



HAL
open science

L'effectivité des droits processuels dans le contentieux de la détention provisoire

Antoine Baduel

► **To cite this version:**

Antoine Baduel. L'effectivité des droits processuels dans le contentieux de la détention provisoire. ISPEC - Institut de Sciences Pénales et de Criminologie. 2020. <hal-04190132>

HAL Id: hal-04190132

<https://hal.science/hal-04190132v1>

Submitted on 29 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

AIX-MARSEILLE UNIVERSITE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
MASTER 2 DROIT PENAL ET SCIENCES CRIMINELLES
PARCOURS « SECURITE INTERIEURE »

L'EFFECTIVITÉ DES DROITS PROCESSUELS DANS LE CONTENTIEUX DE LA DETENTION PROVISOIRE

présenté et soutenu par

ANTOINE BADUEL

Directeur de recherche : Me Jean Boudot

REMERCIEMENTS

Je tenais à remercier, tout d'abord, mon directeur de recherches, Maître Jean Boudot qui a su se rendre disponible, et délivrer de précieux conseils pratiques sur le sujet. Mes remerciements vont aussi au Professeur Jean-Baptiste Perrier qui m'a conseillé tant sur ma réflexion que sur l'approche de la recherche scientifique. Enfin, je me devais de remercier le Professeur Richard Ghevontian qui m'a initié aux travaux de recherches.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ	Actualité jurisprudentielle
<i>al.</i>	Alinéa
Art.	Article
<i>Art. Cit.</i>	Article précité
<i>Bull crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
CA	Cour d'appel
<i>cf.</i>	<i>Confer</i> (se reporter à)
Civ. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème}	Première, Deuxième, Troisième chambre de la Cour de cassation
Ass. Plén.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
CE	Conseil d'État
Cour. EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CPP	Code de procédure pénale
coll.	collection
comm.	Commentaire
<i>Contra</i>	En sens contraire
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
consid.	considérant
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Déc.	Décision
dir.	Direction
doct.	doctrine
Éd.	Edition
<i>et alii</i>	et les autres personnes
ex.	Exemple
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
Jur.	Jurisprudence

JLD	Juge des libertés et de la détention
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit précité
n°	numéro
obs.	observations
<i>op.cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
p.	Page(s)
préc.	précité
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rev.	Revue
s.	suivants
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	tome
v.	voir
vol.	volume
Voy.	Voyez

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – De l’effectivité des droits processuels au stade du placement en détention provisoire

TITRE I – La présomption d’innocence et les droits de la défense à l’épreuve du placement en détention provisoire

Chapitre I – Le mirage du caractère subsidiaire de la détention provisoire

Chapitre II – Du contrôle fragmenté par la Cour de cassation de la motivation du placement en détention, cause de l’ineffectivité

Chapitre II – Les droits de la défense au débat contradictoire, tentative de retour à l’effectivité

TITRE II – Le principe d’égalité des armes à l’épreuve des voies de recours au placement en détention provisoire

Chapitre I – De l’appel des ordonnances du JLD : inégalité des armes entre détenu et Ministère public

Chapitre II – Le référé-liberté et la saisine directe du JLD, des recours motivés par l’urgence

Chapitre III – Un retour sur la procédure devant la chambre de l’instruction et les exigences des droits processuels

SECONDE PARTIE – De l’effectivité des droits processuels dans le déroulement de la détention provisoire

TITRE I – Le renouvellement de la détention provisoire, rencontre avec les droits processuels imposée

Chapitre I – Une effectivité partielle des droits processuels dans les conditions de prolongation de la détention provisoire

Chapitre II – D’un infléchissement des droits de la défense dans la procédure de prolongation de la détention provisoire

Chapitre III – La détention provisoire à l’épreuve le coronavirus, symbole de l’échec de l’effectivité des droits

TITRE II – La demande de mise en liberté, moyen de rencontre avec les droits processuels provoquée

Chapitre I – La demande de mise en liberté et le débat contradictoire : contentieux constitutionnel et effectivité des droits de la défense

Chapitre II – La demande de mise en liberté, existence d’éléments nouveaux

Chapitre III – La demande de mise en liberté, absence d’éléments nouveaux

INTRODUCTION

« Même sur un banc des accusés, il est toujours intéressant d'entendre parler de soi. [...]. L'avocat levait les bras et plaidait coupable, mais avec excuses. Le Procureur tendait les bras et dénonçait la culpabilité mais sans excuses [...]. Je ne comprenais pas bien comment les qualités d'un homme ordinaire pouvaient devenir les charges écrasantes contre un coupable ».

L'étranger, A. Camus.

1. Une machine judiciaire illisible – Le célèbre personnage camusien, Meursault, assiste impuissant à son procès. Par son regard, le lecteur découvre une justice aux cultes étranges, péniblement compréhensible. Souvent, la littérature apporte un regard sévère ; les mots interpellent l'imaginaire par ces images, et dressent le portrait d'une institution judiciaire imparfaite¹. Les magistrats y sont régulièrement discrédités : « *les joues laminées par l'étude et creusées par l'ambition* »². Si l'erreur de la Justice interpellait les hommes de lettres, et les incitait à écrire pour dénoncer jusqu'à s'en rendre coupable³, les ratés judiciaires font encore l'actualité. Les affaires d'Outreau, « Pierre le fou », les crimes du « Dutroux Français » ont toutes défrayé la chronique, et mettent au cause la responsabilité des magistrats. Surtout, ces affaires insurgent l'opinion publique en raison de leur le dénominateur commun : la détention provisoire⁴. Si cette mesure interpelle tant, c'est qu'elle nécessite de résoudre un conflit entre des principes irréductibles et ancestraux que sont la Liberté, la Sûreté et la présomption d'innocence.

2. Le paradoxe de la détention provisoire – Une approche épistémologique des concepts et principes au stade du contentieux de la détention provisoire est révélatrice de ce conflit insoluble. Le respect de la présomption d'innocence nécessite que toute personne demeure libre jusqu'à ce qu'elle soit définitivement condamnée. Dès lors, la notion de présomption d'innocence et de détention sont en exclusion conceptuelle. De sorte qu'un innocent ne devrait pouvoir être incarcéré et la détention réservée aux condamnés. Voltaire, à l'occasion de l'affaire Calas, relevait à propos « *qu'il vaut mieux cent coupables en liberté qu'un seul innocent en prison* ».

¹ V. LAMANDA, *La plume et le prétoire – Quand les écrivains racontent la justice*, (DIR.) D. SALAS, éd. La documentation Française, coll. Histoire de la Justice, Préface, p.5.

² H. de BALZAC, « Le Cabinet des Antiques », in *Œuvres complètes*, tome 7, Paris, éd. Houissiaux, 1874, p. 199.

³ E. ZOLA, « J'accuse... ! », *L'aurore*, éd. 13 janv. 1898, V. aussi *L'affaire Dreyfus – Le procès Zola*, 7 février – 23 février 1898 devant la Cour d'Assises de la Seine, Compte rendu sténographique « *in extenso* ».

⁴ C. COHEN, « détention provisoire : le remède introuvable », *Lextenso*, *Gaz. Du Palais* – n°206, p.2.

3. Approche historique de la mesure – La procédure par laquelle une personne est gardée sous-main de justice, et d’avoir à présenter celle-ci devant un juge pour qu’il décide finalement de la légalité de la détention remonte à la Common law Britanique, et au règne de Charles II⁵. En réponse à cette procédure d’arrestations et d’incarcérations arbitraires, l’*Habeas corpus* de 1679 permis, *a minima*, d’assurer la liberté au XVIIème siècle. Toutefois, ignorée par le droit romain, la détention provisoire prit tout son sens avec l’apparition du ministère public. Elle était employée principalement pour infliger une incarcération permettant d’obtenir des aveux de la personne. Une telle mesure servait alors le système de preuve légale de l’époque. En France, l’ordonnance de 1670 est le premier cadre légal du placement en détention provisoire avec le décret de prise de corps. Le juge ordonnait les placements en détention, tout comme il pouvait remettre l’individu en liberté sous l’accord de la partie civile. Peut-on déjà y voir la prémisse de l’avènement de la partie civile dans le procès pénal.

Puis, la Révolution permis de changer de système de preuve pour celui de l’intime conviction. La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 inscrivait alors dans l’histoire que : « *Tout citoyen étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* »⁶. Ainsi, la liberté devenait le principe et la détention l’exception. Toutefois, dès 1808, le Code d’instruction criminelle changea la logique, le principe devenant l’exception en matière criminelle tandis qu’en matière délictuelle, le juge conservait la faculté d’incarcérer le mis en cause. Il faut attendre la loi du 14 juillet 1865 pour que le juge puisse librement choisir de placer la personne en détention préventive. Il s’en est suivi une valse de réformes oscillantes en faveur et défaveur du justiciable⁷.

L’idée selon laquelle le choix de la mesure devait être confié au juge « de » l’instruction émerge dans le projet d’Henri Donnedieu de Vabres en 1949⁸. Il faudra attendre la loi du 19 décembre 1952 pour que le juge d’instruction soit pleinement saisi du contentieux de la détention préventive. Il lui est alors imposé de répondre dans un délai de cinq jours à une demande de mise en liberté.

Enfin, la loi du 17 juillet 1970⁹ paraît comme la plus importante en la matière en ce qu’elle annonce un changement de paradigme. La détention « préventive » devient la détention « provisoire ». Le

⁵ V. Habeas Corpus in *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 1980, Vol. 8, Habeas Corpus, p. 188.

⁶ DDHC de 1789, Art. 9.

⁷ M-L, RASSAT, Rapport à M. le garde des Sceaux, janv. 1997, p.164.

⁸ DONNEDIEU DE VABRES, La réforme de l’instruction préparatoire, RSC 1949. 499.

⁹ Loi n°70-643 du 17 Juillet 1970.

législateur exprime alors la volonté de « *garantir les droits individuels et des citoyens* »¹⁰ en imposant que la détention soit expressément motivée au regard des critères de l'article 144 du CPP.

Par la suite, le rapport du professeur M. Delmas-Marty de 1991, à l'occasion de la Commission Justice pénale et droit de l'homme marqua profondément le contentieux de la détention provisoire¹¹. Une dizaine d'années avant la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence, le rapport concluait à une suppression du Juge d'instruction et l'instauration d'un magistrat *ad hoc*, le magistrat de la liberté et de la détention. Il fallut attendre le 15 juin 2000¹² pour que la création d'un tel magistrat aboutisse et que les garanties processuelles dans ce contentieux soient pleinement établies. Ainsi, le Juge des libertés et de la détention apparaît comme le magistrat garant d'une procédure équitable au stade de la détention provisoire, soucieux, comme le veut sa dénomination, tant de la détention que de la liberté.

4. L'actualité de la mesure et le constat de sa pratique – En juillet 2018, la France recensait 82 052 personnes écrouées sur 61 105 places prévues, dont 70 708 détenus provisoirement¹³. Un tel taux ne surprend plus et relève du commun, dans un Pays adepte de la détention provisoire¹⁴. En effet, 39 700 personnes ont été placées en détention provisoire en 2017. Un tel constat édifiant pousse à s'interroger sur le caractère exceptionnel de la détention cher aux révolutionnaires, repris et réaffirmés dans les textes au grès des réformes. Les avocats pénalistes vont dans ce sens en relevant que : « *Voilà déjà ce que chacun peut constater chaque jour, et qui s'impose comme une vérité inexpugnable : l'exception n'est pas si exceptionnelle que cela* »¹⁵. De plus, le détenu voit le temps s'allonger dans l'attente de son procès puisque la durée de la mesure ne cesse d'augmenter, atteignant en moyenne 28 mois en matière criminelle en 2017, contre 18 mois en 2015¹⁶. Rabelais rappelle les lenteurs nécessaires de la justice en ce que « *le temps est père de vérité* »¹⁷. Force est de constater que la lenteur est gage de vérité mais, dans le contentieux de la détention, vecteur d'atteintes aux principes fondamentaux de la procédure. En effet, une telle durée tend à assimiler la mesure provisoire à une peine définitive.

¹⁰ Loi n°70-643 du 17 Juillet 1970, *Op.cit.*

¹¹ La mise en état des affaires pénales, Doc. Fr., coll. « Rapports », 1991.

¹² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

¹³ V. Statistiques des personnes écrouées et détenues en France, Direction de l'administration pénitentiaire, 2018.

¹⁴ S. CORNIER, « la France malade de la détention provisoire », *Dalloz Actualité*, 10 avril 2020.

¹⁵ D. FAYOLLE, « Le rôle de l'avocat dans la détention provisoire », *Lexbase Pénal n°23, 23 janvier 2020 : Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1909BYD.

¹⁶ C. GUERY, *Détention provisoire*, *Dalloz*, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 1, Section 4, p.22, §.25.

¹⁷ F. RABELAIS, *Le tiers livre, 1546, chapitre XL*.

Par ailleurs, une autre actualité a frappé la détention provisoire de pleine fouée. La crise sanitaire due au virus Covid-19 – qui entraîna l'état d'urgence sanitaire le 23 mars 2020 – a nécessité des pouvoirs publics un aménagement du contentieux de la détention provisoire par voie d'ordonnance, pour qu'elle soit compatible avec les gestes barrières nécessaires dans la lutte de cette épidémie. Alors que l'ordonnance du 25 mars 2020 raccourcissait les délais des condamnés en fin de peine, elle prorogeait de plein droit les délais maximums de détention provisoire. Cette crise sanitaire confirme, en un sens, l'approche de la détention provisoire qu'ont les pouvoirs publics et magistrats.

5. Approche comparée de la mesure – Le constat Français sur les chiffres de la détention provisoire s'étend Outre-manche, puisque l'Angleterre présente des chiffres sensiblement similaires. En outre, la France paraît raisonnable dans son utilisation de la détention provisoire au regard des chiffres américains qui relatent trois fois plus de détention pour une population carcérale à peine quatre fois plus nombreuse. En revanche, la situation française est édifiante s'il est mis en comparaison avec les chiffres de ses voisins scandinaves. Ces pays sont un modèle en matière de système carcéral et gestion de la population carcérale. A titre d'exemple, la Finlande compte désormais 3 000 détenus tandis que la Norvège ferme ses prisons devenues inutiles¹⁸. Tapio Lappi-Seppälä, criminologue finlandais, révèle que de tels chiffres sont le fruit d'une politique pénale méthodique et engagée sur le long terme qui passe par la réduction du taux de la détention provisoire. Pour ce faire, le gouvernement Finlandais, dès 1973, a considérablement réduit l'usage de la détention provisoire aux seuls délinquants dangereux. Une telle prise de conscience des pouvoirs publics français semble illusoire à court terme. En réalité, la fréquence du placement en détention provisoire par le Juge des libertés et de la détention traduit, plus profondément, l'image qu'ils ont de cette mesure et des personnes à l'encontre desquelles ils la prononcent.

6. La présomption d'innocence fictive – Christian Guery, conseiller à la Cour de cassation, offre une définition éloquente de la détention provisoire permettant « *d'incarcérer une personne présumée innocente jusqu'à sa condamnation définitive* »¹⁹. Par conséquent, la détention provisoire est perçue comme une étape initiale avant la peine prononcée. La doctrine relève qu'une personne « *ne peut être emprisonnée que si l'on n'a pas acquis la conviction de sa participation aux faits* »²⁰. Dès lors, la présomption d'innocence, censée demeurer jusqu'au prononcé de la condamnation définitive

¹⁸ Laure ANELLI, « Ces pays qui ferment des prisons, leçon de décroissance carcérale », OIP, Dedans-dehors n°93, Octobre 2016.

¹⁹ C. GUERY, *Détention provisoire*, Rep. Droit pénal et procédure pénale, Dalloz.

²⁰ B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, LGDJ, 1965, §127.

apparaît comme un principe fictif, du moins souple. Badinter soulignait, à juste titre, que la détention provisoire est avant tout un pré-jugement²¹. L'usage régulier de la mesure par les JLD permet d'interroger la présomption d'innocence. S'intéresser à la détention provisoire ne peut que désarçonner le lecteur averti qui baigne dans « *les rivières mystiques de la présomption d'innocence* »²². L'article 144 du Code de procédure pénale liste les objectifs de la détention provisoire. Parmi ces critères de détention, la nécessité de prévenir le renouvellement de l'infraction illustre l'atteinte à la présomption d'innocence dès le placement en détention. Cette atteinte n'a de sens que si le mis en examen, contestant les faits, se voit placer en détention. C'est la raison pour laquelle, le législateur a souhaité lui reconnaître un caractère exceptionnellement indispensable, notamment en raison des conséquences particulièrement graves pour celui qui, présumé innocent, sera tout de même incarcéré.

7. La nécessité de la détention provisoire— La justification d'une mesure restrictive de liberté trouve son fondement dans le principe qu'elle protège : la sécurité et les intérêts sociaux. La détention provisoire doit être appréciée comme une conciliation entre liberté, présomption d'innocence, et la sécurité nécessaire à une société démocratique. De plus, « *le corps est un lieu de pouvoir : en incarnant une illusion, il rend l'absent présent* »²³. Dès lors, le système judiciaire français, par l'usage de la détention provisoire, fait du corps un usage public. Le système pénal envoie le message selon lequel, même un présumé innocent, sur lequel pèse des indices graves ou concordantes, peut être placé sous-main de justice. Ainsi, la toute-puissance de l'État – pour reprendre un vocabulaire Marxiste- s'objective par sa capacité à détenir un individu. Or, il est une chose de l'emprisonner un condamné, il en est une autre de détenir un présumé innocent.

De surcroît, comme le met en lumière M. Delmas-Marty, il ne faut pas détruire la démocratie au prétexte de la défendre²⁴. Il est ainsi question de trouver un juste équilibre entre sécurité et liberté. Cet équilibre que doit trouver le juge est celui qui guide le législateur. L'avocat général G. Pitruzzella dans ses conclusions constatait, soucieux, que de placer une personne présumée innocente, non encore déclarée coupable en détention provisoire était un abus de langage. Il relevait alors que « *s'il ne [lui] apparten[ait] certes pas de revenir sur le choix qu'on fait les Etats membres d'opter pour des régimes qui recourent massivement à la détention provisoire, il semble que toute analyse relative à cette thématique doit garder à*

²¹ R. BADINTER, « Un préjugement : la détention provisoire », *Le Monde*, 15 avr. 1970.

²² W. JEANDIDIER, « La présomption d'innocence ou le poids des mots », RSC, 1991. P.49.

²³ L. MARIN, *Le portrait du roi*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le Sens commun, 1981, p.10

²⁴ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, édition du Seuil, 2010, Introduction.

l'esprit que se sont de potentiels non coupables qui attendent, dans des conditions généralement plutôt miteuses, que leur sort pénal soit fixé²⁵».

En somme, la présomption d'innocence apparaît dans le contentieux de la détention provisoire comme un principe conférant au mis en cause une pluralité de garanties processuelles à l'instant auxquels des indices graves ou concordants pèsent sur lui.

8. Les droits processuels garanties inéluctables – Les droits processuels se définissent comme tout droit « qui se rapporte au procès »²⁶. Ainsi, ils sont les droits dont la partie dispose dans une procédure. La réflexion n'ignore pas que la notion de droit processuel s'apparente à une discipline ayant vocation à comparer les différentes procédures du droit privé telle que la procédure civile, pénale et administrative pour en déceler les régimes et notions communes à tout procès. Or, l'étude ne traitera que de l'aspect premier des droits processuels, soit l'ensemble des droits mis à la disposition du justiciable relatifs à une procédure.

En premier lieu, il s'agit de revenir sur les droits processuels dans le contentieux de la détention provisoire. Cette notion regroupe une pluralité de droits reconnus à différents niveaux que cela soit dans la loi, à l'échelle constitutionnelle ou conventionnelle dans la procédure pénale. Les droits processuels sont, souvent, liés à des principes directeurs de la procédure pénale. Ces derniers sont traversés par les sources européennes et plus particulièrement celles du Conseil de l'Europe. En effet, la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme²⁷ constitue le canevas des droits processuels. Les droits processuels renvoient à la notion dénommée « droit à caractère procédurax » dans le vocabulaire des juges de Strasbourg²⁸. Ainsi, sont contenus dans cette notion, le droit à un recours effectif de l'article 13 de la Conv.EDH – devant être rapproché de l'article 5§4. Puis, l'article 6 de la Conv. EDH permet de garantir au justiciable un procès équitable, et par conséquent une procédure de même nature. De manière plus approfondie, la notion de droit au procès équitable se compose du droit à l'accès des tribunaux (art. 6 §1) indépendant et impartial²⁹. Par ailleurs, dégagé de l'article 6 §1, le principe d'égalité des armes présente un enjeu déterminant en ce qu'il impose la reconnaissance à toute partie la possibilité de présenter ses prétentions, moyens et demandes au tribunal dans des conditions similaires à son adversaire³⁰. Ce droit est un

²⁵ CJUE, 28 nov. 2019, aff. C-653/19 PPU, DK, D. 2019, p. 2355.

²⁶ G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 10^{ème} édition, 2014, v. Processuel, elle, p.810.

²⁷ Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, 4 nov. 1950.

²⁸ J-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2016, 7^{ème} édition, p. 126.

²⁹ CEDH, Langborger c/ Suède du 22 juin 1989.

³⁰ CEDH, Bonish c/ Autriche du 6 mai 1985.

véritable enjeu dans le contentieux de la détention provisoire puisque le détenu se retrouve face au Ministère public souvent détenteur de prérogatives particulières.

De plus, il découle du droit au procès équitable, l'exigence d'une procédure contradictoire³¹. En outre, il se dégage du même fondement l'obligation de publicité des débats judiciaires et de durée raisonnable de la procédure. Enfin s'agissant du droit au procès équitable, l'article 6 §2 reconnaît le respect de la présomption d'innocence.

La présomption d'innocence est largement admise dans la Convention européenne, mais aussi à l'échelle nationale. Elle apparaît d'une part à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, et d'autre part à l'article 9 de la DDHC qui fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité. Par conséquent, ce principe cardinal de la procédure pénale « est garanti à tous les niveaux de la hiérarchie normative »³². Il sera pour autant le principe le plus discuté dans le contentieux de la détention provisoire.

En second lieu, la Convention du Conseil de l'Europe reconnaît des droits processuels spécifiques au contentieux pénal et aux personnes arrêtées et détenues. En effet, il existe trois droits essentiels à l'article 5 de la CEDH que sont : le droit d'être informé des raisons de la privation de liberté, le droit d'introduire un recours et le droit à la réparation. Au stade du contentieux de la détention provisoire, l'article 5 apparaît essentiel en ce qu'il assure au détenu la garantie d'être traduit devant un juge dans un délai raisonnable ou libéré pendant la procédure. En ce sens, l'article 5§3 s'apprécie comme un droit processuel nécessaire pour lutter contre « le fléau des détentions provisoires abusives »³³.

En troisième lieu, les droits processuels spécifiques à la personne non encore jugée s'accordent à reconnaître, outre à la présomption d'innocence, des droits de la défense prévus à l'article 6 §3 de la Convention. Ce droit fondamental permet une reconnaissance large du droit à l'assistance de l'avocat. Il est un droit essentiel dans le contentieux complexe et technique de la détention provisoire.

Pour que l'ensemble de ces droits processuels ait une portée pratique, le législateur les a retranscrits et appliqués au stade du contentieux de la détention provisoire conférant à la procédure un équilibre théorique. A titre d'exemple, la présomption d'innocence est garantie par le caractère subsidiaire

³¹ CEDH, Vermeulen c/ Belgique et Lobo Machado c/ Portugal du 20 février 1996.

³² A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal, pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n°156, p.123

³³ J-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2016, 7^{ème} édition, p. 149, V. aussi. CEDH, Stögmüller c/ Autriche du 10 nov. 1969.

de la détention provisoire affirmé à l'article 137 du CPP, et respecté par l'obligation faite au magistrat de motiver la décision de placement et renouvellement de la détention. Encore, les droits de la défense se concrétisent par l'assistance obligatoire de l'avocat au débat contradictoire de placement en détention, à l'accès au dossier de la procédure préalablement au débat ou la possibilité d'un délai supplémentaire pour préparer sa défense³⁴.

Ainsi, l'ensemble de ces fondements compose la notion de droit processuel dans le contentieux de la détention provisoire, au sens de l'étude. Par ailleurs, les directives de l'Union européenne, longtemps écartées, tendent de plus en plus à conférer au détenu des garanties processuelles importantes³⁵. La reconnaissance d'une pluralité de droits processuels sonne comme une évidence à la lecture des sources fondamentales. Or, la pluralité n'est pas toujours synonyme d'effectivité.

9. La notion d'effectivité et le droit – Le terme « d'effectivité » n'est pas familier au langage du droit. Il se retrouve régulièrement en recherches mathématiques et en philosophie. En effet, Hegel énonce que « *la conscience morale effective est une conscience agissante ; c'est en cela justement que consiste l'effectivité de sa moralité* »³⁶. Sans qu'il ne faille revenir sur l'approche hégélienne de la conscience morale, il paraît opportun de constater le lien apparent entre effectivité et agissement. Dès lors, ce qui est effectif agit. L'effectivité vise alors ce qui produit des effets et s'objective³⁷. En droit international, la notion est utilisée et permet de définir une situation factuelle qui existe réellement, qui est tangible. Les dictionnaires de droit définissent l'effectivité comme « *le caractère de la règle de droit qui est appliquée réellement [...] l'effet recherchée* »³⁸.

Par ailleurs, Paul Amselek souligne une dualité dans l'approche de l'effectivité. Soit il est fait une étude de l'effectivité de la norme juridique qui interroge son contenu, ce qu'elle est réellement, soit, il faut procéder à une analyse de l'effectivité des normes et donc de leurs applications³⁹. Ainsi, l'analyse de l'effectivité des droits processuels dans le contentieux de la détention provisoire guidera la réflexion. Par conséquent, il convient de s'intéresser à « *l'amont, comme l'aval, du droit, c'est-à-dire le domaine des interactions existant entre le droit et le fait* »⁴⁰. Le Doyen Carbonnier dans un article précurseur admettait que toute règle de droit à sa part d'effectivité⁴¹. En outre, le droit dogmatique ne

³⁴ C. pr. pén. Art. 145.

³⁵ J-P PERRIER, « Étude : les principes directeurs de la procédure pénale », Lexbase, 2020, n° E3137Z7C.

³⁶ J-L. VIEILLARD-BARON, « La Wirklichkeit ou réalité effective dans les 'Principes de la philosophie du droit' de Hegel », Revue philosophique de Louvain, 103, 2005, p. 347.

³⁷ Y. LEROY, « la notion d'effectivité du droit », in *Droit et société*, Ed. juridiques associées, 2011, n°79, p. 716

³⁸ P.386

³⁹ Paul AMSELEK, Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit, Paris : LGDJ, 1964, p. 340.

⁴⁰ Y. LEROY, « la notion d'effectivité du droit » *Op. cit.*, p. 717

⁴¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, 10^{ème} édition, p.136.

s'intéresse pas aux effets réels de la norme juridique, puisque pour être véritable, il suffit que la règle de droit soit promulguée. Pour ce courant de pensée, « *l'inapplication des lois atteste qu'une fonction gouvernementale n'est pas remplie* ». Or, la fréquence, les raisons et les causes de l'inapplication de la loi composeront le prisme de la réflexion. L'effectivité des droits processuels sera l'objet de l'étude qui est nécessaire pour tout juriste qui ne souhaite pas s'enfermer dans la règle abstraite et est soucieux de leur application en pratique⁴². Enfin, si l'approche de l'effectivité des droits processuels consiste en l'étude de l'application de la norme, faut-il encore analyser les auteurs de cette application : les juges. En raison de leur fonction, appliquer la règle juridique, ils sont le sujet essentiel de la réflexion. Par conséquent, l'étude de l'effectivité des droits processuels nécessite une analyse importante de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

10. L'effectivité statistique – L'effectivité du droit apprécié comme son application dans le contentieux fait appel à un type d'effectivité qu'est l'effectivité statistique. Elle est une notion développée par le Doyen Carbonnier⁴³. Elle est une notion particulière qui tente de déterminer le pourcentage d'application d'une règle juridique et d'en déduire les causes. Par une approche empirique, il appartient à la réflexion de déduire les causes d'un taux élevé d'inapplication de la règle de droit par le juge. Le père de la notion soulignait que ce phénomène était particulièrement étudié en droit pénal. Il développe l'idée selon laquelle l'ineffectivité partielle d'une règle n'était pas une faute du gouvernement et du législateur mais plutôt une « déperdition de la machinerie juridique »⁴⁴. Il existerait donc une distorsion entre la volonté émanant des textes et celle des magistrats qui, par la marge d'interprétation qui lui est conférée, permettrait à ce dernier de ne pas appliquer correctement la norme juridique.

11. Paradoxe et problématique – Une fois les termes identifiés, il paraissait opportun de rentrer dans la dialectique du sujet. Le premier paradoxe, originel à la détention provisoire était celui de priver de liberté un individu présumé innocent, devant par principe demeurer libre. Le constat statistique initial révélait que la détention provisoire était prononcée massivement par les JLD. Dès lors, dans quelles hypothèses, et par quels moyens, la présomption d'innocence, consacrée largement par les textes, ménagée par le législateur en conférant un caractère exceptionnel à la détention, pouvait-elle être atteinte au point où la mesure privative de liberté apparaît comme ordinaire. Ce constat étant dressé, comment l'ensemble des droits processuels,

⁴² A. JEAMMAUD, « le concept d'effectivité du droit », in *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?* (DIR.) P. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2^{ème} éd., 2008, p. 36.

⁴³ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, 10^{ème} édition, p.142.

⁴⁴ Ibid. p.143.

élevés au rang de droits fondamentaux⁴⁵, pouvaient-ils ne pas être correctement appliqués par les magistrats, au stade du placement et du renouvellement de la détention, pour ainsi devenir inefficaces ? Fallait-il donc discuter de l'effectivité des droits processuels dans le contentieux de la détention provisoire.

Plus encore, la Cour de cassation, garante de l'application du droit, avouerait-elle ses faiblesses à ne pouvoir rectifier l'ineffectivité ? L'absence d'effet réel des droits processuels dans ce contentieux n'est-il pas révélateur de l'inefficacité de la Haute juridiction à faire appliquer une norme effectivement ?

Les droits processuels sont autant de moyens de défense contre la décision irrégulière des magistrats. Si leur application est contestée voire refusée, il est opportun d'en rechercher les raisons et les causes à toutes les étapes de la détention provisoire.

12. Justification du plan – Henri Poincaré avait mis en lumière la nécessité dans toute démarche scientifique, même limitée, de partir d'une hypothèse de travail. La réflexion se propose d'adopter comme postulat que les textes du code de procédure pénale garantissent des droits au mis en cause, à tous les stades du contentieux de la détention provisoire. Cette reconnaissance étendue des droits processuels satisfait aux exigences conventionnelles, et s'inscrit dans une volonté de législateur de « *renforcer l'équilibre* »⁴⁶ dans la procédure pénale. Pour autant, la pratique des JLD d'une part, et le contrôle de la Cour de cassation, d'autre part, ne sont que partiellement satisfaisantes. La démarche a donc été de mettre en lumière les cas d'ineffectivité des droits processuels dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour ce faire, une approche globale de l'application des droits processuels apparaissait comme pertinente. Il a donc été fait le choix d'un plan descriptif du contentieux, étape par étape. Ainsi, la réflexion suit chronologiquement l'effectivité des droits processuels au rythme auquel le mis en examen en fait usage.

13. Délimitation du sujet – On notera que, si dans un souci de concision, il ne sera pas traité de la détention provisoire dans le cadre de la procédure de comparution à délai différé, ni du placement en détention par le tribunal correctionnel, l'utilisation croissante des comparutions immédiates est l'une des causes du recours massif à la détention provisoire.

⁴⁵ Entendu au sens du Doyen FAVOREU comme un droit garanti à l'échelle constitutionnelle et conventionnelle, V. L. FAVOREU « Rapport introductif » in Colloque d'Aix-en-Provence 12 juillet 1991 publié dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle, 1993.

⁴⁶ La loi n° 2007-291 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a été signée le 5 mars 2007.

14. Annonce – Au stade du placement en détention provisoire, l'effectivité des droits processuels doit s'apprécier au regard du respect du principe de subsidiarité de la mesure que tente, en vain, de faire respecter la défense ; et de l'égalité des armes avec le Parquet dans l'appel de la décision du juge des libertés et de la détention (Partie I). Puis, dans le déroulement de la détention, l'effectivité se heurtent à l'épreuve du renouvellement, rencontre imposée avec les droits processuels. Tandis qu'une fois cette convocation passée, la défense tente de provoquer la mise en liberté de la personne détenue au-delà d'un délai raisonnable ou dans un état de santé critique (PARTIE II).

PARTIE I – De l'effectivité des droits processuels au stade du placement en détention provisoire

PARTIE II – De l'effectivité des droits processuels dans le déroulement de la détention provisoire

PARTIE I – De l’effectivité des droits processuels au stade du placement en détention provisoire

15. Le remède introuvable au placement récurrent – L’institution qu’est la détention provisoire a valu de vive critique au juge d’instruction qui semblait l’utiliser comme moyen de pression⁴⁷. Afin de réaffirmer son caractère exceptionnel, réforme après réforme, le législateur a pris soin de l’enfermer dans des conditions strictes. Dans cette optique, la loi du 15 juin 2000 a créé un magistrat dédié à la détention provisoire. Le juge des libertés et de la détention (JLD). Ainsi, cette loi retire définitivement le contentieux de la détention provisoire au juge d’instruction pour le placer dans les mains d’un magistrat dédié. L’objectif était celui de faire chuter le nombre de détention. Force est de constater que l’effet escompté ne fut pas l’effet observé. Malgré avoir renforcé le caractère subsidiaire de la mesure en limitant les cas de détention aux seuls crimes et délits punis d’au moins trois ans, exiger une « surmotivation » des ordonnances de placement⁴⁸ et étendus les droits de la défense en imposant un débat contradictoire préalable au placement, le taux de placement ne baisse inexorablement pas. Par ailleurs, la loi Perben II a permis au procureur de passer outre le refus le refus du juge d’instruction de saisir le JLD aux fins de placement en détention. Cet apport de la loi du 9 mars 2004 illustre les prérogatives renouvelées du parquet au stade de l’appel de la détention.

16. Les droits processuels au stade du placement – Le mis en examen a, à sa disposition, une pluralité de droit reconnus au stade du placement en détention provisoire. De l’obligation de l’assistance de l’avocat au placement, en passant par la possibilité d’un délai pour préparer sa défense, et une multitude de voie de recours à l’encontre de la décision du JLD, les textes confèrent des garanties, *a priori*, suffisante au présumé innocent. Pour autant, les droits de la défense s’opposent à la vision réductrice de la présomption d’innocence des juges du fond qui ne cesse d’inverser l’ordre établi par les textes. Le principe devient la détention et l’exception la liberté. Me Verges soulignait : « *[qu’] il y a deux défenses, la défense de rupture et la défense de connivence [...], la défense de rupture s’est faire front pour privilégier un ordre à venir, c’est la défense qui refuse de s’en remettre et qui refuse de se démettre* »⁴⁹. Au stade du placement en détention, l’avocat n’a de cesse de privilégier l’ordre

⁴⁷ *Droit pénal et procédure pénale*, Dalloz, coll. Hypercours, 9^{ème} édition, 2016, p. 353, § 532.

⁴⁸ Une surmotivation fondée sur l’article 5-1 de la Conv.EDH et sur les articles 144 et 145 du CPP.

⁴⁹ Propos prononcés par Me Verges, à l’occasion de la conférence sur le thème « Défendre » organisée par l’UJA d’Aix-en-Provence, 1988. Consulté sur www.netflorlex.fr.

établit par le législateur du principe et de l'exception. Cependant, il ne semble pouvoir véritablement influencer de manière effective le juge dans son processus décisionnel.

17. Annonce – Cette ineffectivité du caractère exceptionnel de la détention provisoire s'observe au stade du placement en détention en violation du principe de présomption d'innocence (Titre I). Et, les multiples voies de recours offerte à la personne détenue contre son ordonnance de placement ne semblent pouvoir rétablir l'ordre exigé (Titre II).

TITRE I – La présomption d'innocence et les droits de la défense à l'épreuve du placement en détention provisoire

Titre II – Le principe d'égalité des armes à l'épreuve des voies de recours au placement en détention provisoire

TITRE I – La présomption d’innocence et les droits de la défense à l’épreuve du placement en détention provisoire

18 . **Le constat préoccupant d’une mesure devenue ordinaire** – La présomption d’innocence apparaît comme un principe directeur de la procédure pénale⁵⁰. Pour autant, ce principe ne fait pas obstacle à ce que la loi prévoit une atteinte à cette présomption en permettant à l’autorité judiciaire de prononcer une mesure restrictive de liberté « avant toute déclaration de culpabilité »⁵¹. En effet, le législateur offre la possibilité au juge de prononcer exceptionnellement une mesure assimilable, en sa nature, à une peine. Force est de constater que la pratique des magistrats du siège s’éloigne du texte de la loi. Dès lors, le principe de subsidiarité de la détention provisoire, corollaire du caractère exceptionnel, apparaît comme un mirage. Le principe de subsidiarité n’a de sens que si la liberté demeure le principe, effectivement. Or, le constat que met en lumière la présente réflexion souligne une ineffectivité de ce critère et plus encore des droits processuels à ce stade. La détention provisoire doit être prononcée à titre exceptionnel – comme le prévoit l’article 137 du Code de procédure pénale – car elle est l’unique mesure permettant d’atteindre les objectifs listés à l’article 144 du même code. Ainsi, au stade du placement, l’effectivité des droits processuels doit s’apprécier aux regards des multiples critères et exigences contenus dans ces deux dispositions qui sont liées.

19. **Annnonce** – Dès lors, le constat d’une l’ineffectivité statistique du caractère subsidiaire de cette mesure doit être dressé (Chapitre 1) pour en appréhender les causes qui résident en un contrôle restreint par la Cour de cassation de certaines conditions du placement en détention, révélatrices d’une atteinte plus large aux droits processuels (Chapitre 2). Ce diagnostic est encore plus préoccupant quand il discute les droits de la défense, reconnus au stade du placement en détention provisoire mais demeurant impuissants (Chapitre 3).

Chapitre I – Le mirage du caractère subsidiaire de la détention provisoire

Chapitre II – Du contrôle fragmenté par la Cour de cassation de la motivation du placement en détention, cause de l’ineffectivité

Chapitre III – Les droits de la défense au débat contradictoire, tentative de retour à l’effectivité

⁵⁰ J-B Perrier, « Étude : les principes directeurs de la procédure pénale » in *Procédure pénale*, Lexbase, lexbase pénal : Procédure pénale, 2020.

⁵¹ Déc. N°2002-461 DC du 29 Aout 2002, consid. 66

Chapitre I – Le mirage du caractère subsidiaire de la détention provisoire

20. L'écart entre subsidiarité exigé et réel – La subsidiarité de la mesure de détention provisoire est reconnue largement par les textes législatifs. Ce caractère exceptionnel a vocation à ce que soit respecté le principe de la liberté du mis en cause, présumé innocent, sur l'exception de la détention (*Section 1*). Toutefois, cet ordre établi est bouleversé par la pratique des magistrats, prononçant de manière pléthorique le placement détention (*Section 2*), animés par des raisons diverses qui doivent être étudiées (*Section 3*) avant d'en comprendre les causes.

