



**AVANT-PROJET DE RÉFORME
DE LA PROCÉDURE PÉNALE :**

**le cent fautes
de la Chancellerie**

Syndicat de la magistrature
12-14, rue Charles Fourier - 75013 Paris
Tél. : 01 48 05 47 88 - Fax : 01 47 00 16 05
Mail : syndicat.magistrature@wanadoo.fr
site : www.syndicat-magistrature.org

Paris, le 20 avril 2010

Début septembre 2009, lorsque le « comité de réflexion sur la justice pénale » présidé par Philippe Léger a remis à Michèle Alliot-Marie son rapport définitif (et définitivement mauvais), l'embarras de la Chancellerie était perceptible : il allait falloir travailler dur...

Six mois plus tard, le 2 mars dernier, la garde des Sceaux a rendu public son « avant-projet du futur code de procédure pénale », document de 225 pages censé « refonder notre procédure pénale »... sur des sables mouvants.

Tout a été dit sur la composition éminemment partisane du comité Léger, l'extrême faiblesse de ses analyses, le discours surréaliste du chef de l'Etat devant la Cour de cassation, la quasi-clandestinité des « groupes de travail » constitués autour de la ministre de la Justice, ses promesses de dialogue non tenues, son refus obstiné d'aborder la question cruciale du statut du parquet, son incapacité à tenir compte des vives protestations émanant de l'ensemble du monde judiciaire ou encore ses vaines tentatives de diversion sur le terrain de la déontologie des magistrats.

Dans quelques jours, la prétendue « concertation » lancée par Michèle Alliot-Marie prendra fin, dans un contexte on ne peut moins favorable à la Chancellerie. Les trois syndicats de magistrats, le Syndicat des avocats de France et l'Association française des magistrats instructeurs ont quitté la table - nettement bancal - des négociations, les motions de défiance fleurissent dans les juridictions (jusqu'à la Cour de cassation !), Maître Henri Leclerc a claqué la porte de l'équipe « technique » chargée d'épauler la ministre, le Président de la République et le Premier ministre ont pris leurs distances avec ce dossier politiquement sensible, la perplexité voire le désir de dissidence se font de plus en plus sentir dans les rangs de la majorité et le calendrier annoncé paraît de moins en moins tenable.

Il serait tentant de s'en contenter, mais l'enjeu est trop important. Au-delà de la dénonciation de la « méthode » et des présupposés de cet avant-projet qui en ont vicié l'architecture, nous avons souhaité nous livrer à une analyse minutieuse du texte, conscients que le diable gît toujours

dans les détails... Nous avons ainsi pu prendre la mesure des errements de la Chancellerie. Inconséquences, incohérences, déséquilibres, oublis, imprécisions, discrets reculs, graves régressions, fausses avancées, demi-mesures, insuffisances, tout y est !

Fondamentalement, la justice pénale qui se dessine en transparence de cet avant-projet est très éloignée de la « modernité » affichée par Michèle Alliot-Marie.

Sur le site internet du gouvernement, il est affirmé que ce texte :

- « consacre une véritable séparation entre l'autorité d'enquête et la fonction de contrôle de l'enquête » ;
- « favorise une réelle égalité entre tous les citoyens » ;
- « garantit l'effectivité d'une procédure contradictoire pour l'ensemble des enquêtes » ;
- « modernise le régime de la garde à vue pour mieux garantir les droits de la défense » ;
- « garantit à l'enquête pénale toute son efficacité ».

« **Et si c'était faux ?** », comme le dirait le porte-parole du ministère de la Justice. Nous avons recensé les 100 principales dispositions qui nous en ont convaincus. La confusion des rôles, l'inégalité des armes, la dimension purement formelle des garanties prévues caractérisent le système imaginé à la hâte par la Chancellerie, qui s'apparente au surplus à une usine à gaz dont le fonctionnement serait difficile à comprendre pour les justiciables.

Le présent document constitue en quelque sorte un guide de lecture critique de « l'œuvre » ministérielle, dont nous contestons toujours les fondements mêmes. Il n'a pas vocation à rappeler les propositions précises dont le Syndicat de la magistrature est par ailleurs porteur et qui sont connues depuis longtemps. Il serait en effet incongru de présenter un projet idéal en cette période si peu propice à la réinvention véritable de notre justice pénale... Quant à nos suggestions d'amendements, nous les formulerons le cas échéant au Parlement, lieu privilégié de l'élaboration de la loi en démocratie.

En tout cas, il n'est pas douteux que si la Chancellerie avait entrepris un travail sérieux, éclairé par des opinions diverses, à l'instar de la commission présidée par Mireille Delmas-Marty en 1990, le résultat aurait été d'une autre qualité...

Des principes affichés...

pour mieux s'en affranchir

Article 111-1 : où l'on apprend que « *la procédure pénale a pour finalité d'assurer la répression des infractions à la loi pénale* » : la procédure pénale n'a jamais eu et ne saurait avoir pour but d'assurer la répression (c'est l'objet du droit pénal) ; elle a seulement pour objet la détermination des règles fixant les conditions et limites dans lesquelles s'exerce la répression, ces règles pouvant même, souvent, faire obstacle à la répression, chaque fois qu'il s'agit d'imposer des garde-fous dans la conduite des poursuites. Décidément, ça commence mal : le tout répressif vient même contaminer le vocabulaire !

Article 111-2 : le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement vient à peine d'être énoncé à l'article 4 comme constituant un principe fondamental de la procédure pénale, qu'il est immédiatement abandonné par la disposition qui permet aux autorités de poursuite (« *chargées de l'action pénale* ») de déterminer la peine en matière délictuelle et contraventionnelle « *dès lors qu'il y a consentement ou absence d'opposition des intéressés et qu'il n'est pas porté atteinte aux libertés individuelles* » : les bonnes résolutions ne durent vraiment pas longtemps !

Article 111-3 : les investigations et débats, indifféremment menés par les magistrats du siège et du parquet, « *sont conduits à charge et à décharge* ». L'affirmation d'une capacité du parquet à instruire autant à décharge qu'à charge, alors qu'il demeure fondamentalement l'autorité de poursuite, constitue l'une des impostures majeures qui vicie l'ensemble du dispositif. Dans une moindre mesure, s'agissant des affaires sensibles, il est permis de s'interroger sur l'aptitude du parquet à mener des investigations poussées quand on observe la façon dont il se comporte aujourd'hui dans ces dossiers...

Article 112-4 : en prévoyant qu'une personne suspectée « *ne peut faire l'objet de mesures de contrainte que sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire* », cette disposition fait évidemment l'impasse sur l'arrêt Medvedyev c/France du 29 mars 2010, aux termes duquel une autorité judiciaire « *doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'elle puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public* » : qu'il s'agisse du contrôle de la garde à vue ou de la délivrance des mandats, le procureur de la République est d'ores et déjà disqualifié, ce que le projet refuse obstinément d'admettre et dissimule pudiquement derrière l'affichage de principes généraux.

Article 113-4 : sur l'interdiction de prononcer une condamnation sur le seul fondement des déclarations faites sans l'assistance d'un avocat : le principe est trop restreint et donc sans portée. En effet, il y aura toujours un élément autre que les déclarations au soutien d'une condamnation, ne serait-ce que le motif ayant conduit les enquêteurs à placer en garde à vue. La Cour européenne des droits de l'Homme dit quant à elle qu'une condamnation ne peut être prononcée « *essentiellement* » sur le fondement des déclarations faites sans l'assistance d'un avocat, ce qui est plus protecteur. Décidément, même quand elle fait mine de tirer les conséquences de la jurisprudence européenne, la Chancellerie ne peut s'empêcher d'y ajouter sa touche restrictive ! En définitive, cette disposition apparaît comme une discrète tentative de justifier l'absence d'avocat pendant les auditions effectuées au cours de la première partie de la garde à vue, elle-même contraire à l'esprit de plusieurs arrêts récents de la Cour de Strasbourg.

Article 113-7 : en prévoyant la mention des questions sur les procès-verbaux d'interrogatoire sans en sanctionner le non-respect, cet article organise sa propre neutralisation.

