exécuté sous le régime de la libération sous contrainte »¹⁸⁸⁴. Cette restriction, non prévue par le législateur, manifeste une fois de plus l'emprise de l'exécutif en matière d'aménagement de peine.

933. Une option négative – De plus, le changement du champ lexical impulsé par la dernière réforme dénote la volonté législative sous-jacente, qui ne relève pas du sens de la peine mais du trop-plein des établissements carcéraux. Aussi le juge de l'application des peines ne doit plus juste examiner le cas du condamné mais « obligatoirement » l'examiner en vue d'une libération sous contrainte lorsque la durée de la peine accomplie est au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir¹⁸⁸⁵. En outre, l'article 720 dispose à présent : « Le juge de l'application ne peut refuser l'octroi de la libération sous contrainte qu'en constatant, par ordonnance spécialement motivée, qu'il est impossible de mettre en œuvre une de ces mesures au regard des exigences de l'article 707 ». Par conséquent, l'injonction faite au juge de l'application des peines de se pencher sur la situation du condamné se double d'une pression à l'égard de l'octroi de la libération sous contrainte. Le juge de l'application des peines ne se trouve plus en face d'un choix positif mais d'une option négative : il ne lui est pas demandé de recourir à la libération sous contrainte selon une évaluation intellectuelle mais uniquement permis d'y déroger par impossibilité matérielle. Déjà

¹⁸⁸³ L. GRIFFON-YARZA, « La libération sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *AJ Pénal* 2015, p. 80.

¹⁸⁸⁴ Point 1.4.3. de la circulaire CRIM-2014- 29/E3-26.12.2014 du 26 déc. 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales applicables au 1er janvier 2015 et portant sur la libération sous contrainte.

¹⁸⁸⁵ Art. 720, al. 1, du Code de procédure pénale : « La situation de toute personne condamnée exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à cinq ans est obligatoirement examinée par le juge de l'application des peines afin que soit prononcée une libération sous contrainte lorsque la durée de la peine accomplie est au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir ».

systématique dans le dispositif originel¹⁸⁸⁶, l'examen de la situation du condamné devient quasi-automatique six ans plus tard, de telle sorte qu'il est davantage question d'une libération « de droit » que d'une étude de faits : « En effet, la nouvelle LSC octroie un véritable « bon de sortie » à la personne condamnée pour l'exécution du reliquat de sa peine, laissant craindre une déjuridictionnalisation des mesures prononcées par le JAP »¹⁸⁸⁷. L'ambivalence du système est ici criante, puisque le législateur réécrit l'article de manière à permettre l'aménagement des peines les plus sévères¹⁸⁸⁸, alors même qu'il en a restreint le seuil au sein de l'article 723-15 du Code de procédure pénale. Le dévoiement de l'identité du juge de l'application des peines se vérifie à nouveau, puisqu'il ne peut refuser la libération sous contrainte que s'il constate que l'aménagement est impossible. Le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire est en ce sens, puisqu'il a envisagé de rendre automatique une telle libération à trois mois de la fin de la peine, lorsque la condamnation est inférieure à deux années d'emprisonnement, mais les parlementaires y sont pour le moment opposés¹⁸⁸⁹.

934. Le juge de l'application des peines redevient bien l'organe décisionnel de la libération anticipée, mais son pouvoir est instrumentalisé : derrière lui, le magistrat du ministère public prend part à la décision, puisqu'il fait partie de la commission d'application des peines et l'administration pénitentiaire dirige sa décision, puisqu'elle a obtenu du législateur la sortie presque automatique des condamnés. L'industrialisation de l'exécution de la peine est unanimement dénoncée par la doctrine, depuis la mise en place de la libération sous contrainte : « Avec la réforme des réductions de peine, la LSC vient éroder encore plus la peine en détention ordinaire, à tel point que, lors de l'accueil d'arrivée, la perspective de la sortie de détention doit

¹⁸⁸⁶ V. M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *AJ pénal* 2014, p. 448. L'auteur explique déjà, en 2014, que cette procédure « doit s'entendre comme une étape normale et nécessaire de l'exécution d'une peine destinée à encadrer et accompagner une personne condamnée à une courte ou moyenne peine de prison ».

¹⁸⁸⁷ M. GIACOPELLI, « Renforcer l'efficacité et le sens de la peine », *JCP G* 2019, p. 692.

¹⁸⁸⁸ Au-delà, c'est la procédure de libération conditionnelle qui s'applique.

¹⁸⁸⁹ Art. 9 du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avril 2021, p. 9 : « L'article 9 améliore également la libération sous contrainte instituée par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, et prévue par l'article 720 du code de procédure pénale, en rendant celle-ci plus systématique lorsqu'il reste aux condamnés exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à deux ans, un reliquat de peine à exécuter qui est inférieur ou égale à trois mois. Dans ce cas, la libération devra en effet intervenir de plein droit, sauf en cas d'impossibilité matérielle résultant de l'absence d'hébergement, le juge de l'application des peines devant alors, après avis de la commission d'application des peines, déterminer la mesure applicable. Cette libération sous contrainte de plein droit ne sera cependant pas applicable aux personnes condamnées pour crime, pour acte de terrorisme, violences sur mineur de quinze ans ou violences au sein du couple, ou aux personnes ayant fait l'objet de sanctions disciplinaires pendant la durée de leur détention ».

être évoquée, avec signature de l'imprimé d'accord pour une LSC. Ajoutons l'absence de tout projet d'insertion ou de réinsertion, et la LSC s'apparente alors à une SEFIP améliorée prononcée par le JAP, sans véritable contenu et qui affaiblit à la fois la nécessaire individualisation de la peine et l'efficacité des sanctions pénales, pourtant affichées comme étant les objectifs de la loi du 15 août 2014. [...] Alliance de contraires et héritière d'un lourd passé, la LSC est un oxymoron à l'avenir incertain, elle vise à contraindre le JAP de libérer ». ¹⁸⁹⁰ Mais de toute évidence, son avenir fait davantage l'objet de certitudes que d'inquiétudes, la loi étant ici l'instrument de la toute-puissance administrative.

2) Le devoir de renseigner

935. La lutte contre le terrorisme et l'administrativisation de la répression – L'antiterrorisme, terrain de prédilection des mutations du droit pénal, se traduit précisément par l'administrativisation de la répression ¹⁸⁹¹. Ce contournement de l'autorité judiciaire contamine la procédure pénale toute entière, sans que l'exécution des peines ne soit épargnée. Au contraire, la dernière phase du procès pénal se prête volontiers aux aspirations de la lutte contre le terrorisme, en se souciant davantage de la sécurité que de la criminalité. Ainsi l'administration pénitentiaire se trouve être l'hôte idéal pour accueillir les métamorphoses d'un droit de l'antiterrorisme *sui generis*, aux garanties atténuées.

936. De longue date, les fonctions de la peine sont instrumentalisées dans le combat contre le terrorisme, de façon à privilégier l'élimination sur la réinsertion. Telle l'infraction phare de la matière, l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste ¹⁸⁹², les peines appliquées aux délinquants terroristes rejoignent le

¹⁸⁹⁰ L. GRIFFON-YARZA, « La libération sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *AJ Pénal* 2015, p. 80.

¹⁸⁹¹ V. J. ALIX, O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *Chronique de politique criminelle*, *op. cit.* : « L'apparition d'un double mouvement de sortie de la répression pénale par la militarisation et par l'administrativisation de la répression antiterroriste, puis d'exceptionnalisation et de normalisation (par la loi ou par les contrôles) de la lutte contre le terrorisme conduit à dépasser cette analyse et à penser les mutations, non plus en termes d'adaptation, mais en termes de métamorphose du système répressif. Cette métamorphose prend la forme de la construction d'un droit répressif ad hoc, un droit mû par l'objectif récurrent d'exploiter l'intégralité des ressources répressives pour faire face, non plus à une criminalité, mais à une menace ».

¹⁸⁹² L'association de malfaiteurs, incriminée à l'article 450-1 du Code pénal, « Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement », profite d'un écho, en matière de terrorisme, aux articles 421-2-1 à 421-2-6 du Code pénal : « Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement

souhait d'une punition à visée préventive. Allongées dans leur durée¹⁸⁹³, restreintes dans leurs aménagements, elles servent une politique criminelle administrative déchargée des contingences processuelles les plus fondamentales. L'anticipation des menaces conduit précisément à la mise en place d'une surveillance généralisée, dans laquelle la répression des infractions pénales sert uniquement à neutraliser. L'incrimination de consultation de sites de propagande terroriste¹⁸⁹⁴, deux fois abrogée par le Conseil constitutionnel¹⁸⁹⁵, s'est justement affichée comme la volonté de sanctionner pénalement ce qui aurait dû être contrôlé au niveau administratif¹⁸⁹⁶. En cela, la répression permettait de maintenir sous surveillance les personnes qui ne pouvaient plus faire l'objet d'une assignation à résidence et légitimait la réassignation à résidence aussitôt la peine accomplie¹⁸⁹⁷. Supprimée au regard de son inutilité, cette infraction est une illustration éclatante des dérives « du droit pénal de la dangerosité »¹⁸⁹⁸. Formant une boucle administrativo-judiciaire presque parfaite, le

formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ».

¹⁸⁹³ V. Rapp. A. MARSAUD n° 2681, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, 16 novembre 2005, p. 74 : « Afin de lutter contre la criminalité organisée, l'une des techniques utilisées par le Législateur a consisté à aggraver les sanctions encourues par les membres de ces organisations une fois les infractions commises. Tel est l'objet, dans notre code pénal, de la circonstance aggravante de bande organisée qui, pour certaines infractions spécifiques, augmente le quantum de la peine, à l'instar du vol qui est réprimé d'une peine de quinze ans de réclusion criminelle, lorsqu'il est commis en bande organisée au lieu de trois ans d'emprisonnement dans les autres cas. [...] Or, face à de potentiels attentats de cette nature, force est de reconnaître que le quantum des peines qu'encourent leurs auteurs, si les services de la police parviennent à les interpeller avant leur passage à l'acte, est dérisoire. En outre, à supposer que telle personne ait été condamnée au maximum de la peine encourue, soit dix ans d'emprisonnement, elle sera susceptible de sortir de détention après huit années d'incarcération grâce au mécanisme du crédit de réduction de peine applicable à tout condamné et calculé sur la durée de la condamnation prononcée (article 721 du code de procédure pénale). Tirant les conséquences de cette situation, le présent article propose d'aggraver les peines encourues par les terroristes participant à une association de malfaiteurs dont le seul but est de tuer ou de provoquer le plus de dommages aux personnes possible ». V. également A. MÉGIE, « Des déclarations de "guerre contre le terrorisme" à la fabrication des condamnations judiciaires : les politiques pénales antiterroristes françaises », Colloque 18-19 octobre 2018, Politiques et (in)sécurité : Action publique, Politisation et savoirs experts.

¹⁸⁹⁴ Art. 421-2-5-2 du Code pénal (abrogé) : « Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service ».

¹⁸⁹⁵ Le Conseil Constitutionnel a censuré le texte sur la violation du principe de nécessité, par le biais de questions prioritaires de constitutionnalité, d'abord à l'égard de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 (décis. n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017), puis de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 (décis. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017), qui avait réintroduit le délit.

¹⁸⁹⁶ V. V. J. ALIX, O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », Chronique de politique criminelle, *op. cit.* À propos du relais des assignations à résidence par l'incrimination : CE 8 déc. 2016, Sect. Int. n° 392427, Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et modifiant son article 6, cons. n° 4 ; Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, *AJDA* 2017, p. 597 ; *ibid.* 1464, note O. LE BOT ; *D.* 2017, p. 1162, note P. CASSIA ; *Constitutions* 2017. 194, chron.

¹⁸⁹⁷ V. CREDOF, Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence - Rapport intermédiaire de recherche, Convention n° 2016 DDD/CREDOF, sept. 2017, p. 100 : « L'exemple d'un requérant pris dans la toile de l'état d'urgence ». Egalement, concernant les notes blanches des services de renseignement et leur rôle dans le dispositif : E. VERNY, « Renseignement et preuve pénale », in *Les transformations de la preuve pénale*, ss dir. P. BEAUBAIS, R. PARIZOT, LGDJ, Lextenso, p. 156 ; *adde*, G. ROUSSEL, « Valeur probatoire de notes d'attachés de sécurité intérieure », note ss Cass. Crim., 19 sept. 2017, *AJ pénal* 2017, p. 507 ; sur le contrôle du juge administratif, J.-P. FOEGLE et N. KLAUSSER, « La zone grise des notes blanches », *Délibéré* n° 2, oct. 2017, p. 41 et s.

¹⁸⁹⁸ D'après G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69.

mécanisme dénoncé s'épanouit pleinement à l'ère de l'application de la peine, où le renseignement devient l'apanage des services pénitentiaires. La phase d'exécution de la peine n'est plus, dans ce contexte, l'aboutissement du parcours judiciaire vers le retour à la liberté, mais un temps d'observation du condamné, afin de justifier l'exclusion de la société.

937. Les juridictions spécialisées – Dans l'œuvre de contournement du juge de l'application des peines, la loi est d'abord l'instrument de juridictions spécialisées, instaurées par la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers et complétée par le décret n° 2006-385 du 30 mars 2006. Centralisée à Paris, l'application des peines, dans le cadre de la répression du terrorisme, exclut toute intervention du juge de l'application des peines de droit commun, dans le but d'infliger le traitement le plus sévère possible aux condamnés. La dangerosité justifie donc un traitement différencié, tout au long de la procédure pénale : « On le voit, ce rapide parcours de la chaîne pénale, allant de la poursuite des auteurs d'actes de terrorisme à leur jugement, met en lumière la spécificité des règles qui leur sont applicables à raison de leur particulière dangerosité. Ces personnes cessent-elles pour autant d'être dangereuses une fois jugées ? Doivent-elles relever du régime de droit commun de l'application des peines, et partant, du juge de l'application des peines du ressort dans lequel est situé l'établissement pénitentiaire dans lequel le condamné est écroué ? En bref, la spécificité du traitement procédural des actes de terrorisme doit-elle cesser aux portes des établissements pénitentiaires ? ». Ici, le législateur reconnaît explicitement la défiance qui s'exerce à l'endroit du juge de l'application des peines de droit commun, dont la clémence supposée n'est pas compatible avec l'exécution des sanctions en matière de terrorisme. Il répond au problème par une spécialisation des juges chargés de faire exécuter la peine, afin de s'assurer que la désistance ne soit plus son objectif premier : « Curieusement, le droit en vigueur répond par l'affirmative à cette dernière question puisque l'exécution des peines et la détermination du juge de l'application des peines compétent pour connaître des condamnés pour actes de terrorisme relève du droit commun. Cette situation n'est pas satisfaisante car elle ne permet pas de s'assurer de l'homogénéité, sur l'ensemble du territoire, des décisions prises à l'endroit des condamnés pour acte de terrorisme, que ceux-ci soient incarcérés ou qu'ils bénéficient d'une mesure d'aménagement de leur peine. Ce faisant, le droit en vigueur ne garantit

donc pas un suivi spécifique des condamnés pour actes de terrorisme dont les demandes d'aménagement de la peine mériteraient d'être examinées et décidées par un juge spécialisé ayant une connaissance particulièrement précise des dossiers et de leur dangerosité »¹⁸⁹⁹.

938. Les conséquences préjudiciables pour le suivi du condamné – S'il faut nuancer la critique, au regard de l'intervention d'un juge du siège dans l'application de la peine terroriste, des conséquences préjudiciables au condamné ressortent néanmoins du dispositif. En cas d'aménagement de peine décidé par le juge spécialisé, l'article D. 49-81 du Code de procédure pénale prévoit, en son alinéa 2, que « Lorsque les circonstances le justifient, le juge de l'application des peines de Paris peut déléguer le suivi de la mesure au juge de l'application des peines du tribunal dans le ressort duquel est située la résidence habituelle ou le lieu d'assignation du condamné, lequel le tient informé de son déroulement ». Par conséquent, rien n'oblige le juge spécialisé en matière terroriste à déléguer le suivi d'un condamné, il s'agit d'une simple faculté. Alors même que l'aménagement d'une peine doit s'accompagner du regard du juge sur son déroulement, le condamné en matière terroriste ne bénéficie pas du suivi de proximité du juge de l'application des peines de droit commun, mais seulement d'un suivi à distance, assuré par un juge spécialisé. Les aménagements de peine, eux-mêmes, sont largement restreints. Les lois du 3 juin et du 21 juillet 2016¹⁹⁰⁰ ont contribué, en créant de nouvelles peines¹⁹⁰¹, en aggravant celles existantes¹⁹⁰² à un durcissement manifeste de la répression de la délinquance terroriste, qui s'est prolongé par la mise en œuvre d'un droit spécial à l'aménagement de peine¹⁹⁰³. D'une part, l'article 720-1 du Code de procédure pénale empêche tout recours à la suspension et au fractionnement de la peine, pour la majorité des infractions terroristes. D'autre part, les condamnés à

¹⁸⁹⁹ Rapp. A. MARSAUD n° 2681, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, 16 novembre 2005, p. 80.

¹⁹⁰⁰ Lois n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale et n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

¹⁹⁰¹ L'article 422-4 du Code pénal prévoit obligatoirement l'application de la peine complémentaire d'interdiction du territoire français à l'encontre de tout étranger déclaré coupable d'une infraction terroriste.

¹⁹⁰² Not. l'aggravation des pénalités encourues en cas de refus de déchiffrement d'un moyen de cryptologie (C. pén., art. 434-15-2) ou en cas de transport de substances explosives (C. pén., art. 322-6-1 et C. défense, art. L. 2339-10). Sur le durcissement des sanctions, V. C. RIBEYRE, « Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale – Et maintenant ? » : *Dr. pén.* 2016, étude 17, spéc. n° 10 et s. – O. DÉCIMA, « Terreur et métamorphose. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016, p. 1830 et s.

¹⁹⁰³ V. É. BONIS-GARÇON, « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *Droit pénal* n° 12, déc. 2016, étude 26.

de telles infractions ne peuvent accéder à la semi-liberté ou au placement à l'extérieur, selon l'article 723-1 du Code de procédure pénale. En matière de libération conditionnelle, l'article 730-1 applique des conditions restrictives à l'égard des détenus, puisque son prononcé requiert la réunion du tribunal d'application des peines et d'une commission pluridisciplinaire, comme pour les infractions les plus graves du droit commun. Elle peut en outre être refusée, en cas de danger pour l'ordre public. Quant aux crédits de réduction de peine, les détenus terroristes en sont privés, de sorte qu'il ne leur reste que les crédits supplémentaires, selon l'article 721-1-1 du Code de procédure pénale. Finalement, le délinquant terroriste se trouve écarté de la plupart des aménagements de peine proposés pour les autres condamnés¹⁹⁰⁴, alors même que les travaux parlementaires envisageaient une rigueur encore plus grande¹⁹⁰⁵. La volonté législative s'inscrit donc dans la continuité administrative, loin de la désistance, dans la perspective d'une surveillance. De toutes parts, la loi est distendue à des fins étrangères aux fonctions naturelles de la peine, et l'évitement du juge de l'application des peines permet l'instauration d'un régime dérogatoire, au service de l'administration.

939. La mise en place de dispositifs intrusifs – Le dévoiement de l'identité judiciaire est bien plus perceptible encore pendant l'accomplissement de la peine privative de liberté. Le terrorisme semble légitimer la mise en place de dispositifs particulièrement intrusifs, sans intervention aucune du juge du siège. À ce titre, l'article 726-2 du code de procédure pénale, introduit par la loi du 3 juin 2016, permet au directeur de l'établissement pénitentiaire de soumettre le détenu terroriste à des conditions d'incarcération singulières : « Lorsqu'il apparaît que leur comportement porte atteinte au maintien du bon ordre de l'établissement, les personnes détenues exécutant une peine privative de liberté peuvent, sur décision du chef d'établissement, faire l'objet d'une évaluation ou bénéficier d'un programme spécifique de prise en charge au sein d'une unité dédiée ». Il s'agit ici de régimes d'incarcération spécifiques,

¹⁹⁰⁴ Ses possibilités sont limitées à la suspension de peine pour raison médicale, qui n'est pas évincée par l'article 721-1-1, aux permissions de sortir (CPP, art. 723-3), au placement sous surveillance électronique (CPP, art. 723-7), à la libération sous contrainte (CPP, art. 720) et la libération conditionnelle de fin de peine (CPP, art. 730-3). Le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire confirme une telle philosophie, écartant les personnes condamnées pour actes de terrorisme de la libération automatique prévue par l'article 9, lorsque le reliquat d'une condamnation à deux ans d'emprisonnement au plus n'excède pas trois mois.

¹⁹⁰⁵ Ils avaient en effet exprimé la volonté de « créer un véritable régime complet d'application des peines spécifiques aux personnes condamnées pour terrorisme qui soit plus rigoureux que le régime de droit commun ». V. Rapport de M. MERCIER fait au nom de la Commission des lois, Rapp. Sénat, n° 804, 20 juill. 2016, p. 26.

bien plus restrictifs pour les droits des détenus : Unités de Prévention de la Radicalisation (UPRA), Quartiers pour Détenus Violents (QDV) et Quartiers de Prise en charge de la Radicalisation (QPR). Axe principal de la politique pénale et pénitentiaire du gouvernement depuis les attentats survenus à Paris en 2015¹⁹⁰⁶, la lutte contre la radicalisation conduit au regroupement des détenus concernés au sein des établissements pénitentiaires. Ce régime d’incarcération particulier se fonde sur l’idée de la nécessité d’instaurer une surveillance accrue à leur égard, puisque « le milieu carcéral constitue l’un des vecteurs de la diffusion d’idées radicales avec l’augmentation sans précédent du nombre d’individus incarcérés pour des infractions terroristes en lien avec l’islam radical »¹⁹⁰⁷. La création expérimentale des unités dédiées aux détenus prosélytes, en 2014, fut décidée « pour des raisons exclusivement liées au maintien du bon ordre au sein de l’établissement »¹⁹⁰⁸. Très vite étendues à de nombreux établissements pénitentiaires¹⁹⁰⁹, ces zones de séparation entre détenus ont été définies par la direction de l’administration pénitentiaire, dans une note de cadrage du 10 février 2016. L’étanchéité des unités dédiées aurait donc pour objectif, selon cette note, de surveiller « l’existence d’un risque de passage à l’acte violent fondé sur un motif extrémiste religieux, ainsi que d’un niveau de radicalité, d’imprégnation religieuse et d’influence » et de savoir « quel est le risque de nuisance en détention ordinaire en termes de prosélytisme et de contrainte sur les autres personnes détenues »¹⁹¹⁰. Cependant, de telles unités, expérimentées sans aucun fondement légal, se sont exposées à un avis extrêmement défavorable du Contrôleur général des lieux de privation de liberté¹⁹¹¹. Constatant d’abord qu’elles aboutissaient à regrouper entre eux des détenus condamnés pour association de malfaiteurs, leur permettant ainsi de renforcer des convictions communes, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a remis en cause l’apaisement escompté. Après la légalisation de la pratique,

¹⁹⁰⁶ Attentats survenus à Paris les 7, 8 et 9 janvier 2015.

¹⁹⁰⁷ V. « Les politiques de “déradicalisation” en France : changer de paradigme » (Rapport d’information n° 633, 2016-2017, de Mmes Esther BENBASSA et Catherine TROENDLÉ, fait au nom de la commission des lois, déposé le 12 juillet 2017, p. 48).

¹⁹⁰⁸ V. « Les politiques de “déradicalisation” en France : changer de paradigme » (Rapport d’information n° 633, 2016-2017, de Mmes Esther BENBASSA et Catherine TROENDLÉ, fait au nom de la commission des lois, déposé le 12 juillet 2017, p. 50).

¹⁹⁰⁹ Après le centre pénitentiaire de Fresnes (Val-de-Marne) à la fin de l’année 2014, des unités consacrées à l’évaluation des personnes détenues radicalisées ou en voie de radicalisation ont été créées à la maison d’arrêt de Fleury-Mérogis (Essonne), et à la maison d’arrêt d’Osny (Val-d’Oise) et, pour les personnes les plus radicalisées, au centre pénitentiaire de Lille-Annœullin (Nord).

¹⁹¹⁰ Note de cadrage de la direction de l’administration pénitentiaire du 10 février 2016 relative à la prise en charge des personnes détenues en unités dédiées, à l’attention des directeurs interrégionaux des services pénitentiaires.

¹⁹¹¹ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, avis du 11 juin 2015 sur la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral, Journal officiel du 30 juin 2015.

un second avis dénonçait encore l'atteinte aux droits fondamentaux des intéressés. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté soulignait ici le fait que l'administration pénitentiaire « a choisi de ne pas définir clairement le contenu de ces programmes et de laisser une grande autonomie aux équipes dans l'organisation des ateliers proposés », entraînant « de grandes disparités dans l'offre de prise en charge », donc un déséquilibre dans le traitement des personnes¹⁹¹². À l'appui du rapport, la violation du secret professionnel, du secret des correspondances ou des missions des aumôniers était dénoncée, les agents pénitentiaires affectés à ces unités étant de surcroît, parfois, rattachés au service du renseignement pénitentiaire¹⁹¹³.

940. Vivement critiquées, elles ont été remplacées par des quartiers de prise en charge de la radicalisation¹⁹¹⁴, quartiers spécifiques aux conditions de sécurité renforcées. Le placement fait l'objet d'une évaluation de la dangerosité réalisée par une équipe pluridisciplinaire, mais la décision relève de la compétence du directeur interrégional des services pénitentiaires et dans certains cas, du ministre de la Justice¹⁹¹⁵. En d'autres termes, il s'agit d'un précieux outil de renseignement aux mains de l'administration pénitentiaire, permettant de neutraliser la délinquance terroriste bien après la peine. Ainsi, les informations obtenues influent non seulement sur l'exécution de la peine en elle-même, puisque le maintien de l'ordre implique des restrictions dans les droits des détenus, mais également sur le retour à la liberté, lui aussi restreint par des mesures de sûreté. En outre, la ségrégation disciplinaire n'a pas vocation à s'appliquer uniquement aux détenus radicalisés, puisque l'expérimentation d'une unité pour détenus violents¹⁹¹⁶ vient d'être généralisée au niveau national par le décret n° 2019-1504¹⁹¹⁷, pris en application de l'article 88 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Juste après un chapitre concerné à la discipline en milieu pénitentiaire, le nouvel article R. 57-7-84-1

¹⁹¹² Contrôleur général des lieux de privation de liberté, avis du 7 juin 2016, Radicalisation islamiste en milieu carcéral - 2016 : l'ouverture des unités dédiées, p. 54.

¹⁹¹³ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, avis du 7 juin 2016, Radicalisation islamiste en milieu carcéral - 2016 : l'ouverture des unités dédiées, p. 55.

¹⁹¹⁴ Par le décret n° 2019-1579 du 31 décembre 2019 modifiant le code de procédure pénale (partie réglementaire - décrets en Conseil d'Etat) et relatif aux quartiers de prise en charge de la radicalisation, *JORF* n°0001 du 1 janvier 2020, NOR : JUSK1929348D.

¹⁹¹⁵ Art. R. 57-7-84-13 et suivants du Code de procédure pénale.

¹⁹¹⁶ La création des unités pour détenus violents fait suite à l'agression d'une équipe de surveillants de la prison de Vendin-le-Vieil en janvier 2018, qui avait déclenché un long mouvement de grève des gardiens. Une première unité de ce type a été mise en place dans le centre pénitentiaire de Sequedin, en mai 2019.

¹⁹¹⁷ Décret n° 2019-1504 du 30 décembre 2019 modifiant le code de procédure pénale (Partie réglementaire - Décrets en Conseil d'Etat) et relatif aux unités pour détenus violents, *JORF* n°0303 du 31 décembre 2019, NOR : JUSK1929347D.

du Code de procédure pénale définit, au second alinéa, le public concerné par ces quartiers distincts : « Les personnes détenues majeures qui présentent des antécédents de violences ou un risque de passage à l'acte violent, ou ont commis des violences en détention peuvent être placées au sein d'une unité pour détenus violents si leur comportement porte ou est susceptible de porter atteinte au maintien du bon ordre de l'établissement ou à la sécurité publique »¹⁹¹⁸. L'article suivant s'empresse de préciser qu'il ne s'agit pas d'une mesure disciplinaire, mais bien d'une décision administrative. Aussi, leurs droits ne sont préservés que « sous réserve des aménagements qu'imposent les impératifs de sécurité » et peuvent être réduits « à chaque fois que des impératifs de sécurité ou de maintien du bon ordre de l'établissement l'exigent »¹⁹¹⁹, sans que le juge de l'application des peines ne puisse intervenir. Instrument de l'administration pénitentiaire, la loi permet la surveillance des détenus radicalisés et violents, considérés dangereux, pendant l'incarcération.

941. Le développement du renseignement pénitentiaire – À ces structures destinées à l'exclusion des détenus terroristes du droit commun pénitentiaire, il faut ajouter les pouvoirs exorbitants octroyés à l'administration dans un tel contexte. Le développement du renseignement pénitentiaire en est d'ailleurs un signal fort, tant il démontre la tendance du législateur à faire de l'administration pénitentiaire une force de sécurité intérieure. L'article 12 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 ne le cache pas : « Les personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire constituent, sous l'autorité des personnels de direction, l'une des forces dont dispose l'Etat pour assurer la sécurité intérieure ». Déjà largement associée à l'activité du renseignement ces dernières années¹⁹²⁰, l'administration pénitentiaire bénéficie à présent des techniques de recueil des informations des services spécialisés. La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 a permis le rattachement des services relevant du ministre de la Justice à ces moyens soumis à autorisation, sous la responsabilité du ministère public¹⁹²¹. Selon l'article 727-1 du Code de procédure pénale, l'administration pénitentiaire peut « 1° Intercepter, enregistrer, transcrire ou interrompre les correspondances de personnes détenues émises par la voie des communications

¹⁹¹⁸ Au sein d'un chapitre V Bis « Des quartiers spécifiques » dans le Code de procédure pénale.

¹⁹¹⁹ Article R. 57-7-84-4, al. 2 et 3, du Code de procédure pénale.

¹⁹²⁰ Notamment par la création des équipes régionales d'intervention et de sécurité (ERIS) en 2003 et d'un bureau dédié à la direction de l'administration pénitentiaire au sein de l'état-major de sécurité, renforcé en 2015.

¹⁹²¹ Art. L. 811-4 du Code de la sécurité intérieure.

électroniques et autorisées en détention, à l'exception de celles avec leur avocat, et conserver les données de connexion y afférentes ; 2° Accéder aux données stockées dans un équipement terminal ou un système informatique qu'utilise une personne détenue et dont l'utilisation est autorisée en détention, les enregistrer, les conserver et les transmettre »¹⁹²². L'espionnage des détenus est donc assuré par les agents pénitentiaires, individuellement désignés et habilités à recourir à ces techniques¹⁹²³. L'autorité judiciaire, ici, se limite encore au procureur de la République, de sorte que le juge de l'application des peines est contourné, et son pouvoir dévoyé. Aussi, le renseignement pénitentiaire poursuit un but bien précis : soustraire le détenu radicalisé ou violent de la réinsertion, pour le soumettre exclusivement à la surveillance.

942. La vidéosurveillance – Par ailleurs, la vidéosurveillance, auparavant circonscrite à la protection du détenu, est devenue un moyen de coercition supplémentaire dans la lutte antiterroriste. À l'origine, en effet, l'article 58 de la loi pénitentiaire avait souhaité, par ce biais, prévenir les risques de suicide en détention : « Des caméras de surveillance peuvent être installées dans les espaces collectifs présentant un risque d'atteinte à l'intégrité physique des personnes au sein des établissements pénitentiaires. Cette faculté constitue une obligation pour l'ensemble des établissements pénitentiaires dont l'ouverture est postérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi ». L'installation de caméras était donc permise dans les lieux collectifs, et pouvait exceptionnellement être mise en œuvre dans des lieux individuels, au regard de l'obligation faite à l'administration pénitentiaire de protéger l'intégrité physique des détenus¹⁹²⁴. L'atteinte à la vie privée engendrée par la vidéosurveillance étant hautement caractérisée, seules les « cellules de protection d'urgence » pouvaient en être dotées. Ces dernières étant affectées aux personnes placées sous main de justice « dont l'état apparaît incompatible avec leur placement ou leur maintien en cellule ordinaire en raison d'un risque de passage à l'acte suicidaire imminent ou lors d'une crise aiguë », la vidéosurveillance apparaissait uniquement comme un moyen de garantir la sécurité des détenus les plus fragiles¹⁹²⁵. Dans le cadre de l'obligation de protection des personnes qui lui sont confiées, le directeur de l'établissement

¹⁹²² Art. L. 851-1 à L. 854-9 du Code de la sécurité intérieure.

¹⁹²³ V. P. PONCELA, « Peines et prisons : la régression - À propos des lois du 3 juin et 21 juillet 2016 », *RSC* 2016, p. 565.

¹⁹²⁴ Art. 44 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁹²⁵ Art. 1 de l'arrêté du 23 décembre 2014 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection des cellules de protection d'urgence, NOR : JUST1429817A.

pénitentiaire dispose déjà d'un grand pouvoir. En effet, l'utilisation de caméras ne suppose pas l'accord du juge de l'application des peines, alors même que le procédé est attentatoire aux libertés individuelles. Seule la conservation des données, au-delà de six mois, exige une transmission à l'autorité judiciaire¹⁹²⁶. Mais la légalisation d'une détention exercée dans des conditions similaires, en dehors de risques suicidaires avérés, à l'égard de l'un des suspects des attentats commis à Paris le 13 novembre 2015, a ouvert la voie à une vidéosurveillance d'un nouvel ordre. À présent, l'article 716-1 A du Code de procédure pénale, créé par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, dispose : « Les personnes mises en examen, prévenues et accusées soumises à la détention provisoire, faisant l'objet d'un mandat de dépôt criminel et d'une mesure d'isolement, dont l'évasion ou le suicide pourraient avoir un impact important sur l'ordre public eu égard aux circonstances particulières à l'origine de leur incarcération et à l'impact de celles-ci sur l'opinion publique, peuvent faire l'objet des mesures de vidéosurveillance prévues à l'article 58-1 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ». Cela revient à accepter en cellule un procédé particulièrement irrespectueux du droit à l'intimité de la vie privée, sans aucune validation du juge du siège, puisque la décision revient au garde des Sceaux¹⁹²⁷.

943. Pour l'heure, cette extension se limite aux personnes non encore jugées, et ne contrevient pas aux pouvoirs du juge de l'application des peines, mais à ceux des juges d'instruction et des libertés et de la détention. Toutefois, l'arrêté du 9 juin 2016, à l'origine de ces mesures, ne s'adresse pas uniquement au cas de la détention provisoire, puisqu'il se réfère « aux personnes placées sous main de justice et écrouées » et se destine, par son objet, à la mise à exécution « des sentences pénales, mesures de sûreté et décisions prononcées par les autorités judiciaires »¹⁹²⁸. Même si l'article premier limite l'autorisation de recourir aux dispositifs de vidéoprotection de cellules de

¹⁹²⁶ Art. 3 de l'arrêté du 23 décembre 2014 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection des cellules de protection d'urgence, NOR : JUST1429817A : « Les données sont ensuite conservées dans une base d'archives intermédiaires pendant un délai de six mois à compter de leur enregistrement, uniquement accessible à l'agent administrateur de la base ainsi qu'au chef de l'établissement pénitentiaire. Au terme de ce délai, le contenu des enregistrements vidéo qui ne sont suivis d'aucune transmission à l'autorité judiciaire est effacé ».

¹⁹²⁷ Spécialement motivée, cette décision est renouvelable pour une durée de trois mois.

¹⁹²⁸ Arrêté du 9 juin 2016 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, NOR : JUSK1615877A.

détention au sein des établissements pénitentiaires au cas de la détention provisoire, le législateur confie ici une surveillance arbitraire des détenus à l'administration pénitentiaire. Effectivement, une telle intrusion n'est plus motivée par le souci de protection de la personne détenue, mais par celui du contrôle social : l'auteur présumé, en matière terroriste, ne doit pas échapper à son procès¹⁹²⁹. Or, rien n'empêche à l'avenir que ce type de surveillance soit étendu après le procès aux personnes reconnues coupables d'actes terroristes, voire à des détenus difficiles, puisque le texte ne fait nullement mention de la lutte contre le terrorisme. Dans un tel contexte, la Commission nationale de l'informatique et des libertés a émis sa désapprobation à l'égard du large pouvoir accordé à l'administration pénitentiaire, à l'encontre du projet¹⁹³⁰ : « la commission relève que ces dispositifs permettent la surveillance permanente et particulièrement longue, portant par nature une atteinte grave au droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel des personnes en faisant l'objet, d'individus déjà soumis à des mesures restrictives de libertés ». Tout en relevant qu' « aucune disposition législative ne prévoit explicitement la possibilité, pour l'administration pénitentiaire, de mettre en œuvre une telle surveillance » et que « l'arrêté qui lui est soumis ne contient aucune disposition relative aux garanties procédurales devant entourer la mesure du placement sous vidéo de la cellule d'un détenu », elle a tout de même validé les modalités de surveillance concédées à la direction des services pénitentiaires, l'entourant simplement de quelques garanties¹⁹³¹. Cependant, l'autorité judiciaire intervient uniquement pour la conservation des données, au-delà d'une certaine durée¹⁹³², comme dans le cadre des cellules de protection d'urgence. La volonté d'assurer à tout prix la présence lors de son procès

¹⁹²⁹ « L'article 1er du projet d'arrêté prévoit que les personnes concernées par les traitements projetés sont les personnes placées sous main de justice "dont l'évasion ou le suicide pourraient avoir un impact important sur l'ordre public eu égard aux circonstances particulières à l'origine de leur incarcération et l'impact de celles-ci sur l'opinion publique". À cet égard, la commission relève que cette formulation est particulièrement large et recouvre notamment un des critères d'inscription au répertoire des "détenus particulièrement signalés" (DPS). Dans la mesure où les dispositifs envisagés permettraient une ingérence permanente dans la vie privée de ces détenus, il convient que seules les personnes pour lesquelles le recours à ces caméras est impératif soient concernées. À cet égard, la commission relève que les dispositifs envisagés ont principalement pour objet de permettre la présentation de la personne détenue à son procès » (Délibération n° 2016-159 du 19 mai 2016 portant avis sur un projet d'arrêté portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, NOR : CNIL1616065X).

¹⁹³⁰ Délibération n° 2016-159 du 19 mai 2016 portant avis sur un projet d'arrêté portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, NOR : CNIL1616065X.

¹⁹³¹ Il s'agit notamment de l'information des personnes concernées, du droit à l'assistance d'un avocat pour présenter des interventions, de l'interdiction de coupler un dispositif biométrique, ou de la nécessité de mettre en place un panneau d'occultation, placé devant les sanitaires, afin de préserver l'intimité corporelle de la personne détenue (art. 2 et 3 de l'arrêté du 9 juin 2016 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, NOR : JUSK1615877A).

¹⁹³² Au bout d'un mois, les données qui n'ont pas fait l'objet d'une transmission à l'autorité judiciaire ou d'une enquête administrative doivent être effacées (art. 4 de l'arrêté du 9 juin 2016 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, NOR : JUSK1615877A).

d'un détenu provisoire, dont l'évasion ou le suicide pourraient avoir un impact important sur l'ordre public, a pu justifier de filmer une cellule en permanence. Par conséquent, il est fort à parier que l'administration pénitentiaire obtienne bientôt le droit de surveiller jour et nuit les mêmes détenus après le procès, pour assurer à cette opinion publique inquiète l'effectivité de la sanction pénale, sans aucune autorisation du juge du siège.

944. Le fichier des auteurs d'infractions terroristes – Enfin, la dénaturation de la loi se poursuit encore après la peine, à des fins purement administratives, par l'intermédiaire du Fichier des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT). Destiné à empêcher le renouvellement des actes de terrorisme et à faciliter l'identification des auteurs, le fichier recueille les informations liées aux personnes de plus de treize ans, condamnées ou mises en cause pour des infractions relevant d'actes terroristes. L'inscription provoque la mise en œuvre de mesures de sûreté puisque les personnes fichées doivent se présenter tous les trois mois aux autorités, justifier leur adresse et prévenir avant tout déplacement transfrontalier¹⁹³³. Or, la violation des obligations résultant de ce dispositif constitue une infraction « administrativo-pénale »¹⁹³⁴, incriminée à l'article 706-25-7 du Code de procédure pénale. Il s'agit, ni plus ni moins, d'un fil rouge destiné à cerner la délinquance terroriste, du début à la fin de la procédure judiciaire. Pour parfaire le dispositif de surveillance, l'Unité de coordination de la lutte antiterroriste (UCLAT), en charge de la coordination opérationnelle des services chargés de lutter contre le terrorisme, devrait justement être dotée d'une unité permanente des sortants de prison. Constitué par les agents du renseignement pénitentiaire, ce « dispositif d'anticipation et de prise en compte par les services des sorties de ces individus est nécessaire à la prévention d'éventuelles actions à caractère terroriste », selon le plan d'action contre la radicalisation présentée par le Premier ministre le 13 juillet 2018. Finalement, le législateur met en œuvre ici un système circulaire de répression du terrorisme, en décloisonnant les services de renseignement et les services judiciaires. L'encadrement étroit des détenus radicalisés se réalise ainsi dans le dos du juge de l'application des peines, l'individualisation de la sanction pénale étant écartée au profit du contrôle social. La loi plie devant l'administration en

¹⁹³³ Art. 706-25-7 du Code de procédure pénale.

¹⁹³⁴ P. PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », Arch. pol. crim. 2016, n° 38 Les terrorismes, pp. 7-24.

acceptant l'idée que « s'il est nécessaire de repérer les terroristes de demain, il faut également se donner les moyens de vaincre les terroristes déjà connus »¹⁹³⁵.

945. En janvier 2020, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté est à nouveau intervenu, dans le cadre d'un rapport intitulé : « Prise en charge pénitentiaire des personnes "radicalisées" et respect des droits fondamentaux »¹⁹³⁶. Ce troisième document, dénonçant au passage l'omniprésence du renseignement pénitentiaire¹⁹³⁷, estime que l'accès aux aménagements de peine, pour les détenus radicalisés, ignore toute perspective de réinsertion¹⁹³⁸. L'administration pénitentiaire se dresse en première ligne de la critique, en ce qu'elle instrumentalise la loi à sa guise, dès lors qu'il est question du maintien de l'ordre en prison : « Les critères présidant à l'intégration de personnes détenues au sein de la catégorie des "personnes radicalisées" sont opaques et discriminants, et laissés à l'appréciation de chaque établissement, voire de chaque agent. [...] La tentation est forte de remplacer une logique de prise en charge par une pratique de neutralisation »¹⁹³⁹. Il en résulte une atteinte aux droits les plus fondamentaux des détenus, cautionnée par le législateur.

946. Un retour en arrière – L'on ne s'étonnera pas d'entendre certains auteurs espérer un retour en arrière, au regard de l'hypocrisie législative, qui laisse croire à la puissance du pouvoir judiciaire, alors qu'il est paralysé par des logiques administratives : « Dès lors, on pourrait regarder du côté du common law, qui exclut tout JAP, ou du droit hollandais, qui ne lui laisse qu'un rôle minimum, car, dans ces systèmes, c'est l'administration qui gère ce que fait un juge chez nous. Peut-être pourrait-on imaginer que la plupart des décisions d'application des peines seraient prises par le parquet et/ou par l'administration pénitentiaire avec recours devant le JAP, en ne laissant à ce dernier que la prise de décision grave comme la libération conditionnelle ou la réduction de la période de sûreté par exemple. Cette proposition est pour l'heure provocatrice. Mais peut-être un jour... »¹⁹⁴⁰. Loin de rejoindre un tel

¹⁹³⁵ D. THOMAS-TAILLANDIER, « Le nouveau fichier national des auteurs d'infractions terroristes », *AJ Pénal* 2015, p. 523.

¹⁹³⁶ Rapport CGLPL, *Prise en charge pénitentiaire des personnes « radicalisées » et respect des droits fondamentaux*, janv. 2020.

¹⁹³⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹³⁸ *Ibidem*, pp. 43-44.

¹⁹³⁹ *Ibidem*, pp. 46-47.

¹⁹⁴⁰ J. PRADEL, « Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », *op. cit.*

vœu, notre étude appelle au contraire à une troisième phase de juridictionnalisation, de manière à éradiquer toute tentative d'instrumentalisation et symptôme de manipulation du pouvoir judiciaire.

Paragraphe II – La manipulation du pouvoir judiciaire

947. Le contournement du juge de l'application des peines atteint son paroxysme lorsqu'il résulte de sa propre participation à la neutralisation des pouvoirs conférés. Objet d'une instrumentalisation, le pouvoir judiciaire devient sujet de manipulation. La commission d'application des peines, sous le joug de l'administration pénitentiaire, permet un tel tour de force, en isolant le juge du procès équitable. L'abnégation du juge de l'application des peines obtenue par la justice disciplinaire (A) peut néanmoins être devancée par une justice d'anticipation, conduisant à son renoncement. Ainsi la justice prédictive peut-elle s'analyser comme un ultime affront au juge du siège, permettant de lui extorquer la peine par la négation de ses capacités d'action (B).

A) La justice disciplinaire

« Il ne reste plus qu'à espérer pour ces dizaines de milliers d'hommes que l'épineux problème de coordination entre les trois pouvoirs concourant au fonctionnement de l'institution du juge de l'application des peines se résumera dans quelque temps à la constatation de La Fontaine : "Trois saints, également jaloux de leur salut, - Portés d'un même esprit, tendaient à un même but. - Ils s'y prirent tous trois par des routes diverses" »¹⁹⁴¹.

948. **La commission de l'application des peines, instance incontournable de l'aménagement des peines** – Signe précurseur de l'héritage actuel, la commission de l'application des peines, organe de concertation et de consultation pour l'application des peines privatives de liberté, est née par voie de circulaire, le 24 avril 1972. Très vite réglementée par le décret n° 72-852 du 12 septembre 1972¹⁹⁴², puis relativement

¹⁹⁴¹ G. J. GUGLIELMI, « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », *op. cit.*

¹⁹⁴² Décret n° 72-852 du 12 septembre 1972 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale, *JORF* 20 sept. 1972, p. 9996.

contenue par la loi¹⁹⁴³, elle s'est finalement imposée comme une instance incontournable de l'aménagement des peines, au sein de chaque établissement pénitentiaire. Ainsi, après un temps d'enthousiasme juridictionnel, qui permet de restreindre sa sphère d'intervention au profit des décisions du juge du siège, la commission d'application des peines a supplanté le débat contradictoire par de nombreux biais. Le juge de l'application des peines est alors contraint, pour aménager la peine des détenus, de prendre l'avis des membres de l'établissement pénitentiaire avant de se prononcer. Cela revient à dire, plus simplement, que le comportement du condamné détenu influe sur l'assouplissement de la sanction pénale. En soi, cette prise en compte de la vie en détention dans la décision d'individualisation n'est pas choquante, tant elle peut s'analyser comme l'effort de réinsertion exigé de tout candidat à l'aménagement de peine. Toutefois, la mascarade subie par le juge en commission d'application des peines ne tarde pas à découvrir ses ambitions, considérablement éloignées des exigences de réinsertion, pour rejoindre des intérêts disciplinaires ou comptables. Il s'agit surtout, par ce moyen, d'obtenir du juge de l'application des peines des décisions favorables aux besoins pénitentiaires.

949. L'article 712-5 du Code de procédure pénale dispose en son alinéa 1 : « Sauf en cas d'urgence, les ordonnances concernant les réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir sont prises après avis de la commission de l'application des peines ». *A priori*, seules les décisions quasi-juridictionnelles, – réductions de peine, autorisations de sorties sous escortes et permissions de sortir –, relèvent de la commission d'application des peines, depuis les vagues de juridictionnalisation des années 2000 et 2004. Il est assez éloquent, cependant, de remarquer la possibilité retrouvée, depuis la loi du n° 2014-896 du 15 août 2014¹⁹⁴⁴, de décider des aménagements de peine de droit commun pour les condamnations à des peines d'emprisonnement inférieures ou égales à cinq ans. L'article 720 du Code de procédure pénale prévoit en effet l'avis préalable de la commission d'application des

¹⁹⁴³ Elle fait l'objet de plusieurs mouvements législatifs. D'abord, la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution, (*JORF* du 30 déc. 1972, p. 13783), l'institue pour la libération conditionnelle. Puis, la loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale, (*JORF* du 23 nov. 1978, p. 3926), la généralise. Enfin, les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (*JORF* n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038) et n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (*JORF* n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567) réduisent son périmètre d'intervention face à la juridictionnalisation.

¹⁹⁴⁴ Loi du n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

peines pour tout aménagement de la privation de liberté en libération conditionnelle, détention à domicile sous surveillance électronique, placement à l'extérieur ou semi-liberté, dans le cadre de la libération sous contrainte. Dans ce cadre, le législateur exige seulement que la durée de la peine accomplie soit au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir¹⁹⁴⁵. De ce fait, si la commission d'application des peines n'a plus le monopole de l'ensemble des décisions d'aménagement des peines, elle regagne un terrain considérable, par le biais de la libération sous contrainte.

950. Des logiques carcérales – À cet égard, un auteur observe à juste titre la stratégie suivie par l'administration pénitentiaire dans le contournement du juge du siège, notamment mis en lumière par la circulaire du 26 décembre 2014¹⁹⁴⁶. La libération sous contrainte se distingue effectivement des aménagements de peine de droit commun de l'article 712-6 du Code de procédure pénale, par la poursuite d'un objectif totalement détaché du sens de la peine¹⁹⁴⁷. Aussi, la circulaire précise les critères d'octroi et de refus de son prononcé. Alors que les premiers ne sont pas liés aux efforts de réinsertion, les seconds sont motivés par le sémillant critère de dangerosité : « l'absence de projet de sortie ou d'efforts de réinsertion n'est pas un obstacle à l'octroi d'une libération sous contrainte. [...] En revanche, une grande dangerosité caractérisée de la personne détenue ou un risque de récidive très élevé pourrait justifier, au regard des circonstances propres à la situation de celle-ci, une impossibilité de prononcer une libération sous contrainte »¹⁹⁴⁸. Ce constat rejoint l'idée plus générale d'une manipulation du pouvoir judiciaire par l'administration pénitentiaire, par l'intermédiaire d'une instance guidée par des logiques carcérales. La commission d'application des peines, malgré une présidence confiée au juge du siège, est en réalité dirigée par les autres membres de droit, qui sont, selon le récent article 712-4-1 du

¹⁹⁴⁵ Art. 720, al. 1, du Code de procédure pénale.

¹⁹⁴⁶ Circulaire du 26 décembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales applicables au 1er janvier 2015 et portant sur la libération sous contrainte, l'examen obligatoire des peines d'emprisonnement supérieures à 5 ans en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle, la suppression de la procédure simplifiée d'aménagement de peine et de la surveillance électronique de fin de peine ainsi que sur la suppression de certains régimes spécifiques applicables aux récidivistes, NOR : JUSD1431153C. V. M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 2016-2017, p. 248, n° 142-21.

¹⁹⁴⁷ La circulaire l'énonce sans ambiguïté : « Les critères autorisant le juge de l'application des peines à prononcer une libération sous contrainte se distinguent clairement de ceux habituellement prévus pour bénéficier des aménagements de peine qui sont fondés sur l'existence d'un projet de sortie élaboré par la personne concernée (exercice ou recherche d'une activité professionnelle, participation essentielle à la vie de famille, etc.) et d'efforts sérieux de réadaptation sociale de la personne détenue. Ainsi la présentation d'un projet d'insertion ou de réinsertion n'est-elle pas une condition préalable au prononcé d'une libération sous contrainte » (1.4. Décision de libération sous contrainte ; 1.4.1. Critères d'octroi et de refus).

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*

Code de procédure pénale, le procureur de la République, le chef d'établissement pénitentiaire et les représentants du service pénitentiaire d'insertion et de probation¹⁹⁴⁹.

951. D'apparence juridictionnelle, la commission d'application des peines est présentée comme un organe consultatif, laissant au juge de l'application des peines le dernier mot. Pourtant, tout prête à voir, derrière ce simulacre de collégialité, la réunion d'un comité exerçant des pressions sur le juge, afin d'obtenir des décisions qui n'altèrent pas « le fragile équilibre existant dans l'établissement »¹⁹⁵⁰. Par leurs avis, procureur de la République et personnels pénitentiaires tentent de manœuvrer dans un intérêt étranger au condamné, de sorte que si le juge de l'application des peines est bien l'auteur matériel de ses ordonnances, il n'en est pas le seul auteur intellectuel. Non pas qu'il soit délétère de recueillir les observations de ceux qui accompagnent quotidiennement la personne incarcérée, au contraire, de tels retours peuvent être précieux pour le juge dans la prise de décision. Toutefois, lorsque ces observations se transforment en intimidation, la décision juridictionnelle devient indéniablement une mesure administrative. Dans cette entreprise, le juge est un dirigeant de paille, avec derrière lui, de nombreux actionnaires de poids. Or, très loin de reproduire les exigences du procès équitable, la commission d'application des peines invite des autorités non indépendantes ni impartiales à décider de l'aménagement de peine des condamnés. Le débat contradictoire est une simple faculté, comme le prévoit l'article D. 49-28 du Code de procédure pénale, qui autorise le juge à faire comparaître le condamné, mais ne l'y oblige pas. De la composition de la commission à la procédure suivie, aucune des garanties processuelles n'est préservée. Isolé dans l'enceinte pénitentiaire, entouré de ses membres, le juge de l'application des peines peut avoir le plus grand mal à imposer des décisions objectives. Minoritaire, sa position est neutralisée par l'attente d'un contingent de décisions déterminantes au maintien de l'ordre interne, que le chef d'établissement tente d'obtenir, en s'appuyant sur des informations fournies par le personnel pénitentiaire. Dans cette perspective, réductions

¹⁹⁴⁹ Les modalités de fonctionnement sont déterminées par le décret n° 2020-91 du 6 février 2020 relatif à la composition et au fonctionnement de la commission de l'application des peines et aux conditions de délivrance des permissions de sortir, et modifiant diverses dispositions du code de procédure pénale, *JO* 7 févr 2020.

¹⁹⁵⁰ V. M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 2016-2017, p. 246, n° 141-134.

de peines, permissions de sortir et autorisation de sortie sous escorte recouvrent un enjeu exclusivement disciplinaire, au lieu de rejoindre le jeu de la désistance¹⁹⁵¹.

952. La résurgence des mesures d'administration judiciaire – De plus, les mesures qui font l'objet de cette concertation sont précisément celles qui s'écartent le plus du procès équitable. Les mesures quasi-juridictionnelles sont en effet la résurgence des mesures d'administration judiciaire, en ouvrant uniquement la décision à la motivation et au droit de recours, sans offrir les garanties exigées en termes d'audience contradictoire et de droits de la défense. Hormis les crédits de réduction de peine ordinaires, accordés automatiquement depuis la loi Perben 2 du 9 mars 2004¹⁹⁵², la commission d'application des peines est sollicitée pour l'octroi des permissions et autorisations de sortir et des réductions supplémentaires de peine, ces dernières, – et elles seules –, supposant tout de même « des efforts sérieux de réadaptation sociale »¹⁹⁵³. Surtout, elle peut décider du retrait des mesures, alors même qu'aucun débat contradictoire n'est rendu obligatoire. Il s'agit ici d'une parfaite violation du procès équitable, puisqu'il est possible de révoquer une mesure en cas de mauvaise conduite du condamné, sans comparution ni droits de la défense. Saisi par le chef d'établissement, le juge de l'application des peines va donc siéger à ses côtés, ainsi qu'en présence du parquet, au rôle pour le moins ambigu, sans que la preuve ne puisse être contredite par le condamné. Validée par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 2001¹⁹⁵⁴, cette opportunité de sanction en dehors de toute condamnation pénale est pourtant contraire à l'équité et s'expose pour cette raison à la censure européenne, sur la base de la violation de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁹⁵⁵. De longue date, le juge européen reconnaît la nature pénale de telles décisions, maquillées en sanctions disciplinaires par l'administration pénitentiaire : « Pour expliciter la nature autonome de la notion de "matière pénale" figurant à l'article 6 de la Convention, la Cour a souligné que les États contractants ne pouvaient pas à leur guise qualifier une infraction

¹⁹⁵¹ Sur cette question, lire l'enquête de M. HERZOG-EVANS, *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2013, pp. 123-124.

¹⁹⁵² Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁹⁵³ Art. 721-1, al. 1, du Code de procédure pénale.

¹⁹⁵⁴ Cass. crim., 28 mars 2001, n° de pourvoi : 00-82284 et Cass. crim., 21 mai 2003, n° de pourvoi : 02-81861, *Bull. crim.* 2003, n° 106, p. 415 (à propos de la révocation de la mesure de libération conditionnelle).

¹⁹⁵⁵ Sur la violation de l'article 6, paragraphe 3 : CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, série A, n° 80, p. 35, §§ 68-69 ; CEDH, 15 juillet 2001, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, série A, n° 80 et grande chambre, 9 octobre 2003, Requêtes nos 39665/98 et 40086/98.

de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, puisqu'alors le jeu des clauses fondamentales de l'article 6 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Le rôle de la Cour en vertu de cet article est donc de s'assurer que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal (arrêt *Engel et autres* précité, p. 34, § 81) »¹⁹⁵⁶. Elle impose en conséquence l'application des dispositions du procès équitable : « Dans les circonstances de la cause, la Cour dit, à l'instar de la chambre, que la nature des charges à l'encontre des requérants ainsi que la nature et le degré de gravité des sanctions permettent de conclure que les deux intéressés ont fait l'objet d'accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention, lequel est applicable aux procédures devant le directeur de la prison »¹⁹⁵⁷. Pour autant, la chambre criminelle affirme dans les arrêts précités que la révocation d'une mesure pour inconduite notoire peut être confiée à l'autorité administrative, confirmant implicitement la soustraction des décisions liées à la discipline à la procédure pénale ordinaire.

953. L'instauration d'une procédure déjudiciarisée à l'égard des permissions de sortir – Loin de se dégager d'une telle dynamique pour réinsuffler une dose de juridictionnalisation à la procédure suivie en commission d'application des peines, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019¹⁹⁵⁸ renforce le contournement du juge de l'application des peines en instituant une procédure totalement déjudiciarisée à l'égard des permissions de sortir. L'article 723-3 du Code de procédure pénale dispose à présent, en son alinéa 3, que : « Lorsqu'une première permission de sortir a été accordée à un condamné majeur par le juge de l'application des peines en application de l'article 712-5, les permissions de sortir ultérieures peuvent, sauf décision contraire de ce magistrat, être accordées par le chef d'établissement pénitentiaire, selon des modalités déterminées par décret ». L'autorisation temporaire de s'absenter de l'établissement carcéral « a pour objet de préparer la réinsertion professionnelle ou sociale du condamné, de maintenir ses liens familiaux ou de lui permettre d'accomplir une obligation exigeant sa présence ». Il s'agit donc pleinement des objectifs de l'individualisation de la peine, dont la mise en œuvre résulte du pouvoir du juge de l'application des peines. Ici, après une seule intervention du juge, le législateur offre

¹⁹⁵⁶ CEDH, grande chambre, 9 octobre 2003, Requêtes nos 39665/98 et 40086, § 100.

¹⁹⁵⁷ *Ibidem*, § 130.

¹⁹⁵⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

un formidable pouvoir à l'administration pénitentiaire, en permettant la délégation des permissions de sortir suivantes. Ce levier indispensable à l'évaluation des capacités du condamné à se réadapter à la société, avant d'accorder une éventuelle sortie, change définitivement de cap, entre les mains du chef d'établissement. Au lieu d'outil de réinsertion, il devient enjeu de discipline. Déjà par le passé, par le jeu de l'article 712-8 du Code de procédure pénale, l'administration pénitentiaire avait gagné le droit de modifier les horaires d'entrée ou de sortie du condamné de l'établissement pénitentiaire, ou de sa présence en un lieu déterminé : « lorsqu'il s'agit de modifications favorables au condamné ne touchant pas à l'équilibre de la mesure »¹⁹⁵⁹. Dans la droite ligne d'une politique criminelle réduisant le juge de l'application des peines à un magistrat occasionnel¹⁹⁶⁰, la dernière réforme confère un pouvoir encore plus grand au chef d'établissement, en lui donnant l'opportunité de moduler la privation de liberté elle-même. Fort heureusement, le juge peut en décider autrement, et reste compétent en cas de refus d'accorder la sortie de la part du chef d'établissement. Gageons néanmoins du risque, – après une première décision prise sous l'égide de la commission d'application des peines –, que le juge du siège ne voit pas l'intérêt de résister aux pressions existantes, en refusant de déléguer un pouvoir déjà perverti.