Section 1 : Le caractère exceptionnelle de la mesure, un principe conforme à la présomption d'innocence

21. L'avènement du caractère exceptionnel de la détention provisoire – L'idée selon laquelle la liberté doit être le principe est reconnue à l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789⁵² (DDHC ci-après). Il signifie que toute personne étant présumée innocente, elle se doit donc de demeurer libre. Les révolutionnaires reprenaient l'idée, déjà formulée par Beccaria dans son célèbre traité, selon laquelle la liberté ne peut être limitée que par une exception prévue spécifiquement par la loi⁵³. Dès lors, la détention provisoire se présente comme une atteinte à la liberté et à la présomption d'innocence. En conséquence de quoi, elle doit être exceptionnellement prononcée.

Or, il n'en a pas toujours été ainsi puisqu'à l'origine du Code criminel de 1810, la liberté était provisoire et la détention le principe. Sous l'ère Napoléonienne, la détention préventive était obligatoire en matière criminelle tandis qu'en matière délictuelle, le juge disposait « d'un pouvoir relatif »⁵⁴. Ainsi, la logique était inversée, le juge pouvait placer l'inculpé en liberté mais sous caution.

Évoquer brièvement le passé de la détention provisoire permet d'en comprendre le présent. Son histoire révèle un long processus permettant d'aboutir à la subsidiarité de cette mesure. En effet,

⁵² C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 1, Section 3, p.16, §.10.

⁵³ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764.

⁵⁴ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2017, p.489, n°431-14

en 1997, le rapport à la Garde des Sceaux soulignait que « *la détention provisoire détient de très loin la palme des modifications procédurales puisqu'elle a connu depuis 1810, 27 réformes successives et donc 28 régimes* »⁵⁵.

Ces réformes ont oscillé⁵⁶ en faveur du détenu entre 1865 et 1933 puis en défaveur de ce dernier en 1935. Il faut attendre le Code de procédure pénale élaboré à la fin de la Quatrième République⁵⁷ pour que le législateur reconnaisse à la détention provisoire un caractère « exceptionnel »⁵⁸.

Pour autant, s'il ne fallait retenir qu'une réforme, pour traiter de l'effectivité du caractère subsidiaire de cette mesure, cela serait celle du 17 juillet 1970⁵⁹. Elle symbolise, à elle seule, la difficulté de rendre effectif le caractère exceptionnel de la détention provisoire. Son intitulé était prometteur : « *renforcer la garantie des droits individuels et des citoyens* ». Le terme « renforcer » est régulièrement utilisé par le législateur en matière pénale comme en témoigne la loi pénitentiaire de 2007⁶⁰ visant à « renforcer l'équilibre » dans la procédure pénale. Force est de constater qu'on ne renforce pas un équilibre, ce dernier existe ou le déséquilibre demeure.

La loi du 17 juillet 1970 est comme un tournant. Tout d'abord, le choix des mots est significatif puisque « *la liberté n'est plus provisoire, c'est la détention qui le devient* »⁶¹. De plus, le texte pose clairement le principe de subsidiarité. La détention doit être une mesure exceptionnelle, motivée au regard des objectifs de l'article 144 du Code de procédure pénale⁶². Enfin, elle permet au juge d'instruction de sortir du dualisme liberté-détention en introduisant le contrôle judiciaire. Cette troisième solution traduit la volonté du législateur de réduire le taux de détention provisoire. Ainsi, l'objectif était d'offrir une alternative à la détention pour en renforcer le caractère exceptionnel.

Preuve de l'ineffectivité du texte législatif, l'effet escompté – nous le verrons- ne fut pas l'effet constaté. Au contraire, le contrôle judiciaire n'a pas été prononcé au bénéfice des personnes qui aurait été placées en détention, mais « au maléfice »⁶³ de ceux qui demeuraient jusqu'alors libres⁶⁴.

⁵⁵ M-L, RASSAT, Rapport à M. le garde des Sceaux, janv. 1997, p.164.

⁵⁶ M. HERZOG-EVANS, G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, Vuibert droit, 3^{ème} édition, 2012, p. 341.

⁵⁷ La loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957.

⁵⁸ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *Op.cit.*, p. 490.

⁵⁹ La Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

⁶⁰ La loi n° 2007-291 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale du 5 mars 2007.

⁶¹ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *Op.cit.*, p. 490.

⁶² C. pr. pén., Art. 144.

⁶³ Terme utilisé comme l'antonyme de l'expression « au bénéfice de », Voy. J. WAINWRIGHT, *Au maléfice du doute*, éd. Gallimard, coll. Série Noire, 1986.

⁶⁴ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *Op.cit.*, p. 490.

22. Le Juge des Libertés et de la Détention, gage d'effectivité – La loi du 15 juin 2000⁶⁵ a apporté sa pierre à l'édifice de l'effectivité. D'une part, elle a explicité le critère de subsidiarité⁶⁶. D'autre part le texte, reprenant les apports de la loi du 4 janvier 1983, créa le Juge des Libertés et de la Détention (JLD). À compter de cette date, la question du placement en détention met en jeu deux interlocuteurs : le juge d'instruction et le JLD. La création d'un second magistrat de la détention provisoire se fait au détriment des pouvoirs du premier. Le juge d'instruction – « l'homme le plus puissant de France »⁶⁷ – n'est plus seul maître de la détention. Surtout, le JLD est créé pour accroître les garanties aux libertés individuelles⁶⁸. En ce sens, le législateur espérait préserver l'atteinte à la présomption d'innocence en imposant que deux magistrats concluent, l'un après l'autre, à la nécessité de la détention. Ce double filtre est donc destiné à renforcer le caractère exceptionnel de la mesure. Toutefois, il ne faut pas s'y méprendre, il résulte des articles 143-1 à 148-8 du Code de procédure pénale qu'uniquement le JLD peut placer une personne en détention⁶⁹.

23. La reconnaissance textuelle du principe, second gage d'effectivité – L'article 137⁷⁰ du Code de procédure pénale pose une condition essentielle pour que la détention provisoire soit prononcée. Il reprend explicitement l'exigence de subsidiarité. De par sa structure, ce texte⁷¹ conduit le juge à ne prononcer la détention provisoire qu'en ultime recours. En effet, l'article 137 prévoit deux hypothèses préalables, que le magistrat doit réfuter pour prononcer la détention provisoire. C'est ainsi qu'il érige la liberté en principe et la détention en exception.

Pour ce faire, la structure même de l'article sert la démonstration. En effet, l'alinéa premier de l'article susvisé pose un principe clair : « *Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre.* ». Puis, le deuxième alinéa prévoit le contrôle judiciaire comme une première atteinte à la liberté, et ce n'est qu'au troisième alinéa de l'article 137 que le législateur évoque la détention provisoire, à titre exceptionnel. D'une part, le principe de subsidiarité est affirmé par la structure du texte qui

⁶⁵ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁶⁶ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *Op.cit.*, p. 505.

⁶⁷ Formule attribuée à Napoléon 1^{er}, cette idée est reprise par Balzac dans son roman *Splendeurs et misères des courtisanes*, 1847.

⁶⁸ D. FAYOLLE, « Le rôle de l'avocat dans la détention provisoire », *Lexbase Pénal n°23, 23 janvier 2020 : Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1909BYD

⁶⁹ C. AMBROISE-CASTERO, Ph. BONFILS, *Procédure pénale*, PUF, thémis droit, 1^{ère} édition, 2011, p. 323.

⁷⁰ C. pr. pén., Art. 137 : « *Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique. A titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire.* »

⁷¹ *Ibid.*

impose au magistrat de réfuter les propositions des premiers et seconds alinéas. D'autre part, le principe est confirmé par l'utilisation du terme « *A titre exceptionnel* ».

Ce n'est qu'après avoir démontré que la liberté n'est pas envisageable, et que le contrôle judiciaire ainsi que le placement sous surveillance électronique⁷² sont insuffisants, que le JLD pourra conclure au placement en détention provisoire. En ce sens, le cheminement que doit opérer le juge pour motiver le placement doit s'apprécier comme un second gage d'effectivité.

En outre, le caractère exceptionnel de la mesure est réaffirmé par plusieurs articles du Code de procédure pénale⁷³. La nécessité de démontrer l'insuffisance des alternatives à la détention que sont les mesures de contrôles judiciaires et d'assignation à résidence sont reprises à l'article 137-3 depuis la loi n°2019-22, du 23 mars 2019. Par ailleurs, l'occurrence de la subsidiarité se retrouve au deuxième et troisième alinéa de l'article 145-1⁷⁴ relatifs au renouvellement de la détention provisoire en matière correctionnelle. Tandis que le terme exceptionnel est évoqué – seulement – à l'article 145-2 en matière criminelle, au sujet de la prolongation par la Chambre de l'instruction.

24. Ce qui doit être – Le principe de la présomption d'innocence, principe fondamentale de la procédure pénale, est uniquement respecté parce que la détention provisoire est subsidiaire. Cela ne peut être autrement, puisqu'elle est la mesure la plus attentatoire au principe en ce que son régime est quasiment similaire à une peine prononcée. En outre, la détention provisoire est par sa nature et son régime en opposition avec la présomption cardinale de la procédure pénale. Il est donc nécessaire que la privation de liberté demeure l'exception pour que cette mesure et ce principe coexistent. Cet ordre établi est protecteur de la présomption d'innocence ne prévoyant qu'une atteinte limitée au principe.

25. Le mal perpétuel – Pour conclure, la doctrine constate « *un mouvement de va-et-vient, qui, en période d'inquiétude pour la sécurité, tend à revenir sur de tels acquis* »⁷⁵ et tangue au grès des vents politiques⁷⁶. Il a fallu plus d'un siècle de réformes législatives pour qu'émerge le principe de subsidiarité. Aussitôt que la liberté était devenue le principe, et la détention l'exception, la doctrine s'interrogeait sur sa valeur. Chambon apporte un regard critique sur l'œuvre du législateur qui

⁷² La loi pénitentiaire n°2009-1436, 24 nov. 2009 : JO 24 nov. 2009 est venue compléter la condition de subsidiarité au regard du progrès technique. Cette condition est reprise à l'article 137-3 du Code de procédure pénale.

⁷³ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 1, Section 5, n°35, p. 25.

⁷⁴ C. pr. pén., Art. 145-1

⁷⁵ M. HERZOG-EVANS, G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, Vuibert droit, 3^{ème} édition, 2012, p. 341.

⁷⁶ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 26^{ème} édition, 2018, p. 775, n° 892.

« qualifie d'exceptionnelle la détention provisoire parce qu'il sait qu'elle ne l'est pas, et qu'il voudrait bien qu'elle le fut »⁷⁷.

En définitive, le législateur a largement ancré le principe de subsidiarité dans le Code de procédure pénale. Ces lois poursuivi la même politique de restriction du prononcée de la détention, en utilisant comme une technique législative visant à augmenter le nombre de conditions de placement, et faciliter la décision en faveur de la liberté⁷⁸. En dépit de cette réalité, ce principe peine à prendre tous ses effets dans le processus décisionnel du juge, puisque, nous allons l'étudier, les chiffres du placement en détention jettent une équivoque sur les exigences textuelles.

Section 2 : La pratique du placement en détention révélatrice d'une ineffectivité statistique⁷⁹ attentatoire

26. Ce qui est – La loi prévoit ce qui doit être, mais il convient d'appréhender ce qui est pour en apprécier l'effectivité. Avant de mettre en œuvre nos propres hypothèses de lecture des textes et des jurisprudences, nous souhaitons identifier la fréquence à laquelle est prononcée un placement en détention provisoire. Les différentes études statistiques menées sur ce sujet sont révélatrices de l'emploi, par les magistrats, de la détention provisoire. Plus encore, les chiffres des placements en détention provisoire permettent de révéler une situation critique sur l'effectivité des garanties exposées.

27. Un organe d'observation ad hoc – Depuis la loi du 15 juin 2000⁸⁰, la détention provisoire est particulièrement scrutée puisqu'elle est l'objet d'étude d'une commission *ad hoc*. La Commission de Suivi de la Détention Provisoire (CSDP) est composée d'un collège pluridisciplinaires constitué de représentants du pouvoir législatif, de magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'État, d'un avocat et d'un universitaire⁸¹. Son objectif est de dresser un état actualisé des statistiques de la détention en France et à l'étranger. Pour cela, elle se voit transmettre tout document utile par les institutions et centres de détention⁸². Plus encore, elle procède à des auditions et visites des lieux de détention et des cabinets des magistrats idoines.

⁷⁷ P. CHAMBON, « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *JCP*, 1989. I. p. 3417.

⁷⁸ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *procédure pénale*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1068, §.1987.

⁷⁹ Terme employé par Carbonnier, v. J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, 10^{ème} édition, p.136.

⁸⁰ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁸¹ Décret n°2001-709 du 31 juillet 2001.

⁸² C. GUERY, *Détention provisoire*, *Dalloz*, Coll. Dalloz Corpus, 2019, p. 22, Ch. 1, Sect. 4, n°23.

Une telle commission, institutionnalisée, est remarquable en ce qu'elle apporte un regard critique sur la détention, et en dresse un portrait actuel. Michel Foucault avait déjà mis en place une commission similaire pour étudier le système carcéral⁸³. À cette occasion, il constatait en 1971 que : « *Nul de nous n'est sûr d'échapper à la prison. Aujourd'hui moins que jamais [...]. On nous dit que la justice est débordée. Nous le voyons bien. Mais si c'était la police qui l'avait débordée ? On nous dit que les prisons sont surpeuplées. Mais si c'était la population qui était suremprisonnée ?* »⁸⁴. Cinquante années se sont écoulées et, au regard des statistiques de la CSDP ainsi que le CESDIP⁸⁵ à l'échelle du Conseil de l'Europe, la situation semble être similaire. Le dernier rapport de la CSDP témoigne d'une pratique de la détention provisoire attentatoire aux principes formulés par les textes.

Les statistiques sur la mesure étudiée sont, comme le rappelle la Commission dans son rapport de 2018, à apprécier globalement, s'agissant du processus d'augmentation des personnes détenues. En effet, les chiffres sont ces « petits-être fragiles »⁸⁶ auxquels il faut prêter attention, car ils finissent par avouer tout ce que leur auteur veut qu'ils disent. Pour autant, en effectuant un regard croisé entre les différentes études, nous ne pouvons que conclure dans le sens d'une augmentation du prononcé de cette mesure.

28. Des chiffres et la lettre – Entre la lettre et l'esprit de la loi, il existe souvent une différence ; entre la lettre et les statistiques, c'est une disparité. Alors que le texte prévoit un usage exceptionnel de la détention provisoire, les études statistiques démontrent le contraire.

En premier lieu, en 2017, 39 700 personnes étaient placées en détention provisoire dont 40 % au cours d'une instruction, et 53 % dans le cadre d'une comparution immédiate⁸⁷. Dans son dernier rapport, la CSDP souligne une croissance importante des détenus de 9% entre 2016 et 2018. Bien que réticente à donner une véritable explication de cette augmentation en raison d'un bouleversement des données statistiques et du mauvais usage du logiciel Cassiopée, la Commission

⁸³ Le Groupe d'Information sur les Prisons (G.I.P) issu du manifeste du 8 février 1971, signé par Jean-Marie Domenach, Michel Foucault et Pierre Vidal-Naquet

⁸⁴ M. FOUCAULT, « Tract ronéotypé (manifeste du G.I.P), 8 février 1971 », in M. FOUCAULT *dits et écrits I. 1954-1975*, éd. Quarto Gallimard, 2012, n°86, p. 1042.

⁸⁵ Le Centre de recherche sociologique sur le droit et les institutions pénales.

⁸⁶ Formule attribuée à Alfred SAUVY

⁸⁷ C. GUERY, *Détention provisoire*, *Op.cit.*, p. 22, Ch. 1, Sect. 4, n°25

voit en une augmentation de l'usage de la procédure de comparution immédiate⁸⁸ une cause de l'augmentation de l'entrée des prévenus en détention⁸⁹.

En second lieu, dans le cadre de l'information judiciaire, le chiffre absolu de détention provisoire a baissé depuis 1990-2000. Or, cette donnée doit être appréciée au regard de la baisse du nombre d'instructions préparatoires⁹⁰. Ainsi que le révèle la Commission, 50% des mis en examens font l'objet d'un mandat de dépôt lors de l'instruction⁹¹. Dès lors, la moitié des personnes faisant l'objet d'une instruction préparatoire sont placées en détention provisoire. Il ne peut être ainsi constater que la détention provisoire est une mesure exceptionnelle entre 2010 et 2017.

En troisième lieu, des JLD auditionnés se disent « *étonnés du caractère assez systématique de la délivrance du mandat de dépôt, dès lors qu'ils sont saisis d'une demande de placement en détention provisoire* »⁹². Sur ce point, le rapport de 2013 de la CSDP fait état d'une pratique inquiétante de ces magistrats qui délivrent neuf fois sur dix un mandat de dépôt, lorsqu'ils sont saisis en ce sens⁹³.

Sur l'ensemble de ces fondements, la conclusion du rapport est édifiante : dès 2011, nous rentrons dans une phase de croissance de la détention provisoire qui ne cesse de s'accroître depuis 2015.

29. L'échec des lois réaffirmant l'exceptionnalité – Le plus marquant, concernant l'effectivité, est le constat de l'influence des lois sur le taux de détention provisoire par rapport aux mis en examen. Comme le souligne la doctrine⁹⁴, et le rapport de la Commission⁹⁵, le taux de placement augmente systématiquement les années suivantes les lois visant à réaffirmer le caractère subsidiaire de la détention, et la nécessité d'user des alternatives. Déjà la loi de 1970, ayant introduit le contrôle judiciaire *ab initio*, avait produit un tel effet (Voy *supr.* (*)). Malgré la difficulté à cerner les données sur le taux du contrôle judiciaire⁹⁶, les rapports successifs de la CSDP sont sans appel. Les dernières données en date de 2013 relevaient que 49,1% de mis en examen étaient placés sous contrôle judiciaire, tandis que 48,2% étaient placés en détention.

⁸⁸ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2019, p.498, n°431-51

⁸⁹ Rapport de la Commission de Suivi de la Détention Provisoire, 2017-2018, p. 26

⁹⁰N. CATELAN, « la détention provisoire, mystère de pacotille », *Lexbase*, Lexbase Pénal ; Procédure pénal, 2020, n°23, N°Lexbase : N1906BYA

⁹¹ Rapport de la Commission de Suivi de la Détention Provisoire, 2017-2018, p. 21

⁹² *Ibid.*

⁹³ Rapport de la Commission de Suivi de la Détention Provisoire, 2013, p. 54 et 55.

⁹⁴ N. CATELAN, « la détention provisoire, mystère de pacotille », *Lexbase*, *Op.cit.*

⁹⁵ Voy le graphique dans le Rapport de la CSDP, 2018, p. 25 reprenant les données du Service statistiques du Ministère de la Justice.

⁹⁶B. AUBUSSON de CAVARLAY, M-L. POTTIER, P. TOURNIER, *Les comptes du crime. Les délinquances en France et leur mesure*, Paris, L'Harmattan, 1994.

En tout état de cause, c'est en vain que l'on cherche dans ce corpus statistique le principe de liberté de l'article 137 du Code de procédure pénale. La seule évidence aveuglante est que l'exception n'a jamais été que le principe.

30. Les conséquences de l'ineffectivité statistiques – L'effectivité du droit s'apprécie comme la production, par la norme juridique, d'effets compatibles avec la finalité que celle-ci poursuit. Cependant, les statistiques remettent entièrement en question cette finalité. En conséquence de quoi, il paraît opportun de conclure à une ineffectivité, entendue comme effet réel de cette loi, et plus largement du principe de subsidiarité. Le Doyen Carbonnier rappelle à juste titre que : « *la plupart des règles de droit [...] comportent un pourcentage toujours appréciable, parfois considérable, d'ineffectivité* » qui illustre l'impuissance de la loi. Ce qui n'était que des gages d'effectivités se révèlent des obstacles inopportuns face aux pratiques des magistrats.

Section 3 : Les raisons de l'emploi pléthorique de la détention

31. La notion de raison – Les raisons de l'emploi systématique de la détention ne doivent pas être confondues avec les causes, qui seront abordées par la suite. Le concept de raison se définit comme une « cause intentionnelle »⁹⁷, une démarche intellectuelle que poursuit le magistrat et qui le pousse consciemment à placer l'individu régulièrement en détention provisoire. Partant, il se doit d'être abordé successivement trois raisons déterminantes que sont la prédominance de l'intérêt de la justice sur les garanties de la personne soupçonnée (§1), le regard que portent les magistrats sur la présomption d'innocence (§2) et, plus profondément encore, la faiblesse de ce principe (§3).

§1. La prédominance de l'intérêt de la Justice sur les garanties individuelles : l'inversion du paradigme

« La détention préventive est une fatale nécessité : fatale aux individus et fatale à la société, fatal aussi à la justice puisqu'elle frappe, innocent ou coupable, l'homme qui n'est pas encore jugé : sacrifice du droit individuel à l'intérêt de tous. C'est la seule justification qu'on puisse lui donner »⁹⁸.

32. La dialectique de la société démocratique – Au sein d'une société démocratique sont reconnus deux principes fondamentaux qui s'opposent. L'État de droit doit concilier, d'une

⁹⁷ Voy la définition de Raison dans *Dictionnaire de philosophie*, Noëlla BARAQUIN (dir.), Paris, Armand-Colin, 2007

⁹⁸ J. ORTOLAN, « Éléments de droit pénal (pénalités, juridictions, procédure) », 3^{ème} éd. Paris, Henri Plon Libraire-éditeur, 1863, tome 2, n°2212.

part, la présomption d'innocence et, d'autre part, l'intérêt social⁹⁹. Ces deux concepts s'opposant, l'Etat doit parvenir à un équilibre en prévoyant des atteintes *a minima* des intérêts sociaux et de l'intérêt individuel. Cependant, la pratique des JLD est une atteinte effective et excessive à l'intérêt individuel, alors même que l'Etat dispose strictement des limitations au premier concept pour qu'il soit en harmonie avec le second. Cette prédominance de l'intérêt général sur l'intérêt social se fait nécessairement au détriment des droits processuels, et du principe de la présomption d'innocence.

33. Le paradigme – Sans qu'il faille y insister trop lourdement, le gouvernement ayant la tâche de l'effectivité du droit¹⁰⁰, a manifesté un paradigme permettant d'obtenir cet équilibre. Selon Thomas Samuel Kohn, un paradigme est une vérité qui représente un consensus temporaire¹⁰¹. Le paradigme évoqué réside dans le couple « principe-exception » que sont la liberté et la détention. Or, comme cela a été démontré, la pratique fait du principe l'exception et de l'exception le principe. En conséquence de quoi, les JLD, conscients, construisent un paradigme différent que celui imposé par le législateur. Il convient donc de s'intéresser à la raison qui pousse les JLD à une telle inversion.

34. Un principe de précaution et un pré-jugement – Les auteurs tels que M. Charageat et M. Soula conçoivent « *le corps comme lieu pénal* »¹⁰². La conception que ces auteurs ont de la peine est transposable à l'étude. La vision retenue de la détention provisoire dépend du prisme par laquelle elle est analysée. Il semble y en avoir trois : deux qui se rejoignent et un qui s'oppose aux deux autres. La détention provisoire vue par la victime, par le prisme de la sûreté nationale, et par le présumé auteur. Elle est insupportable pour le mis en cause, rassurante pour la victime, et nécessaire pour le défenseur de la sécurité sociale que semble devenir le JLD. En effet, les praticiens s'interrogent sur le rôle réel du Juge des Libertés et de la Détention et s'insurgent que « *certaines JLD oublient à quel mot correspond la lettre intermédiaire de leur fonction* ».

La raison du taux élevé de placement en détention se trouve dans la volonté du magistrat de faire prévaloir la sûreté publique sur le respect des intérêts individuels que garantissent les droits processuels. Ensuite, l'analyse de la récurrence à laquelle un mis en examen est placé en détention est significatif d'une politique dite de « risque zéro » qui balaye les droits processuels.

⁹⁹ C. GUERY, Détention provisoire, *Dalloz Op.cit.*, Ch. 1, Section 1, n°6, p.14.

¹⁰⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, 10^{ème} édition, p.136.

¹⁰¹ (*)

¹⁰² M. CHARAGEAT, B. RIBEMONT, M. SOULA, *Corps en peines, Manipulations et usages des corps dans la pratique pénale depuis le Moyen Age*, Paris, Classique Garnier, 2019, p.7

Il faut toutefois aller plus loin, car il semble que l'explication des pratiques récurrentes du placement dépasse le seul intérêt général pour servir l'intérêt de la Justice qui se dissocie du premier. L'idée informulée des magistrats est de considérer que le contrôle judiciaire – moins prononcé – permet, aussi, de préserver l'intérêt général mais il n'empêchera pas l'individu le complice de rencontrer l'auteur¹⁰³.

§2. Une a priori du principe de présomption d'innocence particulière

35. Le contenu du principe de présomption d'innocence – L'atteinte à la présomption d'innocence devient fatale lorsque le mis en cause conteste en toute ou partie les faits pour lesquels il est placé en détention provisoire¹⁰⁴. En ce sens, du principe de la présomption d'innocence est retenu plus fortement sa nature, soit une présomption -réfragable- que sa hiérarchie normative. Il ne peut être ignoré que cette présomption soit reconnue et élevée au rang de principe fondamental à tous les niveaux de la hiérarchie des normes¹⁰⁵. En droit interne, la présomption d'innocence est reconnue à l'article préliminaire du Code de procédure pénale¹⁰⁶ et a valeur constitutionnelle en étant reprise par la Déclaration de 1789, partie intégrante du bloc de constitutionnalité¹⁰⁷. Enfin, elle est consacrée par la Conv. ESDH au paragraphe 2 de l'article 6 en tant qu'élément du procès équitable¹⁰⁸. La présomption de culpabilité est présentée comme la dérogation directe au principe susvisé. Force est de constater que l'atteinte au principe de subsidiarité est, *de facto*, une atteinte à la présomption d'innocence.

36. Un présumé suspect, raison de placement systématique – La détention provisoire est exceptionnelle dans l'objectif que la présomption d'innocence soit respectée (V. *supra*. §. 26). Cependant, Les JLD, évidemment conscient de ce principe, font délibérément le choix de ne pas le respecter. Par conséquent, il doit être conclu qu'une atteinte répétée, révélée, et perpétuelle, est symptomatique d'une faiblesse du principe. La pratique des magistrats est caractéristique d'une perception de cette présomption en deçà des exigences normatives. La doctrine appréhende la présomption d'innocence comme une fiction¹⁰⁹. Ce qui conduit le magistrat du siège a outrepassé le caractère exceptionnel de la mesure, ce n'est pas seulement la préservation

¹⁰³ D. FAYOLLE, « Le rôle de l'avocat dans la détention provisoire », *Lexbase Pénal n°23, 23 janvier 2020 : Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1909BYD

¹⁰⁴ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz *Op.cit.*

¹⁰⁵ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal, pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n°156, p.123

¹⁰⁶ C. pr. Pén. Art. préliminaire

¹⁰⁷ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFINI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 19^{ème} édition, 2017, n°1456, p. 1022.

¹⁰⁸ J-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2016, 7^{ème} édition, p. 151.

¹⁰⁹ J. LE CALVEZ, « L'inculpation et la présomption d'innocence », *Gaz. Pa.* 31 oct. 1982, *Chron.* 2.

de l'ordre social, mais plus encore, le sentiment que les motifs de sa mise en examen suffisent à conclure à sa culpabilité. La raison qui pousse véritablement un JLD à placer en détention un mis en cause, une fois sur deux, réside dans la perception qu'il a de sa culpabilité. Les indices graves ou concordants¹¹⁰ de culpabilité apparaissent alors « *trop bas, trop aisément réunis* »¹¹¹.

37. La présomption d'innocence, le mal originel de l'effectivité – *In fine*, la première cause de l'ineffectivité de la présomption d'innocence ne réside-t-elle pas en le principe lui-même. Plus précisément, un principe limité et excessivement rappelé ne peut que perdre de sa force. « La liberté » est un principe respectueux de la présomption d'innocence, pourquoi donc le rappeler. La vision idéaliste du respect présomption d'innocence disparaît à la lecture des ordonnances de placements. Ainsi, cette présomption impuissante, car renversée et contournée¹¹², ne prend de sens que lorsqu'il existe des indices permettant de la renverser.

§3. La détention provisoire comme solution aux peines non exécutées

38. Le scandale des peines inexécutées – La France accuse un retard important dans l'exécution de ses peines privatives de liberté. En 2010, les Cahiers de la justice confessaient que 82 000 peines restaient inexécutées¹¹³. L'association nationale des juges d'application des peines (ANJAP) s'était à l'époque insurgée en évoquant un tel scandale. Venant nuancer cette ineffectivité dans l'application des peines, la CSDP rappelle toutefois que 60% des peines sont exécutées en amont de la condamnation en détention provisoire¹¹⁴.

39. La détention provisoire salvatrice – Non seulement cette mesure permet le maintien du suspect à la disposition de la justice, mais encore, elle permet, d'ores et déjà, d'exécuter la peine qui sera par la suite prononcée¹¹⁵. En ce sens, le problème lié à l'exécution des peines en France est résolu en faisant exécuter des peines *ante sententielle* dont la durée sera déduite de la peine prononcée¹¹⁶. Ainsi, par le mécanisme d'imputation de durées¹¹⁷, la peine privative de liberté a été exécutée préalablement. Pour ces raisons, le JLD ainsi que le Procureur et le Juge d'instruction avant lui, font un usage détourné de la détention provisoire au détriment des garanties procédurales. Les causes de ces dérives que partiellement sanctionnées, doivent cristalliser la réflexion.

¹¹⁰ C. pr. Pen., Art. 80-1.

¹¹¹ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, *Op.cit.*, Ch. 1, Section 1, n°6, p.14.

¹¹² S. DETRAZ, « Protection de la présomption d'innocence », LexisNexis, JCI procédure pénale, 2020.

¹¹³ « Peines prononcées, peines appliquées » in *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2010, n°04/2010, p.11.

¹¹⁴ Rapport de la Commission de Suivi de la Détention Provisoire, 2018, p. 55.

¹¹⁵ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *procédure pénale*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p. 1067, n°1986.

¹¹⁶ E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, 3^{ème} édition, 2019, p. 505, n°1132.

¹¹⁷ C. pr. pén., Art. 716-4.

Chapitre II. Du contrôle fragmenté par la Cour de cassation de la motivation du placement en détention, cause de l'ineffectivité

40. de la notion de cause. Bien distinct de la notion de raison, la notion de cause s'apprécie comme un état de chose qui, « aboutit à quelque chose d'autre »¹¹⁸. La Cour de cassation joue inévitablement un rôle clé dans l'effectivité des droits processuels. L'analyse de l'étendue de son contrôle, sur la motivation du placement en détention, est essentielle pour comprendre les causes de l'échec du caractère exceptionnel, et plus largement encore de l'effectivité des droits processuels.

La réflexion s'était arrêtée sur l'exigence des dispositions législatives quant à la détention provisoire (le pourquoi). Le constat statistique a permis de dévoiler le glissement de la détention provisoire d'une mesure exceptionnelle à ordinaire. Désormais, Il s'agit de comprendre comment le contrôle de Cour de Cassation, garante des exigences du droit, a « abouti à » une telle ineffectivité. Les principes essentiels au stade du placement posés, il reste à circonscrire les limites prétoriennes de leur application.

41. Les causes de l'ineffectivité. Les causes d'ineffectivité sont souvent dues à « la déperdition de la machinerie juridique »¹¹⁹. Pour cela, il est indispensable d'évoquer le contenu de la motivation de placement. Cette motivation est vraisemblablement la première cause d'atteinte aux droits processuels (Section 1). Eu égard aux objectifs motivant la détention provisoire, la Cour de cassation est un modèle de nuance¹²⁰. Si bien qu'il doit être étudié le régime du contrôle qu'opère la Cour de cassation sur le contenu des ordonnances du placement (Section 2). Enfin, il sera mis en lumière un critère qui échappe totalement au contrôle de la Cour de cassation, l'aveu (Section 3).

¹¹⁸ Voy la définition de Cause dans Dictionnaire de philosophie, Noëlla BARAQUIN (dir.), Paris, Armand-Colin, 2007

¹¹⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, 10^{ème} édition, p.137.

¹²⁰ N. CATELAN, « la détention provisoire, mystère de pacotille », *Lexbase Pénal n°23, 23 janvier 2020 : Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1906BYA.

Section 1. Le contenu de la motivation de l'ordonnance de placement (1er cause)

42. Annonce – Avant même d'étudier le contenu de la motivation des ordonnances de placement (§2), il convient de revenir sur les critères de l'article 144 du CPP qui justifie le placement en détention (§1) avant de relever que la liberté, elle-aussi, semble devoir être motivée (§3) par le JLD.

§1. Les critères de la motivation de l'article 144 et la présomption d'innocence

43. Les motifs de la décision – Le placement en détention provisoire doit être motivé avec une certaine rigueur¹²¹, réaffirmée régulièrement par la Cour de cassation¹²². Au-delà du fait que cette mesure doit être prononcée exceptionnellement, elle doit être – pour reprendre les termes de l'article 144 du CPP –, « l'unique moyen de parvenir à un ou plusieurs des objectifs »¹²³ listés par le législateur. Ainsi, avant d'étudier le contenu de la motivation, il est nécessaire de revenir succinctement sur les sept critères motivant la détention provisoire pour en discuter la valeur au regard de la présomption d'innocence et des droits de la défense. Plus précisément, il convient de constater que ces critères qui sont censés ne motiver que la détention, s'appuie en filigrane, pour certains, sur des éléments tendant à la culpabilité de l'individu. Ainsi, les dés seraient déjà jetés au stade du placement en détention.

44. La préservation des preuves et la protection de la personne – Ils sont respectivement les critères au 1° et 4° de l'article 144 du CPP. Il est fait le choix de réunir ces deux critères puisqu'ils sont les deux objectifs les moins utilisés dans la motivation des JLD. A titre d'exemple une étude relève qu'ils sont respectivement choisis dans 23,68% et 2,63% des cas¹²⁴. Le premier est en réalité limité par sa nature temporelle courte puisque motiver la détention en raison de la conservation des preuves signifie qu'un acte tel qu'une perquisition doit être diligenté¹²⁵.

45. Le risque de concertation frauduleuse – Ce critère suppose au préalable l'existence de co-auteurs et complices. Il est un critère reconnu par la Cour.EDH comme perdant

¹²¹ C. AMBROISE-CASTERO, Ph. BONFILS, *Procédure pénale*, PUF, thémis droit, 1^{ère} édition, 2011, p. 324.

¹²² Crim. 16 Juil. 1997, Bull. crim. n°273, D. 1998, somm. p. 170; crim. 26 févr. 2008, D. 2008, act. p. 853, obs. Allain, crim. 18 juin 2008, D. 2008, act. p. 2147, obs. Léna.

¹²³ C. pr. pén. Art. 144.

¹²⁴ A. DERBEY, S. RAOULT, « Faut-il avouer pour sortir de détention provisoire ? Étude de 117 trajectoires de détention à Marseille », in *Les rapports de recherche de l'Observatoire*, n°12, octobre 2018.

¹²⁵ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, *Op.cit.*, Ch. 1, Section 5, p.33, §51.

de la pertinence dans le temps¹²⁶. Dès lors que de nombreuses dépositions et auditions ont été retranscrites au dossier, l'intérêt de s'accorder sur une version favorable des faits est nul. En ce sens, il est difficilement envisageable de motiver une détention provisoire sur ce critère dans un temps long. De plus, un tel risque peut être évité par l'emploi de certaines modalités du contrôle judiciaire telle que l'interdiction de rentrer en contact avec un autre mis en cause. De sorte que le JLD devra motiver spécialement en quoi le contrôle judiciaire ne permet pas de prévenir ce risque.

46. Le risque de pression sur les témoins ou victimes – Ce critère est employé en fonction des infractions. Le JLD motive l'ordonnance de placement au vu du 2° de l'article 144 du CPP lorsqu'il existe des victimes de l'infraction. Partant, certaines infractions échappent à ces qualifications tel que le trafic de stupéfiant. Le point sensible de ce critère résulte du fait qu'il existera toujours un risque de pression quel que soit l'infraction, les circonstances ou l'auteur. Plus encore, ce critère apparaît lors de divergence de version entre les auteurs, témoins et victimes. La pression n'a de sens que si elle permet justement d'accorder les versions pour démontrer l'innocence du mis en cause. Toutefois, comme le souligne C. Guery, conseiller de cassation, « *il est rare qu'un dossier ne contienne pas de distorsion dans la façon dont chacun relate les faits* »¹²⁷. En conséquence de quoi, ce critère est aisément motivé.

47. Le risque de fuite – Il est le critère qui est certainement le plus encadré par la jurisprudence de la Cour. EDH. Selon cette jurisprudence fournie, ce critère ne peut être apprécié au regard de la seule gravité des faits reprochés et doit prendre en considération « *le caractère, la moralité, le domicile, la profession, les ressources et les liens familiaux* »¹²⁸ de l'individu. Il revient à apprécier les garanties de représentation de l'individu. Cependant, c'est quasi-systématiquement que le JLD part du principe que l'individu n'a pas de garantie, et qu'il doit démontrer le contraire, inversant la charge de la motivation sur la défense.

48. Mettre fin à l'infraction, ou au trouble à l'ordre public – Il sont certainement les deux critères les plus discutables. En effet, par leur nature, ils portent une atteinte à la présomption d'innocence en ce qu'ils posent comme postulat qu'une infraction a eu lieu, et donc, que le coupable doit être placé en détention provisoire. En effet, le critère tiré du « *trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public* »¹²⁹ nécessite la démonstration du dit trouble. Cette notion est un « *standard juridique n'ayant aucune réelle consistance* » que le juge rattache à tort à la gravité de l'infraction. Or, on ne voit

¹²⁶ CEDH, 12 déc. 1991, req. n°12718/87, Clooth c Belgique ; 23 sept. 1998, req. n° 28213/95, I.A c/ France.

¹²⁷ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, *Op.cit.*

¹²⁸ CEDH, 27 août 1992, req. n° 12850/87, Tomasi c/ France, 27 juin 1968, req. n° 1936/63, Neumeister c/ Autriche.

¹²⁹ C. pr. pén. Art. 144.

pas comment il pourrait être démontré un trouble à l'ordre public sans caractériser une infraction. De plus, il n'est pas un critère satisfaisant au sens de la réflexion puisqu'il peut motiver une décision de placement lorsque le JLD n'a pas trouvé d'autres fondements. En ce sens, il est assimilé à une « *cause passe-partout pouvant englober quasiment toutes considérations, y compris les moins avouables* »¹³⁰. Il faut noter qu'il est un critère prohibé en matière correctionnelle¹³¹.