Article 132-16 : sur le régime et les conséquences des nullités, le projet apporte de nouvelles restrictions : l'annulation n'a de conséquence que sur les actes ultérieurs qui ont pour support « *exclusif*

et nécessaire » l'acte annulé. Les décisions de jurisprudence parlent parfois de support « *nécessaire* », parfois de support « *exclusif* », très rarement des deux à la fois. La Chancellerie croit nécessaire de restreindre encore la portée d'annulations pourtant si rares...

Article 132-23 : la limitation du port des menottes n'est qu'une pétition de principe s'il n'est pas précisé dans la loi que toute instruction contraire est nulle, et qu'aucune procédure disciplinaire ne pourra être engagée contre des policiers qui auraient décidé de ne pas soumettre une personne au port des menottes alors qu'aucun indice sérieux ne laissait présager un danger ou un risque de fuite.

■ ANALYSE

En reprenant à son compte les principes fondamentaux figurant dans l'actuel CPP et en affichant un certain nombre de règles communes à l'ensemble de la procédure pénale, le projet tente de donner à la réforme une façade vertueuse. La tentative n'est toutefois guère convaincante :

- l'intangibilité de l'actuel statut du parquet, érigée en dogme, vicie le futur code dans ses fondements mêmes et décrédibilise l'intention affirmée d'une procédure impartiale, indépendante et équitable ;
- plusieurs de ces dispositions générales sont dépourvues des précisions ou mécanismes qui pourraient seuls en garantir l'effectivité ;
- certains de ces principes sont même immédiatement contredits ou abandonnés à la faveur d'autres dispositions générales par lesquelles sont discrètement ménagées de commodes possibilités de dérogation...

JEL, TEL, ChEL :

des garanties statutaires insuffisantes

Actes d'enquête : une part importante de la réforme annoncée n'a pas encore été présentée. Ainsi, il est impossible d'avoir une vision d'ensemble de son économie. En particulier, la majeure partie du titre II portant sur « *les mesures de l'enquête* » n'a toujours pas été rédigée, alors qu'elle porte sur des actes aussi essentiels que les auditions et interrogatoires, les fichiers de police judiciaire, les perquisitions ou encore les mandats. Pourtant, il est fondamental de savoir qui sera compétent dans ces matières. Notamment, il importe de connaître l'étendue exacte des pouvoirs du JEL en regard de ceux du parquet, particulièrement après l'arrêt Medvedyev !

Articles 211-8 : une enquête ne sera suivie par un seul JEL que lorsque celui-ci aura été désigné pour statuer sur une demande de détention provisoire ou de contrôle judiciaire. En refusant de poser le principe absolu qu'un seul JEL doit intervenir dans chaque dossier, cette disposition permet des stratégies de contournement de ce magistrat par le parquet et ainsi affaiblit considérablement la position du JEL et sa capacité à contrôler réellement les enquêtes.

Article 211-10 : le JEL peut être dessaisi par le président du tribunal dans l'intérêt d'une bonne

administration de la justice, à la demande du parquet agissant soit d'office, soit à la demande des parties. Le fait que les parties doivent passer par le filtre du parquet pour obtenir un tel dessaisissement est évidemment contraire au principe d'égalité des armes, dont l'effectivité devrait être d'autant plus importante que la nouvelle procédure pénale se teinte d'accusatoire.

Article 211-11 : la décision de dessaisissement est une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours. C'est déjà le cas aujourd'hui concernant les juges d'instruction, mais cela n'est plus concevable dans un système où le parquet sera placé sous le contrôle du futur JEL. Mireille Delmas-Marty a récemment observé avec raison : « *Que le contrôlé puisse demander le dessaisissement de son contrôleur risque d'affaiblir considérablement la stature du juge* ». Cette stature sera d'autant plus affaiblie que la décision de dessaisissement ne sera pas une décision juridictionnelle.

Article 211-12 : un JEL qui aurait prolongé une garde à vue, autorisé une écoute téléphonique ou une perquisition pourrait faire partie de la juridiction de jugement du dossier concerné. Cet allègement du régime des incompatibilités est manifestement contraire à l'article 6 de la CEDH sur le droit à un procès équitable devant une juridiction impartiale. Par ailleurs, il n'est pas conforme au principe fondamental de séparation des autorités d'enquête et de jugement.

Article 211-13 : le texte prévoit que le président du TEL n'est pas forcément un JEL, ce qui en dit long sur l'absence de spécialisation de cette juridiction. L'un des assesseurs peut être un juge de proximité, ce qui en dit encore plus long...

Article 211-14 : il n'y aura pas nécessairement un TEL par TGI. En pratique, cette disposition dissuadera le JEL de saisir le TEL, compte tenu des contraintes matérielles que cette démarche présentera, en particulier l'acheminement du dossier de TGI en TGI. En outre, cette organisation est nuisible au suivi de l'enquête par le procureur de la République puisque le procureur qui dirigera l'enquête ne sera pas celui qui ira requérir devant le TEL situé dans un autre tribunal...

Article 211-20 : maintien du filtre du président de la ChEL, qui a le pouvoir, par décision insusceptible de recours, de ne pas saisir la chambre. La persistance de cet appréciation à juge unique en appel n'est pas de nature à garantir l'examen des demandes des parties par une collégialité de magistrats...

Article 231-10 : les observations « *en raison de son comportement dans l'exercice d'une mission de police judiciaire* » que le procureur général peut faire à un OPJ sont faites d'office ou à la demande du procureur de la République. Aucune initiative n'est donnée au JEL, ni au TEL dans ce domaine, ce qui est dit long sur la neutralisation de ces instances, pourtant chargées de contrôler l'enquête...

Article 231-13 : en matière de discipline des OPJ, la ChEL est saisie par le procureur général ou par son président. Encore une fois, il n'est pas prévu que le JEL ou le TEL puissent intervenir, alors même qu'ils auront pu avoir connaissance de dysfonctionnements lors de l'examen des procédures.

Article 327-9 : la prolongation de garde à vue est décidée par le procureur. Or, si l'on tire les conséquences de l'arrêt Medvedyev, cette décision devrait relever du JEL, c'est-à-dire d'une autorité judiciaire « *qui doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties* », ce qui exclut une autorité qui « *puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public* ».

Articles 332-9 et suivants : le JEL, saisi par le procureur, peut prononcer l'hospitalisation d'office en cas d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. S'il ne le fait pas, le préfet dispose d'une compétence concurrente et pourra donc prononcer lui-même cette mesure... qui pourra être contestée devant le JEL ! Ou comment faire du préfet un recours contre le JEL, lui-même susceptible d'appel... devant le JEL.

Articles 343-6 et suivants : sur les possibilités d'évocation par la ChEL. L'actuelle chambre

de l'instruction possède déjà ce pouvoir et ne l'utilise quasiment pas, faute de temps, ce qui donne une idée de l'usage qui en sera fait à l'avenir. Ce mécanisme est le seul qui permet de retirer la direction de l'enquête à un parquet défaillant ; il est de fait voué à l'inefficacité...

Articles 343-7 et suivants : s'agissant de cette évocation, le maintien du filtre du président de la ChEL, qui peut décider de ne pas saisir la juridiction si la demande d'évocation « *n'est manifestement pas fondée* », est encore de nature à en restreindre la mise en œuvre.

Article 343-8 : seule la ChEL peut réaliser l'enquête lorsqu'elle évoque un dossier, totalement ou partiellement. Elle ne peut pas désigner le JEL à cette fin, contrairement à ce que peut faire l'actuelle chambre de l'instruction avec le juge d'instruction. Cela aurait pourtant permis de rendre plus effective cette possibilité d'évocation. Tel n'était visiblement pas l'objectif.

Articles 421-10 et 433-16 : la mainlevée du contrôle judiciaire pourra être ordonnée d'office par le JEL. Cette disposition pose la question fondamentale, mais non réglée par le texte, de savoir qui détiendra effectivement les pièces de la procédure. En effet, on voit mal comment le JEL pourrait ordonner une mainlevée d'office du contrôle judiciaire s'il n'a pas à sa disposition l'original de la procédure ? De même, comment le JEL pourrait-il exercer un contrôle continu de la détention provisoire dans ces conditions ? De façon plus générale, il serait inconcevable que le JEL ne dispose pas de manière permanente des dossiers dont il est saisi, sur lesquels il doit exercer un contrôle, y compris d'initiative.