954. *A contrario*, la loi de programmation pour la justice prévoit une possibilité de statuer sans la présence du chef d'établissement pour les condamnés placés sous détention à domicile sous surveillance électronique ou sous placement extérieur sans surveillance de l'administration pénitentiaire¹⁹⁶¹. Maigre consolation toutefois, puisqu'il s'agit de condamnés extérieurs à l'établissement pénitentiaire, qui échappent *de facto* à la surveillance carcérale. En définitive, la pérennisation du chantier « sens et efficacité des peines » par la réforme du mécanisme des permissions de sortir attribue bien le volet de l'efficacité de la peine à l'administration pénitentiaire, mais au prix de son sens, perdu par le juge de l'application des peines. Peu à peu, le législateur accepte de repousser les limites de la manipulation du juge de l'application des peines, en donnant à l'administration pénitentiaire les moyens de le contourner : « Malgré cette présence de l'autorité judiciaire, une nouvelle tendance se fait très largement ressentir. À côté des juges, les directeurs des établissements pénitentiaires ainsi que les directeurs

¹⁹⁵⁹ Art. 712-8, al. 2, du Code de procédure pénale, introduit par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁹⁶⁰ M. GIACOPELLI, « Renforcer l'efficacité et le sens de la peine », *JCP G* 2019, n° 15, p. 692.

¹⁹⁶¹ Art. 712-4-1, al. 2, du Code de procédure pénale.

des services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) apparaissent progressivement comme des intervenants cardinaux dans l'application des peines. Justifiées par une volonté de dynamiser et simplifier les aménagements de peines, ces participations offrent un visage contrasté de l'application des peines en France. Cette diversité de protagonistes dans le pouvoir décisionnel ou prédécisionnel ne favorise pas une lecture claire de la phase post sententiam ; pire, cette ambition de simplification se mue parfois en une complexité préjudiciable aux condamnés. On le voit, l'application des peines reste encore une phase tourmentée du procès pénal malgré l'effort du législateur – par l'instauration des juridictions de l'application des peines – de structurer davantage ce domaine »¹⁹⁶².

B) La justice prédictive

*« Après l'essor d'internet et de la dématérialisation, l'open data des décisions de justice, couplé au développement des algorithmes et de l'intelligence artificielle, soumettent en effet le juge à un défi nouveau : celui de la justice prédictive, qui doit s'inscrire au cœur de notre réflexion prospective, de nos projets et de notre vigilance »*¹⁹⁶³.

955. Vigilance, prudence, et certainement méfiance, devant le bouleversement promis par la justice robotisée. Alors que l'article 10 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose qu'aucune décision de justice « impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne »¹⁹⁶⁴, le juge s'est vu reconnaître le droit de s'appuyer sur des statistiques, corroborés par d'autres justifications, pour établir son raisonnement juridique¹⁹⁶⁵. Le Conseil d'État, dès 2004, a en effet estimé que « si ces dispositions font obstacle à ce qu'une juridiction fonde sa décision sur les seuls résultats d'un traitement automatisé d'informations, elles n'ont en

¹⁹⁶² L. DE GRAËVE, « Juridictions de l'application des peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 6.

¹⁹⁶³ Propos tenus par Jean-Marc SAUVÉ, Vice-Président du Conseil d'État, dans le cadre du colloque organisé Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur le thème « La justice prédictive : un nouveau défi pour le juge », le 12 février 2018.

¹⁹⁶⁴ Modifié à l'article 21 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

¹⁹⁶⁵ CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 4 février 2004, n° 240023, publié au Recueil Lebon.

revanche ni pour objet ni pour effet de lui interdire de prendre en compte, parmi d'autres éléments d'appréciation, les résultats d'un tel traitement ». Ainsi l'analyse judiciaire fondée sur des moyens informatiques s'imisce-t-elle progressivement dans l'acte de juger. Mais l'espoir de prédiction (a) expose aux dangers de l'uniformité (b).

1) L'espoir de prédiction

956. La volonté de prédire les pratiques professionnelles des magistrats, par l'observation et l'analyse de la jurisprudence, quitte aujourd'hui le stade de la projection pour rejoindre une certaine concrétisation. Par le biais d'« instruments d'analyse de la jurisprudence et des écritures des parties, instruments qui permettraient de prédire les décisions à venir dans des litiges similaires à ceux analysés »¹⁹⁶⁶, la justice prédictive porte en elle la promesse de mettre un terme à l'aléa judiciaire. Les expériences en ce sens se multiplient¹⁹⁶⁷ et la Cour européenne des droits de l'homme vient elle-même d'être l'objet d'une telle étude. Par l'analyse de mots clés employés tant par les juges que les parties, les chercheurs parviennent à anticiper dans 79 % des cas la violation ou l'absence de violation de l'article considéré¹⁹⁶⁸. L'étude reconnaît tout de même l'importance déterminante des faits de l'espèce sur l'issue du litige, éléments que le logiciel ne peut intégrer.

957. La démocratisation de l'accès à la justice – Toujours est-il que le mouvement connaît un essor grandiose, qui ne s'arrête pas au stade de l'expérimentation. Ainsi, le développement des techniques d'intelligence artificielle se double de l'émergence de nouveaux acteurs juridiques, capable d'exploiter des données numériques de masse. En outre, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique permet de passer du *big data* à l'*open data*¹⁹⁶⁹, par la mise à disposition des bases de données

¹⁹⁶⁶ B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532.

¹⁹⁶⁷ V. notamment une étude portant sur 628 affaires de la Cour Suprême, le modèle statistique parvenant à prédire correctement l'issue des 75 % des cas présentés (T.-W. RUGER et al., « The Supreme Court Forecasting Project : Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision making » : *Columbia Law Review*, 2004, vol. 104, n° 4, pp. 1150-1210).

¹⁹⁶⁸ L'analyse a concerné 584 décisions rendues par la CEDH en lien avec les articles 3, 6 et 8 de la Convention. V. N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO et V. LAMPOS, « Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing perspective », 24 oct. 2016, étude accessible sur <https://peerj.com/articles/cs-93>.

¹⁹⁶⁹ Appellation apparue en octobre 1997, le *big data* correspond à des mégadonnées (ou données massives), dont la nature dépend de l'utilisateur qui bénéficie de leur mise à disposition et qui ne peuvent être exploitées par les seules capacités humaines ou les outils informatiques classiques. L'*open data*, quant à lui, concerne les données ouvertes, c'est à dire rendues publiques et libres de droit, donc accessibles et réutilisables.

jurisprudentielles. Bientôt aux mains des *legaltechs*, ces entreprises destinées à « démocratiser » l'accès à la justice, cette ouverture est bien permise par l'article L. 111-13 du Code de l'organisation judiciaire, lequel dispose : « les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées ». Le législateur est donc sensible aux indicateurs de performance et nourrit de grandes attentes en termes de prévisibilité des décisions de justice. De fait, la justice se place au premier rang de l'espoir de prédiction.

958. Il ne faut pas s'y tromper, loin d'être inspirée par des motifs philanthropiques, la justice prédictive est surtout guidée par le souhait de contrôler le risque judiciaire. Il s'agit principalement, pour l'heure, d'envisager par avance le résultat d'un procès, ou sa durée, légitimes préoccupations pour le justiciable face aux méandres de la justice. En effet, ces nouvelles technologies se disent capables de prévoir une décision judiciaire, après analyse des données légales et jurisprudentielles. Par conséquent, la justice prédictive atteint d'abord le juge du procès, dont la jurisprudence, passée au crible de logiciels de pointe, devrait permettre de pronostiquer le jugement. Les innovations actuelles, qui ouvrent de telles perspectives, intéressent particulièrement le ministère de la Justice.

959. Les Legaltechs – D'abord limitées à des initiatives adressées aux avocats, afin d'améliorer la rentabilité des cabinets dans la gestion de tâches administratives, ce nouveau marché du droit offre à présent ses services aux justiciables. Depuis 2014, un véritable écosystème se développe en matière de « Legaltechs », sous l'impulsion gouvernementale. Ainsi, la Direction de l'information légale et administrative rend accessible, sur le site *Légifrance*, un corpus de décisions jurisprudentielles, tandis que le secteur privé l'exploite. L'association *Open Law* se présente à ce titre comme « un espace de travail et d'expérimentation pour l'ensemble des acteurs du monde du droit prêts à innover dans un mode collaboratif et ouvert ». Concrètement, cet incubateur juridique se traduit par une étroite collaboration avec les pouvoirs publics, puisqu'il accompagne la législation dans ses évolutions. Le projet *Open Doctrine*, par exemple, met en œuvre l'article 30 de la loi dite « Lemaire » du 7 octobre 2016, qui réaffirme le droit pour les chercheurs de diffuser leurs travaux sur une plateforme d'archive publique, en rassemblant les travaux de recherche pour les spécialistes du droit. Mais

le groupe va bien plus loin dans le souhait de prédiction, puisqu'il affirme, à l'occasion d'un procès fictif consacré au jugement par le biais d'une plateforme à l'ère du numérique, que : « L'objectif est de s'interroger sur les enjeux de la justice privée à l'heure des plateformes, et plus généralement de l'impact du numérique sur les procédures de justice, au travers d'une simulation de procès neutre et sans parti pris »¹⁹⁷⁰. Neutre et sans parti pris, telle est souhaitée la justice de demain. Précisément les qualités d'un juge du siège, – indépendant et impartial –, mais certainement pas ceux d'un jugement, qui doit nécessairement prendre le parti, ou non, de la cause soumise à son appréciation. De son côté, l'Association française de normalisation vient de créer une certification, payante, de « juriste numérique » et l'école française du barreau, ainsi que certaines universités, proposent des formations spécialisées en matière de transformation numérique du droit¹⁹⁷¹.

960. Dans le sillage de ces initiatives, le paysage juridique ne se contente plus d'appréhender l'idée d'une justice statistique, il en intègre les moyens. A l'instar du site *Légifrance*, les bases de données nationales de jurisprudence fleurissent, la Cour de cassation diffusant notamment, par le biais des serveurs *Jurinet* et *JuriCa*¹⁹⁷², l'intégralité de ses arrêts et avis ainsi que l'ensemble des décisions civiles motivées des cours d'appel¹⁹⁷³. L'intervention des entreprises de *Legaltech* se place justement à ce niveau, en promettant aux justiciables d'anticiper le risque juridique, par l'analyse de cette masse de données¹⁹⁷⁴. Elles escomptent ainsi garantir la sécurité juridique, par des décisions de justice prévues, ou du moins, déjà connues. En matière civile et administrative, un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé «

¹⁹⁷⁰ L'ensemble des informations relatives à l'association *Open Law** (le droit ouvert) est disponible sur le site : <https://openlaw.fr/travaux/programmes/jugee-par-une-plateforme-justice-privee-et-justice-publique-lere-du-numerique>.

¹⁹⁷¹ L'Université Paris 2 en est l'une des pionnières, avec un « Diplôme d'Université Transformation numérique du droit & LegalTech » mis en place depuis 2017.

¹⁹⁷² La base *Jurinet* comprend l'ensemble des décisions rendues par la Cour de cassation et les juridictions ou commissions juridictionnelles placées auprès d'elle, ainsi que les décisions des juridictions du fond présentant un intérêt particulier. *JuriCA*, inaccessible au public, rassemble l'ensemble des arrêts rendus par les cours d'appel ainsi que les décisions juridictionnelles prises par les premiers présidents de ces cours ou leurs délégués (selon Loïc CADIET, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 1, avr. 2018, entretien 2).

¹⁹⁷³ Soit près de 850 000 décisions en stock et 15 000 environ en flux annuel, pour les arrêts et avis de la Cour de cassation et près de 1,7 millions de décisions de cours d'appel en stock et 150 000 environ en flux annuel. V. É. BUAT-MÉNARD, « La justice dite "prédictive" : prérequis, risques et attentes - l'expérience française », *Les cahiers de la justice*, 2019, p. 269.

¹⁹⁷⁴ V. C. BÉGUIN-FAYNEL, « L'open data judiciaire et les données personnelles : pseudonymisation et risque de ré-identification », *Arch. phil. droit* 60, 2018, pp. 153-181 : « Nouveau prisme d'observation, l'analyse par les risques permet l'adoption de mesures tendant à prévenir leur survenue. Consubstantiellement, la justice dite prédictive est liée à la question de l'ouverture de l'accès aux décisions de jurisprudence. Prédire les tendances du contentieux postule de soumettre le maximum d'arrêts et de jugements à l'analyse algorithmique, tâche à laquelle s'attellent les Legaltechs ».

DataJust » vient d’être mis en œuvre, par le décret du 27 mars 2020¹⁹⁷⁵. Cet algorithme vise à élaborer un référentiel des montants d’indemnisation des préjudices corporels, basé sur la jurisprudence. Publié au beau milieu de l’état d’urgence sanitaire, ce décret souhaite uniformiser les barèmes d’indemnisation, réduisant *de facto* la marge d’appréciation du juge. Selon les développeurs de l’outil, juges et parties sortent gagnants de ces plafonds indicatifs, puisque les victimes « pourraient comparer en pleine connaissance de cause les offres d’indemnisation des assureurs et les montants qu’elles pourraient obtenir devant les tribunaux ; les avocats disposeraient d’informations fiables leur permettant de conseiller leurs clients ; les magistrats auraient un outil d’aide au chiffrage des préjudices grâce à un accès facilité à des jurisprudences finement ciblées »¹⁹⁷⁶. Pour ce faire, l’algorithme « recense les montants demandés et offerts par les parties, les évaluations proposées dans le cadre de procédures de règlement amiable des litiges et les montants alloués aux victimes pour chaque type de préjudice », à partir des décisions rendues en appel entre le 1er janvier 2017 et le 31 décembre 2019 par les juridictions administratives et les formations civiles des juridictions judiciaires dans les seuls contentieux portant sur l’indemnisation des préjudices corporels¹⁹⁷⁷. L’article 2 du décret précise les catégories de données recueillies, à savoir les éléments d’identification des personnes physiques, les données et informations relatives aux préjudices subis, aux expertises médicales, celles qui concernent la vie professionnelle et la situation financière, mais également les données relatives aux condamnations pénales et aux fautes civiles.

961. Très complète, cette base d’information a été validée par la Commission nationale de l’informatique et des libertés, non sans quelques réserves. En effet, dans sa délibération n° 2020-002 du 9 janvier 2020, elle souligne clairement les risques d’iniquité du traitement *DataJust*, en estimant qu’« une attention particulière devra être portée aux évolutions envisagées de l’algorithme et plus particulièrement à la présence d’éventuels biais (pratiques discriminatoires liées par exemple à l’origine ethnique, au

¹⁹⁷⁵ Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant création d’un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust », *JORF* du 29 mars 2020, NOR: JUST1930979D ; V. « Évaluation du préjudice et justice prédictive : le décret "DataJust" est publié », *JCP G*, n° 15-16, 9 avr. 2020, 255-258, p. 10.

¹⁹⁷⁶ Selon les déclarations de l’équipe de recherche, sur le site d’Etalab (département de la direction interministérielle du numérique (DINUM), dont les missions et l’organisation sont fixées par le décret du 30 octobre 2019. Il coordonne notamment la conception et la mise en œuvre de la stratégie de l’État dans le domaine de la donnée : <https://www.etalab.gouv.fr>).

¹⁹⁷⁷ Art. 1 et 2 Décr. n° 2020-356, 27 mars 2020, *JO* 29 mars.

genre ou encore à la situation géographique) »¹⁹⁷⁸. En outre, l'autorité s'interroge sur l'intérêt de prendre en compte les fautes civiles sans lien avec une infraction ou condamnation pénale, pour évaluer l'indemnisation moyenne consentie par les juges : elle reconnaît ici implicitement les risques de dérives du système, par l'incorporation de facteurs extérieurs au jugement. Alors que le juge a les capacités intellectuelles de moduler sa décision en fonction de paramètres particuliers à une affaire, l'algorithme ne reflètera qu'une uniformité faussée. Il est davantage question, ici, de justice quantitative, que de justice prédictive, le logiciel n'étant pas capable d'intégrer les subtilités d'une décision¹⁹⁷⁹. En réalité, cette barémisation des montants d'indemnisation fige la liberté du juge, au détriment des justiciables. C'est en tous les cas les conclusions de la Mission de recherche Droit et Justice, à l'occasion d'une étude menée sur le sujet. En février 2019, dans un rapport intitulé : « La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit »¹⁹⁸⁰, l'équipe s'est intéressée aux indemnités versées en cas de licenciement abusif, lesquelles font l'objet d'un plafond obligatoire. En effet, depuis 2017, le barème « Macron »¹⁹⁸¹ encadre l'office du juge en matière prud'homale¹⁹⁸², de manière défavorable pour les salariés, puisque le rapport relève qu'environ 59 % des décisions allouent davantage d'indemnités que le barème actuel, notamment pour les salariés à faible ancienneté¹⁹⁸³. L'introduction récente d'un outil destiné à permettre « une meilleure administration de la justice » en matière d'indemnisation des préjudices corporels inquiète donc à juste titre, quant aux risques ultérieurs de contournement du juge du procès, par la création d'un barème¹⁹⁸⁴. La Commission nationale de l'informatique et des libertés reconnaît bien volontiers que le traitement automatisé permet « d'effectuer des choix de manière plus éclairée quant à la pertinence ou non d'engager un contentieux ». À terme, certaines victimes

¹⁹⁷⁸ CNIL, Délibération n° 2020-002 du 09 janvier 2020 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust » (demande d'avis n° 19020148), NOR : CNIX2008724.

¹⁹⁷⁹ S. PRÉVOST, P. SIRINELLI, « Madame Irma, Magistrat », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 557

¹⁹⁸⁰ Mission de recherche Droit et Justice, « La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit », Rapport final, 6 février 2019.

¹⁹⁸¹ La définition de seuils planchers et plafonds pour l'indemnité de licenciement abusif fait suite à l'ordonnance n°1387 du 22 septembre 2017. Le chapitre II de l'ordonnance n°1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail instaure des montants planchers et des montants plafonds des indemnités relatives à la réparation du licenciement irrégulier ou sans cause réelle ni sérieuse. Ce barème a été validé par le Conseil constitutionnel (décision n°2018-761 du 21 mars 2018) et s'applique à tous les licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017. La loi 2018-217 du 29 mars 2018 a ratifié les ordonnances prises à l'automne 2017 concernant la réforme du Code du travail, dont cette ordonnance n° 1387.

¹⁹⁸² T. COUSTET, « Indemnités prud'homales plafonnées : l'office du juge à l'épreuve du barème », *Dalloz actu.*, 15 sept. 2017.

¹⁹⁸³ V. P. JANUEL, « Du barème Macron à la CEEE : les barèmes fonctionnent-ils ? », *Dalloz actu.*, 31 mai 2019.

¹⁹⁸⁴ P. JANUEL, « Datajust : un algorithme pour évaluer les préjudices corporels », *Dalloz actu.*, 1er avr. 2020.

pourraient renoncer à se présenter devant un tribunal pour obtenir réparation d'un préjudice corporel, devant les faibles prédictions de succès.

962. Dans les faits, l'algorithme rassure, en ce qu'il établit une certitude scientifique qui semble surpasser le jugement aléatoire des hommes : « La justice prédictive rêve secrètement d'un monde où les rapports sociaux ne seraient plus mis en forme par la politique et le droit mais la technique elle-même. Ce qui nous incline à interpréter les *legaltech* dans ce sens, c'est le fait avéré qu'aujourd'hui, le public est plus rassuré par une vérité établie mathématiquement et scientifiquement que par une décision humaine, fût-elle entourée des garanties procédurales »¹⁹⁸⁵. Le rituel du procès et les atermoiements du juge sont supplantés par la technologie, qui semble être synonyme de perfectionnement dans l'art du jugement. En cela, les grilles de prédiction représentent une mutation dangereuse pour l'institution judiciaire, en ce qu'elles offrent de remplacer l'intervention humaine, nécessairement faillible, par la machine, par définition implacable. Sous couvert de réduire l'arbitraire, la justice prédictive atrophie les qualités essentielles du procès pénal. A l'expérience, la sagesse et l'hésitation, sont préférées l'efficacité et la perfection. Dès lors qu'il doit prêter allégeance à cette forme de justice moderne, le juge du siège devient un transfuge, contraint de sacrifier l'intuition intellectuelle pour rallier un pragmatisme chiffré.

963. L'amende forfaitaire – Loin de s'arrêter aux frontières du contentieux civil, la justice prédictive n'hésite pas à pénétrer le champ répressif. En matière pénale, une forme de justice prédictive existe déjà, dans le domaine contraventionnel et délictuel, avec l'amende forfaitaire, dont le montant est fixé à l'avance. L'application des peines est quant à elle à la pointe des *Legaltech*, puisque la plateforme numérique de l'agence nationale du travail d'intérêt général est née du projet « *Hackathon Justice Lab* ». Cette initiative des pouvoirs publics, remportée par un avocat, a consisté à mettre en concours pendant quarante-huit heures des participants, tous horizons confondus, pour imaginer la nouvelle surface digitale. Si cette dernière est sobrement présentée comme un moyen d'améliorer la mise en œuvre de la peine de travail d'intérêt général, les lauréats du concours indiquent une démarche visant à instaurer un suivi dématérialisé du condamné. La plateforme numérique pourra ainsi sélectionner l'offre la plus adaptée au délinquant,

¹⁹⁸⁵ A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, n° 1-2, 9 janv. 2017, pp. 47-52.

avec un système de géolocalisation et de réservation en ligne et un tableau de bord informatisé permettra au référent des tigitistes de l'entreprise de reporter « au jour le jour » l'activité des intéressés¹⁹⁸⁶. Finalement, le service pénitentiaire d'insertion et de probation n'aura plus à évaluer la personnalité du condamné pour déterminer les modalités de réinsertion les plus adéquates et le juge de l'application des peines pourra prendre des nouvelles du condamné à distance. La loi de programmation pour la Justice prône elle-même la transformation numérique, en lui consacrant près de cinq-cent-trente millions d'euros¹⁹⁸⁷. Outre la possibilité de porter plainte en ligne et de se constituer partie civile par voie dématérialisée, elle restreint l'accès au juge pénal par l'extension de la procédure d'amende forfaitaire délictuelle. Mais en dehors de ces procédures forfaitaires, le juge du procès et le juge de l'application des peines demeurent les instances décisionnelles en matière répressive.

964. DataJust – Or, le décret *DataJust*, en mettant pour la première fois à la disposition des justiciables un outil de remplacement du juge civil, ouvre pleinement la voie du virage numérique, dans tous les domaines judiciaires. Le décret du 29 juin 2020 qui le complète assure d'ailleurs la mise à la disposition du public des décisions de l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives¹⁹⁸⁸. Dans ce contexte propice, gageons de la contamination prochaine de la matière pénale par une justice mathématique et économique, malgré les mises en garde qu'elle suscite. Les magistrats des cours d'appel de Rennes et de Douai se sont en effet montrés très critiques à l'égard du logiciel « Predictice », dont l'algorithme devait permettre d'établir les chances de succès d'un dossier judiciaire et d'évaluer le montant des indemnités financières, après une expérimentation menée d'avril à juin 2017 dans ces ressorts. Dénonçant des résultats parfois aberrants, le premier président de la cour d'appel de Rennes a relevé les graves insuffisances de la technologie déployée : « le logiciel ne s'intéresse qu'au dispositif d'une décision de justice. L'algorithme ne sait pas lire toutes les subtilités de la motivation, surtout lorsque la décision est complexe. Or, par exemple en appel, le dispositif peut très bien confirmer une partie de la décision des premiers juges et le

¹⁹⁸⁶ Lire le reportage consacré au vainqueur du concours : « Les LegalTech — qu'en pensent les avocats ? Épisode 5 — interview avec Arthur Sauzé, gagnant du Hackaton Justice Lab », sur [medium.com](https://medium.com/@caseonefrance/les-legaltech-when-pensent-les-avocats-a2b186586fe8), 7 février 2018 (<https://medium.com/@caseonefrance/les-legaltech-when-pensent-les-avocats-a2b186586fe8>).

¹⁹⁸⁷ V. ministère de la Justice, Dossier de presse, *Transformation numérique de la Justice – Présentation*, novembre 2018.

¹⁹⁸⁸ Décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives.

logiciel ne saura pas dire quels éléments sont confirmés et de quelle manière. Il ne faut pas perdre de vue qu'une décision de justice est une œuvre intellectuelle complète et souvent complexe »¹⁹⁸⁹. Pourtant, tout en reconnaissant que ce logiciel « participant d'une approche dont la modernité était reconnue, méritait d'être sensiblement amélioré, et ne présentait pas en l'état de plus-value pour les magistrats qui disposent déjà d'outils de grande qualité d'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation et des cours d'appel »¹⁹⁹⁰, le ministère de la Justice met en œuvre un dispositif similaire, trois ans plus tard, avec *DataJust*. Cette convergence entre science et justice inquiète donc à juste titre, en matière pénale, tant elle apparaît comme une solution inespérée pour les pouvoirs publics de résoudre les difficultés que représente la justice traditionnelle, coûteuse et chronophage. De fait, ce *jus ex machina* est synonyme de rentabilité judiciaire, économe en temps comme en argent. Les promoteurs de cette révolution informatique plébiscitent l'homogénéisation des contentieux grâce au pré-jugement informatique, instrument de sécurité juridique¹⁹⁹¹. Toutefois, le passage d'une justice artisanale à une justice capitaliste¹⁹⁹² n'est vecteur d'optimisation judiciaire que sur le plan quantitatif et nullement qualitatif. La combinaison – surhumaine – de millions de données numériques est incapable de remplacer l'appréciation – humaine – de la singularité d'un dossier. Malheureusement, la mutation provoquée par ces puissants outils de projection virtuelle transcende la sensibilité humaine, laquelle apparaît bien artificielle au regard des stratégies juridico-scientifiques. La liberté du juge s'en trouve nécessairement affectée et les décisions atypiques disparaissent au profit de l'uniformité.

2) Les dangers de l'uniformité

965. Éviter le juge – Formidable gain de temps judiciaire, la technologie concourt surtout à l'évitement du juge, dans tous les contentieux considérés. Derechef, l'automatisation des services juridiques poursuit le but non avoué d'éviter les procès et de contourner par ce biais l'ensemble des juges du siège, au profit d'une mesure de

¹⁹⁸⁹ X. RONSIN, « Entretien suite au communiqué commun avec la Chancellerie du 9 octobre 2017 », *Dalloz actu.*, 16 oct. 2017.

¹⁹⁹⁰ V. *Expérimentation de la justice prédictive* : Réponse du Ministère de la justice publiée dans le *JO Sénat* du 28/12/2017 - page 4694.

¹⁹⁹¹ V. Allocution de Monsieur Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation, lors du colloque « La justice prédictive » organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le lundi 12 février 2018.

¹⁹⁹² A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *op. cit.*

médiation ou de conciliation réalisée en amont du procès. En matière pénale, ce stratagème pourrait diriger le délinquant vers l'acceptation d'une mesure de médiation ou de composition pénale, plutôt que de se lancer dans un vrai procès, à l'issue incertaine, voire défavorable. La connaissance anticipée des chances de réussite d'un procès est une incitation implicite à recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges, dès lors qu'un calcul de probabilité doit dissuader le justiciable de porter sa cause devant le juge. Source de précieuses économies pour le maigre budget alloué à la justice, le contournement du juge de la sentence au profit du magistrat du ministère public pourrait avoir des conséquences dévastatrices sur la sanction pénale. Retirée au juge de l'application des peines, elle serait confiée à un magistrat du parquet, lequel n'est pas indépendant ni impartial. Ainsi, le justiciable opterait de lui-même pour une justice négociée, où l'exécution de la peine est assurée par une autorité judiciaire non spécialisée. Les alternatives au procès ne doivent pas lui faire obstacle, en ce qu'elles représentent des compromis à la justice équitable. L'office du juge de l'application des peines pourrait donc souffrir d'un court-circuit idoine à celui du juge processuel, en raison des pronostics fournis par les outils de prédiction.

966. Les conséquences de ces présupposés pourraient bien se révéler redoutables, dans le fragile contexte de l'application des peines, où la juridictionnalisation ne fait pas l'unanimité. Selon la hiérarchisation des données analysées, mais également leur contenu, il serait loisible aux concepteurs des logiciels, selon les instructions reçues, d'orienter la réponse pénale. La déconstruction progressive des acquis du juge de l'application des peines pourrait en cela être renforcée, les prévisions délivrées servant alors la cause des contempteurs d'un juge déjà décrié. En ce sens, l'hétérogénéité de ses décisions, répondant justement à la personnalisation des sanctions, s'oppose par nature à cristalliser la peine. L'évaluation statistique de sa jurisprudence aurait vocation à dissuader quiconque de se remettre à son jugement. Par conséquent, la proposition d'une sanction par le procureur de la République à l'auteur d'une infraction serait favorisée, pour éviter l'exécution d'une peine aléatoire, malgré l'amointrissement des garanties procédurales. Périlleuse, la justice prédictive ouvre une voie légale à la neutralisation du juge de l'application des peines. Les autorités publiques y verront sans doute l'opportunité de se délester d'un acteur contraignant, alors que les politiques sécuritaires commandent la simplification judiciaire. À terme, dans cette vision globale de la chaîne contentieuse : « Le marché des services juridiques

et juridictionnels finira par sélectionner lui-même les acteurs les plus efficaces, certains ayant vocation à disparaître et d'autres à se repositionner »¹⁹⁹³.

967. Une obligation de résultat – L'idée, pour le moment, est celle d'une complémentarité entre le juge et l'équation arithmétique¹⁹⁹⁴. La justice prédictive serait un simple instrument au service du jugement, une indication laissée à l'appréciation du juge du siège. Sa montée en puissance, notamment en matière civile, laisse craindre néanmoins l'envahissement progressif du procès pénal. Loin d'être sans conséquence, la justice prédictive porte le risque d'imposer au juge du siège non plus une obligation de moyen mais celle d'un résultat, et l'exhorte à la prudence. Dans ce contexte, le juge processuel n'est pas le seul menacé, l'exécution des peines étant particulièrement propice à son épanouissement. Cernée par l'objectif de prévention de la récidive, la dernière phase de la procédure pénale est de plus en plus dominée par des logiques administratives, qui sacrifient la désistance sur le terrain de la surveillance. L'analyse de la jurisprudence, en la matière, pourrait conduire, - selon les critères retenus par l'algorithme -, à privilégier des décisions sécurisantes à celles qui reposent sur la confiance. La détention à domicile sous surveillance électronique, notamment, fait l'objet d'une surabondance législative, qui se répercute nécessairement dans les décisions relatives à la peine. Si le logiciel se fonde sur les décisions des juridictions correctionnelles, auxquelles le législateur voudrait donner priorité dans l'aménagement de peine, la justice prédictive pourrait exhorter le juge de l'application des peines à recourir systématiquement au bracelet électronique, au lieu d'opter pour des aménagements plus adaptés à la personnalité du condamné. En effet, par le suivi étroit qu'il consacre à ce dernier, le juge de l'application des peines dispose d'éléments qui échappent à la juridiction de jugement et qui permettent une réelle individualisation de la sanction pénale, comme le prévoit le législateur. La justice prédictive pourrait annihiler l'office du juge de l'application des peines, en uniformisant des décisions qui se doivent, au contraire, d'être individualisées. En ce sens, il a déjà pu être démontré que les algorithmes utilisés dans le calcul du risque de récidive étaient biaisés par la reproduction des préjugés sociaux de leurs développeurs¹⁹⁹⁵. Le juge de l'application

¹⁹⁹³ Rapport de l'Institut Montaigne, *Justice : faites entrer le numérique*, nov. 2017, p. 68.

¹⁹⁹⁴ V. J. PEROT, « [Point de vue...] Libérée(s), délivrée(s)... », *Lexbase Pén.*, La lettre juridique n°807, 19 décembre 2019 : Éditorial.

¹⁹⁹⁵ P. CORNILLE, « Justice prédictive : est-ce un oxymore ? », *AJFI*, juill. 2017, repère 7.

des peines sera ainsi incité à privilégier une décision sécuritaire, en refusant par exemple l'aménagement ou la conversion de peine, au nom du risque de récidive. Qu'elle contourne le juge de l'application des peines, ou influence la prise de décision, la justice prédictive dévoie nécessairement son identité, en contrecarrant la fonction d'individualisation qui est la sienne. Dans l'une des premières réflexions consacrées à la justice prédictive, le magistrat Antoine Garapon relève que : « Ce qui fait la pression sur un jugement, c'est bien sûr la gravité de l'enjeu et surtout ses conséquences humaines (plus encore que financières) mais c'est aussi le regard du public. Savoir que les médias sont présents, que quoi qu'il décidera le juge sera sévèrement critiqué (on songe aux affaires de terrorisme où remettre un suspect en liberté, c'est risquer la vie de ses concitoyens). Le juge redoute cette honte. Les big data, en prédisant ce que d'autres de ses collègues auraient décidé, mettent le juge sous pression ou le dédouanent de toute responsabilité ». Il met ici en exergue une donnée primordiale du jugement : ses conséquences humaines. Plus que tout autre, le domaine de l'exécution des peines expose le juge du siège au danger. En déterminant les modalités de la sentence, le juge réalise un pari sur l'avenir et ne se limite pas à l'acte de juger : il jauge les chances de réadaptation sociale du délinquant. Si les retombées de ses choix sont négatives, il encourt l'opprobre de l'opinion publique. Le juge de l'application des peines, en décidant de remettre en liberté, en refusant de céder à la tentation de la mesure de sûreté, en accordant une permission de sortir, accepte toujours une prise de risque. En retour, il restaure le condamné dans la citoyenneté et lui donne une véritable chance de se réinsérer.

968. La peine et l'algorithme – Aujourd'hui, le contrôle social ardemment souhaité par les pouvoirs publics s'oppose précisément à cette démarche. Aux États-Unis, la pratique de l'« evidence based sentencing »¹⁹⁹⁶ consiste à lier la décision sur la peine à un score attribué en fonction de son risque de récidive, de sorte que « la peine n'est plus décidée en fonction de la gravité de l'infraction mais uniquement ajustée à la prévisibilité statistique de la réitération d'une infraction »¹⁹⁹⁷. Ainsi, les préjugés issus de solutions appliquées au plus grand nombre l'emportent sur l'étude d'un cas

¹⁹⁹⁶ V. les explications, en ligne, du *Center for sentencing initiatives* : « The NCSC was one of the first organizations to use the term “evidence-based sentencing” (EBS). EBS refers to a set of sentencing practices designed to promote public safety through risk reduction and management of probation-eligible offenders » (<https://www.ncsc.org/csi/evidence-based-sentencing>).

¹⁹⁹⁷ A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *op. cit.*

singulier, au nom de la prévention de la récidive. Le juge de l'application des peines, auquel il est demandé de personnaliser la sanction pénale en fonction des efforts de réintégration sociale, doit faire preuve de discernement, lorsqu'il évalue la bonne foi du condamné. Il appréhende donc la peine selon des critères fluctuants, qui rejoignent l'opportunité et l'équité. Selon la façon dont est posée une question, selon les nuances apportées dans la réponse, la décision pourra varier. L'on peut même dire, dans le cadre de l'exécution des peines, que la décision doit varier. Elle doit être taillée sur mesure pour permettre au condamné de se réinsérer. Le juge est celui « qui interprète les silences, les gestes, les regards, les postures »¹⁹⁹⁸. À l'inverse, la prédiction rejette toutes les données sensibles, pour ne retenir que les données comptables : « Une justice prédictive qui pré-dit la décision n'est pas une justice, car elle évince autant le juge que le justiciable, celui-ci réduit à un "cas" (et non un "cas d'espèce"), celui-là réduit à un copiste ou un imitateur, au mieux »¹⁹⁹⁹.

969. L'article 22 du Règlement européen du 27 avril 2016 sur les données à caractère personnel prohibe toute décision reproduisant le résultat algorithmique, sans en adapter la teneur au litige concerné : « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». Toutefois, le même texte permet aux États d'y déroger, à condition de pouvoir recourir au juge et d'avoir les moyens de contester la solution dégagée²⁰⁰⁰. Certains considèrent donc la justice prédictive comme un progrès, en ce sens qu'elle conserve la souveraineté du juge judiciaire, tout en l'incitant à stabiliser sa jurisprudence, tel le juge administratif²⁰⁰¹. Mais le juge judiciaire ne

¹⁹⁹⁸ I. DEFARGE, « La justice prédictive : le point de vue d'un magistrat », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 17, juin 2019, 17, pp. 141-146.

¹⁹⁹⁹ I. DEFARGE, « La justice prédictive : le point de vue d'un magistrat », *op. cit.*

²⁰⁰⁰ Cet article prévoit en son 2° que l'interdiction ne s'applique pas lorsqu'une telle copie : « est autorisée par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ». Dans ce cas : « le responsable du traitement met en œuvre des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée, au moins du droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement, d'exprimer son point de vue et de contester la décision » (Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, art. 22).

²⁰⁰¹ Pour une opinion en ce sens, lire Lémy GODEFROY, « La performativité de la justice "prédictive" : un pharmakon », *D.* 2018, p. 1979. L'auteur exprime les espoirs nés de la rationalisation de l'aléa judiciaire, au regard de la disparité des décisions du juge judiciaire face à la stabilité du juge administratif : « Le principe de l'indépendance du juge est à concilier avec l'impératif de sécurité juridique. [...] Cette part d'appréciation souveraine est source de défiance chez le justiciable due au sentiment de subjectivité qui lui est associé. Néanmoins, l'objectif n'est pas tant un alignement des pratiques qu'une mise en cohérence de leur diversité en rationalisant cette part irréductible d'aléa judiciaire ».

poursuit pas la même mission que le juge administratif et la défense des libertés individuelles suppose certainement une appréciation basée sur le particularisme, là où la défense de l'intérêt général admet une modélisation. Le 9 janvier 2018, le Professeur Loïc Cadiet a rendu son rapport à la garde des Sceaux, à la suite d'une mission consacrée à « L'open data des décisions de justice »²⁰⁰². L'auteur de l'étude ne masque pas son scepticisme à l'égard des futurs outils de prédiction, en ce qu'ils sont d'abord et avant tout, l'objet d'un commerce : « les bénéfices attendus de l'ouverture des décisions de justice seront plus importants pour les professionnels du droit et les professionnels de la réutilisation des données que pour le simple justiciable ». Il souligne ainsi le paradoxe entre les promesses de transparence de la justice prédictive et l'opacité des données collectées : « il est remarquable que si l'ouverture des décisions de justice au public est présentée comme un facteur de renforcement de la transparence de la justice, le traitement de ces données repose sur l'utilisation d'algorithmes qui peuvent demeurer parfaitement opaques aux yeux des usagers, ce qui inclut non seulement le public mais aussi les magistrats et les avocats. Les risques de cette opacité, notamment l'existence de biais déformant les résultats obtenus, ont largement été soulignés lors des auditions auxquelles la mission a procédé ainsi que dans les contributions qui lui ont été adressées, spécialement dans le champ de la justice dite prédictive, ce qui a en effet conduit la mission à recommander la mise en place d'une obligation de transparence des algorithmes, qui permettrait d'analyser le fonctionnement des outils concernés et d'en identifier les faiblesses ».

970. La Commission nationale de l'informatique et des libertés, elle aussi, a émis des réserves sur cette nouvelle forme de justice²⁰⁰³, qui heurte les préceptes fondamentaux du procès équitable. À ce titre, il est intéressant de remarquer que, derrière les promesses publicitaires de célérité et de sécurité juridique, « les algorithmes d'aide à la décision comme ceux de prise de décision attentent en réalité au droit au procès équitable au moins autant qu'ils ne le préservent »²⁰⁰⁴. En effet, l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui prévoit l'accès à un tribunal indépendant et impartial, exige « une

²⁰⁰² *L'open data des décisions de justice - Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, Rapports publics - La Documentation française, janvier 2018.

²⁰⁰³ Rapport de la CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et sur l'intelligence artificielle*, 15 déc. 2017, p. 47.

²⁰⁰⁴ S. MAY-FERRIÉ, « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *Procédures* n° 4, avr. 2018, étude 4.

procédure effective et accessible en vue de protéger les droits conventionnels et notamment la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire exécutoire »²⁰⁰⁵. Selon ces recommandations, la justice prédictive devrait donc s'entourer de précautions, afin de respecter les garanties procédurales essentielles. Or, loin de permettre une renonciation libre et éclairée à l'accès au juge, il est « fort à parier que les statistiques seront utilisées comme des moyens de pression sur le justiciable pour qu'il consente à un arrangement, ou qu'il renonce à son action »²⁰⁰⁶. De plus, la connaissance préalable au procès des probabilités de succès ou d'échec, ainsi que l'appréhension des décisions des pairs, sont des informations de nature à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité du juge, en affectant sa neutralité. Au-delà de l'atteinte, tant subjective qu'objective, au libre-arbitre du juge, par l'introduction de préjugés à la décision, la justice prédictive pourrait aller jusqu'à renverser les exigences du procès équitable, en remplaçant le tribunal par une machine, privant radicalement le justiciable de l'accès à son juge. Sauf à être reconnu comme une autorité judiciaire par le Conseil constitutionnel, lequel admet bien sous un tel syntagme des instances dépourvues d'indépendance, le logiciel de prédiction n'est pas légitime à remplacer l'humain. Le développement d'une cyberéthique « porte à croire que des machines, dénuées d'affects, seront un jour mieux à même de "fiabiliser" l'acte de juger »²⁰⁰⁷. Pourtant, répliquer l'humain, dans le cadre judiciaire, doit permettre, en toute indépendance et impartialité, l'égalité des armes, le débat contradictoire et la motivation précise des décisions. Or, le degré d'interactions permis par un robot, aussi intelligent soit-il, ne laisse que peu de place à la mise en récit d'un cas singulier. Corrélativement, il implique une relation inégale, sans véritable contradiction et une décision judiciaire sans explication dynamique. Sans indépendance ni impartialité, puisqu'elle dépend des données filtrées, sans garanties procédurales, puisqu'elle est chiffrée, la justice prédictive ne répond pas à l'équité. En matière pénale, particulièrement au sein de l'exécution des peines, le contournement du juge du siège par l'utilisation de tels moyens techniques contrevient à la nécessité d'adapter la sanction pénale à la manière d'un « justaucorps »²⁰⁰⁸. Négociée en amont du procès pénal, la répression ne répond plus à l'impératif de réinsertion mais à l'objectif de

²⁰⁰⁵ CEDH, Grande ch., 16 déc. 2010, n° 25579/05, *A, B et C. c/ Irlande*, § 245 : *JCP G* 2011, act. 58, obs. M. LEVINET ; V. aussi CEDH, 20 juill. 2000, n° 33951/96, *Caloc c/ France*, § 88.

²⁰⁰⁶ S. MAY-FERRIÉ, « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *op. cit.*

²⁰⁰⁷ Y. MENECEUR, « Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP G* 2018, doct. 190.

²⁰⁰⁸ I. DEFARGE, « La justice prédictive : le point de vue d'un magistrat », *op. cit.*

sécurisation. Uniformisée en aval du procès pénal, elle n'est plus individualisée et l'identité de son juge, à nouveau, dévoyée.

971. Fiction ou réalité ? – Fiction ou réalité, la justice prédictive porte en elle le rêve inavoué d'une fermeture de l'institution judiciaire : « comme on le dirait d'une boutique qui cesse son activité »²⁰⁰⁹. Fermées, les juridictions l'ont justement été en ce début d'année 2020, en raison de la crise sanitaire mondiale, qui a sévèrement touché la France. Un service judiciaire minimal, limité à l'urgence, a été maintenu pendant les mois de confinement imposés par l'épidémie. Comparée à une machine à l'arrêt²⁰¹⁰, la justice n'était plus en mesure de régler les conflits, alors même que les textes réglementaires proliféraient. L'administration continuait donc à agir, par un droit d'exception, tandis que la justice était paralysée, dans l'application du droit commun. Un auteur s'est alors interrogé sur la persistance du droit lorsque les juges sont empêchés. La réponse permet, sans doute, de mesurer l'importance des acteurs judiciaires : « Pour ceux qui, de Kantorowicz à Carbonnier, le font reposer sur la justiciabilité de la règle, la disparition, même momentanée, de "l'éventualité du jugement" pourrait bien être une disparition du droit lui-même, sur la même durée ». Le résultat est sans appel : sans juges, point de jugement et sans jugement, plus de droit. Qu'advierait-il en revanche en cas de substitution de la machine judiciaire humaine, fragile, par une machine mécanique, invincible ? L'éventualité du jugement, qui conditionne l'existence du droit, serait protégée. L'heure des balbutiements n'est plus d'actualité, et des voisins européens s'appêtent à déléguer certaines affaires judiciaires à un logiciel. L'Estonie, notamment, soumettrait à cette justice robotisée les affaires de contrats, pour des montants de moins de sept mille euros. Déjà, au Québec, une cour virtuelle décide de la culpabilité des justiciables dans le cadre des petits litiges commerciaux²⁰¹¹. La mise à l'écart du juge, par la justice prédictive, entre donc dans le champ des possibles. Mais elle suppose corrélativement la disparition de l'ensemble

²⁰⁰⁹ N. MOLFESSIS, « Le risque du Far West, Libres propos », *JCP G*, n° 15, 13 avr. 2020, 443, pp. 734-736.

²⁰¹⁰ Selon les déclarations de Jean-Michel HAYAT, premier président de la cour d'appel de Paris, dans un entretien accordé au journal *Le Point*, le 20 mars 2020 : « Nous ne tenons plus qu'une audience par semaine, pour les appels d'ordonnances de référé ou d'exécution provisoire des décisions rendues en première instance. J'ai également créé une audience consacrée au référé familial si jamais il y avait des difficultés majeures sur la résidence des enfants en période de confinement. J'ai préféré le prévoir avec des magistrats du pôle famille. Mais, pour le moment, nous n'avons pas eu de saisies à ce sujet. C'est vraiment impressionnant. On a l'impression d'être dans une énorme machine qui d'un seul coup s'arrête... ».

²⁰¹¹ Sur le développement de ces technologies à l'étranger, v. T. COUSTET, « La réalité derrière le fantasme de la justice robot », *Dalloz actu.*, 15 avr. 2019. Également, journal *Les échos*, « Les robots débarquent au tribunal », 19 juin 2019.

des facteurs qui interviennent dans le raisonnement judiciaire lorsqu'il est mené par un être humain.

972. En outre, il ne faudrait peut-être pas oublier que de nombreuses jurisprudences ont permis, par l'audace de leurs auteurs, de révolutionner la règle de droit. La justice prédictive, par son caractère éminemment conservateur, signe la fin des revirements jurisprudentiels, qui accompagnent pourtant l'évolution d'une société, ou du moins, encouragent le législateur à l'entériner. Paradoxalement, le juge est le premier allié des évolutions technologiques, comme le constate un auteur, au regard de l'adaptation plus lente de la législation : « Les revirements de jurisprudence sont donc primordiaux puisqu'ils permettent d'éviter au droit de devenir obsolète surtout à une époque où les avancées technologiques sont plus rapides que les modifications de la législation »²⁰¹². Mais il est surtout la seule instance capable d'équilibre, entre la théorie et la pratique. Sans rejeter le progrès technique, le juge doit l'équilibrer avec le respect du procès équitable. Dans cette perspective, l'objectif de prévention de la récidive ne doit jamais se détacher de l'impératif de réinsertion. Ici, la balance de la justice doit jouer pleinement son rôle, par la prise d'un risque mesuré, mais non aboli. La décision judiciaire doit donc supporter l'aléa judiciaire et accepter parfois la faillite, contre, souvent, de grandes réussites. La justice prédictive atteint la liberté du juge dans son essence, en imposant aux décisions judiciaires une cohérence métrique à la place d'une cohérence logique/ coexistence pacifique. Donner des réponses tranchées sur l'issue d'un jugement pourrait avoir des conséquences extrêmement dommageables sur l'application des peines, en influençant le juge par des arguments d'autorité. En traitant statistiquement le risque de récidive, la justice prédictive annihile la fonction d'individualisation de la peine et contourne l'identité du juge de l'application des peines : « Le problème n'est plus seulement celui d'une surveillance et d'un fichage de personnes condamnées justifiés par des impératifs de sécurité publique, mais celui d'un traçage généralisé et permanent réalisé par des dispositifs de plus en plus invisibles et facilité par l'ambivalence fonctionnelle des objets numériques. [...] L'impératif de prédiction de la récidive par un traitement statistique de données issues d'échelles de

²⁰¹² M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation*, Thèse, 2011. L'auteur renvoie à L.-M. DUONG, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 783 : « l'ineffectivité de la loi provient souvent du dépassement de la règle de droit par l'évolution technique d'internet et des pratiques de ses usagers ».

diagnostic, où "la rencontre avec l'altérité humaine" a été bannie, "Le positivisme dans la prévention de la..., revient actuellement à parier "sur l'avenir du sujet humain comme on parie sur un placement financier" »²⁰¹³.

Conclusion de la section 1

973. L'harmonisation des décisions judiciaires fait l'impasse sur l'harmonie des motivations du juge, contraint de favoriser le conformisme jurisprudentiel plutôt que de mobiliser l'intuition personnelle. Cette méthode d'aseptisation des décisions de justice aspire à empêcher toute autonomie et tout affranchissement du juge judiciaire, à laquelle elle fait offense. Il n'en demeure pas moins, que, face à une situation inédite, la machine restera interdite, là où l'humain fera preuve d'inventivité et d'imagination. Artificielle, l'intelligence d'une machine est inapte à remplacer l'œuvre humaine de justice. Bien réelle, l'existence d'une concurrence à l'application des peines est en passe de déstabiliser le juge. À ce titre, la neutralisation du juge de l'application des peines peut aller encore plus loin : tandis que la justice dématérialisée concourt à contourner l'identité du juge de l'application des peines, d'autres autorités tentent de l'usurper.

Section 2 : L'identité usurpée

974. Le contournement du juge de l'application des peines ne se limite pas à la négation de son pouvoir d'individualisation par l'administration. Aux confins de la procédure pénale, des acteurs extérieurs s'emparent de la sanction, au détriment de son juge naturel. Dépourvus des qualités essentielles au procès équitable, les concurrents provoquent une mutation préjudiciable à l'exécution des peines, qui déstabilise le juge du siège. Le sens de la peine en est irrémédiablement affecté, dès lors que l'identité judiciaire est dévoyée. Figure montante de la matière répressive, le ministère public est bien une autorité judiciaire, mais liée au pouvoir exécutif. Instances originales de la

²⁰¹³ P. PONCELA, « Dehors...La prison dans la tête – Quelques réflexions à propos des peines de milieu ouvert », *Archives de politique criminelle* 2013/I (n° 35), pp. 7-23.

répression, les autorités administratives sont bien indépendantes, mais détachées des garanties judiciaires. Usurpée, l'identité du juge de l'application des peines peut alors être détournée par un magistrat sans indépendance (Paragraphe I) ou par une administration indépendante (Paragraphe II).

Paragraphe I – Par une autorité judiciaire non indépendante

975. Mises en place par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, les procédures alternatives aux poursuites permettent au ministère public d'emprunter l'habit du juge de l'application des peines, en proposant une sanction au délinquant, en amont du procès pénal. L'usurpation de la fonction est ici totale, puisqu'il dispose de l'exécution d'une peine en toute autonomie (B). Mais elle peut également être partielle, lorsqu'il intervient comme un relais, dans le cadre des aménagements (A).

A) Un relais à l'aménagement de peine

976. Le parquet, variable d'ajustement des aménagements de peine – Parmi les principes directeurs de l'exécution des sentences pénales, l'article 707-1 du Code de procédure pénale attribue au parquet une place décisive : « Le ministère public et les parties poursuivent l'exécution de la sentence chacun en ce qui le concerne ». Ce qui concerne le procureur de la République, selon le législateur, dépasse ici à bien des égards le rôle d'un simple participant. S'il ne détient pas encore le rôle-titre de la dernière phase du procès pénal, - alors qu'il est déjà l'acteur principal de l'enquête -, le défenseur de l'ordre public est utilisé comme variable d'ajustement des aménagements de peine. Dans cette perspective, il intègre le cœur du processus décisionnel, évinçant partiellement le juge de l'application des peines.

977. Les deux vagues de juridictionnalisation de l'exécution des peines, par l'intermédiaire des lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004²⁰¹⁴, ont contribué à renforcer d'autres pouvoirs que ceux du juge de l'application des peines. Jadis, la nature

²⁰¹⁴ Lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

administrative des mesures d'aménagement des peines écartait automatiquement la magistrature, qu'elle juge ou requiert, mais le transfert juridictionnel l'a réintégrée dans son intégralité. Ainsi le parquet a-t-il été restauré en ces lieux, et le renforcement de ses pouvoirs est allé de pair avec l'accroissement du statut du juge de l'application des peines. Or, leurs intérêts antagonistes dans l'application des sentences pénales ne conduisent pas au partenariat, mais à la concurrence. Il faut donc en déduire une interdépendance des deux autorités judiciaires, l'une avançant là où l'autre recule.

978. Le parquet, fidèle serviteur des logiques carcérales – Malgré son statut, le lien du parquet avec l'administration pénitentiaire se révèle en filigrane, ce magistrat étant utilisé comme fidèle serviteur des logiques carcérales. Tantôt occupé à crédibiliser les procédures, tantôt placé aux commandes des mesures, le parquet veille toujours à préserver la volonté administrative, tout en renvoyant l'image d'une justice respectueuse des droits fondamentaux. Derrière le duo formé avec le juge de l'application des peines, le ministère public est en réalité l'équipier d'un détracteur. De fait, son lien avec l'exécutif lui confère une position médiane : d'un côté, partie prenante du corps des magistrats, de l'autre, bras armé des pouvoirs publics. En conséquence, l'administration y trouve un allié intéressant, capable de représenter les logiques carcérales en qualité d'autorité judiciaire. À ce titre, il a parfois bénéficié des pleins pouvoirs, et supplanté le juge de l'application des peines dans ses fonctions. En effet, la loi pénitentiaire de 2009 a permis l'exercice de compétences idoines par le biais des procédures simplifiées d'aménagement des peines, aujourd'hui disparues. Dans le cadre de la procédure simplifiée d'application de la peine, le parquet s'interposait en effet comme un médiateur, entre le service pénitentiaire d'insertion et de probation et le juge de l'application des peines. Les propositions d'aménagement de peines formulées par l'administration devaient donc être filtrées par le magistrat du ministère public, avant d'être homologuées par le juge de l'application des peines. La seconde procédure allait encore plus loin, puisque la surveillance électronique de fin de peine se dégageait cette fois totalement du juge du siège, pour confier l'entièreté de la mise à exécution et du contrôle de la mesure au parquet, toujours sur la base d'une proposition des services pénitentiaires. Ce dernier bénéficiait donc d'une autonomie absolue pour décider, retirer ou modifier le placement sous surveillance électronique, ce pouvoir pouvant aller jusqu'au retour en détention du condamné en cas de non-respect de l'aménagement de peine consenti. Pendant cinq années, la simplification des

décisions relatives aux aménagements de peine s'est traduite par le contournement du juge du siège, au profit du parquetier. Malgré leur abrogation ultérieure, ces procédures ont révélé au grand jour les intentions du législateur à l'égard du juge de l'application des peines. Tout juste juridictionnalisée, la phase d'exécution des peines devait connaître un recul incessant, auquel participait le ministère public.

979. De multiples voies d'intervention – L'abandon salutaire des procédures simplifiées d'aménagement de peines n'a pas sonné le glas de l'intervention du parquet au cours du dernier stade de la procédure pénale. Moins visible, son pouvoir s'est cependant déployé à tous les niveaux décisionnels, que son avis soit sollicité par le juge du siège ou son refus susceptible de le bloquer. Il agit ici par interférences, ayant régulièrement son mot à dire dans le cadre des aménagements de peine. S'il est un relais, il est d'abord celui de l'administration, dont les considérations rejoignent les intérêts du pouvoir exécutif. En tant que membre de la commission d'application des peines, le procureur de la République conserve en effet une voix importante dans l'ensemble des aménagements de peine applicables aux détenus, aux côtés de l'administration pénitentiaire. La mesure de libération sous contrainte, notamment, permet au parquet de donner un avis quant à son opportunité, mais également de saisir le président de la chambre de l'application des peines pour pallier l'inaction du juge de l'application des peines, pourtant tenu par l'obligation d'examiner la situation du condamné²⁰¹⁵. Derrière cette mécanique implacable, le ministère public s'interpose comme censeur de la loi, chargé de la mise en œuvre de l'aménagement de peine, de gré ou de force. Or, le législateur multiplie les interventions en ce sens, lui octroyant un pouvoir général de saisine du juge de l'application des peines à l'article 712-4 du Code de procédure pénale : « Les mesures relevant de la compétence du juge de l'application des peines sont accordées, modifiées, ajournées, refusées, retirées ou révoquées par ordonnance ou jugement motivé de ce magistrat agissant d'office, sur la demande du condamné ou sur réquisitions du procureur de la République, selon les distinctions prévues aux articles suivants ». Ainsi, son avis est requis à diverses occasions, qu'il s'agisse d'octroyer une mesure, de la modifier ou de la révoquer,

²⁰¹⁵ Art. 720, al. 5, du Code de procédure pénale : « S'il n'est pas procédé à l'examen de la situation de la personne condamnée conformément aux dispositions du premier alinéa du présent article, le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel peut, d'office ou sur saisine de la personne condamnée ou du procureur de la République, prononcer une mesure de libération sous contrainte dans les conditions prévues au présent article ».

lorsqu'il ne s'agit pas même d'un pouvoir d'initiative, lui donnant le droit de requérir une mesure ou une sanction. A titre d'illustration, l'article 723-11 du Code de procédure pénale impose au juge de l'application des peines de recueillir le souhait du parquet avant toute modification de la mesure de détention à domicile sous surveillance électronique. Plus encore, au-delà d'un simple avis, l'article 733 du Code de procédure pénale renvoie au pouvoir du ministère public de requérir la révocation de la libération conditionnelle en cas de nouvelle condamnation, d'inconduite notoire, d'infraction aux conditions ou d'inobservation des mesures énoncées dans la décision de mise en liberté conditionnelle. En outre, le procureur est toujours partie à la procédure d'aménagement de peine, puisque l'article 712-11 du Code de procédure pénale lui ouvre un recours contre les décisions des juridictions de l'application des peines²⁰¹⁶. Ces multiples voies d'intervention restent toutefois soumises à la volonté du juge de l'application des peines, qui décide seul de l'aménagement de peine pour le condamné. Il ne s'agit donc plus ici à proprement parler de contourner le juge du siège, dont le pouvoir décisionnel reste entier, contrairement à ce qui avait été permis en 2009.

980. L'atteinte au procès équitable – L'atteinte au procès équitable qui en résultait n'est pourtant pas tout à fait éteinte, au regard de certaines dispositions, qui persistent à placer le magistrat du ministère public dans un rôle qui n'est pas le sien. En premier lieu, l'article 712-14 du Code de procédure pénale implique le maintien en détention du condamné en cas d'appel du ministère public contre une décision du juge de l'application des peines. Le parquet a donc le pouvoir d'empêcher la sortie du condamné, jusqu'à l'examen de l'affaire, pendant un délai de deux mois au plus. De la même façon, l'article D. 49-17-1 du Code de procédure pénale dispose : « Lorsque le procureur de la République est favorable à l'octroi d'une mesure d'aménagement de peine demandée par le condamné, il peut adresser au juge de l'application des peines des réquisitions écrites lui demandant d'accorder cette mesure sans procéder à un débat contradictoire, conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 712-6. Si le condamné et son avocat ne sollicitent pas qu'il soit procédé à un débat contradictoire, le juge de l'application des peines statue sur la mesure en l'absence du procureur de la République, après, le cas échéant audition du condamné et de son avocat

²⁰¹⁶ Art. 712-11, al. 1, du Code de procédure pénale : « Les décisions du juge de l'application des peines et du tribunal de l'application des peines peuvent être attaquées par la voie de l'appel par le condamné, par le procureur de la République et par le procureur général, à compter de leur notification ».

en chambre du conseil ». Par conséquent, dès lors que le condamné n'en fait pas la demande et que le procureur s'y oppose, le juge de l'application des peines n'a pas le pouvoir de procéder à un débat contradictoire. Il peut tout au plus entendre l'intéressé en chambre du conseil, c'est à dire lors d'une audience de cabinet. À ce propos, Jean Carbonnier évoque « une audience sans auditoire, partant sans contrôle » et rappelle que « les formes – par l'attrait du spectacle [...] et par l'impression laissée sur la mémoire – auraient procuré au procès une publicité étendue et durable », raison pour laquelle « leur suppression crée une clandestinité qui, pour la liberté individuelle, est un péril »²⁰¹⁷. De telles prérogatives entrent directement en confrontation avec les garanties fondamentales procédurales, qu'il s'agisse de garder une personne incarcérée ou de délivrer un aménagement de peine, selon le souhait d'un juge dépourvu d'indépendance et sans procéder à la contradiction. Bien que les procédures simplifiées aient disparu depuis la loi du 15 août 2014²⁰¹⁸, l'investissement du parquet au sein de l'exécution des peines continue de déborder du rôle de partie à la procédure, pour rejoindre celui d'un pseudo-juge de l'application des peines, au service de l'administration.