Ainsi pour ces deux critères, la présomption d'innocence n'est qu'une fiction, tandis que l'infraction poursuivie est bien réelle alors que l'enquête essaye d'en rapporter les indices et charges. Ces critères sont à la frontière de l'appréciation de la culpabilité de l'auteur par le JLD¹³². S'agissant du critère tiré du trouble exceptionnel à l'ordre public, il paraît inquiétant de laisser à la libre appréciation du juge, la liberté d'un homme en se fondant sur un concept liquide, oserons-nous dire nébuleux et subjectif. S'agissant de l'objectif de prévenir le renouvellement de l'infraction, objectif 6° de l'article 144, il est opportun de remarquer que l'objectif de prévention du renouvellement est l'un des objectifs de la peine.

49. Le quantum de la peine, critère absent – Dans l'esprit des juges, la gravité des faits pèse inévitablement lourd dans la balance. Toutefois, il faut rappeler que ce critère ne figure pas à la liste de l'article 144 du CPP. Pour autant, c'est régulièrement que les juges motivent le risque de fuite en considérant que le *quantum* de la peine élevé inciterait le mis en cause à disparaître. Il semble, en effet, que la Haute juridiction accrédite une motivation de la détention au regard de cet élément, apprécié comme un élément de fait qui justifie implicitement la détention¹³³. Dès lors, il peut être appréhendé comme un critère dissimulé hors la loi.

In fine, la détention provisoire et les éléments de culpabilités sont intrinsèquement liés. Considérer que les critères de l'article 144 ne se fondent pas sur le fond du dossier semble être une hérésie. On comprend pourquoi la défense tente, sans être autorisée à plaider le fond, d'éviter la détention. Elle tente d'épargner, la souffrance d'une incarcération – c'est une évidence- mais surtout, l'image que peuvent se faire les jurés d'un individu déjà incarcéré. Un accusé ou prévenu libre est toujours mieux apprécié qu'un individu détenu. Les présumés critères objectifs de l'article 144 du Code de procédure pénale traduisent une prise de partie des juges, et surtout, un jugement sur la culpabilité.

¹³⁰ B. BOULOC, « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ? », *D.* 1995, Chron., p. 315.

¹³¹ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

¹³² C. GUERY, *Détention provisoire et culpabilité*, *D.* 2006. Point de vue, p. 1556.

¹³³ Cass. crim., 10 févr. 1998, JCP 1988. II. 21124 ; crim., 6 mars 1986, JCP 1986. II. 315, crim., 21 août 1990, n°90-83.745.

Par ailleurs, la Cour de cassation semble réticente à un consacrer de manière prétorienne des critères supplémentaires de ceux prévus à l'article 144 du CPP¹³⁴.

§2. Le contenu de la motivation

50. Le principe de motivation – La récente loi n°2019-222 du 23 mars 2019 a modifié l'article 137-3 du Code de procédure pénale qui dispose que : « *Le juge des libertés et de la détention statue par ordonnance motivée [...], l'ordonnance doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait* » sur le caractère insuffisant des alternatives à la détention et les motifs de la détention résultant de la combinaison des articles 143-1 et 144 du CPP¹³⁵. Ainsi, la décision doit contenir un ou plusieurs des objectifs susvisés.

51. La validité de la saisine du JLD – De plus, pour qu'une ordonnance de placement en détention soit valable, faut-il encore que son auteur ait été valablement saisi. En ce sens, le JLD ne peut statuer que s'il a été saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction envisageant la détention¹³⁶. A ce titre, le juge d'instruction lui-même doit être compétent, à défaut, la détention provisoire prononcée par le JLD est illégale¹³⁷.

52. La nécessité de l'instruction – Le législateur voulant restreindre les cas de détention provisoire, a prévu un certain nombre de conditions de motivation permettant d'aboutir au placement en détention. Tout d'abord, il oblige le JLD à démontrer que la mesure doit être prononcée au regard de la nécessité de l'instruction¹³⁸. Derrière ce terme de nécessité de l'instruction se trouve la nécessité de garder l'individu sous-main de justice, ainsi que le besoin de la poursuite de l'information judiciaire¹³⁹. Cette nécessité s'apprécie au regard de droits conditions présumés restrictives.

¹³⁴ La Cour de cassation était saisie d'une QPC sur l'interprétation que faisait la chambre criminelle de l'article 144. Le requérant relevait que l'interprétation excluait un huitième critère de justification d'une mesure de détention provisoire, portant sur la nature et la gravité des preuves et des indices matériels établissant l'infraction, Cass. crim., 11 juill. 2018, 18-82.896.

¹³⁵ Crim. 18 Aout 2010, n°10-83.770, Dalloz actualité, 21 sept. 2010, obs. M. Léna.

¹³⁶ C. pr. pén. Art. 137-1.

¹³⁷ Une ordonnance du Président du Tribunal Judiciaire avait désigné le magistrat du siège remplaçant le juge d'instruction alors que cette désignation relève uniquement de la compétence de l'Assemblée générale des magistrats du siège. Le Juge d'instruction étant incompétent, la saisine du JLD devenait irrégulière et son ordonnance nulle : Cass. crim., 11 sept. 2019, n°19-83.878, FS-P+B+I ; V. aussi. Cass. crim., 27 févr. 2007, n° 06-89.080, Bull. crim. n°62; Gaz. Pal. 25-26 avr. 2007, p.13.

¹³⁸ C. pr. Pén. Art. 137.

¹³⁹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, procédure pénale, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1068, n°1987.

53. Les trois conditions – En premier lieu, il faut remplir la condition de subsidiarité. Il résulte de cette condition une obligation de motivation spéciale qui résulte de l'article 137 du CPP et de l'article 144 du même Code en ce que la détention doit être « *l'unique moyen de* »¹⁴⁰. Cela sous-entend donc, que le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence, ni même la liberté, permet de remplir les objectifs de l'article susvisé. C'est ainsi une double exigence qui peut paraître redondante mais nécessaire. L'omission d'une telle condition est, nous le verrons, sanctionnée rigoureusement par la Cour de cassation¹⁴¹ (Voy. *Infra*. Chapitre 2, Section 1).

En second lieu, l'ordonnance de placement ne peut être prononcée que si la condition de peine encourue est remplie. La mesure n'est possible que lorsque la personne encourt une peine criminelle ou une peine correctionnelle de trois ans *minima*¹⁴². A ce titre, pour déterminer la peine encourue permettant le placement, le JLD ne peut prendre en compte l'état de récidive du mis en examen¹⁴³.

En troisième lieu, le législateur impose la motivation de la finalité de la détention de manière autonome aux deux premières conditions¹⁴⁴. En ce sens, il ne serait être déduit de la motivation du critère de subsidiarité, la démonstration d'un des objectifs de l'article 144.

54. Les indices motivant la détention – Pour que le juge remplisse son obligation parfaitement, il se réfère aux éléments « *précis et circonstanciés résultant de la procédure* »¹⁴⁵. Pour ce faire, la loi du 5 mars 2007 confère au JLD une faculté de « *vérifications complémentaires* »¹⁴⁶ à la charge de l'instruction permettant de rapporter des éléments au service de la motivation de l'ordonnance¹⁴⁷. Il est évident qu'il existe à l'encontre l'individu déféré devant le JLD des indices graves ou concordants¹⁴⁸, mais la répétition du législateur est au service de l'effectivité du principe de subsidiarité. Dès lors, la motivation comporte des éléments précis du dossier justifiant le placement, sans que la Cour de cassation exige que le JLD se réfère aux cotes du dossier. En effet,

¹⁴⁰ C.pr. pén. Art. 144.

¹⁴¹ Cass. crim., 12 oct. 2010, n°10-85.370, F-P+B.

¹⁴² C. pr. pén. Art. 143-1.

¹⁴³ Cass. crim., 23 janvier 2007, n°06-88.259, V. aussi E. ALLAIN, « Récidive et détention provisoire », Dalloz Actualité, 5 mars 2007.

¹⁴⁴ S. GUINCHARD, J. BUISSON, procédure pénale, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1071, n°1992.

¹⁴⁵ C. pr. pén. Art. 144, V. aussi Cass. crim. 11 juill. 2018, n°18-82.896.

¹⁴⁶ C. pr. pén. Art. 194, 148 et 148-4.

¹⁴⁷ Sur cette faculté, rien n'impose aux JLD de procéder à des vérifications complémentaires auprès du Service d'insertion et de probation en vue du placement en détention alors que la défense en fait la demande. V. Cass. crim., 24 juil. 2019, n° 19-83.359.

¹⁴⁸ C. GUERY, *Détention provisoire et culpabilité*, D. 2006, Point de vue, p. 1556.

la Cour de cassation a jugé qu'il n'existait pas d'obligation de se référer aux cotes de la procédure dès lors que l'avocat a eu accès au dossier¹⁴⁹.

Bien qu'en constatant l'accès au dossier, les droits de la défense sont respectés, il aurait été préférable qu'il soit imposé au JLD de citer les cotes du dossier sur lesquels il s'appuie pour motiver sa décision de placement. Une telle démarche intellectuelle obligerait le JLD à une lecture approfondie du dossier et à mettre en exergue des indices justifiant la détention. Une telle démarche ne peut qu'être un gage de qualité de la décision.

55. Les dérives des clauses types de motivation – Les motivations des JLD se ressemblent souvent les uns par rapports aux autres et ce en raison d'une pratique courante qui remet en question la notion même de motivation. A titre d'exemple relatif à la motivation du caractère insuffisant du contrôle judiciaire, la doctrine relève que les JLD emploient régulièrement des formules pré-écrites¹⁵⁰. Cette idée est partagée par les praticiens qui soulignent : « *qu'en matière de contentieux de la détention provisoire on est sur des clauses de style, comme en droit commercial* »¹⁵¹. Ainsi, l'ordonnance de placement est un contrat d'adhésion auquel le mis en cause est obligé d'adhérer. La commission d'enquête sur l'affaire d'Outreau concluait en ce sens en relevant que le juge s'était contenté de « motivations types »¹⁵². La doctrine soucieuse relève encore que la motivation de l'ordonnance du JLD n'évite pas l'écueil de « *décisions motivées de façon générale et par des formules de style* »¹⁵³.

§3. La question de la motivation de la liberté

56. La liberté motivée. Si la liberté demeure le principe et la détention l'exception, le Juge d'instruction n'a pas à motiver les raisons qui l'ont conduit à ne pas saisir le JLD, malgré les réquisitions du parquet en ce sens. En effet, la liberté doit être de plein droit, et donc ne pas nécessiter qu'un juge en démontre la justification. Pour autant, revenant sur une jurisprudence ancienne, le législateur a par la loi du 9 septembre 2002 introduit un article 137-4 qui dispose en substance que saisi de réquisitions du procureur de la République tendant au placement en

¹⁴⁹ Cass. crim., 8 août 2018, F-P+B, n°18-83.310, obs. L. PRIOU-ALIBERT, « ordonnance du JLD: pas d'obligation de se référer aux cotes du dossier », *Dalloz Actualité*, n°18-83.310.

¹⁵⁰ C. GUERY, *Détention provisoire*, *Dalloz Op.cit.*, Ch. 2, Section 4, p.63, n°120.

¹⁵¹ A. DERBEY, S. RAOULT, « Faut-il avouer pour sortir de détention provisoire ? Étude de 117 trajectoires de détention à Marseille », in *Les rapports de recherche de l'Observatoire*, n°12, octobre 2018, p. 30.

¹⁵² Rapport de l'Assemblée nationale n°3125, 2006-2007, p.330.

¹⁵³ G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 26ième édition, 2018, n°901.

détention, le juge d'instruction ne voulant faire droit à cette demande doit statuer par une ordonnance motivée justifiant son choix de ne pas saisir le JLD aux fins de placement. Dans l'optique « d'éviter une jurisprudence laxiste, le législateur a prévu la possibilité pour le ministère public de saisir le JLD lorsque le juge d'instruction a refusé la saisine »¹⁵⁴.

Cependant, la Cour de cassation a régulièrement rappelé « qu'il ne saurait être imposé au juge qui ordonne une mise en liberté, fut-ce contrairement aux réquisitions, de constater l'absence des conditions qui, selon les articles 137 et 144 du code de procédure pénale, pourraient autoriser une mesure de détention provisoire »¹⁵⁵. Cette jurisprudence, réaffirmée récemment, rappelle que la liberté demeure la règle¹⁵⁶. Toutefois, le JLD qui décide de ne pas placer une personne en détention doit formaliser l'absence de conditions de la détention¹⁵⁷.

C'est en faveur des droits processuels que la Cour de cassation a réaffirmé le principe de liberté en n'imposant pas de motivation spéciale. La motivation de l'ordonnance de placement qu'en à elle, s'assimile à un clair-obscur consistant à moduler les objectifs souples de l'article 144 et conditions de la détention au grès des politiques pénales, sans que la Cour de cassation ne puisse y opérer un contrôle approfondi.

Section 2 : Le contrôle nuancé des conditions de placement en détention par la Chambre criminelle (2nd cause)

57. Le champ de l'étude sur la motivation – L'approfondissement du contrôle de la Cour de cassation propose de s'attarder sur l'appréciation de l'article 137 et 144 du Code de procédure pénale par la Haute juridiction. Or, l'affirmation du caractère exceptionnelle de la détention est rappelé par les juges du Quai de l'Horloge, en partie, à l'occasion d'une demande de mise en liberté (DML ci-après) refusée. L'utilisation d'une telle demande, en tant qu'outil des droits processuels sera étudié dans un second moment de l'étude. Toutefois, il parut nécessaire d'évoquer les motifs de cassation lors d'une procédure de DML s'agissant du caractère exceptionnel de la détention pour compléter la réflexion. Ainsi, sera étudié le contrôle effectué par la haute juridiction

¹⁵⁴ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2017, p. 506, §. 432.14.

¹⁵⁵ Cass. crim., 29 mars 2017, n°17-80.149 ; Dr. Pén. 2017, comm. 78, A. MARON et M. HAAS.

¹⁵⁶ Cass. crim., 9 avril 2019, n°19-80.550, F-P+B+I, obs. N. CATELAN, « la détention provisoire, mystère de pacotille », *Lexbase Pénal n°23, 23 janvier 2020 : Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1906BYA

¹⁵⁷ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *procédure pénale*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1068, n°1987.

sur le principe de subsidiarité (§1) qui contraste avec son appréciation souple des objectifs de la détention (§2).

§1. L'orthodoxie partiel du caractère exceptionnel de la détention

58. Une rigueur réaffirmée – Régulièrement la Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle le caractère exceptionnel de la détention provisoire. Les conseillers semblent, sur ce point, d'une rigueur remarquable quel qu'en soit le contexte depuis la loi du 5 mars 2007¹⁵⁸ : une ordonnance de placement en détention provisoire, une ordonnance de renouvellement ou encore une demande de mise en liberté¹⁵⁹. Il faut noter que la motivation du caractère subsidiaire de la détention impose en réalité au juge de motiver que la détention ne soit pas motivée au regard des articles 137, 137-3 et 144 du Code de procédure pénale.

59. La cassation sur un seul élément de la subsidiarité – Des trois conditions substantielles au placement, elle est la condition la plus réprimée par la Haute juridiction. Pourtant, à la lecture attentive de la jurisprudence, la Cour de cassation se limite à casser seulement les arrêts ne remplissant pas l'obligation de motivation spéciale de l'article 137-3 du Code de procédure pénale. D'ailleurs, tourné vers le passé révélait que la chambre criminelle a, sans cesse, appliqué de manière parcimonieuse les dispositions sur la subsidiarité¹⁶⁰.

Il est évident que l'absence de motivation de la condition de subsidiarité entraîne une cassation de l'arrêt de la Chambre de l'instruction¹⁶¹. Or, la censure des arrêts de la chambre criminelle se bornent à constater que les juges du fond n'ont pas motivé « *par des considérations de droit et de fait* » en quoi les objectifs de la détention provisoire ne pouvaient être atteints « *par un placement sous contrôle judiciaire ou une assignation à résidence* »¹⁶². Dès lors, la Cour de cassation affirme l'exigence de motivation expresse¹⁶³ de l'insuffisance des mesures alternatives à la détention provisoire. Certains auteurs y voient un contrôle suffisant puisqu'en affirmant que la détention est l'unique moyen de parvenir aux objectifs prévus, le juge démontre l'insuffisance des alternatives à la détention et inversement. Dès lors, par une interprétation *a contrario* des ordonnances de placement, les juges de cassation

¹⁵⁸ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *procédure pénale*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, n1990, p. 1070.

¹⁵⁹ Cass. crim., 26 févr. 2008, J.: *JurisData* n°2008-043118.

¹⁶⁰ Cass. Crim., 16 févr. 2010, AJ Pénal 2010. 248, obs. L. Ascensi; Crim. 2 sept. 1997, JCP 1997. IV. 2235

¹⁶¹ Cass. crim., 13 oct. 2010, n°10-85.552, K., F-P+B: *JurisData* n°2010-020121.

¹⁶² Cass. crim., 12 oct. 2010, n°10-85.370; crim., 18 août 2010, n°10-83.770 et 10-83.819.

¹⁶³ E. ALLAIN, « Détention provisoire : le rappel des conditions », AJ Pénal, mars 2018.

confirme que la motivation au visa de l'article 137-3 suffit à caractériser le caractère exceptionnel de détention provisoire.

Le législateur a souhaité que le magistrat motive la détention en reprenant l'ensemble des conditions qui constitue la subsidiarité. Or, la Cour de cassation se contente d'opérer un contrôle uniquement au regard de l'exigence de l'article 137-3. S'il fallait être encore plus rigoureux, la lettre du Code prévoit comme condition que la détention provisoire est prononcée si la nécessité de l'instruction le demande. Toutefois, sur ce point, le contrôle de la motivation semble impossible en ce qu'il est difficilement concevable que la Cour de cassation soit en mesure d'apprécier une telle opportunité factuelle. Elle se contente alors de contrôler l'un des corollaires du caractère exceptionnel de la détention. Un tel contrôle est très en-deçà des exigences mêmes de la loi.

60. Le caractère exceptionnel de la détention et la DML – Les pourvois formés à l'occasion d'un refus de demande de mise en liberté permet de déceler une position de la Cour de cassation sur le critère exceptionnel de la détention. A l'occasion de trois arrêts en date du 28 et 29 mars 2017¹⁶⁴, les juges du Quai de l'horloge réaffirme les conséquences de la subsidiarité de la détention provisoire sur la motivation des décisions de refus de demande de mise en liberté fondée sur l'inopportunité d'un maintien en détention. Si bien que la Chambre criminelle confirme que le principe du caractère exceptionnel de la détention impose que la mesure soit levée quand elle n'est plus nécessaire¹⁶⁵. Sur ce point, la jurisprudence est abondante¹⁶⁶ et ne réaffirme que tardivement le caractère exceptionnel de la détention, au stade du maintien et non du placement.

61. Le mutisme de la Cour de cassation – Ainsi, cette réaffirmation est paradoxale, et étonnante, en ce que la Cour de cassation applique *a priori* l'obligation de motivation du caractère exceptionnel de la détention. Toutefois, elle ne le fait qu'au visa d'une partie du principe de subsidiarité. C'est souvent par l'emploi d'une interprétation *a contrario*, ou *implicite* que 'on décele les exigences de motivation de la Cour de cassation. Surtout, le contrôle intervient au stade des demandes de mises en liberté et non sur les ordonnances de placement. De plus, c'est en vain que serait rechercher une cassation au seul visa de l'article 144 tant les juges de la Haute juridiction sont réticents à contrôler les objectifs factuels de la détention. Ce mutisme, soit l'incapacité matérielle de s'exprimer, trouve sa cause du caractère factuel des objectifs de la détention provisoire.

¹⁶⁴ Cass. crim., 28 mars 2017, n°17-80.136 ; crim. 29 mars 2017, n°17-80.148 et n°17-80.642

¹⁶⁵ D. GOETZ, « Caractère exceptionnel de la détention provisoire et exigences de motivation », Dalloz Actualité, 24 Avril 2017, p. 193.

¹⁶⁶ V. aussi Cass. crim., 7 févr. 2017, n°16-86.877, Dalloz actualité, 9 mars 2017, obs. A. André ; 3 mai 2011, n°11-80.879, Dalloz actualité, 14 juin 2011, obs. M. Léna.

§2. Un contrôle souple des objectifs du placement laissée à l'appréciation souveraine des juges du fonds

62. L'approche factuelle des objectifs de placement – Le contrôle de la motivation des ordonnances de placement est une tâche difficile due à la nature même de la motivation. Les objectifs énumérés à l'article 144 du Code de procédure pénale sont à forte consonance factuelle. A fortiori, le juge peut et doit motiver sa décision sur les éléments de fonds du dossier et son contexte¹⁶⁷. De sorte que, l'appréciation de tels critères est complexe pour la Cour de cassation. Non seulement, l'appréciation des éléments factuels est limitée au stade de la cassation mais encore, leur contrôle est délicat en droit. C'est difficulté est notamment illustré par la chambre criminelle dans sa jurisprudence¹⁶⁸ qui démontre implicitement une volonté des conseillers de cassation de laisser à la libre appréciation des juges du fonds certains éléments de motivation¹⁶⁹. La Cour de cassation ne peut, objectivement, contrôler point par point l'ensemble des éléments factuelles permettant d'aboutir à la nécessité de la subsidiarité de la mesure qui s'apprécie *in concreto*. Cela explique donc le taux anormalement élevé de placement en détention provisoire. Le JLD conduit pas une politique du « risque zéro » ordonne la détention en fondant sa décision sur un article 144 du CPP dont il a une « interprétation excessivement générale »¹⁷⁰.

63. La vision doctrinale du contrôle de la Cour – L'idée informulée par la Cour de cassation consiste à ce qu'elle vérifie seulement l'existence réel d'une motivation précise et non son véritable contenu¹⁷¹. La Cour de cassation souligne elle-même que « *les juges apprécient souverainement que les objectifs de la détention ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique* »¹⁷². Ce sentiment se confirme et les chercheurs, inquiets, en font véritablement état. Le mouvement doctrinal analyse ce contrôle limité de la Cour selon laquelle la détention ne doit être prononcée que dans les cas où elle devient indispensable parfois pour prévenir le risque de renouvellement de l'infraction d'un auteur présumé innocent.

¹⁶⁷ Cass. crim., 12 oct. 2010, n°10-85.370; crim., 18 août 2010, n°10-83.770 et 10-83.819.

¹⁶⁸ M. LENA, « Détention provisoire, publicité et motivation », Dalloz Actualité, 7 mars 2013.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Projet de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

¹⁷¹ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Op. cit., n°432-84.

¹⁷² Cass. crim., 13 déc. 2011, n°11-87.042.

64. La solution externe – Cette libre appréciation, laissée au juge du fond sur une grande partie de la motivation, explique certainement les évolutions statistiques constatées. A l’heure du constat d’un échec de gestion de la surpopulation carcérale, la solution semble se trouver ailleurs que dans le contrôle de la Cour de cassation. A titre d’exemple, l’arrêt de grande chambre de la Cour. EDH, *Idalov. Contre Russie* soumet une piste de réflexion en effectuant une « *distinction entre le caractère pertinent et le caractère suffisant de la gravité des charges pour justifier la détention provisoire* »¹⁷³.

Face à l’ensemble de ces éléments, la Cour de cassation n’opère que partiellement une vérification du caractère exceptionnel et des motifs malléables de la détention, laissant une liberté aux JLD dont il ne cesse d’abuser pour servir ses raisons. En outre, un dernier critère échappe à son contrôle : l’aveu ; sans que – ce qui est d’autant plus préoccupant – les conseillers de cassation ne puissent s’en insurger.

Section 3 : Le droit au silence et l’aveu, critère de motivation inavoué

65. Annonce – La déclaration du mis en examen sur sa participation au fait n’est pas prévu par le législateur alors que les JLD semblent y attacher une particulière importance (§1) qu’ils ne peuvent laisser transparaître dans leur motivation de placement (§2).

§1. Un critère de motivation hors la loi

66. L’exclusion théorique du critère de l’aveu – Historiquement, la détention provisoire était perçue par l’inquisition comme un moyen efficient d’obtention des aveux. Ainsi, l’ordonnance criminelle de 1670 permettait justement d’user de cette mesure coercitive en ce sens¹⁷⁴. Durant cette période obscure de l’histoire procédurale française, le ministère public, chargé de réunir les éléments de culpabilités, voyait en l’aveu la reine des preuves¹⁷⁵. De surcroît, J. Bentham évoquait la prééminence des preuves émanant de l’intéressé lui-même¹⁷⁶. Dès lors, la détention provisoire devenait un élément clef de la procédure.

¹⁷³ CEDH, gr. Ch., 22 mai 2012, req. n°5826/03, *Idaloc c. Russie*, RSC 2012. 687, o bs. J-P. MARGENAUD.

¹⁷⁴ Sur l’ordonnance criminelle de 1670 : JOUSSE, *Traité e la justice criminelle en France, 1771*, II, 193 – A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle*, Paris, 1882, 2 vol.

¹⁷⁵ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l’instruction préparatoire*, *Op. cit.*, p.488, n°431-11.

¹⁷⁶ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Tome 1^{er}, 1^{er} éd., Bossange Frères, 1823, p. 341.

Plus récemment, un magistrat du parquet reconnaissait que la loi n'interdit pas « d'utiliser la détention provisoire comme un moyen de pression »¹⁷⁷. Cependant, un constat doit être dressé : aucun texte législatif actuels relatif à la détention provisoire ne fait, de près comme de loin, référence à l'aveu.

67. La sanction du droit au silence. Le droit au silence, ou de ne pas « s'auto-incriminé », est une composante importante des droits processuels. Il trouve son fondement dans l'article 14.3 du Pacte International des droits civils et politiques ainsi que dans la jurisprudence européenne. D'un part, la Cour. EDH, dans ses arrêts *Funke c. France*¹⁷⁸ et *Saunders c. Royaume-Uni*¹⁷⁹, consacre largement le droit au silence, et affirme qu'il n'est pas autorisé à un État ou ses autorités judiciaires d'user de la contrainte pour obtenir des aveux. D'autre part, la CJUE par un arrêt du 18 octobre 1989, *Orkem contre Commission de Communauté européennes* confirme que le droit au silence, et les droits de la défense, interdisent aux autorités d'exiger du mis en cause de fournir la preuve de sa culpabilité.

Sur ces fondements, un juge qui se borne à motiver une ordonnance de placement en détention au motif principal ou supplémentaire que le mis en examen n'a pas avoué les faits, prive sa décision de base légale. *A fortiori*, une telle motivation de placement en détention provisoire aurait pour stricte conséquence de sanctionner le simple usage du droit au silence.

68. L'interprétation du silence par le magistrat – Sans extrapoler, il semble ressortir de diverses expériences des professionnelles du droit que la prise en considération de l'aveu, sans être constante, existe¹⁸⁰. Une récente affaire témoigne de cette pratique lors du placement en détention d'un avocat¹⁸¹. A cette occasion, la presse locale relayait que, selon une source proche de l'instruction, « *si la stratégie de défense du mis en cause était autre, s'il avait avoué les faits, il aurait été placé en contrôle judiciaire* »¹⁸².

Au-delà des simples témoignages, la corrélation entre l'absence d'aveu et la détention provisoire s'observe dans une récente étude menée par des chercheurs ayant étudiés 117 trajectoires de mis

¹⁷⁷ Le Monde, 24 juill. 1993, cité par G. Kiejman ; Dr. Pénal avr. 1995. 6/7.

¹⁷⁸ CEDH, *Funke c. France* du 25 fév. 1993, req. n°10828/84.

¹⁷⁹ CEDH, *Saunders c. R-U* du 17 déc. 1996, req. n°19187/91.

¹⁸⁰ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *Op. cit.*

¹⁸¹ M. B., « Un avocat placé en détention provisoire, deux autres mis en examen : la liberté des avocats en jeu », *Dalloz Actualité*, 10 févr. 2020.

¹⁸² La Provence, édition du 20 février 2020

en examens détenus¹⁸³. Les auteurs se proposent de répondre à la question de l’aveu comme critère de placement sous contrôle judiciaire. Ce rapport, portant sur une étude de terrain, note que l’aveu est pris en considération de manière implicite au moment du placement. En effet, ils soulignent que « *ce qui pousserait un magistrat à ordonner un placement en détention provisoire ne serait pas – seulement- les critères de 144, mais une considération extérieure* »¹⁸⁴.

L’aveu est alors un critère apprécié par le JLD pour prononcer un contrôle judiciaire au détriment de la détention. *A contrario*, le silence du mis en cause fait l’objet d’une interprétation duale préjudiciable à la personne soupçonnée¹⁸⁵. Plus encore, Le juge se contente d’indice de l’aveu ou du choix de se prévaloir du silence « *soit comme l’indice qu’aucune objection ou réfutation n’a été trouvée, soit comme l’indice que l’affaire est indiscutable [...] le juge s’appuyant sur ce que l’adversaire ne nie pas* »¹⁸⁶.

Finalement, le portrait du parfait mis en cause est dressé : un individu sans antécédent judiciaire, inséré professionnellement, mais surtout, ayant avoué¹⁸⁷. C’est pourquoi, l’absence de reconnaissance des faits a un tel impact sur la décision qu’inévitablement ce critère porte atteinte manifeste au droit au silence et la présomption d’innocence, composantes des droits processuels.

69. « Le regard porté sur les faits par l’intéressé » – Régulièrement, les ordonnances de placement en détention provisoire sont motivées au regard du risque de pression sur les témoins et victime ainsi que de concertation avec entre auteurs ou complices¹⁸⁸. Statistiquement, ces deux objectifs sont utilisés par les magistrats à hauteur de 44,74% et 88,16%¹⁸⁹. La Chambre de l’instruction dans la tristement célèbre affaire d’Outreau rendait un arrêt en se fondant sur ces deux objectifs de l’article 144. Ce même arrêt contenait un argument fréquemment repris dans les ordonnances de placement selon lequel : « *compte tenu du regard porté sur les faits par l’intéressé, la détention est indispensable* ». Implicitement, les juges de la chambre font références à l’absence de reconnaissance des faits de l’individu au détriment de ses intérêts.

¹⁸³ A. DERBEY, S. RAOULT, « Faut-il avouer pour sortir de détention provisoire ? Étude de 117 trajectoires de détention à Marseille », in *Les rapports de recherche de l’Observatoire*, n°12, octobre 2018, p.33.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ W. AZOULAY, « Silence et détention provisoire : la privation de liberté du mi-taisant », Dalloz Actualité, 10 juillet 2018.

¹⁸⁶ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation, La nouvelle rhétorique*, 6^{ème} édition, Université de Bruxelles, coll. « UB lire Fondamentaux », 2008, p.145.

¹⁸⁷ A. DERBEY, S. RAOULT, « Faut-il avouer pour sortir de détention provisoire ? Étude de 117 trajectoires de détention à Marseille », in *Les rapports de recherche de l’Observatoire*, n°12, octobre 2018.

¹⁸⁸ C. pr. Pén. Art. 144, 2^o et 3^o

¹⁸⁹ A. DERBEY, S. RAOULT, « Faut-il avouer pour sortir de détention provisoire ? Étude de 117 trajectoires de détention à Marseille », in *Les rapports de recherche de l’Observatoire*, n°12, octobre 2018.

§2. Un critère de motivation hors de contrôle

70. Le détournement indétectable de l'objectif de la détention – Il n'est pas sans ignorer que la Cour de cassation n'est pas totalement étrangère à la question de l'aveu. Elle a récemment jugé qu'un mis en cause, ayant partiellement avoué, pouvait tout de même être placé en détention sans que cela soit contraire au droit au silence et aux exigences de l'article 137-3 du CPP, dès lors qu'elle était l'unique mesure permettant de remplir les objectifs de l'article 144¹⁹⁰. Or, l'aveu n'apparaît nulle part dans les objectifs précités du Code de procédure pénale. Toutefois, comme l'énonce un magistrat « *les critères du CPP, y en a toujours un ou deux qui marchent, toujours !* »¹⁹¹. Ce qu'illustre les propos de magistrat, et plus largement, l'étude menée sur l'aveu en détention provisoire, constituent l'une des causes de l'ineffectivité des droits processuels.

Il est donc régulier que face à un individu ayant fait le choix de garder le silence – ou simplement ne souhaitant pas reconnaître les faits –, le magistrat décide de motiver l'ultime mesure. Ainsi, le juge saisit, en son for intérieur, du sentiment que les indices graves ou concordants s'apprécient davantage en des charges – si ce n'est des preuves – de la culpabilité, rend une ordonnance au visa des articles 137, 137-4 et 144 du CPP. Alors, la motivation ne devient qu'un subterfuge visant à camoufler la véritable justification de la détention. Le JLD n'a qu'à maquiller la raison subjective (l'aveu) par une motivation objective, au moyen des exigences législatives appliquées largement.

Par conséquent, la Haute juridiction ne saurait opérer un contrôle effectif des conditions de placement en ce que le magistrat dissimule derrière des conditions objectives et égales, un déterminant subjectif et illicite.

71. L'impossible usage de l'aveu – En tout état de cause, comment accepter la prise en compte de l'aveu pour motiver la mise en place d'une mesure de restriction de liberté d'un individu présumé innocent. L'aveu et la présomption d'innocence à ce stade sont antinomique. Prendre en considération cet élément pour décider du prononcer d'une mesure coercitive relève de l'irrationnel. Poussé à l'absolu, ce critère perd de tout son sens. En effet, tout innocent, contre lequel il existerait des indices graves ou concordants, sera placé en détention provisoire. Les personnes qui avouent, elles, seraient alors, *a maxima*, placées sous contrôle judiciaire.

¹⁹⁰ Cass. Crim., 20 juin 2018, FS-P+B, n°18-81.862.

¹⁹¹ P. JANUEL, « la place de l'aveu dans la détention provisoire », Dalloz Actualité, 29 octobre 2018.

Ces dissonances, entre les conditions légales du placement en détention provisoire et les causes réelles des décisions, sont évidemment des preuves d'ineffectivités du texte législatif et, plus précisément, du principe de présomption d'innocence qui se voit affecté. Elles raisonnent d'autant plus qu'elles questionnent l'effectivité mêmes des droits de la défense.

Chapitre III. Les droits de la défense au débat contradictoire, tentative de retour à l'effectivité

72. La défense garante de l'exception – Le rôle de l'avocat dans contentieux de la détention provisoire est essentielle pour que « *la détention provisoire reste[r] exceptionnelle : et que nous, avocats, devons-nous employer pour ne jamais l'oublier. Parce qu'un homme incarcéré n'est plus vraiment présumé innocent* »¹⁹²

73. Pluralité des droits processuels et effectivité – Dans la procédure de placement en détention provisoire, les droits processuels sont largement reconnus par les textes. L'effectivité de ces droits s'objective¹⁹³ à travers les droits de la défense. Ainsi, les droits processuels deviennent effectifs à condition que les droits de la défense soient respectés. Au stade de la procédure, l'effectivité des droits est reconnue par un triptyque que sont : le droit à l'assistance d'un avocat, à l'accès au dossier, et celui de préparer sa défense. En ce sens, il pourrait être conclu que la reconnaissance d'un certain nombre de prérogatives accordés au mis en cause, et son conseil, sont significatives d'effectivité.

Cependant, il ne faut pas s'y méprendre, la reconnaissance d'une pluralité de droits ne permet pas, *de facto*, l'effectivité des droits processuels. L'application réel de la règle de droit¹⁹⁴ constitue « *le paradigme dominant de la notion d'effectivité* »¹⁹⁵

Par conséquent, il convient d'apporter un éclairage sur les droits dans la préparation de la défense en vue, et au débat contradictoire, pour concevoir leur effet réel sur le processus décisionnel du juge. La réflexion se focalise ainsi sur le respect des droits de la défense et le principe du contradictoire au stade du placement en détention. Pour ce faire, une approche chronologique paraît utile à la réflexion. Il faut donc revenir sur l'effectivité des droits processuels dans la préparation au débat contradictoire (§1), avant d'en appréhender les modalités ainsi que la place faite de la défense devant le JLD (§2). Enfin, l'étude portera son attention sur la limitation des nullités issue de ce débat, comme moyen de défense.

¹⁹² D. FAYOLLE, « Le rôle de l'avocat dans la détention provisoire », *Lexbase Pénal n°23, 23 janvier 2020 : Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1909BYD.

¹⁹³ Le terme « s'objectiver » signifie qu'une chose devient concrète, se réalise à travers un objet. Plus généralement sur cette notion, Voy. G.W.F HEGEL, *La phénoménologie de l'esprit*, 1807.

¹⁹⁴ Y. LEROY, « la notion d'effectivité du droit », in *Droit et société*, Ed. Juridiques associées, 2011, n°79, p. 717

¹⁹⁵ V. DEMERS, *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal : Thémis, 1996, p. 15.

Section 1. La préparation de la défense en vue du débat contradictoire

74. La présence obligatoire de l'avocat – L'article 145 du CPP dispose que le JLD saisit par une ordonnance du juge d'instruction aux fins de placement en détention doit faire comparaitre le mis en cause devant lui assisté de son avocat. La présence de l'avocat au débat contradictoire est devenue obligatoire. L'avocat désigné ou commis d'office assistera obligatoirement son client (§1) et pourra donc accéder au dossier (§2) et demande un délai pour préparer la défense en vue du débat contradictoire (§3).

§1. L'assistance obligatoire de l'avocat lors du débat

75. Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale – Le législateur a voulu renforcer les garanties du mis en examen dans le contentieux de la détention provisoire en rendant obligatoire la présence de l'avocat¹⁹⁶. L'assistance obligatoire est consacrée par la loi de mars 2017 « tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale ». Or, il doit d'être fait un avant-propos au sujet de cette loi. Elle répond(ait) à une nécessité qui est celle de pallier la principale faiblesse du fonctionnement de la justice : la détention provisoire¹⁹⁷. L'objectif est d'accroître les droits processuels tel que l'assistance de l'avocat pour contrebalancer l'usage de la détention provisoire par les JLD. Force est de constater qu'on ne renforce pas un équilibre, soit il y en a un, soit le déséquilibre demeure.

76. La reconnaissance étendue de l'assistance de l'avocat – Le magistrat qui envisage le placement en détention se doit de faire part de son intention au mis en cause¹⁹⁸. De plus, si la personne n'a pas désigné un avocat, il est invité à en mandater un, ou le cas échéant, un avocat lui sera commis d'office. Conformément à l'article 145, alinéa 5, le bâtonnier de l'ordre des avocats est informé par le JLD sans délai pour que l'avocat de permanence puisse assister le mis en examen au débat contradictoire. Sur l'obligation faite au magistrat de contacter l'avocat désigné, la Cour de cassation a développé dernièrement une jurisprudence en faveur des droits de la défense. La chambre criminelle avait, tout d'abord, considéré que si le juge d'instruction au préalable n'avait pu contacter l'avocat désigné, le JLD n'avait aucune obligation de tenter de joindre le conseil voulu

¹⁹⁶ C. AMBROISE-CASTERO, Ph. BONFILS, *Procédure pénale*, PUF, thémis droit, 1^{ère} édition, 2011, p. 324.