■ ANALYSE

Le contrôle *réel* des enquêtes par un magistrat indépendant aurait dû constituer le corollaire indispensable de l'attribution au parquet de la direction des enquêtes pénales.

Or, l'avant-projet n'apporte que des garanties insuffisantes, en omettant sciemment de donner au JEL, au TEL et à la ChEL le statut et les pouvoirs leur permettant d'assurer vraiment leur mission de sauvegarde des libertés individuelles.

En face d'un parquet dont les prérogatives sont considérablement renforcées, les juridictions de contrôle ne pèseront finalement pas très lourd...

Un parquet

plus que jamais soumis à l'exécutif

Un premier point : aucune réforme constitutionnelle n'est envisagée, alors qu'il s'agissait d'un préalable indispensable. C'est évidemment par la Constitution qu'il faut commencer lorsqu'on veut bâtir une réforme cohérente.

Article 221-1 : cet article introduit une modification aussi discrète que fondamentale s'agissant de

la politique d'action publique. Dans le droit actuel, celle-ci, après avoir été « *déterminée par le gouvernement* », est « *conduite* » par le garde des Sceaux au niveau national (article 30 du CPP), puis par les procureurs de la République au niveau local dans le cadre d'une action animée et coordonnée par les procureurs généraux (article 35). Désormais, il est seulement indiqué que « *le ministère public met en œuvre la politique d'action publique conduite par le ministre de la justice* ». Le message est limpide : la politique d'action publique se définit place Vendôme et nulle part ailleurs. Cette disposition attribue au parquet un rôle d'exécutant subordonné au garde des Sceaux, dans des termes qui sont propres à une administration quelconque. L'article 221-16 enfonce le clou en prévoyant que le procureur exerce ses missions « *dans le cadre de la loi pénale et des instructions générales d'action publique* ».

La politique d'action publique est définie comme la somme de « *l'exercice de l'action pénale, la prévention judiciaire de la délinquance, la direction de la police judiciaire et la prise en compte des intérêts de la société au cours des procédures judiciaires* ». Cette politique étant conduite par le seul garde des Sceaux, on dépossède ainsi les procureurs et les procureurs généraux de toute autonomie dans la définition d'une politique pénale, tant préventive que répressive.

Comment, dès lors, concevoir le ministère public comme une autorité judiciaire qui puise son pouvoir et sa légitimité dans sa capacité à dire le droit à partir de la loi, alors que la nouvelle légitimité est celle d'une autorité délégataire de l'exécutif représenté par le ministre de la justice ? On accentue ainsi subtilement mais sûrement la caporalisation du parquet, dans la droite ligne des circulaires de politique pénale de 2009 qui faisaient d'ailleurs totalement fi des réalités locales.

Article 221-3 : cet article prévoit une modification de la loi organique sur le statut du parquet, dans le sens d'une plus grande subordination hiérarchique : « *Les magistrats du parquet doivent, au cours de la procédure pénale, se conformer aux instructions de leurs chefs hiérarchiques dans les conditions et sous les réserves du présent code* ». On ne saurait être plus clair !

Article 221-3 toujours : la Chancellerie affirme ici simultanément, d'une part, la subordination hiérarchique des magistrats du parquet, qui doivent se conformer aux instructions de leurs chefs et, d'autre part, le devoir de désobéissance qui leur incombe dans l'hypothèse où les instructions individuelles seraient « *contraires à l'exigence de recherche de la manifestation de la vérité et de conduite des investigations à charge et à décharge* ». Sauf que ce devoir est très circonscrit, ce qui *a contrario* rend le devoir de désobéissance plus restreint pour les magistrats du parquet que pour les autres fonctionnaires ! On objectera que l'affirmation de ce devoir pourrait avoir pour effet de rendre les parquetiers davantage conscients des obligations qui s'imposent déjà théoriquement à eux en la matière comme à tout fonctionnaire. Toutefois, qui décidera que des instructions seront contraires « *à la manifestation de la vérité* » et (ou ?) « *à la conduite des investigations à charge et à décharge* » ? Qui tranchera en cas de désaccord entre le substitut et sa hiérarchie ? Ces notions sont par essence très discutables, de sorte que l'exercice de ce devoir de désobéissance apparaît totalement illusoire.

Article 221-4 : le ministre a « *autorité sur tous les magistrats du ministère public* ». La formulation brutale de cet article rend pour le moins hypothétique l'opposition des procureurs de la République à des instructions illégales de la Chancellerie !

Article 221-7 : on aurait pu imaginer que, refusant de modifier le statut du parquet, la Chancellerie en tirerait les conséquences en renonçant à son pouvoir de délivrer des instructions individuelles. Il n'en est rien. L'obligation pour le ministre de motiver ces instructions n'enlève rien au caractère anormal de celles-ci.

Article 221-7 toujours : sur les pièces que le garde des Sceaux peut faire joindre au dossier. Il ne s'agit plus seulement des instructions écrites de poursuite, mais aussi des « *observations écrites portant sur des éléments de fait et de droit* ». Ces observations, que le texte distingue bien des instructions, auront *de facto* une influence non négligeable sur la conduite du parquet dans les procédures. Il s'agit d'une extension de l'emprise du ministère sur les enquêtes.

Article 221-7 encore : le texte prévoit l'interdiction des instructions tendant au classement sans suite. Quid alors des instructions qui tendraient à orienter une procédure en composition pénale, en ordonnance pénale ou en CRPC (dont les champs sont par ailleurs élargis à presque tous les délits), permettant ainsi opportunément de faire échapper le dossier à une audience publique ?

Article 221-7 encore et toujours : négligeant les vrais problèmes, le texte se garde bien d'interdire expressément au garde des Sceaux ou à ses services de donner des instructions qui ne seraient ni écrites ni versées au dossier. Sans doute pour leur permettre de continuer à utiliser leur téléphone...

Article 221-10 : les mêmes observations valent pour les instructions du procureur général.

Article 221-17 : sur la co-signature par le procureur de la République du plan départemental de prévention de la délinquance. Apparemment séduisante, cette nouvelle attribution n'aura pour conséquence que de le lier aux exigences de l'exécutif.

Articles 331-7 et suivants : sur le « *classement judiciaire* ». On comprend mal que certaines décisions de classement (de fait) soient motivées tandis que d'autres (de droit) ne le soient pas, sauf à ce que cette motivation soit destinée à dissuader les parquets de classer pour ces motifs, ainsi qu'on l'observe aujourd'hui en pratique. Par ailleurs, le classement de fait ne peut tenir qu'à des « *circonstances de fait particulières liées à la commission de l'infraction ou à ses conséquences le justifient* », à l'exclusion de raisons liées à la situation personnelle du mis en cause.

■ ANALYSE

Pour le garde des Sceaux, qui n'a cessé de le répéter, il n'est pas possible d'envisager une réforme du statut du parquet parce qu'elle relève de la Constitution. Ce gouvernement a pourtant su engager d'autres réformes constitutionnelles...

Le parquet resterait donc ce qu'il est aujourd'hui et se trouverait même davantage soumis au pouvoir exécutif, assurant à ce dernier un contrôle quasi-absolu de la justice pénale.

La subordination hiérarchique du parquet est ainsi clairement affirmée dans l'article 221-3 du projet : tandis que l'article 33 du Code de procédure pénale se contente aujourd'hui de consacrer la subordination sur le contenu des réquisitions écrites, le nouveau texte impose aux magistrats du parquet, en utilisant un vocabulaire militaire, de se « *conformer aux instructions de leurs chefs hiérarchiques* ».

La politique d'action publique est désormais intégralement placée sous la conduite du garde des Sceaux. Par ailleurs, le texte consacre l'érosion, au profit des préfets, du pouvoir des parquets en matière de prévention de la délinquance.

Dans ce contexte, les dispositions concernant les instructions que le garde des Sceaux peut adresser aux parquets *via* les procureurs généraux prennent tout leur sens : le ministre peut non seulement adresser des instructions générales et individuelles aux magistrats des parquets, mais également les rendre destinataires d'*observations* dont on ignore le statut et la valeur et dont on n'imagine guère que les procureurs ne tiendront pas compte.