981. Plus encore, l'identité du juge de l'application des peines est usurpée par le parquet, lorsqu'il use de son pouvoir autonome d'aménager les peines restrictives de liberté, comme l'entend l'article 708 du Code de procédure pénale en son second alinéa. Effectivement, le législateur permet que le fractionnement ou la suspension d'une peine de police ou d'une peine correctionnelle non privative de liberté pour motifs graves d'ordre médical, familial, professionnel ou social résulte d'une décision « prise soit par le ministère public, soit, sur la proposition du ministère public, par le tribunal correctionnel ou de police statuant en chambre du conseil, selon que l'exécution de la peine doit être suspendue pendant moins ou plus de trois mois ». Il lui arrive même de se substituer au juge de l'application des peines, en cas d'urgence, pour délivrer un mandat d'amener contre un condamné, en cas d'inobservation des obligations qui lui incombent, comme le prévoit l'article 712-17 du Code de procédure pénale, en son second alinéa. Cette autorité judiciaire dépourvue d'indépendance reste donc fortement impliquée dans l'exécution des sentences pénales, au point de remplacer le juge de

²⁰¹⁷ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, op. cit., p. 15.

²⁰¹⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

l'application des peines dans certaines décisions d'aménagement. L'identité du juge pénal s'en trouve nécessairement dévoyée, d'autant plus que le magistrat du ministère public contribue au détournement du sens de la peine, afin de répondre aux impératifs administratifs²⁰¹⁹.

982. Des aspirations contradictoires – Aujourd'hui, le parquet se trouve tenaillé par des aspirations contradictoires, qui découlent directement des orientations des politiques pénales. Alors que les pouvoirs publics en font un représentant de l'ordre social, soucieux d'assurer une répression efficiente, ils lui demandent simultanément d'appliquer des consignes en sens contraire. Il lui revient donc désormais d'inciter à l'aménagement des peines, en dépit d'une hostilité de rigueur à l'affaiblissement de la sanction. Aussi : « il serait le défenseur de l'idée selon laquelle une peine prononcée devrait être exécutée jusqu'à son terme, dans la forme qui lui avait été assignée initialement. Dans le même temps, paradoxalement, il est de plus en plus attendu de lui, en accord avec les annonces gouvernementales, qu'il contribue à faire diminuer la population pénale afin de faire reculer les situations de surpopulation carcérale »²⁰²⁰. Au centre de cette dichotomie, le surpeuplement des établissements pénitentiaires, - préoccupation constante de l'exécutif -, vient contrecarrer le rôle répressif du ministère public, sans pour autant rejoindre l'objectif de réinsertion. La loi de programmation pour la justice participe à l'immixtion du parquet dans l'application de la peine, dans une direction fort éloignée de l'intérêt des condamnés. Prolongement de l'exécutif au sein de l'institution judiciaire, ce magistrat reçoit de longue date des consignes ciblées, afin d'inciter au développement massif des aménagements de peine. De manière significative, la loi pénitentiaire de 2009 a concomitamment renforcé les pouvoirs de l'administration pénitentiaire et ceux du parquet, formant un partenariat implicite contre le juge de l'application des peines. La création des commissions d'application

²⁰¹⁹ V. M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., 110.05, p. 152. Avec la mise en œuvre des procédures simplifiées, l'auteur a relevé la politique de contournement du juge de l'application des peines, par le biais du ministère public : « Le rôle du parquet ne s'éteint pas lorsque les condamnations pénales deviennent définitives. Il lui appartient en effet de les mettre à exécution. Ce premier travail opéré, il agit souvent au stade de l'exécution elle-même. Dans ces deux domaines, son rôle s'est considérablement accru avec la loi "pénitentiaire" n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 sous l'influence d'un double programme : augmenter les aménagements de peine, déjuridictionnaliser l'application des peines. Cette augmentation a ainsi pris un tour à la fois inédit (contrôle distant de nouveaux pouvoirs du Spip) et déjà connu en procédure pénale (intervenir dans des procédures rapides où le juge judiciaire est cantonné à l'homologation de décisions prises en amont). Si la volonté de l'exécutif de contourner les juridictions du siège est couronnée de succès par la simple mise en œuvre de telles réformes (v. aussi C. pr. pén., art. 712-8), en revanche, il n'est pas certain que l'augmentation des compétences du parquet aura un résultat positif en matière d'aménagements de peine ».

²⁰²⁰ A. SIMON, « Le parquet face aux aménagements de peine », [Actes de colloques] Les mutations du parquet (colloque du 4 octobre 2019 à Clermont), *Lexbase pén.*, n° 22, 19 déc. 2019.

des peines, d'abord, n'a pas oublié d'intégrer parmi ses membres le représentant du ministère public, lequel représente une source indéniable de légitimité face au juge du siège.

983. La circulaire du 29 septembre 2009 relative à l'exécution et à l'aménagement des peines, ensuite, a distribué des injonctions précises à l'égard des parquets, chargés de veiller à ce que : « s'agissant des condamnations susceptibles d'être aménagées compte tenu du quantum des peines, se poursuive et s'intensifie la politique d'aménagement des peines et d'alternatives à l'incarcération engagée avec succès depuis plusieurs années »²⁰²¹. Il revient donc au parquet de mettre à exécution la sanction pénale, mais de ne pas la mettre à exécution sous la forme privative de liberté, ou le moins possible. Le grand écart est ici perceptible, le garde des Sceaux reconnaissant que les décisions « de mise à exécution de peines d'emprisonnement ferme sont en premier lieu rendues en fonction de considérations d'ordre public ainsi que des situations personnelles, familiales et sociales des personnes condamnées », juste avant d'introduire une dérogation : « Toutefois, le principe de l'exécution de ces peines dans les meilleurs délais, posé par l'article 707 du code de procédure pénale, n'exclut pas qu'il soit également tenu compte des capacités d'accueil des établissements pénitentiaires ». La pénologie s'entend presque comme une discipline sportive, tant elle rejoint l'art de l'esquive. Reconnaître la nécessité d'une peine et donner simultanément l'ordre de l'éviter : la politique pénale a de quoi surprendre lorsqu'elle cherche à taire ses véritables intentions. Après avoir instrumentalisé la loi et manipulé le juge du siège aux fins de déflation carcérale, l'utilisation du parquet dans la mise en œuvre des aménagements de peine n'est guère étonnante. Quel acteur pourrait être mieux placé pour exercer les vœux des pouvoirs publics, tout en étant protégé par son statut ? À n'en point douter, le ministère public remplit à la perfection la mission assignée par le gouvernement, en prenant part à l'aménagement des peines, dans le but de vider les prisons. Aporie procédurale, le magistrat le plus enclin au prononcé des peines d'emprisonnement est également celui qui doit éviter leur application. Or, pour contourner la peine privative de liberté, il faut d'abord contourner celui qui l'applique.

²⁰²¹ Circ. SG, NOR : JUSA0922540C, du 29 septembre 2009, relative à l'exécution et à l'aménagement des peines, p. 1.

984. La préférence donnée à l'aménagement de peines *ab initio* – Le législateur de 2019 l'a bien compris, c'est pourquoi il relève le juge de l'application des peines d'une partie de ses fonctions, pour les attribuer au juge correctionnel. La préférence donnée à l'aménagement de peines *ab initio*, à l'article 132-25 du Code pénal, se traduit en effet par une déperdition de pouvoir du juge de l'application des peines, au profit des juridictions de jugement. Ces dernières sont chargées, à présent, d'aménager systématiquement les peines d'emprisonnement inférieures à six mois, ce qui implique un nouveau positionnement du ministère public dans ses réquisitions. L'on voit poindre, très vite, le risque de distorsion des fonctions de la peine, avec un juge du siège contraint d'entériner l'aménagement de courtes peines, requises par un parquet au service de l'exécutif. Avec un tel système, la détention à domicile sous surveillance électronique devrait encore gagner du terrain, tant elle correspond à l'objectif administratif, sans pourtant rejoindre le but législatif. En outre, dans le cadre processuel, le débat contradictoire associé à l'aménagement de peine est éludé. Les droits de la défense sont ici tournés vers l'issue de l'instance et non l'individualisation d'une peine encore incertaine dans son principe. Cet amoindrissement de l'équité procédurale se retrouve d'ailleurs au stade de l'exécution des peines, le ministère de la Justice estimant que la « possibilité de décider un certain nombre d'aménagements de peine sans recourir à un débat contradictoire, coûteux en temps pour le parquet et le service de l'application des peines, doit être exploitée »²⁰²². La consigne donnée au parquet n'a jamais faibli, et l'intensification des politiques d'aménagement de peines se réalise au détriment du procès équitable. Dans ce contexte, le ministère public est bien un relais à l'aménagement de peine, pendant et après le procès, en binôme avec un juge du siège, aux pouvoirs réduits. Mais il devient une figure autonome de l'exécution des peines lorsqu'il oriente la procédure vers une alternative aux poursuites. Dans cette entreprise, le détournement du sens de la peine va de pair avec le contournement de l'identité judiciaire.

²⁰²² Circ. SG, NOR : JUSA0922540C, du 29 septembre 2009, relative à l'exécution et à l'aménagement des peines, p. 17.

B) Un substitut à l'individualisation de la sanction

« Ainsi donc après avoir vu le déclin du châtement, puis de la peine, et la montée en force des mesures, voici les réponses »²⁰²³.

985. La chronologie procédurale, un court-circuit magistral – Première figure judiciaire de la répression pénale, le procureur de la République « reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 », selon l'article 40 du Code de procédure pénale. La chronologie procédurale offre au ministère public, par le biais des alternatives aux poursuites, l'occasion d'un court-circuit magistral, quant à l'application des peines. Il faut ici évoquer une « réponse pénale », selon le lexique prudent choisi par le ministère de la Justice²⁰²⁴. Le juge du siège sera alors contourné, du procès à la sanction pénale. Toutefois, l'identité du juge de l'application des peines est usurpée, puisque le magistrat du ministère public dispose de mesures répressives pour mettre fin au trouble causé à l'ordre public.

986. Les alternatives aux poursuites – À l'orée de la procédure pénale, une alternative aux poursuites peut être proposée à l'auteur des faits par le procureur de la République, s'il apparaît « qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits »²⁰²⁵. À la simple lecture de ces mots, il est frappant de constater la parenté entre les objectifs de l'article 41-1 du Code de procédure pénale et les fonctions assignées à la peine. Dans un cas comme dans l'autre, l'intérêt des victimes et la réinsertion de l'auteur de l'infraction doivent naturellement guider la répression, l'arrêt du trouble causé à la société étant déjà acquis au stade de l'exécution des peines, par le jugement prononcé en amont. Hormis cette différence, le rôle du ministère public rejoint en tous points celui d'un juge de l'application des peines, dans sa faculté d'aménagement de la sanction. L'opportunité des poursuites lui offre non seulement un moyen d'éviter le procès pénal, mais également la possibilité

²⁰²³ P. PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2003, p. 139.

²⁰²⁴ Selon la note d'orientation concernant l'avant-projet de loi sur l'adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité, qui étend la composition pénale, les alternatives aux poursuites étant traitées sous l'intitulé « amélioration de l'effectivité de la réponse pénale ».

²⁰²⁵ Art. 41-1, al. 1, du Code de procédure pénale.

d'endosser le rôle d'un juge de l'application des peines. Dès lors qu'il engage la voie d'une alternative, le parquet peut en effet choisir entre plusieurs mesures similaires à celles dont dispose son confrère, dont la liste ne cesse de s'enrichir au fil des réformes.

987. Une mutation globale de l'identité judiciaire – La volonté de se substituer au juge du siège est loin d'être nouvelle et le succès rencontré ici peut être mis en parallèle avec celui qui couronne, là-bas, les procédures accélérées de jugement. Avec ou sans déclenchement des poursuites, le législateur tente d'imposer une mutation globale de l'identité judiciaire, le parquet prenant à chaque fois la place du siège. Puisque le Conseil constitutionnel lui reconnaît le rang d'autorité judiciaire, les textes législatifs font régulièrement fi de son manque d'indépendance et d'impartialité, pour lui confier ce qui devrait revenir au véritable juge pénal, selon le modèle choisi. La diversification de la réponse pénale n'épargne donc pas le stade de la peine, au point d'inscrire de telles alternatives²⁰²⁶ dans un courant « contractuel ». L'on remarque, dans ce cadre, que la dernière phase de la procédure pénale devient alors la seule et unique étape, de sorte que l'auteur des faits ne rencontrera jamais, ou presque, le vrai gardien de la liberté individuelle. Son sort est entièrement confié au parquet, qui lui applique une sanction pénale en toute autonomie. Au regard de l'autonomie de la notion de « peine » découlant de l'interprétation faite par la Cour européenne de l'article 7 paragraphe 1 de la Convention, l'on peut légitimement nuancer l'avis de certains auteurs, qui considèrent que : « Si les mesures alternatives sont à n'en point douter des sanctions, elles ne sont pas des peines en ce qu'elles ne sont pas prononcées par une juridiction, mais par une autorité autre que le juge en la personne du procureur de la République »²⁰²⁷. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme s'accorde avec l'idée que la peine découle d'une condamnation pénale²⁰²⁸, elle ne déduit pas une telle catégorie de la qualité de son auteur²⁰²⁹. Ainsi, le magistrat du ministère public ne fait pas obstacle à l'attribution du rang de peine aux mesures qu'il prononce, dès lors qu'elles sont concomitantes au procès pénal. Certes, il n'y a pas ici de jugement pénal,

²⁰²⁶ Sur l'idée de contractualisation de la répression pénale, v. M. GIACOPELLI, « Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale », *RSC* 2012/3, n° 3, pp. 505-521 ; F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC* 2002, p. 501 ; X. PIN, « La privatisation du droit pénal », *RSC* 2002, p. 245.

²⁰²⁷ M. GIACOPELLI, « Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale », *op. cit.*, p. 513.

²⁰²⁸ Les mesures doivent être appréciées selon leur nature, leur but, leur qualification en droit interne, les procédures associées à leur adoption et à leur exécution et leur gravité (CEDH, 9 févr. 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, req. n° 17440/90, § 28).

²⁰²⁹ La Cour européenne des droits de l'homme n'est pas liée par la qualification donnée en droit interne : CEDH, 9 févr. 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, n° 17440/90, § 28.

mais un aveu de culpabilité et la menace de poursuites. Toujours est-il que la nature répressive des mesures imposées à l'auteur des faits ne les éloigne pas totalement d'une peine et l'on s'accorde sur ce point avec le terme de « sanction ».

988. Un caractère hybride – Les interdictions et obligations confiées au parquet ne revêtent donc pas le sens strict d'une peine, mais sont affublées d'un caractère hybride, leur nature contraignante exigeant tout de même le respect des droits fondamentaux. Or, quelles sont les garanties du procès équitable dans l'application des mesures alternatives aux poursuites ? Avec un magistrat dépendant de l'exécutif et l'absence de tout débat contradictoire, seul le refus de l'auteur des faits d'exécuter la proposition du ministère public préserve un semblant d'équité. Mais il ne s'agit pas à proprement parler d'un recours, puisqu'une telle rébellion de la part du délinquant permet au parquet d'enclencher une mesure alternative plus coercitive, – la composition pénale – , ou d'engager des poursuites. Par conséquent, le ministère public pourra mener à exécution une obligation ou interdiction similaire à celles que prononce le juge de l'application des peines en vertu de l'article 132-45 du Code pénal, de sa seule appréciation et initiative, après la commission des faits. L'imputation d'une infraction à son auteur suffit au législateur pour la mise en œuvre d'une « convention sanctionnatrice », à laquelle l'intéressé doit donner son accord²⁰³⁰. Si le ministère public est bien chargé de l'exécution des peines prononcées après un jugement pénal, l'individualisation et le jeu des aménagements incombent normalement au juge de l'application des peines²⁰³¹. Dans un tel contexte, une confusion parfaite s'organise entre les deux rôles, puisque les mesures prononcées ne relèvent pas de la liste des peines correctionnelles ou contraventionnelles, mais s'apparentent aux obligations et interdictions prononcées par le juge de l'application des peines, dans le cadre de l'individualisation de la peine, qu'il s'agisse de ses modalités propres (comme dans le cas du sursis probatoire) ou de son aménagement. Il s'agit ici d'appliquer une mesure restrictive de liberté au délinquant sans qu'elle découle d'une peine, puisqu'aucune juridiction n'a condamné l'auteur des faits. En quelque sorte, le procureur de la République personnalise ici une peine qui n'existe pas !

²⁰³⁰ Le Professeur Muriel GIACOPELLI distingue en cela, parmi d'autres critères, les alternatives aux poursuites des deux autres voies, à savoir le classement sans suite et l'engagement des poursuites (M. GIACOPELLI, « Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale », *op. cit.*).

²⁰³¹ Il faut cependant remarquer une tendance actuelle, accentuée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, qui consiste à retirer ce rôle au juge de l'application des peines au profit des juridictions de jugement.

989. Écarter le juge du siège de la troisième voie procédurale – Les articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale se révèlent extrêmement riches, dans la palette de mesures entre les mains du parquet. Ses pouvoirs s'étendent du simple rappel à la loi, à l'accomplissement de stages, au prononcé de diverses interdictions : de paraître dans certains lieux ou aux abords du lieu de résidence, et obligations : de résider hors du domicile, de réparer le dommage. La médiation pénale et la composition pénale complètent le dispositif, la transaction pécuniaire par officier de police judiciaire, en matière contraventionnelle, ayant été supprimée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019. Mais derrière cette parenthèse d'apparat, la dernière réforme, loin de réduire le périmètre d'intervention du parquet, a encore déployé ses moyens d'action. Outre l'extension de l'interdiction de paraître dans certains lieux aux alternatives « classiques », alors qu'elle n'existait que dans le cadre de la composition pénale, la loi de programmation pour la Justice a surtout contribué à écarter encore davantage le juge du siège de cette troisième voie procédurale. Au cœur de son ambition simplificatrice, la composition pénale fait l'objet de retouches non négligeables, en termes de restriction de l'intervention du juge du siège et d'extension de la mesure aux personnes morales. Il n'est pas certain qu'un équilibre ressorte entre gain et perte, tant il s'agit à chaque fois de renforcer les pouvoirs du ministère public au détriment du juge du siège. Il ne s'agit pas, il est vrai, d'une mutation qui concerne directement le juge de l'application des peines, la validation exigée incombant au président du tribunal correctionnel. Il est cependant indéniable qu'après avoir contourné le juge spécialisé, le parquet se passe désormais du juge généraliste, pour œuvrer à l'individualisation des sanctions prononcées en dehors des procédures de jugement. Il n'existe dès lors plus aucun garde-fou, en termes d'indépendance et d'impartialité, à la sanction appliquée par le parquet.

990. La systématisation de la réponse pénale – La systématisation de la réponse pénale semble autoriser le ministère public à remplacer la majeure partie de la chaîne pénale, du jugement à l'exécution des peines. Or, depuis 2011, les mesures alternatives aux poursuites représentent presque la moitié des réponses pénales. Ainsi, avec un taux de réponse oscillant autour de 87,7 % en 2019, les mesures alternatives aux poursuites s'élèvent à 36,3 %, auxquelles il faut ajouter la composition pénale, comptabilisée à

part, qui s'applique à environ 5 % des affaires²⁰³². Ces chiffres élevés démontrent que la majorité de la délinquance obtient une sanction décidée et personnalisée par le parquet, et non une peine prononcée par le tribunal correctionnel et individualisée par le juge de l'application des peines. Pourtant, la composition pénale, mesure phare de cette voie parallèle, ressemble à s'y méprendre aux attributions du juge de l'application des peines, en ce qu'elle offre de multiples moyens de personnaliser la répression. Aux traditionnelles interdictions de paraître, de rencontrer les victimes, coauteurs et complices ou d'émettre des chèques, obligations de suivre des stages, de quitter le domicile familial, se trouvent des possibilités encore plus restrictives de liberté. D'abord, le procureur de la République peut retirer le permis de chasse ou de conduire, ordonner la confiscation de la chose ayant permis de commettre l'infraction ou du véhicule, ou obliger l'auteur à rester sur le territoire ou à réparer les dommages subis par la victime. Mais il peut également aller plus loin, en prononçant une injonction thérapeutique à l'égard d'une personne dépendante à l'alcool ou aux stupéfiants, sans même qu'elle soit poursuivie. Le spectre de la dangerosité, qui motive les mesures de sûreté après la peine, commande de la même façon la « guérison forcée » de celui qui a commis une infraction, quand bien même le trouble à l'ordre public est si mineur qu'il ne nécessite pas l'intervention de la justice pénale. Il semble donc que l'identification d'un danger soit suffisante pour permettre une répression para-pénale sans garanties procédurales, avant et après la peine. De la même façon, outre des activités d'insertion professionnelle ou de bénévolat, le parquet peut proposer l'accomplissement d'un travail d'intérêt général, pour une durée maximale de soixante heures et une durée de six mois²⁰³³. Récemment inscrit au titre des peines principales, le travail non rémunéré accompli au profit de la collectivité peut donc indifféremment faire l'objet d'une alternative aux poursuites, pour un quota d'heures inférieur²⁰³⁴. Plus encore, le ministère public peut exiger le versement d'une amende « qui ne peut excéder le montant maximum de l'amende encourue », ce qui revient à dire que la somme peut être équivalente à celle prononcée en cas de condamnation pénale pour l'infraction considérée.

²⁰³² Les chiffres clés de la Justice, 2019

²⁰³³ Pour les contraventions de la cinquième classe, ce travail est limité à trente heures, pendant une durée de trois mois (art. 41-3, al. 2, du Code de procédure pénale).

²⁰³⁴ La peine de travail d'intérêt général est comprise entre 120 et 400 heures pour les délits (art. 131-8, al. 1, du Code de procédure pénale).

991. La composition pénale, un trompe-l'œil – Parmi ces alternatives aux poursuites, la composition pénale n'est en réalité qu'un trompe-l'œil, permettant au parquet d'affubler le délinquant d'une peine, dont il assure seul le jugement comme la personnalisation. En effet, si l'injonction thérapeutique fait partie de la palette des mesures dont dispose le juge de l'application des peines pour individualiser les modalités de la sanction pénale ou l'aménager, le travail d'intérêt général et l'amende sont des peines à part entière. Le pouvoir exécutif s'en cache à peine, le parquet déploie ici les pouvoirs d'un juge du siège, la composition pénale « ayant l'avantage de favoriser le suivi et l'exécution effective, et d'assurer une mention au casier judiciaire »²⁰³⁵. La circulaire du 12 mai 2017 précitée est d'ailleurs riche en explications quant au rôle du ministère public, dont les principes directeurs sont ceux d'un juge de l'application des peines. Ici, le ministère de la Justice considère que : « l'individualisation de la réponse pénale suppose, lors de l'orientation de la procédure, que soit réalisé par le magistrat un examen des antécédents judiciaires éventuels, du parcours de vie, de la situation professionnelle, sociale ou familiale et des éventuelles expertises psychologiques ou psychiatriques de l'intéressé, dans le cadre d'une analyse dynamique du parcours de la personne mise en cause ». Participent également de la décision, la prise en compte de la gravité de l'infraction, le positionnement de l'auteur au regard des faits et les éventuelles difficultés pour indemniser la victime. Le choix de l'alternative à la peine la plus pertinente doit donc être guidé en premier lieu par les éléments de personnalité de l'auteur, de sorte que le parquet assure la mission d'un juge de l'application des peines, mais en instaurant le suivi d'une personne qui n'est pas condamnée. Il semble même que cette voie procédurale traversière puisse être assimilée à une « pré-condamnation » pénale, servant à orienter une future décision du juge de l'application des peines, en cas de condamnation. Ainsi la circulaire estime-t-elle opportun « que les magistrats du siège correctionnel, les juges des enfants, et les juges d'application des peines connaissent la nature et le contenu des mesures alternatives prononcées lorsqu'ils étudient les antécédents judiciaires d'une personne mise en cause », afin que cette information « les oriente utilement dans le cadre du principe d'individualisation des peines ». Irrévocable, l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique, de sorte que l'adaptation de la sanction pénale n'est

²⁰³⁵ Circulaire du 12 mai 2017 sur les mesures alternatives aux poursuites et référentiel, NOR : JUSD1714357C, BOMJ n°2017-05 du 31 mai 2017.

plus évolutive, le choix de cette voie procédurale consensuelle ayant figé la mesure appliquée à l'acte délictueux²⁰³⁶. Par un subtil retournement de situation, l'individualisation de la sanction pénale devient l'apanage du parquet et le juge de l'application des peines son subalterne, qui ne retrouve la mission confiée par le législateur que lorsque le ministère public le veut bien, en déclenchant les poursuites. Ainsi, alors qu'il peut uniquement, par ce biais, priver le juge de jugement de se prononcer sur l'affaire, le magistrat du ministère public ne se contente pas d'écarter le juge de l'application des peines de la sanction : il usurpe son identité.

992. Une nouvelle rationalité pénale – Incessamment étendue au fil des réformes, la composition pénale concerne désormais, comme la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la plupart des délits. En effet, la loi du 9 mars 2004²⁰³⁷ a autorisé son recours pour les contraventions et les délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, revenant ainsi sur la limitation initiale²⁰³⁸. Elle concerne même, depuis la loi du 23 mars 2019²⁰³⁹, les personnes morales, un nouvel article 41-3-1A venant compléter les attributions du ministère public dans le Code de procédure pénale. Désormais, ce dernier peut leur imposer une amende dont le montant maximal est égal au quintuple de celle encourue par les personnes physiques. L'amende applicable aux personnes physiques avait quant à elle fait l'objet d'une extension par la loi du 9 mars 2004, les *maxima* originellement consentis étant remplacés par le montant légalement prévu par le texte d'incrimination. Fort logiquement, face à la gravité des sanctions, le législateur aurait dû renforcer les garanties procédurales pour le mis en cause (qui ne l'est pas tout à fait, puisqu'aucune poursuite n'est dirigée contre lui). Il choisit tout l'inverse, en supprimant l'exigence d'homologation de la proposition de composition pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à trois ans, dès lors que l'amende ne dépasse pas le montant prévu au premier alinéa de l'article 131-13 du code pénal, soit 3000 euros ou lorsqu'elle porte sur la mesure de dessaisissement

²⁰³⁶ Y. JOSEPH-RATINEAU, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », *D.* 2008, p. 1035.

²⁰³⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Avant elle, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice avait déjà procédé à une première extension.

²⁰³⁸ La loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, à l'origine de cette mesure, l'avait limitée à des contraventions et délits mineurs, énumérés par le texte initial. V. J. PRADEL, « Une consécration du *plea-bargaining* à la française : la composition pénale instituée par la loi n°99-515 du 23 juin 1999 », *D.* 1999, chron. p. 379 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction pénale à la composition pénale », *JCP* 2000, I, 63.

²⁰³⁹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

d'une chose, à la condition que la valeur de la chose remise n'excède pas ce même montant²⁰⁴⁰. Il existe tout de même une limite et la validation par le juge du siège est conservée lorsque le procureur propose la réparation des dommages causés par l'infraction. Symétriquement, la validation ne sera pas nécessaire pour les personnes morales si l'infraction est une contravention ou un délit puni jusqu'à trois ans d'emprisonnement et que le montant de l'amende proposée est inférieure à 3000 euros²⁰⁴¹.

993. L'émergence d'une nouvelle identité judiciaire – Le Conseil Constitutionnel n'a rien trouvé à redire, dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, à cette translation de pouvoir, au point de confirmer peu à peu l'émergence d'une nouvelle identité judiciaire. L'absence de contrôle de l'accord par le juge du siège, comme dans le cadre de l'amende forfaitaire délictuelle, est rendue possible « à la condition qu'il ne porte que sur les délits les moins graves et qu'il ne donne lieu qu'à des amendes de faible montant », raison pour laquelle les Sages soulignent que les seuils, à l'avenir, ne pourront être aggravés²⁰⁴². Effectivement, les parquets ne se sont pas laissés enfermer « dans une sorte de logique binaire »²⁰⁴³ qui ne leur permet que de poursuivre ou de s'abstenir. Ils peuvent, grâce aux alternatives aux poursuites, appliquer des sanctions équivalentes à certaines peines délictuelles, sans jugement et sans aucun contrôle, parfois, du juge du siège. Tout au plus l'assistance de l'avocat est-elle prévue dans le cadre de la composition pénale, sans compenser à elle seule l'ensemble des garanties dont bénéficie l'auteur du procès pénal lors de l'exécution de la condamnation. Cette nouvelle rationalité pénale rompt définitivement le lien entre l'audience et la sentence, qui confère pourtant sa légitimité à la répression, en termes de réparation tant de la

²⁰⁴⁰ Circulaire du 8 avril 2019, Présentation des dispositions immédiatement applicables de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice relatives aux alternatives aux poursuites, aux poursuites et au jugement, NOR : JUSD1910286 C.

²⁰⁴¹ *Ibidem*. La circulaire précise : « le quintuplement prévu par l'article 41-3 ne portant en effet que sur le maximum de l'amende encourue, non sur le seuil permettant l'absence de validation ».

²⁰⁴² Le Conseil Constitutionnel exclut ici toute atteinte aux principes de séparation des autorités de poursuite et de jugement et de séparation des pouvoirs : « D'autre part, en vertu du trentième alinéa de l'article 41-2, l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique. Dès lors, la suppression de la validation par un juge de la proposition de composition pénale formulée par le procureur de la République a pour conséquence de rendre possible, sur la seule décision de l'autorité de poursuite et avec l'accord de l'auteur du délit, l'extinction de l'action publique par l'exécution de cette composition. Toutefois, le législateur a limité le recours à une telle procédure de composition pénale sans validation d'un juge aux seuls délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à trois ans et aux propositions de peine portant soit sur une amende de composition n'excédant pas le plafond des amendes contraventionnelles, soit sur la remise d'une chose dont la valeur ne dépasse pas ce même montant. Compte tenu des seuils ainsi retenus, qui satisfont à l'exigence énoncée au paragraphe 252, et qui ne sauraient être aggravés, les dispositions contestées ne méconnaissent pas le principe d'égalité devant la justice. Elles ne méconnaissent pas non plus celui de séparation des autorités de poursuite et de jugement » (décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, § 270).

²⁰⁴³ J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 938, n° 1555.

société que de l'intéressé : « Le lien entre le procès pénal et la norme violée s'étiolé encore du fait de l'absence de déclaration de culpabilité promue par le développement des alternatives aux poursuites qui représentent aujourd'hui 45 % de la réponse pénale. Dans le cadre de ces alternatives, le procès n'affirme plus la violation de la norme autrement que par le rappel des obligations découlant de la loi par un délégué du procureur ou un officier de police judiciaire au cours d'un rendez-vous informel »²⁰⁴⁴. Face aux alternatives « réparatrices » et « punitives » qui sont ici proposées, il serait sans doute pertinent de transférer l'individualisation de la sanction au juge de l'application des peines, juge du siège spécialisé, qui présente les garanties indispensables pour assurer la dissuasion et l'amendement de l'intéressé, sans manquer ni d'indépendance ni d'impartialité.

994. Telles les procédures de jugement accélérées dans le cadre des poursuites, les mesures alternatives à la peine dévoient donc l'identité judiciaire, par une voie cette fois transversale aux poursuites pénales. Contrairement au juge de l'application des peines, le procureur n'assure pas le suivi de l'auteur des faits et contrarie inévitablement l'exigence individualisatrice de la sanction pénale. Or, le juge de l'application des peines n'est pas uniquement mis de côté, il est ici remplacé : « Ces nouveaux modes alternatifs (alternatifs aux poursuites ou alternatifs au procès "traditionnel" ou "troisième voie") mettent en lumière un déplacement de la fonction de juger, de dire le droit (*juris dictio*), puisque c'est désormais le procureur de la République qui se trouve investi de la tâche de choisir et prononcer la peine, en plus de celle de se réserver le choix de poursuivre ou non. Le magistrat du siège n'a plus pour compétence réservée, et tellement réduite, que le champ de la validation ou de l'homologation, lorsque le législateur la requiert. Ce phénomène participe clairement de la déjudiciarisation des conflits, déjà si avancée en procédure civile. Célérité et proximité semblent être aujourd'hui antinomiques de la fonction de juger »²⁰⁴⁵. Contestable, la reconnaissance d'un pouvoir de sanction au procureur de la République fait l'objet d'un contrôle juridictionnel défaillant²⁰⁴⁶. La métamorphose du juge pénal, au stade de la peine, connaît néanmoins une forme extrême, lorsque le pouvoir

²⁰⁴⁴ M. PARIGUET, « Une autre rationalité pénale », *RSC* 2014, p. 543.

²⁰⁴⁵ C. AMBROISE-CASTÉROT, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, L'offre faite en l'échange de l'aveu, §118, Dalloz, avril 2020.

²⁰⁴⁶ C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2004, p. 827.

administratif ne s'embarrasse plus de l'autorité judiciaire pour appliquer une véritable peine. Après le magistrat du ministère public, les autorités indépendantes empruntent à leur tour l'identité du juge de l'application des peines, avec ou sans le concours d'un juge homologateur²⁰⁴⁷, le contrôle juridictionnel étant ici insuffisant.

Paragraphe II – Par des autorités indépendantes non judiciaires

995. L'exercice d'un pouvoir de sanction par les autorités étatiques et administratives indépendantes ne se limite pas au prononcé d'alternatives, tant leur pouvoir punitif se hisse au rang d'une peine. Les montants des amendes administratives sont tels qu'ils parviennent à supplanter la réponse pénale, à la faveur d'une contractualisation de la répression (A). Partiellement revêtues des qualités du juge du siège, ces instances individualisent pourtant la sanction, dans des domaines tellement étendus qu'elles semblent incarner le nouveau gardien des libertés individuelles (B).

A) La contractualisation de la répression

« "Hem ! Hem ! dit le roi, je crois bien que sur ma planète il y a quelque part un vieux rat. Je l'entends la nuit. Tu pourras juger ce vieux rat. Tu le condamneras à mort de temps en temps. Ainsi, sa vie dépendra de ta justice. Mais tu le gracieras chaque fois pour l'économiser. Il n'y en a qu'un". En proposant au Petit Prince de devenir son ministre de la Justice, le vieux roi esseulé de l'astéroïde 325 entend lui conférer ce qu'il considère comme la plus solennelle des missions : juger et punir ses concitoyens. Si cette charge n'a pas intéressé le Petit Prince, elle s'est en revanche pérennisée dans nos sociétés où le procès pénal – et plus encore la peine qui en résulte – est conçu comme un instrument de régulation des relations sociales »²⁰⁴⁸.

996. Des acteurs étrangers au procès pénal – Instrument de contrôle social, la peine est parfois confiée à des acteurs étrangers au procès pénal, qui en portent la charge avec un intérêt inversement proportionnel à celui du Petit Prince de Saint-Exupéry. Il faut

²⁰⁴⁷ J.-C. CROCQ, « Le pouvoir de transaction et de sanction du procureur de la République : le chaînon manquant », *RSC* 2015, p. 595.

²⁰⁴⁸ E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, 3ème éd., LexisNexis, 2019, p. 1, n° 1.

dire, aussi, que l'administration de la Justice est l'objet de toutes les convoitises : ses ministres se disputent la plus solennelle des missions. Fruit du système politico-administratif français, les autorités indépendantes détiennent bien plus qu'une force d'influence dans la régulation des comportements sociaux. Certaines d'entre elles ont l'apparence de juridictions pénales, leur pouvoir se manifestant par un interventionnisme indirect dans le droit de punir leurs concitoyens.

997. Le 20 janvier 2017, deux grandes lois²⁰⁴⁹ sont venues encadrer la constellation d'entités étatiques se prévalant de la qualité d'autorité administrative indépendante, afin de rationaliser un paysage institutionnel devenu illisible²⁰⁵⁰. Il existe à ce jour vingt-cinq autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes relevant du statut général défini par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017²⁰⁵¹, les secondes seulement étant pourvues de la personnalité morale. Leur identité est trouble, ce que traduit aisément la juxtaposition des termes « administratives » et « indépendantes », venant compléter la notion d'autorité. L'on peut s'accorder sur une définition commune, qui les appréhende comme « des autorités agissant au nom de l'État de manière autonome, c'est-à-dire sans être subordonnées au Gouvernement ou au Parlement, mais soumises au contrôle du juge, et susceptibles d'intervenir dans trois domaines distincts : la régulation d'un secteur économique, la protection des libertés, le fonctionnement des relations entre l'administration et les administrés »²⁰⁵². Il n'existe en effet aucun contrôle parlementaire, ni subordination hiérarchique au gouvernement. Complexe, leur nature administrative s'oppose néanmoins à l'indépendance proclamée, ce que démontre l'exigence d'un contrôle de leurs décisions par le juge. Dès lors

²⁰⁴⁹ Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes et loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

²⁰⁵⁰ V. les différents rapports parlementaires sur ces autorités (*Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, rapport n° 404 (2005-2006) de M. Patrice GÉLARD, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation : www.senat.fr/notice-rapport/2005/r05-404-1-notice.html. – *Autorités administratives indépendantes – 2006-2014 : un bilan*, rapport d'information n° 616 (2013-2014) de M. Patrice GÉLARD, fait au nom de la commission des lois : www.senat.fr/notice-rapport/2013/r13-616-notice.html. – *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, rapport n° 126 (2015-2016) de M. Jacques MÉZARD, fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes : www.senat.fr/notice-rapport/2015/r15-126-1-notice.html) et le rapport du Conseil d'État (CE, rapp. publ. pour 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, Études et documents n° 52 : Doc. fr. 2001).

²⁰⁵¹ Selon la liste arrêtée sur *Légifrance* le 3 juillet 2020.

²⁰⁵² A. CAPPELLO, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Autorités administratives indépendantes, Dalloz, oct. 2016. Longtemps qualifiées « d'objets juridiques non identifiés » (*Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404, déposé le 15 juin 2006), elles sont désormais considérées comme « des autorités publiques chargées d'assurer la régulation de secteurs sensibles de la vie sociale » (J-P. FELDMAN, *Les autorités administratives indépendantes sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier*, D. 2010, p. 2852).

qu'elles engagent la responsabilité de l'État par leurs actions, l'absence de lien avec le pouvoir exécutif est difficilement crédible, malgré les gages d'indépendance dont elles sont affublées. Certaines d'entre elles sont pourtant dotées d'un pouvoir quasi-répressif, allant des investigations à la sanction, la peine étant utilisée comme instrument de régulation sociale, mais détournée du procès. Certes, elles ne privent pas les justiciables de la voie judiciaire, laquelle peut parfaitement être mise en œuvre en parallèle ou bien à la suite de leur intervention. L'objectif poursuivi reste cependant celui d'éviter le recours au juge en exerçant un pouvoir de coercition presque comparable, la privation de liberté restant bien évidemment exclue de leur compétence. Elles cumulent ainsi des pouvoirs d'investigation et des pouvoirs de sanction, de sorte que l'audience demeure l'unique étape procédurale qui fait défaut à cette administration de la justice pénale. Cela ne surprend guère, le législateur étant déjà enclin à sa suppression, au sein même de la procédure pénale classique, comme l'illustre notamment l'extension de la procédure de l'amende forfaitaire. Le juge constitutionnel a lui-même admis la répression administrative en exigeant la séparation des pouvoirs et en excluant toute privation de liberté²⁰⁵³. Les Sages permettent bien l'exercice d'un droit pénal administratif par de telles autorités, à la condition de préserver les droits fondamentaux²⁰⁵⁴. La Cour européenne des droits de l'homme va aussi en ce sens, en imposant le respect de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention par les autorités indépendantes²⁰⁵⁵. Elle assouplit néanmoins sa jurisprudence, puisqu'elle se contente du contrôle postérieur de la décision par l'autorité judiciaire, quand bien même la phase administrative ne remplit pas les conditions du procès équitable²⁰⁵⁶, alors que les juridictions suprêmes nationales l'imposent tout au long de

²⁰⁵³ V. notamment, décis. n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication (à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel), n° 89-248 DC, *JO* 18 janv. 1989, p. 754. V. B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA* 1989, 215 sqq. ; GDCC, 15e éd., n° 33 ; décis. n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier (à propos de la Commission des opérations de Bourse) ; décis. n° 96-378 DC du 23 juill. 1996, Loi de réglementation des télécommunications (à propos de l'Autorité de régulation des télécommunications), *AJDA* 1996, 694, note O. SCHRAMECK ; *D.* 1998, 146, obs. J. TRÉMEAU ; *RFDA* 1996, 909, étude J. CHEVALLIER ; *ibid.* 1997, 1, étude F. MODERNE.

²⁰⁵⁴ Selon une jurisprudence constante : « Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis » (V. par ex., Cons. const. 14 oct. 2015, n° 2015-489 QPC, *JO* 16 oct. 2015, p. 19325. – Cons. const., 13 déc. 2013, n° 2013-359 QPC, *JO* 15 déc. 2013, p. 20432. – Cons. const. 5 juill. 2013, no 2013-331 QPC, *JO* 7 juill. 2013, p. 11356. – Cons. const., 12 oct. 2012, no 2012-280 QPC, *JO* 13 oct. 2012, p. 16031).

²⁰⁵⁵ Par exemple, pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel : CEDH, 3 déc. 2002, *Lilly contre France*, req. n° 53892/00.

²⁰⁵⁶ À propos d'une amende de six millions d'euros infligée par une autorité administrative indépendante italienne, pour sanctionner des pratiques anti-concurrentielles, la Cour a pu affirmer : « Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut [...] pas que dans une procédure de nature administrative, une "peine" soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose également que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6, § 1, subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction. Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de

la procédure²⁰⁵⁷. Dans ce contexte, l'encadrement du pouvoir de sanction par les droits fondamentaux revient à transférer le cadre judiciaire traditionnel à l'administration autonome de la peine par de telles autorités. L'avènement d'une « administration-juge »²⁰⁵⁸ permet donc d'observer une nouvelle identité pénale : à mesure que l'organe administratif se juridictionnalise, l'autorité judiciaire s'efface.

998. L'alternative administrative à la sanction – Sans surprise, les mesures répressives exercées par les autorités indépendantes suivent des modalités relativement proches des alternatives aux poursuites diligentées par le procureur de la République. Comme lui, les autorités indépendantes apprécient les faits et appliquent une punition. Contrairement à lui, elles n'ont aucune identité judiciaire, mais une nature administrative. Leur indépendance reste donc la seule compensation à cette intrusion dans l'acte de juger, bien qu'il soit également possible de la remettre en cause et ce, à de multiples égards. Certaines mesures peuvent ainsi être assimilées à des alternatives à la sanction administrative, en ce qu'elles représentent le premier palier de répression, leur défaillance conditionnant un niveau de coercition administrative plus élevé, voire le déclenchement des poursuites judiciaires.

999. Qu'il s'agisse de la procédure de composition administrative mise en œuvre par l'Autorité des marchés financiers²⁰⁵⁹ ou de la procédure de transaction administrative à l'initiative de l'Autorité de la concurrence²⁰⁶⁰, - mesures qui impliquent toutes deux la négociation d'une sanction -, aucun magistrat n'est sollicité, ni au siège ni au parquet. Pourtant, de telles procédures sont largement plébiscitées par le législateur, qui ne cesse d'en augmenter les effets. Les lois n° 2016-819 du 21 juin 2016 et n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 étendent ainsi la procédure de composition administrative à l'ensemble des manquements administratifs relevant de la compétence de la

pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur » (CEDH 27 sept. 2011, *Menarini Diagnostics c/ Italie*, req. n° 43509/08).

²⁰⁵⁷ Le Conseil d'État impose le respect du procès équitable dès la phase administrative (CE, ass., 3 déc. 1999, req. n° 207434, Lebon 399 ; *D.* 2000. 62, obs. M. BOIZARD ; *JCP E* 2000. 509, obs. F. SUDRE ; *Rev. adm.* 2000, 42, obs. J.- M. BRIÈRE. – V. également CE 27 oct. 2006, req. n° 276069, PARENT ; *D.* 2007, 2418, obs. B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE ; *RTD com.* 2007, 406, obs. N. RONTCHEVSKY ; *AJDA* 2007, 80, obs. M. COLLET). La Cour de cassation également (Cass., Ass. plén., 5 févr. 1999, n° 97-16.440, *Bull. Ass. plén.*, p. 1 ; *JCP* 1999, 636, obs. H. MATSOPOULOU ; *JCP* 1999, 589, obs. E. GARAUD ; *AJDA* 1999, 847, obs. J.-F. BRISSON).

²⁰⁵⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12ème édition, 2003.

²⁰⁵⁹ L'article L. 621-14-1 du Code monétaire et financier permet un accord arrêté avec le secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers, à verser au Trésor public une somme dont le montant maximum est celui de la sanction pécuniaire encourue à l'article suivant.

²⁰⁶⁰ L'article L. 464-2-III du Code de commerce prévoit une proposition de transaction avec le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée.

commission des sanctions de l’Autorité des marchés financiers²⁰⁶¹, les travaux parlementaires invoquant la nécessité de doter cette instance de mesures comparables à celles du Parquet national financier dans la répression des délits boursiers, ce dernier agissant par voie de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Le rapport annuel de l’Autorité des marchés financiers admet déjà une proportion élevée de procédures alternatives, avec seize décisions portant sur l’homologation d’un accord de composition administrative sur trente-quatre décisions au total en 2018 et sept sur vingt-six en 2019. Le montant de telles transactions est également en augmentation, le rapport annuel mentionnant la conclusion de deux accords à six cent mille euros en 2019²⁰⁶². Conclu en quatre mois, l’accord répond bien à l’objectif de célérité qui agite toutes les politiques pénales actuelles, mais s’éloigne encore davantage des garanties fondamentales du procès équitable. Il n’est en cela pas comparable à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, qui exige une reconnaissance de culpabilité avant tout accord de sanction. De plus, il n’est pas soumis à l’autorité judiciaire, ni pour son prononcé, ni pour son homologation. L’autorité administrative indépendante personnalise seule la sanction transactionnelle, à la faveur d’une évolution de la jurisprudence constitutionnelle en la matière.

1000. Autrefois, toute transaction en matière pénale se devait de faire intervenir une autorité de jugement, comme l’avait exigé le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 2 février 1995 relative à la procédure d’injonction pénale²⁰⁶³. Dix ans plus tard, les Sages ont baissé le niveau d’exigence de manière significative, considérant depuis 2006 que l’intervention du juge du siège n’est indispensable que si les mesures portent sur la privation de liberté²⁰⁶⁴. Or, cette individualisation de la sanction ne se contente pas du versement d’une somme au Trésor public, l’Autorité des marchés financiers s’autorisant à inclure dans l’accord de composition des engagements de mise en conformité et d’indemnisation des victimes, alors même que ces éléments ne sont pas prévus par l’article L. 621-14-1 du Code monétaire et financier. En lieu et place d’un juge de l’application des peines, l’autorité administrative indépendante s’arroge donc un pouvoir judiciaire spécifique, sans être investie de prérogatives aussi étendues

²⁰⁶¹ Notamment, les abus de marchés, manquements d’initiés manipulation de cours ou d’indices ou divulgations d’informations illicites (art. L. 621-14-1 du Code monétaire et financier).

²⁰⁶² Rapport annuel 2019 de l’AMF, p. 96.

²⁰⁶³ Cons. const., 2 févr. 1995, n° 95-360 DC.

²⁰⁶⁴ Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *AJDA* 2006, p. 1961, note C. GESLOT.

par la lettre de la loi²⁰⁶⁵. Interne, la procédure administrative n'exige l'intervention judiciaire que lorsqu'elle conduit au prononcé d'une amende pénale, le contrôle étant alors attribué au parquet. Attribution exclusive du Défenseur des droits²⁰⁶⁶, cette dernière permet de sanctionner les discriminations prévues aux articles 225-2 et 432-7 du code pénal et L. 1146-1 et L. 2146-2 du code du travail, par le versement d'une somme maximale de trois mille euros pour les personnes physiques et quinze mille euros pour les personnes morales, outre l'éventuelle indemnisation de la victime. L'homologation revient bien cette fois à un magistrat : celui du parquet. La proximité de cette procédure avec celle de composition pénale est édifiante : à bien observer les deux voies sanctionnatrices, le résultat est identique, une sanction pécuniaire du même ordre de grandeur pouvant être infligée à celui qui enfreint la loi, la seule différence résultant dans le niveau d'intervention du magistrat du ministère public²⁰⁶⁷. Évincé récemment de l'homologation des compositions pénales lorsque l'amende ne dépasse pas trois mille euros, le juge du siège n'intervient pas non plus pour contrôler celle de l'autorité administrative indépendante. Le parquet suffit à l'exercice de telles sanctions. Par le biais de l'amende forfaitaire délictuelle, en cas de poursuites, par celui de la composition pénale, dans le cadre des alternatives, mais encore par l'intermédiaire de la sanction administrative, avec la transaction pénale, le procureur de la République se voit progressivement confier le contrôle autonome d'une partie des peines d'amende. Partant, l'autorité administrative participe pleinement au contournement du juge de l'application des peines, soit en usurpant seule son identité, soit en s'associant au parquet.

1001. L'administration de la sanction pénale – Le pouvoir de sanction des autorités indépendantes s'apparente à celui d'un juge pénal dont l'office serait restreint à un cercle d'individus déterminé, dans un domaine particulier. Il s'agit là, pour le dire simplement, de reconnaître le droit de punir à une autorité étatique, dans la sphère de compétences qui est la sienne. Ce pouvoir n'est donc pas général, comme l'est celui du juge judiciaire, mais il est considérable, la privation de liberté apparaissant comme la seule limite fixée à son office. L'opportunité de débattre de la mutation identitaire du

²⁰⁶⁵ L'Autorité des marchés financiers ayant parfaitement compris que de telles mesures participent au succès de la composition administrative (v. O. DUFOUR, « Le succès de la composition administrative se confirme ! », *LPA* 2016, n° 121, p. 4, qui rend compte du colloque annuel de l'AMF).

²⁰⁶⁶ Art. 28 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

²⁰⁶⁷ Au-delà de 3000 euros, l'intervention du juge du siège redevient nécessaire dans le cadre de la composition pénale.

juge pénal que représente l'autorité indépendante au moment de l'enquête ou du procès est ici discutable, en ce que certaines instances sont chargées des investigations et recréent une forme de jugement, avant de décider de la sanction applicable aux manquements constatés. Nous choisissons cependant d'évaluer la métamorphose de l'identité judiciaire véhiculée par les autorités indépendantes au stade de la peine, car le juge du siège reste autorité de contrôle durant l'enquête coercitive, l'application des peines étant la seule et unique fonction totalement usurpée. En effet, les investigations contraignantes exercées par les agents habilités des autorités indépendantes, telles les perquisitions et saisies, sont soumises au contrôle du juge du siège. La chambre criminelle a d'ailleurs eu l'occasion de l'affirmer à plusieurs reprises, en refusant de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité fondées sur l'atteinte aux libertés fondamentales, l'intervention du juge du siège suffisant à valider la procédure. À titre d'illustration, le droit au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile, au secret des correspondances, comme le principe des droits de la défense et celui du droit au recours juridictionnel effectif sont garantis dans le cadre des investigations menées par l'Autorité de la concurrence « par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif et à qui il appartient d'assurer la conciliation entre les droits et libertés visés [...] et les nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles »²⁰⁶⁸. À cela s'ajoute un recours de pleine juridiction, qui permet au juge « d'aller au-delà de l'annulation pour réformer les décisions attaquées, c'est-à-dire substituer à la sanction infligée par l'administration une autre qu'il estime plus adéquate »²⁰⁶⁹. Le juge peut donc vérifier la décision tant au regard des faits qu'au niveau du droit²⁰⁷⁰, que le contrôle s'exerce devant la juridiction administrative ou la juridiction judiciaire.

1002. Le dévoiement de l'identité judiciaire ne peut être tout à fait écarté dans le cadre des investigations réalisées par les autorités indépendantes, il est vrai, puisque le juge du siège intervient à chaque fois comme instance de vérification, et non comme

²⁰⁶⁸ Cass. Crim., 19 oct. 2011, n° 10-88.197 (à propos de la constitutionnalité des visites et saisies permises par l'article 450-4 du Code de commerce aux agents de l'Autorité de la concurrence, sous le contrôle du juge des libertés et de la détention). La procédure est similaire dans le cadre des pouvoirs d'enquête de l'Autorité des marchés financiers, l'article 621-12 du Code monétaire et financier exigeant l'autorisation du juge des libertés et de la détention pour les visites et saisies menées.

²⁰⁶⁹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, éd. Berger-Levrault et Cie, 2e éd., 1896, T. I, p. 15 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, 15e éd., Paris, Montchrestien, Coll. « Précis Domat droit public », 2001, p. 790.

²⁰⁷⁰ CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, req. n° 7299/75 et 7496/76, § 29, série A, n° 58 ; CEDH, 29 avr. 1988, *Belilos c. Suisse*, req. n° 10328/83, § 71, série A, n° 132.

organe de direction²⁰⁷¹. Toutefois, un tel constat ressort déjà de l'enquête pénale « classique », où le juge du siège tend à devenir un agent d'homologation des actes réalisés par le parquet. Il n'est donc pas surprenant d'observer une pratique similaire en parallèle, l'autorité indépendante se substituant au ministère public pour des infractions déterminées. En revanche, l'individualisation de la peine fait l'objet d'une pleine autonomie, le juge du siège étant complètement écarté de sa fonction naturelle. L'exercice et la personnalisation de certaines sanctions pénales reviennent alors à une autorité étatique, sans aucune intervention de l'autorité judiciaire. Sans nul doute, les autorités indépendantes sont des organismes administratifs, qualité unanimement reconnue, tant par le Conseil d'État, la Cour de cassation que la Cour d'appel de Paris²⁰⁷² et non des organes juridictionnels, une confirmation étant apportée par le Conseil Constitutionnel²⁰⁷³. Pourtant, les conséquences des sanctions infligées par les autorités indépendantes sont puissantes, au regard de leur caractère inflicatif et infamant : « le pouvoir de sanction d'une autorité administrative indépendante peut s'avérer beaucoup plus efficace, voire douloureux que la répression exercée par le juge pénal. Faut-il rappeler que les conséquences d'une interdiction professionnelle sont infiniment plus graves qu'une peine d'amende même importante, voire une peine d'emprisonnement assortie du sursis. Quant à la publicité large et immédiate donnée à une sanction professionnelle, mentionnée sur le site internet d'une autorité administrative indépendante consulté par tous les professionnels du secteur concerné, accompagnée de communiqués de presse, voire d'interviews données aux journaux, bref l'opprobre jetée sur le contrevenant, le pilori pour reprendre le mot du professeur Pierre Delvolvé, produisent des effets plus redoutables que l'éventuelle amende prononcée par le juge pénal à l'issue d'un processus nécessairement long »²⁰⁷⁴. Alors qu'elles jouent un rôle d'assistance dans le cadre de l'enquête, sollicitant une autorisation judiciaire pour les actes coercitifs, elles ont la pleine maîtrise de la sanction. À ce titre, « la

²⁰⁷¹ V. R. VABRES, « Droit bancaire et financier - Le pouvoir d'enquête de l'AMF face à la protection des droits fondamentaux », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 6, nov. 2018, dossier 42.

²⁰⁷² Cass., ass., plén., 5 févr. 1999, n° 97-16.440 et 97-16.441, *COB c/ J-M Oury*, *Gaz. Pal.*, n° 336 du 02 déc. 1999, p. 9, concl., M-A. LAFORTUNE ; CE, 27 oct. 2006, *Parents et autres*, n° 276069, 277198 et 277460, Rec. p. 454, *LPA*, n° 237 du 28 nov. 2006, p. 15, note J-M. GLATT, *Bull. Joly Bourse*, 2007, p. 80, concl., M. GYOMAR ; CE, 17 nov. 2006, *Sté CNP Assurances*, n° 276926, Rec. p. 473, *LPA*, n° 133 du 04 juill. 2007, p. 14, note J- B. DUBRUELLE.

²⁰⁷³ Cf. par exemple : le 18e cons., de la décision n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, Rec. p. 71, *JORF* du 1er août 1989, p. 9676 ; le 50e cons., de la décision n° 2000-433 DC du 27 juill. 2000, Loi modifiant la Loi n°86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, Rec. p. 121, *JORF* du 2 août 2000, p. 11922 ; le 36e cons., de la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, Rec. p. 50, *JORF* du 2 avr. 2006, p. 4964.

²⁰⁷⁴ E. PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2010, p. 915.

mission de régulation s'efface au profit d'une contribution à la mission judiciaire répressive et à une sectorisation du contrôle juridictionnel »²⁰⁷⁵.

1003. Les autorités indépendantes défigurent bien l'identité du juge pénal au stade de la sanction, d'autant plus que la répression économique exercée induit des recoupements entre les deux entités. Parmi les sanctions proposées, certaines sont quasiment identiques, qu'elles émanent de l'autorité indépendante ou du tribunal correctionnel. À ce titre, le délit d'initié, réprimé par le juge judiciaire, est sanctionné par une amende et le manquement d'initié, aux mains de l'Autorité des marchés financiers, par une sanction pécuniaire²⁰⁷⁶. En outre, une interdiction professionnelle peut être prononcée dans les deux cas²⁰⁷⁷, alors même que la valeur protégée est identique, puisqu'il s'agit à chaque fois de protéger le marché. Dès lors, pourquoi ne pas se suffire du juge judiciaire, dont la compétence semble reconnue par le législateur, malgré la technicité du contentieux ? Il y a que le législateur préfère recourir à un ersatz de parquet spécialisé, dont le cadre souple permet bien des digressions face aux contraintes de la procédure pénale classique. En effet, « l'on ne crée pas des autorités administratives indépendantes de régulation comme une sorte de quatrième pouvoir : elles ne sont que des modalités d'organisation de l'exécutif partant du principe que l'administration classique subordonnée au politique n'est pas en mesure de réguler un secteur, notamment économique, en toute impartialité, ne serait-ce que parce que l'Etat continue de détenir des intérêts importants dans les entreprises en question ou qu'il est réputé plus sensible à la pression de tel ou tel lobby. On crée donc au sein du pouvoir exécutif un mode spécial d'organisation de l'exercice de certaines prérogatives, mais c'est toujours le pouvoir exécutif qui les exerce. C'est le Parlement, pouvoir législatif, qui organise le pouvoir exécutif en créant des régulateurs placés sous le contrôle du pouvoir judiciaire »²⁰⁷⁸. Bien entendu, la juridictionnalisation imposée à ces instances amoindrit un peu l'efficacité escomptée. Mais la phase d'application des peines reste quant à elle totalement dégagée des exigences liées à la réinsertion : la sanction retrouve un caractère exclusivement punitif et dissuasif, de sorte que le juge de l'application des peines n'a plus lieu d'intervenir.

²⁰⁷⁵ T. ACHOUR, « La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ? », ERES, *Revue internationale de droit pénal*, 2013/3, Vol. 84, pp. 463-480.

²⁰⁷⁶ Articles L. 465-1 et L. 621-15 du Code monétaire et financier.

²⁰⁷⁷ Les articles 131-6 et 131-27 du Code pénal permettent de prononcer cette peine à titre principal ou complémentaire.

²⁰⁷⁸ T. TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », *AJDA* 2001, p. 135.

1004. La crainte de « l'enlèvement du pouvoir de sanction » de telles autorités face à l'intervention du juge judiciaire²⁰⁷⁹ est à présent enrayée et l'inadéquation des sanctions aux manquements constatés ne peut plus être considérée comme une critique appropriée. Le monopole, par les autorités étatiques, de la contrainte légale²⁰⁸⁰, connaît un prolongement éclatant dans l'attribution du pouvoir de sanction aux autorités indépendantes, d'autant plus que le niveau de contrainte exercé atteint une hauteur certaine. A peine quelques mois après avoir sanctionné le moteur de recherche *Google* avec une amende de cent cinquante millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches, en violation de l'article L. 420-2 du code de commerce et l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁰⁸¹, cette même autorité administrative indépendante vient d'exiger des mesures conservatoires de la part de l'entreprise américaine, au sujet cette fois des droits d'auteurs dus aux organes de presse. Par une décision du 9 avril 2020²⁰⁸², l'Autorité de la concurrence enjoint à la société de négocier « de bonne foi avec les éditeurs et agences de presse qui en feraient la demande, et selon des critères transparents, objectifs et non discriminatoires, la rémunération due à ces derniers pour toute reprise des contenus protégés »²⁰⁸³. Saisie par plusieurs éditeurs de presse²⁰⁸⁴, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 2019 sur les droits voisins²⁰⁸⁵, l'Autorité de la concurrence a ordonné aujourd'hui des mesures d'urgence, lesquelles doivent intervenir dans un délai de trois mois. Elle exige également de la société la remise de rapports mensuels sur la manière dont est exécutée la décision, au regard des conditions de transaction inéquitable imposées aux éditeurs et agences de presse. Ici,

²⁰⁷⁹ *Ibidem*.

²⁰⁸⁰ L'on rencontre l'expression tant chez Hans KELSEN que Max WEBER au sens d'un « *definiens* de l'État ». V. M. TROPER, « Le monopole de la contrainte légitime (Légitimité et légalité dans l'État moderne) », Editions Hazan, « Lignes » 1995/2, n° 25, pp. 34 à 47.

²⁰⁸¹ Décision n°19-D-26 du 19 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches.