¹⁹⁷ Projet de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

¹⁹⁸ N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020.

par la partie¹⁹⁹. Puis, les conseillers de cassation ont jugé que le magistrat ne doit faire appel à l'avocat de permanence que s'il démontre être dans l'impossibilité de joindre l'avocat désigné en justifiant des raisons de son absence²⁰⁰. Toutefois, de manière opportune, il n'est pas fait obligation au greffier de convoquer l'ensemble des avocats du mis en examen, mais seulement l'avocat présent à l'interrogatoire de première comparution²⁰¹ ou l'avocat désigné comme le chef de file dans la procédure²⁰². Cette présence obligatoire de l'avocat est, en réalité, au service de l'effectivité du caractère exceptionnelle de la détention provisoire. Pour que cette mesure ne soit prononcée qu'à titre subsidiaire, le législateur a souhaité accroître le caractère contradictoire de la procédure²⁰³. En ce sens, l'avocat est perçu comme un vecteur d'effectivité qui se doit de rappeler au JLD qu'il ne devra prononcer le placement en détention de son client qu'en ultime recours.

§2. Le droit d'un délai pour préparer sa défense : le choix du débat différé, l'obligation de l'incarcération provisoire

77. L'opportunité d'un délai pour préparer sa défense – Si la partie en fait le choix, le débat contradictoire a lieu immédiatement. Cependant, au visa de l'article 145, alinéa 4 du CPP, le magistrat informe le mis en cause de son droit de disposer d'un délai pour préparer sa défense. Ainsi, si le partie ou son conseil l'estime opportun, il peut bénéficier d'un délai de maximum de quatre jours ouvrables pour préparer sa défense en vue du débat contradictoire. Ce délai est souvent utilisé pour réunir un ensemble de documents permettant d'attester des garanties de représentations (contrat de travail, attestation d'hébergement). Comme vu précédemment, le JLD a la faculté de procéder à des vérifications complémentaires sur la personne incarcérée provisoirement en vue du débat contradictoire. Seulement, elle n'est qu'une simple faculté dont la défense ne peut se prévaloir. En effet, un avocat ne peut exiger du JLD de saisir le service pénitentiaire d'insertion et de probation en ce sens²⁰⁴. Il est regrettable de ne pas mettre au service de la bonne administration de la justice une telle prérogative qui, au demeurant, offrirait peut-être des éléments en faveur du mis en cause.

¹⁹⁹ Cass. crim., 24 janv. 2018, n°17-86.317, D. actu. 20 févr. 2018, obs. L. PRIOU-ALIBERT.

²⁰⁰ Cass. crim., 13 févr. 2019, n°18-86.559.

²⁰¹ Cass. crim., 17 déc. 2013, n°13-86.744.

²⁰² C. pr. pén. Art. 115.

²⁰³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, procédure pénale, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1075, n°2003.

²⁰⁴ Cass. crim., 24 juill. 2019, n°19-83.359.

Toujours est-il que ce délai supplémentaire choisie par le mis en cause impose au juge de décerner un mandat de dépôt dans le délai imparti en vertu d'une décision insusceptible de recours²⁰⁵. En un sens, il ne serait pas judicieux d'ouvrir une voie de recours à une telle ordonnance alors qu'elle est « voulue » par la défense et que la question de la détention sera posée quatre jours plus tard au débat contradictoire. *A contrario*, un JLD incarcérant un individu provisoire peut-il véritablement prononcer, quatre jours après, une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire ou la liberté. Les praticiens avisés soulignent qu'il est préférable de « faire appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire que plaider devant le JLD après quatre jours de détention provisoire. Il est plus difficile de mettre quelqu'un en prison que de l'y laisser »²⁰⁶. Notons qu'il est paradoxal d'octroyer un délai pour préparer sa défense à l'unique condition que la personne soit incarcérée. Enfin, il faut relever que la loi du 5 mars 2007 a ouvert la possibilité d'une incarcération provisoire à l'initiative du JLD. Cette décision, assimilée à un placement en détention provisoire²⁰⁷ est susceptible de recours par la voie du référé-liberté (V. infra. § 114).

Par ailleurs, la Cour de cassation, soucieuse des intérêts du mis en cause placé en détention dans l'optique de préparer sa défense, impose un strict respect du délai de quatre jours ouvrables pour organiser le débat²⁰⁸. A défaut, l'article 145 alinéa 8 du CPP dispose que la personne sera mise en liberté d'office.

78. La mise à disposition du dossier – Le conseil dans l'optique de valablement préparer la défense du mis en examen peut accéder au dossier de la procédure qui est mis à sa disposition au greffe du JLD ou du juge d'instruction. La loi du n°2017-258 du 28 février 2017 est venu modifier l'article 197 du CPP qui dispose désormais que le dossier comporte les réquisitions du ministère du ministère public²⁰⁹. La mise à disposition du dossier de la procédure résulte de la combinaison des articles 114, 137-1 et 145 du CPP. Une QPC avait été transmise à la chambre criminelle en ce que : « l'article 145 du CPP méconnaîtrait les droits de la défense et le principe du contradictoire, tels que garanties par l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme du 26 Aout 1789 en ce qu'il ne rend pas obligatoire »²¹⁰ l'accès au dossier. Or la Cour de cassation a relevé qu'une telle question ne présentait pas de caractère sérieux en ce que les dispositions des articles 114 et 137-1 sont des garanties

²⁰⁵ N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020.p. 49.

²⁰⁶ D. FAYOLLE, « Le rôle de l'avocat dans la détention provisoire », *Lexbase Pénal n°23, 23 janvier 2020 : Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1909BYD, p. 4.

²⁰⁷ C. GUERY, *Détention provisoire*, *Dalloz*, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 2, Section 4, p.60, §.112.

²⁰⁸ Crim. 17 oct. 2012, n°12-85.082, AJ pénal 2012. 658, obs. GIRAULT.

²⁰⁹ A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gaz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017, p. 159 §244.

²¹⁰ Cass. crim., 4 oct. 2016, n° 16-84.337, Bull. Crim. 257 ; D.2016. 2066.

suffisantes qui permettent au conseil qui en fait la demande, d'accéder au dossier de la procédure au greffe idoine²¹¹. Ainsi, le droit d'accès au dossier est pleinement reconnu, encore faut-il que le conseil en face la demande pour se prévaloir d'une incomplétude du dossier²¹².

Cette exigence a vocation à respecter rigoureusement le principe du contradictoire et est considéré comme une disposition essentielle aux droits de la défense. Dès lors, si le dossier est incomplet, l'irrégularité entraîne la nullité de l'ordonnance du JLD qui a été prononcé en ce qu'elle est un manquement procédural portant atteinte aux droits de la défense²¹³. En tout état de cause, que le débat soit immédiat ou différé, il est de la responsabilité des magistrats de s'assurer que l'entier dossier a été mis à disposition du conseil préalablement à l'audience²¹⁴. Toutefois, en termes d'effectivité, il aurait été préférable que le législateur crée une véritable obligation expressément prévue par les textes.

79. Le permis de communiquer – L'avocat du mis en examen incarcéré provisoire se doit de pouvoir préparer la défense de son client. En effet, la Haute juridiction souligne qu'un permis de communiquer entre le client incarcéré provisoirement et l'avocat est indispensable à l'exercice des droits de la défense²¹⁵. Ainsi, en application de l'article R. 57-6-5 du CPP, tout conseil de la personne se voit délivrer un tel permis²¹⁶. En effet, le permis de communiqué ne peut être refuser en vertu du principe de libre communication entre la personne mise en examen et son avocat²¹⁷. En ce sens, la Chambre criminelle a relevé qu'un défaut de délivrance d'un tel permis de communiquer fait nécessairement grief et implique la mise en liberté de la personne²¹⁸.

80. Délivrer n'est pas remettre – La Cour de cassation, en 2020, a toutefois nuancé sa jurisprudence en défaveur de la défense. Les conseillers de cassation ont estimé que l'obligation de délivrance ne signifie pas obligation d'envoyer le permis à l'avocat. Dès lors, le conseil qui ne peut se rendre au cabinet du magistrat instructeur, est dans l'impossibilité de se prévaloir d'un défaut de délivrance, quand bien même il ne se serait pas rendu au débat contradictoire²¹⁹. La

²¹¹ C. GUERY, *Détention provisoire*, *Dalloz*, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 2, Section 4, p.58, §.105.

²¹² Cass. crim. 10 août 2016, n°16-83.218 ; V. aussi A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gaz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017, p. 162, §250.

²¹³ Cass. crim., 16 oct. 2019, n°19-84.773, D. actu. 12 nov. 2019, obs. L. JAY. V. aussi crim., 18 mai 2016, n°16-81.424.

²¹⁴ Cass. crim., 23 juin 2015, n°15-82.250.

²¹⁵ Cass. crim., 9 mai 2019, n°19-81.346.

²¹⁶ Cass. crim., 12 déc. 2017, n°17-85.757.

²¹⁷ Un principe garanti par l'article 5 et 6§3 de la Conv.EDH, l'article préliminaire, 115, 116, 145-4 du CPP.

²¹⁸ Crim. 7 janv. 2020, n° 19-86.465, *Dalloz actualité*, 30 janvier 2020, obs. D. Goetz ; D. 2020. 85 ; *AJ pénal* 2020. 139, obs. J. Chapelle ; Cass. crim., 4 déc. 2018, n°18-85.674.

²¹⁹ C. FONTEIX, « Incarcération provisoire : l'avocat doit solliciter le report de l'audience lorsqu'il est possible », *Dalloz Actualité*, 6 avril 2020. V. aussi Cass. crim., 19 févr. 2020, n°19-87-545, 26 févr. 2020, n°19-87.769.

chambre criminelle confirme sa récente position en jugeant « qu'il appartenait au conseil du prévenu, s'il estimait n'être pas en mesure d'effectuer les démarches nécessaires, [...] de solliciter un report »²²⁰. Seule la démonstration d'une délivrance du permis quelques heures avant le débat semble pouvoir faire infléchir la Haute juridiction²²¹.

A l'heure du numérique et du Tribunal digital, on ne peut que s'interroger sur une telle jurisprudence. Ne serait-il pas plus favorable de transmettre le permis de communiquer au conseil par voie numérique sécurisée dans un unique but : l'exercice effectif des droits de la défense.

Section 2. L'effectivité du contradictoire dans le déroulement du débat

81. Le principe du débat contradictoire – Le principe du contradictoire est une exigence fondamentale de la procédure pénale reconnu à l'article préliminaire du CPP et garantie à l'article 6 de la CEDH. L'article 145 alinéa 4 dispose qu'aucune décision sur la détention ne peut intervenir sans débat contradictoire. Ainsi, l'ordonnance de placement doit contenir les éléments permettant de s'assurer de la teneur contradictoire du débat²²². Par conséquent, « *Il y a ouverture à cassation lorsque le débat préalable à la mise en détention ne s'est pas déroulé contradictoirement* »²²³. Lors de ce débat, la parole est partagée entre le Procureur entendu en ses réquisitions, le JLD et la défense, en dernier lieu²²⁴. La loi du 5 mars 2007 inversant le principe et l'exception, ce débat est désormais public sauf demande de parquet ou du mis en cause à la condition que les faits se rapporte à une infraction listée à l'article 706-73 du CPP. Une exception demeure, à juste titre, pour les mineurs ou majeurs qui était mineurs au moment des faits²²⁵.

82. Des entretiens Procureur- JLD équivoques – Le déroulement du débat contradictoire intéresse la réflexion particulièrement au regard de la place qu'à le parquet. Il est nécessaire qu'il soit présent au débat mais son absence lors du prononcé de la décision n'est pas obligatoire²²⁶. Cependant, le Parquet bénéficie de prérogative qui interpelle au regard de sa qualité magistrat non indépendant²²⁷. Plus précisément, il existe une proximité entre le JLD et le parquet

²²⁰ Cass. crim., 10 mars 2020, n°19-87.757, P+B+I

²²¹ Y. MARECHAL, « permis de communiquer et débat contradictoire différé en vue d'un placement en détention provisoire », JCI Procédure pénale, avril 2020.

²²² Cass. crim., 4 juin 2009, n°09-81.886.

²²³ O. de BOUILLANE de LACOSTE, *Pourvoi en cassation*, LexisNexis, JCI Procédure pénale, 1998, Fasc. 10, article 591.

²²⁴ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *procédure pénale*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1074, n°2002.

²²⁵ Cass. crim., 21 janv. 2020, n°19-86.957.

²²⁶ A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gaz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017, p. 164, §.261.

²²⁷ V. CEDH, *Moulin c/ France*, 23 nov. 2010, Requête n° 37104/06

qui interpelle. Bien que ces deux magistrats aient leurs locaux situés à proximité au sein du Tribunal Judiciaire, il faut tout de même qu'une théorie d'apparente impartialité soit préservée.

Néanmoins, les juges de cassation ne semblent pas favorables à caractériser une violation de l'impartialité, et plus encore du contradictoire, en offrant la possibilité au Parquet de s'entretenir avec le JLD en amont du débat²²⁸. Selon la Cour de cassation, l'entretien entre le parquet et le JLD avant l'audience ne peut faire naître un doute réel au mis en examen sur le respect du contradictoire.²²⁹

En réalité, la jurisprudence de la Cour effectue une distinction entre l'entretien en amont et en aval du débat contradictoire, lors du délibéré. En effet, la chambre criminelle a énoncé l'irrégularité de la détention tirée du procès-verbal retranscrivant le déroulement du débat contradictoire en ce que : « à la demande du conseil de l'inculpé, mentionnons qu'à l'issue du débat, M. le procureur de la République est resté, porte fermée, pendant quelques minutes avec le juge d'instruction, hors la présence du conseil et de l'inculpé mais en la présence du greffier »²³⁰. Régulièrement, il peut être tiré des parallèles entre la matière pénale administrative. Une telle décision n'est pas sans rappeler l'épilogue du feu commissaire au gouvernement, devenu rapporteur public qui ne peut plus participer activement aux délibérés.

Fort étonnement, la Cour de cassation ne voit aucune violation aux principes susvisés à ce que le ministère public rentre à deux reprises dans la salle où délibère le JLD en raison « des nécessités pratiques inhérentes à deux autres dossiers en cours »²³¹. Plus encore, l'entrée du Juge d'instruction en charge du dossier dans le cabinet du JLD, pour s'entretenir avec lui, porte fermée, sur d'un dossier différent, ne porte pas atteinte aux droits de la défense²³² selon la Cour de cassation. Le professeur Pradel, ancien juge d'instruction valide cette position en énonçant que le moyen tiré de l'impartialité et de violation du principe du contradictoire « était également dénué de fondement car il n'y avait pas le moindre indice objectif en faveur du risque de pression sur le juge par le parquetier. Après tout, rien n'interdisait de penser que les magistrats parlaient de problèmes personnels ou du beau temps qui revenait »²³³.

Il ne s'agit bien évidemment pas de contredire les propos de la doctrine. Il n'en demeure pas moins que l'acceptation d'une telle pratique laisse entrevoir, au moins, un idéalisme, du moins une bonne foi sur les agissements du parquet. Eu égard aux respects des droits processuels et à leur effectivité, l'entrevue

²²⁸ Cass. Crim., 9 juill. 2003, n° 03-82.271, Bull. crim. n° 35 ; D. 2004. Somm. 669, obs. Pradel.

²²⁹ Cass. Crim., 9 juill. 2003, n° 03-82.271 (B).

²³⁰ Cass. crim., 19 sept. 1990, n° 90-84.129, Bull. crim. n° 317.

²³¹ Cass. crim., 18 juin 2014, n° 14-82.746.

²³² Cass. crim., 14 oct. 2009, n° 09-85.069.

²³³ J. Pradel, « L'entretien du juge des libertés et de la détention avec le magistrat du parquet juste avant la tenue du débat contradictoire ne saurait porter atteinte au principe du contradictoire », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 669.

entre une partie et le JLD en amont comme en aval du débat ne peut que faire naître un sentiment de doute sur le principe du contradictoire chez l'inculpé. La Cour de cassation estime le contraire, et la présente réflexion s'oppose à une telle vision pertinemment sujette à dérive. C. Guéry illustre parfaitement cette équivoque en relevant que : « *Le procureur de la République ne saurait participer au délibéré du juge, ou même en laisser l'apparence* ». ²³⁴

Section 3 : Le confinement des nullités de l'ordonnance de placement, où le désarmement de la défense

83. Une défense par nature limitée à son seul objet – La place de la défense a été rappelée en amont de la réflexion. L'avocat est un vecteur d'effectivité en ce qu'il doit sans cesser marteler le principe de subsidiarité de la détention. Il est une chose que de plaider le caractère exceptionnel de la détention, il en est une autre d'avoir un véritable impact sur le processus décisionnel du juge. La défense au débat contradictoire est limitée au seul objet du débat. « *Maitre, on ne plaide pas le fond* » est certainement ce qu'entendent quotidiennement les avocats. Alors l'avocat tel un funambule se doit de motiver l'absence de nécessité de la détention sans ne jamais aborder le fond du dossier. A l'inverse, le JLD se réfère évidemment aux éléments de fonds du dossier. La défense se focalise alors sur les garanties de représentativité pour lutter contre les critères de l'article 144 du CPP. A ce titre, l'étude de terrain précédemment évoquée met en lumière les difficultés des avocats au débat contradictoire. D'aucun dise que la charge de la preuve est inversée, il n'est pas demandé au juge de motiver la détention mais plutôt à l'avocat de démontrer pour quelles raisons la personne ne devraient pas être détenue ²³⁵. D'autres relève un raisonnement biaisé consistant à balayer toute garantie de représentation au regard des faits reproches, ainsi, « *pour le parquet, la garantie n'est jamais suffisante par principe* » ²³⁶.

Ces éléments sont certes des arguments empiriques relevés sur un échantillon d'avocat, néanmoins, ils traduisent la réalité d'une défense impuissante face à la machine judiciaire alimentée par une politique de risque zéro. Il ne reste que le droit, et les nullités qui, elles aussi, deviennent des moyens de défense fragile.

²³⁴ C. Guéry, « Détention provisoire », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juin 2013, n°95.

²³⁵ A. DERBEY, S. RAOULT, « Faut-il avouer pour sortir de détention provisoire ? Étude de 117 trajectoires de détention à Marseille », in *Les rapports de recherche de l'Observatoire*, n°12, octobre 2018, p. 30.

²³⁶ A. DERBEY, S. RAOULT, « Faut-il avouer pour sortir de détention provisoire ? Étude de 117 trajectoires de détention à Marseille », *op.cit.*

84. Les effets de nullité limitée – L’avocat mandaté pour défendre les intérêts de son client possède une voie de recours contre tout acte de la procédure. Dans le contentieux du placement en détention provisoire, la nullité permet d’annuler l’acte fondateur de la détention : le titre de détention. Elle s’apparente ainsi à une clef vers la liberté. Une fois l’irrégularité de l’ordonnance du placement ou du mandat de dépôt constatée, et le grief démontré, la mise en liberté de l’individu doit être prononcée²³⁷. D’ores et déjà, il faut observer qu’en application des articles 122, 123 et 171 du CPP, les irrégularités affectant le titre de détention²³⁸ ne font pas nécessairement grief à l’intéressé. En ce sens, la Cour de cassation souligne que la nullité du titre n’est possible « *qu’en cas de méconnaissance d’une formalité substantielle, ayant porté atteinte aux intérêts de la personne mise en examen* »²³⁹.

Pour autant, les juges du Quai de l’horloge souhaitent réduire les effets des irrégularités affectant l’ordonnance de placement en détention provisoire²⁴⁰. Cette limitation est le fruit d’une jurisprudence acquise ces dernières années, et qui a vocation à restreindre - si ce n’est supprimer - « l’effet domino » qu’entraîne la nullité d’un acte de procédure sur les actes subséquents. En ce sens, la jurisprudence permet que la nullité d’un acte contamine l’acte subséquent, si et seulement si, le premier est le support nécessaire du second²⁴¹. L’exemple le plus probant est celui du remplacement en détention provisoire. Les possibilités que le mis en examen soit placé une seconde fois en détention existent mais sont, généralement, limitées.

Les conseillers de cassation ont très récemment rappelé « *[qu’] aucune disposition légale ou conventionnelle n’interdit, lorsque, comme en l’espèce, la mise en liberté n’est intervenue qu’en raison de l’annulation de l’interrogatoire de première comparution, le mandat de dépôt s’étant trouvé dépourvu de tout support légal, de placer à nouveau en détention provisoire la personne mise en examen, dans la même information et à raison des mêmes faits* »²⁴².

Cette jurisprudence est le fruit d’une appréciation qui, en filigrane, assure la sûreté au détriment des droits individuels. Plus encore, elle s’inscrit dans un courant jurisprudentiel qui certainement sonnera, à terme, le glas des nullités en procédure.

²³⁷ Cass. crim., 3 juin 2003, n°03-81.482, B.

²³⁸ L’ordonnance de placement en détention provisoire et le titre de détention forme le titre de détention. V. A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gaz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017, p. 161, §248.

²³⁹ Cass. crim., 3 sept. 2003, *Bull. n° 152*.

²⁴⁰ Cass. crim., 31 mars 2020, n°20-80.234 ; crim., n°02-81.201 : *Bull. n°92* ; crim., 1^{er} mars 2005, n°04-87.392 ; crim., 29 janv. 2008, n°07-87.802.

²⁴¹ Cass. crim., 27 mai 2014, n°13-87.095.

²⁴² Cass. crim., 31 mars 2020, n°20-80.234.

85. Les hypothèses de remplacement en détention. Sur ce point, il est reconnu au JLD la faculté de placer une seconde fois un individu en détention provisoire, pour des mêmes faits dans une même procédure, dans deux hypothèses. En premier lieu, Le JLD peut remplacer un individu en détention s'il constate l'existence de circonstances nouvelles²⁴³. Ainsi, la Cour de cassation considère que le nouveau placement en détention provisoire est conforme aux articles 5 et 6 de la Conv.EDH à condition qu'il existe des circonstances nouvelles²⁴⁴.

Plus précisément, le re-placement en détention provisoire est soumis à deux conditions cumulatives par la Cour de cassation²⁴⁵. En effet, le juge peut remplacer un individu en détention en constatant d'une part, la présence d'éléments nouveaux remplissant les critères de l'article 144 du CPP et, d'autre part, au regard de la nécessité de l'information judiciaire. Alors, le magistrat peut délivrer un nouveau titre de détention²⁴⁶.

En conséquence, il paraît opportun de conclure qu'il est impossible que le JLD ne puisse délivrer un nouveau titre de détention en l'absence de telles conditions. Cette exigence s'inscrit dans un respect des droits processuels puisque la faculté offerte à un détenu de demander sa mise en liberté serait vidée de son sens dès lors que le JLD pourrait, sans limitation, le remplacer en détention.

En second lieu, et de manière plus marginale, si le mandat de dépôt est entaché d'un vice de forme, la personne peut être replacé en détention malgré l'absence d'éléments nouveaux²⁴⁷.

86. Le raisonnement contesté de la Cour de cassation – Or, la récente position de la chambre criminelle est antinomique avec certaines décisions récemment rendu. En l'espèce, le mis en cause s'était pourvu en cassation en raison d'un second placement en détention provisoire. Il se fondait, fort opportunément, sur l'irrégularité de l'interrogatoire de première comparution irrégularité en raison d'un manquement à l'obligation d'enregistrement audiovisuel ledit interrogatoire. Ainsi, le JLD, constatant la nullité, avait ordonné sa remise en liberté.

Dès lors, la chambre criminelle soulignant l'absence d'éléments nouveaux, en application de sa jurisprudence, aurait dû ordonne la remise en liberté de l'individu.

²⁴³ Cass. Crim., 9 févr. 2016, n° 15-87.095

²⁴⁴ L.PRIOU-ALIBERT, « Réincarcération du mis en examen après mise en liberté par la chambre de l'instruction », *Dalloz Actualité*, 14 mars 2016

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Cass. Crim., 9 févr. 2016, *Op.cit.*

²⁴⁷ Cass. Crim., 1 févr. 2005, n° 04-86.768 (n° 781 F-P+F+I), Recueil Dalloz, 2005, p. 795 ; Crim. 3 sept. 2003, n° 03-83.068, D. 2003. 2547.

Néanmoins, la Chambre criminelle a confirmé l'ordonnance de placement en détention provisoire. Pour ce faire, les conseillers de la Chambre criminelle ont opéré un raisonnement contestable. Elle observe explicitement qu'aucune disposition légale n'interdit un tel placement en détention provisoire.

A la lecture attentive de l'arrêt, un argument implicite se déduit de la première étape du raisonnement de la Cour. Dans sa réponse, les conseillers soulignent que « *le mandat de dépôt initial n'a pas été annulé pour un vice de forme mais n'a cessé de produire ses effets qu'en raison de la mise en liberté* ». Il faut noter que le mandat de dépôt est annulé lorsqu'est reconnu une irrégularité de forme substantielle²⁴⁸.

Ici, le JLD n'a pas réédité de mandat de dépôt en ce que celui intervenu à l'issue du premier interrogatoire était toujours valide, et était devenu seulement sans effet en raison de la nullité des premiers interrogatoires. Néanmoins, il faut relever un paradoxe. La même juridiction a considéré que « *l'annulation de l'ordonnance de placement en détention provisoire rendue par le juge des libertés et de la détention, [a] pour conséquence nécessaire celle du mandat de dépôt qui fait corps avec elle* »²⁴⁹. De plus, L'arrêt cassé constituant le support indispensable de la détention, par conséquent, le mandat de dépôt est caduc²⁵⁰.

Dans un souci de cohérence avec cette jurisprudence, il aurait été préférable que la nullité de l'ordonnance de placement entraîne celle du mandat de dépôt. C'est en effet un raisonnement traditionnel en matière de nullité de procédure²⁵¹ : la nullité de l'acte n'entraîne la nullité des actes subséquent qu'à condition que ces derniers soit le support nécessaire de la mesure annulée²⁵². *A fortiori*, le mandat de dépôt faisant corps avec l'ordonnance, la nullité de la première devrait entraîner la nullité du second.

Fort étonnement, la Cour de cassation en a jugé différemment. Le raisonnement de la Cour consiste à apprécié la conséquence de la nullité de l'ordonnance de placement non pas en une annulation

²⁴⁸ Crim. 25 janv. 1961, Bull. crim. n°47

²⁴⁹ Cass. Crim., 5 oct. 2016, n°16-84.629.

²⁵⁰ J. et L. Borré, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, Dalloz action, 2018, § 145.14.

²⁵¹ C. GUERY, « Comparution immédiate – Comparution devant le tribunal correctionnel », Rep. Pénale et procédure pénale, 2016, Section 8, n°137.

²⁵² Cass. Crim., 25 sept. 2002, n°01-87.968, NP. – Crim., Crim. 3 mars 2015, n° 14-80.250.

du mandat de dépôt mais seulement en une perte de ses effets. Dès lors, le mandat de dépôt dormant, reprit tous ses effets lorsque le seconde mise en examen lui octroya une base légale.

Ainsi, l'irrégularité de l'ordonnance initiale se borne à la seule nullité de l'acte, et n'affecte plus le mandat de dépôt. Ainsi, le JLD peut ordonner le remplacement en détention provisoire en l'absence d'éléments nouveaux.

87. L'atteinte aux droits processuels. S'il fallait trouver une cohérence à cette position de la Cour de cassation, elle se trouve éventuellement dans les faits d'espèce. L'individu était retourné chez son amie, seul témoin des faits pour lesquels il était mis en cause.

Ce revirement de jurisprudence sert la démonstration. Cette solution a pour conséquence de replacer un individu en détention sans aucun élément nouveau, ni vice de forme du mandat. Le respect de la jurisprudence antérieure, soucieuse des droits processuels, s'efface. L'article 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ainsi que la présomption d'innocence garantie par l'article 137 du CPP, doivent être écartés, le risque de pression sur le témoin est trop important. Il existe tout de même un avantage à cette jurisprudence, le mandat de dépôt n'étant pas annulé, le délai du titre de détention court toujours.

88. Conclusion du titre I – Partant d'un constat statistique révélateur d'une ineffectivité du caractère exceptionnelle de la détention provisoire pourtant affirmé dans les textes, il a pu être appréhender les raisons et causes de l'inapplication de l'exigence légale par le JLD. Tout d'abord, il s'avère que la volonté du législateur d'affirmer que la détention provisoire doit être la mesure prononcée en unique recours ne suffit pas à contraindre le magistrat. En raison la largesse des critères de l'article 144 du CPP et la nature factuelle de la motivation, le contrôle de la Cour de cassation ne peut véritablement assurer l'effectivité.

89. Transition – Une fois la personne placée en détention provisoire, il s'offre à lui une pluralité de voie de recours permettant de contester la décision du JLD devant le Président de la Chambre de l'instruction dans un bref délai, ou devant sa formation collégiale.

Titre II – Le principe d'égalité des armes à l'épreuve des voies de recours au placement en détention provisoire

90. Le droit au recours – Le droit à un recours est inexorablement une composante des droits procéduraux. Reconnu à l'article 8 de la Déclaration universelle, les rédacteurs lui imposent une exigence toute particulière. En effet, l'effectivité des droits processuels est subordonnée à la reconnaissance d'un droit au recours d'une décision du juge national. Plus encore, ce droit suppose la reconnaissance d'un droit à un recours effectif qui s'apprécie comme une garantie des droits fondamentaux²⁵³. Celle-ci est reconnue tant à l'échelle nationale qu'euro-péenne puisque la Conv.EDH pose, en son article 13, le principe selon lequel toute personne ayant un droit violé doit disposer d'une voie d'un recours effective. Plus spécialement, aux termes de l'article 5, paragraphe 4 de la Convention susvisée, « *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* ». En vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, les garanties de l'article 5 §.4 déroge à celles de l'article 13, et s'applique à toute forme de privation de liberté²⁵⁴. Ainsi, la personne placée en détention provisoire se doit d'être en mesure d'introduire un recours à bref délai contre la décision de placement qu'il entend contester. En conséquence de quoi, l'étude de l'effectivité d'un droit d'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire nécessite une analyse de diverses entorses à ce droit d'appel. Tout comme la Cour. EDH elle-même, il s'agira de relever les atteintes, au stade de l'appel, au caractère contradictoire²⁵⁵, aux brefs délais d'appels²⁵⁶, et surtout – cela guidera notre analyse- à l'égalité des armes entre détenu et ministère public²⁵⁷.

91. Corrélation entre égalité des armes et droit au recours – Sur ce dernier point, il existe une causalité entre l'effectivité du droit au recours à l'ordonnance de placement et l'égalité des armes entre les parties. En effet, à ce stade, le législateur confère aux deux parties du contentieux des prérogatives distinctes dans leur droit d'appel. De sorte que, le déséquilibre du droit d'appel du parquet sur celui du détenu est une cause d'ineffectivité des droits processuels.

²⁵³ O. LE BOT, « Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux : l'article 8 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme », in CRFD, n°7, 2009, p.107.

²⁵⁴ J-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2016, 7^{ème} édition, p. 146.

²⁵⁵ Cour. EDH, Sanchez-Reisse c/ Suisse du 21 oct. 1986.

²⁵⁶ Cour. EDH, Bouamar c/ Belgique du 29 févr. 1988.

²⁵⁷ Cour. EDH, Kampanis c/ Grèce du 13 juill. 1995.

92. Pluralité des voies de recours et effectivité – Une fois encore, il conviendra d’apprécier l’effectivité de chacun des droits processuels en présence. *A fortiori*, il faudra s’interroger sur le sens d’une pluralité des voies de recours que sont l’appel de l’ordonnance de placement et la référé-liberté, au regard de l’effectivité du droit au recours. Il ne semble pas que la pluralité des voies entraîne, *de facto*, l’effectivité des droits processuels.

93. Annonce – Ainsi, sont ouverte à la personne récemment détenue, et au Ministère public, deux voies de recours cumulatives, ordinaire et spécifique, qui doivent être traitée par le prisme de l’effectivité : l’appel de l’ordonnance émanant du JLD d’une part (Chapitre 1), et le référé-liberté, d’autre part (Chapitre 2). Au regard de l’urgence d’un tel contentieux, la juridiction compétente pour statuer sur ses recours, la Chambre de l’instruction, se voit contrainte par un délai de réponse impératif aux regards de la gravité de la mesure (Chapitre 3).

Chapitre I – De l’appel des ordonnances du JLD : inégalité des armes entre détenu et Ministère public

Chapitre II – Le référé-liberté et la saisine directe du JLD, des recours motivés par l’urgence

Chapitre III – Un retour sur la procédure devant la chambre de l’instruction et les exigences des droits processuels

Chapitre I – De l'appel des ordonnances du JLD : inégalité des armes entre détenu et Ministère public

94. **Annnonce** – Le principe d'égalité des armes appliqué au contentieux du placement en détention provisoire nécessite que la réflexion s'attarde sur les prérogatives du détenu, et du parquet à contester l'ordonnance du JLD. En effet, il est reconnu un droit d'appel limité au détenu par son objet (section 1) alors que le Ministère public bénéficie d'un appel général et absolu (section 2).

95. **L'exclusion du droit d'appel de la victime** – A titre liminaire, il convient de traiter succinctement des prérogatives de la victime dans le contentieux du placement en détention provisoire. Il s'agit de traiter de l'équilibre, et de l'égalité des armes, entre les parties à ce stade du contentieux. Or, la victime est évincée de cette bataille puisqu'elle n'a compétence pour relever appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire, alors même que cette mesure peut être prononcée en raison des risques de pressions sur celle-ci. En ce sens, l'article 186, alinéa deuxième dispose que : « *Toutefois, son appel ne peut, en aucun cas, porter sur une ordonnance ou sur la disposition d'une ordonnance relative à la détention de la personne mise en examen ou au contrôle judiciaire* »²⁵⁸.

Section 1. Un appel spécial et limité du mis en cause de l'ordonnance de placement

96. **Les éléments de restriction de l'appel** – Le recours du mis en cause contre une ordonnance de placement en détention est limité au seul appel de la décision du JLD (§1), qui doit être interjeté dans un délai de dix jours (§2), et dont les moyens sont limités par son objet (§3).

§1. L'unique voie de contestation de l'irrégularité du placement

97. **La voie ordinaire contre l'ordonnance de placement** – Il est prévu à la section XII du Titre III relatif aux juridictions d'instruction un droit « [d'] appel des ordonnances du juge

²⁵⁸ C. pr. pén. Art. 186

d’instruction ou du juge des libertés et de la détention »²⁵⁹. Le législateur a toutefois conféré un droit idoine d’appel de l’ordonnance de placement en détention provisoire au détenu à l’article 187-1²⁶⁰ du code de procédure pénale dénommé référé-liberté. Plus encore, l’article 148²⁶¹ du même Code offre au détenu la possibilité de soumettre une demande de mise en liberté au Juge d’instruction chargé de l’information judiciaire. En résumé, le détenu et son conseil bénéficient, *a priori*, de deux recours et une demande tendant à contester les décisions des magistrats au stade de l’instruction. La voie d’appel reconnu à l’article 186²⁶² du CPP se conçoit comme la voie ordinaire de contestation des irrégularités de l’ordonnance de placement.

98. L’exclusion de la DML – La demande de mise en liberté ne souffre d’aucune restriction en ce que l’alinéa premier de l’article 148 du CPP dispose que : « *En toute matière, la personne placée en détention provisoire ou son avocat peut, à tout moment, demander sa mise en liberté* ». La demande est adressée au Juge d’instruction qui transmet le dossier au Parquet aux fins de Réquisition tandis que le JLD est saisi dans l’hypothèse d’un refus d’une telle demande.

Il aurait donc pu être valablement pensé que la DML puisse faire office de recours contre l’ordonnance de placement. Or, il résulte d’une jurisprudence constante que le détenu ou son conseil ne sont pas recevables à contester une irrégularité de l’ordonnance de placement en détention provisoire à l’occasion d’une telle demande²⁶³. En conséquence de quoi, l’appel est la seule et unique voie idoine pour faire grief à une ordonnance de placement, la DML étant jugée inopportune.

99. L’exclusion de la requête en nullité – L’appel est reconnu comme la seule voie possible puisque la contestation de l’irrégularité de l’ordonnance de placement est exclue du champ d’application de la requête en nullité. En effet, l’alinéa 4 de l’article 174 dispose que « *les dispositions des trois premiers alinéas ne sont pas applicables aux actes de procédure qui peuvent faire l’objet d’un appel de la part des parties* ». Parce qu’un droit d’appel est expressément prévu à ce stade, le détenu ne pourra se prévaloir d’une nullité par la voie ordinaire de l’article 173. Dès lors, « seul l’appel de

²⁵⁹ C. pr. Pén. Section XII De l’appel des ordonnances du juge d’instruction ou du juge des libertés et de la détention, Titre III des juridictions d’instruction, Livre Premier De la conduite de la politique pénale, de l’exercice de l’action publique et de l’instruction.

²⁶⁰ C. pr. Pén. art. 187-1.

²⁶¹ C. pr. Pén. art. 148.

²⁶² C. pr. Pén. art. 186.

²⁶³ Cass. crim., 10 mai 2012, n° 12-81. 427 P : D. 2012. Act. 1550.

l'ordonnance en cause est autorisé »²⁶⁴ pour en contester les vices et irrégularités²⁶⁵ ainsi que ceux du mandat de dépôt²⁶⁶ sera recevable devant la Chambre de l'instruction.

§2. Les conditions d'appel de l'ordonnance de placement en détention

100. Un droit d'appel limité des ordonnances – Le droit d'appel du détenu est défini de manière restrictive. A l'origine, le code d'instruction criminelle ne lui conférait qu'un droit d'appel sur les ordonnances du juge entaché d'une irrégularité relative à la compétence du magistrat²⁶⁷. Eu égard aux ordonnances sur la détention provisoire, la loi du 17 juillet 1856 a conféré un droit d'appel contre les décisions refusant la mise en liberté. Puis en 1958, le CPP a élargi le droit d'appel du détenu aux ordonnances de recevabilité de la partie civile, de prolongation de la détention et de refus de DML. C'est toutefois par le biais d'une liste limitative que ce droit d'appel est désormais consacré. Ce droit d'appel fut logiquement étendu aux ordonnances du JLD à l'occasion de sa création par la loi de juin 2000²⁶⁸. Toutefois, la Cour de cassation ne consacre qu'un appel « limitatif »²⁶⁹ au caractère « exceptionnel »²⁷⁰.

Cette conception du droit d'appel de la personne, toujours présumé innocente, est significative de l'esprit qui prévaut dans le contentieux du placement en détention provisoire. Qui plus est, cela sera examiné par la suite, ce droit d'appel limité est à comparer au droit d'appel général et absolu du Parquet.

101. Une reconnaissance constitutionnelle contestable du caractère limité – En dépit de cette limitation, le Conseil Constitutionnel ne voit pas en l'article 186 du CPP une violation des droits de la défense ou, du moins, une restriction injustifiée au regard de l'article 6 et 16 de la DDHC²⁷¹. Le juge constitutionnel avait émis une réserve en ce que cette disposition ne doit être interprété comme excluant un droit d'appel de l'ordonnance du JLD. Cela confirme le raisonnement qui se borne à constater que c'est à tort qu'il est envisagé une adéquation d'un droit d'appel limité avec les exigences accrues des droits processuels. Il semble plutôt qu'aurait dû être consacré un droit d'appel général au détenu tant celui-ci est nécessaire dans ce contentieux extrêmement sensible

²⁶⁴ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 6, Section 1, p.137.