Le devoir de désobéissance des parquets fait pâle figure en regard de la multiplication

des cadres d'intervention du ministère dans les procédures pénales : il n'est qu'une traduction - et encore, partielle - de la théorie des ordres illégaux.

Demain comme aujourd'hui, il sera donc presque impossible pour les magistrats du parquet de ne pas déférer aux instructions qui leur auront été adressées, tant en raison de leur statut que par crainte de faire l'objet de poursuites disciplinaires.

Enfin la limitation croissante du pouvoir d'opportunité des poursuites dans un système dont l'objet est de contrôler d'un bout à l'autre de la chaîne la politique pénale et le traitement des affaires individuelles s'inscrit dans la volonté de poursuivre sans discernement, et par l'effet de procédures échappant de plus en plus au juge, les infractions pénales les moins graves.

La question des pouvoirs : glissement inquiétant du siège au parquet

Article 313-21 : c'est le parquet qui décide d'office ou sur demande des parties de diligenter une expertise. L'obligation pour une partie de s'adresser au procureur contrevient directement au principe affiché d'égalité des armes.

Article 313-21 toujours : cet article consacre la possibilité pour les parties de demander au procureur la désignation d'un expert particulier. Le parquet peut toujours désigner l'expert de son choix. Outre que ces dispositions sont contraires au principe de l'égalité des armes, il est évident que le choix de l'expert devrait être de la seule compétence d'un juge impartial, faute de quoi les parties voudront choisir et le parquet choisira des experts dont ils escompteront que les positions leur seront favorables, par exemple en matière psychiatrique. Le doute sera ainsi toujours porté sur l'impartialité des experts. A terme, le fait que les parquetiers et les avocats deviennent, même indirectement pour ces derniers, pourvoyeurs de missions pour certains experts induira entre eux des relations malsaines.

Article 333-18 : en étendant le domaine de la composition pénale à tous les délits sans limitation de quantum, cet article banalise le contournement du juge par le ministère public.

Article 334-38 : cet article étend le domaine de la convocation sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) à tous les délits quelle que soit la peine encourue, à l'exception notamment des délits de presse, des délits politiques et des homicides involontaires. Actuellement, cette procédure n'est envisageable que lorsque la peine encourue est inférieure ou égale à 5 ans. Ainsi, on étend les pouvoirs quasi-juridictionnels du parquet au moment même où on prétend clarifier le rôle de chacun. Il est par ailleurs à noter que la suppression du juge d'instruction induit la possibilité de traiter par la voie de la CRPC l'ensemble des enquêtes pénales - une telle possibilité est aujourd'hui interdite au juge d'instruction, ce qui conduit nécessairement à ce que les affaires les plus sensibles soient jugées en audience correctionnelle.

Article 334-49 : tel qu'il est actuellement rédigé, cet article semble réserver la procédure d'ordon-

nance pénale aux contraventions et aux délits de presse, ce qui serait aberrant s'agissant de ces derniers qui nécessitent particulièrement un traitement contradictoire... On peut cependant craindre que la volonté de la Chancellerie soit encore plus inquiétante : étendre cette procédure (qui concerne aujourd'hui surtout quelques délits routiers et l'usage de stupéfiants) à tous les délits à l'exception des délits de presse. L'extension de cette procédure sans audience avec simple validation des propositions de peine du parquet réduit à la portion congrue le champ de la collégialité, de la publicité et du contradictoire. L'audience ne serait plus que l'exception, le traitement sur dossier devenant le principe.

Article 341-20 : le procureur de la République peut demander au président de la ChEL de mettre fin à l'exécution provisoire d'une décision du JEL. Les autres parties n'ont pas ce pouvoir.

■ ANALYSE

Une fois de plus, on ne peut que déplorer le caractère fragmentaire de la rédaction de cet avant-projet de Code de procédure pénale, qui ne permet pas de se faire une idée précise de l'économie du texte.

Cependant, les éléments déjà connus manifestent un glissement inquiétant des pouvoirs d'un siège indépendant vers un parquet soumis.

Au-delà de cette orientation majeure, ce projet traduit une philosophie biaisée de la procédure pénale : plus que comme un organe de contrôle, le juge est désormais considéré comme la voie d'appel des décisions du parquet. Il s'agit d'un renversement intégral des principes fondamentaux, dans lesquels le magistrat du parquet requiert et le juge tranche.

Dans la nouvelle architecture, le rapport de force entre le juge et le parquet s'inverse, tant il est plus simple pour un juge de ne pas faire droit à la demande d'une partie que de réformer une décision déjà prise et, dans certains cas, ayant déjà produit des effets.

Le juge est largement évincé dans deux situations procédurales cruciales : la notification des charges et le renvoi devant la juridiction de jugement.

Par ailleurs, le reproche traditionnellement adressé au juge d'instruction, qui serait « *à la fois Salomon et Maigret* », se transpose mécaniquement à la nouvelle procédure : le parquet, dont le rôle ne se limite manifestement pas à la direction de l'enquête, se retrouve aux prises avec la même aporie.

A celle-ci s'en ajoute une autre : l'impossibilité ontologique devant laquelle il sera mis d'enquêter à charge et à décharge.

Ce déséquilibre se retrouve dans la procédure de jugement : le développement exponentiel des alternatives aux poursuites - dont la plupart n'ont d'alternative que le nom - consacre le rôle quasi-juridictionnel du parquet. Il s'agit de priver le justiciable du recours au juge, sans doute pour des raisons d'économie et de « prévisibilité », pour le parquet, des décisions rendues.

Comme si, dans la « réflexion » ayant abouti à cet avant-projet, des paramètres comme le risque de justice approximative, voire de l'injustice, n'avaient pas été pris en compte...

L'absence de contre-pouvoir réel :

les faiblesses de la partie citoyenne

Article 122-47 : sur les conditions d'octroi de la qualité de partie citoyenne : outre que la notion « *d'intérêt légitime à agir* » d'une personne qui n'a, par ailleurs, pas subi de préjudice personnel, est pour le moins incertaine quant à son contenu, les deux autres conditions apparaissent restrictives :

- la condition de préjudice causé à la collectivité publique laisse songeur : au plan des principes, toute infraction ne cause-t-elle pas, par définition, un préjudice à la collectivité publique ? Mais s'il s'agit d'exiger la démonstration de l'existence d'un préjudice collectif effectif, alors la condition devient extrêmement difficile à satisfaire...
- la condition de classement ou d'absence d'actes d'enquête pendant six mois pourra difficilement être remplie par une partie citoyenne potentielle qui se trouverait face à un parquet bien décidé à étouffer l'affaire : le renouvellement périodique d'actes d'enquête sans portée réelle à l'échéance fatidique des six mois aura pour effet d'empêcher cette constitution ou de la retarder suffisamment pour que le recueil des preuves soit devenu impossible...

En définitive, l'examen de ces conditions démontre que la partie citoyenne est en réalité une fausse alternative à l'emprise du parquet sur la procédure pénale.

Article 122-48 : sur l'attribution par la ChEL de la qualité de partie citoyenne. Le fait que ce soit la cour d'appel qui statue, en premier et en dernier ressort sur le fond, privera la personne physique ou morale désireuse d'être reconnue partie citoyenne d'une voie de recours. Question : à qui cela profitera-t-il dans les affaires sensibles... ?

Article 122-49 : la constitution de partie citoyenne ne remédie en rien à l'éventuelle inertie du parquet puisque la mise en mouvement de l'action pénale par la partie citoyenne conduit à la réouverture d'une enquête réalisée par... le parquet (c'est-à-dire celui-là même dont l'inertie était en cause !).

Article 122-50 : cet article dispose que la partie citoyenne ne pourra obtenir la réparation d'un dommage. Il ne prévoit cependant aucune possibilité de remboursement des frais exposés en cas de condamnation subséquente à la mise en mouvement de l'action pénale par la partie citoyenne. Or, le montant des frais d'avocat, dans des dossiers parfois complexes et techniques, sera éminemment dissuasif pour une partie citoyenne qui, rappelons-le, ne soutient pas un préjudice personnel mais bien collectif. On voudrait qu'il n'y ait pas de parties citoyennes dans les affaires les plus gênantes qu'on ne s'y prendrait pas autrement...