²⁰⁸² Décision 20-MC-01 du 09 avril 2020 relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale e.a. et l'Agence France-Presse.

²⁰⁸³ Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence, publié sur le site de l'autorité administrative indépendante le 9 avril 2020 (<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/droits-voisins-lautorite-fait-droit-aux-demandes-de-mesures-conservatoires>).

²⁰⁸⁴ Il s'agit de plusieurs syndicats représentant les éditeurs de presse (Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale) ainsi que par l'Agence France-Presse (AFP).

²⁰⁸⁵ Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse. Cette loi transpose en droit français la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins du 17 avril 2019, et a pour objectif de mettre en place les conditions d'une négociation équilibrée entre éditeurs, agences de presse et plateformes numériques, afin de redéfinir, en faveur des éditeurs et agences de presse, le partage de la valeur entre ces acteurs (Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE).

l'Autorité de la concurrence n'hésite pas à prendre la place d'un juge des référés, dont les mesures peuvent être suivies de sanctions particulièrement lourdes, en cas d'inexécution. Elle passe ainsi de l'identité d'un juge de l'urgence à celle d'un juge de l'application des peines, adaptant la sanction en fonction de la personnalité et du comportement de l'auteur de l'infraction.

1005. À cet égard, la Commission nationale de l'informatique et des libertés a justement bénéficié d'un renforcement substantiel de ses pouvoirs, avec la mise en œuvre du règlement général sur la protection des données²⁰⁸⁶. Outre des mesures correctrices déjà étendues, qui permettent de mettre en demeure les organismes de réparer leurs manquements au dit règlement²⁰⁸⁷, des amendes administratives sont prévues à l'article 83 pour trois catégories d'infractions, en complément ou indépendamment des avertissements prononcés. Ici, le pouvoir répressif de l'autorité administrative indépendante est particulièrement marqué²⁰⁸⁸, puisque les peines peuvent atteindre vingt millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires mondial, le montant le plus élevé devant être retenu. Il est intéressant de remarquer l'objectif de telles sanctions administratives, lesquelles doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives ». Point de réinsertion dans l'action de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la sanction renoue uniquement avec le critère rétributif de la peine. Pourtant, de telles punitions doivent être individualisées selon une liste de critères établie par le texte. Ainsi, l'autorité administrative indépendante doit déterminer la sanction en fonction de « la nature, la gravité et la durée de la violation, compte tenu de la nature, de la portée ou de la finalité du traitement concerné, ainsi que du nombre de personnes concernées affectées et le niveau de dommage qu'elles ont subi »²⁰⁸⁹. Dès la première délibération, après entrée en vigueur de ces règles, la Commission nationale de l'informatique et des libertés n'a pas hésité à prononcer une amende d'un montant de cinquante millions d'euros à l'encontre de la société *Google*.

²⁰⁸⁶ Règl. (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la dir. 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

²⁰⁸⁷ L'article 58 du règlement général sur la protection des données prévoit de nombreuses mesures correctrices, qui vont du rappel à l'ordre à des mesures coercitives : l'imposition de mettre les opérations de traitement en conformité avec les dispositions du présent règlement, le cas échéant, de manière spécifique et dans un délai déterminé, la rectification ou l'effacement de données à caractère personnel ou la limitation du traitement, le retrait d'une certification, la suspension des flux de données, notamment.

²⁰⁸⁸ V. E. GABRIÉ, « Les pouvoirs des autorités de protection des données », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 268.

²⁰⁸⁹ L'article 83 du règlement général sur la protection des données énumère les conditions générales pour imposer des amendes administratives aux points 1 et 2.

1006. Le 21 janvier 2019²⁰⁹⁰, ce pseudo-juge pénal condamne la société pour manque de transparence, information insatisfaisante et absence de consentement valable pour la personnalisation de la publicité. En l'espèce, la formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés lui reproche d'exploiter les données personnelles des utilisateurs de ses services, notamment à des fins de personnalisation de la publicité, sans avoir valablement recueilli leur consentement²⁰⁹¹. Elle fait ici application des nouveaux plafonds de sanction, eu égard à la gravité et la multiplicité des manquements constatés, et s'impose tout à la fois comme juge de jugement et juge de l'application des peines, en rendant cette condamnation publique²⁰⁹². Ici, la sanction est prononcée puis exécutée dans une perspective d'exemplarité, sans aucune intervention d'un juge du siège, ni pour évaluer la nécessité de la somme exigée, ni pour accompagner l'auteur dans le processus de désistance habituellement attendu d'une sanction pénale. Seul compte ici le retentissement médiatique, raison pour laquelle l'autorité indépendante agit en lieu et place d'un juge pénal, étant dégagée des préoccupations judiciaires qui sont attachées à la peine.

1007. Elle n'est pas la seule à infliger des amendes colossales, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution s'étant illustrée au travers de plusieurs décisions de condamnations d'assureurs, à hauteur de milliers d'euros. Un blâme et une sanction pécuniaire de cinquante millions d'euros ont ainsi pu être infligés à la société *Allianz Vie* le 19 décembre 2014²⁰⁹³, après deux condamnations similaires, de *BNP Paribas Cardif* à dix millions d'euros, en avril 2014²⁰⁹⁴, et *CNP Assurances*, à quarante millions, en novembre de la même année²⁰⁹⁵. Des telles sanctions répriment le non-respect de la loi « Eckert » du 13 juin 2014 et de la loi du 17 décembre 2007²⁰⁹⁶ concernant les contrats d'assurance sur la vie non réclamés, les sociétés concernées n'ayant pas adapté leur organisation et leurs moyens aux nouvelles exigences d'identification des assurés

²⁰⁹⁰ Commission nationale de l'informatique et des libertés, 21 janvier 2019, n° SAN-2019-001 (Délibération).

²⁰⁹¹ V. O. TAMBOULE, « Décryptage autour de la première condamnation de Google par la CNIL post-règlement général sur la protection des données », *Dalloz actu.*, 30 janv. 2019.

²⁰⁹² L'anonymisation interviendra dans un délai de deux ans à compter de la publication de la décision.

²⁰⁹³ Commission des sanctions de l'ACPR, 19 déc. 2014, 2013-03 bis ; *LEDA* 2015, n° 25.

²⁰⁹⁴ Commission des sanctions de l'ACPR, 7 avr. 2014, 2014-01 ; *LEDA* 2014, n° 76.

²⁰⁹⁵ Commission des sanctions de l'ACPR, 31 oct. 2014, 2013-05 ; *LEDA* 2014, n° 174.

²⁰⁹⁶ Lois n° 2014-617 du 13 juin 2014 relative aux comptes bancaires inactifs et aux contrats d'assurance vie en déshérence et n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés.

sur la vie décédés et de recherche des bénéficiaires²⁰⁹⁷. Une telle autorité possède une large palette de sanctions, dont la liste est dressée par l'article L. 612-39 du Code monétaire et financier : avertissement, blâme, limitation ou suspension d'activité, jusqu'au retrait d'agrément. Quant à la sanction pécuniaire, elle peut aller jusqu'à cent millions d'euros. À propos de la condamnation de *CNP Assurances*, la doctrine a pu relever les critères d'individualisation de la sanction, qui « tient compte du préjudice des bénéficiaires, de la première place de la CNP sur le marché de l'assurance-vie, de l'image ternie de ce contrat et de la volonté de la CNP d'améliorer ses procédures », avant de remarquer que son montant incitera les assureurs « à redéployer leurs efforts et effectifs »²⁰⁹⁸. Une telle instance procède donc comme un pseudo-juge de l'application des peines pour personnaliser la sanction, mais en se détachant totalement de la fonction de désistance, pour ne retenir que l'exemplarité de la punition. Seulement huit décisions ont été rendues par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en 2014, mais les sanctions pécuniaires se sont élevées à 102,13 millions d'euros, contre 15,42 millions d'euros pour neuf affaires en 2013²⁰⁹⁹. À côté, l'Autorité des marchés financiers rend une vingtaine de décisions par an pour trente-trois millions d'euros de sanction en 2014²¹⁰⁰. Or, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution a perdu la qualité d'autorité administrative indépendante avec la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 ! Elle n'aura donc plus à se conformer aux règles communes édictées dans les deux textes de loi, notamment la déclaration d'intérêts et des situations patrimoniales qui doit être réalisée auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Auditionné le 30 septembre 2016 par la commission d'enquête du Sénat, le gouverneur de la Banque de France avait d'ailleurs plaidé pour la suppression de ce statut : « Il faut une séparation très grande dans les fonctions qui est réalisée grâce à des collègues très individualisés. Le collège de l'ACPR, dont la composition a été fixée

²⁰⁹⁷ Il est reproché à l'assureur « des carences et des retards dans la mise en œuvre de la loi n° 2007-1175 du 17 décembre 2007 qui l'obligeait, d'une part, à s'enquérir du décès éventuel de ses assurés en consultant le Registre national d'identification des personnes physiques (Code des assurances, art. L. 132-9-3 I), d'autre part, lorsqu'il était informé d'un tel décès, à rechercher les bénéficiaires des capitaux exigibles pour les aviser de la stipulation faite à leur profit (C. assur., art. L. 132-8 in fine). Le contrôle de la société avait ainsi révélé que sur 8194 informations résultant de la consultation du registre précité (RNIPP), seules 4191 furent exploitées, le reliquat étant relégué au processus ordinaire de traitement des successions. Pour la Commission des sanctions, cette sélection procède d'une insuffisance de moyens alloués à la recherche active des bénéficiaires et engendre, au mépris de la loi, un traitement inégalitaire de ces derniers » (P.-G. MARLY, « Contrats d'assurance-vie en déshérence : la première sanction de l'ACPR tombe », *LEDA* 2014, n° 76).

²⁰⁹⁸ C. BÉGUIN-FAYNEL, « Sanction exemplaire de 40 millions d'euros à la CNP pour insuffisance de recherche des bénéficiaires de contrats d'assurance sur la vie ! », *LEDA* 2014, n° 11, p. 5.

²⁰⁹⁹ V. C. BÉGUIN-FAYNEL, *LEDA* 2015, n° 25.

²¹⁰⁰ V. le tableau comparatif des sanctions prononcées par l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en 2014 sur le site : <http://www.agefiactifs.com/hommes-et-metiers/article/en-2014-lacpr-eu-la-main-plus-lourde-que-lamf-54193>.

par le législateur, ne se confond pas avec les instances dirigeantes de la Banque de France. [...] le fonctionnement que j'ai décrit montre que les services de l'ACPR correspondent à une direction générale de la Banque de France. L'ACPR n'a pas un budget autonome, mais un budget annexe à celui de la Banque de France ». Il ressort de telles déclarations, confirmées par la disparition du statut d'autorité administrative indépendante de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, que ce régulateur de la banque et l'assurance n'a jamais réuni les qualités d'impartialité et d'indépendance indispensables à l'acte de juger. Nul ne peut contester, pourtant, que le montant des sanctions pécuniaires infligées par ses soins s'apparente à une amende pénale, quant à elle prononcée et mise à exécution par le juge du siège.

1008. L'interdiction de cumul des sanctions – Si l'interdiction du cumul des sanctions administratives et judiciaires a fini par s'instaurer²¹⁰¹, les autorités administratives indépendantes ne disposent pas pour autant de l'autorité de la chose jugée. La possibilité d'une remise en cause de leurs décisions devant le juge pénal confine ainsi à une certaine ambiguïté, puisque le respect du principe *non bis in idem* sous-tend leur capacité à prononcer une sanction pénale. Il ne s'agit donc pas d'un juge pénal, mais uniquement d'une instance qui prononce des sanctions pénales, de sorte que le pouvoir répressif confié à de telles autorités dévoie autant qu'il spolie l'identité du juge en matière pénale. Par son arrêt *Nodet* du 6 juin 2019²¹⁰², la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour violation du principe *ne bis in idem*, excluant tout recours à des procédures complémentaires dans le cadre de la manipulation de cours. Déjà, cinq ans plus tôt, la Cour européenne s'était prononcée en ce sens en matière d'abus de marché, dans le cadre de l'affaire *Grande Stevens*²¹⁰³, en Italie. Une telle sentence avait d'abord entraîné en France la censure du Conseil Constitutionnel, le dispositif de cumul de sanctions étant jugé contraire au principe de nécessité des peines et des poursuites de l'article 8 de la Déclaration des droits de

²¹⁰¹ Le 10 février 2009, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt proscrivant le cumul des sanctions, en estimant que la qualification des faits donnée en droit interne « n'exclut pas leur qualification pénale au sens autonome de la Convention » (CEDH, 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, req. 14939/03, D. 2009, p. 2014, note J. PRADEL ; RSC 2009, p. 675, obs. D. ROETS).

²¹⁰² CEDH, 5e sect., 6 juin 2019, *Nodet c/ France*, req. n° 47342/14 : JurisData n° 2019-010283.

²¹⁰³ CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens* : BJB avr. 2014, n° 111h1, p. 209, note J. CHACORNAC ; BJB mars 2015, n° 112e6, p. 97, note B. de SAINT-MARS ; Banque et droit mai 2014, n° 155, p. 43, note A.-C. ROUAUD ; RTDF 2/2014, p. 149, note N. RONTCHEVSKY ; Dr. sociétés 2014, comm. 87, note S. TORCK ; RSC 2014, p. 106, note F. STASIAK ; RISF 2/2014, p. 53, note P. PAILLER.

l'homme, par une décision du 18 mars 2015²¹⁰⁴. Puis, le législateur est intervenu avec la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, mais par l'intermédiaire de la règle de « l'aiguillage » des dossiers entre les sanctions pénales et les sanctions administratives²¹⁰⁵. Réparti entre, d'une part, le juge pénal, et, d'autre part, l'Autorité des marchés financiers, le système de répression des abus de marché se traduit par une concertation préalable aux poursuites entre l'Autorité des marchés financiers et le Parquet national financier²¹⁰⁶. Ces deux instances doivent parvenir à un accord quant à la conduite de la procédure, pour tout manquement ou délit d'initié, manipulation de cours ou manquement ou délit de fausse information. Dans le cas contraire, le Procureur général près la Cour d'appel de Paris décide de la voie répressive qui prévaut. Un tel partage doit donc se réaliser « en bonne intelligence et coopération avec les services du Parquet national financier »²¹⁰⁷, cette position instable conduisant nécessairement à des incohérences. Ainsi la règle du non cumul a rapidement connu des tempéraments, validés par les plus hautes juridictions, tant au niveau national qu'europpéen.

1009. Le Conseil Constitutionnel, d'abord, a concédé le cumul des sanctions pénales et administratives en cas de dissimulations d'une particulière gravité, les procédures étant alors considérées complémentaires²¹⁰⁸. La Cour européenne des droits de l'homme, également, accepte une telle articulation lorsqu'il existe « un lien matériel et temporel suffisamment étroit », dans des matières qui ne relèvent pas, selon son appréciation, « du noyau dur » du droit pénal²¹⁰⁹. Enfin, la grande chambre de la Cour

²¹⁰⁴ Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC : *BJB* mai 2015, n° 112j3, p. 204, note Th. BONNEAU ; *Banque et droit* 2015, n° 160, p. 35, note A.-C. ROUAUD ; *BJS* juin 2015, n° 113r4, p. 273, note A. GAUDEMET ; *JCP G* 2015, 368, note F. SUDRE ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 94, note S. TORCK ; *RLDA* juin 2015, n° 105, note F. STASIAK ; *JCP E* 2015, 1353, spéc. n° 9, note R. SALOMON ; *Dr. pén.* 2015, comm. 79, note V. PELTIER ; *RD bancaire et fin.* 2015, comm. 63, note P. PAILLER. – *Adde*, H. LE NABASQUE, « L'audace du Conseil constitutionnel, à propos de la règle non bis in idem » : *RD bancaire et fin.* 2015, repère 3. – J.-J. DAIGRE, « Le Conseil constitutionnel sanctionne le cumul des sanctions... » : *Banque et droit* 2015, n° 160, p. 3.

²¹⁰⁵ Th. BONNEAU, « La réforme du système de répression des abus de marché » : *JCP E* 2016, 1412 ; *Dossier Banque et droit* 2016, n° 168, p. 26, J. CHACORNAC, J.-J. DAIGRE et A.-C. ROUAUD. – E. DEZEUZE, « La refonte de la répression des abus de marché » : *JCP G* 2016, 846. – A. BELLEZA, « La réforme inachevée du système de répression des abus de marché » : *RD bancaire et fin.* 2016, étude 23 ; *Dr. sociétés* 2016, comm. 147, note R. VABRES. – P. PAILLER, « Réforme de la répression des abus de marché » : *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 217, spéc. p. 75.

²¹⁰⁶ Art. L. 465-3-6 du Code monétaire et financier.

²¹⁰⁷ Lire à ce propos la présentation du système sur le site de l'Autorité des marchés financiers : <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/un-nouveau-systeme-pour-la-repression-des-abus-de-marche-en-france>.

²¹⁰⁸ Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016/445 QPC et 2016/446 QPC. – M. COLLET, P. COLLIN, « Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes » : *JCP G* 2016, p. 847

²¹⁰⁹ CEDH, 15 nov. 2016, *A. et B. c/ Norvège*, req. n° 24130/11 et 29758/11 : *JurisData* n° 2016-024274 ; *RSC* 2017, p. 134, note D. ROETS ; *JCP G* 2017, 183, note O. DÉCIMA ; *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 261, note P. PAILLER. – V. également en matière fiscale CEDH, 2e ch., 16 avr. 2019, *Bjarni Armannsson c/ Islande*, req. n° 72098/14 – *Adde*, F. DRUMMOND, « La décision de la CEDH du 4 mars 2014 et la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 et leurs conséquences » : *BJB* 2017, § 116s3, p. 162.

de justice de l'Union européenne est venue à son tour édulcorer l'exigence de non-cumul des sanctions pénales et administratives par trois arrêts du 20 mars 2018, en validant l'existence de procédures parallèles lorsqu'elles visent « des aspects différents du même comportement infractionnel considéré »²¹¹⁰. L'interdiction du cumul des sanctions qui découle de l'arrêt *Nodet* ne fait que reprendre, à cet égard, les solutions dégagées, en admettant une complémentarité en cas de « lien matériel et temporel suffisamment étroit ». Ainsi, l'admission de la dualité des sanctions passe par la prise en compte, dans la motivation de la juridiction, de la décision rendue en amont par l'autorité indépendante ainsi que par leur durée : les procédures doivent être simultanées et leur délai raisonnable.

1010. Finalement, le respect du principe *non bis in idem* reste relativement fluctuant, la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 l'ayant consacré dans le cadre des atteintes à la transparence des marchés financiers et la jurisprudence européenne admettant certains écarts, à l'aune d'une appréciation stricte de la complémentarité des procédures. La France émet d'ailleurs une réserve à l'application de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, selon lequel « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat », en restreignant la règle *non bis in idem* à la double poursuite pénale uniquement²¹¹¹. La Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais répondu clairement à la régularité d'une telle réserve, malgré certaines condamnations en ce sens²¹¹², alors que l'article 57 paragraphe 2 de la Convention s'y oppose²¹¹³. La France continue d'admettre le cumul des sanctions pénales et fiscales, de sorte que le même raisonnement peut être admis en matière administrative. La stricte position adoptée par le juge européen à

²¹¹⁰ CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*. – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma*. – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Mancini* : concl. av. gén. M. Manuel CAMPOS SANCHEZ-BORDONA ; *JCP G* 2018, 429, note D. BERLIN ; *RSC* 2018, p. 524, note F. STASIAK ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 88, note R. VABRES ; *RISF* 2018/3, p. 50, note K. DECKERT ; *RD bancaire et fin.* 2018, comm. 82, note P. PAILLER. – The principle of *ne bis in idem* and the European Court of Justice : *RTDF* 2018/2, p. 67, note P. PAILLER ; *RTDF* 2018/1, p. 90, note E. DEZEUZE, N. RONTCHEVSKY ; *Banque et droit* 2018, n° 179, p. 8, note E. JOUFFIN ; *Banque et droit* 2018, n° 179, p. 28, note J. CHACORNAC).

²¹¹¹ Lors de l'adoption de ce texte, la France émet la réserve suivante : « Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole ».

²¹¹² CEDH, 16 avril 2019, *Armannsson c. Islande*, req. 72098/14 : la Cour condamne ici le cumul des sanctions pénales et fiscales.

²¹¹³ La Convention stipule, en son article 57 paragraphe 2 : « Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article [...]. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause ».

l'occasion de l'arrêt *Nodet* du 6 juin 2019 se veut rassurante, contenant les éventuelles dérives à une appréciation rigoureuse de la complémentarité des procédures²¹¹⁴. Toujours est-il qu'il peut arriver, encore, qu'une sanction administrative se cumule avec une sanction pénale en dehors des abus de marchés, si le lien entre les deux voies répressives est matériellement et temporellement étroit²¹¹⁵.

1011. Le choix de recourir à une autorité de régulation, en matière financière, marginalise le rôle du juge pénal, en permettant à l'État d'intervenir avec souplesse dans l'encadrement des marchés²¹¹⁶. Le cantonnement du juge pénal à la supervision des sanctions prononcées par les autorités indépendantes ne cesse de se renforcer, de sorte qu'une interversion des rôles semble progressivement se dessiner : « en sus de l'extension des garanties requises devant le juge judiciaire à leur procédure, ces autorités ont subi de véritables mutations organisationnelles et fonctionnelles faisant d'elles des juridictions de fait »²¹¹⁷. Une même instance confond alors dans ses pouvoirs à la fois l'édiction d'une norme, le contrôle de son respect et la sanction des manquements ! L'investissement d'un pouvoir de sanction par les autorités indépendantes supporte quand même deux limites au regard de celui que détient le juge du siège : la spécialisation du contentieux et l'exclusion de toute privation de liberté. À cela, il faut ajouter l'obligation du respect, dans une moindre mesure, des droits fondamentaux. Aussi : « Il ne peut y avoir de procès digne de ce nom, conduisant à une sanction, sans respect intégral, complet, inaltéré des droits de la défense : tant la recherche de la vérité que la considération que l'on place dans le système répressif et la confiance qu'inspire l'autorité chargée de cette fonction l'imposent »²¹¹⁸. L'accroissement des garanties du procès équitable dans le cadre de la répression administrativo-pénale a bien poursuivi un tel but, entraînant un rapprochement *de facto* avec le procès pénal. Ces autorités indépendantes en sortent victorieuses, puisqu'elles incarnent la nouvelle garde des libertés individuelles. L'unique bastion de résistance du juge du siège demeure la peine privative de liberté, laquelle leur résiste encore.

²¹¹⁴ N. CATELAN, « Ne bis in idem et manipulation de cours : condamnation sans réserve du cumul de poursuites », *Lexbase*, La lettre juridique n° 787 du 20 juin 2019 : Droit financier.

²¹¹⁵ P. PAILLER, « Condamnation de la France par la Cour européenne », *RD bancaire et fin.* n° 4, Juillet 2019, comm. 143.

²¹¹⁶ V. F. DRUMMOND, « Régulation judiciaire et/ou administrative de la finance ? », *Revue d'économie financière* 2018/1 (N° 129), pp. 163-176.

²¹¹⁷ T. ACHOUR, « La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ? », *ERES, Revue internationale de droit pénal*, 2013/3, Vol. 84, pp. 463-480.

²¹¹⁸ E. PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *op. cit.*

B) La nouvelle garde des libertés individuelles

1012. Une formule d'avenir ? – Aujourd'hui, les autorités indépendantes ne sont plus des « réponses ponctuelles à des difficultés momentanées »²¹¹⁹, mais des solutions de facilité pour retirer au juge judiciaire son pouvoir de sanction. Elles ont bien été conçues en ce sens, mais devaient se contenter d'un cercle d'intervention restreint. Bien au contraire, leurs attributions sont en permanence étendues, au point d'interroger la doctrine quant à la pertinence de cette formule d'avenir, qui consiste à confier un contentieux à un organe qui n'est pas un juge²¹²⁰. Toujours, l'efficacité et la célérité guident les pas d'un législateur avide de productivité au sein de la chaîne pénale. Tout en assortissant le pouvoir des autorités administratives et étatiques indépendantes des garanties inhérentes au procès pénal, le législateur dévalue la sanction pénale, qui ne semble plus répondre à sa mission : « Cela tient au fait que la sanction n'est pas tellement un mécanisme *ex post* de rétribution des fautes, mais plutôt un mécanisme d'information et d'incitation. Ainsi, les prescriptions des Autorités administratives indépendantes ne sont crédibles que si elles disposent du pouvoir de les sanctionner. C'est pourquoi le législateur pourrait attribuer systématiquement un tel pouvoir aux Autorités administratives indépendantes »²¹²¹. Les autorités indépendantes connaissent bien une juridictionnalisation qui laisse penser à un rapprochement avec le statut de juridiction pénale, dans le cadre du renforcement de leur pouvoir de punir. Elles ont d'ailleurs pu revendiquer une telle qualité, comme ce fut le cas pour la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel²¹²², s'auto-proclamant « juridiction » ou la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, qualifiée de « tribunal des marchés financiers » par sa présidente²¹²³. Mais elles restent profondément dépourvues des qualités substantielles d'une autorité judiciaire, et plus encore d'un juge du siège : « Dès lors que l'administration peut prendre une décision

²¹¹⁹ C. DE BERNARDINIS, « Le juge administratif, nouveau gardien de la liberté individuelle ? » (première partie), *Lexbase*, Hebdo édition publique n°429 du 15 septembre 2016 : Libertés publiques.

²¹²⁰ F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013, p. 113.

²¹²¹ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de M. Patrice GÉLARD, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006, p. 93.

²¹²² Cette autorité, s'auto-qualifiant juridiction, s'était alors déclarée compétente pour l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité (décis. n° 2010-06 bis du 13 mai 2011).

²¹²³ C. NOCQUET, « La Commission des sanctions de l'AMF : fermeté, transparence et pédagogie », *Bull. Joly Bourse*, 1er avr. 2012, n° 4, p. 192.

suffisamment grave à l'encontre d'un administré, la légalité impose le respect d'une procédure analogue à celle qui prévaut devant une juridiction. Cette analogie n'est cependant pas une identité, car la sanction administrative se veut une solution pratique et efficace aux mains de l'autorité administrative, et non d'un juge ». C'est précisément ce qui justifie le recours au judiciaire, afin de régulariser une procédure dont l'impartialité est trompeuse. Une partie seulement des exigences du procès équitable est réunie, de telles instances étant seulement infusées des droits fondamentaux, sans en être pleinement innervées. Elles rassemblent ainsi des pouvoirs de saisine, de régulation, de réglementation et de sanction, sans être soumises à l'administration ni tout à fait autonomes de l'action administrative. À mi-chemin entre la répression administrative et la répression pénale, l'identité des autorités indépendantes n'est pas celle d'un véritable juge, selon le modèle consacré.

1013. La figure du juge pénal – Progressivement, les autorités indépendantes montent en puissance sur le terrain répressif, alors même qu'elles suivent une évolution similaire à celle de la justice administrative. La distinction des fonctions contentieuses et administratives rejoint effectivement l'isolement de la formation de jugement au sein de l'organe administratif, comme l'a connu le Conseil d'État, cette répartition emportant les mêmes incidences quant à la réelle impartialité de la juridiction. Or, contrairement au juge administratif, les autorités administratives ou étatiques indépendantes ont la charge d'infractions pénales et empruntent la figure de leur juge. L'application des peines en paie un lourd tribut, le juge du siège se trouvant remplacé par de pseudo-juridictions pénales, auxquelles revient l'individualisation d'une sanction pénale ultra-spécialisée : « Dans un système romano-germanique, l'un des changements majeurs réside dans le déclin du légicentrisme au profit de l'admission d'un pluralisme juridique qui, tout à la fois, décentre la production normative par rapport à l'État, crée des conflits de normativité inédits et autorise de nouveaux modes de régulation inspirés de la *soft law*. Par ailleurs, une redéfinition des rapports entre intérêt général et intérêt(s) privé(s) s'opère avec, parfois, un chevauchement des frontières. Les certitudes d'hier laissent place à des interrogations lorsqu'il s'agit d'apprécier le rôle de la volonté dans la réalisation de certains actes, juridiques ou non, et les limitations qu'elle peut ou doit supporter. Sur le plan de la justice, cela s'incarne par le retour d'une concurrence entre un système de justice publique, qui pouvait être considéré comme le terme de l'évolution, et de nouvelles aspirations à la justice privée.

L'office du juge étatique s'en trouve régulièrement débattu pour, en règle générale, proposer de retrancher ou de réaménager certains pans de son activité au profit d'autres acteurs »²¹²⁴. Ce transfert de pouvoir s'est bien accompagné d'une transposition des exigences du procès équitable aux autorités indépendantes, de sorte qu'elles exercent leur pouvoir de sanction à la manière de quasi-juridictions pénales. Cependant, la séparation des organes de jugement et de poursuite, l'exercice des droits de la défense ou le respect du contradictoire ne sauraient garantir le respect des droits fondamentaux sans la présence d'une autorité indépendante et impartiale.

1014. L'amoindrissement du procès équitable – Les qualités substantielles du juge du siège conditionnent en effet la mise en œuvre d'un procès équitable, lequel est inexorablement amoindri lorsqu'il est exercé par une identité administrative, même si ce nouvel ordre de juge pénal rassemble les autres émoluments procéduraux. De fait, « on ne saurait exiger d'un organe administratif, présumé poursuivre l'intérêt général, les mêmes qualités d'indépendance et d'impartialité que l'on attend d'un juge, tiers impartial dont la mission consiste à départager des parties en conflit »²¹²⁵. Ainsi, le modèle suivi par les autorités indépendantes consiste bien à séparer les organes de poursuite et de jugement, qu'il s'agisse de deux instances distinctes, comme dans le cas de l'Autorité des marchés financiers, ou bien d'une scission entre une commission collégiale et un rapporteur indépendant, ce qui est le cas de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, ou de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes, notamment. L'Autorité des marchés financiers se compose selon cette distinction duale : « le Collège, avec, à sa tête, le président de l'AMF », qui est « l'organe décisionnel et de poursuite », et « la Commission des sanctions, organe de jugement habilité à prononcer des sanctions disciplinaires et pécuniaires »²¹²⁶. Dès lors, tout se passe presque comme dans le cadre d'une juridiction spécialisée, avec une séparation des fonctions de l'enquête aux poursuites, jusqu'à la notification d'une éventuelle sanction à la personne mise en cause. L'audience n'existe pas, bien évidemment, puisque l'objectif est celui d'un gain en temps et en efficacité, le contradictoire et l'assistance de l'avocat permettant à l'intéressé de se défendre par

²¹²⁴ S. PELLÉ, « L'effacement du juge en matière pénale : inexorable évolution ou véritable mutation de notre justice pénale », *D.* 2020, p. 1476.

²¹²⁵ C. MALVERTI, « AMF contre AMF », *AJDA* 2020, p. 934.

²¹²⁶ Rapport annuel 2019 de l'AMF, p. 7.

écrit. L'on retrouve donc les principaux émoluments du procès équitable, de sorte qu'il est loisible d'identifier une quasi-juridiction pénale au travers de telles autorités.

1015. Au verso de ce tableau idyllique, la justice pénale administrative est loin d'être une toile de maître, l'absence de tout préjugement pouvant être remise en cause à divers titres. La loi du 20 janvier 2017²¹²⁷ tente d'en résorber les défauts, en limitant la durée des mandats au sein des autorités indépendantes, le cumul des mandats entre différentes autorités et en introduisant un cortège de règles déontologiques destiné à éviter les conflits d'intérêts²¹²⁸. Toutefois, les précautions restent menues, les élus parlementaires étant autorisés à composer les organes de telles autorités²¹²⁹, tout comme les membres de l'exécutif, ce qui pose problème au regard de l'impartialité exigée de tout « juge pénal ». Le texte précise simplement, à l'article 9, qu'ils « ne reçoivent ni ne sollicitent d'instructions d'aucune autorité », ne doivent prendre « à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité à laquelle ils appartiennent », et sont « tenus de respecter le secret des délibérations »²¹³⁰. En outre, afin de contrebalancer les effets – pourtant ténus – de cette réforme, les parlementaires ont renforcé le contrôle du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif sur les activités des autorités indépendantes, sans leur reconnaître l'autonomie financière nécessaire à leur indépendance. L'article 21 du texte de loi dispose : « toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante adresse chaque année, avant le 1er juin, au Gouvernement et au Parlement un rapport d'activité rendant compte de l'exercice de ses missions et de ses moyens », la reddition annuelle des comptes pouvant également être exigée devant les commissions permanentes qui en font la demande, selon l'article suivant. De plus, les présidents des autorités indépendantes sont parfois nommés par le Président de la République, après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée²¹³¹. Surtout, l'article 23 subordonne directement l'activité des autorités indépendantes au contrôle du gouvernement, puisque ce dernier est chargé d'un rapport annuel sur leur mode de fonctionnement, un tel document profitant également au Parlement pour superviser de

²¹²⁷ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

²¹²⁸ Titres I et II de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017.

²¹²⁹ Et ce, même lorsque le Parlement a vocation à contrôler l'autorité indépendante.

²¹³⁰ V. F. BALAGUER, « Autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales », *LPA* 19 juin 2017, n° 121, p. 7.

²¹³¹ Le chapitre IV de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017, portant sur la nomination des présidents des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, renvoie à la procédure de l'article 13, alinéa 5, de la Constitution.

telles instances. En fait d'indépendance, les autorités administratives et étatiques sont pieds et poings liés aux autres pouvoirs, de telle sorte qu'il est bien présomptueux de leur reconnaître la séparation qui fonde le pouvoir judiciaire. Malgré ce défaut identitaire, la procédure administrative est devenue « l'antichambre du procès, c'est-à-dire la mise en forme progressive d'un litige à venir, où deux parties s'opposeront sous le regard d'un tiers impartial »²¹³².

1016. La jurisprudence constitutionnelle –Finalement, le juge du siège ne peut plus être gratifié, aujourd'hui, de la qualité de gardien des libertés individuelles. L'article 66 de la Constitution abandonne progressivement l'admission large de la compétence du juge judiciaire, pour revenir à une interprétation littérale du texte, lequel dispose : « 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 ». En effet, l'autorité judiciaire n'assure plus avec la même vigueur la protection des droits fondamentaux, la privation de liberté restant l'unique bastion réservé, du moins quant à son contrôle. Des libertés individuelles, il redevient le gardien de la liberté individuelle, c'est à dire la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires. À côté, « la jurisprudence constitutionnelle n'impose pas par principe l'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction »²¹³³ et le droit administratif se contente d'un principe général d'impartialité, sans exiger une obligation générale d'indépendance²¹³⁴.

1017. Dans sa décision de principe, en 2012, à l'encontre des sociétés *Groupe Canal Plus* et *Vivendi Universal*²¹³⁵, le Conseil Constitutionnel tolère bien « une certaine confusion des fonctions de poursuite et d'instruction, et des fonctions de poursuite et de jugement lorsque le pouvoir d'initiative est partagé entre deux organes et que des garanties sont prévues pour éviter un préjugement des faits à ce stade de la procédure. Les principes d'indépendance et d'impartialité, appliqués avec toute leur rigueur aux fonctions juridictionnelles, semblent ainsi être envisagés de façon moins

²¹³² F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013, p. 113.

²¹³³ J. BÉTAILLE, « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », *RSC* 2019, p. 289.

²¹³⁴ Art. L. 100-2 du Code des relations entre le public et l'administration : « L'administration agit dans l'intérêt général et respecte le principe de légalité. Elle est tenue à l'obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité. Elle se conforme au principe d'égalité et garantit à chacun un traitement impartial ».

²¹³⁵ Cons. const., 12 octobre 2012, n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus*, *AJDA* 2012, p. 1928 ; *D.* 2012, p. 2382.

sévère pour les fonctions administratives »²¹³⁶. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme ne soumet pas l'organe administratif titulaire du pouvoir de sanction aux mêmes exigences que l'organe juridictionnel²¹³⁷, tant que ce dernier exerce un contrôle sur la décision administrative²¹³⁸. Seuls la jurisprudence et le droit de l'Union européenne lient étroitement indépendance et impartialité, une telle règle étant toutefois limitée à certains secteurs de régulation administrative²¹³⁹. Le législateur national profite d'un tel déficit, se refusant à clarifier et unifier la soumission des procédures menées par les autorités étatiques et administratives indépendantes aux règles du procès équitable²¹⁴⁰, malgré la progression de leurs pouvoirs en matière répressive²¹⁴¹. Les autorités indépendantes, ni totalement administratives, ni réellement judiciaires, ont ainsi profité de leur statut intermédiaire et de la souplesse des règles du procès équitable lorsqu'elles sont appliquées à l'administration pour s'immiscer dans le pouvoir de punir, à la place du juge du siège. Dès lors, elles ne se suffisent plus d'exercer un pouvoir de régulation des secteurs sensibles à la place de l'État mais se complaisent dans l'attribution d'un pouvoir de sanction.

1018. L'effacement du juge pénal – Derrière cet effacement du rôle du juge en matière pénale, certains auteurs perçoivent un retour à la répartition originelle du droit pénal entre conciliation et répression²¹⁴². L'argument pourrait paraître convaincant, si l'effacement du juge pénal se bornait à le cantonner à la répression, pour confier la conciliation à des acteurs extérieurs. Or, au lieu de partage, il est question de confusion des rôles, où le juge pénal est évincé et son pouvoir détourné.

²¹³⁶ O. LE BOT, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives soumis aux principes d'indépendance et d'impartialité », *Constitutions* 2013, p. 95.

²¹³⁷ CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, req. nos 7299/75 et 7496/76 § 29.

²¹³⁸ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, req. nos 6878/75 et 7238/75 ; GACEDH, n° 21.

²¹³⁹ Sur ce point, lire J. BÉTAILLE, « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », *op. cit.* : « L'obligation d'indépendance des autorités de régulation sectorielles se manifeste dans plusieurs secteurs. Par exemple, la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité impose clairement l'indépendance de l'autorité de régulation. Elle va même jusqu'à exiger une autorité « juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée ». Au plan interne, un second exemple peut être tiré de l'article L. 32-1, I, 3° du code des postes et des communications électroniques. In fine, cette montée en puissance de l'indépendance dans le domaine de la régulation a emporté avec elle le pouvoir de sanction. Néanmoins, au-delà du fait que cette association entre indépendance et titulaire du pouvoir de sanction soit limitée à certains secteurs, elle n'est en quelque sorte que le fruit d'un concours de circonstances lié au contexte du droit de la régulation, et non d'une volonté délibérée d'associer par principe indépendance et exercice du pouvoir de sanction ».

²¹⁴⁰ A. DEBET, « Lois sur les autorités administratives indépendantes : quels changements pour la CNIL ? », *CCE*, juin 2017, n° 56.

²¹⁴¹ C. BROUELLE, « Vers un droit commun de l'enquête administrative en matière répressive », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 714, déc. 2013, comm. 49.

²¹⁴² Le Professeur Sébastien PELLÉ rappelle que le mot pénal « dérive du latin *peona* qui désigne, dans son sens premier, la composition pécuniaire acceptée par la victime en contrepartie d'une atteinte » (V. « L'effacement du juge en matière pénale : inexorable évolution ou véritable mutation de notre justice pénale », *op. cit.*).

L'exigence d'individualisation de la sanction pénale est loin d'être étrangère à ce mélange des genres, en impliquant la prise en compte d'un seul dans une matière qui doit protéger l'intérêt de tous. À l'inverse des valeurs sociales protégées, qui défendent une position commune de la société, la personnalisation de la peine se veut adaptée à chacun. En outre, la prise en compte grandissante de la place de la victime, au sein du procès pénal, conduit inévitablement à la privatisation de la justice répressive. Comment, dès lors, par une simple punition, répondre tout à la fois à la nécessité de réinsérer l'auteur, de réparer la victime et de protéger la société ? Le législateur en fait pourtant le sens et l'essence de la peine, si bien que des intérêts contradictoires dictent la ligne de conduite du juge pénal : « *les principales victimes de la complexité et des contradictions du droit de la peine sont précisément les magistrats, non seulement ceux des juridictions de l'application des peines qui, par hypothèse, sont spécialisés, mais aussi ceux des juridictions de jugement auxquels sont imposés des devoirs nouveaux, notamment la motivation de la peine, et offerts des choix et des combinaisons si multiples qu'ils sont embarrassants* »²¹⁴³. Par conséquent, l'articulation entre intérêt général et intérêts privés s'infléchit, entraînant la mutation identitaire du juge pénal : « L'incidence sur le rôle du juge est loin d'être uniforme, à l'image de la polysémie du mot effacement. Dans un premier sens, il signifie faire disparaître quelque chose ou les traces de quelque chose. De manière plus littéraire, c'est se faire oublier. Au sens figuré, c'est se tenir à l'écart par modestie ou discrétion. Enfin, d'un point de vue corporel, il s'agit de se présenter de profil pour occuper différemment l'espace »²¹⁴⁴. Le juge du siège, en matière pénale, subit tout cela à la fois : il se fait oublier au sens propre, discret au sens figuré, et occupe différemment l'espace, même sous son meilleur profil.

1019. Le mouvement qui l'affecte suit deux étapes : il passe d'abord par la délégation de la justice pénale au profit d'intervenants extérieurs. Le procureur de la République se place aux devants de cette justice simplifiée, qui irrigue tous les niveaux de répression : par les alternatives au jugement, au cœur des poursuites, et les alternatives aux poursuites, au dehors. Les autorités administratives et étatiques indépendantes le secondent, en négociant la sanction pénale dans des domaines

²¹⁴³ E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, 3ème éd., LexisNexis, 2019. Propos conclusifs de la préface, par Jacques-Henri ROBERT.

²¹⁴⁴ S. PELLÉ, « L'effacement du juge en matière pénale : inexorable évolution ou véritable mutation de notre justice pénale », *op. cit.*

déterminés. De l'enquête à la sanction, le juge du siège devient quant à lui instance d'homologation. Cette mise à l'écart du juge du siège dans l'acte de juger, du prononcé à l'individualisation de la sanction, se prolonge dans la mission de contrôle qui lui est peu à peu retirée. Le juge administratif n'est plus uniquement chargé de réguler l'action de l'administration, il lui revient à présent de protéger les libertés individuelles. Révélé par l'état d'urgence du pays, après les vagues d'attentats qui ont secoué la Nation, le rôle du juge administratif se déploie pour des raisons d'efficacité. Le législateur lui accorde des pouvoirs efficaces, tels le référé et l'injonction, pour contrôler des mesures attentatoires qualifiées de police administrative. Les autorités indépendantes s'inscrivent ainsi dans un courant général, qui consiste à leur confier un pouvoir de répression pénale, avec un transfert du contentieux du juge pénal au juge administratif. L'effritement du rôle du juge pénal, dont le contrôle du respect des libertés individuelles est maintenant considéré excessif, « réside dans l'élargissement des pouvoirs du juge administratif et la mise en place de contrôles et de procédures plus performants »²¹⁴⁵.

1020. La convention judiciaire d'intérêt public – Ultime degré d'effacement du juge pénal, la convention judiciaire d'intérêt public fut mise en place par la loi du 9 décembre 2016²¹⁴⁶, à l'égard des personnes morales. Elle permet ainsi au procureur de la République de convenir d'un accord avec la personne morale mise en cause, dès lors qu'une atteinte à la probité est commise. Cette alternative aux poursuites, prévue par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, intervient dans le cadre de multiples infractions d'affaires : corruption, trafic d'influence, fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale et toute infraction connexe et surtout, est exécutée en partenariat avec l'Agence française anti-corruption. Cette dernière, qui est bien une autorité administrative, ne figure pas dans la liste des autorités indépendantes, étant présentée comme un service à compétence nationale, qui « aide les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme »²¹⁴⁷. Placée à la fois sous l'autorité du ministre de la Justice

²¹⁴⁵ C. DE BERNARDINIS, « Le juge administratif, nouveau gardien de la liberté individuelle ? » (première partie), *op. cit.*

²¹⁴⁶ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

²¹⁴⁷ Présentation donnée sur le site de l'agence : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/lagence>.

et du ministre en charge du Budget, elle est dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire hors hiérarchie, nommé par décret du président de la République pour une durée de six ans non renouvelable. Elle exerce donc un pouvoir administratif de contrôle, qui ne devrait pas interférer sur les pouvoirs du juge du siège. Or, dans le cadre de cette nouvelle convention judiciaire, une telle instance est précisément chargée de l'exécution de la sanction pénale. En effet, avec le consentement de la personne morale, le parquet peut exiger le versement d'une amende d'intérêt public à l'Etat, dont le montant ne peut excéder 30% du chiffre d'affaires moyen annuel et la réparation du dommage de la victime, mais également, la mise en œuvre, sous le contrôle de l'Agence, d'un programme de mise en conformité de ses procédures de prévention et de lutte contre la corruption, pour une durée maximale de 3 ans. Conçue pour éviter la lourdeur et la longueur de la voie judiciaire traditionnelle, la convention judiciaire d'intérêt public permet à l'intéressé d'échapper aux peines complémentaires encourues devant le tribunal judiciaire : la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction, l'interdiction d'exercer certaines activités, la fermeture d'un ou plusieurs établissements, l'exclusion des marchés publics ou l'interdiction de proposer ou faire admettre des titres financiers aux négociations sur des marchés publics²¹⁴⁸. Une simple reconnaissance de culpabilité, homologuée par le juge du siège dans le cadre d'une audience publique, suffit à confier la responsabilité pénale de la personne morale au tandem constitué par le ministère public et l'administration étatique. En définitive, dans le cadre de ce mécanisme proche de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le rôle du juge pénal est résiduel. Le législateur prévoit seulement que le président du tribunal judiciaire « procède à l'audition, en audience publique, de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leur avocat. À l'issue de cette audition, le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues au 1° du I du présent article et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements »²¹⁴⁹. Laconique, le contrôle du juge du siège « ressort notamment des ordonnances lapidaires, ne dépassant pas quelques pages et se contentant des constatations élémentaires en omettant de mentionner les éléments

²¹⁴⁸ M. KROUTI, P. DUFOURQ, « Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », *Dalloz actualité*, 12 juill. 2019.

²¹⁴⁹ Art. 41-1-2, II, du Code de procédure pénale.

relatifs au débat d'audience, contrairement aux DPA [Deferred prosecution agreement] qui sont, elles, bien plus fournies et détaillant, notamment, l'ensemble des faits ayant conduit à l'accord ainsi que le développement relatif à la procédure »²¹⁵⁰. Il ne contrebalance donc pas l'absence de contradictoire, alors même que les amendes prononcées peuvent s'avérer extrêmement lourdes. Pourtant, ici, le prononcé et l'exécution de la sanction pénale relèvent de deux autorités non indépendantes, dont l'une seule est judiciaire.

Conclusion de la section 2

1021. Le législateur, dans sa quête immodérée d'efficacité, sacrifie progressivement l'institution judiciaire et les garanties qu'elle présente au profit d'intervenants périphériques, la participation du parquet n'étant qu'un trompe-l'œil dans la délégation de la sanction pénale à l'administration : « Le procès pénal que l'on définit souvent par le primat de l'oralité ne comporte pas moins de tels glissements du judiciaire vers l'administratif. Outre la déjudiciarisation de nombreuses affaires – contraventions notamment – cela s'observe dans leur traitement en amont par des instances bureaucratiques qui utilisent la menace d'un transfert du conflit sur la scène pénale. La saisine du juge pénal devient un enjeu dans une stratégie de gestion différentielle des conflits qui lui est extérieure soit à titre d'argument de dernier recours dans une négociation, soit comme mode de désignation d'une victime exemplaire dans certaines affaires sensibles »²¹⁵¹. En définitive, cette nouvelle procédure presque totalement dépénalisée constitue le millième sabord à l'égard du juge du siège, de l'enquête à l'application des peines.

²¹⁵⁰ S. IBRAHIM, R. KAMEL, « La convention judiciaire d'intérêt public, une contractualisation du droit pénal », *Le Village de la Justice*, 9 janv. 2020.

²¹⁵¹ D. SALAS, *Du procès pénal*, PUF, 2010, p. 152.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

« *Parce que l'état d'urgence s'inscrit dans le provisoire, le droit commun a vocation à reprendre son cours, mais un cours nouvellement écrit sous la dictée de la confusion* »²¹⁵².

1022. Certes, l'état d'urgence n'a pas provoqué les mêmes bouleversements au stade de la peine qu'au cours de la phase préparatoire du procès pénal. En dépit de quelques retentissements, le terrorisme n'est pas ici le principal vecteur de contournement du juge de l'application des peines. La confusion, quant à elle, caractérise communément l'évolution du rôle du juge du siège pendant l'enquête et lors de l'application de la sanction pénale et signe le dévoiement durable de son identité.

1023. Instrumentalisé, le pouvoir du juge de l'application des peines l'est d'abord par le biais des règles de droit. La juridictionnalisation du contentieux n'a pas véritablement permis, en réalité, d'écarter l'administration du centre névralgique de la sanction. Par voie de règlements et de circulaires, d'abord, le juge est régulièrement réduit à une juridiction de l'incident, tandis que l'administration exerce le dynamisme de ses attributions. Le régime des permissions de sortir l'illustre fort bien, profitant du silence de la loi, lorsqu'il ne la détourne pas. Mais la loi elle-même organise l'évitement, en déplaçant notamment l'aménagement de peine au niveau du jugement. La fonction d'individualisation est ainsi retirée à son juge naturel *ab initio*, pour lui être rendue ultérieurement par le mécanisme de conversion de la sanction. La confusion, ici, n'a d'autre ambition que de libérer des places de prison.

1024. Manipulé, son pouvoir l'est encore par l'exercice d'une justice disciplinaire, qui repose principalement sur la volonté de l'administration pénitentiaire. La commission de l'application des peines constitue une seconde voie de contournement de l'identité du juge du siège. Le débat contradictoire est facultatif et

²¹⁵² Y. MAYAUD, « L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? – Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion », *JCP G* 2016, p. 583.

les mesures concernées sont déjà en elles-mêmes les plus déviantes des règles de l'équité. Le juge est invité à diriger, mais la réinsertion n'est pas la priorité d'une telle instance, qui entend surtout maintenir l'ordre en détention. À cela s'ajoute le risque d'une justice uniformisée, par l'intermédiaire d'une intelligence artificielle permettant de prédire la décision judiciaire. Contourné, le pouvoir du juge de l'application des peines ne rejoint plus les qualités exigées, au point de nier son identité.

1025. Mais la mutation du juge de l'application des peines se traduit surtout par le travestissement de son identité²¹⁵³. La concurrence menée par le parquet et l'administration ne l'a pas davantage épargné que les autres juges du siège avant lui. Malgré une identité renouvelée, le juge de l'application des peines s'évanouit dès que l'efficacité surpasse l'équité. Or, le détournement du sens de la peine et le contournement du juge du siège est méthodiquement organisé en ces lieux par le législateur. Le ministère public, d'une part, bénéficie d'une substitution de pouvoir, lorsqu'il individualise la peine par les mesures alternatives aux poursuites. Les autorités administratives indépendantes, d'autre part, empruntent sa personnalité lorsqu'elles contractualisent la sanction. En conséquence, l'identité du juge pénal est usurpée et le modèle choisi à nouveau éludé.

²¹⁵³ V. E. BONIS, « Réflexions sur la place et le rôle du juge de l'application des peines », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

CONCLUSION DU TITRE 2

« Non seulement le pénal est de plus en plus écartelé entre une intervention de premier ressort et une autre de dernier recours, mais encore le droit pénal lui-même paraît éclater entre un rôle de plein exercice et une ancillarité plus ou moins effective au service des administrations »²¹⁵⁴.

1026. Il aura fallu peu de temps au juge de l'application des peines pour perdre une identité pourtant difficilement gagnée. Lors d'une parenthèse, le juge du siège a remplacé l'autorité administrative dans l'application des peines. Bénéficiant d'une promotion comparable à celle du juge des libertés et de la détention, il rejoignait ainsi pleinement le modèle choisi. Il allait même au-delà, ajoutant à ses qualités primitives les exigences d'individualisation et de personnalisation de la sanction pénale. Mais symétriquement à l'enquête, le plein exercice des pouvoirs du juge pénal a rapidement entravé l'irrépressible souhait d'efficacité. À peine ouverte, la parenthèse fut refermée et le juge de l'application des peines sommé de restituer les pouvoirs confiés.

1027. En cela, l'intervention de « dernier recours » que lui confie le législateur, dont les aspirations sont principalement tournées vers la diminution des effectifs carcéraux, s'avère incompatible avec la prise en charge personnalisée des condamnés. Au lieu de lui instituer un pouvoir plénier, les textes légaux s'évertuent à le contrer. La prévention de la récidive supplante l'objectif de réinsertion, de sorte qu'il participe à son tour à la surveillance de la dangerosité, plutôt que de diriger la peine vers le retour à la société. Dans une telle perspective, ses attributions sont progressivement redistribuées entre le magistrat du parquet et l'administration pénitentiaire, le juge de l'application des peines étant alors neutralisé.

²¹⁵⁴ D. SALAS, *Du procès pénal*, PUF, 2010, pp. 159-160. L'auteur fait ici référence à P. ROBERT et R. LÉVY, *Le sociologue et l'histoire pénale*, Annales ESC, 1984, n° 2, pp. 402-403.

1028. La dernière phase processuelle se trouve agitée par le même antagonisme que la première. L'équité est sacrifiée, toujours, sous le poids de l'efficacité. Il ne s'agit plus, en ces lieux, de la teneur des investigations, mais de la gestion disciplinaire et numéraire de la prison. Le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire en donne une illustration saillante, démontrant combien l'individualisation de la peine est au service de l'administration. Supprimant l'ancien système de crédit de réduction de peine prévu par l'article 721 du code de procédure pénale institué par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le gouvernement souhaite mettre en place un « dispositif unique de réduction de peine que pourra octroyer le juge de l'application des peines, après avis de la commission des peines, au fur et à mesure de l'exécution de la peine, lorsque le condamné aura donné des preuves suffisantes de bonne conduite et aura manifesté des efforts sérieux de réinsertion sociale, comme la réussite à un examen ou le remboursement de la victime »²¹⁵⁵. Il s'agirait ici pour le juge du siège de renouer avec l'exigence d'individualisation de la peine, en ce qu'il lui est demandé de prendre en compte les manifestations d'une réadaptation à la société. Cependant, la personnalisation de la sanction est d'abord motivée par la « bonne conduite » du détenu à l'égard de l'administration pénitentiaire, ce que révèle l'ordre de rédaction du texte. Une réduction spécifique de peine pouvant aller jusqu'aux deux-tiers de celle-ci est même prévue à l'article 721-4 du code de procédure pénale « en cas de comportement exceptionnel à l'égard de l'institution pénitentiaire, par exemple une personne détenue s'interposant en cas d'agression d'un personnel pénitentiaire »²¹⁵⁶. Dès lors, pour retrouver la liberté, il ne suffit plus au détenu de s'amender.

1029. En définitive, le juge de l'application des peines n'est pas au service des qualités exigées. Son pouvoir est au mieux paralysé ; au pire, il se trouve contourné. Il conserve l'indépendance et l'impartialité inhérentes au modèle européen, mais il a peu l'opportunité de les employer. La neutralisation de ses fonctions par le parquet et l'autorité administrative répond à une stratégie semblable à celle de la phase préparatoire du procès pénal, soit parce qu'il est manipulé, soit parce qu'il est remplacé.

²¹⁵⁵ Art. 9 du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, n° 4092, 14 avril 2021, p. 8.

²¹⁵⁶ *Ibidem*.

La mutation identitaire suit ici un mouvement de balancier et le juge pénal est à nouveau défiguré.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

« Le juge est davantage en charge d'un devoir plutôt qu'en possession d'un pouvoir. L'administration de la justice est devenue un sujet crucial (écartelée entre culture du chiffre et culture du sens) : il y aurait peu de différence entre construire une autoroute et rendre un jugement, dans les deux cas, il faudrait que le processus de fabrication soit le plus efficient possible »²¹⁵⁷.

1030. L'effcience et l'efficacité sont les maîtres mots, aujourd'hui, de notre procédure pénale. En cela, le devoir principal du juge répressif est certainement celui de maintenir à son plus haut niveau l'équité du procès. Or, exercer une si lourde charge sans en posséder le pouvoir reste une volonté relativement illusoire. C'est pourquoi, devoir et pouvoir sont inextricablement liés et l'un ne va pas sans l'autre, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'identité du juge pénal.

1031. Après une phase préparatoire où il devient impossible de préserver l'identité du juge du siège, tant les garanties fondamentales sont en retrait, la phase décisive du procès pénal ne semble pas heurtée par de tels intérêts contradictoires. Le juge du procès collabore fidèlement aux exigences du procès équitable, tandis que le juge de l'application des peines les incorpore progressivement au dernier stade processuel. L'un comme l'autre répond aux qualités impératives du modèle choisi, de sorte que leur devoir pourrait être rempli.

1032. Toutefois, seul le premier possède vraiment les pouvoirs de protéger les droits fondamentaux, le juge de la peine n'étant gardien de la liberté individuelle que

²¹⁵⁷ L. CADIET, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédures », in E. JEULAND (dir), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, p. 111 et s.

par intermittence. En effet, le jugement pénal demeure l'apanage du juge du siège, dont les modulations identitaires modérées permettent l'évolution continue, sans révolution de fond. À l'inverse, l'application des peines a consenti à une véritable révolution identitaire du juge pénal, laquelle n'est finalement qu'une simple évolution de forme.

1033. Pour autant, les deux juges du siège sont communément écartelés entre culture du chiffre et culture du sens. Fort des politiques criminelles sécuritaires, le législateur a depuis longtemps perdu son intérêt pour le sens de la justice pénale, ce que lui rappelle régulièrement la Cour européenne des droits de l'homme. Assiégé, le juge du procès fait œuvre de résistance face à la montée en puissance du parquet. Neutralisé, le juge de l'application des peines peine à s'imposer face à la puissance conservée de l'administration pénitentiaire. L'office du juge, de l'enquête à la peine, est envahi par l'administration de la répression, ce qui conduit au dévoiement de son identité, lorsqu'elle ne la détruit pas totalement.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« *L'accusateur se dresse, s'insurge, s'oppose ; il accuse, montre du doigt, crée une rupture corporelle et scénique : c'est la magistrature debout. Le juge est assis, il écoute, prend des avis, ses gestes sont moins visibles, moins spectaculaires, il ne bouge pas, il délibère, il tourne la tête d'un côté et de l'autre, il est réfléchi : c'est la magistrature assise. L'image de l'homme debout évoque un affrontement, et d'ailleurs l'avocat se lèvera à son tour pour répliquer. Celle de l'homme assis évoque la tranquillité, la sérénité et la stabilité. On se lève pour s'affronter ; on s'assoit pour échanger. [...] Ce symbole du "siège" indique que, dans l'espace judiciaire, c'est bien le juge le maître de céans* ». ²¹⁵⁸

1034. Maître de céans, le juge du siège l'est-il vraiment ? La procédure pénale française n'est pas de tout repos. Elle répond toujours au spectacle décrit, l'espace judiciaire se partageant encore aujourd'hui entre une magistrature assise et l'autre debout. Mais elle ne correspond plus autant au symbole induit, tant l'affrontement a pris la place de l'échange. L'on ne s'assoit plus si souvent, dans toutes les phases processuelles, de sorte que la sérénité et la stabilité deviennent des qualités rares. Les mutations identitaires vécues par le juge pénal l'obligent à se lever, tel un avocat, pour répliquer.

1035. Ouvert sur les chantiers de la Justice, le quinquennat présidentiel s'achève en ce moment même sur ses États généraux²¹⁵⁹. Lieux de contestation, tout autant qu'elles sont instances de négociation, ces assemblées féodales sont nées de la nécessité pour le roi de recevoir l'appui de ses sujets²¹⁶⁰. Caractérisées par l'« intranquillité » politique, elles n'ont pas vocation à se limiter à la consultation,

²¹⁵⁸ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, op. cit., p. 117.

²¹⁵⁹ V. P. JANUEL, « Emmanuel Macron lance les États généraux de la Justice », *Dalloz actu.*, 19 octobre 2021.

²¹⁶⁰ V. le dossier du Dictionnaire Larousse consacré à la Révolution française (disponible en ligne : https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/états_généraux/49635).

mais doivent nourrir les plus grandes révolutions. L'absolutisme du pouvoir se reproduit inévitablement dans l'Histoire, si bien que le serment du Jeu de paume²¹⁶¹ n'était sans doute pas le dernier. À cet égard, la « restauration du pacte civique entre la Nation et la justice » espérée à ce jour par nos gouvernants semble se résumer en une principale question. La singularité française avec un corps de magistrats unique est-elle le modèle garantissant le mieux l'impartialité ? L'indépendance et l'impartialité, qualités *sine qua non* du juge pénal, sont très logiquement ici, au cœur de l'actualité. Ces deux exigences sont présentées comme le fondement de la confiance des citoyens, en ce que la justice « doit sans cesse coopérer avec les pouvoirs exécutif et législatif, mais sans jamais en dépendre »²¹⁶². Le modèle choisi perdure, parce qu'il est le seul à garantir les libertés fondamentales. Or, il est partout question de la transformation du juge et du périmètre de son office.