²⁶⁵ Cass. crim. 7 janv. 1986, n°85-95.287; crim., 7 déc. 2004, n°04-85.807, Bull. crim. n°309; JCP 2005. IV. 1312. ; crim. 2 oct. 2012, n°12-84.896.

²⁶⁶ Cass. crim., 19 juill. 1993, n° 93-82.243, Bull. Crim. n°247.

²⁶⁷ A. SAMIR, Commentaire de la décision n°2011-153 QPC du 13 juill. 2011.

²⁶⁸ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

²⁶⁹ Cass. crim., 25 juill. 1983, bulletin criminel n°225.

²⁷⁰ Cass. crim., 12 mai 1987, bulletin criminel n°195.

²⁷¹ Décision n°2011-153 QPC du 13 juillet 2011.

102. Les conditions formelles de l'appel – L'acte d'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire suit les formes imposées par les dispositions des articles 502 et 503 du CPP et doit être relevé dans les dix jours à compter de la notification ou de la signification de l'ordonnance du JLD – ou de la décision du tribunal correctionnel statuant sur l'unique détention²⁷².

S'agissant de l'auteur de la déclaration d'appel, le législateur et la jurisprudence ont une appréciation souple permettant de garantir l'effectivité du droit d'appel. En effet, la déclaration d'appel doit être déposée au greffe, de la juridiction ayant rendu la décision, signée par l'intéressé et le greffier à peine d'irrecevabilité²⁷³. En premier lieu, l'appel peut être interjeté par le détenu au moyen d'une déclaration au greffe de l'établissement pénitentiaire²⁷⁴. Ainsi, l'acte d'appel passe inévitablement par le chef de l'établissement pénitentiaire.

Une disposition intéressante au regard de l'effectivité des droits processuels a vu le jour avec le décret du 7 septembre 2016²⁷⁵ puisque dorénavant, l'appel formé par un détenu doit être transmis le jour même, ou le jour ouvrable suivant la déclaration.

En second lieu, au visa de l'article 502 du CPP, la Haute juridiction accorde que l'avocat puisse faire appel de la décision sans pouvoir spécial²⁷⁶ et sans être avocat du barreau du ressort de la juridiction compétente²⁷⁷. Bien qu'étant un assouplissement des conditions formelles, cette appréciation offre un véritable gage d'effectivité du droit d'appel. Il aurait été malvenue d'imposer une décision spéciale ou un avocat du barreau idoine pour interjeter appel d'une décision si attentatoire mais surtout, enfermé dans de brefs délais impératifs.

103. Le point de départ du bref délai d'appel – Le droit d'appel est enfermé dans un délai impératif de dix jours posé à l'article 186 du CPP. Ce délai est impératif en ce que toute déclaration d'appel déposée dix jours après l'envoi de l'ordonnance de placement à l'avocat sera déclarée irrecevable²⁷⁸. Cependant, la Haute juridiction a, de manière bienveillante, relevé que

²⁷² N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020.

²⁷³ Cass. crim. 26 sept. 1986, n°86-92.821, Bull. Crim. n°261.

²⁷⁴ C. pr. Pén. Art. 503

²⁷⁵ Article 8 du décret n° 2016-1202 du 7 sept. 2016 portant simplification des dispositions du Code de procédure pénale, art. D. 46.

²⁷⁶ Cass. crim., 5 nov. 1997, n°96-86.380.

²⁷⁷ Cass. crim. 9 nov. 2004, n° 04-84.236, AJ pénal, 2005, 76, obs. J. COSTE, Dr. Pénal, 2005.

²⁷⁸ Cass. crim. 12 janvier 1994, n° 93-84.844.

l'irrégularité dans la signification de l'ordonnance entraîne la suspension du délai, qui ne court pas. Plus encore, l'appel est recevable sans limitation de temps²⁷⁹. Enfin, le délai prévu à l'article 186 du CPP est prorogé lorsque le mis en examen se trouve dans l'impossibilité d'interjeter appel de l'ordonnance²⁸⁰.

L'ensemble de ces assouplissements renforcent l'effectivité des droits processuels – ici, le droit au recours –, en ce que, malgré la rigueur des textes, le détenu bénéficie de certaines prérogatives lui permettant d'interjeter appel alors qu'il se trouve dans une situation complexe au moment de son incarcération.

§3. L'unique objet de l'appel entre effectivité et respect de l'appel limité

104. La limitation des moyens à l'appui de l'appel – La théorie de l'unique objet de l'appel consiste à refuser au détenu interjetant appel d'une décision de placement en détention provisoire, de soumettre des demandes en nullité étrangères à la détention²⁸¹. En ce sens, cette théorie limite la saisine de la chambre de l'instruction saisit de l'unique appel du placement en détention provisoire. *A contrario*, La Chambre de l'instruction saisit d'une demande de nullité de la procédure du mis en cause ne peut statuer sur la question de la détention provisoire malgré que l'appelant l'y invite²⁸². Toutefois, il ne s'agit pas seulement de refuser une demande « groupée » qui consisterait dans un seul acte à faire reconnaître deux nullités distinctes. En effet, la Chambre criminelle se refuse à reconnaître la nullité d'une ordonnance de placement en détention provisoire soulevé en appel fondée sur l'irrégularité des écoutes téléphoniques partiellement retranscrites au dossier²⁸³. Dès lors, les conseillers de cassation, en application de la règle de l'unique objet d'appel, écarte tout moyen étranger à la demande tel que la demande de production du registre judiciaire prévu à l'article 803-3 du CPP²⁸⁴.

105. Une limite à la limite – Le principe de l'unique objet d'appel a vocation à ce que soit respecté la limitation des ordonnances susceptibles d'appel prévues à l'article 186 du CPP. A l'origine, cette règle avait pour objet, et effet, de sanctionner la défense, qui à l'occasion de l'appel de l'ordonnance de placement soumettait à la Chambre de l'instruction des nullités hors les cas

²⁷⁹ Cass. crim., 12 janv. 1982, n°81-92.110 P.

²⁸⁰ Cass. crim., 22 janv. 2003, n°02-80.115.

²⁸¹ Cass. crim. 4 juin 1973, n° 73-91.326, Bull. crim. n°254 ; crim., 4 déc. 1985, D. 1986. IR 304, obs. Pradel.

²⁸² C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 6, Section 1, p.138.

²⁸³ A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gaz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017, p. 157.

²⁸⁴ Cass. crim., 23 févr. 2011, F-P+B, n°10-88.184, obs. C. GIRAULT, Dalloz Actualité

limitativement prévus par la loi²⁸⁵. En revanche, les juges du Quai de l'horloge ont « *largement atténué, en matière de détention provisoire, les effets négatifs de l'application de la théorie de l'unique objet d'appel* »²⁸⁶.

Effectivement, la Chambre criminelle a pu souligner que l'unique objet d'appel ne peut être opposé au mis en cause lorsque la demande en nullité est fondée sur un acte directement en lien avec l'ordonnance de placement²⁸⁷. Tel est le cas d'un appel d'une ordonnance au motif de l'irrégularité du mandat de dépôt²⁸⁸ ou au motif que la décision de placement se fonde sur des faits pour lesquels la personne n'est pas mis en examen²⁸⁹. En ce sens, la Cour de cassation écarte l'application de la règle lorsque, bien que les demandes soient différentes, la nullité est justement le fondement de l'appel. Ainsi, la Haute juridiction apprécie le lien entre les deux demandes pour décider d'appliquer la règle de l'unique objet²⁹⁰.

En un mot, la Cour de cassation procède à une application cohérente de la règle. Celle-ci est garante d'effectivité du droit à un recours, mis à part que la Chambre criminelle risque d'apprécier à sa guise le lien entre les demandes. Elle a déjà pu le faire sur le lien entre un acte et celui subséquent pour restreinte l'effet des nullités. Notons, par ailleurs, que dans la décision commentée, la Cour de cassation avait sauvé l'ordonnance de placement en détention provisoire en écartant, sur le fond, les irrégularités à l'appui du pourvoi.

Section. 2. Un droit général et absolu d'appel du Ministère public

106. Le contraste avec les prérogatives du mis en examen – Pour que soit valablement comparé les armes de la personne mis en examen avec le Ministère public, il convient d'examiner les fondements et conditions de l'appel du parquet (§1) ainsi que les causes (§2) et ses effets (§3).

²⁸⁵ Cass. crim., 21 Aout 1990, n° 90-83.745, V. aussi J. BUISSON, S. GUNCHARD, Procédure pénale, Litec, 6éd., 2010, n°2149.

²⁸⁶ J. BUISSON, S. GUNCHARD, Procédure pénale, Op. cit., n° 2176.

²⁸⁷ A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gasz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017, p. 157.

²⁸⁸ Cass. crim., 6 déc. 2016, n°16-86.021.

²⁸⁹ Cass. crim., 13 déc. 2016, n°16-85.881.

²⁹⁰ A. ANDRE, « Non-application de la règle de l'unique objet d'appel », *Dalloz Actualité*, 24 janvier 2017.

§1. Les fondements d'un droit général et absolu d'appel

107. Un droit absolu²⁹¹ – Le procureur impérial ne pouvait, à l'époque Napoléonienne, ne forme un appel que des ordonnances du Juge d'instruction relative à la compétence, ou celles qui ordonnaient la liberté de l'individu. A l'inverse du mis en examen, la Cour de cassation a, dès 1813, élargi les prérogatives du parquet en matière d'appel. Par un arrêt des Chambres Réunies en date du 29 octobre 1813²⁹², la Cour de cassation a consacré au bénéfice du Parquet un droit d'appel sans limite. Les conseillers de cassation motivaient leur décision « *pour ne pas laisser la société exposée aux suites d'une déclaration hasardée qui arrêterait les poursuites d'un crime bien réel* »²⁹³. Cette motivation est symptomatique de la philosophie du contentieux de la détention provisoire. Il est préférable de bénéficier de pouvoirs exorbitants pour poursuivre un crime au nom de la société, plutôt que de conférer d'égales prérogatives à la partie présumé innocente, mais toujours soupçonnée.

§2. Les causes d'un droit absolu et général d'appel

108. Un appel de toutes les ordonnances du JLD – Dans le droit positif, ce droit d'appel est reconnu à l'article 185 du CPP²⁹⁴. Il réaffirme le caractère absolu de ce droit puisqu'il dispose que le Ministère public peut interjeter appel de « *toute ordonnance du Juge d'instruction ou du Juge des libertés et de la détention* »²⁹⁵. De sorte que, le Parquet, au visa de l'article susvisé, peut faire appel de toute décision en matière de détention provisoire²⁹⁶. A titre d'exemple, la Chambre criminelle a reconnu le droit d'appel du ministère public aux ordonnances contraire à ses réquisitions aux fins de placement en détention provisoire²⁹⁷. Ce caractère absolu s'illustre d'autant plus que la Haute juridiction permet au Parquet de faire appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire sans considération des réquisitions²⁹⁸. Dès lors, le Ministère public peut interjeter appel d'une décision ayant ou non précédée ses réquisitions²⁹⁹ et que l'ordonnance soit conforme³⁰⁰ ou non-conforme à la position requise.

²⁹¹ Qualificatif pour évoquer le droit d'appel du Parquet sur les ordonnances du JLD, Voy N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020.

²⁹² Cass. Sections réunies, 29 oct. 1813, Bull. criminel, n°237.

²⁹³ A. SAMIR, Commentaire de la décision n°2011-153 QPC du 13 juill. 2011.

²⁹⁴ C. pr. pen. Art. 185

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Cass. crim., 6 juill. 1993, n°93-81.996

²⁹⁷ Cass. crim., 30 avril 2002, n°02-82.017

²⁹⁸ Cass. crim., 14 oct. 1997, n° 97-84.276

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Cass. crim., 25 mars 1954: Bull. crim. n°123; D. 1954.345, note P.A.

109. Un intérêt à agir discuter – La doctrine s’interroge sur l’intérêt à agir d’un tel appel qui, néanmoins, « traduit (*trahit* ?) la position du ministère public au cours de toute la procédure pénale »³⁰¹. Finalement, la justification d’une telle jurisprudence ne se trouve que dans la thèse prédominante au stade de ce contentieux. Sont attribués à la défense de l’intérêt social et au Parquet, son bras armé, un statut privilégié lui conférant des droits supérieurs à ceux de la personne soupçonnée.

110. Les conditions de l’appel du Parquet – Le statut particulier du Parquet prévoit des conditions dans l’exercice de son droit d’appel, différentes de celles du mis en examen. Le deuxième alinéa de l’article 185 dispose que le Ministère public peut interjeter appel de la décision du JLD dix jours à compter de la décision. Il faut rappeler qu’il était auparavant de cinq jours mais la loi L. 2019-222 du 23 mars 2019 l’a rallongé. Cela pouvait s’expliquer par une réalité matérielle différente qui confère au Procureur une facilité à déposer sa déclaration d’appel au greffe de la juridiction. Dorénavant, il existe une égalité dans le délai pour faire appel entre le Parquet et l’inculpé. De plus, le Procureur bénéficie d’un délai supplémentaire pour relever appel incident de 5 jours à compter de la déclaration d’appel du mis en cause.

111. Effet dévolutif et portée de l’appel– L’effet dévolutif se définit comme : « *l’effet produit par certaines voies de recours qui, remettant en question une chose jugée, en défèrent la connaissance à la juridiction de recours avec pouvoir et obligation pour elle de statuer à nouveau en faits et en droits* »³⁰². Appliqué à l’appel du Parquet, cela signifie que la Chambre de l’instruction se doit de statuer sur l’entier contentieux alors que le Parquet ne fait appel que d’une partie de la décision du JLD. Tel est le cas de l’appel formé par le Parquet contre une ordonnance du JLD motivant le placement sous contrôle judiciaire. Certes l’appel saisit la Chambre de l’instruction de la question de l’ordonnance motivant le Contrôle Judiciaire mais, par conséquent, aussi de l’ordonnance de refus de placement en détention³⁰³. Ainsi la portée de l’appel est bien plus large que celui du mis en cause.

Étonnement, la Cour de cassation souligne que le JLD « répondant nécessairement aux réquisitions du Procureur »³⁰⁴, la Chambre de l’instruction est inévitablement saisie des deux ordonnances. Il est intéressant de dresser un parallèle entre la portée de l’appel du Parquet et la théorie de l’unique

³⁰¹ N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l’instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020.

³⁰² G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014, v. Dévolutif, ive, p. 344.

³⁰³ Cass. crim., 3 oct. 2006, n°06-85.889.

³⁰⁴ C. GIRAULT, « Portée de l’appel par le ministère public d’une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire », *AJ pénal*, 2007, p. 2874.

objet d'appel imposée au mis en cause. La logique semble inversée, et il serait idéaliste d'attendre que la Cour de cassation admette la saisine de la Chambre de l'instruction des entières conclusions de la défense déposées au débat contradictoire devant le JLD.

De surcroit, cette saisine large de la Chambre de l'instruction par le ministère public permet à cette juridiction d'infirmer une ordonnance du Juge d'instruction refusant la saisine du JLD et de prononcer son placement sous contrôle judiciaire³⁰⁵. En effet, le juge d'instruction avait conclu à la non-saisine du JLD en raison de la nature contraventionnelle des faits. Cependant, saisi de l'entier contentieux par l'appel du Parquet, les juges d'appel ont pu ordonner son placement en ce que la qualification pénale était dans le débat.

Dès lors, entre le droit d'appel du Parquet et le droit d'appel de la défense la différence est grandissante au regard de l'étendue de la saisine de la juridiction d'appel. L'esprit des magistrats de cassation de 1813 demeurent intacte. Sous couvert qu'une partie défend l'intérêt de la société, et l'autre ses propres intérêts, ont confère à la première de plus grande prérogative qu'à la seconde.

³⁰⁵ Cass. crim., 27 juill. 2016, n°16-83.024 P : D. actu 16 sept. 2016, obs. Gallois.

Chapitre II. Le référé-liberté et la saisine directe du JLD, des recours motivés par l'urgence

112. Les voies de recours particulières – Le « référé » est « *la procédure rapide et simplifiée tendant à obtenir d'un juge unique exerçant en général une fonction présidentielle [...] toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* »³⁰⁶. Ainsi, ce qui caractérise un tel recours est la notion de rapidité motivée par l'urgence. C'est d'ailleurs l'une des conditions nécessaires à la recevabilité de tout référé en procédure administrative, avec celle de l'atteinte grave et manifestement illégale³⁰⁷. La matière pénale, et *a fortiori*, le contentieux de la détention provisoire ont des liens non négligeables avec la matière administrative. Il n'est donc pas étonnant de retrouver au bénéfice du mis en cause une voie de recours dite de référé-liberté permettant de contester dans un bref délai une mesure aussi attentatoire à la liberté que la détention provisoire (Section 1). Or, la notion d'urgence permet aussi de justifier une voie de recours autre, ouverte au Ministère public, pour court-circuiter la décision du juge d'instruction refusant de saisir le JLD aux vues d'un placement en détention provisoire (Section 2). Dès lors, la notion d'urgence ouvre au mis en cause et au Parquet deux recours spécifiques qui se doivent d'être traités.

Section 1. L'étroite voie du référé liberté contre le placement en détention manifestement illicite

113. Un choix de la juridiction d'appel – Le législateur a ouvert à l'inculpé une voie de recours extraordinaire à l'article 187-1 qui permet de saisir le Président de la chambre (§1). Cependant, si cela lui paraît opportun, il peut soumettre sa requête directement à la chambre de l'instruction qui examinera l'affaire dans les cinq jours à compter de la demande (§2). Quelque que soit le choix opéré par la défense, cette voie de recours exige un formalisme stricte contrôlé par la Haute juridiction (§3).

³⁰⁶ G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 10ème édition, 2014, V. Référé., p. 872.

³⁰⁷ Article L.521-2 du Code de justice administrative.

§1. La saisine du Président de la chambre de l'instruction

114. Les conditions du recours – Dans l'optique de réduire les délais d'audiencement, le législateur a souhaité créer une forme d'appel à bref délai permettant de saisir le Président de la Chambre de l'instruction, en urgence. L'article 187-1 du Code de procédure pénale prévoit que le mis en examen, à l'encontre de qui a été rendu une ordonnance de placement en détention provisoire assorti, inéluctablement d'un mandat de dépôt, peut solliciter du Président de la Chambre de l'instruction que son appel soit examiné dans les trois jours ouvrables à compter de la demande. L'enjeu de ce recours est de suspendre la décision du JLD dans l'attente de l'appel pour ne pas éviter un placement en détention abusif, qui serait désastreux.

Il faut noter que cette voie d'appel est ouverte au Procureur de la République sans qu'il semble que ce magistrat se soit véritablement saisi sur cette voie de recours.

Cet appel qualifié d'examen immédiat³⁰⁸ a été introduite par la loi du 24 Aout 1993 dans le but « *d'intervenir rapidement pour éviter un placement en détention abusif* »³⁰⁹. Dès lors, il faut, pour reprendre un vocabulaire du droit public, que le placement en détention soit abusif à un tel degré qu'il « saute aux yeux »³¹⁰ du magistrat saisi de la requête. Le président de la Chambre de l'instruction se place alors en juge de l'évidence³¹¹.

Le texte de la loi évoque ce recours comme l'appel du mis en cause dont la spécificité ne résulte que du délai plus bref dans lequel doit statuer la juridiction d'appel. Toutefois, les conditions du référé-liberté sont bien différentes de celle de l'appel au fond. Il existe deux conditions légales cumulatives auxquels doit répondre le référé pour passer la barre de la recevabilité. La requête doit être d'une part, déposée simultanément avec l'appel ordinaire et, d'autre part, au maximum vingt-quatre heures après l'ordonnance de placement. En application de l'article 145 alinéa 4, la requête peut être constatée dès les débats contradictoires par le JLD.

Il faut noter une modification législative du 30 décembre 1996, qui s'apprécie en faveur des droits de l'individu. En effet, le texte prévoyait à l'origine que la détention ne devait être « *manifestement*

³⁰⁸ N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020.

³⁰⁹ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 6, Section 3, p. 141.

³¹⁰ J-C BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2020, §.31.

³¹¹ Sur la notion de juge d'évidence voy. CE, réf., 18 mars 2002, GIE Sport libre, n°244081.

pas nécessaire »³¹². Désormais, il suffit à la défense de démontrer que les conditions de l'article 144 ne sont pas remplies.

Théoriquement, il s'agit, lors de l'audience en cabinet, de vérifier la validité du placement au regard de l'article 144. Toutefois, une telle procédure n'a pas rencontré le succès escompté par le législateur en raison du délai ouvrable de trois jours pour rendre la décision³¹³.

§2. La saisine de la chambre de l'instruction

115. Entre le référé-liberté et l'appel – Le législateur a véritablement renforcé les prérogatives de la défense dans la procédure pénale à l'occasion de la loi Guigou³¹⁴. S'agissant de l'appel de la décision de placement, le législateur est venu créer un second référé-liberté permettant de saisir directement la Chambre de l'instruction, en sa formation collégiale, qui devra répondre dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la demande³¹⁵. Par conséquent, en application des articles 194, alinéa trois, et 187-2 du CPP, la Chambre de l'instruction pourra être saisie pour statuer sur l'ordonnance de placement du JLD et se prononcer une première fois dans les cinq jours à compter de la requête, puis successivement, dans les dix jours à compter de la déclaration d'appel au fond³¹⁶. Toutefois, la procédure reste la même que celle de l'article 187-1 du CPP³¹⁷.

La Circulaire d'application du 20 décembre 2000 évoque ce recours de l'article 187-2 comme un « second type de référé-liberté »³¹⁸ dont le seul et unique intérêt est de soumettre les prétentions de l'appelant à une formation collégiale. C'est en ce sens au bénéfice de l'appelant puisque la collégialité est, théoriquement, un vecteur d'effectivité des droits en offrant une garantie supplémentaire au mis en cause qui voit son recours examiné par plusieurs magistrats et non un seul. C'est un choix à la discrétion de la défense ou du mis en examen puisque les deux types de référés sont des voies alternatives et non cumulatives. L'opportunité de l'un par rapport à l'autre résulte de leurs différences qui paraissent résiduelles.

³¹² Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme.

³¹³ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2017, P. 1285, §. 752.12

³¹⁴ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

³¹⁵ C. pr.pén. Art. 187-2.

³¹⁶ Cass. crim., 22 oct. 2002, n° 02-85.424.

³¹⁷ J. DUMONT, V. GEORGET, A. BONNET, « Fasc. 20 : Appel des ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention », JCI Procédure Pénale, 2012, §112.

³¹⁸ Circulaire CRIM 00-16 F1 du 20 déc. 2000, 2.1.2.2.2.

116. L’opportunité discutée – Les conseillers de cassation eux même s’interroge sur l’opportunité d’un tel recours supplémentaire. En effet, ils ne voient en la justification de ce type de référé qu’une exigence supplémentaire de délai par rapport à l’appel ordinaire. L’appel au fond et le référé-liberté de l’article 187-1 du CPP saisissant tous deux la Chambre de l’instruction de la même demande, seul le délai demeure différent : le cinquième jour ouvrable ou dix jours³¹⁹. Les deux formes d’appels place le magistrat dans une situation similaire, jugeant avec des éléments similaires³²⁰.

Sans qu’il faille apporter un regard excessivement critique sur l’œuvre du législateur, cette création ne fait miroiter que l’illusion d’une voie d’appel supplémentaire laissant entrevoir une effectivité du droit au recours. Hormis une différence de délai de réponse, la voie semble toujours la même et ne pas être véritablement opportune.

117. L’incohérence envisagée – Par ailleurs, ce référé-liberté mène à une contradiction permise par les textes. Dans l’hypothèse strictement définie dans laquelle la chambre de l’instruction ne prononcerait pas la suspension de l’ordonnance de placement, elle pourra se renvoyer la cause pour statuer sur l’appel, voir rendre un seul et unique arrêt en application de l’article 194, alinéa quatre, du CPP³²¹ qui prévoit les délais impératifs en la matière. En effet, comme le rappelle le Conseiller de cassation C. Guéry : « rien ne semble interdire que la chambre de l’instruction statue par un seul arrêt dans le délai de cinq jours ouvrables suivant la demande »³²². Si tel est le cas, le sens même d’une pluralité de recours perd en grande partie de son sens. Cela se justifie toutefois en ce qu’on ne voit pas comment, les juges qui ont délibéré sur le référé changerait de position quelques jours plus tard lors de l’examen de l’appel ordinaire.

§3. La décision du Président et de la Chambre de l’instruction sur le référé-liberté

118. Les pouvoirs de la juridiction d’appel – Hormis une différence de délai et de formation de jugement, la circulaire du 20 décembre 2000 souligne qu’elle « demeure pour le reste celle de l’article 187-1 »³²³. Il convient donc d’analyser cette procédure unique.

³¹⁹ C. GUÉRY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 6, Section 3, p. 142.

³²⁰ F.- L. Coste, « La chambre de l’instruction », RÉP. PÉN. Dalloz.

³²¹ C. pr. pén. Art. 194.

³²² C. GUÉRY, *Détention provisoire*, Op. cit.

³²³ Circulaire CRIM 00-16 F1 du 20 déc. 2000, 2.1.2.2.2.

A l'occasion de ce recours, le conseil du mis en cause présente des observations écrites et orales lors de l'audience soit, devant le juge unique³²⁴, soit, devant la formation collégiale. A ce stade, les exigences du débat contradictoire sont respectées en ce que l'appelant, son conseil et le Parquet peut émettre des observations ou déposer des écritures, l'avocat ayant la parole en dernier³²⁵. Puis, comme l'exigent les articles 187-1 et 187-2 du CPP, la juridiction doit statuer au plus tard le troisième jour, ou dans un délai de cinq jours à compter de la demande. Puis, la juridiction devra rendre sa décision. Il ne s'ouvre à elle que différentes possibilités : Le président de la Chambre de l'instruction ou la formation collégiale peut ordonner la mise en liberté – avec un possible placement sous contrôle judiciaire- ce qui entraîne le dessaisissement de la chambre de l'instruction initialement saisie ; ou, le Président peut renvoyer l'affaire à cette même chambre pour statuer sur l'appel ordinaire³²⁶. En effet, seul la Chambre de l'instruction pourra confirmer une ordonnance de placement en détention provisoire³²⁷.

119. Une décision non-motivée et insusceptible de recours – L'effectivité des droits processuels analysée sous l'angle du droit au recours effectif implique différents degrés de juridictions. Or, la décision en l'espèce émanant du Président ou de la Chambre de l'instruction, elle-même, est non-motivée ainsi qu'insusceptible de recours. Dès lors, il faut comprendre que la juridiction statuant sur un référé-liberté n'est pas ouverte à cassation. La Cour de cassation a jugé en ce sens en affirmant qu'aucun pourvoi de peut être formé à l'encontre d'une décision du président de la Chambre de l'instruction³²⁸. Plus encore, la Chambre de l'instruction statuant sur l'appel ordinaire de l'article 186 du CPP ne pourra purger une irrégularité de l'ordonnance du Président qui aurait entraîné un grief à l'appelant. Cela reviendrait à créer une voie de recours à cette décision³²⁹.

Il faut toutefois nuancer ce propos car à recours exceptionnelle, il reste tout de même, une voie exceptionnelle : le pourvoi en cassation pour excès de pouvoir. Des jurisprudences sur ce point ont le mérite d'exister³³⁰. Constatons tout de même qu'ouvrir un recours permettant uniquement de contester une décision pour excès de pouvoir ferme considérablement les ouvertures à cassation. Un tel pourvoi reviendrait à considérer que le magistrat a explicitement, à la vue de tous, rendu une

³²⁴ D. CARON, K. GACHI, Fasc. 30 : Contrôle Judiciaire et Détention Provisoire, LexisNexis, JCI. Procédure Pénale, 2013, § 165.

³²⁵ N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020.

³²⁶ Cass. crim., 6 juin 2000, n° 00-81.746, obs. J. BUISSON; D. 2001, somm. p. 517, obs. J. PRADEL

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Cass. crim., 22 oct. 2002 n°02-85.423.

³²⁹ Cass. crim., 10 février, n°03-87.197, obs. N. CATELAN, n° LEXBASE E5051Z3H.

³³⁰ Cass. crim., 16 janvier 2013, n°12-86.856, FS-P+B.

décision manifestement abusive. Il n'est pas courant d'observer de tel décision dans un contentieux où la responsabilité du magistrat ne peut être engagée que pour une faute lourde, au sens que le plomb paraît léger. *A fortiori*, la jurisprudence marquante sur le sujet est, au sens de la réflexion, contestable en ce que l'excès de pouvoir du magistrat avait été reconnu alors que cette dérive était profitable au présumé innocent. Il paraît important de revenir ci-après sur le raisonnement des magistrats.

120. Une orthodoxie asymétrique du formalisme, vecteur d'ineffectivité. Les articles 187-1 et 187-2 du CPP exigent un certain formalisme dont les sanctions de l'irrespect varient selon l'auteur. Il est étonnant de constater qu'un manquement à une condition formelle par l'appelant est sanctionné d'une irrecevabilité de l'appel alors que le manquement à son obligation, par la juridiction, de répondre dans le délai imparti n'entraîne pas de sanction manifeste.

A. Le manquement de la Juridiction au délai de réponse

121. L'intention et le référé liberté – Brièvement, il paraît opportun d'évoquer une jurisprudence de la Cour. EDH rendue le 6 oct. 2015³³¹ au sujet d'une déclaration d'appel discordante. Une Chambre de l'instruction avait été saisie d'un appel transmis par la maison d'arrêt. L'acte d'appel émanant du détenu comportait une modification au fluide correcteur dont le mis en examen n'était pas l'auteur. Un doute persistait sur la volonté réelle de ce dernier dans son choix d'un appel ordinaire ou corroboré d'un référé-liberté. L'avocat constatant une telle fraude, et les délais de trois jours ainsi que de dix jours étant dépassés, il sollicita une remise en liberté d'office. La Chambre de l'instruction constatait que la case permettant de saisir son Président n'était pas remplie, et qu'ainsi, il n'était valablement saisi. La Cour. EDH, à son tour saisie, a voulu rechercher la réelle volonté du requérant lors de sa déclaration d'appel. Il est étonnant de constater que les magistrats de Strasbourg se soient intéressés à la volonté du détenu alors que le raisonnement aurait pu se borner à constater l'atteinte grave constituée par la modification de l'acte d'appel par un tiers, privant le détenu d'un examen immédiat. La Cour. EDH laissant son lecteur « dans un certain malaise »³³², s'en remet à l'appréciation du juge national.

122. Absence de conséquence de la violation du délai de trois jours – Dans la décision ci-dessus évoquée les juges du fond avaient, semble-il, apporté une marque d'effectivité

³³¹ C. BENELLI-de BENEZE, « Détention provisoire et déclarations d'appel discordantes », *Dalloz Actualité*, 23 oct. 2015.

³³² *Ibid.*

intéressante. En effet, le Président de la Chambre de l'instruction observait que la violation du délai de réponse de trois jours en matière de référé-liberté ayant été violée, par conséquent, le détenu devait être remis en liberté. Ce n'était pas sans compter sur la décision de la Chambre criminelle qui a relevé que le Président, ayant ordonné la remise en liberté en ce que le délai impératif de réponse à l'appel avait été dépassé, a ajouté une sanction non prévue par les textes. En conséquence de quoi, il a violé l'article 187-1 du CPP³³³.

B. Le manquement du mis en cause au formalisme de la déclaration d'appel, renouveau de la jurisprudence européenne

123. L'interprétation en défaveur de l'appelant – Dans un arrêt en date du 31 mars 2020³³⁴, la Cour de cassation revenait sur une question d'analyse de la volonté du détenu à faire appel de la décision de placement en la forme du référé-liberté. Le mis en cause avait par une lettre ci-après retranscrite en ces mots : « *sollicit[é] de former appel et exercer le recours urgent et spécial contre la décision entendue contre moi le 19 décembre 2019* »³³⁵. De manière surprenante, la Haute juridiction a toutefois considéré, qu'attendu les énonciations du mis en cause, il n'avait pas expressément manifesté la volonté de faire appel de l'ordonnance de placement en application de l'article 187-1 du CPP.

En droit, comme dans toute discipline scientifique, la rigueur des mots et du vocabulaire est une exigence sur laquelle on ne peut faillir. Cependant, exiger du détenu, profane, l'emploi d'un terme précis – et donc faire peser sur lui l'obligation de motiver sa demande au visa de l'article idoine – semble caractériser une mauvaise foi des conseillers de cassation. À la lecture de cette décision, l'exigence des magistrats du Quai de l'horloge ont dépassé les limites du raisonnable. Cette position est troublante en ce que la lettre du détenu contenait, effectivement, la condition et la nature même du référé-liberté à savoir l'urgence, et la spécialité. Enfin, la Cour de cassation ne semble pas, de manière effective, avoir retenu la leçon de son homologue du Conseil de l'Europe qui l'invitait pourtant à rechercher la véritable intention du mis en cause dans sa déclaration d'appel.

124. Le piège de l'apparente pluralité – D'ores et déjà, il convient d'apporter une première conclusion à l'étude. La dualité de voie de recours en la forme des référés, de l'article 187-1 et 187-2 du CPP, laissait entrevoir une effectivité du droit au recours effectif. En effet, une

³³³ F. FOURMENT, « l'excès de pouvoir en dernier espoir », *Gaz. Pal.* 11 mai 2013, n° 130c7.

³³⁴ Cass. crim., 31 Mars 2020 – n° 20-80.323

³³⁵ *Ibid.*

pluralité de voie pour contester une décision semble, a priori, renforcer le droit à un recours effectif. Or, pour reprendre les mots du magistrat C. Guéry, l'opportunité de deux référés, dont seul le délai change, peine à être saisie. L'étude de l'effectivité des droits processuels interroge l'application de la règle juridique³³⁶. En ce sens, la possibilité offerte – ou plutôt l'absence d'interdiction – à la Chambre de l'instruction saisit du référé de l'article 187-2 de rendre un seul arrêt en réponse à l'appel ordinaire et au référé anéantit le mécanisme prévu.

A fortiori, le référé-liberté de l'article 187-1 du CPP s'apprécie en réalité comme un appel ordinaire devant un juge unique³³⁷. La loi du 30 décembre 1996 confère au Président un pouvoir similaire à la formation collégiale saisit d'un appel ordinaire puisqu'il apprécie la détention au regard de l'article 144 du CPP. La loi octroie au Juge unique des prérogatives similaires à la Chambre de l'instruction. Il peut ainsi : « *pouvant infirmer ou saisir la chambre mais aussi moduler la mesure prise en baissant le niveau du caractère coercitif de la mesure* »³³⁸.

125. L'accumulation de juge unique – Les auteurs voyaient en ce mécanisme d'appel un « nouveau souffle ». Par sa faible utilisation et l'apparition du JLD, le référé-liberté perd de son sens. *Quid* de l'avis d'un troisième juge unique sur la détention ? Plus encore, quelle opportunité apporte un recours qui voit la chambre de l'instruction statuer à deux reprises sur la même demande³³⁹.

Section 2. Un appel particulier de l'ordonnance refusant la saisine du JLD

126. Le parallélisme des formes – Au jeu de l'égalité des armes, le Ministère public possède, lui aussi, un référé prévu à l'article 187-3 du CPP. Dénommé le « référé-détention », il permet de suspendre l'ordonnance de remise en liberté du détenu lorsque le Procureur en fait appel. Cependant, il ne s'applique qu'aux cas de remise en liberté³⁴⁰ et ne vient donc pas s'appliquer à ce moment de la réflexion.

127. La saisine du JLD fondé sur l'urgence – Le Procureur a la possibilité d'une voie de recours en amont de l'ordonnance du JLD. En effet, la loi du 9 mars 2004, dite Perben II, a créé

³³⁶ Paul AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris : LGDJ, 1964, p. 340.

³³⁷ C. GUÉRY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2017, P. 1285, §. 752.22

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ C. GUÉRY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Op. cit., P. 1287, §. 752.27.

³⁴⁰ C. GUÉRY, « Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable », AJ pénal 2004. 238.

une voie de recours particulière, non pas à l'ordonnance du JLD, mais de l'ordonnance du Juge d'instruction refusant de saisir le JLD aux fins de détention ou ordonnant un contrôle judiciaire. Ainsi, cette saisine est le « pendant du référé-détention »³⁴¹. L'article 137-4 alinéa 2 du CPP dispose que le Procureur de la République peut saisir directement le JLD si deux conditions cumulatives sont remplies. Le législateur a voulu réduire cette possibilité de saisine lorsque, d'une part, les faits sont de nature criminelle ou délictuelle punis de dix ans et, d'autre part, que les réquisitions aux fins de placement sont motivées aux 4^o et 7^o de l'article 144. Ces deux objectifs de l'article 144 sont la protection de la personne placée en examen et l'atteinte à l'ordre public. Le premier justifie certainement que l'article 137-4 alinéa 2 soit applicable au mineur³⁴². Dès lors, lorsque le juge d'instruction rend une ordonnance contraire aux réquisitions du Procureur, ce dernier peut passer outre cette décision. Le Conseil Constitutionnel a jugé qu'une telle possibilité, offerte au Procureur, d'outrepasser le filtre du Juge d'instruction, était conforme à la Constitution³⁴³ en ce qu'elle répondait à l'urgence³⁴⁴. Par ailleurs, il doit être rappelé que la prérogative de saisine directe au profit du Procureur existait déjà puisqu'il résulte de la combinaison des articles 137-3 et 82, alinéa 5 du CPP qu'il peut saisir la Chambre de l'instruction dans l'hypothèse où le JLD n'a pas rendu d'ordonnance.

128. Un recours nouveau contre la liberté – Le référé-détention permet, en application de l'article 187-3 du CPP, de rendre suspensif l'appel de l'ordonnance de remise en liberté du Juge d'instruction. Avec l'article 137-4 alinéa 2, le Procureur va au-delà. Il court-circuite³⁴⁵ le Juge d'instruction lui-même sous couvert d'une prétendue urgence. L'effet de la saisine directe du JLD n'est pas la suspension de l'ordonnance tendant à la liberté de l'individu mais plus fortement encore, la caducité.

129. Le saccage de l'esprit du JLD³⁴⁶ – La loi de juin 2000, en instaurant le JLD, avait pour objectif de confier la question de la liberté et de la détention à un juge spécialisé. Toutefois, le législateur n'avait pas supprimé le premier filtre que compose le Juge d'instruction. Dans l'intérêt de la personne mis en examen, la détention provisoire n'était prononcée que si deux magistrats en avaient ainsi décidé. Par le mécanisme de l'article 137-4 du CPP, le Procureur outrepassa le premier

³⁴¹ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Op. cit., P. 534, §. 433.56.

³⁴² Cass. crim., 13 juin 2018, n° 18-82.124, P, JCP 2018. 829; AJ pénal 2018. 425, obs. E. GALLARDO.

³⁴³ Cons. Const. 2 mars 2004, n°2004-492 DC, JO 10 mars, p. 4637.

³⁴⁴ C. GUERY, *Détention provisoire*, Op. cit., Chapitre 2, Section 4, p.48, §.88

³⁴⁵ N. CATELAN, « Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire », in *Procédure pénale*, Lexbase, lexbase pénal : Procédure pénale, 2020.