Article 122-51 : l'amende civile de 100 000 euros en cas de constitution de partie citoyenne abusive est extrêmement élevée et sera donc, elle aussi, dissuasive. Les personnes physiques et les petites associations ne prendront pas aisément le risque de voir leur viabilité obérée par une décision de justice, alors même qu'elle n'auront pas souffert d'un préjudice personnel. Un tel montant se justifie d'autant moins que l'amende sanctionnera l'usage d'un droit qui n'aura eu, par hypothèse, aucune incidence sur la situation de la personne mise en cause, puisque l'action pénale n'aura pas été mise en mouvement...

■ ANALYSE

La constitution de partie citoyenne, dans l'économie de l'avant-projet, sert de principal

contre-feu à l'irruption dans la procédure pénale d'un parquet devenu quasiment omnipotent mais, en même temps, demeuré totalement soumis au pouvoir exécutif. Dans cette perspective, il y avait fort à parier que la Chancellerie, désireuse de s'assurer la mainmise sur les affaires les plus sensibles, allait neutraliser cette innovation afin qu'elle ne reste qu'une mesure de pur affichage. A cette aune, il n'y a pas lieu d'être déçu : tout est fait pour décourager quiconque de se constituer partie citoyenne, pour qu'aucune constitution de partie citoyenne ne puisse se faire sans l'accord du ministère public et surtout, si la constitution est admise, pour permettre au parquet de continuer de diriger une enquête qu'il aura pourtant soit classé sans suite, soit laissé en déshérence.

Par ailleurs, philosophiquement, le fait de laisser à des personnes privées le soin de défendre un intérêt public sonne comme un double et inquiétant aveu. Aveu, tout d'abord, que le parquet, dans certaines affaires, eu égard à sa subordination à l'exécutif, n'est pas en mesure de protéger ce type d'intérêt, ou en tout cas, qu'il ne donne pas l'apparence d'en être capable. Aveu, ensuite, de l'absolue nécessité de revisiter son statut dans le sens d'une plus grande indépendance, puisqu'il n'est pas, lorsqu'un intérêt puissant est en cause, à la hauteur de sa mission fondamentale de représentant de la société.

Pour ces raisons, de principe et de conception, l'incursion sur la scène pénale d'une partie citoyenne ne peut être conçue autrement que comme une stratégie de diversion sur la question du statut du parquet, et qui ne doit abuser personne.

Partie pénale, partie civile et partie assistée :

les droits des parties insuffisamment garantis

Article 312-4 : il existe une incertitude sur le critère d'attribution de la qualité de partie pénale puisqu'il est question d'« *indices graves et concordants* » dans le titre de l'article et d'« *indices graves ou concordants* » dans le corps du texte...

Articles 312-4, 312-8, 312-18, 312-19 : « *peut être partie pénale...* » : cette formulation signifie que dans certains cas (en matière délictuelle si aucune mesure coercitive n'est envisagée par le procureur), l'attribution de la qualité de partie pénale est laissée à la discrétion du parquet. On pourra objecter que la personne mise en cause peut demander au JEL de lui attribuer le statut de partie assistée, mais aucun texte ne rend obligatoire la décision d'attribuer cette qualité dès lors que les conditions de l'article 312-16 sont remplies, c'est-à-dire lorsqu'il existe « *un ou plusieurs indices rendant plausible sa participation...* ». Cette configuration marque une régression au regard du droit actuel qui prévoit des cas d'attribution obligatoire du statut de témoin assisté, ce qui permet à des personnes mises en cause de bénéficier automatiquement de certains droits.

Article 312-5 : « *la qualité de partie pénale est attribuée après une audition* » : rien n'est précisé concernant le délai dans lequel cette attribution doit intervenir après l'audition, ni sur les modalités d'appréciation des charges par le magistrat : en pratique, lorsque cette qualité sera notifiée par l'OPJ à l'issue

de la garde à vue, la décision aura par hypothèse été prise par le parquet sans que celui ait eu accès à l'original de la procédure, voire sur simple compte-rendu téléphonique, ce qui relève pour le moins de l'incongruité...

Article 312-5 toujours : le texte ne précise pas qu'il n'y a pas lieu d'attribuer la qualité de partie pénale lorsque le procureur de la République décide d'un classement sans suite (il ne prévoit que les cas de poursuite ou de mesure alternative).

Article 312-16 : la qualité de partie assistée peut être attribuée aux personnes s'il existe « *un ou plusieurs indices rendant plausible la participation à la commission d'une infraction* ». La formulation est quasiment la même que celle utilisée pour le placement en garde à vue d'une personne. Donc, théoriquement, toute personne placée en garde à vue devrait avoir le droit de devenir, de façon quasiment automatique, partie assistée. Si le procureur refuse, il sera dans une contradiction totale : avoir autorisé ou cautionné une garde à vue, mais refusé d'octroyer un statut protecteur à une personne suspecte.

Article 312-20 : le JEL peut statuer *ultra petita* : saisi par une partie du refus par le procureur de la République de lui octroyer le statut de partie assistée, il peut placer la personne sous statut de partie pénale... Il va devenir très dissuasif pour une personne de contester un refus du procureur !

Article 312-23 : le texte ne prévoit la nullité d'une audition effectuée sans que le mis en cause bénéficie des droits attachés à la qualité de partie pénale ou assistée que lorsque l'intéressé avait vainement sollicité l'attribution de cette qualité. Cette disposition introduit une rupture d'égalité incompréhensible entre deux situations qui pourtant sont affectées du même vice, à savoir l'équivalent actuel d'une mise en examen tardive.

Articles 312-28 à 312-32 : l'avant-projet fait de l'acceptation par le procureur de la qualité de partie civile une simple faculté. Triple scandale : d'abord, parce que donner ce pouvoir au parquet revient à faire dépendre le sort d'une partie du bon vouloir d'une autre ; ensuite, parce que la constitution de partie civile est présentée comme un remède à l'inertie... du parquet ; enfin, parce que le ministère public pourra trancher en opportunité une question qui jusqu'à présent était juridictionnelle ! Et ce n'est pas le recours devant le JEL qui sera de nature à restreindre la portée de ces aberrations.

Article 332-6 : une amende civile est prévue en cas de constitution de partie civile abusive ou dilatoire. Apparemment il s'agit de la transposition du droit actuel. En réalité, maintenant que la qualité de partie civile est attribuée par le JEL en cas de refus du parquet, cette disposition devient très paradoxale : ce sera sur la foi d'une enquête conduite par le parquet (par hypothèse, celui-là même qui avait refusé les investigations, et qui s'est retrouvé « contraint » d'y faire procéder), qu'on jugerait du caractère abusif d'une plainte... On voit d'ailleurs mal comment le JEL condamnerait la partie civile à une telle amende alors que, le plus souvent, c'est lui qui aura attribué cette qualité et donc été à l'origine d'une enquête sur la base de laquelle l'amende civile serait prononcée !

Article 332-6 toujours : une amende civile est désormais prévue en cas de contestation abusive d'un classement sans suite par la partie civile. Il s'agit d'un frein inadmissible à la contestation des décisions du procureur de la République qui, rappelons-le, n'est qu'une partie à l'enquête pénale.

■ ANALYSE

Sous couvert de transposition neutre des dispositions légales existantes, l'avant-projet consacre un certain nombre de reculs.

Recul, tout d'abord, et dans l'optique même d'une réforme qui prétendait remédier à l'absence de séparation de la direction et du contrôle de l'enquête, en ce que le statut des parties est octroyé par l'autorité de poursuite, ce qui engendre une confusion symboliquement lourde de sens. La logique la plus élémentaire aurait au contraire voulu que cet octroi soit le fait du juge chargé du contrôle de l'enquête, alors que celui-ci n'intervient que comme voie d'appel du parquet, ce qui constitue encore, du point de vue des principes, une véritable aberration.

Recul, ensuite, en ce que le texte fait de l'attribution des statuts une simple faculté (« *peut* »). Aucune sanction n'est prévue en cas de refus abusif ou dilatoire du parquet d'octroyer la qualité de partie assistée.