1036. Cependant, il n'est besoin d'attendre que quelques paragraphes supplémentaires pour que la justice soit sommée de rendre des comptes, et cela, au nom de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²¹⁶³. La méfiance de la société civile serait justifiée par le manque d'efficience et le manque de transparence de l'institution judiciaire. Aussi est-il l'heure de se demander s'il revient à l'agent public ou bien au juge indépendant et impartial de se justifier ? Il apparaît, au terme de cette étude, la nécessité pour le juge pénal de rappeler fermement son identité. L'effectivité est la clé de ce qui définit aujourd'hui, selon les autorités publiques, « le cœur du métier ». Le gouvernement semble tout de même chercher une légitimité, puisqu'il en appelle à Simone Veil lorsqu'il propose de déjudiciariser les contentieux, par souci, bien sûr, de simplification et d'humanité. Ainsi le juge est-il invité à la mobilité – dans d'autres administrations ou dans d'autres secteurs – afin de « mieux juger », tandis que la technicité des affaires serait réservée à d'autres formes d'organisations, supposées plus armées. Enfin, modernité et spécialisation sont convoquées au soutien d'une justice pétrie d'efficacité. Sans être nécessairement péjoratif – puisque l'efficacité renvoie à la célérité exigée par les instruments

²¹⁶¹ Événement fondateur de la démocratie française, le Serment du Jeu de paume est à l'origine de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté nationale. En est issue l'Assemblée nationale constituante qui vote, en août 1789, l'abolition de la féodalité et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

²¹⁶² Discours du président de la République à l'occasion du lancement des États généraux de la justice, 18 octobre 2021 (disponible en ligne : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/10/18/etats-generaux-justice>).

²¹⁶³ Lequel dispose : « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ».

internationaux – le terme est devenu synonyme d’une rentabilité répressive intempestive. Pourtant, « *in medio stat virtus* », expression de la juste mesure que le législateur semble avoir oubliée, alors même que l’identité du juge pénal repose sur un fragile équilibre, oscillant entre efficacité et équité.

1037. Certes, la loyauté de la procédure est difficilement conciliable avec la volonté de « trancher rapidement les litiges qui émaillent la société ». L’engagement européen de notre patrie, lequel est rappelé lors de l’allocution présidentielle, implique un consensus quant aux règles du procès équitable. La Cour européenne des droits de l’homme en a dessiné de stricts contours, que notre législateur s’attache méthodiquement à déconstruire, avec la complicité à peine dissimulée du Conseil constitutionnel. Le juge doit avant tout être indépendant et impartial, points cardinaux de sa personnalité. S’agrègent ensuite la collégialité, le professionnalisme, la publicité, la célérité, l’existence d’une voie de recours et l’autorité de la chose jugée. Dès lors qu’il dévie du modèle européen, le juge pénal n’est plus en mesure de sauvegarder la liberté individuelle. Le nommer « autorité judiciaire » n’a d’autre intérêt que de faire porter un masque au magistrat du parquet. Il est donc impératif de revenir à une réelle simplicité, en redonnant à cette autorité judiciaire ses véritables traits de personnalité.

1038. Détruite ou dévoyée, l’identité du juge pénal doit être pleinement restaurée, cela tout au long de notre procédure pénale. La crise de confiance dénoncée par la société ne peut se résoudre par le délitement continu de l’office du juge au profit d’autres entités. Le ministère public s’instaure désormais comme la nouvelle identité judiciaire. Prenons acte, devrait-on dire, plutôt que « *dont acte* »²¹⁶⁴, comme s’en décharge le président. Il est temps de répondre à la question posée par nos instances dirigeantes. Oui, la singularité française peut être maintenue en l’état, si l’on considère le corps unique de magistrats. Formés à la même école, bercés par les mêmes principes,

²¹⁶⁴ V. Discours du président de la République à l’occasion du lancement des États généraux de la justice, *op. cit.* : « C’est ce lien qu’il nous faut densifier, le pacte Justice-Nation qu’il nous faut restaurer. Alors cela suppose d’abord de garantir l’indépendance nécessaire à l’impartialité de la justice, qui sont le fondement de la confiance de nos concitoyens. Par nature, la justice doit sans cesse coopérer avec les pouvoirs exécutif et législatif, mais sans jamais en dépendre ; avec le Gouvernement responsable des politiques civiles et pénales et avec le Parlement responsable de l’élaboration et du contrôle de la loi. Mais pour qu’elle puisse le faire sans soupçon, il faut fonder clairement son indépendance. C’est pour cette raison que j’ai relancé dès le début de mon mandat une réforme constitutionnelle qui avait notamment pour objectif de renforcer en termes d’indépendance les conditions de nomination des membres du Parquet. Les conditions politiques n’ont pas permis à cette réforme d’aboutir sous ce quinquennat, dont acte. Mais les États généraux doivent être l’occasion de relancer le débat. Il est nécessaire et salutaire ».

ils bénéficient justement par l'intermédiaire de cette passerelle interne d'une mobilité bien plus profitable à la justice pénale que celle envisagée en externe. En revanche, le modèle actuel, dépourvu d'indépendance, ne garantit pas l'impartialité. Les liens entretenus entre le procureur de la République et le pouvoir exécutif sont rédhibitoires à l'équité processuelle. Or, rien ne s'oppose à rompre la subordination²¹⁶⁵.

1039. Quiconque n'est pas indépendant et impartial n'est pas un juge pénal. La règle est simple, et la définition de l'autorité judiciaire doit la suivre, pour retrouver enfin l'unité convoitée. Le magistrat du parquet, aujourd'hui omniprésent, et ce, à chaque étape procédurale, doit impérativement compenser cette montée en puissance par une indépendance totale à l'égard du pouvoir exécutif. L'autorité administrative, quant à elle, doit être radicalement exclue d'une répression pénale déguisée. Cependant, cela ne peut suffire à réparer l'identité atrophiée du modèle choisi. Parce qu'il est autorité de poursuite, le ministère public – même indépendant – n'atteindra jamais le niveau d'impartialité exigé.

1040. À cet égard, l'intervention du juge du siège doit devenir systématique, dès lors que la liberté individuelle est en jeu. Or, la définition de cette liberté ne saurait admettre aucune concession, ni aucune distinction entre la privation et les restrictions qui l'affectent. Il convient d'abord de permettre au juge des libertés et de la détention d'effectuer un contrôle juridictionnel plénier, et non ponctuel, en le dotant d'une vision panoramique des actes attentatoires à la liberté individuelle. La question de la suppression du juge d'instruction, ou de sa conservation, n'en est pas vraiment une, dès lors que le législateur met en place un parquet indépendant, et un juge des libertés et de la détention puissant. Ensuite, le juge du procès doit conserver pleinement l'acte de juger et dériver le moins possible vers celui d'homologuer. Enfin, il est indispensable que le juge de l'application des peines soit réellement délivré de la tutelle à peine cachée de l'administration pénitentiaire. Pour l'ensemble de ces raisons, le juge du siège doit être reconnu comme unique autorité judiciaire, par notre Constitution.

²¹⁶⁵ V. F. MOLINS, « Plaidoyer pour une indépendance statutaire des magistrats du parquet », *AJ pén.* 2021, p. 23. L'auteur estime que cette réforme statutaire est « à la fois indispensable et urgente », car « il est impérieux que le parquet du XXIème siècle soit doté d'un statut adapté ». Le Conseil supérieur de la magistrature préconise également une réforme du statut des magistrats du parquet (V. Conseil supérieur de la magistrature, Avis de la formation plénière au Président de la République - Saisine du 19 juin 2020, 15 sept. 2020, p. 9).

1041. La mutation identitaire mérite aujourd’hui d’être renversée. Une fois la stabilité retrouvée, le juge pénal n’aura plus besoin de se justifier. L’accusateur pourra toujours se dresser, mais il aura face à lui un avocat pour répliquer. Dans cette justice pénale à nouveau identifiée : telle l’étale – ce moment entre deux marées où le courant est stationnaire – le juge pénal « est assis, il écoute, prend des avis, ses gestes sont moins visibles, moins spectaculaires, il ne bouge pas, il délibère, il tourne la tête d’un côté et de l’autre, il est réfléchi »²¹⁶⁶.

²¹⁶⁶ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, op. cit.

Bibliographie

I – LITTÉRATURE, PHILOSOPHIE, SCIENCE POLITIQUE, SCIENCES HUMAINES

A – Littérature

N. BOILEAU, « Chant I », *L'Art poétique*, édition Aug. Delalain, 1815.

A. BRIE, *Le mot du silencieux*, Fides, 1978.

J. COCTEAU, *Le rappel à l'ordre*, Stock, 1926.

J. CONRAD, *Le miroir de la mer* (1906), Folio classique, 2008.

J. DE LA FONTAINE :

- *Le lièvre et la tortue*, dixième fable du livre VI du premier recueil des Fables de La Fontaine, édité pour la première fois en 1668.
- *Le Loup et les Bergers*, Les fables du livre X, 1678.

HERGÉ, *Les aventures de Tintin : Le Temple du Soleil*, Casterman, 1949.

V. HUGO :

- *Les travailleurs de la mer* (1866), Le livre de poche classique, édition de David Charles, Librairie Générale Française, 2002.
- *Ce que c'est que l'exil* (1875), Actes et Paroles II, Broché, 2008, p. 415.

P. JAKEZ HÉLIAS, *Le cheval d'orgueil : mémoires d'un breton du pays bigouden*, Plon, collection Terre humaine, 1975, p. 439.

F. KAFKA :

- *La Métamorphose*, (1915), Broché, 2020.
- *Le procès* (1933), Le livre de poche, 2001.

H. MELVILLE, *Moby Dick* (1851), Folio Classique, 1996.

J. STEINBECK, *À l'est d'Eden* (1952), Le livre de poche, 2008.

J. VERNE, *Vingt mille lieues sous les mers*, 1971.

VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme* (1759), Le livre de poche, collection Classiques, n° 3111, 2019.

B – Philosophie

S. KIERKEGAARD, *Le Journal du séducteur* (1843), trad. F. et O. PRIOR et M.-H. GUIGNOT, Gallimard, Folio essais 124, 1989.

C – Science politique

1. Ouvrages

H. ARENDT, *Origines du totalitarisme*, Le Seuil, 1972.

P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, NRF-Gallimard, 1992.

2. Article

G. BRAIBANT, « L'État face aux crises », *Pouvoirs*, 1979.

D – Sciences humaines

1. Ouvrages

C. BESNIER, *La vérité côté cour. Une ethnologue aux assises*, éditions La Découverte, 2017.

M.-E. DELECLUSE, E. GENTINA, *Génération Z. Des Z consommateurs aux Z collaborateurs*, Dunod, 2018.

J. DONZELOT, *La police des familles*, Minuit, 1977.

C. GISSINGER-BOSSE, *Être juré populaire en cour d'assises, faire une expérience démocratique*, éditions Fondation maison des sciences de l'Homme, 2017.

P. ROBERT et R. LÉVY, *Le sociologue et l'histoire pénale*, Annales ESC, 1984.

V. VASSEUR, *Médecin-chef à la Prison de la Santé*, Le cherche midi éditeur, 2000.

M. WEBER, *Economie et société*, Plon, 1971.

2. Articles

H. BENTOUHAMI-MOLINO : « Le cas de Little Rock - Hannah Arendt et Ralph Ellison sur la question noire », *Tumultes* 2008/1 (n° 30).

A. BIOY, M. BACHELART, « L'alliance thérapeutique : historique, recherches et perspectives cliniques », *Perspectives Psy* 2010/4 (Vol. 49), pp. 317-326.

E – Texte religieux

La Bible Segond 1910, Livre de Daniel 2,31-35, traduction Segond.

II – ŒUVRES MUSICALES, OEUVRES ARTISTIQUES, PRESSE

A – Œuvres musicales

A. BASHUNG, *Sur un trapèze*, Bleu pétrole, Barclay Records, 2008.

D. DARC, *Jamais, jamais*, Crève-cœur, Mercury Records, 2004.

C. MIOSSEC, *Cascadeur*, Mammifères, SME Media, 2016.

B – Œuvres artistiques

Francis GUYOT, sculpture intitulée « le passage », inaugurée en 2012, au centre pour peines aménagées la Pierre-Levée de Poitiers.

Art et Prison France, Exposition « Un demi-mètre carré de liberté » chez Dorothy's Gallery (<https://art-et-prison.fr/exposition-chez-dorothys-gallery>, consulté le 22 avril 2020)

C – Presse

Journal *Le Monde*, publication d'extraits du livre-témoignage de Véronique Vasseur, médecin-chef à la prison de la santé, édition du 14 janvier 2000

Radio *France Culture*, « Pourquoi il faut relire "Surveiller et punir" de Michel Foucault », extrait d'une conférence enregistrée au Forum des images en présence de Pierre Joxe, ancien ministre et ancien premier président de la Cour des comptes, avocat à la Cour et de Frédéric Gros, philosophe, 2015.

Radio *France Inter*, « La campagne présidentielle à l'épreuve des faits, Le Pen - Macron : plus de places de prison ? », par Corinne AUDOUIN, émission - enquête diffusée le 2 mai 2017.

Journal numérique *Medium*, « Les LegalTech — qu'en pensent les avocats ? Épisode 5 — interview avec Arthur Sauzé, gagnant du Hackaton Justice Lab », sur [medium.com](https://medium.com/@caseonefrance/les-legaltech-quen-pensent-les-avocats-a2b186586fe8), 7 février 2018 (<https://medium.com/@caseonefrance/les-legaltech-quen-pensent-les-avocats-a2b186586fe8>)

Journal *Le Monde*, « Réforme de la justice : la lente érosion du rôle des jurés citoyens », de Pascale ROBERT-DIARD, édition du 9 mars 2018.

Journal *Le Monde* et Radio *France Inter*, « Juge des enfants en Seine-Saint-Denis : "notre alerte est appel au secours" », Tribune d'un collectif de quinze juges pour enfants du Tribunal de Bobigny, édition du 5 novembre 2018.

Journal *Les échos*, « Les robots débarquent au tribunal », 19 juin 2019.

Journal *Le Monde*, « Coup de rabot sur la loi de programmation de la Justice : Le budget augmente moins que prévu, et les 7 000 places de prison promises pour 2022 ne seront pas livrées », par J.-B- JACQUIN, 16 juillet 2019.

Journal *Le Monde*, « Arnaud K., premier condamné des nouvelles "cours criminelles" », de Pascale ROBERT-DIARD, édition du 6 septembre 2019.

Journal *Le Monde*, « L'affaire Mila expliquée : insultes contre l'islam, menaces contre une lycéenne et réaction politique « maladroite », de Mattea BATTAGLIA et Charlotte HERZOG, 29 janvier 2020.

Journal *Le Point*, « entretien avec Jean-Michel HAYAT, premier président de la cour d'appel de Paris », 20 mars 2020.

Journal *Le Monde*, « Le taux d'occupation moyen des prisons est inférieur à 100 % », interview de Nicole BELLOUBET, garde des Sceaux, en réponse à celle de C. MARCEL, directrice de la section française de l'Observatoire international des prisons, 29 avril 2020.

Journal *Le Monde*, « Le Conseil constitutionnel saisi de la loi sur la sûreté antiterroriste », 28 juillet 2020.

Communiqué de presse du 20 septembre 2016 sur le site de l'Observatoire international des prisons, « Construction de prisons : droit dans le mur » (https://oip.org/wp-content/uploads/2016/11/dp_oip_droit_ds_le_mur.pdf, consulté le 24 avril 2020).

Communiqué de presse du 17 mars 2017 sur la circulaire du garde des Sceaux relative à la mise en œuvre de la justice restaurative.

Communiqué de presse « Feuille de route sur trois ans pour la santé des personnes placées sous-main de justice », Plan Stratégie santé 2019-2022, présenté par les ministres de la Justice et de la Santé le 2 juillet 2019.

Communiqué de presse du 7 novembre 2019 publié sur le site du ministère de la Justice, consulté le 22 avril 2020.

Interview de Yazid KHERFI pour la campagne « Ils sont nous » de l'OIP. Revue *Dedans-Dehors*, n° 80, 2013.

Dossier de presse « Plan immobilier pénitentiaire 15 000 places », 18 octobre 2018, Ministère de la Justice.

III – DROIT

A – Ouvrages généraux

1. Dictionnaires, Articles, glossaires et encyclopédies juridiques

Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard CORNU, PUF, Quadriga, 13^e édition, janvier 2020.

Dictionnaire *Le Petit Robert de la langue française*, 2022.

P. LAROUSSE, *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, Larousse.

H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2021.

H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999.

2. Codes

Code de commerce.

Code de la construction et de l'habitation.

Code des douanes.

Code de la justice pénale des mineurs.

Code monétaire et financier.

Code pénal, édition de 1810.

Code pénal.

Code de procédure civile.

Code de procédure pénale.

Code des relations entre le public et l'administration.

Code de la route.

Code de la santé publique.

Code de la sécurité intérieure.

Code des transports.

3. Traités et manuels

C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, éd. Brière et Brissot-Thivars, 1822.

P. BONFILS, C. AMBROISE-CASTÉROT, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., coll. Thémis droit, PUF, 2020.

E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2019.

J. BUISSON, S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 14^{ème} éd., LexisNexis, 2021.

B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 26^{ème} éd., 2017.

J. BORÉ et L. BORÉ :

- *La cassation en matière pénale*, Dalloz Action, 3^{ème} éd., 2012-2013.

- *La cassation en matière pénale*, Dalloz Action, 4^{ème} éd., 2018-2019.

É. CAMOUS, F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Larcier, 15^{ème} éd., 2021.

P. CHAMBON, C. GUÉRY, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz action, 10^{ème} éd., 2018-2019.

R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, Coll. « Précis Domat droit public », 2001.

P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^{ème} édition, Armand Colin, 2002.

F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^{ème} éd., 2015.

F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., 2009, Economica.

E. DUPIC, *Droit de la sécurité intérieure*, Gualino, 2014.

R. et P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, Sirey, 1907.

C. GUÉRY, *Instruction préparatoire*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2018 (actualisation juillet 2021).

S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel ; droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2021.

F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, 2^{ème} éd., 1866.

M. HERZOG-EVANS :

- *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 4^{ème} éd., 2012-2013.

- *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 5^{ème} éd., 2016-2017.

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.

E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, éd. Berger-Levrault et Cie, 2^{ème} éd., t. 1, 1896.

Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Coll. Droit fondamental, PUF, 2021.

A. MONTAS, *Droit maritime*, Vuibert, 2^{ème} éd., 2015.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Œuvres complètes, éd. R. Caillois, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, t. 2, 1966.

R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Précis Domat, 16^{ème} éd., 2017.

S. PLAWSKI, *Droit pénitentiaire*, 1977, Publications de l'université de Lille III, 1977.

J. PRADEL, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990.

J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 20^{ème} éd., 2019.

M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipses, 3^{ème} éd., 2017.

G. RIPERT, *Droit maritime, Droit maritime*, t. 1, Rousseau & Cie, 1^{ère} éd., 1913-1914.

P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, tome III, Paris et Genève éditions A. Sautet et Cie et J. Barbezat et Cie, Broché, 1829.

G. ROUSSEL, F.-X. ROUX-DEMARE, *Procédure pénale*, Vuibert, 12^{ème} éd., 2021/2022.

B – Ouvrages spécialisés, Thèses

J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 91, Dalloz, Paris, 2010, p. 380.

M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3^{ème} éd., 1981, Cujas.

C. BECCARIA, 1796, *Des délits et des peines*, trad. de l'italien par Ch. de Lisy, Paris, Champs-Flammarion, 1979.

J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, 1780.

- B. BERNABÉ, A. GARAPON et S. PERDRIOLLE, *Juges et procureurs du XXI^e siècle*, éd. O Jacob, 2014.
- P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, coll. Précis, éd. Dalloz, 3^{ème} éd., 2021.
- E. BONIS et V. PELTIER, *Droit de la peine*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2019.
- B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, thèse de doctorat, Paris, 1965, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 1965, préf. G. STEFANI, n° 467 et n° 468.
- N. BRACONNAY *La justice et les institutions juridictionnelles*, La documentation française, 3^{ème} éd., 2019.
- A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, t. 1, 1845.
- H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2021.
- S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019.
- A. DANET, *La présence en droit processuel*, thèse, Bordeaux, 2016, n° 73 s.
- J. DANET, « La justice pénale entre rituel et management », PU Rennes, 2010.
- J.-M. DELARUE, *Les nouvelles prisons. Enquête sur le nouvel univers carcéral français*, coll. Essai, PUR, 2015.
- F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, Bibliothèque des sciences criminelles, LGDJ, t. 46, 2009, n° 429.
- L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Les audiences à distance. Genèse et institutionnalisation d'une innovation dans la justice*, LGDJ, coll. Droit et société, v. 57, 2017.
- D. DURANÇON, *La Cour d'assises : une juridiction séculaire et atypique en perpétuelle quête de rénovation*, Thèse de doctorat, soutenue le 16 décembre 2015, à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud.

L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12^{ème} édition, 2003.

B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, 2011.

A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001.

L. GELSTHORPE, N. PADFIELD, *Exercising Discretion: Decision-Making in the Criminal Justice System and Beyond*, Willan, 2003.

M. HERZOG-EVANS :

- *Le juge de l'application des peines – Monsieur Jourdain de la désistance*, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2013.
- *Moderniser la probation. Un défi à relever !*, L'Harmattan, 2013.

J. JAURÈS, *Congrès socialiste international : Paris, 23-27 septembre 1900*, éd. Minkoff, 1980.

P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention - Entre présent et avenir*, Thèse Paris 2, 2011.

V. MAGNOL, *De l'administration pénitentiaire dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et de son rattachement au ministère de la Justice*, thèse, Toulouse, 1900.

H. MICHARD, *De la justice distributive vers la justice rétributive*, Vauresson, 1985.

T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire - L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica/P.U.A.M., Coll. Droit public positif, Paris, Aix-en-Provence, 1984, p. 99.

P. RICOEUR, *Le juste*, Editions du Seuil, Éditions Esprit, 1995.

W. ROUMIER, *L'avenir du jury criminel*, Thèse de doctorat, LGDJ, 2002.

D. SALAS :

- *Du procès pénal*, PUF, 2010.
- *La cour d'assises. Actualité d'un héritage démocratique*, La documentation française, 2016.

B. SAYOUS, *La justice restaurative. Aspects criminologiques et processuels*, Thèse Soutenue le 16 décembre 2016 à Pau, dans le cadre de l'École doctorale sciences sociales et humanités.

A. TALEB, *Les procédures de convocation sur reconnaissance préalable de culpabilité, étude comparée des justices pénales françaises et anglaises*, Thèse, Université Jean Moulin, Lyon III, 2013.

M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation*, Thèse, 2011.

J.-L. THIREAU (dir.), *Les Voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, PARIS, PUF, 1995.

P. TRUCHE, *Juger être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001, p. 89.

R. VAN RUYMBEKE, *Le juge d'instruction*, PUF, Que sais-je?, 7ème éd., 2020, p. 48.

C – Articles

T. ACHOUR, « La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ? », ERES, *Revue internationale de droit pénal*, 2013/3, Vol. 84, pp. 463-480.

D. ACQUARONE, « La nomination du juge des libertés et de la détention par décret », *Recueil Dalloz*, 2016.

N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO et V. LAMPOS, « Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing perspective », 24 octobre 2016, étude accessible sur <https://peerj.com/articles/cs-93>.

J. ALIX :

- « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *Recueil Dalloz* 2011, p. 1699.
- « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, Dalloz, 2016, pp. 323-347.

- « La lutte contre le terrorisme sous le regard de la CNCDH » in LAZERGES (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Grands textes », 2016.
- « Prévention ? (à propos des sortants de prison en matière terroriste) », *Lexbase Pénal* n°11 du 20 décembre 2018 : Éditorial.

J. ALIX et O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2017, n° 4, pp. 845-868.

E. ALLAIN, « Jugement pénal : la nouvelle procédure », *Dalloz actualité*, 29 août 2011.

E. ALLAIN et C. FLEURIOT, « Réforme pénale en matière maritime », *Dalloz actualité*, 7 novembre 2012.

R. ALLIOT, « Réflexions à propos des tribunaux maritimes commerciaux » [Première partie], *Revue juridique de l'Ouest*, 1993-2, pp. 143-200.

F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2002, p. 501.

C. AMBROISE-CASTÉROT :

- « Droits de la défense et secret de l'instruction », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 887.
- « L'offre faite en l'échange de l'aveu », §118, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, avril 2020.

C. AMBROISE-CASTÉROT et C. COMBEAU, « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz-ENM, 2014, n° 3, p. 373.

P. AMOR, « La réforme pénitentiaire en France », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1947.

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 », *La Semaine Juridique - Édition Générale* n° 40, 4 octobre 2000, doct. 260.

C. ARENS et F. MOLINS, « La sanctuarisation de l'acte juridictionnel est un des grands marqueurs de l'État de droit », *La Semaine Juridique – Édition Générale* n° 42, 2021, 1084.

B. AUBUSSON DE CAVARLAY, « Statistiques pénitentiaires et parc carcéral, entre encombrement et (sur)occupation (1900-1995), la gestion des effectifs détenus, des mots aux indicateurs chiffrés », *Criminocorpus* [En ligne], Savoirs, politiques et pratiques de l'exécution des peines en France au XXe siècle, Communications. URL : <http://criminocorpus.revues.org/2732>).

P. AUVRET, « Le journaliste, le juge et l'innocent. Fable relative à la présomption d'innocence, au secret de l'instruction et aux droits de la personne », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1996, p. 625.

W. AZOULAY, « Constitution d'archives historiques de la justice : un critère d'intérêt encore abscons », *Dalloz actualité*, 9 octobre 2017.

F. BAAB :

- « Le parquet européen entre en scène », *Gazette du Palais* 16 mars 2021, n° 11, p. 79.
- « Le Parquet européen, une coopération judiciaire renforcée », *Droit pénal* n° 4, avril 2021.

M. BABONNEAU :

- « La réforme des cours d'assises n'aura pas lieu », *Dalloz actualité*, 24 janvier 2017.
- « Visioconférence devant la chambre de l'instruction : “une justice informatique” qu'il faut torpiller », *Dalloz actualité*, 11 septembre 2019.

O. BACHELET :

- « Motivation des verdicts d'assises : la demi-mesure de la Cour européenne », *Dalloz actualité*, 25 novembre 2010.
- « Motivation des verdicts d'assises : paradoxe et divination », *Gazette du Palais*, 5 avril 2011, n° 95, p. 19.

F. BALAGUER, « Autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales », *Les Petites Affiches* 19 juin 2017, n° 121, p. 7.

E. BANGOURA, « Le secret de l'instruction a-t-il volé en éclats ? », *Gazette du Palais* 7 juillet 2007, n° 188, p. 8.

T. BARANGER, « Questions à Thierry Baranger, Président du Tribunal pour enfants », act. 1358, *La Semaine juridique – Édition Générale*, n° 51, 17 décembre 2018, p. 2342.

J-J. BARBIERI et C. COLENO, « De minimis curat praetor (A propos du juge de proximité) », *Les Petites Affiches*, 23 juillet 2003, n° 146, page 6.

M.-D. BARRÉ, « 130 années de statistique pénitentiaire en France », *Déviance et Société*, 1986, X, 2, pp. 107-128.

G. BEAUSSONIE, « La nouvelle garde à vue est-elle plus contradictoire ? », *Gazette du Palais* 27-29 juillet 2014, p. 13.

P. BEAUVAIS, « La nouvelle surveillance pénale », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016.

C. BÉGUIN-FAYNEL :

- « Sanction exemplaire de 40 millions d'euros à la CNP pour insuffisance de recherche des bénéficiaires de contrats d'assurance sur la vie ! », *L'Essentiel Droit des Assurances* 2014, n° 11, p. 5.
- « L'open data judiciaire et les données personnelles : pseudonymisation et risque de ré-identification », *Archives de philosophie du droit* 60, 2018, pp. 153-181.

L. BELFANTI, « La visioconférence en matière pénale : entre utilité et controverses », *Actualité Juridique Pénal* 2014, p. 165.

A. BELLEZA, « La réforme inachevée du système de répression des abus de marché » : *Revue de droit bancaire et financier* 2016, étude 23.

P. BELLOIR, « Les nouveaux moyens d'individualisation de la peine dans la loi du 23 mars 2019 », *Gazette du Palais* 19 novembre 2019, n° 40, p. 66.

L. BELLON, « L'impartialité du juge des enfants. Juge des enfants, être ou ne pas être impartial ? », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/10, n° 320, pp. 26-33.

Y. BENHAMOU, « la convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, regards critiques », *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1996, p. 23 et s.

W. BENESSIANO, L. GAY, « Mesures de sûreté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. À propos, notamment, de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2008, n° 76, p. 846-881.

A.-L. BERGÈRE, « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 120.

C. BERLAUD, « Secret de l'instruction vs liberté d'expression : une sanction disproportionnée pour un besoin social non "impérieux" », *Gazette du Palais*, 17 juillet 2014, n° 198, p. 30.

G. BERMAN, « What is a traditional judge anyway ? Problem-solving in the State Courts », *Judicature*, 2000, n° 84, pp. 78-85.

A. BERNARDI, « Sur l'évolution des sanctions alternatives à l'incarcération en Europe », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, *Dalloz*, 2016, pp. 543-548.

C. DE BERNARDINIS, « Le juge administratif, nouveau gardien de la liberté individuelle ? » (première partie), *Lexbase*, Hebdo édition publique n° 429 du 15 septembre 2016 : Libertés publiques.

A. BESSON, « Le secret de la procédure pénale et ses incidences », *Recueil Dalloz* 1959, chron. 191.

J. BÉTAILLE, « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 289.

R. BINSARD, E. DAOUD, « La loi de programmation 2018-2022 et réforme pour la justice et les droits de la défense : l'impossible conciliation », *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 188.

I. BINSWANGER, Shawn D. BUSHWAY, David J. HARDING, Anh P. NGUYEN, Jeffrey D. MORENOFF, « A natural experiment study of the effects imprisonment on violence in the community », *Nature*, 13 mai 2019.

Y. BISIOU, « Amende forfaitaire délictuelle : l'inégalité devant la loi », *Dalloz actualité*, 17 avril 2018.

C. BLUMANN, « L'application des circulaires administratives par le juge judiciaire », *Actualité Juridique – Droit Administratif* 1972, 263.

R.M. BOHM, « "McJustice" : on the Macdonalization of criminal justice », *Justice Quarterly*, 2006, 23(1), pp. 127-146.

P. BONFILS :

- « Justice pénale des mineurs délinquants et répartition des compétences », *Actualité Juridique Famille* 2009, p. 481.
- « L'impartialité du juge des enfants », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/I, n° 89, p. 168.
- « Réforme de la justice pénale des mineurs », *Recueil Dalloz* 2019, p. 984.

E. BONIS :

- « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *Droit pénal* n° 12, décembre 2016, étude 26.
- « Peines de stage ou stage comme peine unique ? », *Droit pénal* 2019, Étude 2.

E. BONIS-GARÇON :

- « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *Droit pénal* n° 12, décembre 2016, étude 26.
- « L'indépendance des magistrats du parquet ou le difficile exercice d'équilibriste du Conseil constitutionnel », *Droit pénal* n° 1, fév. 2018, ét. n° 3.

T. BONNEAU, « La réforme du système de répression des abus de marché », *La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires* 2016, 1412.

J. BOSSAN :

- « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 801.
- « La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019 - Considérations sur le pragmatisme contemporain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 567.

A. BOTTON :

- « Contrôle de la loi de programmation Justice : le Conseil constitutionnel entre “moustiques et chameaux” de procédure pénale », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 14, 8 avril 2019.

- « Le procureur européen délégué français, modèle du futur Parquet national ? À propos de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale », *La Semaine Juridique – Édition Générale* n° 7, 15 février 2021, ét. 201, pp. 351 et s.

F. BOULAN, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p. 127.

J.-D. BREDIN, « Deux institutions nouvelles du code de procédure pénale (Livre V) : le juge de l'application des peines et le sursis avec mise à l'épreuve », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1959, I, n° 1517.

M. BRENAUT, « Le droit de la peine dans l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *Lexbase Pénal* : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs.

L. BRIAND, « L'ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime. Vers une justice efficace ? », *Droit Maritime Français*, octobre 2013, n° 751, p. 779.

C. BROUELLE, « Vers un droit commun de l'enquête administrative en matière répressive », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 714, décembre 2013, comm. 49.

M. BRUGGEMAN, « Visioconférence : une technique à utiliser avec parcimonie », *Droit de la famille*, janvier 2012.

F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *Revue Française de Droit Administratif* 2013, p. 113.

É. BUAT-MÉNARD, « La justice dite "prédictive" : prérequis, risques et attentes - l'expérience française », *Les cahiers de la justice* 2019, p. 269.

J. BUISSON :

- « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2001, p. 25.
- « Le placement en garde à vue », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2001, p. 671.

- « commentaire de l'art. 495-9 C. pr. pén., dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, *Procédures* 2005, Comm. 234.
- « Justice du XXI^e siècle : une justice répressive plus efficace ! », *Procédures*, 2017.

L. CADIET :

- « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédures », in E. JEULAND (dir), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, 2 novembre 2011, p. 111 et s.
- Technologies de l'information, Entretien par Loïc CADIET, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation* n°1, avril 2018.

O. CAHN :

- « Le dispositif antiterroriste français est-il une loi d'exception ? », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016, pp. 453-467.
- « Mutations du ministère public sous l'influence du parquet européen - Faisons un rêve... », Colloque : Les mutations du parquet, *Lexbase Pénal*, n° 22, du 19 décembre 2019.
- « A Christmas Carol Luxembourgeois : la CJUE consacre l'indépendance du parquet français », *Revue de l'Union européenne* 1/2020.

O. CAHN et J. LEBLOIS-HAPPE, « Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : perseverare diabolicum », *Actualité Juridique Pénal* 2017, p. 468.

G. CANIVET, « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de confusion – Examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'interprétation de l'article 66 de la Constitution », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016, pp. 423-440.

A. CAPPELLO :

- « L'absence de motivation des arrêts des cours d'assises et le conseil constitutionnel », *Constitutions* 2011, p. 361.
- *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Autorités administratives indépendantes, Dalloz, octobre 2016.
- « La détention à domicile sous surveillance électronique : une peine en trompe-l'œil », *Lexbase Pénal*, 12 décembre 2019.

R. CARIO :

- « La consécration législative de la Justice restaurative », *Les Petites Affiches*, 4 janvier 2016, n° 2, p. 6.

- « Justice pénale et justice restaurative : entre complémentarité et autonomie assumées », *Actualité Juridique Pénal*, 2017 p. 252.
- « Les apports de la recommandation (18)8 du Conseil de l'Europe dans la consolidation de la justice restaurative en France », *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 87.

Y. CARPENTIER :

- « Loi n° 2019-222, du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : aspects de droit de la peine », *Lexbase Pénal* n° 16 du 16 mai 2019 : Peines.
- « Réponse à celui qui s'interrogeait sur "le bracelet électronique, boulet moderne ou outil de réinsertion ?" », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 585.

S. CARRÈRE, « Le juge des libertés et de la détention : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gazette du Palais* 2014, n° 233.

D. CASANOVA et D. MISSISTRANO, « Le point de vue de l'avocat », *in* Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle, *Le plaider coupable*, Journées d'études, 15 novembre 2004, *Revue Pénitentiaire et de Droit pénal* 2005, n° 2, p. 392.

P. CASTEL, « La diversité du placement à l'extérieur étude sur une mesure d'aménagement de la peine », *Déviance et Société* 2001/1 (Vol. 25), pp. 53-73.

N. CATELAN :

- « Garde à vue II : les droits de la défense à l'épreuve du conservatisme juridique », *Revue doctrinale française et étrangère* 2012/3, n° 91, p. 597.
- « Lutte contre le terrorisme », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2015, p. 425.
- « Ne bis in idem et manipulation de cours : condamnation sans réserve du cumul de poursuites », *Lexbase*, La lettre juridique n°787 du 20 juin 2019 : Droit financier.
- « Synthèse : La clôture de l'instruction », *Lexbase pénal*, Étude, 10 fév. 2020.

J.-P. CÉRÉ, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider coupable" à la française », *Actualité Juridique Pénal* 2003, p. 45.

J.-P. CÉRÉ et M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines », *Recueil Dalloz* 2019, p. 1074.

J. CHACORNAC, J.-J. DAIGRE et A.-C. ROUAUD, « Droit financier et boursier : Abus de marché - Réforme - Aiguillage - Appréciation », *Dossier Banque et droit* 2016, n° 168, p. 26.

D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *Recueil Dalloz* 2004, Chronique p. 2517.

P. CHAUMETTE, « Modernisation du droit pénal professionnel maritime - Ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime », *Droit social*, 2013, p. 33.

H. CHRISTODOULOU :

- « Le parquet européen à l'origine de la mutation de la procédure pénale nationale », *Le droit en débats*, 27 février 2020.
- « Le juge judiciaire, seul garant de la liberté individuelle ? », *Dalloz actualité*, 29 mai 2020.
- « Sur la route du parquet européen : de l'accélération de l'Union européenne au frein du législateur national », *Gazette du Palais*, 24 novembre 2020, n° 41, p. 18.
- « Spécialisation de la justice ou montée en puissance des procureurs ? Loi n° 2020-1672, 24 déc. 2020, JO 26 déc. », *Dalloz actualité*, 7 janvier 2021.

C. COHEN, « De la présomption d'innocence au secret de l'instruction : la double impasse », *Gazette du Palais* 1995, II, Doctr. 951.

A. COIGNAC :

- « Terrorisme : les circuits courts spécialisés au TGI de Paris », *Dalloz actualité*, 27 janvier 2017.
- « Justice restaurative : la réparation les yeux dans les yeux », *Dalloz actualité*, 30 juillet 2018.

F. COLCOMBET, S. CLEMENT-MAZETIER, S. PORTELLI, J. TOUBON et R. V. CATALAYUD, « Réforme de la cour d'assises ? », *Les Annonces de la Seine*, 27 mai 1999, n° 38.

M. COLLET et P. COLLIN, « Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes » : *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2016, p. 847.

P. COLLET :

- « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2016, p.

485.

- « L'insaisissable notion de surveillance en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 549.
- « Le renforcement progressif des garanties applicables à deux mesures intrusives : la géolocalisation et la sonorisation », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2021, p. 29.

A. COLOSIMO, « Faites entrer le coupable », *La Semaine Juridique - Édition Générale* n° 18, 30 avril 2018, Edito, 507, p. 849.

S. COMBES, « Le secret de l'instruction : quelle utilité ? », *Fondation Seligmann, Après-demain*, 2014/2, n° 30, NF, pp. 17-18.

P. CONTE :

- « Le divan d'Hercule », *Droit pénal* 2019, repère 3.
- « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête », *Droit pénal* 2015, étude 12.
- « Les procureurs délégués européens. Requiem pour le juge d'instruction », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, LexisNexis, 2 avril 2021.

P. CORNILLE, « Justice prédictive : est-ce un oxymore ? », *Construction urbanisme : l'actualité juridique et fiscale de l'immobilier*, juillet 2017, repère 7.

F.-L. COSTE, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *Actualité Juridique Pénal* 2010, p. 422.

T. COUSTET :

- « Indemnités prud'homales plafonnées : l'office du juge à l'épreuve du barème », *Dalloz actualité*, 15 septembre 2017.
- « Palais de justice : l'usage des box vitrés devant la CEDH », *Dalloz actualité*, 6 décembre 2017.
- « La réalité derrière le fantasme de la justice robot », *Dalloz actualité*, 15 avril 2019.
- « Justice restaurative : un dispositif encore trop peu utilisé », témoignage de Valérie-Odile DERVIEUX, procureure de la République adjointe au tribunal de grande instance de Versailles et Kévin CARIOU, juriste assistant, *Dalloz actualité*, 12 juin 2019.

P. COUV RAT :

- « Le recours contre les décisions du juge de l'application des peines », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1985, p. 135.
- « Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1998, p. 374.
- « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *Revue de science*

criminelle et de droit pénal comparé 1999, p. 376.

M. CREBASSA et C. COMBEAU, « La prise en compte de la personnalité du mineur en matière pénale, entre nécessité et instrumentalisation », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/9, n° 319, pp. 28-33.

J.-C. CROCQ, « Le pouvoir de transaction et de sanction du procureur de la République : le chaînon manquant », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2015, p. 595.

P. CROCQ, « Le droit à un tribunal impartial », Mélanges CABRILLAC, Dalloz et Litec, spéc. n° 535 et n° 546.

J.-J. DAIGRE, « Le Conseil constitutionnel sanctionne le cumul des sanctions... », *Banque et droit* 2015, n° 160, p. 3.

M. A. DAMIEN, discussion du projet de loi de réforme de la procédure criminelle *in* Conseil National des Barreaux, Rapport sur la réforme de la procédure criminelle, AG, 10 juillet 1999.

A. DANET, « Conseil constitutionnel et visioconférence dans le procès pénal ou la double illusion du progrès », *Lexbase Pénal*, octobre 2019.

J. DANET :

- « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *Actualité Juridique Pénal*, 2005, p. 433.
- « La motivation des arrêts de cour d'assises ou l'étrange avènement d'une réforme par d'obscurs chemins de la jurisprudence », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 423.
- « Les droits de la défense et les évolutions à venir de l'enquête » (entretien de Jacques BEAUME), *Archives de politique criminelle* 2015/1 (n° 37), pp. 109-114.

M. DANTI-JUAN :

- « Analyse critique du contenu de la loi pénitentiaire », *Revue Pénitentiaire et de Droit pénal* 2010, p. 79.
- « L'humanisation de la prison », *in Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016, pp. 501-511.

C. DAOUD, Droit pénal des mineurs : saisine directe, nouvelle "PIM" et césure du procès, *Actualité Juridique Pénal* 2012, p. 320.

E. DAOUD et A. JACQUIN, « La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée », *Actualité Juridique Pénal* 2017, p. 482.

E. DAOUD et A. TALBOT, « Procédure pénale : la détention provisoire », *Constitutions* 2011, p. 515.

A. DARSONVILLE, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Droit Pénal*, Mars 2007, Étude, pp. 7-9.

O. DE BAYNAST, « Le parquet européen menace ou facteur de progrès ? », Dossier. L'internationalisation de la justice, *Les Cahiers de la Justice* 2010/3 (N° 3), pp. 69 à 78.

D. DE BECHILLON, « Motivation des jugements, donner l'exemple », *Actualité Juridique – Droit Administratif* 2018, p. 391.

A. DEBET, « Lois sur les autorités administratives indépendantes : quels changements pour la CNIL ? », *Communication Commerce électronique*, juin 2017, n° 56.

O. DÉCIMA :

- « Les droits du genre humain dans l'enquête pénale – De la vitalité du Traité des délits et des peines », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2015, p. 287.
- « Terreur et métamorphose - À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *Recueil Dalloz* 2016, p. 1826.

I. DEFARGE, « La justice prédictive : le point de vue d'un magistrat », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 17, juin 2019, 17, pp. 141-146.

F. DEFFERRARD, « Contre la “visiojustice” », *Recueil Dalloz* 2011, p. 2878.

L. DE GRAËVE, Juridictions de l'application des peines, Répertoire de procédure pénale, *Dalloz* 2017, n° 28, p. 12.

P.-J. DELAGE :

- « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *Recueil Dalloz* 2005, p. 1970.
- « Résistances et retournements - Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de “plaider coupable” », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2010, p. 831.

B. DE LAMY, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Recueil Dalloz* 2004, p. 1910.

G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT et H. RUIZ FABRI, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2006/I, n° 28, pp. 237-255.

C. DELLANGNOL, « Justice restaurative : un développement balbutiant », *Gazette du Palais*, 10 décembre 2019, n° 43, p. 7.

M. DELMAS-MARTY :

- « La preuve pénale », in *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 23, PUF, avril 1996.
- « Propos introductifs. Le double contexte du Règlement instituant le parquet européen », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2018, n° 3, pp. 619-624.

L. DELPRAT, « La Cour de cassation et le Conseil d'État doivent-ils plaider coupable ? », *Droit pénal* 2005, étude 10.

J. DEMATTEIS et N. POULET-GIBOT LECLERC, « Peut-on supprimer l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction ? », *Semaine Juridique – Édition Générale* 2002, ét. 1781.

J.-P. DEROSIER, « Justice cherche équilibre constitutionnel », *Les Petites Affiches* 15 juillet 2019, n° 140, p. 3.

V. DERVIEUX, « Un droit de la peine "à la peine" », *Gazette du Palais* 12 janvier 2016, n° 2, p. 16.

F. DESPREZ, « Droit à un procès équitable et défaut de motivation d'un arrêt d'assises », *Gazette du Palais* 14 mai 2009, p. 11.

S. DÉTRAZ et R. PARIZOT, « La Cour de cassation s'oppose à la prolongation purement automatique des détentions provisoires prévue au titre de l'état d'urgence sanitaire », *Le Club des juristes*, 5 juin 2020.

E. DEZEUZE, « La refonte de la répression des abus de marché », *Semaine Juridique – Édition Générale* 2016, 846.

P.-F. DIVIER, « L'instruction pénale française à l'épreuve du "procès équitable" européen », *Recueil Dalloz* 2004, chron. 2948.

B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz* 2017, p. 532.

E. DREYER, « Premières observations sur les peines dans la loi du 23 mars 2019 », *Gazette du Palais*, 7 mai 2019, p. 45.

F. DRUMMOND :

- « Régulation judiciaire et/ou administrative de la finance ? », *Revue d'économie financière* 2018/1 (N° 129), pp. 163-176.
- « La décision de la CEDH du 4 mars 2014 et la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 et leurs conséquences », *Bulletin Joly Bourse* 2017, § 116s3, p. 162.

P. DUBARRY, « La création d'un parquet européen - L'eupéanisation de la lutte contre la délinquance économique et financière », *Revue de droit international d'Assas*, n° 1/2018, pp. 156-157.

E. DUFAY, « La césure du procès pénal pour une justice éducative renouvelée – Une réforme du droit pénal des mineurs proposée par l'association française des magistrats de la jeunesse et de la famille », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2012/9, n° 319, p. 24.

O. DUFOUR :

- « Le succès de la composition administrative se confirme ! », *Les Petites Affiches* 2016, n° 121, p. 4.
- « Même le Texas a décidé d'arrêter l'incarcération de masse », *Gazette du Palais* 17 janvier 2017, p. 9.
- « Boxes vitrés : le SAF assigne la ministre de la Justice pour faute lourde », *Gazette du Palais*, 21 novembre 2017.

V. DUFOURD, « La contrainte pénale : un avenir incertain », *Dalloz actualité*, 5 octobre 2016.

L. DUMOULIN, « La visioconférence dans le procès pénal : une solution pragmatique devenue le vecteur d'une politique managériale de la Justice », *Droit pénal*, n° 6, juin 2018, entretien 5.

L.-M. DUONG, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *Recueil Dalloz* 2010, p. 783.

J. DUPRÉEL, Perspectives pénitentiaires, Bull. de l'administration pénitentiaire belge 1960, pp. 79-80.

R. DUPUY, « Un irritant problème : le secret de l'instruction », *Gazette du Palais* 1978, II, Doctr. 379.

É. EHRENGARTH, « La lutte contre la haine en ligne : un pôle de plus, la cohérence juridictionnelle en question... », *Le droit en débats, Dalloz actualité*, 26 juillet 2021.

F. ENGEL, « Inconstitutionnalité de la prolongation de la détention provisoire sans juge », *Dalloz actualité*, 2 mars 2021.

F. FAGES :

- « Les dynamiques de transfert des idées restauratives », *Raisons politiques*, 2015/3 (n°59).
- « Le parquet européen bientôt en activité », *Les Petites Affiches* 18 janvier 2021, n° 012, p. 3.

J-P. FELDMAN, « Les autorités administratives indépendantes sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *Recueil Dalloz* 2010, p. 2852.

J.-P. FOEGLE et N. KLAUSSER, « La zone grise des notes blanches », *Délibéré n° 2*, octobre 2017, p. 41 et s.

F. FOURMENT, « La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale », *Gazette du Palais* 2018, n° 3, p. 82.

J. FRINCHABOY, « Le sens et l'efficacité des peines dans la Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 198.

S. FUCINI :

- « Perquisition en présence d'un journaliste : nullité sans grief à prouver », *Dalloz actualité*, 30 janvier 2017.
- « Période de sûreté : revirement de jurisprudence non rétroactif sur l'exigence de motivation », *Dalloz actualité*, 2 mai 2019.

E. GABRIÉ, « Les pouvoirs des autorités de protection des données », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 268.

E. GALLARDO, « La nouvelle responsabilité pénale des mineurs délinquants : une perte de spécificité ? », *Lexbase Pénal* : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs.

A. GALLOIS, « Retour sur la perpétuité "réelle" », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, *Dalloz*, 2016, pp. 864-865.

S. GALLOIS, « Vers une justice pénale transactionnelle », *Lexbase Pénal*, 22 mars 2018.

A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 1-2, 9 janvier 2017, pp. 47-52.

L. GARNERIE, « Justice "réparatrice" », *Gazette du Palais*, 28 mars 2017, n° 13, p. 3.

B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *Revue Française de Droit Administratif* 1989, 215 sqq.

V. GEORGET, A. MARON, M. ROBERT, « La garde à vue sous contrôle judiciaire », *Droit pénal* 2010, n° 11, dossier 9.

M. GIACOPELLI :

- « Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2012/3, n° 3, pp. 505-521.
- « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *Actualité Juridique Pénal* 2014, p. 448.
- « Renforcer l'efficacité et le sens de la peine », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2019, n° 15, p. 692.
- « Le raz de marée du principe de dignité », *Lexbase Pénal*, novembre 2020.

F. GIRARD DE BARROS :

- « Liberté de la presse et secret de l'instruction : Orphée dit au revoir à Eurydice », *Lexbase*, Éditorial, La lettre juridique n° 439, 12 mai 2011.
- « Les grands axes de réforme de la Justice : digitale, professionnelle, "sans peine", le triomphe du positivisme », *Lexbase Pénal*, 15 mars 2018.

C. GIRAULT, « Encombrement du rôle des juridictions criminelles : chronique d'une réforme annoncée ? », *Dalloz actualité*, 14 février 2012.

C. GIUDICELLI, « Le secret de l'instruction appliqué par le juge de l'instruction », *Actualité Juridique Pénal* 2004, p. 141.

G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2010, p. 69.

L. GODEFROY, « La performativité de la justice "prédictive" : un pharmakon », *Recueil Dalloz* 2018, p. 1979.

A. GOGORZA :

- « La simplification des cadres de l'enquête : unifier ou maintenir la diversité ? », Colloque : La simplification de la procédure pénale, *Lexbase Pénal*, n°7 du 19 juillet 2018.
- « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2017, p. 247.
- « Loi relative au Parquet européen : d'une nouvelle figure du parquet à un nouveau modèle de procès pénal », *Lexbase Pénal* n° 35, 25 février 2021.

J. GRANIER, « L'article 11 du Code de procédure pénale. Quelques réflexions sur le secret d'information », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 1958, I, 1453.

L. GRIFFON-YARZA :

- « La libération sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *Actualité Juridique Pénal* 2015, p. 80
- « Les nouvelles modalités du prononcé des peines d'emprisonnement ferme : un carcan législatif doublé d'un nouvel oxymoron juridique », *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 375.

M-C. GUERIN, « Le juge des enfants : pièce maîtresse ou simple juge spécialisé de la justice pénale des mineurs ? », *Droit pénal* n° 9, Septembre 2012, étude 21.

C. GUÉRY :

- « La mise en examen par le juge d'instruction après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 45, nov. 2001, doct. 359.
- « J'instruisais, tu instruisais... Nous instruisons », *Actualité Juridique Pénal* 2006, p. 340.
- « La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire », *Actualité Juridique Pénal* 2007, p. 105.
- « Une instruction sans fin », *Actualité Juridique Pénal* 2007, p. 271.
- « La fin de l'instruction », *Actualité Juridique Pénal* 2007, p. 319.
- « De la vérité absolue à la clarification préalable : pour une nouvelle définition des missions du magistrat instructeur », *Actualité Juridique Pénal* 2010, p. 425.

G- J. GUGLIELMI, « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1991, p. 622.

A. GUIDICELLI :

- « Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2001, p. 43.
- « La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *Actualité Juridique Pénal*, 2004, p. 271.

L. HEBBADJ, « Approche pratique de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *Lexbase Pénal : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs*.

J. HENNEBOIS, « Le parcours de la plainte avec constitution de partie civile », *Actualité Juridique Pénal* 2020, p. 11.

S. HERDOUIN, « *Le rapport Warsmann et la loi du 9 mars 2004* », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 2004, n° 3, p. 519.

T. HERRAN, « L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction », *Gazette du Palais* 2018, n° 3, pp. 66-69.

M. HERZOG-EVANS :

- « Le juge de l'application des peines, juridiction de premier degré », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1999, p. 290.
- « La partie civile ne peut exercer de recours contre un aménagement de peine », *Actualité Juridique Pénal* 2006, p. 267.
- « Application des peines, la prétendue "bonne partie" de la loi pénitentiaire », *Actualité Juridique Pénal* 2009, p. 483.
- « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », *Gazette du Palais* 10 janvier 2009, n° 10, p. 8.
- « Les décrets de la partie application des peines de la loi pénitentiaire : déjuridictionnalisation forcée et maquis processuel », *Actualité Juridique Pénal* 2011, p. 160.

M. HUYETTE, « Les réformes de la cour d'assises », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2293.

S. IBRAHIM et R. KAMEL, « La convention judiciaire d'intérêt public, une contractualisation du droit pénal », *Le Village de la Justice*, 9 janvier 2020.

D. INCHAUSPÉ, « Le secret de l'instruction », *Jurisclasseur (fasc. 20)*, *LexisNexis*, 15 février 2019, p. 43.

J.-C. IZARD, « La réforme du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande : la (re)fondation d'une justice pénale maritime ? », *Revue de droit des transports* n° 4, avril 2008, étude 4.

S. JACOPIN, « La codification de la justice pénale des mineurs : entre continuité(s) et rupture(s) », *Les Petites Affiches* 10 octobre 2019, n° 203, p. 6.

M. JANAS et E. MARTIN, observations sur une étude publiée par l'association nationale des juges de l'application des peines, *Actualité Juridique Pénal* 2007, p. 173.

M. JANIN, « La visioconférence à l'épreuve du procès équitable », *Les cahiers de la Justice* 2011, p. 13.

P. JANUEL :

- « Justice des mineurs : des pistes parlementaires pour la réforme », *Dalloz actualité*, 21 février 2016
- « Du barème Macron à la CEEE : les barèmes fonctionnent-ils ? », *Dalloz actualité*, 31 mai 2019
- « Le projet de code de justice pénale des mineurs », *Dalloz actualité*, 17 juin 2019
- « Comment juge-t-on les terroristes islamistes ? », *Dalloz actualité*, 05 février 2020
- « Datajust : un algorithme pour évaluer les préjudices corporels », *Dalloz actualité*, 1er avr. 2020
- « Les députés cherchent l'équilibre entre secret de l'instruction et droit à l'information », *Dalloz actualité*, 14 octobre 2020.
- « Loi Dupond-Moretti : le ministre, les sénateurs et les avocats débattent du secret », *Dalloz actualité*, 30 septembre 2021
- « Emmanuel Macron lance les États généraux de la Justice », *Dalloz actualité*, 19 octobre 2021.
- « Le compromis sur la loi Dupond-Moretti », *Dalloz actualité*, 21 octobre 2021.

J.-P. JEAN, M. MASSE, « De la pierre levée au champ des grolles – Politique pénitentiaire et micro-histoire poitevine (1975-2015) », *Humanisme et Justice*, in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, *Dalloz*, 2016, p. 598.

Y. JOSEPH-RATINEAU, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », *Recueil Dalloz* 2008, p. 1035.

M. KILLIAS, G. GILLIÉRON, F. VILLARD et C. POGLIA, « How damaging is imprisonment in the long term ? A controlled experiment comparing long term effects

of community service and short custodial sentences on re-offending and social integration », *Journal of Experimental Criminology*, 2010, n° 6, pp. 115-130.

P. KRSJAK, « Le juge unique en matière pénale », *La Vie judiciaire*, n° 1529 du 28 juillet 1975.

Y. LAIDIE, P. LE MONNIER DE GOUVILLE, A. CAPPELLO, C. DUBOIS, X. LATOUR « Points de vue sur les compétences du juge administratif et du juge judiciaire », *Les mutations du droit applicables à la contrainte, L'Harmattan, Sécurité Et Société*, 2020, p. 131.

M. LARTIGUE, « Le parquet européen, un cadre qui reste encore à définir en France », *Gazette du Palais* 23 mars 2021, n° 12, p. 7.

B. LAVIELLE, « Le juge de l'application des peines est-il toujours un chiroptère ? », *Gazette du Palais* 9 septembre 2000, n° 253, p. 31.

B. LAVIELLE et P. LEMONNIER, « Polichinelle et son secret : pour en finir avec l'article 11 du Code de procédure pénale », *Actualité Juridique Pénal* 2009, p. 153.

S. LAVRIC :

- « Limiter et encadrer les gardes à vue : présentation de l'avant-projet de loi », *Recueil Dalloz* 2010, p. 2008.
- La visioconférence : le procès de demain ? », *Actualité Juridique Pénal* 2007, p. 464.

C. LAZERGES :

- « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », Actes de la journée d'étude organisée par les éditions Dalloz sur la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2001, p. 7.
- « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2006, p. 183 et s.
- « De l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante à l'ordonnance du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *Lexbase Pénal : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs*.

J. LEBLOIS-HAPPE :

- « De la transaction pénale à la composition pénale », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, I, 63.
- « Quelle collégialité pour l'instruction en 2010 ? », *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 363.
- « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - quo vadis », *Recueil Dalloz* 2017, p. 873.
- « La réforme de l'enquête par la loi de programmation 2018-2022 revue par le Conseil constitutionnel - Une « simplification » inégale et partielle », *Actualité Juridique Pénal* 2019.
- « Les dispositions de la loi du 24 décembre 2020 relatives au Parquet européen ou l'avènement du procureur "augmenté" », *Actualité Juridique Pénal* 2021, p. 64.

O. LE BOT :

- « Le pouvoir de sanction des autorités administratives soumis aux principes d'indépendance et d'impartialité », *Constitutions* 2013, p. 95.
- « Un état d'urgence permanent ? (Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme) », *Revue Française de Droit Administratif* 2017, p. 1115.

B. LE BOËDEC MAUREL, « Le juge de l'application des peines face à la réforme de la justice », *Gazette du Palais* 2 juillet 2019, p. 3.

T. LEBRETON, « Les actes d'enquête des procédures dérogatoires », *Gazette du Palais*, 26 novembre 2019, n° 41, p. 14.

F. LEBUR, « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gazette du Palais* 28 juillet 2001, p. 3.

S. LEFRANC, « Le mouvement pour la justice restauratrice : An idea whose time has come », *Droit et société*, 2006.

F. LE GUNEHEC :

- « La loi du 24 août 1993. Un rééquilibrage de la procédure pénale », *La Semaine juridique – Édition générale*, 1993, n° s.n.
- Aperçu rapide de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1999, Actualité, p. 1325.
- « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Première partie : Dispositions de procédure pénale immédiatement applicables : pragmatisme, cohérence, sévérité et simplifications », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2004, Actu. 177.

M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2001, p. 51.

P. LE MONNIER DE GOUVILLE :

- « La mutation du juge des libertés et de la détention », *AJ Pénal* 2019, p. 131
- « De la répression à la prévention. Réflexion sur la politique criminelle antiterroriste », *Les Cahiers de la justice* 2017, p. 209

M. LÉNA : « Une figure inaccoutumée », *Actualité Juridique Pénal*, 2021, p. 1.

J.-L. LENNON, « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *Recueil Dalloz* 2006, p. 887.

A. LEPAGE, « Droit à l'oubli : une jurisprudence tâtonnante », *Recueil Dalloz* 2001, p. 2079.

A. LE QUINIO et A. MAURIN, « La constitutionnalité des verdicts non motivés », *Les Petites Affiches*, 27 juillet 2011, n° 148, pp. 15-22.

V. LESCLOUS, « La présence de l'avocat en garde à vue ; point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit pénal* 2010, n° de mars, Dossier garde à vue, p. 7.

E. LETOUZEY, « L'intégration du Parquet européen dans la procédure pénale française : la révolution tranquille », *Droit pénal*, Études, 2 février 2021

S. LIENARD, « La surveillance électronique mobile : la réponse à la récidive ? », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2008, p. 509 et s.

R. LINDON, « La télévision à l'audience ? », *Recueil Dalloz* 1985, p. 81.

G. LUCAZEAU, « Instruction - L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Droit pénal* n° 10, octobre 2009, dossier 5.

D. LUCIANI-MIEN, « La loi du 23 mars 2019 : le rendement procédural au détriment des droits du suspect », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019, p. 765.