³⁴⁶ Formule reprise de Me. Fayolle, v. D. FAYOLLE, « Le rôle de l'avocat dans la détention provisoire », *Lexbase Pénal n°23*, 23 janvier 2020 : *Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1909BYD

verrou et place le JLD dans une situation analogue à celle qu'était le Juge d'instruction avant la réforme. C'est évidemment au détriment des droits processuels du prévenu que s'inscrit ce mécanisme.

En premier lieu, le mis en examen ne peut bénéficier d'une décision en sa faveur prononcée par le juge d'instruction. Cela est d'autant plus contestable lorsqu'il s'agit d'une décision prononçant la liberté aux dépens des mesures coercitives. En second lieu, lorsqu'une partie est mécontente de la décision rendue par un magistrat, il peut la contester en relevant appel. Or, le Procureur de la République, face à une décision qui ne lui convient pas, saisit le JLD, et ainsi, écarte toutes les règles relatives à l'appel. Enfin, cela traduit une méfiance de la Chambre de l'instruction. Il aurait été préférable pour la personne mis en examen, que le Procureur ne puisse que faire appel de l'ordonnance du Juge d'instruction pour que la décision soit prise, par la suite, par une formation collégiale.

Chapitre III. Un retour sur la procédure devant la chambre de l'instruction et les exigences des droits processuels

130. Annonce – La Chambre de l'instruction, en tant que juridiction d'appel de la détention provisoire, est contrainte d'une part, au respect d'un délai bref sous peine de voir le détenu provisoirement remis en liberté (Section 1), et d'autre part, à une saisine limitée restreignant son champ d'intervention en faveur du double degré de juridiction (Section 2).

Section 1. Le délai court d'intervention de la décision

131. L'absence d'effet suspensif de l'appel – Le droit d'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire n'a pas pour effet de suspendre la décision du JLD. De sorte que le mis en examen, interjetant appel au visa de l'article 186 ou 187-1 du CPP, est tout de même placé en détention provisoire dans l'attente que la juridiction du second degrés statue sur son appel. La différence qui existe entre l'appel ordinaire et le référé-liberté ne résulte que du délai de réponse de la juridiction. A contrario, le référé-détention du Parquet suspend l'ordonnance de remise en liberté.

De plus, il faut noter que l'appelant n'obtenant gain de cause, et ce déciderait à se pourvoir en cassation serait tout de même réincarcérée³⁴⁷. Pour pallier l'absence d'effet suspensif, la Chambre de l'instruction et la Cour de cassation sont tenues par des délais brefs.

132. De l'inobservation des délais impératifs – L'article 194 alinéa 4 dispose qu'en matière de détention : « *la chambre de l'instruction doit se prononcer dans les plus brefs délais et au plus tard dans les dix jours de l'appel lorsqu'il s'agit d'une ordonnance de placement en détention [...] faute de quoi la personne concernée est mis d'office en liberté* »³⁴⁸. Cette disposition doit être complétée. S'agissant des délais impératifs en matière de référé-liberté, l'article 187-2 du CPP impose qu'il soit statué dans les cinq jours à compter de la demande.

Le législateur a prévu une sanction en cas de non-respect du délai de réponse qui est la mise en liberté de la personne appelante. Il semble opportun de souligner une tendance de la Cour de

³⁴⁷ Cass. crim., 22 avr. 1985, n°85-90.891.

³⁴⁸ C. pr. pén. Art. 194, al. 4.

cassation dans l'ensemble des décisions observées, à casser sans renvoi les arrêts de la Chambre de l'instruction lorsque cette dernière n'a pas statué dans le délai par la loi en matière de détention provisoire.

Évidemment conscient de la situation particulière de la détention provisoire, la Cour de cassation impose aux juges du fond, en pratique, le respect ces délais impératifs, sauf circonstances imprévisibles et insurmontables. Il faut noter sur ce point que la Chambre criminelle a une appréciation *stricto sensu* de ces circonstances. À titre d'exemple, la transcription erronée de déclaration d'appel et que l'envoi tardif de l'acte ne peuvent être caractérisés de circonstances insurmontables et imprévisibles³⁴⁹. La jurisprudence paraît toutefois clémente, à juste titre, sur le calcul des brefs délais puisqu'il a été jugé qu'ils ne courent qu'à compter du lendemain de la déclaration d'appel³⁵⁰.

Section 2. L'étendue des pouvoirs de la chambre de l'instruction

133 L'infirmer ou la confirmation – La Chambre de l'instruction peut rendre deux types de décisions au fond s'agissant de la détention provisoire. Soit elle confirme la décision de placement purement et simplement, soit elle infirme l'ordonnance. Le cas échéant, la personne détenue est immédiatement remise en liberté. Dans l'hypothèse de l'infirmer d'une ordonnance de refus de placement en détention provisoire, l'arrêt devient le mandat de dépôt qui justifie la détention³⁵¹.

134. L'absence de pouvoir d'évocation – Saisie du contentieux de la détention provisoire, la Chambre de l'instruction voit sa saisine limitée en application de la théorie de l'unique objet d'appel. Les juges d'appel ne peuvent donc aller au-delà. Les magistrats de la chambre se doivent donc de résoudre ponctuellement un point de droit³⁵². Par conséquent, ils ne peuvent user de leur pouvoir d'évocation. La doctrine considère que la juridiction d'appel possède, selon le contentieux deux pouvoirs distincts : un pour de révision et un pourvoir d'évocation³⁵³.

³⁴⁹ Cass. crim., 24 février 2009 – n° 08-88.100

³⁵⁰ Cass. crim., 1989, n° 95-85.168.

³⁵¹ Cass. Crim., 8 oct. 1970, n°70-92.283, Bull. crim., n°259.

³⁵² Cass. crim., 31 oct. 2017, FS-P+B, n°16-86.897, obs. H. DIAZ, Dalloz Actualité, 23 nov. 2017.

³⁵³ Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4^eéd., Economica, n° 2144 et 2162.

En matière de détention provisoire, la Chambre effectue donc un contrôle de révision des ordonnances de placement. Si la motivation du JLD est irrégulière et affecte le titre de détention, les magistrats d'appel n'ont d'autres choix que de remettre la personne en liberté³⁵⁴. Depuis la loi du 3 juin 2016, cette décision peut s'accompagner d'un placement sous contrôle judiciaire³⁵⁵. Toutefois, si les motifs de fonds contenus dans l'ordonnance du JLD sont erronés alors les magistrats d'appel pourront y substituer leurs propres motifs³⁵⁶. Cette substitution des motifs est un gage de qualité de la décision puisque le juge ne se contente pas de vérifier, au regard des éléments du dossier, si la mesure devait être prononcée, mais motive de manière plus pertinente la détention si cela lui semble opportun³⁵⁷. Une telle substitution est due à l'effet dévolutif de l'appel.

135. Le pouvoir de placer en détention – Dans l'hypothèse dans laquelle la Chambre de l'instruction est saisie d'un appel du Procureur de la République sur une ordonnance refusant la détention, le juge d'appel peut, lui-même, placer l'individu en détention et délivrer mandat de dépôt. Dans ce cas, la Chambre n'a pas à observer les obligations contenues à l'article 145 du CPP relative au débat contradictoire dès lors que les débats devant cette juridiction d'appel sont conformes. En effet, les articles 197 et suivants assurent au le conseil du détenu la consultation l'entier dossier de la procédure et la possibilité de déposer un mémoire développant ses prétentions.

Par ailleurs, la décision de placement de la juridiction d'appel se doit d'énoncer expressément une motivation similaire aux exigences du JLD. Ainsi, le double degré de juridiction est respecté en ce que la juridiction d'appel motive la décision et ne se borne pas à constater que la motivation du JLD était insuffisante.

Ce pouvoir de la Chambre de l'instruction a suscité pendant un certain temps un débat qui se résume comme suit : la juridiction d'appel qui décide de placer en détention un mis en examen se réserve-t-elle des éléments et incidents postérieurs qui affecteraient la détention ?³⁵⁸

136. La suppression de la réserve de contentieux, gage d'effectivité – La Cour de cassation a alterné les solutions relatives à la réserve de contentieux. Les conseillers de cassation jugeaient que : « *la seule conséquence légale de l'infirmité de la décision du juge d'instruction était la délivrance par la chambre d'accusation elle-même d'un mandat de dépôt ou d'un mandat d'arrêt, la question de la détention ou*

³⁵⁴ Cass. crim., 9 mai 2001, n°01-81598, 2 févr. 2011, n°10-87.723.

³⁵⁵ C. pr. pén. Art. 803-7.

³⁵⁶ Cass. crim., 20 mi 2008, n°07-88.671 (B).

³⁵⁷ Cass. crim., 21 août 1995, n°95-82.826, Bull. crim. 1995, n°265.

³⁵⁸ D. CARON, K. GACHI, *Fasc. 30 : Contrôle Judiciaire et Détention Provisoire*, LexisNexis, JCI. Procédure Pénale, 2013, § 167.

*de la liberté d'un inculpé dépendant désormais, et de ce fait, pour la suite de la procédure d'instruction, de sa seule et propre appréciation »*³⁵⁹. Par la suite, la Haute juridiction opérait une distinction selon que la juridiction d'appel infirmait la décision et délivrant elle-même le mandat de dépôt – elle devenait seule compétente de la détention –, ou s'il faisait seulement renaître ce dernier dans le cadre de l'infirmité d'une ordonnance de mise en liberté.

Dans un souci de renforcement des garanties du mis en examen, la loi du 9 mars 2004 a uniformisé la position de la Cour en complétant l'article 207 du CPP. Désormais, quel que soit le cas de figure et la décision de la Chambre de l'instruction, le JLD garde la maîtrise de la détention provisoire. Ce principe admettait une limite lorsque la Chambre de l'instruction mentionne expressément qu'elle serait seule compétente pour la suite de la détention. Cependant, cette limite a été abrogée en ce qu'elle conférerait à la juridiction d'appel un pouvoir discrétionnaire qui privait le détenu des dispositions des articles 144-1 et 147 du CPP³⁶⁰. Celles-ci confèrent la garantie au justiciable d'être immédiatement remis en liberté en l'absence des conditions légales de la détention. De plus, la réserve de contentieux n'assurait pas au détenu d'un double degré de juridiction.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Conseil constitutionnel a conclu que l'ancienne version de l'article 207 du CPP méconnaissait les exigences constitutionnelles reconnues aux articles 6 et 16 de la DDHC de 1789³⁶¹. Une telle décision est accueillie en faveur du droit à un recours effectif en ce qu'il garantit un double degré de juridiction au mis en examen.

137. Conclusion de la Partie I – L'analyse des droits processuels au stade du placement en détention provisoire révèle une large reconnaissance textuelle des principes issus de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'analyse des effets réels des textes législatifs sont toutefois parcellaires. La Cour de cassation n'effectue qu'un contrôle fragmenté des ordonnances de placement qui ne peut pas aboutir à une effectivité des droits processuels. Les textes reconnaissant le caractère exceptionnel de la détention peinent à produire les effets escomptés. Il semblerait que la solution trouvée par le législateur de répéter l'exigence de subsidiarité dans un corpus de texte ne soit suffisante pour assurer le respect de la présomption d'innocence. En réalité, il ne semble pas que l'effectivité des garanties textuelles soit la source de l'atteinte répétée à la présomption d'innocence, mais bien le principe lui-même qui n'est qu'une

³⁵⁹ *Cass. crim.*, 22 déc. 1959; *Bull. crim.* 1959, n° 569; D. 1960

³⁶⁰ D. CARON, K. GACHI, *Fasc. 30 : Contrôle Judiciaire et Détention Provisoire*, LexisNexis, §170.

³⁶¹ DC QPC n°2010-81 du 17 déc. 2010.

illusion. Les droits de la défense peuvent être parfaitement garantis, s'ils tendent à soutenir une fiction, ils ne peuvent obtenir d'effets réels.

Le bilan de l'effectivité des droits processuels au stade de l'appel de la détention est quant à lui plus nuancé. Cependant, la logique est ici quelque peu inversée en ce que le code de procédure pénale confère tout autant de prérogatives en faveur des droits processuels qu'en leur défaveur. Il octroie au parquet des droits qui paraissent moins restreints que ceux du détenu. Le parquet bénéficie d'un appel général et absolu, et le référé-détention suspend l'ordonnance de mise en liberté, alors que le détenu ne possède qu'un appel limité à son unique objet, dépourvu d'effet suspensif. L'équilibre est tangible grâce au Conseil constitutionnel, mais demeure fragile.

Il semble d'autant plus se fragiliser que le temps passe. Plus le temps s'écoule en détention moins le détenu paraît innocent aux yeux des magistrats. Ces derniers n'éprouvent pas grande difficulté à motiver le renouvellement de la détention et le refus des demandes de mises en liberté d'un homme sur qui, avant tout, pèse des indices qui seront bientôt des charges.

PARTIE II – De l’effectivité des droits processuels dans le déroulement de la détention provisoire

138. La notion de déroulement de la détention provisoire – Le déroulement de la détention provisoire fait référence au contentieux de la prolongation de la détention provisoire et celui relatif aux demandes de mise en liberté. En effet, les articles 145-1 et 145-2 ne permettent au JLD d’éditer qu’un titre de détention à durée limitée. Or, s’il souhaite le renouveler, le législateur lui impose l’organisation d’un débat contradictoire. En ce sens, la rencontre avec les droits processuels sont imposés par le législateur (TITRE I) à l’occasion du renouvellement. Toutefois, le délai long entre le débat initial et celui du renouvellement ne permet pas aux magistrats de statuer sur un éventuel changement de circonstances intervenu entre temps. Ainsi, le détenu peut provoquer la saisine du Juge d’instruction cette fois, pour qu’il statue sur l’opportunité actuelle de sa détention (TITRE II).

Titre 1 – Le renouvellement de la détention provisoire, rencontre avec les droits processuels imposée

Titre 2 – La demande de mise en liberté, moyen de rencontre avec les droits processuels provoquée

Titre 1 – Le renouvellement de la détention provisoire, rencontre avec les droits processuels imposée

139. Le contentieux riche du renouvellement – Au stade du renouvellement de la détention, la jurisprudence est des plus abondantes. Il ne s'agit pas ici de revenir sur l'ensemble des difficultés posés par la prolongation de la détention mais seulement de se focaliser sur les décisions et pratiques les plus attentatoires aux droits processuels. L'étude de la prolongation de la détention n'est pas une redite du contentieux initial de placement. De plus, à ce stade, des atteintes différentes aux droits processuels sont à relever et discuter.

140. Annonce – Ces atteintes se regroupent, tout d'abord, autour des conditions de la détention qui sont réaffirmées au stade de la prolongation de détention mais inégalement contrôlé. La Cour de cassation développe une jurisprudence alarmante visant à évincer de son office tout recours contre une ordonnance de renouvellement (Chapitre I). Les droits de la défense, pourtant garantie de manière orthodoxe au stade du placement, s'infléchissent au stade du renouvellement. Alors qu'on ne pouvait organiser un débat contradictoire sans l'assistance d'un avocat, sa présence devient facultative lors de l'audience de renouvellement (Chapitre II). L'état d'urgence sanitaire en raison du virus COVID-19 confirme cette approche pessimiste de l'effectivité des droits dans le contentieux du renouvellement.

Chapitre I – Une effectivité partielle des droits processuels dans les conditions de prolongation de la détention provisoire

Chapitre II – D'un infléchissement des droits de la défense dans la procédure de prolongation de la détention provisoire

Chapitre III – La détention provisoire à l'épreuve le coronavirus, symbole de l'échec de l'effectivité des droits

Chapitre I. Une effectivité partielle des droits processuels dans les conditions de prolongation de la détention provisoire

141. La durée limitée du titre de détention– La loi n'impose pas au magistrat de motiver son ordonnance de placement en y prévoyant une durée spécifique. Toutefois, le législateur a prévu que le titre de détention, émis lors du placement en détention, expire à 4 mois en matière délictuelle et 12 mois en matière criminelle³⁶². Dès lors, à l'échéance de ce délai, sans que le JLD ne puisse en réduire la durée³⁶³, ce magistrat peut être saisi par le juge d'instruction en vue d'une prolongation de la détention. Néanmoins, le législateur a prévu une durée maximale de détention, assimilé à un délai butoir, au-delà duquel la détention ne peut être renouvelée³⁶⁴.

142. Annonce – Quand la question du renouvellement de la détention provisoire se pose, la Cour de cassation exige une motivation spéciale justifiant la prolongation de la détention de manière supplétive aux conditions de placement (Section 1). Ainsi, l'étude de la motivation du renouvellement n'est pas une redite de la réflexion sur les conditions de placement. En effet, le contentieux du renouvellement de la détention est riche. Il a donc été fait le choix de s'attarder sur deux pans de ce contentieux qui interrogent en profondeur les droits processuels. D'une part, la Cour de cassation fait une application large l'application des conditions de renouvellement de la détention en matière délictuelle (Section 2) et, d'autre part, semble vouloir évincer de son contrôle une partie du contentieux du renouvellement (Section 3).

Section 1. Les conditions et exigences renouvelées d'une motivation spéciale à la prolongation

§1. Une étude critique des conditions du renouvellement

143. Les conditions générales et compétence du renouvellement – Tout comme le placement en détention provisoire, la prolongation de droit commun relève de l'office du JLD³⁶⁵.

³⁶² C. pr. pén. Art. 145-1.

³⁶³ Le fait que le juge ne puisse fixer un délai inférieur à celui prévu légalement ne viole par l'article 6 §1 de la CEDH : Cass. crim., 21 nov. 2006, n°06-86.937, F-P+F.

³⁶⁴ N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020, p. 67.

³⁶⁵ C. LACROIX, *Juge des libertés et de la détention*, Rep. Droit pénal et procédure pénale, mars 2014, §85.

La durée de la détention, et la date de son renouvellement, dépendent de la nature des faits reprochés au mis en cause. De sorte que les délais, et la procédure de renouvellement, sont régis respectivement par les articles 145-1 du CPP en matière délictuelle, et 145-2 du même Code en matière criminelle. Toutefois, le texte prévoit une augmentation exceptionnelle de la détention au-delà des délais butoirs de droit commun – respectivement 1 an et deux ans –³⁶⁶, dont la compétence est réservée à la Chambre de l’instruction. En ce sens, cette juridiction statue sur la prolongation de la détention dans deux cas uniquement : soit d’un appel d’une ordonnance de renouvellement en détention, soit dans le cadre de la procédure exceptionnelle de renouvellement.

144. L’incompétence de la Chambre de l’instruction – Les magistrats de la Chambre de l’instruction, saisis de l’appel de l’ordonnance rejetant une demande de mise en liberté, ne peuvent se prononcer sur la prolongation la détention provisoire, alors que cette mesure n’a pas fait l’objet d’une ordonnance du JLD. En effet, une telle prolongation viole le principe de doubles degrés de juridiction. Sur ce point la jurisprudence est abondante³⁶⁷ et rigoureuse de ce principe. En effet, la Cour de cassation révèle qu’une telle violation entraîne l’annulation du titre de détention et, selon la formule d’usage, ordonne la remise en liberté du mis en cause, « s’il n’est détenu pour d’autres causes »³⁶⁸.

Le moyen en violation de l’article 207 du CPP permet de contester la compétence de la Chambre de l’instruction qui infirme une ordonnance de mise en liberté rendue par le juge d’instruction. Cette juridiction ne peut ordonner la prolongation de la détention sans s’être réservée, par une mention expresse de l’arrêt. Une telle absence de mention emportera cassation et remise en liberté³⁶⁹. Ce moyen entend réaffirmer le principe du double degré de juridiction non respecté par les chambres de l’instruction. En ce sens, la juridiction du premier degré demeure compétente en matière de détention, et prolongation de détention provisoire. Méconnaît cette disposition l’arrêt de la Chambre de l’instruction qui fait évocation de la détention provisoire sans y être invité.

145. La prolongation en matière criminelle et la peine encourue – Pour des faits de nature criminelle, la durée de la détention se compose de la manière suivante : une durée initiale de 12 mois³⁷⁰, puis une prolongation générale de 6 mois, et enfin, une prolongation spéciale de 6 mois

³⁶⁶ C.pr.pén. Art. 145-1 al. 3 et 145-2, al. 3.

³⁶⁷ Crim, 12 juillet 2016, n°16-82.700, n°16-82.696, n°16-82.697, n°16-82.698, Crim. 8 févr. 2011, n°10-87.609, Crim., 19 déc. 2006, n°06-87.399.

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ Sur la question, C. PORTERON, « Infirmer d’une ordonnance de mise en liberté : la Chambre de l’instruction peut-elle prolonger ? », AJ Pénal, 2017, p.127.

³⁷⁰ C. pr. pén. Art. 145-1 al 1.

supplémentaire³⁷¹. En effet, la loi prévoit que la durée maximale légale de la détention est de deux ans ou trois ans selon que la peine encourue est de 20 ans de réclusion ou au-delà. La corrélation entre la durée maximale de la détention et la peine encourue renforce l'idée précédemment évoquée selon laquelle la détention provisoire est en lien avec la peine qui risque fortement d'être prononcée par la suite. En effet, la détention a pour unique objectif légal que de garder l'individu sous-main de justice et de remplir les critères de l'article 144 du CPP. La durée devrait varier uniquement selon la nature des faits. Sinon, cela signifierait que la durée nécessaire de l'enquête dépend de la peine encourue. Il est difficilement concevable d'établir un tel lien. Il n'est pas plus long d'établir les éléments de preuves et charges suffisantes pour une infraction de viol que d'assassinat.

Enfin, à titre - une nouvelle fois- exceptionnelle, le troisième alinéa de l'article 145-2 permet une prolongation exceptionnelle de 4 mois à conditions que l'investigation le nécessite et que la mise en liberté de l'individu présente un danger d'une certaine gravité. C'est ici la Chambre de l'instruction qui est compétente, et qui doit se prononcer dans un délai de 15 jours³⁷². Ainsi, les délais butoirs peuvent être prorogés de 4 mois³⁷³ et cette décision n'est pas remise entre les mains d'un seul juge mais entre celle d'une formation collégiale. La Cour de cassation a considéré que la « très grande complexité de l'affaire » entraînant un supplément d'information sur requêtes des accusés permet de justifier un tel renouvellement³⁷⁴.

§2. Une motivation spécifique de la prolongation de la détention : la surmotivation

146. La réaffirmation des conditions de subsidiarité – Le magistrat qui statue sur la question de la prolongation de la détention doit motiver son ordonnance au regard des exigences des articles 143-1, et 144 du CPP. En ce sens, le JLD doit, de nouveau, exposer les motifs et « *considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant* »³⁷⁵ des mesures alternatives à la détention³⁷⁶. Ainsi, le législateur réaffirme le caractère exceptionnel de la détention au stade du renouvellement. Partant, le JLD doit démontrer une nouvelle fois la subsidiarité de la mesure³⁷⁷. Or, si ce magistrat décide de ne pas accorder la prolongation de la détention, il n'est pas pour autant tenu d'ordonner la remise en liberté immédiate de la personne détenue. Par conséquent, il décide que le mis en

³⁷¹ C. pr. pén. Art. 145-1 al 2.

³⁷² C. pr. pén. Art. 145-3, 194, 197, 206 et 207.

³⁷³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, procédure pénale, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1086, §.2036.

³⁷⁴ N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020, p. 71.

³⁷⁵ C. pr. pén. Art. 137-3.

³⁷⁶ Cass. crim., 20 janv. 1993, n°92-85.534, Bull. crim. n°32.

³⁷⁷ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, *Op.cit.*, Ch. 3, section. 6, p.101, §210.

examen finira sa détention à expiration de son titre de détention³⁷⁸. Dès lors, il n'existe pas d'obligation à la charge du magistrat de remettre en liberté une personne dont il juge la détention inutile. Un tel raisonnement est permis par les textes mais critiquable. En effet, si le JLD prend une ordonnance refusant la prolongation, il a donc jugé que la détention n'était plus nécessaire à l'instant où il statuait. Pour quelle raison le présumé innocent devrait rester détenu le temps que son titre expire. A moins de considérer que la détention sera, à l'expiration du titre, devenue inopportune.

147. Une motivation spécifique de la prolongation – L'ordonnance de prolongation de la détention provisoire contient d'une part, les principes de la motivation de placement en détention provisoire, et d'autre part, une motivation spéciale lorsque la durée de la détention excède un an en matière criminelle et huit mois en matière délictuelle. De manière satisfaisante, l'article 145-3 du CPP exige spécifiquement que les décisions de prolongation de détention – ou de rejet demande de mise en liberté –soient spécialement motivées. Le JLD est alors tenue d'indiquer, dans ce cas précis, les raisons de cette nouvelle prolongation et le délai d'achèvement de la procédure³⁷⁹. Le texte exige donc une motivation supplémentaire à double branché dénommé « surmotivation »³⁸⁰.

La chambre criminelle a délimité l'étendue de la motivation particulière exigée à l'article 145-3 du CPP. Tout d'abord, les conseillers de cassation rappellent que la motivation supplétive ne s'applique pas lorsque l'instruction est clôturée³⁸¹. En effet, la durée de l'achèvement de l'instruction étant l'un des éléments supplémentaires de la motivation, la fin de l'information judiciaire rend inopportune une telle exigence. Toutefois, lorsque l'article 145-3 du CPP s'applique, la Cour de cassation admet une motivation succincte³⁸². Dès lors, la Haute juridiction a une appréciation restreinte de l'article 145-3 du CPP et de l'obligation de motivation du JLD³⁸³.

148. Un contrôle strict de l'existence de la motivation – Les juges de Quai de l'horloge n'hésite pas à casser les arrêts ne comportant pas les motivations spéciales de l'articles 145-3³⁸⁴. De plus, l'article 145-3 dispose de deux conditions cumulatives permettant la prolongation de la détention. Par conséquent, encourt la censure les juges du fond qui ont confirmé une

³⁷⁸ Cass. crim., 7 juin 2006, n°06-82.339.

³⁷⁹ Cass. crim., 24 nov. 2010, n°10-86.347.

³⁸⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, procédure pénale, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1085, §.2032.

³⁸¹ Cass. Crim., 23 août 2017, F-P+B, n°17-83.473.

³⁸² Cass. crim., 9 août 2017, F-P+B, n°17-83.250.

³⁸³ S. FUCINI, « Détention provisoire : motivation spéciale de la prolongation », *Dalloz Actualité*, 13 sept. 2017.

³⁸⁴ Cass. crim., 21 janv. 2015, n°14-86.996 ; Cass. crim., 17 juin 2014, n°14-82.674.

ordonnance de renouvellement de la détention en ne motivant qu'une seule des conditions³⁸⁵. Cependant, il faut relever une restriction du champ d'application de cette exigence de motivation spéciale par la Cour de cassation. En effet, la chambre criminelle souligne que la durée de deux détentions provisoires distinctes ne se cumule pas quand bien même la durée totale de détention serait de huit mois ou un an³⁸⁶. De plus, une telle exigence ne s'impose pas à la juridiction de jugement prononçant la détention provisoire³⁸⁷. Enfin, la Chambre de l'instruction prononçant la prolongation sur renvoi après cassation n'est pas tenue de l'obligation de motivation de l'article 145-3, malgré le délai de huit mois dépassé le jour où elle se prononce³⁸⁸. La juridiction d'appel saisit après cassation se doit de motiver sa décision au regard de sa saisie initiale. A l'époque, la détention n'excédait pas huit mois, et donc, l'article 145-3 du CPP ne s'appliquait pas. Or, une telle application, conforme à la procédure, interroge quant à l'esprit du texte. Le sens de cette motivation supplémentaire réside dans la volonté du législateur d'imposer une motivation accrue lorsque la détention provisoire devient particulièrement longue. La motivation supplémentaire vient justifier une durée supplémentaire de la détention en raison de l'instruction. *A contrario*, si la durée est supérieure à huit mois en matière délictuelle ou un an en matière criminelle, le juge se doit d'en motiver les raisons.

149. Un contrôle *in abstracto* du contenu de la motivation – Plus qu'une application restrictive de l'article 145-3 du CPP, la Cour de cassation admet que l'obligation faite au juge de se prononcer sur le délai prévisible d'achèvement de la procédure pour justifier la prolongation de la mesure, échappe totalement à son contrôle³⁸⁹. Les juges de cassation le relèvent expressément, un tel critère de renouvellement « *est une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation* »³⁹⁰. Alors, la Cour de cassation effectue un contrôle *in abstracto* de l'exigence de motivation spéciale. Tel est le cas d'une décision admettant comme motivation que l'enquête est « *dans sa phase d'achèvement* »³⁹¹ ou encore qu'elle nécessite encore « *plusieurs mois* »³⁹². Encore une fois, les critères exigés du législateur sont remplis aisément par les juges du fond et hors du contrôle de la cassation qui se borne à ne juger qu'en droit. Les garanties que représentent les dispositions de l'article 145-3 du CPP peinent à être assurées effectivement et sont laissées à l'appréciation quasi-souveraine des JLD.

³⁸⁵ Cass. crim., 22 févr. 2011, n°10-88.186

³⁸⁶ Cass. crim., 24 mai 2005, n°05-81.373, D. 2005, 1731 ; AJ pénal 2005. 373, obs. C. GIRAULT.

³⁸⁷ Cass. crim., 27 sept. 2005, n°05-84.234, RSC 2006. 106, obs. A. GIUDICELLI.

³⁸⁸ Cass. crim., 27 juil. 2016, n°16-82.990.

³⁸⁹ Cass. crim., 29 sept. 2009, n°09-84.528.

³⁹⁰ Cass. crim., 28 avril 1998, n°98-80.754, P ; crim., 19 juin 2013, n°13-82.336, crim., 29 sept. 2009, n°09-84.528.

³⁹¹ Cass. crim., 9 août 2017, F-P+B, n°17-83.250; Crim. 5 mars 2002, n°01-88.757.

³⁹² Cass. crim., 30 sept. 1997, n°97-83.780.

150. Les conséquences d'un arrêt de cassation sur le titre de détention – En somme, l'ensemble des conditions de renouvellement de la détention sont appréciées de manière hétérogène par la Cour de cassation. Tantôt la Haute juridiction est d'une rigueur nécessaire, tantôt elle opère un contrôle nuancé en fonction des conditions. En tout état de cause, les arrêts de cassation en matière de renouvellement de la détention ont une influence particulière sur le titre de détention³⁹³. La Cour de cassation a apporté une précision sur les conséquences de ses décisions sur le titre de détention. C'est très souvent que la chambre criminelle, jugeant la prolongation de la détention irrégulière, « *ordonne la remise en liberté* » de la personne mis en cause. Ainsi, la cassation emporte l'annulation du titre de détention³⁹⁴. Toutefois, il arrive que l'arrêt révèle la nullité de la prolongation et omette d'ordonner la remise en liberté de l'individu. Si la décision de la Cour de cassation est silencieuse sur ce point, alors l'arrêt cassé demeure le titre de détention justifiant la privation de liberté du mis en cause. Face à cette oubli, l'avocat de la défense pense à soumettre une requête en interprétation d'arrêt. Or, la Cour de cassation rejette une telle demande par des motifs qui laissent perplexes³⁹⁵.

Les juges de cassation considèrent que cette décision n'a pas à faire l'objet d'une interprétation. Plus encore, la Chambre criminelle relève que le demandeur n'a pas à être remis en liberté³⁹⁶. La doctrine désorientée concède que la Cour de cassation jugeant que la mesure a été prolongée dans les conditions, la détention se poursuit jusqu'à la décision de la juridiction d'appel statuant sur renvoi. Cependant, un tel raisonnement ne semble pouvoir s'appliquer lorsque la Cour de cassation a infirmé une décision de la Chambre de l'instruction refusant la prolongation de la détention. Toutefois, les juges de la chambre criminelle confirment cette solution, « *alors, on ne comprend plus* »³⁹⁷. Une incohérence se glisse dans le raisonnement : l'arrêt cassé constitue le support nécessaire à la détention de l'individu, sa cassation devrait entraîner la caducité du mandat de dépôt de plein droit.

³⁹³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *procédure pénale*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1088, §.2039.

³⁹⁴ J. et L. BORE, *La cassation en matière pénale*, DALLOZ action, 4^{ème} édition, 2017, Chapitre 145, p 473, §. 145.15.

³⁹⁵ Crim. 25 janv. 2011, n°10- 87.609.

³⁹⁶ Crim. 8 févr. 2011, no 10- 87.609, NP.

³⁹⁷ J. et L. BORE, *La cassation en matière pénale*, DALLOZ action, *Op. cit.*

Section 2. De l'appréciation du renouvellement de la détention en matière correctionnelle attentatoire aux droits processuels

151. La durée maximale en matière correctionnelle – Tout d'abord, l'article 145-1 du CPP dispose en substance qu'en matière correctionnelle, la détention ne peut excéder en principe quatre mois. Il se doit succinctement d'être évoqué les dispositions de l'article susvisé qui prévoit le même mécanisme qu'en matière délictuelle avec une durée initiale de 4 mois, renouvelable une fois dans la limite d'un an. De plus, le texte prévoit une prolongation pouvant aller jusqu'à deux ans en raison de la nature des faits reprochés à l'individu. En ce sens, l'alinéa 2 de l'article 145-1 prévoit deux hypothèses où la durée maximale est portée à deux ans : soit les faits sont constitutifs d'une infraction commise hors du territoire français³⁹⁸ ; soit la personne est poursuivie pour les infractions sur la législation des stupéfiants, l'association de malfaiteurs, proxénétisme ou toute infraction commise en bande organisée, et que la peine encourue est de dix ans d'emprisonnement. Tel est le cas d'un mis en examen pour association de malfaiteur.

Enfin, et de nouveau « *à titre exceptionnel* », l'alinéa 3 de l'article susvisé prévoit que le JLD peut saisir la Chambre de l'instruction d'une prolongation exceptionnelle de 4 mois après les 2 ans dans le cas où l'instruction doit être poursuivie et le risque de remise en liberté trop grand. Cette décision du JLD s'effectue hors débat contradictoire sans que la Cour de cassation ni voit aucun hiatus de constitutionnalité puisque régulièrement elle refuse de transmettre des QPC à ce sujet³⁹⁹.

Il convient de revenir sur la dernière hypothèse prévue à l'alinéa 2 de l'article 145-1⁴⁰⁰ qui fait l'objet d'une interprétation équivoque de la part de la Cour de cassation attentatoire aux droits processuels.

152. Différence entre requalification et mise en examen postérieure au débat – A plusieurs reprises la Cour de cassation s'est vu confronter à la question du changement de qualification au cours de la procédure, et de son incidence sur le régime de la prolongation de la détention. Sur cette question, différents arrêts ont été rendus en application de l'article 118 et 145-1 du CPP en cas de changement de qualification. Si la requalification modifie la nature correctionnelle de l'infraction en une nature criminelle⁴⁰¹, le mandat de dépôt épouse de plein droit

³⁹⁸ Cass. crim., 20 févr. 2002, n°01-88.116.

³⁹⁹ Cass. crim., 12 mars 2019, n°18-90.036, obs. N. CATELAN, n° Lexbase : A0306Y44.

⁴⁰⁰ C. pr. pén. Art. 145-1.

⁴⁰¹ Cette éventualité n'est pas prévue par le code, et est une construction prétorienne. V. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *procédure pénale*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1088, n°2038.

le régime de la nouvelle qualification⁴⁰². A l'inverse, en application de l'article 146 du CPP, si la qualification criminelle ne peut être retenue, le juge d'instruction peut, après réquisitions du parquet, ordonner la mise en liberté de l'individu. Or, il a aussi la faculté de saisir le JLD qui doit statuer dans les trois jours sur la question de la détention sans débat contradictoire⁴⁰³. L'absence de débat est ici concevable en ce que la décision prise est souvent en faveur du détenu. Par ailleurs, cette procédure ne porte pas d'atteinte aux droits et libertés garanties par la constitution⁴⁰⁴ dès lors que la personne détenue peut à tout moment déposer une demande de mise en liberté qui nécessite un débat⁴⁰⁵.

De plus, la Haute juridiction relève que dans le cas d'une annulation de la seule mise en examen pour des faits criminels, la qualification délictuelle demeurant, le titre de détention reste valable. Par conséquent, à compter du jour de l'annulation partielle devenue définitive de la mise en examen, la détention suit le régime des articles 145-1 et 145-3, soit celui en matière correctionnelle⁴⁰⁶. Cette jurisprudence ne vaut toutefois que dans l'hypothèse strictement définie par la Cour de cassation d'une requalification des faits dont le juge d'instruction était d'ores et déjà saisi et au vu duquel il a sollicité du JLD la prolongation de la détention. *Quid* de la mise en examen pour des faits nouveaux intervenus postérieurement au débat de prolongation de la détention et antérieurement à la décision du JLD.

153. Mise en examen pour des faits nouveaux et violation des droits – La Chambre criminelle a déjà répondu que la détention provisoire ne peut s'appliquer à d'autres faits que ceux pour lesquels le titre de détention a été délivré⁴⁰⁷. Ainsi, si de nouveaux faits faisant l'objet d'une mise en examen supplémentaire, il faudra saisir de nouveau le JLD d'une nouvelle demande de placement en détention provisoire. En effet, la jurisprudence relative à la requalification des faits ne serait être étendue à l'hypothèse – totalement différente – d'une mise en examen supplétive pour de nouveaux faits. C'est en effet uniquement au regard du périmètre factuel de la saisine *in rem* du juge d'instruction, telle qu'elle existe au jour de la délivrance du mandat de dépôt, que le JLD doit statuer. *A fortiori*, lorsque la mise en examen intervient entre le débat contradictoire de prolongation et la décision du JLD, ce magistrat ne serait être saisi de la mise en examen supplétive du Juge d'instruction. Le JLD ne peut prendre en considération qu'une nouvelle qualification mais ne

⁴⁰² C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, *Op.cit.*, Ch. 7, section. 1, p.160, §340 ; V. aussi. Cass. crim., 9 janvier 1997, Bull. 8.

⁴⁰³ Circ. CRIM 20 déc. 2000, 00-16/F1, n° 2.1.1.2.4

⁴⁰⁴ Cons. Const. 30 sept. 2011, n°2011-168 QPC, JCP 2011. 1176, obs. MARON.

⁴⁰⁵ C. LACROIX, Juge des libertés et de la détention, Rep. Droit pénal et procédure pénale, mars 2014, §89.

⁴⁰⁶ Cass. crim., 26 avril 2017, n°17-81.316, Bull. crim. 2017, n°127, crim 26 avril 2017, n°17-80.979, Bull. crim. 2017, n°126

⁴⁰⁷ Cass. crim., 1993, n°93-80.717, Bull. crim. n°163; crim., 9 janv. 1997, Bull. 8.

saurait se fonder sur une mise en examen à raison de nouveaux faits. Cela se justifie par le principe dit de la détention unique⁴⁰⁸.

Tel était la difficulté posée à la Cour de cassation dans un arrêt en date du 2 avril 2019⁴⁰⁹. La distinction entre nouvelle qualification et faits nouveaux étant primordiale, la Cour de ne devrait pas entériner une telle pratique. Il en va d'autant plus ainsi lorsque, comme c'était le cas en l'espèce, la mise en examen supplétive permettant la prolongation de la détention provisoire intervenait postérieurement au débat contradictoire. Au grès du Parquet, la détention provisoire pourrait être ainsi renouvelée par le jeu de réquisition supplétive, acte insusceptible d'appel. De plus, entériner une telle pratique viderait de son sens le débat contradictoire lui-même. Ce débat n'a en effet aucune utilité lorsqu'au moment où il intervient, la prolongation n'est pas possible, et ne le devient que postérieurement, en cours de délibéré. La nature du débat qui se tient n'est pas la même, et les parties ont, dans cette hypothèse, été privées de la possibilité de débattre devant le JLD des critères de la détention, qui n'étaient évidemment pas en jeu lorsque la prolongation était impossible.