Recul, enfin, par la création ou le maintien d'amendes civiles à l'encontre de la partie civile, qui sont injustifiables au regard de l'économie du texte.

Le texte utilise en outre des concepts approximatifs. Ainsi, le critère d'octroi de la qualité de partie pénale est explicité de deux façon différentes, tandis que les critères de la garde à vue et de la partie assistée sont quasiment les mêmes.

Bref, les dispositions de l'avant-projet instaurent un système hybride qui, à plusieurs égards, consacre d'inquiétantes régressions.

L'immense recul du judiciaire

au profit du policier

S'il est une évolution très inquiétante que consacre l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, c'est bien le recul de l'autorité judiciaire (siège et parquet confondus...) au profit de l'enquête policière.

Ce recul est observable à tous les stades de la procédure.

■ La direction de la police judiciaire : quelques perles et de belles pétitions de principes

Livre II, titre III : la police judiciaire se trouve promue au rang d'« *autorité judiciaire pénale* », au même titre que les juridictions et le ministère public. On ne saurait mieux dire !

Article 231-4 : en se contentant de poser le principe de la direction de la police judiciaire par le procureur de la République sans en préciser les modalités, cet article ne consacre aucune avancée en la matière et légitime ainsi les reculs ou les progrès en demi-teinte analysés ci-dessous.

Article 232-2 : sur la participation des parquets à la détermination des priorités et des moyens des services. Il s'agit d'un article-alibi qui évoque la « *consultation* » des magistrats sans sanctionner d'aucune manière le défaut de consultation ni prévoir de système permettant à l'autorité judiciaire de faire valoir son point de vue de manière décisive.

Article 232-3 et 311-22 : sur l'information du procureur de la République des moyens d'enquête. Cette information constitue certes un progrès, mais encore faudrait-il que le procureur de la République ait le pouvoir de décider, dans certaines situations, des moyens donnés à une enquête, et ainsi d'éviter certains blocages dus à la hiérarchie policière. Par ailleurs, le texte prévoit que le procureur doit « *tenir informés* » les services d'enquête des moyens qu'il met en oeuvre et donc de sa politique pénale, ce qui est pour le moins problématique.

Article 232-4 : cet article énumère les personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire. Les commissaires de police ne figurent pas dans cette liste. Une façon de tirer les conséquences de leur subordination directe à la place Beauvau ?

Articles 233-15 et suivants : les agents de police municipale perdent leur qualité d'agents de police judiciaire adjoints, donc le pouvoir de constater toutes les infractions. Il ne leur reste que celui de relever les contraventions. Pourtant, l'article 233-17 leur fait obligation de « *rendre compte immédiatement à tout OPJ territorialement compétent de tous crimes, délits ou contraventions dont ils ont connaissance* » et d'adresser « *leurs rapports et procès-verbaux simultanément au maire et au procureur de la République* ». Ainsi, les agents de police municipale devront rendre compte d'infractions qu'ils n'auront pas pu constater...

Article 311-21 : sur le choix des formations chargées des enquêtes par le procureur de la République. Là encore, en l'absence de définition de ce qu'est une formation d'enquête, on ouvre la voie à des discussions sans fin entre l'autorité judiciaire et la hiérarchie policière.

Article 311-21 toujours : le texte réaffirme par ailleurs le libre choix du service d'enquête par le procureur de la République, mais introduit un tempérament de taille puisque celui-ci doit « *aviser leur autorité hiérarchique et recevoir ses éventuelles observations* ». Il s'agit donc d'une pseudo-concertation qui doit être mise en oeuvre dans cette matière.

■ La direction des enquêtes

Sous-section 4 : projet d'un officier du ministère public départemental. Cette innovation ne peut que susciter une certaine inquiétude, dans la mesure où le contrôle de l'OMP sur ses services, déjà difficile dans la pratique, deviendrait quasiment impossible s'il est départemental...

Article 311-9 : l'encadrement des dénonciations anonymes est bienvenu, mais il sera de peu de poids si le texte ne précise pas que c'est l'infraction qui doit être corroborée, et non d'autres éléments de la dénonciation, comme on le voit souvent dans les procédures actuelles. S'agissant des actes interdits sur le seul fondement d'une dénonciation anonyme, le texte se garde bien de prévoir tous ceux qui attendent à la liberté individuelle, et notamment les interceptions téléphoniques, alors qu'il s'agit en réalité de l'acte d'enquête le plus fréquemment utilisé à la suite d'une dénonciation anonyme.

Article 312-10 : l'interrogatoire de notification de charges peut être réalisé par un officier de police judiciaire agissant sur instructions écrites du procureur. Or, eu égard à la charge de travail et à l'organisation des parquets, il est à peu près clair que, sauf exceptions, le procureur de la République ne notifiera les charges que lorsque la loi l'y obligera. Il s'agit là d'un des principaux scandales contenus dans le texte. Apprécions le recul : alors que l'équivalent de la notification de charges, à savoir la mise en examen, est aujourd'hui un pouvoir juridictionnel attribué à un juge du siège, ce pouvoir serait demain

dévolu, dans la plupart des cas, à un OPJ sur délégation du parquet !

Dans la même veine, l'avant-projet ne prévoit rien sur les services chargés de réaliser les auditions au fond. Il y a fort à parier qu'à l'instar de la notification des charges, ces auditions pourront être déléguées à la police. Là encore, la régression est évidente : afin d'assurer la garantie de ses droits et de consacrer l'autonomie de la phase judiciaire de l'enquête, une personne mise en examen ne peut aujourd'hui être entendue que par un juge d'instruction.

Article 312-10 toujours : lorsque l'interrogatoire de notification de charges sera effectué par l'OPJ, il aura lieu après la levée de la garde à vue et ainsi après le compte-rendu au parquet et la prise de décision de ce dernier. Par conséquent, le magistrat du parquet aura décidé d'attribuer la qualité de partie pénale au mis en cause avant que celui-ci et son avocat aient pu formuler des observations sur ce point. Ainsi, au moment de l'interrogatoire, c'est l'OPJ qui sera seul en mesure d'apprécier la validité des arguments du mis en cause et de son conseil. C'est donc bien lui qui jugera *in fine* de l'opportunité d'octroyer la qualité de partie pénale. On est au-delà d'une simple délégation de tâche, mais bien dans la translation d'une prérogative judiciaire en direction de la police : l'OPJ devient le juge des charges. On n'ose pas imaginer que la Chancellerie ait pu penser qu'un compte-rendu téléphonique au parquet « en direct de l'interrogatoire de notification de charges » soit conforme aux exigences d'une procédure équitable... Ne serait-ce que pour cette raison, une telle délégation est proprement inconcevable.

Article 312-10 encore et toujours : cet article ne prévoit pas la présence d'un greffier lors de la notification de charges par un OPJ, alors que sa présence est obligatoire lorsque cette notification est faite par le procureur de la République : étonnante absence de parallélisme des formes...

Article 334-34 : le texte ne précise pas que les enquêteurs, sur instruction du procureur de la République, peuvent mettre en cause la CPAM : on comprend mal pourquoi cette formalité serait un pouvoir propre du parquet quant on voit les pouvoirs considérables que celui-ci peut déléguer à la police.

■ ANALYSE

Symbole frappant de la subsidiarité, pour le gouvernement, de la question des garanties offertes au mis en cause, le recul considérable des prérogatives du judiciaire au profit du policier semble répondre à une logique quasiment comptable : puisque la justice coûte cher, il n'y a qu'à faire accomplir son travail par la police. Il s'agit évidemment d'un glissement vers le bas. Non parce que le magistrat agirait bien par essence, et le policier moins bien, mais parce que les contraintes qui s'imposent au premier et les garanties qu'il offre ne sont pas les mêmes.

Dans un formidable bond en arrière, l'avant-projet de réforme avalise la prégnance de la police sur l'enquête pénale.

Ainsi en arrive-t-on à confier un acte aussi solennel et sensible que la notification des charges (équivalent de l'actuelle mise en examen) à un officier de police judiciaire, certes sur délégation du procureur de la République, mais sans que celui-ci puisse prendre en compte des déclarations et observations dont il n'aura pas connaissance puisqu'il n'assistera par à l'acte.