P. LYON-CAEN, « Le juge d'instruction – La menace d'une grave régression », *Association Après-demain*, La justice aujourd'hui, 2010/3, n° 15, pp. 20-23.

M. MACHART, « La déclaration d'intention du nouvel article 175 du Code de procédure pénale », *Le Village de la Justice*, 12 juin 2019 (disponible en ligne : <https://www.village-justice.com/articles/declaration-intention-nouvel-article-175-code-procedure-penale,31729.html>).

V. MAGNOL, « Le rattachement des services pénitentiaires au ministère de la Justice », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 1911, p. 513.

N. MAGUIRE, « When is prison a last resort ? Definitional problems and judicial interpretations », *Irish Criminal Law Journal* 2014, 24(3), pp. 62-72.

C. MALVERTI, « AMF contre AMF », *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2020, p. 934.

D. MARAIS, « Insatisfait ! À propos de la réforme de la garde à vue », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2011, n° 19, 540, p. 902.

C. MARGAINE, « Le JL(D)D : la Cour de cassation attribue au juge judiciaire sa lettre de noblesse », *Dalloz actualité*, 31 août 2020.

C. MARIE, « La nouvelle mesure éducative judiciaire : la diversité sous l'unité », *Lexbase Pénal* : Dossier spécial n°1 du 14/11/2019 : Droit pénal des mineurs.

P.-G. MARLY, « Contrats d'assurance-vie en déshérence : la première sanction de l'ACPR tombe », *L'essentiel Droit des Assurances* 2014, n° 76.

A. MARON et M. HAAS, « Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose... », *Droit pénal* 2010, n° de mars, Dossier garde à vue, p. 10.

A. MARON, « Troisième messe de requiem pour la garde à vue », *Droit pénal* 2010, ét. 11.

M. MARQUE, « La réforme des juges de proximité », *Dalloz actualité*, 16 septembre 2016.

B. MATHIEU : « L'extension de la compétence des juges de proximité devant le Conseil constitutionnel : une tempête dans un verre d'eau », *Recueil Dalloz* 2005 p. 449.

H. MATSOPOULOU :

- « Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 ! », *Droit pénal* n° 4, avril 2007, étude 5.
- H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux - Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Droit pénal* n° 4, avril 2008, étude 5.
- « Faudrait-il motiver les arrêts de la cour d'assises ? », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 47, 16 novembre 2009, 456.
- « Une réforme inachevée ; à propos de la loi du 14 avril 2011 », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2011, n° 19, 542, p. 908.
- « Le secret de l'enquête et de l'instruction », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 47 - n° hors-série, 19 novembre 2012.
- « La transposition dans le droit permanent des principales mesures de l'État d'urgence - À propos de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2017, p. 1268.
- « L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 3, 15 Janvier 2018, 51.

S. MAY-FERRIÉ, « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *Procédures* n° 4, avril 2018, étude 4.

Y. MAYAUD :

- « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *Actualité Juridique Pénal*, 9/2013, p. 443.
- « L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? – Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2016, p. 583.
- « Les "violences institutionnelles" ou du renouveau de la justification », *in Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, *Dalloz*, 2016, p. 590.
- « Regard sur les qualifications terroristes - Après la loi n° 2017-1248 du 9 août 2017 autorisant la ratification du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme », *Actualité Juridique Pénal* 2017, p. 478.
- « De la loi au Conseil constitutionnel, une réforme contrastée de la procédure pénale », *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 176.
- « Le pouvoir "pénal" de l'Église, ou du mésusage du droit disciplinaire (A propos d'une sentence de l'officialité interdiocésaine de Lyon du 6 avril 2021) », à paraître (*La Semaine Juridique – Édition Générale*).

C. MENABE, « La probation en France : vers un renforcement du sens et de l'efficacité des peines ? », *Recueil Dalloz* 2019, p.1728.

Y. MENECEUR, « Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2018, doct. 190.

L. MILANO :

- « Visioconférence et droit à un procès équitable », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2011, chron. n° 8.
- « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, octobre 2019.

P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, Actualités, n° 9-10, 27 février 2008, pp. 5-7.

N. MOLFESSIS, « Le risque du Far West, Libres propos », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 15, 13 avr. 2020, 443, pp. 734-736.

F. MOLINS :

- « Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction. », *Actualité Juridique Pénal*, 2005, p. 443.
- « L'action des juridictions interrégionales spécialisées », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, sept. 2015, dossier 28.
- « Plaidoyer pour une indépendance statutaire des magistrats du parquet », *Actualité Juridique Pénal* 2021, p. 23.

J. MONIN DE FLAUGERGUES, « La garde à vue, une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif », *Droit pénal* 2015, ét. 8.

V. MORGANTE, « Affaire Karachentsev : avancée sur l'usage des cages en métal lors d'audiences en visioconférence », *Dalloz actualité*, 7 mai 2018.

M. MORIN, « Les délits nautiques entre tribunal correctionnel et tribunal maritime commercial », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 473.

A. MORINEAU, « Huit ans de bataille pour la dignité des personnes détenues, de la CEDH au Conseil constitutionnel », *Lexbase Pénal*, novembre 2020.

C. MOUHANNA, « Justice en situation - La contrainte pénale : symptôme d'une réforme impossible ? », *Les Cahiers de la Justice* 2018, p. 557.

J. MUCCHIELLI :

- « Infractions terroristes : premières comparutions en “circuit court” à Paris »,

Dalloz actualité, 08 février 2017.

- « Cages en verre : “L'argument sécuritaire est un leurre” », *Dalloz actualité*, 16 janvier 2018.

H. LE NABASQUE, « L'audace du Conseil constitutionnel, à propos de la règle non bis in idem », *Revue de droit bancaire et financier* 2015, repère 3.

P. NAUT, « Le juge d'instruction et son secret », *Recueil Dalloz* 1977, p. 1977.

F. NGUYEN, « [Point de vue...] Le débat contradictoire de prolongation de détention devant le JLD et l'état d'urgence sanitaire », *Lexbase*, La lettre juridique n° 821 du 23 avril 2020 : Covid-19.

C. NOCQUET, « La Commission des sanctions de l'AMF : fermeté, transparence et pédagogie », *Bulletin Joly Bourse*, 1er avril 2012, n° 4, p. 192.

R. OLLARD :

- « La vraisemblance de participation à l'infraction, condition nécessaire et suffisante de la mise en examen », *Lexbase*, Hebdo édition privée n° 615 du 4 juin 2015 : Procédure pénale.
- « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 2014, 912, p. 1547.
- « Que reste-t-il du secret de l'instruction ? », *Lexbase* édition privée, n° 568, 1 mai 2014.

P. PAILLER :

- « Réforme de la répression des abus de marché » : *Revue de droit bancaire et financier* 2016, comm. 217, spéc. p. 75.
- « The principle of ne bis in idem and the European Court of Justice », *Revue Trimestrielle de Droit Financier* 2018/2, p. 67.
- « Condamnation de la France par la Cour européenne », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 4, Juillet 2019, comm. 143.

F. PALAZZO, « Précision de la loi pénale et certitude de la peine : principes et expériences », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, *Dalloz*, 2016, pp. 633-641.

M. PARIGUET, « Une autre rationalité pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2014, p. 543.

R. PARIZOT :

- « Cages de verre, Acte I », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 9-10, 26 février 2018, pp. 417-418.

- « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? », *Recueil Dalloz* 2013, p. 188.
- « Motivation des décisions relatives aux aménagements de peine et place de la victime dans l'exécution des peines », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019, p. 149.

S. PELLÉ :

- « La garde à vue : la réforme de la réforme (acte I). À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 », *Recueil Dalloz* 2014, p. 1508.
- « L'effacement du juge en matière pénale : inexorable évolution ou véritable mutation de notre justice pénale », *Recueil Dalloz* 2020, p. 1476.

V. PELTIER :

- « Le traitement de l'information pendant l'instruction préparatoire Exégèse de l'article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale », *Droit pénal* n° 9, septembre 2008, ét. 16.
- « Détention à domicile sous surveillance électronique (DDSE) - Sens et efficacité des peines », *Droit pénal* n° 5, mai 2019, étude 13.
- « Absence de motivation du travail d'intérêt général », *Droit pénal* n° 6, juin 2019, comm. 120.

B. PENAUD, « La surpopulation carcérale n'est pas une fatalité », *Gazette du Palais* 15 mai 2014, n° 135, p. 5.

M. PERETTI, « Le bracelet électronique : boulet moderne ou outil de réinsertion ? », *Actualité Juridique Pénal* 2007, p. 468.

G. PERISSOL, « *Juvenile courts* américaines et tribunaux pour enfants français : les variations d'un modèle à travers la comparaison Paris/Boston (début XX^e siècle-années 1950) », *Revue d'histoire de l'enfance irrégulière*, PUR, n° 17, 2015.

J. PEROT, « [Point de vue...] Libérée(s), délivrée(s)... », *Lexbase pénal*, La lettre juridique n°807, 19 décembre 2019 : Editorial.

J.-B. PERRIER :

- « D'une motivation à l'autre », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1156.
- « [Le point sur...] Le contentieux de la criminalité organisée (troisième partie) », *Lexbase*, Hebdo édition privée n°684 du 19 janvier 2017 : Pénal.
- « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », *Revue Française de Droit Administratif* 2017, p. 949.
- « Les (r)évolutions de la procédure pénale », *Recueil Dalloz* 2019, p. 1061.
- « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 449.
- « Le Conseil constitutionnel et les difficultés et coûts évités par la visioconférence », *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 600.

- « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 449.
- « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une compliance environnementale », *Recueil Dalloz* 2020, p. 396.
- « La procédure pénale en urgence sanitaire », *Gazette du Palais* 31 mars 2020, n° 13, p. 18.

V. PERROCHEAU, « La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité : quelles limites à l'omnipotence du parquet ? », *Droit et société*, 2010/1 n° 74, pp. 55 à 71.

J. PERROT, « Peine de détention à domicile sous surveillance électronique (DDSE), sursis probatoire, conversions de peines et mandat de dépôt à effet différé : le décret est publié ! », *Lexbase Pénal*, 26 février 2020.

R. PERROT, « Le juge unique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, Année 1977, 29-4, pp. 659-674.

F. PERROTIN, « Création du parquet européen », *Les Petites Affiches*, 20 mars 2020, n° 58, p. 6.

X. PIN, « La privatisation du droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, p. 245.

J. PINATEL, « Chronique pénitentiaire », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1946, pp. 142- 143.

P. PIOT :

- « La protection du secret de l'instruction doit être "nécessaire" et mise en balance de manière effective avec le droit du public à recevoir des informations », *Gazette du Palais*, 2 oct. 2014, n° 275, p. 13.
- « Les justifications de la protection du secret de l'instruction », *Gazette du Palais*, 24 mai 2016, n° 19, p. 32.

E. PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *Revue Française de Droit Administratif* 2010, p. 915.

P. PONCELA :

- « Quand le procureur compose avec la peine », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2003, p. 139.
- « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, p. 190.

- « Dehors...La prison dans la tête – Quelques réflexions à propos des peines de milieu ouvert », *Archives de politique criminelle* 2013/I (n° 35), pp. 7-23.
- « Peines et prisons : la régression - À propos des lois du 3 juin et 21 juillet 2016 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2016, p. 565.
- « Les naufragés du droit pénal », *Archives de politique criminelle* 2016, n° 38 Les terrorismes, pp. 7-24.

C. PORTERON, « Infirmation d'une ordonnance de mise en liberté : la chambre de l'instruction peut-elle prolonger la détention provisoire ? », *Actualité Juridique Pénal* 2007, p. 127.

J. PRADEL :

- « Une consécration du “plea-bargaining” à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *Recueil Dalloz* 1999, II, p. 379.
- « “L'appel” contre les arrêts d'assises : un apport heureux de la loi du 15 juin 2000 », *Recueil Dalloz* 2001, p. 1964.
- « Défense du plaidoyer de culpabilité. À propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 5, 28 Janvier 2004, act. 58.
- « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *Gazette du Palais* 4 mars 2008, n° 64, p. 10.
- « Vers une métamorphose de la garde à vue ; après la décision pilote du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *Recueil Dalloz* 2010, p. 2783.
- « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue : à propos de la loi du 14 avril 2011 », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2011, n° 22, 665.
- « La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? », *in Droit de la France et droits d'ailleurs*, Mélanges en l'honneur du professeur J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 617.
- « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *Recueil Dalloz* 2014, p. 1647.
- « Quelques observations sur la présomption d'innocence. À propos de la directive du 9 mars 2016 », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2016, 265.
- « Les perquisitions administratives ou la chambre criminelle de la Cour de cassation contre tous », *Recueil Dalloz* 2017, p. 275.
- « Du statut de la personne visée dans le réquisitoire introductif et non formellement mise en examen », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 2017, p. 2047.
- « Procédure pénale juillet 2017 - juillet 2018, IV – Jugement / C - Box vitrés pour prévenus ou accusés dangereux », *Recueil Dalloz* 2018, p. 1611.
- « Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », *Recueil Dalloz* 2019, p. 1002.
- « Notre procédure pénale à la recherche d'une efficacité à toute vapeur », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 15, 15 avril 2019.

X. PRADEL, « Présentation théorique », *in* Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle, *Le plaider coupable*, Journées d'études, 15 novembre 2004, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2005, n° 2, p. 377 et s.

S. PREVOST et P. SIRINELLI, « Madame Irma, Magistrat », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 557.

G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *Recueil Dalloz* 2015, p. 97.

É. RASCHEL, « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 », *Droit pénal* 2017, n° 12, ét. 23.

M.-L. RASSAT, « À remettre sur le métier : des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2011, aperçu rapide, 632.

D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *Recueil Dalloz* 2010, point de vue, p. 970.

M. REDON, « Cour d'assises », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, septembre 2012 (actualisation novembre 2017), 176.

M-H. RENAUT, « Le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande entre un long passé et un futur sans avenir doit-il disparaître ? », *Droit pénal* n° 7-8, Juillet 2002, chron. 25.

J.-F. RENUCCI, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2000, p.79.

C. RIBEYRE, « Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale – Et maintenant ? », *Droit pénal* 2016, étude 17, spéc. n° 10 et s.

A. G. ROBERT, « Conditions de détention, lorsque les juges nationaux prennent le relai de la Cour EDH », *Droit pénal* 2013, Études n° 15.

J.-H. ROBERT, « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction préparatoire », in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016, pp. 413-420.

M. ROBERT, « L'Autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juillet 2011.

G. ROBINSON, « Doing McJustice ? The probation factory at the magistrates courts », *Criminology & Criminal Justice*, 2018.

D. ROETS, « L'article 529-10 du Code de procédure pénale sauvé des eaux conventionnelles ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, p. 692 et s.

I. ROME, « Le juge des libertés et de la détention. Une fonction à parfaire à l'aune des grands principes constitutionnels », *Les Cahiers de la Justice*, 2012/4 (N° 4), pp. 115-127.

X. RONSIN, « Entretien suite au communiqué commun avec la Chancellerie du 9 octobre 2017 », *Dalloz actualité*, 16 octobre 2017.

G. ROUJOU DE BOUBÉE :

- « L'assistance de l'avocat pendant la garde à vue », *Recueil Dalloz* 2010, p. 868.
- « La réforme attendue de la garde à vue », *Recueil Dalloz* 2011, p. 1128.

W. ROUMIER, « Pour en finir avec une réforme inachevée : à propos de l'appel des décisions en matière criminelle », *Droit pénal n° 10*, octobre 2003, chron. 28.

S. ROURE, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », Presses universitaires de France, *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/4, n° 68, pp. 737-779.

G. ROUSSEL, « Le régime des techniques de renseignement », *Actualité Juridique Pénal* 2015, p. 520.

T.-W. RUGER et al., « The Supreme Court Forecasting Project : Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision making » : *Columbia Law Review*, 2004, vol. 104, n° 4, p. 1150-1210.

C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2004, p. 827.

J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Droit pénal*, 19 (9), septembre 2007.

F. SAINT-PIERRE, « De l'art d'interroger au pouvoir d'interroger », *Les Cahiers de la Justice*, 2011/4, n° 4, pp. 83-91.

D. SALAS : « Vers un monde (presque) sans prison ? », *Revue Etudes*, 26 avril 2020, disponible en ligne (<https://www.revueetudes.com/article/vers-un-monde-presque-sans-prison-denis-salas-22601>).

P. SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Droit pénal* n° 2, Février 2010, étude 3.

D. SCHAFFHAUSER, « Comprendre sans se méprendre », *Actualité Juridique Pénal* 2012, p. 32.

J-E. SCHOETTL, « Les juges de proximité passent pour la troisième fois rue de Montpensier », *Les Petites Affiches*, 2 février 2005, n° 23, page 7.

L. SEBAG, « Ordonnance sur ordonnance ne vaut ! – A propos de la création d'un Code de justice pénale des mineurs », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 49, 3 décembre 2018, p. 2181.

J. SIBER, « Photos du procès Merah dans Paris Match : une transgression légitime ? », *Dalloz actualité*, 13 novembre 2017.

J. SIMON, « La création du Parquet européen : nouveau bras armé de l'Union dans la lutte contre la délinquance économique et financière », *Lexbase*, La lettre juridique n° 845, 26 novembre 2020.

J. SIMON-DELCROS, « Cour d'assises levez-vous » : *Gazette du Palais* 14 mai 2009, p. 3.

V. SIZAIRE :

- « Quel modèle pour l'instruction ? », in Dossier « Le rapport Léger : analyse des propositions », *Actualité Juridique Pénal* 2009, p. 388.

- « Pour l'honneur du procureur « à la française - À propos de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 12 décembre 2019 », *La Revue des Droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, 2020 (disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/8612>).

P. SPINOSI, « Le ministère public français est-il une autorité judiciaire au sens de la Convention EDH ? », *Recueil Dalloz* 2010, entretien p. 952.

G. STEFANI, « L'acte d'instruction », in *Recueil d'études en hommage à L. HUGUENEY*, Problèmes contemporains de procédure pénale, Sirey, 1964, p. 135.

G. STRAEHLI, « Instruction - Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles », *Droit pénal* n° 10, octobre 2009, dossier 4, p. 9.

C. SULLI et E. AUDOUARD, Syndicat des avocats de France (SAF), « Lettre du SAF, Réforme de la justice des mineurs », lesaf.org, octobre 2019, pp. 12-13.

E. SYRE-MARIN, « L'inquiétude des professionnels du monde judiciaire devant la création des "juges de proximité" », *Recueil Dalloz* 2002, n° 44, p. 3275.

A. TALEB, « Le point sur la CRPC dans l'avant-projet portant réforme de la procédure pénale : la révolution annoncée aura-t-elle lieu ? », *Procédures* n° 4, avril 2011, étude 4.

O. TAMBOULE, « Décryptage autour de la première condamnation de Google par la CNIL post-règlement général sur la protection des données », *Dalloz actualité*, 30 janvier 2019.

H. TEMIME, « Appel des arrêts d'assises », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2001, p. 83.

B. THELLIER DE PONCHEVILLE, « Quelques observations sur la présomption d'innocence. À propos de la directive du 9 mars 2016 », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2016, p. 486.

P. THERY, « Justice et médias, faut-il une caméra dans la salle d'audience ? », *Revue trimestrielle de droit civil* 2006, p. 147.

J-B. THIERRY :

- « L'arrêt Medvedyev c/ France du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1 - Parquet : 0 », *Droit pénal* 2010, n° 6, ét. n° 12.
- « L'évolution du rôle du juge en matière pénale dans la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice », *Gazette du Palais* 3 septembre 2019, n° 29, p. 75.

G. THIERRY :

- « 2019, « L'année Cassiopée », *Dalloz actualité*, 23 janvier 2019.
- « Nouvelles cours criminelles, retour d'expérience des avocats », *Dalloz actualité*, 4 décembre 2019.
- « Le nouveau pôle spécialisé contre la haine en ligne, une structure très attendue », *Dalloz actualité*, 3 février 2021.

D. THOMAS, « Le suspect en quête d'un statut procédural », *Mélanges CABRILLAC*, Dalloz et Litec, p. 828.

D. THOMAS-TAILLANDIER, « Le nouveau fichier national des auteurs d'infractions terroristes », *Actualité Juridique Pénal* 2015, p. 523.

E. TIERNY, « Les tribunaux maritimes : "la terre domine-t-elle la mer ?" », *Revue droit des transports* 2013, dossier n°4.

M. TRÉVIDIC, « Pourquoi les juges spécialisés sont de plus en plus nécessaires », *Après-demain*, La justice aujourd'hui, n° 15, juillet 2010, pp. 48-50.

M. TROPER, « Le monopole de la contrainte légitime (Légitimité et légalité dans l'État moderne) », Editions Hazan, *Lignes* 1995/2, n° 25, pp. 34 à 47.

P. TRUCHE, « Le juge et la presse », *Esprit*, mars-avril 1995.

F. TULKENS, « Les limites du secret de l'instruction », *Journal des Procès* 1985, n° 67 et s.

T. TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2001, p. 135.

R. VABRES :

- « commentaire de la réforme de la répression des abus de marché », *Droit des sociétés* 2016, comm. 147.
- « Droit bancaire et financier - Le pouvoir d'enquête de l'AMF face à la protection des droits fondamentaux », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 6, novembre 2018, dossier 42.

A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Droit pénal* n° 5, mai 2006, étude 8.

VEILLE JURIDIQUE, « Évaluation du préjudice et justice prédictive : le décret "DataJust" est publié », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 15-16, 9 avril 2020, 255-258, p. 10.

E. VERGES :

- « La justice pénale citoyenne : derrière une volonté politique, l'élaboration d'une catégorie juridique. », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, p. 667.
- « Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position (Loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2012, p. 201.
- « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale », *Droit pénal* 2014, ét. 15.
- « La procédure pénale à son point d'équilibre. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2016, p. 551.
- « La procédure pénale au temps des confluences - À propos des visites domiciliaires et saisies instituées par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2018, p. 153.
- « La procédure pénale technique (ou l'asphyxie procédurale) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 667.
- « Loi de programmation 2018 - Réforme de la procédure pénale : une loi fleuve, pour une justice au gré des courants », *Droit pénal* n° 5, mai 2019, étude 12.
- « Une chimère génétiquement modifiée : la procédure conduite par le Parquet européen délégué », *RSC* 2021 p. 143

M. VERICEL, « Réflexions sur la mise en place des juridictions de proximité », *La Gazette du Palais*, 30 octobre 2003, n° 303, p. 26.

E. VERNY, « Renseignement et preuve pénale », in *Les transformations de la preuve pénale*, ss dir. P. BEAUBAIS, R. PARIZOT, LGDJ, Lextenso, p. 156.

A. VEY, « Motivez, Motivez ! », *Gazette du Palais*, 29 janvier 2013, n° 29.

H. VLAMYNCK, « La garde à vue du Code d'instruction criminelle à nos jours », *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 257.

F. WINCKELMULLER, « Plaider coupable et droit à un procès équitable », *Dalloz actualité*, 6 mai 2014.

A. WYVEKENS, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'oeil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Déviance et société* 2010, vol. 34, n° 4, pp. 503-525.

P. YOLKA, « Surveiller et construire : le partenariat public/privé en prison(s) », in *L'administration pénitentiaire face aux principes de la nouvelle gestion publique*, ss dir. J.-C. FROMENT, M. KALUSZYNSKI, *Presses universitaires de Grenoble*, 2011.

D. YOUF, « La justice pénale des mineurs. Entre spécialisation et déspecialisation », *Revue d'histoire de l'enfance irrégulière*, PUR, n° 20, 2018, pp. 15-23

D – Mélanges

Mélanges en l'honneur de Michel CABRILLAC, Dalloz et Litec, 2004.

Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Dalloz, 2010.

Mélanges en l'honneur du professeur J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012.

Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2016.

E – Notes de jurisprudence

Y. AGUILA, conclusions sur CE, 26 avr. 2006, 2 arrêts, n° 279832, Syndicat des avocats de France, *Gazette du Palais* 2006, Jur. 1851.

E. ALFANDARI, observations sur Cons. const., 5 mai 1998, n° 98- 399-DC, *Revue de droit sanitaire et social*, 1998, 863.

E. ALLAIN, observations sur CE, 26 avril 2006, 2 arrêts, n° 279832, Syndicat des avocats de France, *D.* 2006. 1333, et n° 273757, Syndicat des avocats de France, *Recueil Dalloz* 2006, p. 1333.

M. ALLAIX, note sur Cass. crim., 7 avril 1993, n° 92-84.725, *JCP* 1993, II, 22151.

L. ASCENSI :

- observations sur Cons. const., 13 juillet 2011, n° 2011-153-QPC, *Actualité Juridique Pénal* 2012, 44.
- observations sur Cons. const., 17 déc 2010, *Actualité Juridique Pénal* 2011, p. 140.
- observation sur Cass. Crim., 22 octobre 2013, *Actualité Juridique Pénal* 2013, p. 668.

A. ASTAIX, observations sur CE, 11 mai 2005, n° 279834, Syndicat des avocats de France, *Recueil Dalloz* 2005, 1379.

L. ATTHALIN, rapport sur Cass. crim., 8 déc. 1906, *Bull.* n° 443, *Recueil Dalloz* 1907, 1, 207.

D. AUBERT, observations sur Cass. crim., 27 février 2018, n° 17-87.133, *Actualité Juridique Pénal* 2018, 259.

V. AVENA-ROBARDET :

- observations sur Cons. const., 6 septembre 2018, n° 2018-770-DC, *Actualité Juridique Famille* 2018, 494.
- observations sur Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *Actualité Juridique Famille* 2019, 172.

P. AVRIL et J. GICQUEL, « [Note sous décision n° 93-326 DC] », *Pouvoirs*, janvier 1994, n° 68, pp. 172-173.

W. AZOULAY, observations sur Cass. crim., 18 septembre 2019, *Dalloz actualité*, 10 octobre 2019.

O. BACHELET :

- note sur CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, *Journal du droit international* 2010, 966.
- observations sur CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et al c/ France*, req. n° 62736/09, *Recueil Dalloz* 2013, p. 1687.

P. BACHSCHMID, chronique sur Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *Constitutions* 2019, 40, chron. n° 223.

J. BARTHÉLÉMY et L. BORÉ, note sur Cons. const., n° 2010-81 QPC, 17 décembre 2010, *Constitutions* 2011, p. 339.

P. BEAUVAIS, observations sous CJUE, 12 déc. 2019, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg c/ JR et Openbaar Ministerie c/ YC*, affaires C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, Chronique Droit pénal de l'UE « L'émergence d'une autorité judiciaire européenne », *Revue trimestrielle de droit européen* 2020, p. 437.

S. BECQUERELLE :

- observations sur Cass. crim., 7 avril 1993, n° 92-84.725, *Bull. crim.* n° 152 ; *Recueil Dalloz* 1994, p. 37.
- observations sur CEDH, 24 août 1993, n° 13924/88, *Nortier c/ Pays-Bas*, *Recueil Dalloz* 1994, p. 37.

D. BERLIN, note sur CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA.* – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma.* – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci*, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2018, 429.

V. BERNAUD et L. GAY, observations sur Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71-QPC, *Recueil Dalloz* 2011, p. 1713.

V. BERNAUD, L. GAY et C. SEVERINO, observations sur Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545-DC, *Recueil Dalloz* 2007, 1166.

V. BERNAUD, L. GAY et A. TALBOT, observations sur Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-80-QPC, *Recueil Dalloz* 2011, 1713.

V. BERNAUD et N. JACQUINOT, observations sur Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-153-QPC, *Recueil Dalloz* 2012, 1638.

L. BERTHIER et A.-B. CAIRE, étude sur CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, req. n° 926/05, *Revue Française de Droit Administratif*, 2009, 677.

X. BIOY :

- note sous Cons. const., 26 novembre 2010, n° 2010-71-QPC, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2011, p. 174 et *Constitutions* 2011, p. 108.
- note sous CE, 9 novembre 2015, n° 376107, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2015, p. 2512.

C. BIRSAN, observations sur CEDH, Grande ch., 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, req. no 31443/96, *Recueil Dalloz* 2004, p. 2542.

E. BOCCARA, « Le boomerang Medvedyev », observations sur CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, *Gazette du Palais* 27 avril 2010, jur. p. 870.

D. BOCCON-GIBOD :

- observations sur Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-62-QPC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 864.
- observations sur Cass. crim., 22 octobre 2013, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2013, p. 847.

M. BOIZARD, observations sur CE, ass., 3 décembre 1999, req. n° 207434, Lebon 399 ; *Recueil Dalloz* 2000, p. 62.

P. BON, note sous CE, 9 novembre 2015, n° 376107, *Revue Française de Droit Administratif* 2016, p. 791.

P. BONFILS, note sur CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, req. n° 54729/00, *Recueil Dalloz* 2010, p. 1324.

E. BONIS :

- observations sur CEDH, 9 juillet 2013, *Droit pénal* 2013, comm. 165.
- observations sur CEDH, 17 janvier 2017, *Droit pénal* 2017, comm. 51.

T. BONNEAU, note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC : *Bulletin Joly Bourse* mai 2015, n° 112j3, p. 204.

J. BOSSAN note sous Cons. const., 2 mars 2018, déc. n° 2017-693 QPC, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2018, p. 395.

A. BOTTON, note sur Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *Recueil Dalloz* 2018, p. 1191.

F. BOULAN et L. GREGOIRE, « La détention de sûreté est une peine ! Qualification et conséquences À propos de CEDH, 17 décembre 2009, M. c/ Allemagne », *Droit pénal* n° 5, mai 2010, étude 9.

B. BOULOC :

- observations sur Cass. crim., 29 janvier 1998, n° 97-81.573, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1998, p. 767.

- note sur Cass. crim., 15 mars 2006, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2007, p. 204.

R. BOUSTA, article sur Cons. Const., 21 février 2008, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" (à propos de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *Les Petites Affiches*, 17 juin 2008, n° 121, p. 7-12.

A. BRAUNSCHWEIG, observations sur Cass. crim., 19 septembre 1990, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1991, p. 117.

A. BRETONNEAU, concl. CE, 9 novembre 2015, n° 376107, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2015, p. 2508.

L. BRIAND, observations sur Cass. crim., 13 octobre 2010, n° 09-85444 « Quel avenir pour les tribunaux maritimes commerciaux? », *Droit Maritime Français*, 2010, n° 717, pp. 690-697.

J.- M. BRIÈRE, observations sur CE, ass., 3 décembre 1999, req. n° 207434, Lebon 399, *Revue administrative* 2000, 42.

J.-F. BRISSON, observations sur Cass., Ass. plén., 5 févr. 1999, n° 97-16.440 , *Actualité Juridique du Droit Administratif* 1999, p. 847.

C. BROUELLE, tribune sous Conseil d'Etat, juge des référés, 11 janvier 2014, n° 374552, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2014, p. 473.

V. BÜCK :

- observations sur Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461-DC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2003, pp. 606 et 612.
- « Les juges de proximité. Décision du conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2003 p. 602.
- étude sur Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *JO* 10 mars, spéc. cons. 99 s., *Recueil Dalloz* 2005, p. 122.
- observations sur Cons. const., 20 janv. 2005, n° 2004-510-DC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2006, p. 124.
- observations sur Cass. crim., 18 avril 2005, n° 05-00.001, *Recueil Dalloz* 2005, p. 1200, *Rev. science crim.* 2006, p. 124.
- observations sur Cass. crim., 4 octobre 2006, n° 05-87.435, *Procédures* 2007, Comm. 44.

J. BUISSON :

- observations sur Cass. crim., 6 févr. 1996, n° 95-84.041, *Bull. crim.* n° 60, *Procédures* mars 1996, n° 94.
- observations sur Cass. Crim., 10 mai 2001, n° 01-81.441, *Bull. crim.* n° 180, *Proc. gén. CA Paris : JurisData* n° 2001-009998.
- observations sur Cass. Crim., 11 avril 2002, n° 02-80.778, *Bull. crim.* n° 168, *Procédures* 2002.
- commentaire sur Cass. crim., 14 octobre 2008, n° 08-82.195, *Procédures* 2008. Comm. 340.
- observations sur CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, req. n° 926/05, *Procédures*, 2009, n° 172.
- observations sur Cons. const., décision n° 2011-162 QPC, du 16 septembre 2011, cons. n° 5, *Procédures*, 2011, n° 348.
- « Saisine d'office du juge de l'application des peines », *Procédures*, LexisNexis, n° 1, 25, 2018, note sur décision Cons Const. 10 novembre 2017.
- note sur Cons. const., 2 mars 2018, déc. n° 2017-693 QPC, *Procédures* 2018, comm. 128.

A. BULIER, chronique sur CEDH, 16 décembre 1999, *Les Petites Affiches* 28 janvier 2000.

L. BURGORGUE-LARSEN :

- Chronique sur CEDH, 23 novembre 2010, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2011, p. 889.
- Chronique sur CEDH, Grande ch., 20 octobre 2016, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2017, p. 157.

O. CAHN, « Un État de droit, apparemment... », comm. décision Cons. const. 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC - Ligue des droits de l'homme, *Actualité Juridique Pénal* 2016, p. 201.

Y. CARPENTIER, observations sur Cass. crim., 31 octobre 2018, *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 48.

P. CASSIA :

- commentaire sur Cons. Const. 21 février 2008, « La Constitution malmenée », *Esprit*, 2008, n° 344, pp. 188-190.
- commentaire sur Cons Const 21 février 2008, « La rétention de sûreté : une peine après la prison », *Commentaire*, 2008, n° 122, pp. 569-573.
- chronique sur Cons. const. 16 mars 2017, *D.* 2017, p. 1162

J.-P. CÉRÉ :

- observations sur CEDH, 25 avril 2013, *Actualité Juridique Pénal* 2013, p. 403.
- observations sur Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-162-QPC, *Actualité Juridique Pénal* 2011, p. 526.
- observations sur CEDH, 17 janvier 2012, *Actualité Juridique Pénal* 2012, p.

174.

- observations sur décision CEDH, 30 janvier 2020, *Actualité Juridique Pénal* 2020, p. 122.

J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et E. PÉCHILLON :

- observations sur CE 14 novembre 2008, *Recueil Dalloz* 2009, p. 1376.
- observations sur CEDH, 5 juin 2012, *Recueil Dalloz* 2013, p. 1304.
- observations sur CEDH, 21 mai 2015, *Recueil Dalloz* 2016, p. 1220.

C. CHABERT, note sur deux arrêts : Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 : JurisData n° 2005-028424. - 14 juin 2005, n° 04-16.942 : JurisData n° 2005-028932, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2005, II, 10115, concl. C. PETIT.

J. CHACORNAC :

- note sur CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens : Bulletin Joly Bourse* avril 2014, n° 111h1, p. 209.
- note sur CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA.* – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma.* – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci*, *Banque et droit* 2018, n° 179, p. 28.

F. CHALTIEL, article sur Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562, « La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée », *Les Petites Affiches*, 20 mars 2008, n° 58, pp. 3-9

P. CHAMBON :

- notes sous. Paris, 23 mai 1960 et 11 décembre 1961, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1962, II, n° 12692 bis, et Paris, 27 juin 1967, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1968, II, n° 15337 ; Cass. crim., 23 novembre 1965, n° 65-92.493, *Bull. crim.* n° 246
- note sur Cass. crim., 27 novembre 1963, n° 63-91.516, *Bull. crim.* n° 338, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1964, II, 13543.
- note sur Cass. crim., 6 févr. 1996, n° 95-84.041, *Bull. crim.* n° 60, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1996, II, 22634.

M.-E. CHARBONNIER, observations sur Cass. crim., 14 octobre 2008, n° 08-82.195, *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 517.

F. CHARLENT, observations sur CEDH, 3 mai 2018, *Actualité Juridique Pénal* 2018, p. 379.

P. CHAUVEAU, note sous Cass. crim., 7 février 1963, n° 62-91.221, *Bull. crim.* n° 70, *Droit maritime français* 1963, p. 685, 76.

A.-S. CHAVENT-LECLÈRE :

- observations sur Cass. crim., 24 avril 2013, n° 12-82863, *Bull. crim.* n° 100, *Procédures 2013*, comm., n° 221.
- observations sur Cass. crim., 6 janvier 2015, *Procédures 2015*, comm. n° 94.
- observations sur Cass. crim., 20 décembre 2017, n° 17-86.176, *Procédures 2018*, comm. 88.
- observations sur Cass. crim., 22 octobre 2013, *Procédures 2013*, comm. n° 358.

J. CHEVALLIER, étude sur Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-378-DC, *Revue Française de Droit Administratif* 1996, p. 909.

H. CHRISTODOULOU, observations sur Cass. crim., 26 mai 2020, *Dalloz actualité*, 29 mai 2020.

E. CLAUDEL, observations sur Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715-DC, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2015, p. 699.

É. CLÉMENT, observation sur Cass. crim., 18 juin 2019, *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 450.

M. COLLET, observations sur CE, 27 octobre 2006, req. n° 276069, PARENT, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2007, p. 80.

Conseil national des barreaux (France), ; Conférence des bâtonniers de France et d'Outre-Mer, ; Ordre des avocats (Paris), ; Union syndicale des magistrats, observations sur Cons. const. du 21 février 2008, « La rétention de sûreté : observations du Conseil National des Barreaux, de la Conférence des Bâtonniers, du Barreau de Paris et de l'USM devant le Conseil constitutionnel », *Nouveau Pouvoir Judiciaire (NPJ)*, mars 2008, n° 380, pp. 24-33.

P. CONTE, observations sur Cons. const., 21 février 2008, « Aux fous ? », *Droit pénal*, avril 2008, n° 4, pp. 1-2.

F. CORDIER :

- note sous. Cass., Ass. plén., 13 octobre 2017, n° 17-83.620, *Recueil Dalloz* 2017, p. 2101 ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2017, p. 767.
- observations sur Cass. crim., 16 octobre 2018, n° 18-81.881, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2018, p. 930.
- observations sur Cons. const., 18 mai 2018, n° 2018-705-QPC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2018, p. 932.

J. DANET :

- observations sur Cass. crim., 7 décembre 2010, n° 10-86.884, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 419
- observations sur Cass. crim., 22 octobre 2013, *Dalloz avocats* 2014, p. 24.

E. DAOUD et A. TALBOT, observations sur Cons. const., 13 juillet 2011, n° 2011-153-QPC, *Constitutions* 2011, p. 520.

F. DARRIBEAUDE, observations sur CEDH, 8 février 2000, *Stefanelli c/ Saint Marin*, req. n° 35396/97, *Journal du droit international* 2000, p. 167.

E. DEBAETS et N. JACQUINOT :

- observations sur Cons. const., 6 sept. 2018, n° 2018-770-DC, *Recueil Dalloz* 2019, p. 1248.
- observations sur Cons. const., 29 mars 2018, *Recueil Dalloz* 2019, p. 1248.

O. DÉCIMA, note sur CEDH, 15 novembre 2016, req. n° 24130/11 et nn° 29758/11, *A. et B. c/ Norvège*, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2017, p. 183.

K. DECKERT, note sur CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA.* – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma.* – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci*, *Revue internationale des services financiers* 2018/3, p. 50.

P.-J. DELAGE :

- note sur Cass. crim., 4 octobre 2006, n° 05-87.435, *Recueil Dalloz* 2007, p. 58.
- observation sur Cass. crim., 18 juin 2019, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 657.

B. DE LAMY :

- chronique sous Décision 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Recueil Dalloz* 2004, p. 2756.
- Note sur Cons. const., 21 février 2008, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2009, n° 1, pp. 166-172
- observations sur Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595-DC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, p. 201.
- observations sous Cass. QPC, 19 mai 2010, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011/1, p. 190.
- observations sur Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-162-QPC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2012, p. 230.
- observations sur Cons. const. 13 juillet 2011, n° 2011-153-QPC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2012, p. 233.
- observations sur Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *Revue de*

science criminelle et de droit pénal comparé 2018, p. 981.

R. DEMOGUE, note sur Cass. crim., 8 décembre 1906, *Bull. crim.* n° 443, S. 1907, 1, 377.

M-C. DE MONTECLER, observations sur Cons. const., 3 juillet 2020, *Dalloz actualité*, 9 juillet 2020.

J.-P. DEROSIER, chronique sur Cons. const., 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC, *Constitutions* 2018, p. 379.

F. DESPORTES, avis sur Cass. crim., 13 décembre 2016, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2017, p. 141.

F. DESPREZ, note sous CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, *Gazette du Palais* 14 mai 2009.

P. DEUMIER, obs sous Cass. QPC, 19 mai 2010, *Revue trimestrielle de droit civil* 2010/3, p. 508.

E. DEZEUZE, N. RONTCHEVSKY, note sur CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA.* – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma.* – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci*, *Revue trimestrielle de droit financier* 2018/1, p. 90.

J.-P. DINTILHAC, observations sur Cass. crim., 6 février 1996, n° 95-84.041, *Bull. crim.* n° 60, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1996, p. 690.

M. DISANT, note sur Cons. const., 21 février 2008, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et l'application dans le temps de la loi relative à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental : jeu de pistes », *Constitutions*, avril-juin 2010, n° 2010-2, pp. 235-237.

M. DOBKINE, Chronique sur Décision 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Recueil Dalloz* 2004, p. 956.

L. DOMINGO :

- observations sur Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484-DC, *Recueil Dalloz* 2004.

- chronique sur Cons. const., 22 déc. 2015, *Constitutions* 2016, p. 100.

L. DOMINGO et S. NICOT, observations sur Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461-DC, cons. 24, *Recueil Dalloz* 2003, p. 1127.

A. DORANGE note sur Cons. const., 2 mars 2018, décembre n° 2017-693 QPC, *Actualités du droit*, 8 mars 2018.

M. DOUCHY-OUDOT, observations sur CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, req. n° 54729/00, *Recueil Dalloz* 2011, p. 1107.

R. DRAGO, note sur CE, 18 mai 1951, *Lebon* p. 277, Sect. 1952.3.19.

E. DREYER, note sur Cass. crim., 19 octobre 2010, n° 10-82.902 (n° 5699 FP-P+B+I+R), « La Cour de cassation suspend l'application de l'article 6 § 3 de la Convention européenne jusqu'au 1^{er} juillet 2011 », *Recueil Dalloz* 2010, p. 2809.

J- B. DUBRUELLE, note sur CE, 17 novembre 2006, *Sté CNP Assurances*, n° 276926, Rec. p. 473, *Les Petites Affiches* n° 133 du 4 juillet 2007, p. 14.

V. EGEEA, note sur deux arrêts : Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 : JurisData n° 2005-028424. - 14 juin 2005, n° 04-16.942 : JurisData n° 2005-028932, *Recueil Dalloz* 2005, p. 1909.

R. ENCINAS DE MUNAGORRI, observations sur Cons. const., 2 mars 2004, *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, p. 553.

G. EVEILLARD, note sous CE, 9 novembre 2015, n° 376107, *Droit administratif* 2016, comm. 17.

A. FABRE, chronique sur Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715-DC, *Constitutions* 2015, p. 421.

D. FALLON, observations sur Cass. crim., 13 octobre 2010, n° 09-85444, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2011, n° 86, pp. 265-280.

J.-P. FELDMAN, article sur Cons. const., 21 février 2008, « Un minority report à la française ? La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », *La Semaine juridique. Édition générale*, 2008, n° 16, pp. 38-41.

R. FINIELTZ, observations sur Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 08-80.858, *Recueil Dalloz* 2008, p. 2904, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2009, p. 412.

J.F. FLAUSS :

- observations sur CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte et alii c/ Belgique*, Série A, n° 43, *Gazette du Palais* 1982.
- chronique sur CEDH, Grande ch., 22 juin 2004, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2004, p. 1809.

C. FLEURIOT, « Fin de l'expérimentation des citoyens assesseurs le 30 avril 2013 », observations sur l'Arrêté du 18 mars 2013 », *Dalloz actualité*, 19 mars 2013.

C. FONTEIX :

- observations sur Cass. crim., 1er février 2017, n° 15-83.984, *Dalloz actualité*, 16 février 2017.
- observations sur Cass. crim., 28 mars 2017, *Dalloz actualité*, 26 avril 2017.

F. FOURMENT :

- point de vue sur Cour européenne des droits de l'homme, 23 novembre 2010, *Recueil Dalloz* 2011, p. 26.
- note sur Cass. crim., 24 avr. 2013, n° 12-82863, *Bull. crim.* n° 100 ; *Gazette du Palais* 21/23 juillet 2013, p. 47.
- observations sur Cass. crim 22 octobre 2013, *Gazette du Palais* 9 au 11 février 2014, p. 37.
- point de vue sur Cass. crim., 6 janvier 2015, *Recueil Dalloz*, p. 1716.
- observation sur Cass. crim., 18 juin 2019, *Droit pénal 2019*, comm. n° 156.

C. FRANCK, note sur Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1975, II, p. 18200.

J.-J. FRANSÈS-MAGRE, note sur CE, 5 février 1971, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1973, II, p. 17517.

N. FRICERO :

- observations sur CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, *Procédures*, 2009, n°116 et Dr. et proc. 2009/5, *cah. proc. int.*, n° 14, p. 23.
- observations sur CEDH, 20 janvier 2011, req. n° 30183/06, *Vernes c/ France*, *Procédures*, mars 2011, n° 93.

J. FRINCHABOY, observation sur Cass. crim., 18 septembre 2019, *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 560.

S. FUCINI :

- observations sur Cass. crim., 1er févr. 2017, n° 15-85.199, *Dalloz actualité*, 16 févr. 2017.
- observations sur Cass. crim., 8 février 2017, nos 15-86.914, 16-80.389, 16-80.391, *Dalloz actualité*, 21 février 2017.
- observations sur Cass. crim., 3 mai 2017, *Dalloz Actualité*, 30 mai 2017.

E. GARAUD, observations sur Cass., Ass. plén., 5 février 1999, n° 97-16.440, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1999, p. 589.

L. GARNEIRE, note sur TGI Paris, 12 février 2018, n° 1715785, *Gazette du Palais* 20 février 2018, p. 7.

J. GATÉ, obs sous. CE, 9 novembre 2015, n° 376107, *Actualité juridique des Collectivités territoriales* 2016, p. 220.

A. GAUDEMET, note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC, *Bulletin Joly Sociétés* juin 2015, n° 113r4, p. 273.

L. GAY et W. BENESSIANO, commentaire sur Cons. const., 21 février 2008, « Mesures de sûreté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. A propos, notamment, de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2008, n° 76, pp. 846-881.

L. GEBLER, point de vue sur Cons. const., 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC, *Actualité Juridique Famille* 2011, p. 391.

E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, chronique sur CE, 14 novembre 2008, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2008, p. 238.9

B. GENEVOIS, étude sur Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595-DC, *RFDA* 2010. 1

V. GEORGET,

- « À propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 oct. 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2010, ét. 12
- observations sur Cass. crim., 15 déc. 2010, 10-83.674, *Bull. crim.* n° 207, *Dr. pén.* 2011, n° 1, *chron.* n° 1

C. GESLOT, note sur Cons. const. 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *AJDA* 2006, p. 1961

C. GHICA-LEMARCHAND, commentaire sur Cons Const 21 février 2008, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, septembre-octobre 2008, n° 5, p. 1381-1405

M. GIACOPELLI, observations sur Cons. const., 20 septembre 2019, n° 2019-802 QPC, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2019, n° 41, p. 1011.

C. GIRAULT, observations sur Cass., 18 avril 2005, n° 05-00.001, *Recueil Dalloz* 2005, p. 1200.

A. GIUDICELLI :

- observations sur Cass. crim., 18 avril 2005, n° 05-00.001, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2005, p. 592.
- observations sur CE, 26 avril 2006, 2 arrêts, n° 279832 et n° 273757, *Syndicat des avocats de France, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2006, p. 638.
- observations Cass. crim., 4 octobre 2006, n° 05-87.435, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2007, p. 118.
- observations sur Cass. crim., 15 décembre 2010, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 142.

J-M. GLATT, note sur CE, 27 octobre 2006, *Parents et autres*, n° 276069, 277198 et 277460, Rec. p. 454, *Les Petites Affiches*, n° 237 du 28 novembre 2006, p. 15.

V. GOESEL-LE BIHAN, note sur Cons. const., 5 mai 1998, n° 98- 399-DC, *Revue Française de Droit Administratif* 1998, p. 1254.

D. GOETZ :

- observations sur Cass. crim. 1er mars 2016, n° 15-87.143, *Dalloz actualité*, 23 mars 2016.
- observations sur Cass. crim., 15 mars 2017, *Dalloz actualité*, 27 mars 2017.
- « QPC : les cours d'assises devront motiver les peines qu'elles prononcent » (Cons. const. 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC), *Dalloz actualité*, 6 mars 2018.
- « Détention provisoire : la saisine directe du juge des libertés et de la détention par le parquet est aussi applicable aux mineurs », Cass. crim., 13 juin 2018, n° 18-82.124, *Dalloz actualité*, 2 juillet 2018.
- observations sur Cons. const., « QPC : non-conformité totale à la Constitution de la visio devant la chambre de l'instruction », 20 septembre 2019, n° 2019-802 QPC, *Dalloz actualité*, 25 septembre 2019.

S. GOUDJIL :

- observations sur Cass. crim., 21 janvier 2020, *Dalloz actualité*, 26 février 2020.

- « Détention provisoire : placement sous contrôle judiciaire après remise en liberté : Cass. crim., 5 août 2020, F-P+B+I, n° 20-82.087 », *Dalloz actualité*, 18 septembre 2020.

A. GOUTTENOIRE, observations sur CEDH, 16 décembre 1999, *T. et V. c/ Royaume-Uni, Droit de la famille* 2000, comm. 46.

A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, observations sur CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, req. n° 54729/00, *Recueil Dalloz* 2010, p. 1904.

F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER, note sur deux arrêts : Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 : JurisData n° 2005-028424. - 14 juin 2005, n° 04-16.942 : JurisData n° 2005-028932, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2005, II, p. 10081.

L. GRÉGOIRE : observations sur Cass. crim., 15 mars 2017, *Actualité Juridique Pénal* 2017, p. 243.

G. GUEHO, E. PICHON, B. LAURENT, L. ASCENSI et G. BARBIER :

- observations sur Cass. crim., 8 février 2017, nos 15-86.914, 16-80.389, 16-80.391, *Recueil Dalloz* 2017, p. 1557.
- observations sur Cass. crim., 1^{er} février 2012, *Recueil Dalloz* 2017, p. 1557.

F. GUIOMARD, étude sur Cons. const., 11 décembre 2014, n° 2014-704-DC, *Revue de droit du travail* 2015, p. 164.

M. GYOMAR, conclusions sur CE, 27 octobre 2006, *Parents et autres*, n° 276069, 277198 et 277460, *Bulletin Joly Bourse* 2007, p. 80.

L. HAMON et G. LEVASSEUR, note sur Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Recueil Dalloz* 1977, p. 629.

J. HAUSER :

- observations sur Cass. crim., 7 avril 1993, n° 92-84.725, *Revue trimestrielle de droit civil* 1993, p. 561.
- observations sur Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484-DC, *Revue trimestrielle de droit civil* 2004, p. 65.
- observations sur Cons. const., 26 novembre 2010, n° 2010-71-QPC, *RTD civ.* 2011, p. 101.
- observations sur Cons. const., 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC, *Revue trimestrielle de droit civil* 2011, p. 756.

P. HÉBRAUD et P. RAYNAUD, observations sur CE, 5 février 1971, *Revue trimestrielle de droit civil* 1971, p. 419.

P. HENNION-JACQUET, note sur CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03, *Recueil Dalloz* 2010, p. 1390.

T. HERRAN : note sur Cass. crim., 19 septembre 2017, *Recueil Dalloz* 2018, p. 155.

T. HERRAN et M. LACAZE, note sur Cass. crim., 13 décembre 2016, *Actualité Juridique Pénal* 2017, p. 30.

M. HERZOG-EVANS :

- observations sur Cass. crim., 15 mars 2006, n° 05-83.864, *Actualité Juridique Pénal* 2006, p. 268.
- note sur jugement TA Rouen, 27 mars 2008, *Recueil Dalloz* 2008, p. 1959.
- « Aménager les peines même sans aucun élément matériel ? », observations sur Cass. crim., 9 avril 2019, *Actualité Juridique Pénal* 2019, p. 403.
- « Libération sous contrainte, détention à domicile sous surveillance électronique et conflits de loi dans le temps : un nouveau "bug juridique" » (note sur Rennes, 5 juillet 2019 et Metz, 5 juillet 2019, n° 2019/AP110), *Recueil Dalloz* 2010, p. 31.

A. HUET et R. KOERING-JOULIN, note sur CEDH, 21 septembre 1993, *Kremzow c/ Autriche*, série A, n° 268-B, § 58 à 59, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd., 2001, n° 176.

M. HUYETTE, observations sur Cass. crim., 7 avril 1993, n° 92-84.725, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1994, p. 67.

L. IMBERT, chronique sur Cons. const., 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC, *Constitutions* 2018, p. 421.

C. INGRAIN, observations sur Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-86.358, *Bull. crim* n° 548, *Actualité Juridique Pénal* 2021, p. 317.

A. JACQUEMET-GAUCHÉ et S. GAUCHÉ, tribune sur CEDH, 21 mai 2015, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2015, p. 1289.

N. JACQUINOT et R. VAILLANT obs sur Cons. const., 19 févr. 2016, nos 2016-535 QPC et 2016-536 QPC, *Recueil Dalloz* 2017, p. 1328.

N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO, observations sur Cons. const., 22 décembre 2015, *Recueil Dalloz* 2016, p. 1461.

P. JAN, article sur Cons const., 21 février 2008, « Le Président, le Conseil et la Cour, une histoire de Palais de mauvais goût », *Actualité juridique Droit administratif* 2008, n° 13, pp. 714-716. P. JANUEL, note sur Cons. const., 2 mars 2018, déc. n° 2017-693 QPC, *Dalloz Actualité*, 14 mars 2018.

Y. JOSEPH-RATINEAU, note sur Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 08-80.858, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2008, II, p. 10194.

E. JOUFFIN, note sur CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA.* – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma.* – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci, Banque et droit* 2018, n° 179, p. 8.

R. KOERING-JOULIN :

- observations sur Cass. crim., 7 mai 1987, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1987, p. 621.
- observations sur CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, req. n° 13924/88, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1994, p. 362.
- observations sur CEDH, 24 novembre 1997, *Werner c/ Autriche*, req. n° 21835/93, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1998, p. 393.

M. KROUTI, P. DUFOURQ, « Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », *Dalloz actualité*, 12 juill. 2019

H. LABAYLE et F. SUDRE :

- chronique sur CEDH, 23 novembre 2010, *Revue Française de Droit Administratif* 2011, p. 987.
- chronique sur CEDH, 12 janvier 2010, *Revue Française de Droit Administratif* 2011, p. 987.

D. LABETOULLE et P. CABANES, chronique sur CE, 5 février 1971, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 1971, p. 160 et p. 147.

M-A. LAFORTUNE, conclusions sur Cass. Ass. plén., 5 février 1999, n° 97-16.440 et 97-16.441, *COB c/ J-M Oury*, *Gazette du Palais* n° 336 du 2 décembre 1999, p. 9.

J. LASSERRE CAPDEVILLE :

- note sur Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 08-80.858, *Recueil Dalloz* 2008, p.

2904.

- étude sur Cass. crim., 14 octobre 2009, *Bull. crim.* n° 170, *Actualité Juridique Pénal* 2009, p. 495.

A. LAUDE, observations ss Cons. const., 26 novembre 2010, n° 2010-71-QPC, *Recueil Dalloz* 2011, p. 2565.

B. LAURENT, C. ROTH, G. BARBIER et P. LABROUSSE, chronique sur Cass. crim., 22 octobre 2013, *Recueil Dalloz*, p. 311.

S. LAVRIC :

- observations sur CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03, *Recueil Dalloz* 2010, p. 898.
- observations sur Décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 (Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]), *Dalloz actualité*, 24 novembre 2010.
- observations sur Cass. crim., 1er février 2017, n° 15-84.511, *Dalloz actualité*, 15 février 2017.

C. LAZERGES :

- La séparation des fonctions de justice, à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1994, p. 75.
- observations sur Cass. crim., 7 avril 1993, n° 92-84.725, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1994, p. 75.
- observations sur Décision 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2004, p. 725.
- chronique sur Décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 (Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]), *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 193.
- chronique sur Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-62-QPC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 193.
- chronique sur Cons. const., 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 728.

B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE, observations sur CE, 27 octobre 2006, req. n° 276069, *Parent*, *Recueil Dalloz* 2007, p. 2418.

J. LEBLOIS-HAPPE :

- note sur Cass. crim., 4 octobre 2006, n° 05-87.435, *Actualité Juridique Pénal* 2007, p. 79.
- note sur Cass. crim., 1er février 2017, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2017, p. 277.

O. LE BOT :

- note sur Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624, 16 mars 2017, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2017, p. 1464
- note sur Cons. const., 29 mars 2018, *Constitutions* 2018, p. 277.

G. LE CHATELIER observations sous CE, juge des référés, 11 janvier 2014, n° 374552, *Actualité juridique des Collectivités territoriales* 2014, p. 157.

M. LENA :

- observations sur Cass. crim., 14 octobre 2008, n° 08-82.195, *Recueil Dalloz* 2008, p. 2796.
- observations sur Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 08-80.858, *Recueil Dalloz* 2008, p. 2904.
- observations sur Cass. crim., 29 février 2012, *Dalloz actualité*, 17 mars 2012.
- observations sur CE, 13 février 2013 « Clé de répartition des compétences entre SPIP et JAP », *Dalloz actualité*, 15 mars 2013.
- observations sur CEDH, 25 avril 2013, *Canali c/ France*, req. n° 40119/09, *Recueil Dalloz* 2013, p. 1138.

A. LEPAGE note sur Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC, *Communication commerce électronique*, 2018, n° 5, comm. 36.

O. LECUCQ, note sur Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484-DC, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2004, p. 599.

J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, observations sur Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2019, p. 663 ; *Recueil Dalloz* 2019, p. 910.

A. LEVADE, observations sur Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595-DC, *Constitutions* 2010, p. 229.

M. LEVINET, observations sur CEDH, Grande ch., 16 décembre 2010, req. n° 25579/05, *A, B et C. c/ Irlande*, § 245, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2011, act. 58.

P. LOKIEC et J. PORTA MANGIAVILLANO, observations sur Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715-DC, *Recueil Dalloz* 2016, p. 807.

A. LYON-CAEN, étude sur Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545-DC, *Revue de droit du travail* 2007, p. 84.

F. MALHIÈRE, « Le Conseil constitutionnel et la rétention de sûreté : une décision en demi-teinte Note sous la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 - Loi relative à la rétention de sûreté et à la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Revue administrative*, 2009, n° 367, pp. 36-43.

J.-Y. MARÉCHAL note sur Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-90-078, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2013.

J.-P. MARGUENAUD :

- observations sur CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, req. n° 926/05, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2009, p. 657.
- observations sur CEDH, 15 décembre 2009, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2010, p. 219.
- observations sur CEDH, 17 janvier 2012, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2012, p. 681.

A. MARON :

- observations sur Cass. crim., 6 février 1996, n° 95-84.041, *Bull. crim.* n° 60, *Droit pénal* 1996, n° 74.
- observations sur Cass. crim., 1^{er} décembre 1998, n° 97-80.560, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1999, I, 151, n° 11 et *Droit pénal* 1999, n° 49.
- observations sur Cass. crim., 4 octobre 2006, n° 05-87.435, *Recueil Dalloz* 2007, p. 58, *Droit pénal* 2007, comm. 27.

A. MARON et M. HAAS :

- observations sur Cass. Crim., 14 octobre 2009, *Bull. crim.* n° 170, *Droit pénal*, 2009, comm. 143.
- observations sur CAA Douai, 12 novembre 2009, *Droit pénal*. 2009, n° 156.
- commentaires de Cass. crim., 29 septembre 2010, *Droit pénal* 2010, comm. 145.
- note sur Cass. crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674, *Bull. crim.* n° 207, *Droit pénal* 2011, n° 2, comm. n° 26.
- observations sur Cass. crim., 24 avril 2013, n° 12-82863, *Bull. crim.* n° 100, *Droit pénal* 2013, comm. n° 99.
- observations sur Cass. crim., 27 février 2018, n° 17-87.133, *Droit pénal* 2018, comm. 89.

E. MARSAT, observations sur Cass. crim., 8 novembre 2000, *Droit pénal* 2001, chron. n° 15.

M. MASSÉ, « La criminalité terroriste », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1/2012, p. 100.

F. MASSIAS, « Chronique internationales des droits de l'homme », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2004, p. 698.

B. MATHIEU, article sur Cons. const., 21 février 2008, n° 2008-562 « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle », *La Semaine juridique. Édition générale*, 2008, n° 11, pp. 4-6

B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Note sous décision n° 93-326 DC », *Les Petites Affiches*, 1994, n° s.n., p. 20.

H. MATSOPOULOU :

- observations sur Cass., Ass. plén., 5 février 1999, n° 97-16.440 , *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1999, p. 636.
- « Garde à vue, la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité ; à propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2010, n° 45-46, 8 novembre 2010, n° 1104, p. 2094.
- note sur Cass. crim., 22 octobre 2013, *Recueil Dalloz* 2014, p. 115.