154. Des conditions devenues de prolongation alternatives – La Cour de cassation surprend par une motivation qui laisse le lecteur dans un certain malaise. Elle énonce que c'est à tort que le JLD s'est fondé sur des faits nouveaux. En ce sens, c'est une victoire du droit rapidement nuancée puisque la Cour ne prononcera pas la mise en liberté de l'individu par un jeu d'interprétation de l'article 145-1 du CPP à l'encontre de la lettre et de l'esprit de cette disposition. Comme développée plus haut, l'alinéa 2 de l'article 145-1 prévoit deux hypothèses où la durée maximale de la détention est portée à deux ans⁴¹⁰. La seconde évoque une infraction commise en bande organisée et qu'elle encourt une peine égale à dix ans d'emprisonnement. La conjonction de coordination « et » laisse présumer des conditions cumulatives voulues par le législateur dans le cadre d'une prolongation exceptionnelle d'une mesure exceptionnelle.

Pour autant, la Cour a décidé de prolonger la détention provisoire considérant que la circonstance aggravante de bande organisée et la peine encourue de dix ans étaient des critères alternatifs et non cumulatifs. Cette décision peut surprendre tant le texte semble clair, considérant que ces deux critères doivent être nécessairement réunis. Le législateur énonce des conditions cumulatives qui n'étaient pas remplies pas en l'espèce mais la Cour de cassation y a vu des conditions alternatives.

⁴⁰⁸ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, op. cit., §. 436.75.

⁴⁰⁹ Cass. crim., 2 avril 2019, n°19-80.232.

⁴¹⁰ Pour rappel C. pr. pén. Art. 145-1 alinéa 2 : « cette durée est portée à deux ans lorsqu'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national ou lorsque la personne est poursuivie pour trafic de stupéfiants, association de malfaiteurs, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour une infraction commise en bande organisée et qu'elle encourt une peine égale à dix ans d'emprisonnement ».

Section 3. Vers l'anéantissement du recours en matière de renouvellement, annihilation des droits de la défense.

155. Annonce – La Chambre criminelle a développé une jurisprudence au visa de l'article 606 du CPP qui a pour conséquence de rendre la majorité des pourvois et appel sur la prolongation de détention sans objet (§.1). Une telle solution entraîne une absence de recours effectif à la décision du JLD (§.2).

§1. La substitution, au cours de la saisine de la Cour, du titre de détention objet du pourvoi : un pourvoi sans objet

156. Un courant jurisprudentiel – Il convient de soumettre à la sagacité du lecteur une courant jurisprudentiel⁴¹¹ attentatoire aux droits de la défense en raison de sa finalité. En résumé la motivation de la Cour de cassation consiste à constater que, lors de la procédure de cassation sur l'ordonnance de prolongation contestée, le JLD, entre temps, a prolongé de nouveau la détention. De sorte que, la Cour de cassation conclut à une irrecevabilité du pourvoi. Le raisonnement de la Cour a alors pour effet de priver le détenu de tout recours contre une décision de prolongation de la détention provisoire.

157. Un recours devenu sans objet – L'article 606 du CPP dispose que : « *la Cour de cassation rend un arrêt de non-lieu à statuer si le pourvoi est devenu sans objet* ». Dès lors, la Cour de cassation évince de son office tout pourvoi devenu sans objet. Dans le contentieux du renouvellement de la détention provisoire, la Cour de cassation fait un usage de cette disposition qui laisse dubitatif le défenseur des droits processuels. En effet, la Haute Juridiction révèle qu'entre la prolongation de la détention contestée et la décision de la Cour de cassation, par ordonnance, le JLD a prolongé pour une nouvelle durée la détention du mis en cause, dont le pourvoi est devenu sans objet, compte tenu du renouvellement du titre de détention. La Chambre criminelle développait donc un argumentaire sur lequel il est impossible d'agir puisque le raisonnement est tout simplement imparable tant d'un point de vue logique que d'un point de vue procédural.

⁴¹¹ Cass. Crim., 27 nov. 2018, n°18-85.459; crim., 18 sept. 2018, n°18-84.254 ; crim., 7 mai 2018, n°18-81.237 ; crim., 27 mars 2018, n°18-80.112 ; Cass. crim., 4 déc. 2012, n°12-86.529, Bull. 269; crim., 11 déc. 2012, n°12-86.654.

Cette jurisprudence entend ainsi enterrer cette branche du contentieux en usant d'un tel argument. Il ne serait plus possible de contester la décision de prolongation de la détention provisoire, si, avant que le juge de cassation statue, une nouvelle prolongation est décidée.

Par conséquent, la Cour de cassation viderait de sa substance les garanties procédurales des articles 145-1 et suivants du CPP au visa de l'article 606 du même code. Tel est le cas lorsque l'action publique s'est éteinte du fait de l'amnistie⁴¹², du décès d'une partie, de l'abrogation de la loi pénale⁴¹³. Il en va ainsi lorsque le titre de détention attaqué a pris fin ou a été remplacé par un autre titre⁴¹⁴. Conséquemment, l'ensemble des irrégularités ne pourraient plus être contestées puisque le JLD s'empressera de prendre une nouvelle ordonnance avant que la Chambre criminelle statue. La Cour de cassation peut donc choisir les irrégularités sur lesquels il faut éclairer les juridictions et les parties, et délaisser une autre partie. Cette jurisprudence fait écho à ce qu'était évoquée la doctrine qui considère comme incompréhensible de constater la caducité d'un titre de détention, mais de reconnaître la validité de celui le substituant⁴¹⁵.

158. Un raisonnement applicable à l'appel – Un raisonnement similaire est appliqué à l'appel d'une ordonnance de prolongation de détention. L'appel du détenu est sans objet dès lors que le juge d'instruction a pris une ordonnance aux fins de maintien en détention dans l'attente de son renvoi devant la juridiction de jugement⁴¹⁶.

§2. Une jurisprudence fautive d'une absence de recours effectif

159. L'endiguement de la défense – le motif développé ci-dessus endigue la défense qui se retrouve face à un raisonnement imparable tant d'un point de vue logique que procédural. Aussi, le détenu se voit priver de toute voie de recours dans l'ordre interne. Albert Camus dans son ouvrage *L'Étranger* dépeint une machine judiciaire opaque aux rouages souvent incompris, voir incompressible. La jurisprudence évoquée est, en ce sens, une zone d'ombre du contentieux de la détention provisoire qui opacifie la mesure. Bien que les motifs des juges du fond tiré de l'inobservation des garanties procédurales puissent parfois être justifiés, du moins expliqués, la présente jurisprudence est des plus attentatoires. Les droits de la défense ne sont pas ici cantonnés,

⁴¹² Crim. 19 juill. 1989, n°87- 81.772, Bull. crim. n° 291 – Crim. 13 et 30 mai 1996, n°95- 83.789, n°93- 84.303, Bull. crim. n°197, 225.

⁴¹³ Crim. 15 mars 1995, no 93- 85.623, Bull. crim. no 104.

⁴¹⁴ Cass. Crim., 27 nov. 2018, n°18-85.459; crim., 18 sept. 2018, n°18-84.254

⁴¹⁵ J. et L. BORE, *La cassation en matière pénale*, DALLOZ action, 4^{ème} édition, 2017, Chapitre 145 p.*.

⁴¹⁶ Crim. 11 juill. 2007, n° 07-83.106, Bull. crim. n°184. – Crim. 14 nov. 2012, no 12-85.996, Bull. crim. n° 246.

ou confinés mais bien annihilés à l'échelle de l'ordre interne dans un contentieux mettant en jeu un présumé innocent.

La portée de cette solution implique une conséquence bien plus importante que la seule volonté des juges de cassation d'évincer une branche du contentieux de la détention. Le jeu des délais de la Cour de cassation et du JLD différant, le requérant n'aurait aucune possibilité de contester son titre de détention.

160. La voie de la Cour. EDH – Il paraît clair qu'une telle jurisprudence est caractéristique d'une absence de recours effectif, au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, d'un contentieux à l'enjeu fondamental sans cesse rappeler par la Cour de cassation elle-même, où la liberté est toujours la règle en détention provisoire.⁴¹⁷

En application de l'article 5 §4 de la CEDH, les juges de Strasbourg pourraient accueillir favorablement une demande en absence de recours effectif, faute pour le requérant d'avoir bénéficié à l'époque des faits d'un recours réel et effectif susceptible d'empêcher la continuation de la détention provisoire. En effet, l'article 13 et l'article 5 §4 de la Convention sont des dispositions sentinelles en ce qu'elle assure l'effectivité des autres droits conventionnels. Cette disposition permet à tout requérant de faire valoir ses droits conventionnels devant une juridiction nationale compétente afin de prévenir leur violation. Ainsi, par le biais du droit à un recours effectif, la protection des droits garantis par la Convention telle que l'article 6 de la CEDH, évoqué dans les pourvois susvisés, est assurés.

⁴¹⁷ Cass. crim., 9 avril 2019, 19-80.550

CHAPITRE II. D'un infléchissement des droits de la défense dans la procédure de prolongation de la détention provisoire

161. Le renforcement des modalités – Les modalités du débat contradictoire au stade du renouvellement de la détention nécessite une attention particulière en ce que le législateur est soucieux, à ce stade, d'accroître les garanties de la défense en imposant un formalisme certain en faveur du conseil du détenu. Tant l'irrégularité de la convocation du conseil au débat, qu'un manquement dans la mise à disposition du dossier de la procédure porte atteinte aux droits de la défense.

162. Annonce – Toujours dans l'idée de suivre l'ordre chronologique de la procédure, la réflexion entend revenir, tout d'abord, sur les exigences de convocation des parties au débat. L'ensemble de ces formalités substantielles font l'objet de pratique irrégulière tantôt entérinée par la Cour de cassation (Section 1). De plus, la procédure de prolongation est spécifique au regard des modalités particulières du débat lui-même où la comparution personnelle est de droit, devant la Chambre de l'instruction (section 2), mais peut désormais être réalisée en visio-conférence (section 3).

Section 1. La convocation au débat de prolongation et la violation des droits de la défense

163. Annonce – Les droits de la défense au stade du débat de prolongation de la détention impose un droit à l'assistance de l'avocat qui nécessite la convocation du conseil au débat (§1) et une information complète de ce dernier sur la procédure (§2).

§1. La convocation de l'avocat au débat, affirmation des droits de la défense

164. Le moment de la convocation – La décision du JLD sur la prolongation de la mesure doit être rendue avant que le titre de détention arrive à expiration. Par conséquent, le JLD se doit d'organiser le débat contradictoire portant sur le renouvellement du titre de détention, en

amont de son expiration, sous peine de voir la détention prendre fin sans que l'appel du Parquet n'ait d'effet⁴¹⁸.

165. Les formalités et exigences de la convocation – Les droits de la défense et plus précisément le droit à l'assistance d'un avocat impose que le conseil du détenu soit convoqué au débat de prolongation de la détention. Il résulte des articles 114, 145-2, alinéa 1^{er} ainsi que de l'article 803-1 du CPP que l'ordonnance de prolongation de la détention provisoire ne peut être prise qu'après un débat contradictoire pour lequel l'avocat a été expressément convoqué dans un délai de cinq jours ouvrables avant l'échéance⁴¹⁹. Dès lors, si une nullité affecte la convocation de l'avocat, l'ordonnance de prolongation doit être annulée.

L'article 114 du CPP dispose de l'ensemble des formalités de convocation du conseil. Le document valant convocation est adressé au conseil du mis en examen par le greffe du juge d'instruction ou du JLD. A ce titre, l'alinéa 2 de l'article 144 du CPP prévoit que l'envoi puisse se faire par télécopie et le récépissé de l'envoi doit apparaître au dossier. En effet, le législateur souhaite que tous les moyens soient mis en œuvre pour informer l'avocat du conseil. Pour cette raison, la Chambre criminelle juge que l'absence de convocation de l'avocat porte nécessairement atteinte aux droits de la défense⁴²⁰. Cependant, si malgré l'absence de convocation de son avocat, le mis en examen a été assisté d'un avocat commis d'office, il semble que l'ordonnance ne soit entachée de nullité en l'absence de remarques du détenu au débat⁴²¹.

S'agissant de la preuve de cette convocation, la décision de la Chambre de l'instruction qui ne démontre pas que les magistrats se sont assurés de l'existence du récépissé de l'envoi de la convocation, encourt la cassation⁴²². Par ailleurs, si l'acte émane du greffe du juge d'instruction, le document doit expressément prévoir en objet la nature de la convocation pour éviter à l'avocat de se « *méprendre sur l'objet de la convocation qui lui a été adressée* »⁴²³.

166. Le paradoxe du refus de report du débat – Destinataire de la convocation, l'avocat désigné peut en demander le report. Cette demande doit être motivée pour que le magistrat s'assure de sa pertinence. Ainsi, le JLD possède un pouvoir d'appréciation du motif du report qui

⁴¹⁸ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, *Op.cit.*, Ch. 3, Section 6, p.98, § 205.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p.90, § 187.

⁴²⁰ Cass. crim., 4 déc. 2007, n°07-86.798, B.

⁴²¹ A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gaz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017, p. 168, §.277.

⁴²² Cass. crim., 18 nov. 2015, n°15-85.287 ; crim., 9 mai 2001, n°81.550, JCP 2001. 1589.

⁴²³ Cass. crim., 20 mai 2008, n°08-81.851, AJ pénal 2008. 378.

lui est soumis. Dans l'hypothèse où la demande ne serait pas motivée, le JLD n'est pas tenu de répondre au conseil⁴²⁴. A l'inverse, le JLD, ou son greffier peut refuser une demande de report du débat en raison du calendrier chargé du magistrat, sans que l'avocat puisse en apprécier la pertinence. Les juges du Quai de l'Horloge ont tout de même considéré qu'un refus de report du débat par l'avocat motivé en raison de sa présence obligatoire dans une autre juridiction porte atteinte aux droits de la défense⁴²⁵. Cette solution est d'autant plus intéressante qu'en l'espèce, le greffe du JLD avait refusé le report en raison d'une charge accrue de travail du magistrat⁴²⁶.

§2. L'information restreinte de l'avocat : la mise à disposition du dossier de la procédure

167. Convocation et Dossier incomplet – Le respect dû au droit de la défense impose que celle-ci puisse avoir connaissance de l'entier dossier de la procédure. Eu égard à cette obligation de mise à disposition du dossier, la Cour de cassation répond de manière décevante aux pourvois des requérants soulignant portant des pratiques éloignées de l'esprit du texte. A titre d'exemple, l'absence d'un interrogatoire du mis en cause au dossier ne crée aucun grief dès lors que l'avocat y était présent⁴²⁷.

De plus, il paraît fort approprié que ce dossier comporte, d'une part, les réquisitions du ministère public aux fins de prolongation de la détention provisoire, et d'autre part, l'ordonnance du juge d'instruction saisissant le JLD aux mêmes fins, dans un délai permettant un exercice effectif du contradictoire devant le JLD. En effet, ces deux actes permettent de connaître les différentes positions en faveur de la prolongation de la détention. Or, la Cour de cassation a jugé qu'il était possible à un JLD de convoquer les parties à un débat contradictoire avant même de disposer de la saisine du Juge d'instruction⁴²⁸. Par conséquent, le dossier mis à la disposition du Conseil ne peut contenir l'ordonnance de saisine du Juge d'instruction. Une telle jurisprudence impose deux observations.

168. La violation des droits de la défense – La convocation étant possible avant la saisine du JLD par le Juge d'instruction, le dossier mis à la disposition de la défense ne peut contenir l'acte du juge d'instruction. Ainsi, une telle pratique viole l'article 114 du Code de procédure pénale

⁴²⁴ Cass. crim., 5 avr. 2016, n° 16-80.294 (B).

⁴²⁵ Cass. crim., 12 déc. 2018, n°18-85.154, FS-P+B.

⁴²⁶ N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020, p. 68.

⁴²⁷ Cass. crim., 11 oct. 2016, n°16-84.795; crim., 5 janv. 2010, n°09-86.465.

⁴²⁸ Cass. crim., 30 sept. 2009, n°09-84.791 ; crim., 1^{er} févr. 2011, n°10-87.875 P+B.

qui prévoit l'accès au dossier complet. Cependant, la Chambre criminelle entend répondre de cette difficulté en relevant que : « *les arguments invoqués par le juge d'instruction dans son ordonnance de saisine, en faveur de la prolongation de la détention [ayant été] contradictoirement débattus en présence de l'avocat mis en examen* », cette pratique est conforme aux exigences de l'article 114. Si la loi ne prévoit aucun délai au Juge d'instruction pour saisir le JLD avant l'expiration du mandat de dépôt, encore faut-il que ce délai permette l'exercice effectif des droits de la défense.

Le débat contradictoire apparaît pour la Cour de cassation comme un moyen « préalable » de purger certaines nullités au stade du renouvellement de la détention. Un parallèle audacieux peut être fait avec l'ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement. En effet, la terminologie de purge des nullités est celle régulièrement employé au sujet de l'ordonnance de règlement renvoyant l'individu devant la juridiction de jugement⁴²⁹. Une fois rendue, celle-ci purge l'entière procédure de ses nullités⁴³⁰. En conséquence de quoi, les parties -sauf cas rigoureusement énoncés- ne pourront plus soulever d'irrégularités. Au stade du renouvellement de la détention provisoire, le débat contradictoire suit le même régime. La Cour de cassation reconnaît une irrégularité pouvant affecter le titre de détention, tout en constatant que les éléments ayant été débattus contradictoirement, cette irrégularité était purgée. Il est intéressant de s'attarder à ce mécanisme de « rattrapage » de l'irrégularité pour en constater les dérives. Ce processus de régularisation empêche la défense de soulever les nullités tirées de l'article 114 et 115 du CPP. Alors, l'une des stratégies judiciaires pour l'avocat, est celle de ne pas se présenter au débat contradictoire, de sorte que la motivation des juges ne peut s'appuyer sur l'existence d'éléments débattus contradictoirement en l'absence de l'une des parties. Bien que satisfaisante en pratique, il paraît opportun de s'interroger sur l'efficacité à l'avenir d'une telle réponse. A l'affront des droits de la défense, la réponse peut-elle être l'absence -physique- de défense ?

169. L'impartialité du juge – Entériner une telle pratique appelle une seconde observation au sujet de l'impartialité du JLD. En effet, la Chambre criminelle a été, à plusieurs reprises, saisie de la question de l'impartialité du juge dans l'hypothèse d'une convocation en l'absence d'ordonnance de saisine⁴³¹. Les juges du Quai de l'horloge ont souligné « *[qu'] aucune disposition du code de procédure pénale n'interdit au juge des libertés et de la détention de convoquer les parties en vue du débat contradictoire sur la prolongation de la détention provisoire avant sa saisine, une telle façon de procéder*

⁴²⁹ C. pr. pén. Art. 179 du CPP.

⁴³⁰ Cass. crim., 3 avr. 2007, n°06-89.315 ; crim., 15 janv. 2003, n°02-86.951.

⁴³¹ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2017, p. 562, §. 434-21

ne pouvant caractériser un manque d'impartialité»⁴³². En effet, la Cour de cassation développe une conception large de l'impartialité dans le contentieux du renouvellement de la détention. C'est la raison pour laquelle, à titre d'exemple, elle considère que le même JLD puisse se prononcer une nouvelle fois sur la prolongation alors que sa première ordonnance a été annulée⁴³³. Il semble en effet que les manquements à l'impartialité du JLD se borne à l'hypothèse énoncée à l'article 137-1, alinéa 3, selon laquelle le magistrat ne peut composer la formation de jugement d'un dossier qu'il a connu au préalable⁴³⁴. Cette interdiction ne saurait s'étendre à la situation d'un JLD qui devrait de nouveau juger du prolongement de la détention⁴³⁵. Une solution conforme à la jurisprudence antérieure de la Chambre criminelle qui relève qu'un JLD peut rendre une décision d'incarcération provisoire et une ordonnance de placement à l'encontre de la même personne⁴³⁶.

170. Vers une auto-saisine – La motivation fondée sur l'absence de sanction de la convocation des parties au débat par le JLD, en amont de sa saisine, est en deçà des exigences d'effectivité des droits de la défense. En effet, bien que le texte ne prévoie pas de sanction, développer une telle argumentation est sujet à dérive. Il serait inconcevable que le JLD provoque de la sorte sa saisine. Le Conseil Constitutionnel a, en ce sens, insisté sur la prohibition des « auto-saisines » de juridictions conduisant à des décisions défavorables au justiciable⁴³⁷. Les juges de la rue Montpensier ont conditionné la capacité des juridictions à introduire spontanément une instance au seul motif d'intérêt général et exercée dans le respect du contradictoire. Or, aucun motif de cette nature ne justifie que le JLD provoque de la sorte sa saisine, d'une part, et les éléments peuvent ne pas être débattu en l'absence de l'avocat au débat, d'autre part.

171. Une ineffectivité avérée – L'ensemble de ces éléments caractérise, tout d'abord, une partialité du JLD qui sollicite lui-même sa saisine. De plus, contrairement à ce qu'énonce la Cour de cassation, le fait que les éléments invoqués par le Juge d'instruction, au soutien de sa demande de prolongation, puisse être débattu devant le JLD ne suffit pas au respect effectif des droits de la défense. Ils supposent que le conseil du mis en examen ait pu, au préalable, préparer son client, son argumentaire et, le cas échéant, rassembler les pièces nécessaires au soutien de sa

⁴³² Cass. crim., 14 fév. 2012, n°11-88.071. NP, *Dr. Pénal*, 2012, n° 77, note Maron et Haas.

⁴³³ Cass. crim., 25 sept. 2018, n°18-84.067, P+B.

⁴³⁴ J-Y MARECHAL, « L'impartialité du juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire », *LexisNexis*, JCl. Procédure pénale, 2018.

⁴³⁵ Conv. EDH, n°2981/81, 7 déc. 1992, *Saint-Marie c/ France*, §32. V. aussi J. van COMPERNOLLE, Arrêt AZF : l'impartialité d'un juge appréciée à l'aune de la jurisprudence de la Cour EDH, JCP G 2015, 222.

⁴³⁶ Cass. crim., 10 Aout 2016, n°16-83.318.

⁴³⁷ Décision n°2017-671, QPC du 10 nov. 2017 ; n°2016-548 QPC du 1^{er} juill. 2016.

position. Une telle position s'inscrit dans un infléchissement des droits de la défense au stade de la prolongation de la détention.

Section 2. La procédure du débat : comparution personnelle de droit, et présence facultative de l'avocat

172. Le choix d'une étendue retenue – La réflexion envisage le débat contradictoire de prolongation de la détention sous l'unique angle de la comparution personnelle et la présence, facultative, de l'avocat. La présence de la partie et de son conseil est une garantie d'effectivité des droits de la défense. Or, il faut noter que toutes les modalités du débat à ce stade du contentieux ne seront pas traitées, bien que celles-ci mettent en lumière des problématiques intéressantes sur l'effectivité des droits processuels.

173. Le principe de la comparution personnelle – Selon l'article 199, alinéa 6 du CPP, « *en matière de détention provisoire, la comparution personnelle de la personne concernée est de droit si celle-ci ou son avocat en fait la demande* »⁴³⁸. Par conséquent, la Chambre de l'instruction doit faire comparaître par principe le mis en cause devant lui. La comparution personnelle est de droit et non de plein droit. En effet, comme le laisse entendre la lettre de l'article, le mis en cause doit en faire la demande⁴³⁹. Il est évident que cette comparution est également de droit au stade du placement en détention, mais elle présente un véritable intérêt d'étude au stade du renouvellement puisque l'individu est en détention, et doit donc faire l'objet d'une extraction.

174. L'exception de la force majeure – Dès lors que l'individu a fait la demande de comparaître au débat contradictoire son absence entraîne la violation de l'article 199 du CPP. Or, le magistrat peut justifier de l'absence de mis en examen en caractérisant l'existence de circonstances imprévisibles et insurmontables qui était assimilé à la notion civiliste de la force majeure. Cette exception fait l'objet d'une appréciation *in concreto* de la Cour de cassation. La chambre criminelle a considéré que : « *des barrages routiers qui empêchaient la circulation et occupaient les gendarmes des tâches de maintien de l'ordre* »⁴⁴⁰ corroboré par une impossibilité de report du débat en raison de la surcharge du cabinet du magistrat. Une telle décision appelle une observation quant à la notion de circonstances imprévisibles et insurmontable. En effet, il est difficile de considérer que la surcharge du cabinet du magistrat soit appréciée comme un cas de « force majeure ». Or, il est

⁴³⁸ C. pr. pén. Art. 199.

⁴³⁹ Cass. crim., 5 sept. 1990, n°90-80.418, P.

⁴⁴⁰ Cass. crim., 28 avr. 1998, n° 98-80.574.

l'un des deux éléments pris en considération pour accorder l'exception en espèce. La jurisprudence abondante en cette matière a reconnu la grève du personnel pénitentiaire⁴⁴¹ comme justifiant l'exception. Malgré l'approche *in concreto* de la Chambre criminelle, cette dernière est rigoureuse au regard de l'exception. Ainsi, une chambre de l'instruction qui se borne à constater que l'hospitalisation du détenu, deux jours avant l'audience, sans rechercher si le débat pouvait être reporté dans le délai légal, encourt la censure⁴⁴².

Sur ces fondements, il ressort d'une telle motivation que la circonstance insurmontable s'apprécie, certes, au regard de la situation factuelle mais, aussi, en considérant le délai légal permettant le report de l'audience. Ainsi, une même situation de fait pourrait être qualifiée ou non de circonstance insurmontable selon le délai légal tenant la Chambre de l'instruction.

175. Les effets limités de l'atteinte à la comparution personnelle – À l'occasion d'une comparution par visioconférence – qui équivaut à une comparution personnelle⁴⁴³ –, la Haute juridiction rappelait l'obligation qui pèse sur la chambre de l'instruction de caractériser la circonstance justifiant l'absence de comparution du détenu à l'audience malgré sa demande⁴⁴⁴. De surcroît, cette décision permet de mettre en lumière la question de la sanction au manquement de la Chambre de l'instruction à son obligation. *Quid* de la remise en liberté. Ce manquement n'est pas sanctionné en tant que tel dans le CPP⁴⁴⁵. Ainsi, la comparution personnelle qui est une garantie évidente permettant de ne pas juger le détenu en son absence n'est pas pour autant une cause d'annulation du titre de détention. Cela pose la question de la portée d'un droit – celui de pouvoir assister à sa propre audience et d'émettre des remarques ou observations –, démunie de sanction.

176. La présence facultative l'avocat au débat – La présence de l'avocat au stade du placement en détention est obligatoire puisque le mis en cause doit être assisté d'un avocat désigné ou d'un avocat de permanence. Au stade de la prolongation en détention provisoire, sa convocation fait l'objet d'une certaine exigence, toutefois, sa présence devient facultative. En effet, au stade de la prolongation de la détention provisoire, l'alinéa 5 de l'article 145 du CPP⁴⁴⁶ n'est pas applicable et ne s'applique qu'au placement en détention⁴⁴⁷. Une telle exclusion est difficilement concevable

⁴⁴¹ Cass. crim. 19 févr. 1992, Bull. crim. n°77.

⁴⁴² Cass. crim., 17 mars 2009, n°08-88. 460, Bull. crim. n°56 ; D. 2009. 1091.

⁴⁴³ C. pr. pén. Art. 706-71.

⁴⁴⁴ Cass. crim., 2 fév. 2016, n°15-86.598.

⁴⁴⁵ S. FUCINI, « Détention provisoire et comparution personnel de droit », Dalloz Actualité, 16 fév. 2016.

⁴⁴⁶ C. pr. pén. Art. 145, al. 5 : « Si cette personne n'est pas déjà assistée d'un avocat, le juge l'avise qu'elle sera défendue lors du débat par un avocat de son choix ou, si elle ne choisit pas d'avocat, par un avocat commis d'office ».

⁴⁴⁷ Cass. crim., 20 déc. 2017, n°17-85.287, F-P+B. obs. N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020, p. 68.

en ce que la nature du débat est la même et donc les garanties issues des article 5 et 6 de la Conv. EDH devraient être appliquées de manière similaire. En réalité, les conseillers de cassation considèrent que l'avocat ayant été valablement convoqué dans les formes et délais, son absence ne peut porter grief au mis en examen. Cependant, la Cour de cassation va plus loin en considérant que la personne mis en cause renonçant à son avocat de manière explicite au débat ne peut donc démontrer de grief issu de son absence.

177. La renonciation expresse de l'avocat – Alors que le mis en examen ne peut être placé en détention sans un avocat, il garde la possibilité de renoncer à l'assistance d'un conseil lors du débat contradictoire de prolongation de la détention⁴⁴⁸. Comme le rappelle la Cour de cassation, cette renonciation doit être expresse et préalable au débat⁴⁴⁹. Plus encore, la renonciation au débat empêche le mis en cause de se prévaloir, *a posteriori*, de l'absence de son conseil au débat ; et ainsi, de demander l'annulation de l'ordonnance de prolongation. En effet, les juges du Quai de l'horloge ne font pas référence aux articles 145-1 et 145-2 du CPP mais uniquement aux dispositions de l'article 114 du même Code. Dès lors, la nullité de l'ordonnance ne peut être obtenue qu'à raison d'un défaut de convocation⁴⁵⁰.

178. L'absence de condition de la renonciation et l'effectivité – Une question demeure en suspens, et interroge l'effectivité des droits de la défense. La récente jurisprudence de la Cour se borne à rappeler que l'individu, gardant le droit de renoncer à son conseil, ne peut, par la suite, se prévaloir de l'absence de ce dernier au débat⁴⁵¹. Quelle solution serait donnée si le mis en examen renonçait à la présence de son avocat, alors que celui-ci avait été irrégulièrement convoqué. Cela a été démontré précédemment (*), il existe une opportunité au Conseil à ne pas assister au débat. Or, s'il n'a pas été régulièrement convoqué, il ne pourra discuter de l'opportunité de son absence avec son client. La personne mis en examen se retrouve alors seule face au JLD, et en renonçant à son conseil, se prive de potentielles nullités. Il serait préférable de considérer qu'en tout état de cause, l'irrégularité de la convocation de l'avocat demeure malgré la renonciation du client. De surcroît, la Cour de cassation donne la nature d'une telle renonciation, puisqu'elle doit être expresse, mais n'impose pas de conditions spécifiques. Or, le détenu se doit d'être conscient des conséquences d'une telle décision qui impact les droits de la défense effectivement. En

⁴⁴⁸ L. PRIOU-ALIBERT, « renonciation à l'avocat lors de la prolongation de la détention provisoire », Dalloz actualité, 20 février 2018.

⁴⁴⁹ Cass. crim., 11 juin 1992, n°92-81.546, Bull. crim. n°230; crim., 24 janv. 2018, F-P+B, n°17-86.317.

⁴⁵⁰ Crim. 4 déc. 2007, n°07-86.794, Bull. crim. n°297, obs. J. PRADEL, *Procédure pénale*, D. 2008, p. 2557

⁴⁵¹ crim., 24 janv. 2018, F-P+B, n°17-86.317.

renonçant à l'assistance de son avocat, il renonce implicitement aux nullités antérieures issues de la convocation.

Section 3. Le débat de prolongation de la détention provisoire par visioconférence

179. L'assimilation à une comparution personnelle – L'article 706-71 du CPP est régulièrement au cœur des débats puisqu'était remis en question sa conformité à la Constitution. Cet article permet l'utilisation, à divers stades de la procédure pénale, du moyen de télécommunication audiovisuelle. Elle fait évidemment débat puisqu'elle remet en question l'effectivité des droits de la défense en substituant à l'audience physique, une audience dématérialisée. Ce débat se focalisant majoritairement sur l'absence de droit d'opposition du détenu à l'utilisation de la visioconférence lors du débat portant sur une demande de mise en liberté, il sera largement traité par la suite (V. *infra*. Titre 2, Ch. 1).

En application de cette disposition, le débat de prolongation peut avoir lieu par un moyen de télécommunication audiovisuelle comme toute audience sur la détention. Le détenu comparaisant alors de la maison d'arrêt. L'emploi d'un tel procédé se fonde sur un besoin de bonne administration de la justice évitant ainsi les procédures d'extractions lourdes et coûteuses. Ce procédé de télécommunication audiovisuelle n'est pas en soi attentatoire, aux droits de la défense, et à la notion de procès équitable⁴⁵². Il ne porte pas atteinte, non plus, au droit de comparution personnelle⁴⁵³. Précisément, la Cour de cassation assimile la visioconférence à une modalité de cette comparution⁴⁵⁴.

180. La convocation spéciale de l'avocat – Dans l'hypothèse de l'utilisation d'un tel procédé, l'avocat du détenu doit en être informé. Il peut alors assister au débat contradictoire de la maison d'arrêt ou directement de la Chambre de l'instruction. Dans ce dernier cas, il est prévu que l'avocat puisse s'entretenir avec son client de manière confidentiel⁴⁵⁵. Pour ce faire, l'avocat est laissé seul dans la salle d'audience⁴⁵⁶ mais le rapport de la Commission de suivi de la détention provisoire observe avec inquiétude que la confidentialité est rarement respectée dans les salles d'audiences ou dans la salle prévue à cet effet en centre pénitentiaire⁴⁵⁷.

⁴⁵² CEDH, 5 oct. 2006, req. n°45106/04, Marcello Viola c/ Italie, §67.

⁴⁵³ C. pr. pén. Art. 199.

⁴⁵⁴ Cass. crim., 16 oct. 2018, n° 18-84.430.

⁴⁵⁵ C. pr. pén. Art. 706-71, alinéa 5.

⁴⁵⁶ Une exigence imposée par le Juge de Strasbourg. Voy. CEDH 2 nov. 2010, req. n°21272/03, Sakhnovski c/ Russie.

⁴⁵⁷ Rapport de la Commission de Suivi de la Détention Provisoire, 2017-2018, p. 50.

De plus, si l'avocat fait le choix d'assister son client en maison d'arrêt et qu'il en informe le JLD en temps utile, alors le dossier de la procédure actualisée doit être mis à sa disposition dans les locaux⁴⁵⁸. La Cour de cassation était saisie de la question de savoir si l'ordonnance de prolongation encourait la nullité, dès lors que l'Avocat n'avait pu accéder au dossier de la procédure en maison d'arrêt, et qu'il en avait fait part au débat⁴⁵⁹. Le JLD avait relevé que l'avocat aurait dû expressément faire la demande d'accès au dossier, or sa mise à disposition est une obligation faite au magistrat. Toutefois, la Cour de cassation a relevé qu'en l'absence du dossier à la maison d'arrêt, le Conseil du détenu n'avait pu prendre connaissance de l'ordonnance de saisine du JLD, des réquisitions écrites du Parquet et de deux interrogatoires clefs dans la procédure. La haute juridiction reconnaît alors que l'avocat n'étant pas en mesure de pouvoir répondre aux allégations du parquet. Par conséquent, les magistrats de cassation concluent à une violation des droits de la défense. Une telle position en faveur des droits de la défense s'assimile un revirement de jurisprudence au regard de la position antérieure de la Cour de cassation sur la mise à disposition de l'ordonnance de saisie du Juge d'instruction au dossier. Notons toutefois, que cette décision, bien que publiée au bulletin de la Cour, est rendu dans une procédure spécifique d'utilisation de la visio-conférence et de la mise à disposition du dossier en maison d'arrêt. A fortiori, le mis en examen était mineur. Pour l'ensemble de ces raisons, bien qu'il faille accueillir favorablement une telle position, il est difficile de pouvoir la généraliser à l'ensemble du contentieux.

Par ailleurs, et de manière fort étonnante, il a été jugé que l'absence de l'avocat au débat alors qu'il s'était présenté en temps et en heure à la convocation n'est pas une cause de nullité⁴⁶⁰. En effet, le débat était prévu à 10 heures à la maison d'arrêt et le conseil du détenu s'y trouvait. Or, rencontrant un problème technique, le débat fut reporté mais l'avocat ne fut pas prévenu de l'horaire exact du report. Le détenu fut entendu à 14 heures et sa détention prolongée. La chambre criminelle considérant que la procédure de convocation était régulière, n'a pas estimé que la prolongation était entachée d'une irrégularité⁴⁶¹. Il est intéressant de constater que la Cour de cassation se rattache une fois encore à la validité de la convocation pour considérer que la procédure était régulière.

181. Le droit d'opposition – La loi du 14 mars 2011 offre au mis en examen la possibilité de refuser l'utilisation de la visioconférence à l'occasion du débat contradictoire de

⁴⁵⁸ C. pr. pén. Art. 706-71, alinéa 5.

⁴⁵⁹ Cass. crim., 16 oct. 2019, n°19-84.773, F-P+B+I.

⁴⁶⁰ Cass. crim., 12 janv. 2016, n°15-86.386.

⁴⁶¹ A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gaz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017, p. 163, §255.

placement ou prolongation de la détention. Ce droit d'opposition est une garantie nécessaire au sens de la Cour. EDH des droits de l'homme en application des articles 5 et 6 de la Convention. Dès lors, l'effectivité de ce droit doit être particulièrement scruté.

Bien que reconnu par l'article 706-71 du CPP, il n'en est pour autant pas un droit absolu. En effet, le texte prévoit la possibilité d'un refus de la demande de comparution physique en ce que le « *transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion* »⁴⁶². Le législateur restreint ce droit en raison d'un critère factuel dont le contrôle par la Cour de cassation sera restreint. A titre d'exemple, la Haute juridiction a fait droit au refus de la visioconférence en raison d'une part des troubles d'audition du détenu, et d'autre part, de l'absence de risque grave de trouble à l'ordre public ou d'évasion⁴⁶³. Un arrêt en date du 28 janvier 2014⁴⁶⁴ est significatif de ce contrôle restreint. Dans cet arrêt la chambre criminelle s'est contenté de vérifier que la décision des juges du fond contenait une motivation en ce sens et donc satisfaisait les exigences légales⁴⁶⁵.

De plus, la loi du 23 mars 2019⁴⁶⁶ est venu encadrer ce droit d'opposition en créant un article 706-71-1 qui dispose que l'accord du détenu à l'usage de la visioconférence doit être connu dans les cinq jours à compter de la convocation au débat. A l'inverse, le mis en examen doit immédiatement exprimer son refus d'utiliser la mesure à compter de la notification de la date d'audience. Surtout, une fois avoir exprimé sa volonté d'accepter l'usage de la visioconférence, le détenu ne peut revenir sur sa position.