Ainsi se trouve-t-il admis que tous les interrogatoires au fond puissent être conduits par des policiers.

Maigre consolation pour le justiciable : la réaffirmation de la direction de la police judiciaire par le procureur de la République dans des articles très formels qui ne donnent, en réalité, que peu de prérogatives supplémentaires au parquet, et n'empêcheront pas la police, comme elle l'a fait récemment en Seine-saint-Denis, de paralyser des enquêtes pendant plusieurs mois. Un pur affichage, en somme.

Mais surtout, l'avant-projet inaugure un nouveau cadre de relation entre la police et la justice dans les affaires complexes ou sensibles. D'un juge d'instruction possédant un cabinet cloisonné, traitant en général moins d'une centaine de dossiers, ne pouvant être dessaisi que sous des conditions très restrictives, l'interlocuteur du policier deviendrait un parquetier sans aucune indépendance, devant gérer des centaines de procédures, mais surtout qui ne pourrait pas suivre effectivement ces affaires, dont il n'aurait d'ailleurs pas la charge officiellement. Il connaîtrait moins bien le dossier que les enquêteurs. Il pourrait être, par simple décision du procureur de la République, très facilement déchargé d'un dossier s'il ne prend pas les décisions attendues – ce qui en dit long, au passage, sur la réalité du devoir de désobéissance...

L'avant-projet consacre donc, une fois de plus, la précarisation du substitut tant par rapport à sa hiérarchie que par rapport à la police.

Mesures provisoires : un durcissement de la coercition à la discrétion du parquet

Articles 411-9 et 433-3 : ces textes confèrent au parquet un pouvoir absolu d'initiative s'agissant des mesures provisoires. Si le parquet ne saisit pas de juge en vue du prononcé d'une telle mesure, ou ne demande pas de renouvellement de celle-ci, le juge du siège ne pourra rien faire. Dans l'état actuel du droit, juges d'instruction et JLD peuvent placer et maintenir une personne en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire malgré les réquisitions contraires du parquet. Cela ne sera plus possible, ce qui permettra au parquet d'éviter tout désagrément aux amis du pouvoir... Avec un tel dispositif, il ne devrait plus y avoir beaucoup de chefs d'entreprise en vue contraints de verser un cautionnement ou d'élus placés en détention provisoire.

■ Le contrôle judiciaire : revoilà le parquet

Article 421-11 : le procureur de la République peut délivrer un « *mandat de présentation* » devant le JEL contre la partie pénale qui ne respecte pas les modalités de son contrôle judiciaire, aux fins de révocation de la mesure.

Outre que le régime de ce mandat n'est absolument pas défini dans l'avant-projet, un nouveau pouvoir coercitif est ainsi confié au parquet alors que la Cour européenne des droits de l'Homme vient de rappeler à la France, dans son arrêt Medvedyev, que l'autorité judiciaire conduite à contrôler la privation de liberté d'une personne « *doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et*

des parties, ce qui exclut notamment qu'elle puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public ». De l'inconvénient de réécrire le Code de procédure pénale en refusant de discuter du statut du parquet et en faisant abstraction de la jurisprudence européenne...

■ L'assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique (ARSE) : une détention qui ne dit pas son nom

Article 411-8 : l'ARSE peut être ordonnée sans débat contradictoire à l'occasion d'une mise en liberté : dans quelles conditions le consentement de la partie pénale va-t-il être obtenu puisque cette condition est requise et rappelée dans le texte pour un placement sous surveillance électronique ? L'avant-projet reste silencieux sur ce point...

Article 422-1 : cet article définit l'ARSE. En l'état actuel du droit, le placement sous surveillance électronique constitue une modalité particulière d'exécution d'une obligation du contrôle judiciaire. Dans l'avant-projet, il est conçu comme une mesure autonome d'assignation à résidence. L'avantage attendu est certainement de faire diminuer le nombre des placements en détention provisoire, mais le risque est que cette mesure devienne en réalité une alternative « dure » au contrôle judiciaire, d'autant que cette restriction de liberté peut se cumuler avec toutes les obligations d'un contrôle judiciaire.

En outre, lorsque l'infraction est punie d'une peine de plus de sept ans d'emprisonnement et que le suivi socio-judiciaire est encouru, le placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) est possible.

Rien n'est dit dans ce texte sur le statut de l'ARSE. Y a-t-il un écrou ? La durée de l'assignation à résidence sous surveillance électronique compte-t-elle comme une détention provisoire ?

Article 422-3 : l'ARSE peut durer six mois, cette période étant renouvelable et le délai maximal étant fixé à deux ans. Il s'agit de durées excessivement longues qui, pour les personnes concernées, sont quasiment intenable au plan psychologique comme l'expérience du PSE le démontre. Le risque d'échec du dispositif et, par conséquent, de révocation de la mesure sanctionnée par une détention provisoire est potentiellement élevé...

Article 422-5 : les horaires de présence obligatoire au domicile pourront être modifiés de manière administrative par le chef d'établissement pénitentiaire ou le DSPIP avec l'accord... du parquet, et non du JEL qui a pourtant ordonné la mesure et qui n'est d'ailleurs même pas informé de cette modification !

■ La détention provisoire : aucune avancée réelle

Articles 211-3, 211-15 et 431-4 : l'avant-projet n'instaure pas de collégialité pour le placement en détention provisoire, qui relève du seul JEL. Le TEL, instance collégiale, n'est compétent que pour la prolongation de la détention provisoire. La Chancellerie n'a donc pas tiré les leçons de l'affaire dite « d'Outreau »...

Le texte consacre même la suppression d'un « filtre » indépendant puisqu'il n'y aura plus de juge du siège comme le juge d'instruction pour décider de saisir ou de ne pas saisir ce nouveau JLD que sera le JEL. Il suffira donc qu'un juge le souhaite pour que la partie pénale soit incarcérée, contre deux aujourd'hui dans la plupart des affaires délictuelles.

Article 431-12 : le procureur de la République ou le procureur général sont compétents pour accorder exceptionnellement une autorisation de sortie sous escorte à un détenu provisoire. Cette compétence ne relèvera donc plus d'un juge du siège comme c'est actuellement le cas. Une nouvelle fois, le texte confère un pouvoir au parquet en matière coercitive, au mépris de la compétence naturelle du JEL et d'un

récent signal émis depuis Strasbourg qui ne semble pas avoir été capté place Vendôme...

Article 433-6 et suivants : sur la durée de la détention provisoire. Le texte reconduit presque à l'identique le dispositif existant. Une seule avancée : la réduction du mandat de dépôt criminel initial à six mois. Ainsi, loin de tirer les conséquences du fiasco d'Outreau, la Chancellerie renonce à instaurer une limitation drastique de la détention provisoire.

Article 433-35 : création d'un référé-détention en cas de non-prolongation de la détention provisoire par le TEL. Un procureur de la République pourra donc suspendre une décision de remise en liberté rendue par trois juges du siège !

Article 433-40 : le point de départ du délai dans lequel la personne maintenue en détention doit comparaître devant la juridiction de jugement est la date à laquelle la décision de renvoi est devenue définitive, et non plus celle de l'ordonnance de renvoi, ce qui aura pour effet de rallonger encore la durée de la détention provisoire.

■ ANALYSE

Alors que le garde des Sceaux tire argument de l'affaire d'Outreau pour justifier le contenu de sa réforme, force est de constater que le volet - crucial - de la détention provisoire ne comporte aucune disposition de nature à limiter les décisions et la durée de celle-ci.

Pire, en retrait par rapport au vœu de la commission d'enquête parlementaire de 2006, l'avant-projet exclut la collégialité pour la décision de placement en détention, la réservant pour la prolongation.

Quant à l'assignation à résidence sous placement électronique, elle représente, en l'état, un risque important, celui de se substituer davantage au contrôle judiciaire qu'à la détention provisoire. Du reste, sa durée est totalement déraisonnable.

L'avant-projet fait du parquet la pièce maîtresse de toutes les mesures provisoires. Alors qu'aujourd'hui, la procédure d'instruction permet aux juges indépendants de prononcer de telles mesures malgré l'opposition du ministère public, le JEL ne pourra plus, demain, prononcer une seule de ces mesures lorsque le parquet ne l'aura pas saisi à cette fin. Ainsi, des personnes pourront échapper à la détention provisoire, ou au versement d'un cautionnement si le parquet ne le souhaite pas.