C. MAURO, « Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 oct. 2010 », *Droit pénal* 2010, ét. 29.

Y. MAYAUD :

- article sur Cons. const., 21 février 2008, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 » *Recueil Dalloz*, 2008, n° 20, pp. 1359-1366.
- observation sur Cons Consti 29 mars 2018, *Recueil Dalloz* 2018, p. 876.
- observations sur Cass. crim., 18 septembre 2019, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, p. 808.

D. MAYER :

- note sur Cass. crim., 19 septembre 1990, *Recueil Dalloz* 1991, p. 91.
- note sur Cass crim., 9 juillet 2003, *Recueil Dalloz* 2004, p. 22.

A. MAYER-JACK, « Exposé des motifs de la loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 1972, I, p. 2465.

I. MBOUP, note sur Cons. const., 21 février 2008, « La rétention de sûreté et l'article 8 de la Déclaration de 1789 », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2008, n° 4, p. 2151-2162.

B. MERCUZOT, note sur Cons. const., 5 mai 1998, n° 98-399-DC, *Recueil Dalloz* 1999, p. 209.

L. MILANO, note sur CEDH, 29 avril 2014, req. n° 9043/05, *Natsvlishvili et Togonidze c/ Géorgie*, *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 2014, act. 627, § 91-92.

D. MIRANDA, observations sous Cass. crim., 16 octobre 2018, n° 18-81.881, *Actualité juridique Pénal* 2018, p. 586.

F. MODERNE :

- étude sur Cons. const., 23 juillet 1996, n° 96-378-DC, *Revue Française de Droit Administratif* 1997, p. 1.
- note sur CE, 5 février 1971, *Recueil Dalloz* 1971, J, p. 503.

F. MONEGER, observations sur Cass. crim., 7 avril 1993, n° 92-84.725, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^{ème} éd. 2011, n° 1 ; *Revue de Droit Sanitaire et Social* 1994, p. 144.

J.-M. MORENILLA, Juge européen, opinion sur l'arrêt CEDH, 24 août 1993, req. n° 13924/88, *Nortier c/ Pays-Bas* (reproduite *in fine*).

M.-L. MORIN, étude sur Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545-DC, *Revue de droit du travail* 2007, p. 229.

P. MOUZET, note sur Cons. const., 6 septembre 2018, n° 2018-770-DC, § 26, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2018, p. 2401.

E. de MUNAGORRI :

- observations sur Décision 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, p. 553.
- observations sur Cass. crim., 18 avril 2005, n° 05-00.001, *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, p. 553.

H. NICO, chronique Cass. crim., QPC, 19 mai 2010, 3 arrêts, *Recueil Dalloz* 2010, p. 2236.

S. NICOT, observations sur Cons. const., 20 févr. 2003, n° 2003-466-DC, *Recueil Dalloz* 2004, p. 1271.

M. NORD-WAGNER, observations sur Cass. crim., 17 septembre 2008 n°07-87.967, *Actualité juridique Pénal* 2008, p. 514.

V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO :

- observations sur Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *JO* 10 mars, spéc.

cons. 99 s., *Recueil Dalloz* 2005, p. 1125.

- observations sur Cons. const., 20 janvier 2005, n° 2004-510-DC, cons. 24, *Recueil Dalloz* 2006, p. 826.

C. OTERO, « "Adveniente principe, cessat magistratus". À propos de la décision CC n° 562 DC du 21 février 2008. Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Les annales de droit*, 2009, n° 3, pp. 231-251.

P. PAILLER:

- note sur CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens*, *RISF* 2/2014, p. 53
- note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et n° 2015-462 QPC, *Revue de Droit bancaire et financier* 2015, comm. 63.
- note sur CEDH, 15 novembre 2016, *A. et B. c/ Norvège*, n° 24130/11 et n° 29758/11, *Revue de Droit bancaire et financier* 2016, comm. 261.
- note sur CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*. – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma*. – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci*, *Revue de Droit bancaire et financier* 2018, comm. 82.

R. PARIZOT :

- note sur Cass crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971, « La détention provisoire face aux urgences sanitaires », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2020, p. 690.
- note sur CE, 16 octobre 2020, n° 423954 ; Cass. crim. 18 novembre 2020, n° 20-84.893, *Recueil Dalloz* 2020, p. 2401, « Box vitrés : feu de tout bois au nom de la présomption d'innocence », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2021, p. 120.
- note sur Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-86.358, *Bull. crim.* n° 548, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2021, p. 659.

J.M. PASTOR :

- « Le portable du greffier ne peut se substituer à une vidéo-audience », *Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'Etat*, 2018.
- « Prisons indignes et référés inefficaces : la France sommée de revoir ses règles », *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2020, p. 263, sur CEDH, 30 janvier 2020.

H. PAULIAT., note sous CE, 9 novembre 2015, n° 376107, *La Semaine Juridique – Édition Administrative*, 2016, n° 2065.

É. PÉCHILLON :

- observation sur CE, 14 novembre 2008, *Actualité Juridique Pénal*, 2009, p. 89.
- observations sur TA ROUEN 6 mai 2019, *Actualité Juridique Pénal* 2009, p. 278.

S. PELLÉ, observation sur Cons. const., 16 février 2018, *Recueil Dalloz* 2018, p. 830.

V. PELTIER :

- note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC, *Droit pénal* 2015, comm. 79.
- note sur CEDH, 26 avril 2016, *Droit pénal* 2016, comm. 120.

A. PENA-GAIA :

- observations sur Cons. const., 5 mai 1998, n° 98-399-DC, *Recueil Dalloz* 2000, p. 59.
- étude sur Cons. const. 26 novembre 2010, n° 2010-71-QPC, *Revue Française de Droit Administratif* 2011, p. 951.

J.-B. PERRIER :

- observations sur Cass. crim., 20 janvier 2010, *Actualité Juridique Pénal*, 2010, p. 245.
- observations sur Cass. crim., 13 octobre 2010, n° 09-85444, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2010, n° 84, pp. 841-874.
- observations sur Cons. const., 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC, *Actualité Juridique Pénal* 2011, p. 596.
- note sur Cass. crim., 28 mars 2017, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2017, p. 473.
- note sur Cass. crim., 30 mai 2018, *Actualité Juridique Pénal* 2018, p. 407.
- observation sur Cass. crim., 18 juin 2019, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2019, p. 1030, n° 14.
- observations sur Cass. crim., 26 mai 2020, *Recueil Dalloz* 2020, p. 1274.
- note sur Cass. crim., 8 juillet 2020, « Dignité et détention provisoire », *Revue Française de Droit Administratif* 2021, p. 87.

J.-B. PERRIER et A. TALBOT, observations sur Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-62-QPC, cons. 6, *Actualité Juridique Pénal* 2011, p. 136.

J.-F. PERRIN, note sur Cass. crim., 13 décembre 1956, *Recueil Dalloz* 1957, p. 349.

J. PETIT, note sous CE, juge des référés, 11 janvier 2014, n° 374552, *Actualité Juridique du Droit Administratif*, p. 473.

L. PHILIP et L. FAVOREU, note sur Cons. const., 21 février 2008, « Contrôle de proportionnalité. Droit constitutionnel pénal. Droit constitutionnel des libertés. Principe de légalité des délits et des peines. Principe de nécessité des peines. Principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Principe de la présomption d'innocence. Liberté individuelle. Contrôle de proportionnalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz, 2009, p. 816-827.

R. PIASTRA, article sur Cons. const., 21 février 2008, « De la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », Net-Iris.fr, 6 mars 2008.

E. PICARD, note sur Cons. const., 5 mai 1998, n° 98- 399-DC, *Revue Française de Droit Administratif* 1998, p. 620.

J. PIERRON, note sur Cass. crim., 2 mars 1955, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1955, II, p. 8760.

D. POLLET-PANOUSSIS, observation sur CE, 14 novembre 2008, *Revue Française de Droit Administratif* 2009, p. 957.

P. PONCELA, observation sur CE, 14 novembre 2008, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2009, p. 431.

A. PONSEILLE, Chronique sur Cons. const., 2 mars 2018, *Constitutions* 2018, p. 261.

C. POULY, chronique sur Cons. const. 6 sept. 2018, n°2018-770 DC, *Constitutions* 2018, p. 426.

J. PRADEL :

- chronique sur l'exposé des motifs de la loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions, *Recueil Dalloz* 1972, chron. 153.
- note sur Cass. crim., 7 avril 1993, n° 92-84.725, *Bull. crim.* n° 152, *Recueil Dalloz* 1993, p. 553.
- note sur Cass. crim, 9 juillet 2003 , *Recueil Dalloz* 2004, somm. 669.
- note sur Cass. crim., 18 avril 2005, n° 05-00.001, *Recueil Dalloz* 2005, p. 1200.
- note sur CEDH, 10 février 2009, *Zolotoukhine c/ Russie*, req. 14939/03, *Recueil Dalloz* 2009, p. 2014.
- note sur Cass. crim., 14 octobre 2009, *Bull. crim.* n° 170, *Recueil Dalloz* 2009, jur. 2778.
- observations sur Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 07-87.967, *Recueil Dalloz* 2009, p. 2245.
- observation sur CEDH, 23 novembre 2010, *Recueil Dalloz* 2011, p. 338.
- observation sur Cass. crim., 7 décembre 2010, *Recueil Dalloz* 2011, p. 2231.
- observation sur Cass. crim., 6 janvier 2015, *Recueil Dalloz* 2015, p. 1738.
- observation sur Cass. crim., 6 octobre 2015, , *Recueil Dalloz* 2016, p. 1727.
- note sur Cass. crim., 6 février 1996, n° 95-84.041, *Bull. crim.* n° 60, *Recueil Dalloz* 1996, 198 et somm. 262.
- note sur Cass. crim., 13 décembre 2016, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2016, p. 2411 ; *Recueil Dalloz* 2017, p. 275.

- observations sur Cons. constit., 2 mars 2018, *Recueil Dalloz* 2018, p. 1611.
- observation sur Cass. crim., 18 juin 2019, *Recueil Dalloz* 2019, p. 1626.

X. PRETOT, note sur Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-261-DC, cons. 20, *Recueil Dalloz* 1990, p. 161.

P. PUIG :

- observations sur Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595-DC, *Revue trimestrielle de droit civil* 2010, p. 66.
- observations sur Décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 (*Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*), *Revue trimestrielle de droit civil* 2010, p. 517.

M. QUERO, Exposé des motifs de la loi n°72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions, *Revue des Huissiers de justice*, 1977, I, p. 300.

E. RASCHEL, étude sur arrêt Cass. crim., du 26 mai 2020, *Actualité Juridique Pénal* 2020, p. 346.

M.-L. RASSAT, note sur CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2009, act., Libres propos, p. 200.

D. REBUT, observations sur Cass. crim., 6 février 1996, n° 95-84.041, *Bull. crim.* n° 60, *Justices* 1996-4, p. 286.

O. RENAUDIE, note sur Cons. const., 26 novembre 2010, n° 2010-71-QPC, *Revue de droit sanitaire et social* 2011, p. 304.

T.-S RENOUX :

- Note sous Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 1993, n° 16, pp. 848-856.
- Note sous Cons. const., décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, cons. n° 6, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 130.

J.F. RENUCCI :

- note sur Cass. crim., 3 février 1993, n° 92-83443, *Bull. crim.* n° 57, *Recueil Dalloz* 1993, p. 515.
- observations sur CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, req. n° 13924/88, *Recueil Dalloz* 1995, p. 105.

- note sur CEDH, 21 septembre 1993, *Kremzow c/ Autriche*, série A, n° 268-B, § 58 à 59, *Droit européen des droits fondamentaux*, n° 118.
- note sur CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, *Recueil Dalloz* 2010, p. 1386.
- note sur CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/France*, req. n° 37104/06, *Recueil Dalloz* 2011, p. 277.
- note sur CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, *Recueil Dalloz* 2009, jur. 1058.
- « Surpopulation carcérale : une condamnation retentissante », étude, *BICR* n° 111, sur décision CEDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c/ France*, req. n° 9671/15.

J.-F. RENUCCI, N. FRICERO et Y. STRICKLER, observations sur CEDH, 10 janvier 2012 et 24 juillet 2012, *Recueil Dalloz* 2013, p. 201.

J. RIVERO, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 », *Actualité Juridique du Droit Administratif* 1981, p. 275.

J. RIVERO et J. PRADEL, note sur Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 1976, p. 44.

J.-H. ROBERT :

- note sur Cons. const., décision n° 2011-162 QPC, du 16 septembre 2011, cons. n° 5 ; *Droit Pénal* 2011, comm. 137.
- « Conséquences du manque flagrant d’espace personnel », *Actualité Juridique Pénal* 2017, p. 47, sur décision CEDH, du 20 octobre 2016.
- note sur Cass. crim., 13 décembre 2016, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2017, p. 206.
- observations sur Cons. Constit., décision n° 2017-680 QPC, 8 décembre 2017, « Gardez-moi de mes amis », *Droit pénal* n° 1, janvier 2018, rep. 1.

A. ROBLLOT-TROIZIER :

- étude sur Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595-DC, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2010, p. 80.
- observations sur Cons. const 22 décembre 2015, *Revue Française de Droit Administratif* 2016, p. 123.

D. ROETS :

- chronique sur « Le contentieux de l’action civile et l’article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l’homme : une tentative de clarification de la Cour de Strasbourg », *Recueil Dalloz* 2004, chron. 2943.
- observations sur CEDH, 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, req. 14939/03, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2009, p. 675.
- observations sur CEDH, 2 mars 2010, n° 54729/00, *Adamkiewicz c/ Pologne*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2010, p. 687.
- observations sur CEDH, 23 novembre 2010, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011, p. 208.

- note sur CEDH, 15 novembre 2016, n° 24130/11 et 29758/11, *A. et B. c/ Norvège* : JurisData n° 2016-024274 ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2017, p. 134.

P. ROLLAND, observations sur CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte et alii c/ Belgique*, Série A, n° 43, *Journal du Droit International* 1982, p. 216.

F. ROME, édito sur CEDH 23 novembre 2010, *Recueil Dalloz* 2011, p. 2761.

N. RONTCHEVSKY :

- observations sur CE, 27 octobre 2006, req. n° 276069, *Parent*, *Revue trimestrielle de droit commercial* 2007, p. 406.
- note sur CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens*, *Revue trimestrielle de droit financier* 2/2014, p. 149.

A.-C. ROUAUD ;

- note sur CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens*, *Banque et droit* mai 2014, n° 155, p. 43.
- note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC, *Banque et droit* 2015, n° 160, p. 35.

G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN, observations sur Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-162-QPC, *Recueil Dalloz* 2011, p. 2823.

G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, C. GINESTET, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE, observations sur Cons. constit., 2 mars 2018, *Recueil Dalloz* 2018, p. 2259.

G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE, observations sous Cass. crim., 1^{er} février 2017, *Recueil Dalloz* 2017, p. 2501.

W. ROUMIER, note sur Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 6 février 2014, *Droit pénal* n° 4, avril 2014, alerte 17.

G. ROUSSEL, note sur Cass. crim., 19 septembre 2017, *Actualité Juridique Pénal* 2017, p. 507.

E. ROYER, observation sur CE, 14 novembre 2008, *Recueil Dalloz* 2008, p. 3013.

C. SAAS :

- observations sur Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 08-80.858, *Recueil Dalloz* 2008, p. 2904, *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 515.
- Note sur Cass. crim., 1^{er} février 2017, *Recueil Dalloz* 2017, p. 961.

B. de SAINT-MARS, note sur CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens, Bulletin Joy Bourse* mars 2015, n° 112e6, p. 97.

R. SALOMON, note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC, *La Semaine Juridique – Édition Entreprise* 2015, 1353, spéc. n° 9.

X. SALVAT, observations sur Cass crim., 29 février 2012, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2012, p. 879.

B. SEILLER, tribune sous CE, juge des référés, 11 janvier 2014, n° 374552, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2014.

E. SENNA :

- observations sur Cass. crim., 29 février 2012, *Actualité Juridique Pénal* 2012, p. 471.
- « Le manque durable d'espace vital en cellule est un traitement inhumain et dégradant », *Gazette du Palais* 12 mars 2013, sur décision CEDH, du 8 janvier 2013.
- observations sur CEDH, 21 mai 2015, *Actualité Juridique Pénal* 2015, p. 450.
- « Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire : un pas en avant, un pas en arrière », *Gazette du Palais* 17 octobre 2017, p. 26, sur décision CE, 28 juillet 2017.
- « La surpopulation carcérale généralisée dans le collimateur de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Gazette du Palais* 10 mars 2020, n° 10, p. 20, sur décision CEDH, 30 janvier 2020.
- note sur décision CEDH, 30 janvier 2020, *Dalloz actualité*, 6 février 2020.

E. SERVERIN, observations sur Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545-DC, *Revue de droit du travail* 2007, p. 120.

J-E. SCHOETTL :

- note sur Cons. const., 5 mai 1998, n° 98- 399-DC, cons. 22, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 1998, p. 489.
- note sur Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : *JO* 10 sept. 2002, p. 14953, *Gazette du Palais* 4-5 septembre 2002, p. 3.
- chronique sur Décision 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Recueil Dalloz* 2004, p. 1387.

O. SCHRAMECK, note sur Cons. const. 23 juillet 1996, n° 96-378-DC, cons. 20, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 1996, p.694.

F. STASIAK :

- note sur CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2014, p. 106.

- note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC, *Revue Lamy Droit des affaires* juin 2015, n° 105.
- note sur CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*. – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma*. – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2018, p. 524.

F. SUDRE :

- observations sur CEDH, 24 novembre 1997, req. n° 21835/93, *Werner c/ Autriche*, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1998, I, 107, n° 27.
- observations sur CE, ass., 3 décembre 1999, req. n° 207434, *Lebon 399*, *La Semaine Juridique – Édition Entreprise*, 2000, p. 509.
- observations sur CEDH, 16 décembre 1999, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2000, I, p. 203, n° 16.
- observations sur CEDH, 23 novembre 2006, *Jussila c/ Finlande*, req. n° 73053/01, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2007, I, 106, n° 9.
- note sur CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2009, act., *Libres propos*, 1, 143, n° 8, p. 37.
- observations et notes sur CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, *Recueil Dalloz* 2010, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2010, n° 14, act. n° 398 et *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2010, n° 16, comm. n° 454.
- note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 2015, p. 368.

V. TCHEN, Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, déc. n° 2011-631, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, chronique *Constitutions* 2011. 581

S. TORCK :

- note sur CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens*, *Droit des sociétés* 2014, comm. 87.
- note sur Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC, *Droit des sociétés* 2015, comm. 94.

J. TREMEAU, observations sur Cons. const., 23 juillet 1996, n° 96-378-DC, *Recueil Dalloz* 1998, p. 146.

R. VABRES, note sur CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*. – CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma*. – Et CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci*, *Droit des sociétés* 2018, comm. 88.

A. VARINARD, Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Grands arrêts du droit pénal général*, I, n°1.

Veille juridique, « Évaluation du préjudice et justice prédictive : le décret "DataJust" est publié », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n° 15-16, 9 avril 2020, 255-258, p. 10.

M. VERPEAUX :

- étude sur Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595-DC, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2010, p. 80 ; étude sur Cons. const. 3 décembre 2009, n° 2009-595-DC, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2010, p. 88.
- note sur Cons. constit., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *Actualité Juridique du Droit Administratif* 2018, p. 1561.

J. VOLFF, commentaires sur exposé des motifs de la loi n°72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1968, I, p. 2192.

F – Rapports, avis, recommandations

1. Documents internes

Autorité des marchés financiers (AMF), Rapport annuel 2019.

Avis de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature du 24 septembre 2021 au président de la République, sur la responsabilité et la protection des magistrats.

L. AVIA et D. PARIS, Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, Rapport n° 1396, tome I, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 novembre 2018.

E. BENBASSA et C. TROENDLÉ, Rapport d'information n° 633, *Les politiques de "déradicalisation" en France : changer de paradigme*, 2016-2017, fait au nom de la commission des lois, déposé le 12 juillet 2017.

B. BERNABÉ, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, *La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXIème siècle*, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, mai 2013.

C. BESNIER, S. WEILL, avec la contribution de A. MEGIE, D. SALAS, Rapport final de recherche, Les filières djihadistes en procès. Approche ethnographique des audiences criminelles et correctionnelles (2017-2019), Laboratoire CANTHEL-Centre d'anthropologie culturelle, Université Paris Descartes et GIP Mission de recherche Droit et Justice, Rapport 17.29, décembre 2019.

P. BONNECARRÈRE et A. CANAYER, Rapport fait au nom de la commission des lois, Rapport n° 834 (2020-2021), 15 septembre 2021.

G. BONNEMAISON, Rapport au Premier Ministre et au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, La modernisation du service public pénitentiaire, Février 1989.

J. BOSSAN, L. LETURMY, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Bilans et perspectives*, Rapport final de recherche élaboré dans le cadre de la mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 215.10.29.17), novembre 2019.

C. BOURREAU-DUBOIS, Mission de recherche Droit et Justice, *La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit*, Rapport final, 6 février 2019.

X. BRETON et D. PARIS, Commission des lois, Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction, Rapport n° 2540, 18 décembre 2019.

F.-N. BUFFET, Y. DETRAIGNE, Rapport n° 11, t. 1, fait au nom de la commission des lois, (2018-2019), 3 octobre 2018.

J. F BURGELIN, *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive* - Rapport de la Commission santé-justice, 1^{er} juillet 2005.

L. CADIET, Rapport à la garde des Sceaux, *L'open data des décisions de justice - Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, Rapports publics - La Documentation française, janvier 2018.

A. CANAYER et P. BONNECARRÈRE, Rapport n° 834 (2020-2021), fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021.

V. CARRASCO, L. VIARD-GUILLOT, Bulletin d'information statistique n° 134, Les durées de traitement des affaires pénales par la justice, avril 2015.

Centre de Recherches et d'Etudes sur les Droits Fondamentaux (CREDOF), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Rapport intermédiaire de recherche, Convention n° 2016 DDD/CREDOF, septembre 2017.

Chiffres clés de la justice 2018.

Chiffres clés de la Justice 2019.

Chiffres clés de l'administration pénitentiaire 2020.

J.-M. CLEMENT et J.-Y. LE BOUILLONNEC, Rapport n° 3726 sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 mai 2016.

Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), 27 mars 2003, avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité.

Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), 10 avril 2010, avis sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, LOPPSI.

Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), Ass. plén., Avis contre un état d'urgence permanent, 15 décembre 2016.

Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016, 26 janvier 2017.

Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), 27 mars 2018, avis sur la privation de liberté des mineurs.

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Rapport, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et sur l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017.

Conférence de consensus, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive - principes d'action et méthodes*, Doc. fr., 20 février 2013.

Conseil d'État, rapport public pour 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, Études et documents n° 52, Doc. fr. 2001.

Conseil supérieur de la Magistrature, Avis de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature au Président de la République, Saisine du 19 juin 2020, 15 septembre 2020, p. 9.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, Journal Officiel du 9 novembre 2011, n°260.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014, Journal Officiel du 25 février 2014, texte n° 71.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 11 juin 2015 *sur la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral*, Journal officiel du 30 juin 2015.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 7 juin 2016, *Radicalisation islamiste en milieu carcéral - 2016 : l'ouverture des unités dédiées*.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Rapport d'activité 2018, Dalloz.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Rapport sur la *prise en charge pénitentiaire des personnes « radicalisées » et respect des droits fondamentaux*, janvier 2020.

G-P CABANEL, *Pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport d'orientation au Premier ministre, 1995.

G. CANIVET :

- *Amélioration du contrôle externe sur les établissements pénitentiaires*, Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Doc. fr., coll. « Rapports publics », 2000.
- Rapport de l'Institut Montaigne, *Justice : faites entrer le numérique*, novembre 2017.

A. CANAYER et P. BONNECARRERE, Rapport n° 834 (2020-2021), fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021.

P. CLEMENT, Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale n° 3232, 10 décembre 1996.

B. COTTE, Pour une refonte du droit des peines, Rapport remis à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, décembre 2015.

COTTE et J. MINKOWSKI, Rapport sur les chantiers de la Justice, *Sens et efficacité des peines*, remis à Madame la Garde des Sceaux le 15 janvier 2018.

M. DELMAS-MARTY, Rapport de la commission justice pénale et droits de l'homme, 1990, La Documentation française.

M. DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris* « portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », *Economica*, Paris, 1997.

J.-F. DENIAU, *Haut Comité consultatif sur la procédure de jugement en matière criminelle, Rapport à M. le garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, avril 1996, p. 23.

M. DONAT DECISIER, Avis et rapport du Conseil économique et social présenté au nom de la section des affaires sociales, adopté le 22 février 2006.

J. DRAY, Rapport au nom de la commission des lois, Rapport n° 3539 déposé le 16 janvier 2002.

A. DULIN, Avis du Conseil économique et social, *La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et toutes*, Section des affaires sociales et de la santé, 2019.

D. FARGE, *La libération conditionnelle*, rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Doc. fr., coll. « Rapports publics », 2000.

G. FENECH, Rapport de la mission confiée par Monsieur le Premier ministre, Le placement sous surveillance électronique mobile, avril 2005.

P. GÉLARD :

- Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006), fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation,

déposé le 15 juin 2006, p. 93.

- *Autorités administratives indépendantes – 2006-2014 : un bilan*, rapport d'information n° 616 (2013-2014) fait au nom de la commission des lois.

J. P. GETTI, Rapport de la commission cours d'assises et cours criminelles départementales, 11 janvier 2021, (disponible en ligne : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2021/03/rapport_getti.pdf).

Inspection Générale des Services Judiciaires, Rapport de mission *portant sur une première évaluation du juge délégué aux victimes (JUDEV)*, octobre 2008, 29/8, p. 23.

F. JOBARD, *Rapport final de recherche : Punitivités comparées - Représentations pénales en France et en Allemagne*, Mission de recherche Droit et Justice, juillet 2019.

Ch. JOLIBOIS, Rapport n° 49 (1997-1998) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes, et la proposition de loi de M. Serge MATHIEU relative à la répression des crimes sexuels commis sur les mineurs, déposé le 22 octobre 1997.

J. P. GARRAUD, *Réponses à la dangerosité*, Rapport de la mission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 17 octobre 2006.

J.-M. GIRAULT sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté, Rapport n° 30 déposé le 13 octobre 1978.

P. GOUJON et Ch. GAUTIER, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?* Rapport d'information fait au nom de la commission des lois, de la mission d'information et de la mission d'information de la commission des lois, n° 420 (2005-2006), 22 juin 2006.

S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport de la commission sur la répartition des contentieux remis au Garde des sceaux, La Documentation française, juin 2008A. HAZAN, Lettre ouverte du 5 mai 2020, saisine

de la ministre de la justice pour lui demander que cette situation inédite soit mise à profit pour résorber définitivement la surpopulation carcérale.

F. HENNING et G. Y. NG, The challenge of collaboration - ICT implementation networks in Courts in the Netherlands, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, n° 28, 2009, pp. 27-44.

M. HERZOG-EVANS, *La libération sous contrainte dans le Nord-est de la France*, Rapport pour la mission Droit et Justice, septembre 2017.

J.-J. HYEST et G. P CABANEL :

- Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 février 2000, Tome I, déposé le 29 juin 2000.

C. JOLIBOIS, Rapport au nom de la commission sénatoriale des lois, 10 juin 1999, n° 419.

C. JOLIBOIS, Rapport au nom de la commission sénatoriale des lois, 22 mars 2000, n° 283, p. 100 s.

C. LAZERGES :

- Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, 2 février 2000.
- Rapport d'information déposé en application de l'article 146 du Règlement par la Commission des finances, de l'économie générale et du Plan déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des lois sur l'évaluation de la loi no 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes n° 3501 déposé le 20 décembre 2001.

C. LAZERGES et C. JOLIBOIS, Rapport au nom de la Commission mixte paritaire, 18 mai 2000, n° 2409 (Assemblée nationale) et 349 (Sénat).

J.-Y. Le BOUILLONNEC et D. QUENTIN, Rapport d'information n° 988 en conclusion des travaux d'une mission d'information relative à la mesure statistique des délinquances et de leurs conséquences, 24 avril 2013.

J.-R. LECERF, Rapport au nom de la commission sénatoriale des lois sur le projet de loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, rapport n° 489 (2010 - 2011) déposé le 4 mai 2011.

J.-R. LECERF et N. BORVO COHEN-SEAT, Rapport d'information n° 629 (2011-2012) fait au nom de la commission des lois et de la commission pour le contrôle de l'application des lois, déposé le 4 juillet 2012, p. 61.

Ph. LEGER, Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, remis le 1^{er} septembre 2009, La documentation française.

A. LEFEVRE, Rapport fait au nom de la commission des finances, Rapport général n° 108 (2014-2015), 20 novembre 2014.

E. LINDEN, Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, 22 février 2005, La documentation française.

P. LORIDANT, Rapport d'information, fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, *sur la mission de contrôle sur le compte de commerce de la Régie industrielle des Établissements pénitentiaires*, 2002.

A. MARSAUD, Rapport n° 2681 *relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, 16 novembre 2005

S. MAZARS et A. SAVIGNAT, *Mission d'information « flash » sur les cours criminelles*, la commission des lois de l'Assemblée nationale, 16 décembre 2020.

S. MAZETIER et J.-L. WARSMANN, Rapport n° 4457 d'information de la commission des lois déposé en application de l'article 145-7 alinéa 1 du règlement, par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République *sur l'évaluation de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et de la loi organique n°2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier*, 8 février 2017.

M. MERCIER :

- Rapport fait au nom de la commission des lois, Sénat, n° 804, 20 juillet 2016, p. 26.
- Rapport fait au nom de la commission des lois, Rapport n° 629 (2016-2017) déposé le 12 juillet 2017.

L. MERMAZ et J. FLOCH, fait au nom de la commission d'enquête : « *La France face à ses prisons* », Rapport n° 2521, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 28 juin 2000.

J. MEZARD, *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, rapport n° 126 (2015-2016) fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes.

Ministère de l'Education nationale, Bilan annuel de l'enseignement en milieu pénitentiaire, 2017-2018.

Ministère de la Justice, Prévention de la récidive et individualisation des peines : chiffres clés, juin 2014.

Ministère de la Justice, Les Chantiers de la justice, Dossier de presse du 9 mars 2018.

Ministère de la Justice, Dossier de presse, *Transformation numérique de la Justice – Présentation*, novembre 2018.

Ministère de la Justice – SDSE, exploitation statistique du SID pénal sur l'année 2018 : durée entre la date d'arrivée au parquet et le jugement de l'auteur.

C. MOUHANNA, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, *Vers une nouvelle justice ? Observation de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 15 août 2014 relative à la contrainte pénale et à la libération sous contrainte*, Septembre 2017, p. 43.

Observatoire de la récidive et de la désistance, Rapport annuel 2017.

Office parlementaire d'évaluation de la législation, « *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié* », Rapport n° 404, déposé le 15 juin 2006.

D. PARIS, D. LAYANI, Les leviers permettant de dynamiser le travail d'intérêt général, rapport remis à Monsieur Edouard PHILIPPE, Premier ministre, mars 2018, pp. 4-7 et 18.

D. RAIMBOURG et J.-F. POISSON, Rapport d'information d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence déposé au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale, et de la République, Ass. Nat. n° 428, 6 décembre 2016.

O. RAZAC, *Le placement sous surveillance électronique mobile, Un nouveau modèle pénal ?*, Enquête réalisée par le Centre interdisciplinaire de recherche appliquée au droit pénitentiaire, septembre 2010.

J.P. SCHOSTECK, Rapport au nom de la Commission sénatoriale des lois, Rapport Sénat n° 208, 2001-2002, p. 40.

Service des études juridiques du Sénat, *Étude de législation comparée n° 177, L'amnistie et la grâce*, octobre 2007.

L. TANGUY, Rapport d'information de la commission des affaires européennes portant observations sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée (n° 2731), Rapport n° 3585, 18 novembre 2020.

J. TERLIER et C. UNTERMAIER, Rapport n° 1702 d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la justice des mineurs, déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 février 2019.

M. TERRY, S. JOHNSON et P. THOMPSON, *Virtual Court Pilot. Outcome Evaluation*, Ministry of Justice Research Series 21/10, décembre 2010.

F. TULKENS, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive - Conférence de consensus : principes d'action et méthodes*, Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre le 20 février 2013.

C. UNTERMAIER, Rapport n° 3716 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi organique (n° 3200), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et

au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, le 4 mai 2016.

A. VALLINI et P. HOUILLON, Rapport n° 3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 2006.

A. VARINARD, Rapport - *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs*, Bibliothèque des rapports publics - La Documentation française.

J.L. WARSMANN :

- Rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale n° 856 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, 14 mai 2003, 3^{ème} tome, p. 85 et 86.
- Rapport sur *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie*, rapport de mission parlementaire auprès de Dominique PERBEN garde des Sceaux, ministre de la Justice, Doc. fr., 2003.
- Rapport n° 2378 enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 15 juin 2005 sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

F. ZOCCHETTO, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport d'information sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Sénat, session ordinaire de 2005-2006, fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 12 octobre 2005 (Rapport d'information n° 17).

Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane TAUBIRA, garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention : « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^{ème} siècle, mai 2013.

Étude d'impact, Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, NOR : UST1806695L/Bleue-1, 19 avril 2018.

Peines principales dans les condamnations prononcées en matière correctionnelle en 2017, Ministère de la Justice/SG/SEM/SDSE, fichier statistique du Casier judiciaire national, année 2017.

Sondage « *Les Français et la prison* » réalisée par l'IFOP pour la Fondation Jean Jaurès, 2018.

Institut français pour la justice restaurative, Enquête nationale des programmes de justice restaurative 2018, p. 14.

2. Principaux documents européens et internationaux

Résolution 45/110 adoptée le 14 décembre 1990 par l'Assemblée Générale des Nations Unies, « Règles de Tokyo ».

Recommandation n° R (92) 17 du 19 octobre 1992 relative à la cohérence dans le prononcé des peines, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 octobre 1992.

Résolution 1999/26 du 28 juillet 1999 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies « Élaboration et application de mesures de médiation et de justice réparatrice en matière pénale » (E/1999/30).

Recommandation CM/Rec(2018)8 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 5 octobre 2018.

Résolution 2000/14 du 27 juillet 2000 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies « Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale » (E/2000/30).

Recommandation Rec(2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000.

P. SMITH, C. GOGGIN, P. GENDREAU, Effets de l'incarcération et des sanctions intermédiaires sur la récidive : effets généraux et différences individuelles, Travaux

publics et Services gouvernementaux Canada, 2002 N° de cat. : JS42-103/2002, ISBN : 0-662-66475-2 (disponible en ligne : <http://www.sgc.gc.ca>).

Résolution 2002/12 du 24 juillet 2002 adoptée par l'Assemblée Générale des nations Unies « Principes de base concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale » (E/2002/30 et Corr.1).

Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation, 20 janvier 2010.

Résolution 69/194 du 18 décembre 2014 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies « Stratégies et mesures concrètes types des Nations Unies relatives à l'élimination de la violence à l'encontre des enfants dans le contexte de la prévention du crime et de la justice pénale ».

G – Textes

1. Droit interne

Bloc de constitutionnalité

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République.

Lois

Loi du 5 juin 1875 dite « Bérenger » *sur le régime des prisons départementales.*

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

La loi du 27 mai 1885 *relative aux récidivistes.*

Loi dite « Constans » du 8 décembre 1897 *ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits.*

Loi dite « Degois » du 22 mars 1921 *modifiant la loi du 8 décembre 1897 concernant l'instruction criminelle.*

Loi du 17 décembre 1926 *relative à la répression en matière maritime.*

Loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 complétant l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse *en vue d'interdire la photographie, la radiodiffusion et la télévision des débats judiciaires.*

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence.*

Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.*

Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 *simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution.*

Loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 *garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction.*

Loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978, *modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale.*

Loi n° 81-82 du 2 février 1981 *renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.*

Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 *sur la communication audiovisuelle.*

Loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 *tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice* et modifiée par la loi n°2008-696 du 15 juillet 2008.

Loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985 *portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale.*

Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 *relative à la lutte contre le terrorisme.*

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication.*

Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 *relative au service public pénitentiaire.*

Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 *portant réforme de la procédure pénale.*

Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 *modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.*

Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 *sur la Cour de justice de la République.*

Loi n° 94-89 du 1er février 1994 *instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.*

Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 *sur le Conseil supérieur de la magistrature.*

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.*

Loi n° 96-585 du 1er juillet 1996 *portant modification de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.*

Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 *consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté.*

Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 *relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.*

Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 *renforçant l'efficacité de la procédure pénale.*

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.*

Loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 *d'orientation sur la forêt.*

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 *relative à la sécurité quotidienne.*

Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 *complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.*

Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 *portant amnistie.*

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

Loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003 *relative aux juges de proximité.*

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.*

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique.*

Loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 *relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance.*

Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 *précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.*

Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 *relative au traitement de la récidive des infractions pénales.*

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.*

Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 *relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.*

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

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

Loi n° 2007-1175 du 17 décembre 2007 *permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés.*

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

Loi n° 2008-757 du 1er août 2008 *relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement.*

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.*

Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire.*

Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 *de finances pour 2011.*

Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.*

Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits.*

Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 *relative à la garde à vue.*

Loi n° 2011-803, 5 juillet 2011 *relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement et aux modalités de leur prise en charge.*

Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 *sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.*

Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 *relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.*

Loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 *visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants.*

Loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012 *relative aux juridictions de proximité.*

Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 *relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique.*

Loi n° 2013-869, 27 septembre 2013 *modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.*

Loi organique n°2013-1115 du 6 décembre 2013 *relative au procureur de la République financier.*

Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 *relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.*

Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 *de finances pour 2014.*

Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 *relative à la géolocalisation.*

Lois n° 2014-617 du 13 juin 2014 *relative aux comptes bancaires inactifs et aux contrats d'assurance vie en déshérence.*

Loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 *relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive.*

Loi n° 214-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.*

Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 *de finances pour 2015.*

Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 *relative au renseignement.*

Loi n° 2015-993 du 17 août 2015 *portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne.*

Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.*

Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.*

Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.*

Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.*

Loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 *pour l'économie bleue.*

Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 *réformant le système de répression des abus de marché.*

Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.*

Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 *relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature.*

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle.*

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.*

Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.*

Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 *relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes.*

Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 *portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.*

Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 *relative à la sécurité publique.*

Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.*

Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.*

Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 *ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.*

Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles.*

Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.*

Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.*

Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 *tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.*

Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.*

Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.*

Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 *relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.*

Loi n° 2020-1671 du 24 décembre 2020 *relative à la prorogation des chapitres VI à X du titre II du livre II et de l'article L. 851-3 du code de la sécurité intérieure.*

Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 *tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.*

Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 *confortant le respect des principes de la République.*

Projets de lois, exposés des motifs, études d'impact

Projet de loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale, 28 juin 1975.

Projet de loi portant réforme de la procédure criminelle, n° 2938, Assemblée nationale, 26 juin 1996.

Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, n° 1079, Assemblée nationale, 16 septembre 1998.

Projet de loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, présenté en Conseil des ministres le 13 avril 2011.

Projet de loi organique n° 4092 pour la confiance dans l'institution judiciaire, 14 avril 2011.

Projet de loi n° 1323 relatif à la collégialité de l'instruction, Assemblée nationale, 24 juillet 2013.

Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines du 9 octobre 2013 et étude d'impact du 7 octobre 2013.

Projet de loi relatif à la géolocalisation, Sénat, n° 257 (2013-2014), 23 décembre 2013

Projet de loi n° 232 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, adopté par l'Assemblée nationale le 18 février 2019.

Projet annuel de performances Justice, programme 107 administration pénitentiaire, annexe au projet de loi de finances 2020.

Projet de loi organique n° 4092 pour la confiance dans l'institution judiciaire, étude d'impact et exposé des motifs, 14 avril 2021.

Propositions de lois

S. JOISSANS, Proposition de résolution européenne portant avis motivé sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, 3 octobre 2013.

Ordonnances

Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 *relative à l'enfance délinquante*.

Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

Ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 *modifiant et complétant le Code de procédure pénale*.

Ordonnance n° 98-728 du 20 août 1998 *portant actualisation et adaptation de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale dans les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon*.

Ordonnance n° 98-729 du 20 août 1998 *relative à l'organisation juridictionnelle dans les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre et Miquelon.*

Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 *portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale.*

Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 *relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure.*

Ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 *portant réforme pénale en matière maritime.*

Ordonnance n° 2016-1636 du 1er décembre 2016 *relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale.*

Ordonnance n°1387 du 22 septembre 2017 *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.*

Ordonnance n° 2019- 950 du 11 septembre 2019 *portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs.*

Ordonnance n° 2019-963, 18 septembre 2019 *relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal.*

Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 *portant adaptation des règles de procédure pénale.*

Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.*

Décrets

Décret-loi du 29 juillet 1939 portant modification de la loi du 17 décembre 1926 *portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande.*

Décret n° 72-852 du 12 septembre 1972 *modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale, JORF 20 septembre 1972.*

Décret n° 77-733 du 6 juillet 1977 *portant publication de la Convention sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer (ensemble un règlement, quatre annexes et deux résolutions), Londres, le 20 octobre 1972, JORF 8 juillet 1977, p. 3582.*

Décret n°99- 276 du 13 avril 1999 *modifiant le code de procédure pénale (troisième partie. Décrets) et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation.*

Décret n° 2003-438 du 15 mai 2003 *modifiant le décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.*

Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 *relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (modifié par l'article 2 du décret n° 2017-1226 du 2 août 2017 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat).*

Décret n° 2008-54 du 16 janvier 2008 *modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif aux pôles de l'instruction.*

Décret n° 2008-935 du 12 septembre 2008 *portant statut particulier du corps des administrateurs des affaires maritimes.*

Décret n° 2009-313 du 20 mars 2009 *fixant la liste des pôles de l'instruction.*

Décret n° 2011-1876, 14 décembre 2011 *relatif aux attributions respectives du juge de l'application des peines, des autres magistrats mandants et du service pénitentiaire d'insertion et de probation et à leurs relations.*

Décret n° 2014-442 du 29 avril 2014 *portant application de l'article 29 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.*

Décret n° 2014-1582 du 23 décembre 2014 *relatif à l'exécution des peines.*

Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 *portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.*

Décret n° 2015-1493 du 18 novembre 2015 *portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.*

Décret n° 2016-214 du 26 février 2016 *relatif aux droits des victimes.*

Décret n° 2016-1853 du 23 décembre 2016 *relatif à l'implantation de structures d'insertion par l'activité économique en milieu pénitentiaire permettant l'accès des personnes détenues à l'insertion par l'activité économique.*

Décret n° 2017-1136, 5 juillet 2017, modifiant le décret n° 2011-348 du 29 mars 2011 modifié *portant création de l'Agence nationale de traitement automatisé des infractions*, JO 7 juillet 2017, texte n° 1.

Décret n° 2018-1098 du 7 décembre 2018 *portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du travail d'intérêt général et de l'insertion professionnelle des personnes placées sous main de justice ».*

Décret n° 2019-1088 du 25 octobre 2019 *relatif au système d'information et de communication de l'Etat et à la direction interministérielle du numérique.*

Décret du 30 octobre 2019 *portant nomination du directeur interministériel du numérique*, JORF n° 0254 du 31 octobre 2019.

Décret n° 2019-1504 du 30 décembre 2019 *modifiant le code de procédure pénale (Partie réglementaire - Décrets en Conseil d'Etat) et relatif aux unités pour détenus violents*, JORF n°0303 du 31 décembre 2019.

Décret n° 2019-1579 du 31 décembre 2019 *modifiant le code de procédure pénale (partie réglementaire - décrets en Conseil d'Etat) et relatif aux quartiers de prise en charge de la radicalisation*, JORF n° 0001 du 1 janvier 2020.

Décret n° 2020-91 du 6 février 2020 *relatif à la composition et au fonctionnement de la commission de l'application des peines et aux conditions de délivrance des permissions de sortir, et modifiant diverses dispositions du code de procédure pénale*, JO 7 février 2020.

Décret n° 2020-187 du 3 mars 2020 *relatif aux aménagements de peine et aux modalités d'exécution de la peine de détention à domicile sous surveillance électronique.*

Décret n° 2020-356, 27 mars 2020 *portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust », JO 29 mars 2020.*

Décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 *relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives.*

Arrêtés

Arrêté du 13 juin 2012 *précisant l'étendue de l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale, JORF n° 0145 du 23 juin 2012.*

Arrêté du 18 mars 2013 *mettant fin à l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale, JORF n° 0069 du 22 mars 2013.*

Arrêté du 23 décembre 2014 *portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection des cellules de protection d'urgence, JORF n° 0300 du 28 décembre 2014.*

Arrêté du 9 juin 2016 *portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, JORF n° 0136 du 12 juin 2016.*

Arrêté du 18 août 2016 *portant approbation de la politique ministérielle de défense et de sécurité, BOMJ n° 2016-08, 31 août 2016.*

Arrêté du 14 octobre 2018 *précisant les modalités des contestations dématérialisées des amendes forfaitaires délictuelles prévues à l'article 495-20 du code de procédure pénale, JORF n° 0244 du 21 octobre 2018.*

Arrêté du 25 avril 2019 *relatif à l'expérimentation de la cour criminelle, JORF n° 0098 26 avril 2019.*

Arrêté du 2 mars 2020 *portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle*, *JORF* n° 0054 du 4 mars 2020.

Arrêté du 2 juillet 2020 *portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle dans six départements*, *JORF* n° 0178 du 22 juillet 2020.

Circulaires et notes de cadrage

Circulaire A.P.86-12 G 1 du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus.

Circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004 relative à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Circulaire du 23 juin 2008 dite « Plan de renforcement de la sûreté des juridictions ».

Circulaire SG, JUSA0922540C, du 29 septembre 2009, relative à l'exécution et à l'aménagement des peines.

Circulaire du 10 mai 2011 relative au développement de la surveillance électronique de fin de peine.

Circulaire du 15 décembre 2011 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs relatives à la cour d'assises applicables au 1er janvier 2012, *BOMJL* n° 2011-12 du 30 décembre 2011.

Circulaire d'application du 16 décembre 2011 relative aux attributions respectives du juge de l'application des peines, des autres magistrats mandants et du service pénitentiaire d'insertion et de probation et à leurs relations.

Circulaire JUSD1235192C du 19 septembre 2012 de politique pénale de Mme la garde des Sceaux.

Circulaire du 26 décembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

Circulaire JUSD1619903C du 13 juillet 2016 de politique pénale relative à l'ouverture des premières salles de consommation à moindre risque, espace de réduction des risques par usage supervisé, BOMJ n° 2016-07 du 29 juill. 2016.

Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en oeuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du code de procédure pénale, issus des articles 18 et 24 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014.

Circulaire n° 2017-05 du 11 mai 2017 relative à l'audiencement des procédures criminelles.

Circulaire JUSD1714357C du 12 mai 2017 sur les mesures alternatives aux poursuites et référentiel, BOMJ n° 2017-05 du 31 mai 2017.

Circulaire USD1910286C du 8 avril 2019 de présentation des dispositions immédiatement applicables de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice relatives aux alternatives aux poursuites, aux poursuites et au jugement.

Circulaire DACG, n° 2020-12, du 26 mars 2020, Présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

Note DAP du 15 novembre 2013 relative aux moyens de contrôle des personnes détenues (NOR : JUSK1340043N).

Note de cadrage du 26 septembre 2014 relative à la mise en œuvre de la nouvelle peine de contrainte pénale, instaurée par l'article 19 de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (NOR : JUSK1540004N).

Note de cadrage de la direction de l'administration pénitentiaire du 10 février 2016 relative à la prise en charge des personnes détenues en unités dédiées, à l'attention des directeurs interrégionaux des services pénitentiaires.

Débats parlementaires

R. BADINTER :

- Intervention pendant la séance en hémicycle du 5 mars 2009 à propos de l'article 24 de la loi pénitentiaire.
- *JO Sénat*, 30 mai 2000, p. 999.
- *JO Sénat* 31 mai 2000, p. 33.

Ph. BAS, J.O. Débat Sénat, séance du 18 juillet 2017, p. 2657

F.-N. BUFFET, J.O. débat Sénat, séance du 18 juillet 2017, p. 2697.

E. GUIGOU, garde des Sceaux, *JOAN* 11 février 2000, p. 1007.

E. GUIGOU, *JOAN*, 25 mai 2000, p. 4633.

A. RICHARD, intervention lors des débats parlementaires relatifs à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle, Sénat, séance du 4 novembre 2015 (compte rendu intégral des débats).

Observations et réponses ministérielles, discours présidentiel

Déclaration du garde des Sceaux à l'Assemblée nationale, séance du 21 juin 1980, *JO déb. Ass. nat.* 22 juin 1980, p. 2065.

Présentation du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, lors de la première lecture à l'Assemblée nationale, le 9 avril 2003, par Dominique PERBEN, garde des Sceaux.

Note d'orientation de la Chancellerie concernant l'avant-projet de loi sur l'adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité, 10 décembre 2003.

Déclaration du garde des Sceaux, Michèle ALLIOT-MARIE, le 18 décembre 2009, lors de l'inauguration du centre pénitentiaire de Vivonne.

Déclaration de M. Jean-Jacques URVOAS, garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur le projet de loi de modernisation de la Justice du 21^e siècle, à l'Assemblée nationale le 17 mai 2016.

Réponse du Ministère de la justice, *Expérimentation de la justice prédictive*, publiée dans le *JO Sénat* du 28 décembre 2017, p. 4694.

Communiqué du ministre de la Justice, « Adaptation des dispositifs de sécurité dans les salles d'audience », 18 avril 2018.

Observations du Gouvernement sur la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, 14 mars 2019.

Discours de M. Jean-Louis DEBRÉ, « Le Conseil constitutionnel et les droits de la défense », Rentrée du Barreau de Paris, Théâtre du Châtelet, 4 décembre 2009.

Audition de Mme Nicole BELLOUBET, ministre de la Justice et garde des Sceaux, devant la section des affaires sociales et de la santé du Conseil Economique et Social, 8 octobre 2019.

Déclaration de Mme Nicole BELLOUBET, garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur la réforme de la justice des mineurs, à Paris, le 28 novembre 2019.

Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, Audition de M. Éric DUPOND-MORETTI, garde des Sceaux, ministre de la justice, Compte rendu de la commission des lois du mercredi 21 juillet 2021, disponible en ligne sur le site du Sénat.

Discours du président de la République à l'occasion du lancement des États généraux de la Justice, 18 octobre 2021.

2. Droit de l'Union européenne

Directives

Directive 2005/35/CE du 7 septembre 2005 *relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions*.

Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.*

Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 *portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.*

Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 *relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.*

Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 *relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.*

Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 *sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique* et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

Décisions-cadres

Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil *relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales.*

Règlements

Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, COM (2013) 534 final, 17 juillet 2013.

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

3. Droit international

Déclaration universelle des droits de l'Homme, Paris, le 10 décembre 1948.

Convention européenne *de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 1950.

Pacte international *relatif aux droits civils et politiques*, New-York, 16 décembre 1966.

Convention *sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer* (ensemble un règlement, quatre annexes et deux résolutions), Londres, le 20 octobre 1972.

Convention internationale *pour la prévention de la pollution par les navires*, Organisation maritime internationale, Londres, 2 novembre 1973, telle que modifiée par le Protocole de 1978 (MARPOL 73/78).

Résolution A/RES/40/33 de l'Assemblée générale des Nations Unies : *Ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour les mineurs ("Règles de Beijing")*, 29 novembre 1985.

Recommandation du Conseil de l'Europe n° R (87) 18 du Comité des ministres aux Etats membres *concernant la simplification de la justice pénale*, adoptée le 17 septembre 1987.

Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne *de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Strasbourg, 22 novembre 1984, ratifié par la France le 1er novembre 1988.

Convention internationale *des droits de l'enfant* (CIDE), New-York, le 20 novembre 1989.

Convention européenne *sur l'exercice des droits des enfants*, Strasbourg, le 25 janvier 1996, entrée en vigueur le 1er juillet 2000.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée lors du Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2000.

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JO* n° L 239 du 22/09/2000, p. 0019–0062.

Deuxième protocole additionnel à la Convention européenne *d'entraide judiciaire en matière pénale*, 8 novembre 2001, Série des traités européens n° 182.

Recommandation du Conseil de l'Europe CM/Rec(2008)11 du Comité des Ministres aux États membres *sur les Règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures*, 5 novembre 2008.

H – Table de jurisprudence

1. Jurisprudence européenne

Cour européenne des droits de l'Homme

Cour Européenne des droits de l'Homme, 18 juin 1971, série A, n° 1, req. n° 2832/66 ; n° 2835/66 et n° 2899/66, *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 27 février 1980, req. n° 6903/75, *Deweert c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 23 juin 1981, req. n° 6878/75 et n° 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 15 juillet 1982, req. n° 8130/78, *Eckle c/ Allemagne*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 1er octobre 1982, req. n° 8692/79, *Piersack c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 10 février 1983, req. n° 7299/75 et n° 7496/76, *Albert et Le Compte c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 8 décembre 1983, req. n° 8273/78, *Axen c/ Allemagne*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 8 décembre 1983, req. n° 7984/77, *Pretto et autres c/ Italie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 22 février 1984, req. n° 8209/78, *Sutter c/ Suisse*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 28 juin 1984, req. n° 7819/77 et n° 7878/77 *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 26 octobre 1984, req. n° 9186/80, *Cubber c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 2 mars 1987, req. n° 9787/82, *Weeks c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 29 avril 1988, req. n° 10328/83, *Belilos c/ Suisse*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 mai 1989, req. n° 10486/83, *Hauschildt c/ Danemark*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 octobre 1989, req. n° 10073/82, A162-A, *H. c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 21 février 1990, req. n° 11855/85, *Hakansson et Sturesson c/ Suède*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 avril 1990, req. n° 11801/85 et n° 11105/84, *Krusling et Huvig c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 29 octobre 1991, req. n° 11826/85, *Helmers c/ Suède*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 août 1993, req. n° 13924/88, *Nortier c/ Pays-Bas*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 21 septembre 1993, req. n° 12350/86, *Kremzow c/ Autriche*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 27 octobre 1993, req. n° 14448/88, série A, n° 274, S 33, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 23 novembre 1993, req. n° 14838/89, *A. c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 février 1993, requête n° 14396/88, *Fey c/ Autriche*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 23 février 1994, req. n° 16757/90, *Stanford c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 19 avril 1994, req. n° 16034/90, *Van de Hurk c/ Pays-Bas*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 29 juin 1994, req. n° 20664/92, *Zarouali c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 novembre 1994, req. n° 15287/89, A296-B, *Beaumartin c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 9 décembre 1994, req. n° 18064/9, série A nos 303-A et 303-B, *Ruiz Torija et Hiro Balani c/ Espagne*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 9 février 1995, req. n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 21 novembre 1995, A-333A, *Acquaviva c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 22 février 1996, req. n° 17358/90, *Bulut c/ Autriche*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 27 mars 1996, n° 17488/90, *Goodwin c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 23 avril 1996, req. n° 16839/90, *Remli c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 27 juin 1997, req. n° 19773/92, *Philis c/ Grèce*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 novembre 1997, req. n° 21835/93, *Werner c/ Autriche*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 19 décembre 1997, req. n° 20772/92, *Helle c/ Finlande*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 19 février 1998, req. n° 20124/92, *Higgins et autres c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 21 janvier 1999, req. n° 30544/96, *García Ruiz c/ Espagne*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 25 mars 1999, req. n° 25444/94, *Pélissier et Sassi c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 4 juin 1999, req. n° 36932/97, *Caillot c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 16 décembre 1999, req. nos 24888/94 et n° 24724/94, *T. et V. c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 8 février 2000, req. n° 35396/97, *Stefanelli c/ Saint Marin*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 9 mai 2000, req. n° 34129/96, *Sander c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 30 mai 2000, req. 53183/99, *Loewenguth c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 22 juin 2000, req. 48203/99, *Deperrois c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 20 juillet 2000, req. n° 33951/96, *Caloc c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 10 octobre 2000, req. n° 42338/98, *Dachar c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 10 octobre 2000, req. n° 42095/98, *Daktaras c/ Lituanie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 13 février 2001, req. n° 29731/96, *Krombach c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 avril 2001, req. n° 36337/97 et n° 35974/97, *B. et P. c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 15 juillet 2001, req. n° 39665/98 et n° 40086, série A, n° 80, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 31 juillet 2001, req. n° 42211/98, *Zannouti c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 15 novembre 2001, req. n° 54210/00, *Papon c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, *Mastromatteo c/ Italie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 3 décembre 2002, req. n° 53892/00, *Lilly c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 6 mai 2003, req. n° 76682/01, *P4 Radio Hele Norge c/ Norvège*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 9 octobre 2003, req. n° 39665/98 et n° 40086/98, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 12 février 2004, req. n° 47287/99, *Pérez c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 22 juin 2004, req. n° 31443/96, *Broniowski c/ Pologne*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 6 juillet 2004, req. n° 50545/99, *Dondarini c/ Saint-Marin*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 14 septembre 2004, req. n° 65372/01, *Subiali c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 17 décembre 2004, n° 49017/99, *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 mars 2005, req. n° 54645/00, *Osinger c/ Autriche*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 14 juin 2005, req. n° 39553/02, *Menet c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 25 août 2005, req. n° 23695/02, *Clarke c/ Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 13 décembre 2005, req. n° 66224/01, *Gosselin c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 18 octobre 2006, req. n° 18114/02, *Hermi c/ Italie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 23 novembre 2006, req. n° 73053/01, *Jussila c/ Finlande*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 19 décembre 2006, req. n° 75836/01, *Adem Arslan c/ Turquie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5 janvier 2007, req. 45106/04, *Marcello Viola c/ Italie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 7 juin 2007, req. n° 1914/02, *Dupuis et a. c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 12 juin 2007, req. n° 70204/01, *Frérot c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 29 avril 2008, Req. n°14279/05, *Thomas c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 27 novembre 2008, req. n° 36391/0, *Salduz c/ Turquie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 13 janvier 2009, req. n° 926/05, *Taxquet c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 10 février 2009, req. n° 14939/03, *Zolotoukhine c/ Russie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 9 juillet 2009, req. n° 39364/05, *Khider c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 8 octobre 2009, req. n° 35471/06, *Maloum c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 8 octobre 2009, req. n° 35469/06, *Naudo c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 13 octobre 2009, req. n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 15 décembre 2009, req. n° 28634/06, *Maiorano c/ Italie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 12 janvier 2010, req. n° 4158/05, *Gillan et Quinton c/ Royaume Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 2 mars 2010, req. n° 54729/00, *Adamkiewicz c/ Pologne*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, *Medvedyev et autres c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 14 octobre 2010, req. n° 1466/07, *Brusco c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 2 novembre 2010, req. n° 24419/04, *Grozavu c/ Roumanie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 4 novembre 2010, req. n° 22575/08, *Katritsch c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 23 novembre 2010, req. n° 37104/06, *Moulin c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 16 décembre 2010, req. n° 25579/05, *A, B et C. c/ Irlande*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 20 janvier 2011, req. n° 30183/06, *Vernes c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 20 janvier 2011, req. n° 51246/08, *El Shennawy c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 27 septembre 2011, req. n° 43509/08, *Menarini Diagnostics c/ Italie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 10 janvier 2012, req. n° 42525/07, *Ananyev et a. c/ Russie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5^{ème} sect., 10 janvier 2012, req. n° 60800/08, *Anayev et a. c/ Fédération de Russie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 10 juillet 2012, req. n° 60444/08, *Kayak c/ Turquie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 17 janvier 2012, *Choreftakis et Choreftaki c/ Grèce*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 26 janvier 2012, req. n° 29095/09, *Berasategi c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5 juin 2012, req. n° 34485/09, *Ciucă c/ Roumanie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 24 juillet 2012, req. n° 35972/05, *Iacov Stanciu c/ Roumanie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 2^{ème} sect., 8 janvier 2013, req. n° 43517/09, *Torreggiani et a. c/ Italie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5^{ème} sect., 10 janvier 2013, n° 61198/08, *Agnelet c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5^{ème} sect., 10 janvier 2013, n° 30010/10, *Fraumens c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5^{ème} sect., 10 janvier 2013, n° 53406/10, *Legillon c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5^{ème} sect., 10 janvier 2013, req. n° 44446/10, *Oulahcene c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5^{ème} sect., 10 janvier 2013, n° 60995/09, *Voica c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 25 avril 2013, req. n° 40119/09, *Canali c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 27 juin 2013, req. n° 62736/09, *Vassis et al c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 26 novembre 2013, req. n° 21249/05, *Emilian-George Igna c/ Roumanie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 4 mars 2014, req. n°18640/10, Grande chambre, *Stevens et autres c/ Italie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 29 avril 2014, req. n° 9043/05, *Natsvlishvili et Togonidze c/ Géorgie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 17 juillet 2014, req. n° 32541/08 et 43441/08, *Svinarenko et Slyadnev c/ Russie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 28 octobre 2014, req. n° 47603/10, *Tirean c/ Roumanie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 4^{ème} section, 27 janvier 2015, n° 36925/10, *Neshkov et a. c/ Bulgarie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 9 avril 2015, req. n° 30460/13, *A.T.c c/ Luxembourg*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 21 mai 2015, req. n° 50494/12, *Yengo c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 29 mars 2016, req. n° 56925/08, *Bédât c/ Suisse*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 13 septembre 2016, req. n° 50541/08, n° 50571/08, n° 50573/08 et al., *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 4 octobre 2016, req. n°2653/13, *Yaroslav Belousov c/ Russie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 20 octobre 2016, req. n° 7334/13, *Mursic c/ Croatie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 15 novembre 2016, req. n° 24130/11 et 29758/11, *A. et B. c/ Norvège*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 4^{ème} sect., req. n° 10865/09, 25 avril 2017, *Rezmives et a. c/ Roumani*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 12 mai 2017, req. n° 21980/04, *Simeonovi c/ Bulgarie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 16 mai 2017, req. n° 37768/13 et 36467/14, *Sylla et Nollomont c/ Belgique*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 8 février 2018, req. n° 63323/12, *Goetschy c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 3 avril 2018, req. n° 21318/12, *Danilczuk c/ Chypre*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 3 mai 2018, req. n° 67449/14, *Meianu c/ Roumanie*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 18 octobre 2018, req. n° 80018/12, *Thiam c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 2^{ème} chambre, 16 avril 2019, req. n° 72098/14, *Bjarni Armannsson c/ Islande*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 5^{ème} section, 6 juin 2019, req. n° 47342/14, *Nodet c/ France*.

Cour Européenne des droits de l'Homme, 30 janvier 2020, n° 9671/15, *J.M.B et autres c/ France*.

Cour de justice de l'Union européenne

Cour de justice de l'Union Européenne, 1^{er} juillet 2008, aff. C-6341/06P et C-342/06P, *Chronopost SA et La Poste contre Union française de l'express (UFEX) et autres*.

Cour de justice de l'Union Européenne, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci* (conclusions avocat général M. Manuel CAMPOS SANCHEZ-BORDONA).

Cour de justice de l'Union Européenne, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*.

Cour de justice de l'Union Européenne, 20 mars 2018, aff. C-596/16 et C-596/17, *Enzo Di Puma*.

Cour de justice de l'Union Européenne, arrêts du 27 mai 2019, *PF (Procureur général de Lituanie)*, C-509/18 et *OG et PI Parquets de Lübeck et de Zwickau*, C-508/18 et C-82/19 PPU.

Cour de justice de l'Union Européenne, 12 décembre 2019, *JR et YC*, n°C-566/19 PPU et C-626/19 PPU.

2. Jurisprudence interne

Conseil constitutionnel

Conseil Constitutionnel, décision n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 76-70 DC, 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 86-213 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 86-224-DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 89-261-DC, 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 92-305 DC, 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 93-326 DC, 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 93-334 DC, 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 94-355 DC, 10 janvier 1995, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 95-360 DC, 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 96-378-DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 93-396 DC, 19 février 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 98- 399-DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2003-466 DC, 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*.

Conseil Constitutionnel, décision, 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2004-491 DC, 12 février 2004, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*

Conseil Constitutionnel, décision n° 2004-510 DC, 20 janvier 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2005-520 DC, 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2005-532, DC, 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2006-535, DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2006-545-DC, 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562, DC 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2009-595-DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres c/ Tribunaux maritimes commerciaux*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-14-22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-38 QPC, 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G. [Amende forfaitaire et droit au recours]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-77-QPC, 10 décembre 2010, *Mme Barta Z. [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-62 QPC, 17 décembre 2010, *M. David M. [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-80-QPC, 17 décembre 2010, *M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-81 QPC, 17 décembre 2010, *M. Boubakar B. [Détenition provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-625 DC, du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-113/115, QPC, 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-126, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, *M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-153-QPC, 13 juillet 2011, *M. Samir A. [Appel des ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-635, DC, 4 août 2011, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-160 QPC, 9 septembre 2011, *M. Hovanes A. [Communication du réquisitoire définitif aux parties]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-162-QPC, 16 septembre 2011, *Société LOCAWATT [Minimum de peine applicable en matière d'amende forfaitaire]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres [Garde à vue II]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus*.

Conseil Constitutionnel, décision n°2013-331 QPC, 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes]*.

Conseil Constitutionnel, décision n°2013-359 QPC, 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre [Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2014-704-DC, 11 décembre 2014, *Loi relative à la désignation des conseillers prud'hommes*.

Conseil Constitutionnel, décisions n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2015-715-DC, 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

Conseil Constitutionnel, décision n°2015-489 QPC, 14 octobre 2015, *Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autre [Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*.

Conseil Constitutionnel, décisions nos 2016-535 QPC et 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*.

Conseil Constitutionnel, décision n°2016-532 QPC, 1er avril 2016, *M. Jean-Marc E. et autre [Composition de la formation collégiale du tribunal correctionnel du territoire des îles de Wallis-et-Futuna]*.

Conseil Constitutionnel, décisions n° 2016/445 QPC et 2016/446 QPC, 24 juin 2016, *M. Jérôme C. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2016-732 DC, 28 juillet 2016, *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2016-738 DC, 10 novembre 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2017-671, QPC du 10 novembre 2017, *M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2017-680 QPC 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2017-693 QPC, 2 mars 2018, *Association de la presse judiciaire [Présence des journalistes au cours d'une perquisition]*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2017-694 QPC, 2 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]*.

Conseil constitutionnel, décision n°2018-761, 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2017-695 QPC 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2018-705-QPC, 18 mai 2018, *Mme Arlette R. et autres [Possibilité de clôturer l'instruction en dépit d'un appel pendant devant la chambre de l'instruction]*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2018-770 DC, 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, *M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2019-802 QPC, 20 septembre 2019, *M. Abdelnour B. [Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2019-827 QPC, 28 février 2020, *M. Gérard F. [Conditions de recevabilité d'une demande de réhabilitation judiciaire pour les personnes condamnées à la peine de mort]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2020- 851/852 QPC, 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020, *Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre [Conditions d'incarcération des détenus]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2020-878/879 QPC, 29 janvier 2021, *M. Ion Andronie R. et autre [Prolongation de plein droit des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]*.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2021-918 QPC, 18 juin 2021, *M. Emmanuel R. [Recours contre une ordonnance de refus d'homologation]*.

Jurisprudence de l'ordre judiciaire

Cour de cassation

- Cour de cassation, chambre criminelle, 31 mars 1906, *Bull. crim.* n° 167.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 8 déc. 1906, *Bull. crim.* n° 443.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 11 décembre 1908, *Bull. crim.* n° 495.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 20 novembre 1913, *Bull. crim.*, n° 509.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 1956, n° 55-05.772, *Laboube*.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 22 décembre 1959, *Bull. crim.* n° 569.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 23 nov. 1965, n° 65-92.493, *Bull. crim.* n° 246.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 24 mai 1971, n° 90-921.71, *Bull. crim.*, n° 171.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 11 avril 1973, n° 90- 334.73, *Bull. crim.*, n° 190.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 16 oct. 1974, n° 74-91272, *Bull. crim.* n° 296.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 24 nov. 1977, n° 77-92803.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mars 1980, n° 79-93.104.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 30 avril 1980, n° 79-94.077.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 28 février 1984, n° 83-93.859.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 7 mai 1987, n° 87-80.821, *Bull. crim.* n° 186.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 12 avril 1988, n° 87-91.698, *Bull. crim.* n° 150.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 11 mai 1988, n°87-84.337, *Bull. crim.* n° 210.

Cour de cassation, chambre criminelle, 7 novembre 1989, n° 88-84.058, *Bull. crim.* n° 399.

Cour de cassation, chambre criminelle, 23 octobre 1989, n° 88-84.690.

Cour de cassation, Assemblée plénière, 24 novembre 1989, n° 89-84.439, *Bull. crim.* n° 93, *Baribeau*.

Cour de cassation, chambre criminelle, 22 mai 1990, n° 89-86.896.

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 septembre 1990, n° 90-84.129.

Cour de cassation, chambre criminelle, 30 octobre 1990, n° 90-83.282.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 1993, n° 92-81.840, *Bull. crim.* n° 10.

Cour de cassation, chambre criminelle, 3 février 1993, n° 92-83443, *Bull. crim.* n° 57.

Cour de cassation, chambre criminelle, 7 avril 1993, n° 92-84.725.

Cour de cassation, chambre criminelle, 5 juillet 1993, n° 92-86.681.

Cour de cassation, chambre criminelle, 10 mai 1994, n° 93-81.522, *Bull. crim.* n° 180.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 décembre 1995, n° 95-84.989, *Bull. crim.* n° 394.

Cour de cassation, chambre criminelle, 25 janvier 1996, n° 95-85.560.

Cour de cassation, chambre criminelle, 30 avril 1996, n° 95-85.638, *Bull. crim.* n° 181.

Cour de cassation, chambre criminelle, 18 septembre 1997, n° 97-80.675.

Cour de cassation, chambre criminelle, 24 septembre 1997, n° 96-84.763.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 1998, *Bull. crim.* n° 1, n° 97-81.466.

Cour de cassation, chambre criminelle, 29 janvier 1998, n° 97-81.573.

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 novembre 1998, n° 98-83.333, *Bull. crim.* n° 309.

Cour de cassation, Assemblée plénière, 5 février 1999, n° 97-16.440 et 97-16.441, *COB c/ J-M Oury*.

Cour de cassation, chambre criminelle, 15 décembre 1999, n° 99-80.532 et n° 99-86.233, *Bull. crim.* n° 311.

Cour de cassation, chambre criminelle, 26 janvier 2000, n° 99-85.725, *Bull. crim.* n° 41.

Cour de cassation, chambre criminelle, 18 octobre 2000, n° 99-86289.

Cour de cassation, chambre criminelle, 28 mars 2001, n° 00-82284.

Cour de cassation, chambre criminelle, 13 juin 2001, n° 01-82.417.

Cour de cassation, chambre criminelle, 17 octobre 2001, n° 01-80.399.

Cour de cassation, chambre criminelle, 18 septembre 2001, n° 00-86.518, *Bull. crim.* n° 179.

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 février 2002, n° 01-88028.

Cour de cassation, chambre criminelle, 11 juin 2002, n° 01-85.237, *Bull. crim.* n° 132.

Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2002, n° 02-85.493.

Cour de cassation, chambre criminelle, 21 mai 2003, n° 02-81861.

Cour de cassation, chambre criminelle, 9 juillet 2003, n° 03-82.163.

Cour de cassation, chambre criminelle, 24 novembre 2004, n° 03-87.855.

Cour de cassation, avis, 18 avril 2005, n° 05-00.001.

Cour de cassation, première chambre civile, 18 mai 2005, n° 02-20.613.

Cour de cassation, première chambre civile, 14 juin 2005, n° 04-16.942.

Cour de cassation, chambre criminelle, 21 juin 2005, n° 04-87.797.

Cour de cassation, chambre criminelle, 15 mars 2006, n° 05-83.864.

Cour de cassation, première chambre civile, 7 avril 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286.

Cour de cassation, chambre criminelle, 4 octobre 2006, n° 05-87.435.

Cour de cassation, avis, 23 avril 2007, n° 07-00.008.

Cour de cassation, chambre criminelle, 10 mars 2008, n° 09-80.759, *Bull. crim.* n° 73.

Cour de cassation, chambre criminelle, 12 mars 2008, 07-83.965.

Cour de cassation, chambre criminelle, 17 septembre 2008 n°07-87.967.

Cour de cassation, chambre criminelle, 17 septembre 2008, n° 08-80.858.

Cour de cassation, chambre criminelle, 14 octobre 2008, n° 08-82.195.

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 août 2009, n° 09-83.942.

Cour de cassation, chambre criminelle, 2 septembre 2009, n° 09-83.949.

Cour de cassation, chambre criminelle, 14 octobre 2009, n° 08-86.480, *Bull. crim.* n° 170.

Cour de cassation, chambre criminelle, n° 08-88.301 et n° 09-80.652.

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 février 2010, 09-81.492.

Cour de cassation, chambre criminelle, QPC, 19 mai 2010, n° 09-82.582.

Cour de cassation, chambre criminelle, 4 juin 2010, n° 09-84.928, n° 09-85.359, n° 09-86.428, n° 09- 87.406.

Cour de cassation, chambre criminelle, 8 juillet 2010, n° 09-87.205.

Cour de cassation, chambre criminelle, 9 juillet 2010, n° 09-88.414 et n° 09-87.297.

Cour de cassation, chambre criminelle, 13 octobre 2010, n° 09-85.444.

Cour de cassation, chambre criminelle, 29 septembre 2010 n° 10-80.203.

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 octobre 2010, n° 10-82.306, n° 10-82-902 et n° 10-82.051.

Cour de cassation, chambre criminelle, 26 octobre 2010, n° 10-82.261.

Cour de cassation, chambre criminelle, 30 novembre 2010, n° 10-80.460, *Bull. crim.* n° 190.

Cour de cassation, chambre criminelle, 7 décembre 2010, n° 10-86.884.

Cour de cassation, chambre criminelle, 15 décembre 2010, n° 10-83.674, *Bull. crim.* n° 207.

Cour de cassation, chambre criminelle, 29 mars 2011, n° 10-87.404, inédit.

Cour de cassation, Assemblée plénière., 15 avril 2011, 4 arrêts, n° 10-17.049, 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242.

Cour de cassation, chambre criminelle, 27 avril 2011, n° 11-90-011.

Cour de cassation, chambre criminelle, 31 mai 2011, 4 arrêts, n° 10-88.809, n° 10-80.034, n° 10-88.293 et n° 11-81.412.

Cour de cassation, chambre criminelle, 15 juin 2011, n° 09-87.135.

Cour de cassation, chambre criminelle, 14 décembre 2011, n° 11-90099, n° 11-90100, n° 11-90101, n° 11-90102.

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 octobre 2011, n° 10-88.197.

Cour de cassation, chambre criminelle, 29 février 2012, n° 11-88.441.

Cour de cassation, chambre criminelle, 11 avril 2012, n° 12-81.804.

Cour de cassation, chambre criminelle, 9 janvier 2013, n° 12-87.016.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 mars 2013, n° 12-90-078.

Cour de cassation, chambre criminelle, 24 avril 2013, n° 12-82863, *Bull. crim.* n° 100.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1^{er} octobre 2013, n° 13-85.013.

Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2013, n° 13-81.945 et n° 13-81.949.

Cour de cassation, chambre criminelle, 25 février 2014, n° 13-84.761.

Cour de cassation, chambre criminelle, 11 mars 2014, n° 13-86.965, *Bull. crim.*, n° 71.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 2015, n° 14-85.448.

Cour de cassation, chambre criminelle, 14 avril 2015, n° 14-85.355 et n° 14-85.334.

Cour de cassation, chambre criminelle, 8 juillet 2015, n° 15-81731.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1er septembre 2015, n° 14-85.503.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 octobre 2015, n° 15-82247.

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 décembre 2015, n° 15-82.642, *Bull. crim.* n° 309.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1er mars 2016, n° 15-87.143

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 mars 2016, n° 15-87.644.

Cour de cassation, première chambre civile, 13 avril 2016, n° 14-24841.

Cour de cassation, chambre criminelle, 25 mai 2016, n° 16-81.217.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 septembre 2016, n° 16-83.903.

Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 2016, n° 16-84.794 et n° 16-82.176.

Cour de cassation, chambre criminelle. 10 janvier 2017, n° 16-84.740.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1^{er} février 2017, n° 15-83.984.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1^{er} février 2017, n° 15-84.511.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1^{er} février 2017, n° 15-85.199.

Cour de cassation, chambre criminelle, 8 février 2017, nos 15-86.914, 16-80.389, 16-80.391.

Cour de cassation, chambre criminelle, 15 mars 2017, n° 16-81.776.

- Cour de cassation, chambre criminelle, 28 mars 2017, n° 16-85.072 et n° 16-85.073.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 2017, n° 16-86.155.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 20 juin 2017, n° 17-82.306.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 26 juillet 2017, n° 17-82.789.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 19 septembre 2017, n° 17-82317.
- Cour de cassation, Assemblée plénière, 13 octobre 2017, n° 17-83.620, arrêt n° 633 P + B + R + I.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 14 novembre 2017, n°17-80.893.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 12 décembre 2017, n° 17-85.535.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 20 décembre 2017, n° 17-86.176.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 27 février 2018, n° 17-87.133.
- Cour de cassation, Chambre Criminelle, 30 mai 2018, n°16-85-777.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 13 juin 2018, n° 18-82.124.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 16 octobre 2018, n° 18-81.881.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 31 octobre 2018, n° 17-86.660.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 9 janvier 2019, n° 17-84.026.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 9 avril 2019, n° 18-83-874.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 10 avril 2019, n° 18-83.709.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 16 avril 2019, n° 18-83.434.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 18 juin 2019, n° 19-80.015.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 26 juin 2019, n° 19-82.838.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 18 septembre 2019, n° 19-83.950.

Cour de cassation, chambre criminelle, 21 janvier 2020, n° 19-86.957.

Cour de cassation, chambre criminelle, 26 février 2020, n° 19-87.769.

Cour de cassation, chambre criminelle, 26 mai 2020, n° 20-81.97.

Cour de cassation, chambre criminelle, 8 juillet 2020, n° 20-81.739.

Cour de cassation, chambre criminelle, 30 mars 2021, n° 20-86.358, *Bull. crim.* n° 548.

Juridictions du second degré

Cour d'appel d'Amiens, chambre correctionnelle, 4 février 2009, Jacquemart, *Nezzari et Tessier c. Min. public et Corne*.

Juridictions du premier degré

Cour d'assises du Pas-de-Calais, 24 novembre 2010.

Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 février 2018, n° 17/15785.

Conseil supérieur de la magistrature

Conseil supérieur de la magistrature statuant comme conseil de discipline des magistrats du parquet, 21 décembre 1994, P023.

Jurisprudence de l'ordre administratif

Conseil d'État

Conseil d'État, 20 décembre 1918, *Foy*.

Conseil d'État, 23 juillet 1920, *Valette*.

Conseil d'État, 26 janvier 1927, *Brochard*.

Conseil d'État, 1^{er} mars 1939, *Troncoso*.

Conseil d'État, 18 mai 1951, *Dame veuve Moulis*.

Conseil d'État, 5 février 1971, n° 74850, *Ministre de la Justice c/ Dame Picard*.

Conseil d'État, 9 novembre 1990, n° 101168, *Théron*.

Conseil d'État, assemblée, 3 décembre 1999, n° 207434.

Conseil d'État, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 4 février 2004, n° 240023.

Conseil d'État, 11 mai 2005, n° 279834, *Syndicat des avocats de France*.

Conseil d'État, 26 avril 2006, 2 arrêts, n° 279832 et n° 273757, *Syndicat des avocats de France*.

Conseil d'État, 27 octobre 2006, 3 arrêts n° 276069, 277198 et 277460, *Parents et autres*

Conseil d'État, 17 novembre 2006, n° 276926, *Sté CNP Assurances*.

Conseil d'État, 14 novembre 2008, n° 315622, *Lebon*.

Conseil d'État - Section du contentieux, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 19 décembre 2008, n° 312553.

Conseil d'État, 28 décembre 2009, n° 312314.

Conseil d'État, 9 septembre 2011, n° 352372, *M. D.*

Conseil d'État, 11 juillet 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*.

Conseil d'État, 26 septembre 2012, n° 359479, *M. T.*

Conseil d'État, 6 juin 2013, n° 368816, *Section française de l'observatoire international des prisons*.

Conseil d'État, 6 juin 2013, n° 368875, *M. E.*

Conseil d'État, 13 février 2013, n° 356852.

Conseil d'État, avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, 30 octobre 2013, n° 387947.

Conseil d'État, ordonnance, 9 janvier 2014, n° 374508.

Conseil d'État, juge des référés, 9 janvier 2014, n° 374508, *Min. de l'Int. c/ Sté Les Productions de la Plume*.

Conseil d'État, juge des référés, 10 janvier 2014, n° 374528.

Conseil d'État, juge des référés, 11 janvier 2014, n° 374552, *Sté Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala*.

Conseil d'État, 9 novembre 2015, n° 376107, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne c/ Sté Les productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala*.

Conseil d'État, Sect. Int., avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et modifiant son article 6, 8 décembre 2016, n° 392427.

Conseil d'État, 10^{ème} - 9^{ème} chambres réunies, 28 juillet 2017, n° 410677, *OIP*.

Conseil d'État, 27 décembre 2017, n° 411915, (*Association de la presse judiciaire [Présence des journalistes au cours d'une perquisition]* : QPC, saisine du Conseil constitutionnel).

Conseil d'État, 16 février 2018, n° 417944, *Ordre des avocats au barreau de Versailles*.

Conseil d'État, Ass., avis sur un projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, 12 avril 2018, n° 394535.

Conseil d'État, 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies, 24 octobre 2018, n° 419417.

Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies, 30 janvier 2019, n° 416999.

Cour administrative d'appel

Cour administrative d'Appel de Douai, 1^{re} chambre - formation à 3, décision du 12 novembre 2009, n° 09DA00782.

Tribunal administratif

Tribunal Administratif de Rouen, jugement du 27 mars 2008, n° 0602590.

Tribunal Administratif de Rouen, jugement du 6 mai 2009, n° 0900578.

Tribunal Administratif de Melun, Ordonnance du juge des référés du 6 octobre 2016, n° 1608163.

Tribunal Administratif de Melun, Ordonnance du juge des référés du 28 avril 2017, n° 1703085.

Tribunal Administratif de Melun, Jugement du 6 avril 2018, n° 1503550.

Tribunal des conflits

Tribunal des conflits, 8 février 2021, n° 4202, *Syndicat des avocats de France c/ garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Lebon.

Autorités administratives indépendantes

Autorité de la concurrence

Autorité de la concurrence, décision 20-MC-01 du 9 avril 2020 relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale e.a. et l'Agence France-Presse.

Autorité de contrôle prudentiel et de régulation

Autorité de contrôle prudentiel et de régulation, Commission des sanctions, 19 décembre 2014, 2013-03 bis ; *L'Essentiel Droit des Assurances* 2015, n° 25.

Autorité de contrôle prudentiel et de régulation, Commission des sanctions, 7 avril 2014, 2014-01 ; *L'Essentiel Droit des Assurances* 2014, n° 76.

Autorité de contrôle prudentiel et de régulation, Commission des sanctions, 31 octobre 2014, 2013-05 ; *L'Essentiel Droit des Assurances* 2014, n° 174.

Tableau comparatif des sanctions prononcées par l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, 2014 (accessible en ligne : <http://www.agefiactifs.com/hommes-et-metiers/article/en-2014-lacpr-eu-la-main-plus-lourde-que-lamf-54193>).

Commission nationale de l'informatique et des libertés

Commission nationale de l'informatique et des libertés, délibération n° 2016-159 du 19 mai 2016 portant avis sur un projet d'arrêté portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention.

Commission nationale de l'informatique et des libertés, délibération du 21 janvier 2019, n° SAN-2019-001, prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X.

Commission nationale de l'informatique et des libertés, délibération n° 2020-002 du 09 janvier 2020 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust ».

Défenseur des droits

Défenseur des droits, décision MSP-MDS-MLD-2015-021 du 3 février 2015 relative à des contrôles d'identité discriminatoires.

Défenseur des droits, avis n° 17-07 du 27 juillet 2017 relatif au projet de loi n° 104 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

Défenseur des droits, décision n° 2018-128 du 17 avril 2018 relative à l'implantation de box à barreaux et de box vitrés dans les salles d'audience des palais de justice, pour faire comparaître les personnes prévenues et accusées lorsqu'elles sont détenues.

I – Colloques, interventions non publiées

E. BONIS :

- « La forfaitisation de la réponse pénale : la simplification au mépris des droits fondamentaux ? », dans le cadre du colloque organisé par P. PAOLI, le 23 mars 2018, au sein de l'Université de Corse, sur le thème : *La simplification de la procédure pénale*, sous la direction scientifique de Y. CARPENTIER et A. GIUDICELLI.
- « Réflexions sur la place et le rôle du juge de l'application des peines », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.
- « Pour une refonte du droit des peines. Quels changements si les propositions de la commission Cotte étaient suivies ? », Actes du Colloque organisé à l'université de Bordeaux le 1er avril 2016, LexisNexis, 2016.

P. CAZALBOU, « Le "nouveau" sursis probatoire », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire », Séminaire pédagogique du pôle « Administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009.

M. FOUCAULT, Conférence sur les alternatives à la prison donnée à l'Université de Montréal dans le cadre d'un séminaire sur la faillite de la prison, en 1977, publiée dans la revue *Actes* 1990, n° 73, pp. 7-15.

M. GIACOPELLI et J.-B. PERRIER (dir.), *La garde à vue : de la réforme à la pratique*, Actes du colloque du 17 mars 2012, faculté de droit d'Aix-Marseille.

A. GOGORZA, « La place et le rôle du JLD dans l'enquête pénale », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

D. GUÉRIN, Y. MAYAUD et D. SOULEZ-LARIVIÈRE, « La procédure pénale française est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? - Le statut du ministère public », in *La procédure pénale française et la Convention*

européenne des droits de l'Homme, Actes du Colloque du 23 juin 2010, Université Panthéon-Assas, *Revue de droit d'Assas*, 2010/2, pp. 55-64.

T. HERRAN, « La distinction police administrative et police judiciaire et la simplification de la procédure pénale : quelles perspectives ? », in *La simplification de la procédure pénale*, Actes du colloque organisé par l'Université de Corse - Pasquale Paoli, Y. CARPENTIER (dir).

J. KRYNEN, « La cour criminelle, une réforme dans le sens de l'histoire du jury », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Secret de l'instruction, droit à l'information et présomption d'innocence », in *La justice pénale hors les murs*, Université Paris 2 - Panthéon-Assas, E. VERNY (dir.), 12 septembre 2019.

J.-C. MARIN, procureur général près la Cour de cassation, allocution lors du colloque *La justice prédictive* organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le lundi 12 février 2018.

Y. MAYAUD, « La simplification de la procédure pénale applicable au terrorisme », in *La simplification de la procédure pénale*, Actes du colloque organisé par l'Université de Corse - Pasquale Paoli, Y. CARPENTIER (dir.), *Lexbase Pénal* 2018, n° 7.

A. MÉGIE, « Des déclarations de “guerre contre le terrorisme” à la fabrication des condamnations judiciaires : les politiques pénales antiterroristes françaises », Colloque 18-19 octobre 2018, *Politiques et (in)sécurité : Action publique, Politisation et savoirs experts*.

R. PARIZOT, « Les (autres) techniques spéciales d'enquête, une non-catégorie juridique », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de*

réforme pour la justice, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

S. PELLÉ (dir.), *Les droits fondamentaux du gardé à vue*, Actes du colloque de Pau du 30 novembre 2012, PU Pau, 2013.

V. PELTIER, « Le placement sous surveillance électronique et l'environnement du condamné », Actes du colloque *Environnement et peine privative de liberté*, ss. dir. E. BONIS et A. ZABALZA, in Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux, Cujas, n° 2, 2103.

J. PRADEL, « le juge d'instruction, quelle place dans la procédure pénale ? », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle ? - Réflexions à partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Actes du colloque organisé par l'Université Toulouse 1 - Capitole, S. PELLÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020.

J.-M. SAUVÉ, Vice-Président du Conseil d'État, allocution dans le cadre du colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur le thème « *La justice prédictive : un nouveau défi pour le juge* », le 12 février 2018.

A. SIMON, « Le parquet face aux aménagements de peine », Actes de colloque, in *Les mutations du parquet* (colloque du 4 octobre 2019 à Clermont-Ferrand), Université de Clermont-Ferrand, *Lexbase Pénal*, n° 22, 19 décembre 2019.

Colloque sur *L'agonie du juge d'instruction*, Maison du barreau de Paris le 28 mars 2019.

Ministère de la Justice, *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, Actes des Journées d'études internationales organisées par la Direction de l'administration pénitentiaire (DAP), Collection Travaux & Documents, 2015.

J – Pratique judiciaire

Le travail d'intérêt général - Guide pratique à l'usage des structures d'accueil, diffusé en ligne par le ministère de la Justice.

Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, La comparution immédiate : éléments d'évaluation des pratiques mises en œuvre, octobre 2012.

Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, Dalloz, 2019.

K – Entretiens

Entretien avec Madame S. DESBORDES-LISSILOUR et Madame A. BURON, juges de l'application des peines, au tribunal judiciaire de Quimper, le 17 février 2020.

Entretiens croisés avec Monsieur M. GRIMBERT, juge des libertés et de la détention, E. PHELIPPEAU, procureur de la République et Mme M. RAMPI, juge d'instruction, au tribunal judiciaire de Quimper, le 8 décembre 2020.

III - SITOGRAPHIE

Sites de l'Académie française :

- <https://www.academie-francaise.fr/>
- <http://academie-francaise.fr/actualites/dictionnaire-de-lacademie-francaise-en-ligne> (dictionnaire en ligne).

Sites de l'Agence française anti-corruption :

- <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr>
- <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/lagence> (présentation de l'agence).

Sites de l'Association *Open Law* :

- <https://openlaw.fr/>
- <https://openlaw.fr/travaux/programmes/jugee-par-une-plateforme-justice-privée-et-justice-publique-lere-du-numérique>

Sites de l'Autorité de la concurrence :

- <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr>
- <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/droits-voisins-lautorite-fait-droit-aux-demandes-de-mesures-conservatoires> (communiqué de presse du 9 avril 2020).

Sites de l’Autorité des marchés financiers :

- <https://www.amf-france.org/fr>
- <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/un-nouveau-systeme-pour-la-repression-des-abus-de-marche-en-france> (présentation du système)

Sites Cairn Info :

- <https://www.cairn.info/>
- <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2012-10-page-26.htm> (lien vers : article de L. BELLON « L’impartialité du juge pour enfants. Juge des enfants, être ou ne pas être impartial »).

Sites du *Center for sentencing initiatives* :

- <https://www.ncsc.org/csi>
- <https://www.ncsc.org/csi/evidence-based-sentencing> (sur la pratique de l’"evidence based sentencing")

Site de la Commission nationale consultative des droits de l’Homme (CNCDH) :

- <https://www.cncdh.fr/>

Sites du Conseil constitutionnel :

- <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>
- https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as//sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2019778dc/2019778dc_obs.pdf (observations du gouvernement sur la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice).

Sites de la Cour européenne des droits de l’homme :

- <https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=home&c=fr>
- <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fr> (statistiques 2020-2021).

Site de l’Institut des hautes études sur la justice :

- www.ihej.org

Site du dictionnaire Larousse :

- www.larousse.fr/dictionnaires/francais

Site de l’Élysée :

- <https://www.elysee.fr>

Site de la fédération *France Victimes* :

- <https://www.france-victimes.fr>

Sites du gouvernement :

- <https://www.vie-publique.fr/fiches/38134-quelles-sont-les-obligations-deontologiques-des-magistrats>
- http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/Dossier_de_presse_1_an_service_justice.pdf
- <https://www.etalab.gouv.fr> (département de la direction interministérielle du numérique DINUM).

Site Légifrance :

- <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Site de l'Institut français pour la justice restaurative :

- <https://www.justicerestaurative.org>

Sites du ministère de la Justice :

- www.justice.gouv.fr
- <http://www.presse.justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/communiqué-de-2019-12931/developpement-du-travail-dinteretgeneral-32763.html>

Sites du Sénat :

- <http://www.senat.fr/>
- http://videos.senat.fr/video.2445727_60f7fb6ec09cf.audition-de-m-eric-dupond-moretti

Table des annexes

<i>Annexe 1 : Article 1 – Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.</i>	<i>924</i>
<i>Annexe 2 : Article 6 – Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.</i>	<i>925</i>
<i>Annexe 3 : Formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature – Avis sur la responsabilité et la protection des magistrats, remis au Président de la République le 24 septembre 2021.....</i>	<i>926</i>

Annexe 1 : Article 1 – Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Article 1 - Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. - Légifrance



Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Article 1

Version en vigueur depuis le 12 août 2016

Article 1

Version en vigueur depuis le 12 août 2016

I. - Le corps judiciaire comprend :

Modifié par LOI n° 2016-1090 du 8 août 2016 - art. 1

1° Les magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation, des cours d'appel et des tribunaux de première instance ainsi que les magistrats du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice ;

1° bis Les magistrats exerçant les fonctions d'inspecteur général, chef de l'inspection générale de la justice, d'inspecteur général de la justice et d'inspecteur de la justice ;

2° Les magistrats du siège et du parquet placés respectivement auprès du premier président et du procureur général d'une cour d'appel et ayant qualité pour exercer les fonctions du grade auquel ils appartiennent à la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés et dans l'ensemble des tribunaux de première instance du ressort de ladite cour ;

3° Les auditeurs de justice.

II. - Tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet.

Annexe 2 : Article 6 – Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Article 6 - Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. - Légifrance



Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Article 6

Version en vigueur depuis le 12 août 2016

Article 6

Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes :

Version en vigueur depuis le 12 août 2016

Modifié par LOI n° 2016-1090 du 8 août 2016 - art. 10
Modifié par LOI n° 2016-1090 du 8 août 2016 - art. 11

"Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat."

Il ne peut, en aucun cas, être relevé de ce serment.

Le serment est prêté devant la cour d'appel. Toutefois, pour les magistrats directement nommés à la Cour de cassation, il est prêté devant cette juridiction.

Le magistrat intégré au titre des articles 22 et 23, nommé dans une juridiction d'outre-mer et effectuant son stage préalable sur le territoire métropolitain, peut prêter serment devant la cour d'appel de sa résidence.

L'ancien magistrat prête à nouveau serment lorsqu'il est réintégré.

Annexe 3 : Formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature – Avis sur la responsabilité et la protection des magistrats, remis au Président de la République le 24 septembre 2021

Formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature

**Avis au
Président de la
République**

Saisine du 17 février 2021

Remis au Président de la République le 24 septembre 2021



Par ailleurs, la formulation actuelle du serment ne contient que les références à la conscience professionnelle, à la dignité et à la loyauté. S'y ajoute seulement le respect du secret des délibérations. Cette formulation paraît assez pauvre au regard des devoirs de l'état de magistrat et des valeurs qui doivent le guider.

Le Conseil propose en conséquence de le réécrire comme suit : « *Je jure de remplir mes fonctions avec indépendance et impartialité, de me comporter en tout comme un magistrat digne, intègre et loyal, de porter attention à autrui, de respecter le secret professionnel et celui des délibérations* ».

Index

– A –

- Accusatoire (procédure) : 132, 136, 263
Accusé : 7, 19, 20, 81, 87, 127, 140, 285, 410, 412, 413, 416, 425, 431, 436, 551, 577, 864
Actes d'enquête : 63, 67, 88, 116, 122, 142, 243, 343, 349, 743
Actes d'instruction : 62, 121, 204, 573
Action civile : 873
Action publique : 16, 32, 36, 39, 67, 73, 75, 90, 107, 118, 122, 138, 143, 207, 210, 231, 235, 236, 244, 246, 363, 372, 590, 618, 644, 991
Administration pénitentiaire : 681, 707, 750, 796, 807, 817, 823, 828, 905-907, 910, 911, 917, 922, 927, 928, 934, 935, 941-943, 945, 950, 952-954, 978, 982
Alternative aux poursuites : 450, 637, 644, 873, 984, 986, 990, 1020
Aménagement des peines : 356, 686, 879, 921, 922, 933, 948, 949, 977, 978, 982, 983
Amende forfaitaire : 463, 546, 612, 632, 636, 637, 640-642, 644, 645, 652, 963, 993, 997, 1000
Amnistie : 817
Annulation : 26, 75, 82, 88, 91, 100, 110, 232, 358, 366, 371, 373, 377, 529, 535, 912, 1001
Assesseurs : 157, 434, 442, 466, 472, 474, 475, 483, 487-489, 502-504, 506, 569
- citoyens : 419, 508
Assignation à résidence : 200, 202, 230-232, 267, 290, 292-295, 309, 367-369, 784, 827, 829, 856, 857, 936
Assignation à résidence sous surveillance électronique : 267, 290, 292, 293, 784
Auditions : 88, 94, 95, 96, 110, 113, 121, 231, 674, 969
Autorité de la chose jugée : 3, 32, 653, 711
Autorité
- judiciaire : 4-7, 12-18, 21, 22, 24, 29, 34-37, 40, 41, 43, 45, 46, 107, 116, 146, 200, 201, 206, 216, 222, 226, 233, 236, 240, 241, 258, 261, 277, 282, 300, 324, 326, 343, 346, 348, 350, 351, 355, 362, 363, 369, 374, 377, 382, 402, 454, 470, 484, 490, 546, 615, 637, 663, 665, 671, 677, 680-683, 688, 711, 713, 716-718, 728, 866, 871, 877, 880, 881, 890, 892, 898, 899, 911, 913, 915, 917, 919, 921, 935, 941-943, 965, 970, 974, 978, 981 987, 994, 997, 999, 1001, 1012, 1016, 1039, 1040
- administrative : 200, 205, 249, 340, 344, 346, 347, 350-353, 356, 359, 362, 367-369, 377, 382, 688, 824, 899, 952, 997, 999, 1000, 1004-1007, 1015, 1020, 1026, 1029, 1039
- administrative indépendante : 997, 999, 1000, 1004, 1005, 1007, 1008, 1012, 1015
Aveu : 365, 504, 614, 618, 620, 623, 625, 693, 865, 987
Avocat : 67, 71, 73, 74, 95, 113, 121, 127, 129, 163, 276, 280, 466, 610, 789, 959, 960, 963, 969, 980, 993, 1014, 1020, 1034, 1041

– B –

Box vitrés (paroi vitrée) : 548-550, 551, 552
 Bracelet électronique : 85, 675, 750, 753, 760, 761, 784, 787-790, 795, 796, 868, 925, 967

– C –

Célérité, rapidité de la procédure : 3, 25-28, 45, 69, 70, 415-418, 506, 507, 581, 600, 616, 630, 631, 970, 994, 999, 1012, 1036, 1037
 Césure pénale : 574, 589, 592, 600, 601, 603-606, 642
 Charges : 72, 85, 86, 91, 92, 94, 96, 106, 127-130, 427, 434, 574, 635, 640, 699, 952
 Circonstances aggravantes : 592, 725
 Classement sans suite : 39, 66, 117, 218, 590
 Clôture de l’instruction : 68-71, 74, 75, 82, 89, 170
 Coercition : 66, 80, 106, 107, 258, 293, 294, 296-298, 301, 333, 346, 359, 364, 366, 381, 688, 942, 997, 998
 Collégialité : 30, 149, 151, 152, 155-158, 160-167, 172-175, 180-184, 219, 220, 223, 233, 403, 457, 474, 475, 498-501, 505, 506, 508, 509, 511, 514, 516, 517, 557, 561, 655, 847
 Comparution immédiate : 600, 613
 Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (ou plaider coupable, plaidoyer de culpabilité) : 75-77, 224, 225, 612-622, 624-628, 630, 634, 635, 638, 641, 642, 645, 652, 992, 999, 1020
 Composition pénale : 450, 451, 590, 615, 630, 873, 965, 988-993, 1000
 Conseil supérieur de la magistrature : 12, 36, 37, 129, 245, 304, 453, 457, 459, 701
 Constitution de partie civile : 12, 65, 69, 117-119, 231, 244
 Contrainte pénale : 689, 719, 720, 722, 723, 765, 774-783

Contrôle judiciaire : 84, 170, 202, 246, 267, 270, 277, 290-297, 309, 574
 Contrôle de légalité : 43, 367, 369
 Conversion de la peine : 736, 737, 752, 756, 827, 829, 867
 Correctionnalisation judiciaire : 418, 419, 506, 507
 Cosaisine : 153, 155, 157, 158, 162, 164, 169, 175, 177-179, 180, 184
 Cour criminelle départementale : 184, 441, 442, 466, 500-503, 505-507, 558
 Cour d’assises : 20, 31, 410-412, 414-420, 422, 423, 425-427, 429, 434, 436, 438-442, 453, 458, 466, 471-475, 477, 484, 500, 502, 503, 505-508, 521, 522, 529, 566, 577, 643, 698, 841, 859, 862, 863
 Criminalité organisée (délinquance organisée) : 99, 101, 103, 106, 112, 126, 200, 201, 208, 223, 249, 250, 302, 318-321, 323, 327, 329, 332, 336-338, 376, 470, 477

– D –

DataJust : 960, 961, 964
 Débat contradictoire : 110, 112, 130, 265, 274, 277-280, 546, 557, 620, 663, 704, 707, 710, 924, 932, 948, 951, 952, 970, 984, 1024
 Délai raisonnable : 7, 26, 28, 41, 70, 416, 418, 612, 618, 1009
 Délibéré : 280, 420, 436, 506, 516
 Désistance : 664, 716, 718, 719, 730, 761, 778, 801, 805, 806, 814, 816, 840, 845, 853, 855, 864, 872, 876, 900, 937, 938, 951, 967, 1006, 1007
 Dessaisissement : 178, 184, 207, 231, 241, 492, 992
 Dignité des conditions de détention : 264, 282, 286-288, 806, 824
 Dossier unique de personnalité : 582, 601, 603, 606, 743
 Double degré de juridiction : 272, 273, 412

– E –

École Nationale de la Magistrature : 54, 183

Enfance délinquante : 521, 566, 567, 575, 577, 579-581, 586, 588, 589, 592, 593, 610

Enquête

- de flagrance : 100, 102, 106, 114, 319, 320, 330, 333, 337, 338
- préliminaire : 103, 106, 116, 209, 323, 330, 333, 338

Enregistrement : 96, 97, 100, 321, 323, 333, 529, 531, 644, 856

États généraux de la Justice : 212, 1035

État d'urgence : 199, 200, 203, 279, 284, 344, 347, 358, 359, 361, 363, 366-369, 375, 382, 831, 942, 960, 1019, 1022

– F –

Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT) : 944

Fouille : 40, 352, 353, 806, 807

– G –

Garanties du procès équitable : 107, 208, 249, 251, 276, 281, 484, 662, 681, 695, 932, 988, 1011

Géolocalisation : 101, 201, 245, 317, 319, 320, 323, 325-329, 796

– H –

Huis clos : 29, 279, 518, 522-524, 531, 579

– I –

Équipement terminal (et IMSI-catcher) : 103, 332-334, 941

Inamovibilité : 11-13, 37, 304, 441, 456

Individualisation (ou personnalisation) de la peine : 391, 394, 440, 475, 579,

621, 639, 641, 642, 664, 681, 686, 695-698, 716, 726, 730, 732, 739, 743, 772, 775, 777, 778, 780-782, 784, 791, 792, 796, 831, 842, 864, 876, 892, 893, 899, 901, 902, 911, 934, 944, 953, 966, 967, 972, 988, 991, 993, 1000, 1002, 1007, 1018, 1019, 1026, 1028

Indivisibilité du ministère public : 36, 221, 237, 926

Injonction pénale : 644, 1000

Inquisitoire (procédure) : 136

Interception de correspondances : 98, 99, 327

Intime conviction : 422, 423, 427, 430, 431, 433, 434, 506

– J –

Juge professionnel : 408, 409, 414, 447, 449, 450, 456, 458, 460, 463, 466, 502

Juge de proximité : 444-466

Juge unique : 30, 143, 171, 176, 177, 183, 397, 449, 498-500, 521, 558, 635, 671, 884

Juridiction spécialisée : 858, 888, 1014

Justice prédictive : 947, 956, 958, 962, 963, 967, 969-972, 508-517,

Justice restaurative : 593, 870, 871, 874-877, 879-883

– L –

Liberté conditionnelle : 785, 979

Lieutenant criminel : 57, 193

Loyauté : 21, 149, 1037

Lutte contre le terrorisme : 112, 198, 201, 239, 244, 246, 247, 355, 887, 935, 937, 943

– M –

Magistrat à titre temporaire : 446, 447, 458-463, 465, 466

Maintien de l'ordre : 358, 361, 904, 940, 945, 951

Mandat d'arrêt européen : 14, 15, 17, 223

Médiation pénale : 590, 965, 989

Mesures d'administration judiciaire : **669, 673, 679, 681, 682, 703, 707, 952**
 Mesures administratives : **343, 344, 356, 361, 364, 365, 367, 370, 371, 378, 385**

Mesures de sûreté : **202, 356, 690, 839, 840, 850, 851, 854, 856, 857, 859, 864, 865, 867-869, 884, 886, 940, 943, 944, 990**

Mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) : **344, 351, 355, 356**

Minorité : **29, 279, 350, 468, 521, 562, 566, 568, 575, 589, 593, 605, 813**

– N –

Neutralité du juge : **22, 128, 140, 143, 147, 504, 970**

Nomination : **12, 13, 36, 239, 304, 305, 453**

Non bis in idem : **32, 1008, 1010**

Nullité : **71, 73, 80, 135, 281, 437**

– O –

Opportunité des poursuites : **117, 119, 244, 370, 743, 986**

Oralité des débats : **420, 424, 475, 504, 507**

Ordonnance pénale : **630, 632, 635, 638, 642, 652**

– P –

Période de sûreté : **712, 839-844, 847-850, 867, 893**

Perquisition

- administrative : **362-367**

- judiciaire : **363-365, 367, 371**

Personne morale : **210, 358, 493, 798, 1020**

Pluralité : **169, 175-177, 179-181, 217, 498**

Pôles de l'instruction : **153, 155, 157, 164, 166, 167, 175, 176, 177, 184**

Préfet : **203, 354, 362, 366**

Prévention de la récidive : **345, 687, 715, 717, 730, 762, 778, 825, 832, 850,**

869, 872, 877, 913, 915, 921, 929, 930, 967, 968, 972, 1027

Principes directeurs du procès pénal : **4, 33, 593, 595, 876, 881, 976, 991**

Publicité : **3, 29, 45, 122, 125, 130-132, 279, 406, 498, 517-519, 521-524, 527, 530, 532, 536, 537, 540, 548, 549, 552, 557, 561, 577, 578, 617, 620, 645, 648, 653, 655, 679, 980, 1006, 1037**

– Q –

Question prioritaire de constitutionnalité : **130, 200, 272, 276, 284, 428, 480, 483, 542, 572, 624, 711**

– R –

Recadrage (pratique du) : **708, 709, 759, 790**

Reclassement social : **590, 722, 761, 786, 805, 986**

Relèvement, rééducation du mineur : **521, 564, 568, 580, 589, 603, 712**

Renseignement pénitentiaire : **941, 944, 945**

Réquisitoire : **65-67, 71, 72, 74, 89-92, 127, 164**

Rétention de sûreté : **690, 858-865, 868**

– S –

Sanctions administratives : **201, 1005, 1008**

Secret de l'instruction : **121-123, 125-129, 132, 134-136, 189**

Serment : **89, 233, 701, 1035**

Sonorisations : **97, 103, 201, 208, 328, 329, 332, 334, 549**

Spécialisation des magistrats : **206, 407, 566, 889, 938**

Stage : **590, 590, 591, 759**

Subordination hiérarchique : **12, 13, 48, 150, 237, 240, 257, 281, 997**

Sursis avec mise à l'épreuve : **596, 689, 698, 699, 700, 711, 719-723, 727, 765, 775, 777, 778, 780, 798, 815, 886, 916, 929**

– T –

Techniques spéciales d'enquête : **97, 100, 103, 104, 208, 209, 316, 327, 329-332, 334-336, 359**

Travail d'intérêt général : **589, 590, 722, 727, 737, 745, 752-757, 760, 761, 774, 778, 789, 798, 963, 990, 991**

Tribunal de l'application des peines : **345, 662, 691, 704, 850, 852, 857**

Tribunaux maritimes commerciaux : **479, 480, 484, 486, 556**

– V –

Vidéosurveillance : **839, 942**

Visioconférence, Vidéo-audience : **29, 279, 527, 533-535, 537-541, 543-547, 558**

Visites domiciliaires (et saisies) : **40, 106, 337, 338, 344, 359-354, 367, 374, 385, 777, 814, 917**

Voies de recours : **306, 372, 546, 551, 671, 673, 685, 697, 704, 898, 924**

Table des matières

<i>Avertissement</i>	3
<i>Remerciements</i>	5
<i>Principaux sigles et abréviations</i>	10
<i>Sommaire</i>	17
INTRODUCTION	20
I – Une identité européenne	21
A) Les qualités impérieuses.....	22
1. L'indépendance du juge pénal	23
2. L'impartialité du juge pénal	29
B) Les qualités dérivées	33
II – Une identité nationale	40
A) Le modèle du Conseil constitutionnel.....	40
B) Le modèle de la chambre criminelle.....	44
C) Le modèle consensuel.....	48
PARTIE 1 – L'IDENTITÉ DÉTRUITE	52
TITRE 1 – LE JUGE D'INSTRUCTION, JUGE DÉCHU	54
CHAPITRE 1 : UN POUVOIR CONFINÉ	57
Section 1 : Un juge puissant	57
Paragraphe I – Un acteur éminent de l'enquête judiciaire.....	58
A) Une autonomie décisionnelle.....	58
1. La liberté dans la conduite des investigations	58
2. Les obligations au regard de l'équité procédurale	66
B) Des compétences exclusives	75
1. À l'égard des parties	75
2. Au regard des investigations	85
Paragraphe II – Un cadre protecteur des garanties fondamentales.....	96
A) Le contrepoids de l'enquête de police.....	97
B) Le poids du secret de l'instruction	114
1. La force du secret.....	115
2. Le recul du secret.....	125
Conclusion de la section 1.....	132

Section 2 : Un juge déviant	134
Paragraphe I – Une identité confuse.....	134
A) Une instruction menaçante	134
B) Une instruction menacée.....	139
Paragraphe II – Une identité isolée	143
A) Un projet ambitieux : la collégialité.....	143
1. Collégialité et mots politiques	144
2. Collégialité et maux politiques	148
B) Une réalité modeste : la pluralité	154
1. L’abandon de la collégialité	154
2. Le maintien de la cosaisine	157
Conclusion de la section 2.....	161
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	163
CHAPITRE 2 : UN POUVOIR CONFISQUÉ	165
Section 1 : Le jeu des procédures dérogatoires	166
Paragraphe I – La surveillance pénale	168
Paragraphe II – La surspécialisation procédurale	175
Conclusion de la section 1.....	180
Section 2 : Les enjeux du parquet européen.....	181
Paragraphe I – Un enquêteur prioritaire	182
A) Un modèle inédit.....	182
B) Une autorité juridictionnelle	191
Paragraphe II – Un enquêteur indépendant.....	196
A) L’extension nationale du modèle	196
B) La disparition du juge d’instruction	201
Conclusion de la section 2.....	206
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	208
CONCLUSION DU TITRE 1	210
TITRE 2 – LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION, JUGE PROMU..	212
CHAPITRE 1 : UN ATOUT	214
Section 1 : Un juge légitime	215
Paragraphe I – Le contrôle de la détention provisoire.....	215
A) Le juge de la liberté.....	215
1. L’apport d’un second regard.....	216
2. Le renfort du contradictoire.....	224
B) Le juge de la dignité	232
Paragraphe II – Le contrôle de la coercition.....	238
Conclusion de la section 1.....	246
Section 2 : Un juge autonome	247
Conclusion de la section 2.....	253

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	255
CHAPITRE 2 : UN ALIBI	257
Section 1 : La caution des procédures dérogatoires.....	258
Paragraphe I – La généralisation des technologies intrusives	259
A) La porosité des cadres d’enquête	259
B) L’étanchéité jurisprudentielle	265
Paragraphe II – L’extension des techniques spéciales et communes d’enquête	270
A) La dissémination des techniques spéciales	270
1. La tentative législative	270
2. La censure constitutionnelle	273
B) La dilatation des mesures communes	275
Conclusion de la section 1.....	278
Section 2 : La caution des mesures de police administrative.....	278
Paragraphe I – Le contrôle judiciaire évité.....	279
A) La pérennisation de l’urgence.....	279
B) Le dessaisissement du juge judiciaire.....	283
Paragraphe II – Le contrôle judiciaire retrouvé	293
A) Une compétence judiciaire parcellaire	293
B) Une compétence jurisprudentielle plénière.....	299
Conclusion de la section 2.....	305
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	307
CONCLUSION DU TITRE 2	309
<i>CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....</i>	<i>311</i>
<i>PARTIE 2 – L’IDENTITÉ DEVOYÉE.....</i>	<i>313</i>
TITRE 1 – LE JUGE DU PROCÈS, JUGE ASSIÉGÉ	317
CHAPITRE 1 : UNE STABILITE APPARENTE.....	319
Section 1 : La mixité des juges - une plasticité visible	320
Paragraphe I – La valorisation du jugement - Un profil malléable	321
A) La popularité du juge, une qualité discutée	321
1. L’abandon d’une infaillibilité du jury criminel	322
2. La motivation imposée au juge criminel	330
B) La proximité du juge, une qualité contestée	344
1. Une exigence qualitative	346
2. Une exigence quantitative	353
Paragraphe II – La virtuosité du jugement - Des compétences ajustables.....	359
A) Le procès terroriste : une déformation ponctuelle	360
B) Le procès maritime : une consolidation pérenne.....	366
1. Le juge maritime : un spécialiste indépendant et impartial.....	367

2. Le juge maritime : un spécialiste aux pouvoirs étendus	371
Conclusion de la section 1.....	376
Section 2 : La diversité des modes de jugement - une flexibilité perceptible	377
Paragraphe I – Juger seul ou à plusieurs, une alternance menacée	377
A) L'érosion de la collégialité.....	378
B) La montée du juge unique.....	386
Paragraphe II – Juger publiquement ou en secret, une prérogative éprouvée.....	389
A) L'aménagement du débat judiciaire	389
B) La modernisation du débat judiciaire	393
Conclusion de la section 2.....	414
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	415
CHAPITRE 2 : UN AFFAIBLISSEMENT AVÉRÉ	417
Section 1 : L'affaiblissement interne.....	418
Paragraphe I – L'autonomie du rôle du juge des enfants	419
A) Le défaut d'impartialité.....	419
B) Le principe de continuité personnelle.....	427
Paragraphe II – L'amenuisement des compétences du juge des enfants	433
A) Des pouvoirs restreints	434
B) Des pouvoirs concurrencés	443
Conclusion de la section 1.....	454
Section 2 : L'affaiblissement externe	455
Paragraphe I – La justice négociée.....	456
A) L'amoindrissement des garanties juridictionnelles.....	456
B) L'évolution croisée entre siège et parquet.....	464
Paragraphe II – La justice automatisée.....	472
A) La fin de l'intervention du juge	472
B) L'administration de la sanction pénale.....	478
Conclusion de la section 2.....	484
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	486
CONCLUSION DU TITRE 1	488
TITRE 2 – LE JUGE DE L'APPLICATION DES PEINES, JUGE NEUTRALISÉ .	490
CHAPITRE 1 : LE JUGE PARALYSÉ	493
Section 1 : Un pouvoir exorbitant.....	495
Paragraphe I – Une nature juridictionnelle	495
A) Des gages d'équité	496
B) L'équité, une gageure	511
Paragraphe II – Une culture de la désistance	525
A) Des méthodes « thérapeutiques »	525
B) Des mesures dynamiques	535
1. Un juge occasionnel	536

a) L'aménagement de la peine.....	536
b) La conversion de la peine	542
c) Le contrôle de la peine.....	545
2. Un aménagement automatique.....	552
Conclusion de la section 1.....	557
Section 2 : Des capacités réduites	557
Paragraphe I – La marginalité des mesures	558
A) Au dehors.....	558
1. Le défaut structurel des mesures.....	558
2. Le défaut conceptuel des mesures.....	567
B) Au dedans	580
1. La désinsertion renforcée	580
2. L'indignité sanctionnée.....	593
Paragraphe II – La marginalisation du juge.....	608
A) La marginalisation par l'irruption du danger.....	608
1. Un devoir général de prévention.....	609
2. Un devoir particulier de prévention	612
a) Le juge marginalisé par la période de sûreté - la persistance de la dangerosité	612
b) Le juge marginalisé par les mesures de sûreté - la résistance des condamnés.....	621
B) La marginalisation par l'intrusion de la victime	635
1. La place déficitaire de la restauration	636
a) La réparation, mesure de sanction	636
b) La restauration, outil de réinsertion	638
2. La présence excédentaire de la victime.....	647
Conclusion de la section 2.....	657
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	658
CHAPITRE 2 : LE JUGE CONTOURNÉ	660
Section 1 : L'identité niée	660
Paragraphe I – L'instrumentalisation du pouvoir judiciaire	661
A) Décrets et circulaires : instruments de l'administration pénitentiaire.....	661
B) La loi : instrument au service des établissements pénitentiaires.....	670
1) Le droit de simplifier	670
2) Le devoir de renseigner.....	683
Paragraphe II – La manipulation du pouvoir judiciaire.....	696
A) La justice disciplinaire	696
B) La justice prédictive	703
1) L'espoir de prédiction.....	704
2) Les dangers de l'uniformité	711
Conclusion de la section 1.....	720

Section 2 : L’identité usurpée	720
Paragraphe I – Par une autorité judiciaire non indépendante	721
A) Un relais à l’aménagement de peine.....	721
B) Un substitut à l’individualisation de la sanction	729
Paragraphe II – Par des autorités indépendantes non judiciaires	738
A) La contractualisation de la répression	738
B) La nouvelle garde des libertés individuelles.....	755
Conclusion de la section 2.....	764
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	765
CONCLUSION DU TITRE 2	767
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	770
CONCLUSION GÉNÉRALE	773
Bibliographie	779
Table des annexes	923
Index	928
Table des matières	934

Résumé :

Les mutations identitaires du juge pénal

« Sous quarante degrés, il n'y a plus de loi, mais sous cinquante degrés, il n'y a plus de Dieu ». Ainsi les marins conjurent-ils le sort, lorsqu'ils font face aux vents les plus violents. La procédure pénale française, confrontée à des vagues de réformes incessantes, cherche éperdument son identité. À travers elle, entre Dieu et la loi, se tient le juge pénal. De l'enquête au procès et jusqu'à l'application de la peine, il organise la répression des infractions à la manière d'un véritable maître d'œuvre. Aussi est-il question de l'intervention du juge pénal à chaque étape procédurale. Mais, à pas feutrés ou à grand bruit, de nouvelles formes altèrent son identité. Dans ces entrelacs de pouvoirs, apparaissent des visages, des figures, et des figurants. Les corps et les esprits qui viennent hanter la scène judiciaire, auxquels peut s'ajouter le trouble né du décor tout entier, génèrent un doute sur sa personnalité. En définitive, le juge pénal est partout, tout le temps, sans que l'on sache précisément le reconnaître. À partir des qualités substantielles qui sont unanimement reconnues au modèle choisi - le juge du siège -, cette étude se propose d'évaluer les mutations identitaires qu'il subit. Et la métamorphose est telle, parfois, que sa nouvelle physionomie semble méconnaissable. Difforme, le juge pénal parvient-il encore à assurer le même niveau de garanties auprès des justiciables ? Au gré des traits caractéristiques qui sont les siens, il convient de vérifier le respect d'un procès équitable, à l'heure où l'urgence semble justifier toutes les déviances. Loin d'être anodines, les innombrables transformations consenties défigurent l'acteur le plus emblématique de la procédure pénale, au point de s'interroger sur l'émergence d'une nouvelle identité judiciaire.

Descripteurs : Identité, mutation, juge pénal, juge du siège, magistrat du parquet, procès équitable, droits fondamentaux, autorité judiciaire, autorité administrative, indépendance, impartialité, collégialité, professionnalisme, autorité de la chose jugée.

Title and Abstract:***The identity transformations of the criminal judge***

“South of forty degrees latitude, there is no more law, but south of fifty degrees there is no more God”. With this proverb, sailors ward off fate when facing the strongest winds. French criminal procedure, faced with ceaseless waves of reforms, is desperately seeking its identity. Through it, between God and the law, stands the criminal judge. From the investigation to the trial and up to the enforcement of the sentence, he organizes the enforcement of the law like an orchestra conductor, with his intervention required at each procedural stage. But, quietly or with great fanfare, the identity of the criminal judge is being altered, creating an interlacing of power in which new faces, figures and secondary players start to appear. The frames and spirits coming to haunt the judicial scene, to which may be added the disturbance of the entire setting, cast doubts on the criminal judge’s identity. Ultimately, the criminal judge is everywhere, all the time, whilst his status remains elusive. Based on the unanimously recognized qualities of the sitting judge as a study model, this thesis aims to assess the identity shifts to which the criminal judge has been subjected. And the metamorphosis is, at times, such that this new identity has become unrecognizable. His role being distorted, does the criminal judge still manage to provide the same level of guarantees to litigants? Depending on the criminal judge’s characteristic traits and at a time when urgency seems to justify all deviations, compliance with a fair trial needs to be verified. Far from being trivial, the countless transformations incurred by the criminal judge have disfigured this most emblematic actor in criminal proceedings, to the point of raising the question of the emergence of a new judicial identity.

Keywords: Identity, transformation, criminal judge, sitting judge, public prosecutor, fair trial, fundamental rights, judicial authority, administrative authority, independence, impartiality, collegiality, professionalism, res judicata.