Instaurer la nécessité d'un avis conforme du parquet pour le prononcé des mesures provisoires constitue un dévoiement important des principes dont il est facile d'imaginer à quoi il pourra servir...

Garde à vue :

une réforme qui reste très en deçà des exigences européennes

Article 221-19 : le texte se contente de réaffirmer le contrôle des parquets sur les locaux de garde à vue, sans lui confier d'attributions opérationnelles. Ce contrôle devrait donc demeurer aussi formel et inefficace qu'aujourd'hui...

Article 327-2 : cet article autorise la garde à vue pour tous les délits punis d'une peine d'emprisonnement. C'est encore plus large que le rapport Léger, qui ne proposait pourtant d'exclure que les délits punis d'une peine de moins d'un an d'emprisonnement. En réalité, les délits non punis d'une peine d'emprisonnement sont très peu nombreux, et le placement en garde à vue était déjà rare les concernant. Ce n'est donc certainement pas de cette façon que l'on fera diminuer de manière significative le nombre de gardes à vue.

Article 327-2 toujours : le critère de placement en garde à vue tenant à l'existence de « *raisons plausibles* » de soupçonner la commission d'un crime ou d'un délit est beaucoup trop flou et subjectif. Là encore, on laisse aux OPJ une marge d'appréciation qui n'ira pas dans le sens d'un usage mesuré de cette forme de contrainte. Rappelons qu'avant 2004, le critère était l'existence d'un « *indice laissant présumer* », ce qui présentait le mérite d'être plus objectif.

Article 327-3 : cet article prévoit deux types de critères, distincts, de placement en garde à vue : la nécessité du maintien à disposition des enquêteurs ou du procureur d'une part et la nécessité d'éviter la concertation, d'empêcher des pressions ou de préserver les preuves d'autre part. Or, considérer le maintien de la personne à la disposition des enquêteurs ou du procureur comme « *nécessaire* », sans autre précision quant à ce qui fonderait objectivement cette nécessité, revient à leur donner un pouvoir discrétionnaire de placement en garde à vue.

Article 327-4 : le texte ne réintroduit pas la notification du droit au silence, contrairement aux standards européens.

Article 327-5 : s'agissant des mesures de sécurité en garde à vue, le texte se garde bien de préciser que, sauf cas exceptionnel, il est interdit d'obliger une personne à retirer ses effets personnels indispensables (lunettes de vue notamment), ce qui constitue pourtant une pratique très courante qui n'évoluera pas si elle n'est pas explicitement proscrite.

Article 327-7 : sur le régime de « *l'audition libre* ». Le mis en cause ne dispose d'aucun droit pendant cette audition, sauf celui de demander son placement en garde à vue. Cependant, ce choix est biaisé car il n'est pas prévu d'informer précisément le mis en cause sur les implications respectives de ces mesures. Par ailleurs, rien ne justifie que la personne entendue sous le régime de l'audition libre ne bénéficie pas d'un avis à famille.

Article 327-8 : en reprenant les dispositions actuelles sur le placement en garde à vue (prérogative des OPJ avec information du procureur au début de la mesure), cette disposition illustre l'absence de toute réflexion sur ce que pourrait être un contrôle *a priori* ou *a posteriori* de l'autorité judiciaire sur la décision de placement en garde à vue et ce, alors même que la Cour européenne des droits de l'Homme y conduit nécessairement.

Article 327-9 : en maintenant la compétence du procureur de la République pour autoriser la prolongation de garde à vue, le projet ne tient aucun compte des enseignements de la jurisprudence Medvedyev

selon laquelle cette autorisation ne peut émaner que d'une autorité judiciaire qui présente « *les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'elle puisse agir par la suite contre [l'intéressé] dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public* ».

Article 327-9 toujours : la prolongation de garde à vue reste possible sans présentation préalable. L'avant-projet ne tire ainsi aucune conséquence de la pratique qui fait de cette présentation l'exception alors qu'elle est le principe selon la loi.

Article 327-9 encore et toujours : alors même que la garde à vue serait possible pour tous les délits punis d'une peine d'emprisonnement, le projet se borne à déterminer la durée de la garde à vue pour les seuls délits punis d'un an d'emprisonnement et plus : *a contrario* on ne sait rien de ce que sera la durée de garde à vue pour les délits punis de moins d'un an d'emprisonnement.

Article 327-12 : alors que le point de départ de la garde à vue est fixé par le texte à l'heure de l'interpellation, cet article introduit une exception incompréhensible en cas de basculement d'une « *audition libre* » en garde à vue. En effet, c'est alors « *le début de son audition* » - c'est-à-dire manifestement l'heure à laquelle l'OPJ a commencé à entendre le mis en cause - qui sert de point de départ pour la computation du délai de vingt-quatre heures.

Article 327-17 : le texte ne règle pas le problème du moment et des modalités d'information de l'avocat quant aux horaires prévisibles des auditions.

Article 327-17 toujours : le texte ne prévoit pas d'accès au dossier, mais seulement la communication à l'avocat des procès-verbaux des auditions de la personne gardée à vue qui ont déjà été réalisées. A l'évidence, cette seule précision est loin de satisfaire aux exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, aux termes de laquelle l'intervention de l'avocat doit permettre « *la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention* ».

Articles 327-24 et 327-25 : le texte maintient les régimes dérogatoires, tant en ce qui concerne la durée de la garde à vue que le moment de la première intervention de l'avocat. Sur ce dernier point, la Cour de Strasbourg prévoit pourtant que le simple fait de déroger au droit d'accès à un avocat « *sur une base systématique* » pour un type d'infractions donné « *suffit déjà à faire conclure à un manquement aux exigences de l'article 6* » de la Convention.

Article 327-31 : cet article augmente le délai de rétention dans les « *dépôts* », qui passe de 20 à 24 heures. Sans doute une façon de tirer toutes les conséquences des multiples rapports et jugements qui ont constaté l'indignité de ces lieux...

■ ANALYSE

Loin de tirer tous les enseignements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le projet tente une réforme *a minima* de la garde à vue qui se borne :

- à fixer des critères de placement en garde à vue qui resteront à la merci de l'appréciation des enquêteurs ;
- à organiser une audition libre insuffisamment encadrée ;

- à permettre à l'avocat d'assister aux auditions seulement après vingt-quatre heures et dans des conditions qui limitent considérablement l'intérêt de cette mesure.

A l'évidence, ces dispositions cosmétiques ne permettront ni de réduire significativement le nombre des garde à vue, ni d'en limiter la durée, ni de garantir l'exercice effectif des droits de la défense.

Les standards européens imposent en réalité, d'une part, d'organiser un contrôle du placement en garde à vue par l'autorité judiciaire et, d'autre part, l'abandon des restrictions systématiques aux droits de la défense consacrées dans nos régimes dérogatoires, ce que le projet se refuse obstinément à envisager.

A ce titre encore, la réforme s'avère par avance disqualifiée.

Vers une mémoire judiciaire à géométrie variable : la question des prescriptions

Article 121-6 : sur l'allongement considérable des délais de prescription. Ces dispositions manifestent un recul du droit à l'oubli, et engendreront des difficultés dans l'administration de la preuve. Elles instaurent des délais de prescription différents selon la peine encourue en matière délictuelle, soit un manque de lisibilité. Du reste, par le jeu des circonstances aggravantes, il sera aisé de qualifier l'infraction *a maxima* pour augmenter le délai de prescription.

Article 121-6 toujours : de manière diamétralement opposée, le texte met fin à la théorie des infractions dissimulées consacrée par la jurisprudence pour les infractions d'abus de biens sociaux, abus de confiance, détournement de fonds publics et tromperie. Pour elles, la justice aura la mémoire courte.

■ ANALYSE

Le contraste est on ne peut plus frappant entre la conception clairement répressive qui imprègne la réforme des prescriptions en droit commun et le laxisme qui inspire la suppression du régime prétorien aujourd'hui applicable aux infractions dissimulées, dont la majeure partie relève du droit pénal économique : la dépénalisation du droit des affaires est décidément à l'œuvre !