182. L'impossible retour en arrière – La jurisprudence reconnaissait déjà cette impossibilité faite au mis en cause de revenir sur son acceptation de l'usage de la visioconférence au débat⁴⁶⁷. La Haute juridiction, statuant sur affaire antérieure à la loi du 23 mars 2019, soulignait qu'il se déduisait de l'article 706-71, qui trouve sa justification dans la « *bonne administration de la justice* », que le mis en examen ne pouvait revenir sur son acceptation. En ce sens, les juges du Quai de l'Horloge considérait que le refus doit être exprimé au moment où la personne est informé de la modalité du débat⁴⁶⁸. L'interprétation de la Cour de cassation était déjà conforme aux textes et laisser entrevoir l'intérêt supérieur en présence : l'organisation pratique du débat. La doctrine

⁴⁶² C. pr. pén. Art. 706-71, al. 4.

⁴⁶³ Cass crim., 11 oct. 2011, n°11-85.602, JCP 2011, 1320.

⁴⁶⁴ Cass. crim., 28 janv. 2014, n°11-85.602, Bull. crim. n°187, JCP 2011, 1320.

⁴⁶⁵ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 3, Section 6, p.96, §.199.

⁴⁶⁶ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

⁴⁶⁷ Cass. crim., 29 nov. 2017, n°17-85.300, F-P+B.

⁴⁶⁸ D. GOETZ, « Rappel utiles en matière de prolongation de détention provisoire », Dalloz Actualité, 27 nov. 2017, V. auss. Cass. crim., 19 avr. 2017, n°17-80.571, F-P+B.

rappelait à cette occasion en ce sens que : « *nul doute que des considérations pratiques imposent que le mis en examen ne puisse successivement changer d'avis – et ce a fortiori au jour de l'audience –, sauf à faire peser une trop lourde incertitude sur l'organisation des débats* »⁴⁶⁹.

L'intervention du législateur permet d'ancrer les modalités du droit à la renonciation. Il aurait été préférable de prévoir que ce droit d'opposition puisse être utilisé jusqu'à ce que, en amont du débat, le mis en cause se soit entretenu avec son conseil pour ainsi prendre une décision éclairée et opportune. Ce droit d'opposition reconnu, puis restreint, peut dorénavant être outrepassé en période d'état d'urgence sanitaire lié au COVID-19. Une telle situation permet le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant toute juridiction pénale sans que l'accord des parties ne soit recueilli. Plus encore, l'emploi de technologie de communication tel que le téléphone est utilisable dans ce contexte particulier⁴⁷⁰. Il n'est pas certain que l'utilisation de téléphone pour renouveler la détention provisoire soit une garantie suffisante des droits de la défense. Il est donc opportun de revenir sur cette période transitoire qui a bouleversé le contentieux de la détention provisoire au détriment du droit.

⁴⁶⁹ H. DIAZ, « Prolongation de la détention provisoire : recours à la visioconférence et santé du détenu », Dalloz actualité, 21 déc. 2017.

⁴⁷⁰ C. INGRAIN, R. LORRAIN, « État d'urgence sanitaire : quelques difficultés pratiques consécutives à l'ordonnance n°2020-3030 », Dalloz Actualité, 27 mars 2020.

Chapitre III. La détention provisoire à l'épreuve du coronavirus, symbole de l'échec de l'effectivité des droits

183. Crise sanitaire et grands principes – La crise sanitaire que traverse la France depuis le 17 mars 2020 – jours du confinement de la population –, a un véritable impact sur la procédure pénale, et bouleverse la procédure de la détention provisoire. Le Président de la République décrétant l'état d'urgence sanitaire le 23 mars en raison du virus COVID-19, le gouvernement s'empressait de prendre une ordonnance en matière pénale pour adapter la procédure aux gestes nécessaires face à l'épidémie. L'ordonnance du 25 mars 2020⁴⁷¹ introduit un certain nombre de dispositions relatives à la prolongation de la détention provisoire de plein droit, sans débat contradictoire. L'interprétation faite par la circulaire du 26 mars 2020, et par les magistrats, fut quant à elle fortement attentatoire aux droits processuels, les réduisant considérablement. Le gouvernement, plongée dans une crise sanitaire sans précédent, a souhaité adapter sa procédure pénale, aux détriments des droits processuels sous couvert de sécurité. L'étude du régime du renouvellement de la détention provisoire lors de cette période transitoire est révélatrice de l'esprit de ce contentieux. La France habituellement « malade de la détention provisoire »⁴⁷², a fait le choix de confiner sa population et les droits de la défense.

Me Sureau révélait déjà, à l'occasion de l'état d'urgence décrété en raison des attentats du 13 novembre 2015, qu'il est inquiétant de voir à quel point le gouvernement réduisait considérablement les garanties individuelles dans des contextes de crises. Plaidant devant le Conseil constitutionnel à ce sujet, il trouvait des mots justes qui s'appliquent à la crise sanitaire de 2020 : *« les temps sont difficiles bien sûr, mais ceux de nos grands ancêtres ne l'étaient pas moins. L'idée informulée des gouvernements et des législateurs contemporains, c'est que les principes ne valent que par temps calme. C'est à l'évidence le contraire qui est vrai »*⁴⁷³.

184. Annonce – Ce droit transitoire de la détention est attentatoire aux droits processuels, et cette atteinte s'explique par une confusion dans l'interprétation de l'ordonnance du 25 mars 2020 (section 1), que la Cour de cassation tente de réparer (Section 2).

⁴⁷¹ Ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale.

⁴⁷² S. CORNIER, « la France malade de la détention provisoire », Dalloz Actualité, 10 avril 2020.

⁴⁷³ A. SUREAU, *Pour la liberté – répondre au terrorisme sans perdre raison*, édition Gallimard, 2019, p.22

Section 1. La confusion entre durée maximum de détention et renouvellement du titre de plein droit, une confusion en violation des droits

185. Annonce – La désormais célèbre ordonnance du 25 mars 2020 prévoit une adaptation de la procédure relative à la détention provisoire en adéquation avec les exigences sanitaires liés à l'épidémie (§.1). Or, les interprétations du champ d'application de l'ordonnance par la circulaire du 26 mars 2020 (§.2) et par son application par JLD (§.3) sont contraire à sa lettre.

§1. Le contenu de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale

186. L'ordonnance – La loi du 23 mars 2020⁴⁷⁴ a institué l'état d'urgence pour faire face à l'épidémie du Covid-19, et a permis au gouvernement de procéder par voie d'ordonnance pour adapter l'ensemble de la justice à la réalité sanitaire du pays. Ce n'est pas moins de 25 ordonnances qui ont alors vu le jour le 25 mars 2020. L'une d'entre elles, porte sur l'adaptation des règles de la procédure pénale⁴⁷⁵.

Tandis que la France était placée en confinement, l'état sanitaire des prisons inquiétées à double titre : les centres pénitentiaires sont des lieux clos où le virus peut rapidement se propager et accuse d'une surpopulation. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté révélait que les conditions de détention n'était pas compatible avec la détention⁴⁷⁶. Par l'ordonnance du 25 mars 2020, le gouvernement a essayé de répondre, dans l'urgence, à cette alerte. Le texte prévoit une liberté en masse des contaminés ayant une peine inférieure à cinq ans en octroyant des remises de peines supplémentaire⁴⁷⁷ ainsi que des sorties lorsque le reliquat de peine était de deux mois⁴⁷⁸. Ainsi, l'ordonnance apporte comme solution une sortie avancées de plein droit.

187. Les dispositions sur la détention provisoire – S'agissant des présumés innocent, la réponse du gouvernement était tout autre. La notion de plein droit est reprise mais cette fois en faveur de l'augmentation des délais maximums de détention provisoire. « Dans un élan quelque

⁴⁷⁴ Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁴⁷⁵ Ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale.

⁴⁷⁶ S. CORNIER, « la France malade de la détention provisoire », Dalloz Actualité, 10 avril 2020.

⁴⁷⁷ Ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020, Art. 27.

⁴⁷⁸ Ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020, Art. 29.

peu schizophrène »⁴⁷⁹, l'ordonnance prévoyait de plein droit des sorties pour des condamnés et des allongements de détention provisoire pour des présumés innocents. Une telle distorsion au sein de l'ordonnance illustre l'idée que le gouvernement se fait de la détention provisoire.

Cette mesure est évoquée à l'article 16 de l'ordonnance qui prévoit une augmentation de plein droit des délais maximums de détention en matière correctionnelle de deux mois lorsque la peine encourue est d'une durée inférieure ou égale à cinq ans ; trois mois lorsque la peine est de 7 ou 10 ans ; et de six mois lorsque le dossier est en audience en Cour d'appel. En matière criminelle, les délais maximums de détention sont prolongés de plein droit de six mois. Une telle augmentation permet de pallier les éventuelles expirations des titres de détention qui ne pourraient plus être renouvelés, le délai butoir étant atteint. Ainsi, sans qu'un juge ait à statuer, le mis en cause demeure détenu. De plus, l'article 16 permet de prévenir les éventuels retards des juridictions en cette période d'épidémie.

188. La conciliation de la liberté et de la sécurité – Les dispositions de l'ordonnance, bien qu'allongeant les délais de détention et prévoyant un recours massif à la visioconférence, peuvent amplement se justifier au regard de la situation gravissime dans laquelle est plongée la France. Elle est, certes, une limitation des droits de la défense et des principes gouvernant le contentieux de la détention, mais son application est limitée au seul délai légal maximum. Du moins, c'est ce qui en est déduit d'une lecture littérale de l'article 16 de l'ordonnance.

§2. L'interprétation par la circulaire de l'article 16 de l'ordonnance

189. La contradiction de la circulaire – Le ministre de la justice a joint à l'ordonnance du 25 mars 2020, une circulaire en date du 26 mars 2020⁴⁸⁰ qui contient une interprétation équivoque de l'article 16. Cette circulaire traite de la détention provisoire en revenant sur l'augmentation de plein droit de la durée de la détention⁴⁸¹ en élargissant considérablement le champ d'application de l'article 16. Une telle interprétation se fait inévitablement au détriment des droits de la défense en ce qu'elle permet de renouveler de plein droit les détentions provisoires sans débat contradictoire. L'ensemble des garanties au stade du contentieux de la détention provisoire sont alors comme confinées par la circulaire.

⁴⁷⁹ S. CORNIER, « la France malade de la détention provisoire », Dalloz Actualité, 10 avril 2020.

⁴⁸⁰ Circulaire CRIM-2020-12 du 26 mars 2020 présentant les dispositions de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020.

⁴⁸¹ *Ibid.* 1.4.1 Augmentation de plein droit des durées de détention au cours de l'ordonnance de l'instruction et en matière d'audience.

La circulaire revient tout d'abord sur la notion de plein droit puisqu'il est précisé que cette notion signifie « *sans qu'il soit nécessaire de prendre une décision de prolongation* »⁴⁸². La notion de plein droit est valablement appliquée en ce qu'elle emporte « *la suppression de l'exigence judiciaire exécutoire* »⁴⁸³. Or la difficulté vient de fait que la circulaire prévoit une application de l'article 16 aux prolongations de la détention et non aux délais maximums. En effet la circulaire prévoit curieusement que : « *par exemple, pour une instruction en cours en matière correctionnelle dans laquelle le mis en examen a été placé en détention il y a trois mois ou dont la dernière prolongation date de trois mois, et dont la détention expire ou doit être prolongée dans un mois, cette détention ne devra être prolongée que dans trois mois* ». Par conséquent, la circulaire supprime tout débat contradictoire de prolongation de détention provisoire en considérant que la mesure est prolongée.

190. Une confusion entre délai butoir et durée du titre de détention – La circulaire, pourtant écrite par les mêmes auteurs que l'ordonnance, opère une confusion entre prorogation du délai maximum de détention et augmentation de la durée du titre de détention. En effet, en application des articles 145-1 et 145-2, le JLD ne peut placer en détention un individu initialement que pour quatre mois en matière délictuelle et douze mois en matière criminelle. A l'occasion du renouvellement de la détention, le premier titre de détention arrivant à expiration, le JLD en émet un nouveau titre. A titre d'exemple, pour qu'une détention provisoire en matière délictuelle dure huit mois, le JLD doit ainsi émettre deux titres de détention. Le renouvellement est toutefois limitée par un délai légal maximum, appelé « *délai butoir* »⁴⁸⁴. Or, c'est justement ce délai butoir que l'ordonnance entend prolongée de plein droit et non la durée des titres de détention. Ainsi, par une interprétation littérale de l'article 16, il ne peut être conclu que le titre de détention est renouvelé de plein droit. Par conséquent, le débat contradictoire doit être maintenu. De surcroit, l'ordonnance elle-même, en son article 19, prévoit la possibilité élargie d'un débat contradictoire en visioconférence ou en chambre du Conseil à l'article 7. Comme le souligne la doctrine : « *la logique de l'article 16 ne semblait pas être celle d'une limitation des débats contradictoires* »⁴⁸⁵. L'ordonnance n'a pas employé un terme sujet à interprétation en évoquant « *le délai maximum* » qui fait directement référence à la durée légale au-delà de laquelle, en temps normal, la détention n'est plus possible.

191. Une interprétation en violation des droits – « *L'urgence l'emporte sur le droit, ou plutôt sur les Droits* »⁴⁸⁶ souligne le professeur J-B Perrier. Force est de constater qu'une telle

⁴⁸² *Ibid.* p. 8.

⁴⁸³ C. ATIAS, « de plein droit », D. 2013. 2183.

⁴⁸⁴ S. GUINCHARD, J. BUISSON, procédure pénale, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019, p.1086, §.2036.

⁴⁸⁵ J-B PERRIER, « La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit », Dalloz Actualité, 9 avril 2020.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

interprétation par la circulaire viole de manière manifeste les droits de la défense ainsi que le droit à un procès équitable. En application de la circulaire, le mis en cause ne bénéficie plus de débat contradictoire, et de facto de l'assistance d'un avocat. Plus grave encore, le JLD ne statue même plus sur la question de la prolongation, puisqu'elle est renouvelée par une ordonnance qui rappelle « les lettres de cachet »⁴⁸⁷. Les JLD vont même plus loin, en considérant que l'ordonnance constatant le renouvellement de plein droit est insusceptible d'appel. C'est un pan entier des droits et libertés fondamentaux qui sont balayés par la circulaire. L'effectivité des droits processuels disparaît au profit de la sécurité sanitaire garantie par une circulaire. Cette épisode sombre de la procédure pénale interroge la portée que nous conférons aux principes cardinaux qui doivent pourtant toujours s'appliquaient. Le Conseil de l'Europe l'a d'ailleurs justement rappelé par le bien d'un Communiqué⁴⁸⁸, la Convention garante des droits fondamentaux continue de s'imposer aux Etats signataire⁴⁸⁹. Dès lors, le droit au procès équitable, les droits de la défense, et le droit à un recours effectif doivent être, en tout temps, maintenus. Cependant ces temps « *sont toujours difficiles pour ceux qui n'aiment pas la liberté* »⁴⁹⁰.

§3. L'application hétérogène des textes par les JLD et les chambres de l'instruction à l'échelle nationale

192. Les interprétations des JLD – Il n'en fallait pas autant pour que les JLD se saisissent largement de cette ligne d'interprétation de l'ordonnance du 25 mars 2020. En effet, cette appréciation de l'article 16 substitue au régime commun de la détention provisoire, un régime qui s'accorde aux raisons des magistrats de garder le mis en cause en détention. Rare sont les Chambres de l'instruction qui ont eu une interprétation littérale de l'ordonnance. Il faudra relever que les magistrats de Caen ont pris le total contrepied de la circulaire, refusant la prolongation de la détention de plein droit. Certains magistrats ont ainsi reconnu que les dispositions de l'ordonnance avaient vocation à tenir compte des inévitables ralentissements des juridictions. De plus, ils soulignent dans leurs décisions que le gouvernement n'a pas entendu prolonger la détention de plein droit mais seulement augmenter la durée totale de la mesure.

193. Une interprétation respectueuse de la lettre de l'ordonnance – Le tribunal correctionnel d'Épinal a suivi cette voie et entend dénoncer les diverses pressions du Ministère sur

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Communiqué SG CoE, 8 avr. 2020.

⁴⁸⁹ O. BAILLET, « Coronavirus et état d'urgence sanitaire : la Convention européenne continue de s'appliquer », *Dalloz Actualité*, 17 avril 2020.

⁴⁹⁰ A. SUREAU, *Pour la liberté – répondre au terrorisme sans perdre raison*, édition Gallimard, 2019, p.23.

la chancellerie⁴⁹¹. En effet, l'audience de jugement d'un mis en cause était prévu au 31 mars 2020. En raison du contexte sanitaire, l'audience fut renvoyée et quelques jours plus tard, son avocat déposa une demande de mise en liberté alors que sa détention avait été renouvelée de plein droit. Les magistrats du Tribunal correctionnel acquiesce la demande et ordonnèrent la remise en liberté du détenu en ce qu'il était détenu sans titre et donc arbitrairement. Ce jugement est d'autant plus satisfaisant qu'il souligne que : « *la circulaire étant inférieure en norme à l'ordonnance, elle ne peut ajouter au texte de l'article 16 qui n'exclut à aucun moment la tenue d'un débat contradictoire* »⁴⁹². Ce jugement fut confirmé par la Cour d'appel de Nancy⁴⁹³

194. Une interprétation respectueuse de la lettre de la circulaire – Majoritairement, les JLD et Chambre de l'instruction ont appliqué la circulaire du 26 mars 2020, renouvelant de plein droit les détentions sans débat. Certains magistrats, tel que le JLD près le tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence, ont considéré que la détention était renouvelée de plein droit, et de surcroît, que l'ordonnance était insusceptible d'appel. Par conséquent, il émerge une différence d'interprétation selon les juridictions nationales. Une telle disparité dans la réponse pénale est vectrice d'ineffectivité et plus encore d'efficacité du système. Kelsen rappelle que « *l'ordre juridique est valide lorsqu'il est globalement efficace* »⁴⁹⁴. Or, l'incapacité de la juridiction française prise à l'échelle nationale rendre une décision unique sur une question aussi importante que la détention provisoire est une preuve d'inefficacité. Il ne reste plus qu'à la Cour de cassation de jouer son rôle unificateur de la jurisprudence.

Section 2. L'espoir de la défense dans la saisine des Hautes juridictions

195. Annonce – Face à l'urgence de la situation et la gravité des décisions des JLD, la défense n'a eu d'autre choix que de porter le débat du renouvellement de la détention de plein droit devant le Conseil d'État (§1) et la Cour de cassation (§2).

⁴⁹¹ J. MUCHELLI, « Prolongation automatique de détention provisoire : la circulaire est contraire à une lecture littérale de l'ordonnance, dit un tribunal », Dalloz Actualité, 22 avril 2020.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ Cour d'appel de Nancy, 13 mai 2020, n°20/308, V. aussi, S. FUCINI, « Prolongation de plein droit de la détention provisoire : applicabilité à la seule issue du délai maximum ? », Dalloz Actualité, 22 mai 2020.

⁴⁹⁴ D. ALLAND, S. RIALS, « *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.1380-1381.

§1. La voie empirique du référé-suspension et référé-liberté pour contester le renouvellement attentatoire

196. Le fondement des requêtes – Le contentieux de la détention provisoire n'est pas étrangère à la notion de référé-liberté. Toutefois, le recours en question n'est pas celui prévu à l'article 187-1 et suivant du CPP. En effet, de manière novatrice la défense a fait le choix de contester le renouvellement de la détention provisoire par le biais d'un référé-liberté et d'un référé-suspension en application de l'article L.521-2 du Code de Justice Administration. L'objectif était de demander au Conseil d'État de suspendre l'application de la circulaire en ce qu'elle fait une application erronée de l'article 16 de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020. Les requêtes étaient formulées par l'Union des Jeunes Avocats de Paris, l'Association des Avocats Pénalistes, le Conseil National du Barreau ou encore le Syndicat des Avocats de France. Les moyens étaient tirés de la violation des articles 5 et 6 de la Conv. EDH. Plus précisément, les recours se fondaient sur l'atteinte aux libertés fondamentales tel que la possibilité d'assurer de manière effective sa défense, le droit d'assister à son procès, et le respect de la présomption d'innocence.

L'ensemble de ces recours ont donné lieu à plusieurs arrêts sur les référés-liberté⁴⁹⁵ et le référé-suspension⁴⁹⁶ en date du 3 et 10 avril 2020.

197. La rencontre manquée avec le droit – Le Conseil d'État, jugeant en la forme des référés a considéré que la circulaire et l'ordonnance ne portaient nullement atteinte de manière grave et manifestement illicite à une liberté fondamentale⁴⁹⁷. En effet, le Conseil d'Etat a considéré que l'ensemble des requêtes étaient irrecevables en ce qu'elles ne remplissaient pas les conditions étroites du référé-liberté, et ainsi écarter le fond du débat de son office. Par ailleurs, un arrêt du 10 avril 2020 sur le référé-suspension – qui n'est pas publié sur le site du Conseil d'Etat – apporta une réponse plus détaillée en considérant que la prolongation de plein droit s'appliquait à l'ensemble des mandats de dépôts.

Cependant, les réponses du Conseil d'Etat sont toutes insuffisantes. D'autant plus, comme le souligne la doctrine⁴⁹⁸, le Sénat avait lui-même rappelait, dans ce contexte sanitaire que « les

⁴⁹⁵ CE, ord. 3 avr. 2020, req. n°s 439894, 439877, 439887, 439890 et 439898.

⁴⁹⁶ CE, ord. 10 avr. 2020, req. n°439883, 439892.

⁴⁹⁷ J. MUCHELLI, « Les avocats, les référés-liberté et le Conseil d'Etat », Dalloz Actualité, 17 avril 2020.

⁴⁹⁸ J-B PERRIER, « La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit », Dalloz Actualité, 9 avril 2020.

adaptations décidées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ne sauraient être opérées au détriment des droits fondamentaux des justiciables »⁴⁹⁹.

§2. La solution « paradoxale » de la Cour de cassation, une prolongation conforme et in conventionnelle

198. La différente typologique des pourvois – Parallèlement aux recours devant la Haute juridiction administrative, les avocats des détenus ont formé des pourvois en cassation contre les ordonnances et arrêts des chambres de l'instruction renouvelant de plein droit la détention de leurs clients. Différents pourvois ont été admis par la Cour de cassation, qui statuera lors d'une audience thématique le 19 mai 2020. Différents types de pourvois ont été déposés devant la Chambre criminelle selon la motivation des décisions. Un premier type de pourvoi entend déclarer irrégulier l'arrêt de la Chambre de l'instruction qui a statué au fond, et a considéré que la détention provisoire été prolongé de plein droit par l'article 16 de l'ordonnance, bien qu'un débat contradictoire ait eu lieu. Un second pourvoi vise à contester la décision de la Chambre de l'instruction qui a relevé n'y avoir lieu à débat contradictoire et que la détention est renouvelée. Enfin, un troisième pourvoi pose la question de savoir si l'ordonnance de prolongation était conforme alors qu'elle est considérée par les magistrats comme insusceptible d'appel. Ici, la Chambre de l'instruction n'a pas accueilli l'appel de l'ordonnance de prolongation en déclarant l'appel irrecevable.

199. Le « paradoxe » de l'article 16 – La Cour de cassation rendait le 26 mai 2020 deux arrêts sur le renouvellement de la détention provisoire qui laissent son lecteur profondément perplexe⁵⁰⁰. Aux termes d'une motivation dite enrichie, la Cour de cassation confirme l'interprétation de la circulaire dans une argumentation vacillante reconnaissant la juste application de l'article 16 tout en constatant l'inconventionnalité de la procédure et renvoyant deux QPC au Conseil constitutionnel.

Les juges de cassation ont raisonné en quatre étapes. Tout d'abord, ils relèvent fort étonnamment que les termes de « *délai maximum de détention provisoire* » sont équivoques et ne permettent pas d'en déduire l'application de l'article 16. De plus, ils soulignent que les autres articles de l'ordonnance n'apportent pas plus de précisions sur ces termes. Toutefois, ils constatent que la notion de « prolongation de plein droit » est claire et évoque l'allongement des délais de détention sans

⁴⁹⁹ 10 premiers jours d'état d'urgence sanitaire : premiers constats, Mission de suivi du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, 2 avr. 2020, p. 12.

⁵⁰⁰ Cass. crim., 26 mai 2020, n°20-81.910, n°20-81.971.

l'intervention d'un juge. Enfin, ils relèvent qu'il est « *paradoxal que l'article 16 ait prévu que l'allongement de la durée totale de la détention s'effectue sans intervention judiciaire tandis que l'allongement d'un titre de détention intermédiaire serait subordonné à une décision judiciaire prise en application de l'article 19 de l'ordonnance* »⁵⁰¹. Ainsi, les conseillers de la Chambre criminelle ont souligné que l'article 16 de l'ordonnance devait être interprété comme permettant la prolongation, sans débat contradictoire, ni même décision d'un juge, du titre de détention.

Cette motivation est véritablement décevante. Il est difficilement concevable, sauf à être d'une particulière mauvaise foi, d'énoncer que la notion de délai maximum de détention ne fait pas expressément référence aux délais légaux des articles 145-1 et 145-2 du CPP. De surcroît, la Cour de cassation évoque un paradoxe entre l'article 16 et l'article 19 alors que justement ce dernier permettait de comprendre que le débat devait se tenir, en visioconférence. La notion de paradoxe se définit comme « l'opinion contraire aux vues communément admises ». Force est de constater que la Cour de cassation a vu un paradoxe où elle souhaitait en voir un, et évitant ainsi des remises en liberté massive. Elle a fait le choix d'une interprétation contraire à celle communément partagée, certainement motivée par le récent article 16-1 créé par la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire⁵⁰². Peut-on y voir une influence de l'exécutif sur la décision de la Cour qui ne ferait qu'appliquer une solution politique à un problème de droit.

200. L'inconventionnalité n'affecte pas le titre de détention – Bien qu'ayant reconnu la juste application de l'article 16 de l'ordonnance par les chambres de l'instruction, la Cour de cassation a, tout de même, cassé les arrêts, et renvoyé la juridiction d'appel à une motivation supplémentaire du renouvellement de la détention. En effet, les juges du Quai de l'horloge ont considéré que l'article 16 de l'ordonnance n'était pas conforme à l'article 5 de la Conv.EDH. Pour que la procédure soit conforme aux exigences du Juge de Strasbourg, il faut que le juge, qui aurait dû être compétent, prenne une décision motivée sur le maintien de la personne en détention dans un bref délai pour justifier le bien-fondé de sa privation de liberté, comme s'il avait statué sur la détention. Ainsi, la Cour de cassation reconnaît pleinement la violation de l'article 5 de Convention sans pour autant considérer que le titre de détention en était affecté, et que l'individu aurait dû être remis en liberté. Si un paradoxe demeure, il trouve son origine dans une telle motivation qui admet, in fine, que le juge aurait dû statuer sur la prolongation pour que la détention soit licite. Reconnaître

⁵⁰¹ Note explicative relative aux n° 971, 973, 974 et 977 du 26 mai 2020 (ch. crim), site de la Cour de cassation, p.3.

⁵⁰² LOI n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

le renouvellement de la détention sans l'intervention du juge tout en renvoyant celui-ci à motiver la détention relève d'une contradiction évidente.

A la lecture attentive de la note explicative jointe à la décision, il est prévu les différents cas où la décision aurait été régularisée au regard de l'article 5 de la Conv. EDH. Dès lors que les magistrats de la Chambre de l'instruction avaient été saisis d'un appel de la décision renouvelant de plein droit la détention, et que l'affaire avait été audiencée, alors le renouvellement est purgée de son irrégularité en ce que la détention a été suffisamment motivée. Il faut alors comprendre que tout avocat soucieux d'une telle pratique ayant fait appel de la détention, a, sans le vouloir, régularisé le titre de détention de son client. En effet, le conseil ayant fait appel de l'ordonnance de renouvellement, ou ayant déposée une demande de mise en liberté, a alors saisi la chambre de l'instruction qui, par sa décision sur le fond, a purgé la procédure. A contrario, si aucune voie de recours n'était exercée, alors la décision ne serait pas conforme à la Conv. EDH qui impose que le juge statue après le renouvellement de plein droit, dans un bref délai.

201. La transmission de la QPC, lot de consolation – Par ailleurs, il était joint au pourvoi deux questions prioritaires de constitutionnalité dont le juge a apprécié le caractère sérieux en les renvoyant au Conseil Constitutionnel. Il apparaît judicieux de s'interroger sur la constitutionnalité de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 permettant au gouvernement d'aménager l'intervention du juge. En effet, cette loi ne semble pas avoir suffisamment précisé l'étendue de l'intervention du juge dans la prolongation de la détention provisoire au regard de l'article 66 de la Constitution : affaire à suivre.

Une caricature accompagnait l'article de presse du Journal Le Monde résume avec humour l'audience devant la Cour de cassation sur le sujet en question. On y voit un juge lançant un dès et s'exclamant : « *Vous retournez à la case prison jusqu'à nouvel ordre, à une case près vous titre une carte chance* »⁵⁰³.

202. Conclusion Titre I – La crise sanitaire dans laquelle est plongée la France révèle les symptômes d'un pays ne pouvant, pour l'instant, se retreindre à employer la détention provisoire. La Cour de cassation apparaît au stade du renouvellement comme un organe défaillant dans la lutte contre l'ineffectivité des droits processuels. Il ne s'agit pas de remettre en question sa

⁵⁰³ J-B. JACQUIN, « La Cour de cassation examine la prolongation des détentions provisoires pendant le confinement », Le Monde, édition du 20 mai 2020.

capacité, mais peut-être plus encore sa volonté de garantir une pluralité de droit à une personne que les conseillers de cassation assimilent toujours à une personne incarcérée avec d'être présumée innocente. Cette vision du mis en cause se confirme dans l'appréciation de ses demandes de mise en liberté régulièrement rejetée tant elles sont laissées à la libre appréciation des magistrats.

Titre 2 – La demande de mise en liberté, moyen de rencontre avec les droits processuels provoquée

203. La demande de mise en liberté – La liberté est un droit reconnu dans le contentieux de la détention provisoire à l'article 137 du CPP. Le respect de la présomption d'innocence nécessite que la personne mis en examen demeure libre. La personne détenue perçoit la demande de mise en liberté comme un droit absolu⁵⁰⁴ soumis à aucune restriction. Toutefois, une fois la personne placée en détention provisoire, sa demande de mise en liberté n'est pas reconnue en tant que tel comme un droit. En effet, la demande prévue à l'article 148 du CPP se définit comme : « *une simple faculté pour le juge, laissée à sa souveraine appréciation et à sa conscience* »⁵⁰⁵.

204. Une compétence partagée – Cette faculté de remise en liberté est offerte d'une part, au JLD en application de l'article 137-1 du CPP, et d'autre part, au juge d'instruction⁵⁰⁶ en application de l'article 147 du même Code. Le JLD ne peut ordonner la mise en liberté que s'il est saisi par le juge d'instruction de cette demande expresse, ou s'il statue sur une éventuelle prolongation de la détention. Ainsi, le Juge d'instruction peut accepter une demande de mise en liberté alors que seul le JLD peut la refuser.

205. La place déterminante du Procureur de la République – Enfin, le ministère public peut lui aussi effectuer une demande de mise en liberté de détenu⁵⁰⁷ en prenant des réquisitions en ce sens. En réalité, le Parquet joue un rôle prépondérant dans cette procédure. Dans l'hypothèse où le Parquet est favorable à la demande, ou procéder lui-même à la demande, alors le Juge d'instruction peut d'office y faire droit. A contrario, si la remise en liberté est octroyée en désaccord avec l'avis du parquet, ce dernier peut faire appel de l'ordonnance, et dans les quatre heures qui suivent la décision relevé appel en la forme du référé-détention.

⁵⁰⁴ C. GUERY, P. CHAMBRON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2017, p.597, n°435-21.

⁵⁰⁵ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 5, Section 1, p.113, §.237.

⁵⁰⁶ Le Juge d'instruction a gardé le droit de remettre en liberté la personne malgré la loi du 15 juin 2000. Voy. N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020, p. 60.

⁵⁰⁷ C. pr. pén. Art. 147, al. 1.

206. Annonce – Le cadre juridique étant posé, il convient d'étudier la demande de mise en liberté comme un réel outil au service de l'effectivité des droits processuels. La possibilité qu'offre cette demande est celle d'obliger un magistrat à se questionner sur la validité de la détention provisoire, à tout moment de la procédure. Ainsi, le détenu provisoirement peut faire procéder à une analyse de sa situation à tout instant de la détention sans attendre les délais imposés des débats contradictoires de renouvellement. Partant, l'usage de la demande de mise en liberté permet de contester l'opportunité de la détention en raison d'éléments nouveaux tel que l'état de santé du prévenu (Chapitre 2) ou la longueur excessive de la détention au regard du délai raisonnable et de l'inertie de la procédure (Chapitre 3). Tout comme la procédure de la prolongation de la détention, la comparution personnelle est de droit à l'audience de la Chambre de l'instruction statuant sur demande de mise en liberté. Ce droit de comparution a une importance particulière en ce que la demande est initialement traité par le juge sans débat contradictoire. En ce sens, l'article 706-71 du CPP permettant l'emploi de la visioconférence a été l'objet de vif débat et de nombreuses décisions du Conseil constitutionnel, qui impose d'être traité préalablement (Chapitre 1).

Chapitre I – La demande de mise en liberté et le débat contradictoire : contentieux constitutionnel et effectivité des droits de la défense

Chapitre II – La demande de mise en liberté, existence d'éléments nouveaux

Chapitre III – La demande de mise en liberté, absence d'éléments nouveaux

Chapitre I – La demande de mise en liberté et le débat contradictoire : contentieux constitutionnel et effectivité des droits de la défense

207. Une saga constitutionnelle – L'article 706-71 a fait l'objet d'un vaste contentieux devant le Conseil Constitutionnel quant à son application à la demande de mise en liberté. Alors que l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle pour le contentieux de la détention provisoire est subordonnée à l'acceptation du détenu, le texte ne prévoit pas de droit d'opposition à la visioconférence pour la demande de mise en liberté. Cette absence de droit d'opposition, dans une procédure sans débat contradictoire devant le JLD (Section 1), a été jugé contraire aux droits de la défense (Section 2), et fait l'objet de multiples Questions Prioritaires de Constitutionnalité (ci-après QPC) dans l'optique de purger toute irrégularité (Section 3).

Section 1. Une demande à l'origine sans débat contradictoire jugé globalement juste et équitable

208. Les modalités de la demande du détenu– Le législateur n'a pas souhaité limiter le nombre de demandes possibles par le détenu⁵⁰⁸. En application de l'article 148, alinéa 1, cette demande est possible en tout temps par déclaration au greffe de la juridiction d'instruction ou au surveillant-chef⁵⁰⁹. La loi du 3 juin 2016 est venue tout de même apporter une limite aux nombres de demande, puisqu'aucune demande ne peut être déposée tant que le JLD n'a pas statué sur la précédente.

Une fois le Juge d'instruction saisi de la demande, il communique la procédure « *immédiatement au parquet* »⁵¹⁰ puis en cas de refus du juge d'instruction, il transmet la demande au JLD sous trois jours. Ce dernier a cinq jours pour répondre à la demande, sinon le détenu peut saisir directement la Chambre de l'instruction. Cette possibilité de saisine directe de la Chambre de l'instruction, ou d'appel de l'ordonnance de rejet de la demande semble assurer au justiciable de voir sa demande de mise en liberté soumise à un débat contradictoire.

⁵⁰⁸ Cass. crim., 24 sept. 1987, n°87-83.976, Bull. crim. n°312.

⁵⁰⁹ C. pr. pén. Art. 148-7.

⁵¹⁰ C. pr. pén. Art. 148, al. 2.

En effet, elle permet au détenu de comparaître devant des magistrats qui statuent sur sa demande. Cela a été évoqué, le droit de comparution personnelle doit être garantie dans le contentieux de la détention provisoire en ce qu'il est un corollaire du droit d'assister à son procès⁵¹¹. Dès lors, l'utilisation de la visioconférence et l'absence de droit d'opposition à cette modalité de comparution apparaissent comme des atteintes à l'effectivité du droit d'assister à son procès. En un sens, l'absence d'un droit d'opposition est créatrice d'ineffectivité.

209. L'absence de débat contradictoire – Ce droit prend tout son sens avec la demande de mise en liberté puisque cette demande n'est pas examinée par le JLD à l'issue d'un débat contradictoire. En effet, au regard des dispositions de l'article 148 du CPP, le juge d'instruction ne faisait pas droit à la demande du détenu provisoire doit saisir le JLD qui « *statue à la seule lueur de ladite demande* »⁵¹². En se fondant sur les réquisitions du Parquet, et l'avis motivé du juge d'instruction, le JLD statue sur la demande de mise en liberté. Par conséquent, le magistrat n'organise pas de débat contradictoire préalablement à sa prise de décision. Il est fait seulement obligation au greffe du juge d'instruction de communiquer aux parties et à son avocat le réquisitoire du Ministère public et l'ordonnance de saisine du JLD⁵¹³. Cette obligation trouve sa source dans une réserve d'interprétation émise par le Conseil Constitutionnel au sujet de l'article 148 du CPP⁵¹⁴. Le juge constitutionnel a relevé que le rejet de la demande de mise en liberté par le JLD sans la communication des documents susvisés est contraire à l'équilibre des droits et des parties.

Malgré cette réserve d'interprétation, il faut remarquer que l'absence de débat contradictoire cristallise encore les réflexions. Cette nécessité de débat contradictoire fait l'objet de nombreuses discussions qui ont émergé avec la promulgation de la loi du 5 mars 2007, « *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale* »⁵¹⁵.

210. La question de la violation du principe du contradictoire – En réponse aux nombreuses interrogations sur l'absence de débat contradictoire, une QPC avec était transmise par la Cour de cassation. Le Conseil Constitutionnel a alors considéré que l'absence de débat contradictoire dans le cadre d'une demande de mise en liberté respect les droits de la défense en ce que la procédure est appréciée dans sa globalité comme juste et équitable⁵¹⁶.

⁵¹¹ CEDH, Stanford c/ R-U, 23 févr. 1994, § 26

⁵¹² N. CATELAN, *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020, p. 64.

⁵¹³ C. GUERY, *Détention provisoire*, *Dalloz*, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 5, Section 1, p.115, §.242.

⁵¹⁴ Cons. Constit. 17 déc. 2010, n°2010-62 QPC, JO 19 déc., p. 22372 ; AJ pénal, 2011. 136, obs. PERRIER.

⁵¹⁵ La loi n° 2007-291 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale du 5 mars 2007.

⁵¹⁶ Cons. Constit. 17 déc. 2010, n°2010-62 QPC.

211. Une effectivité globale de la procédure – En premier lieu, la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur cette problématique en reprenant une approche globale de la procédure. Dès lors que le justiciable peut faire appel de la décision ou saisir la Chambre de l'instruction directement, alors il peut comparaitre à un débat contradictoire. Ainsi, ce droit au recours confère à la procédure une validité au regard de l'article 5-4 de la Conv. EDH⁵¹⁷. Finalement le droit au recours suffit à garantir l'effectivité de l'équilibre dans la procédure. Malgré que l'absence de débat contradictoire puisse être appréciée comme violant les droits de la défense, la possibilité offerte au détenu de saisir la Chambre de l'instruction ; qui statue après un débat contradictoire, permet de conclure à un équilibre de la procédure.

Cette notion d'équilibre ne signifie pas qu'il existe des modalités de la procédure attentatoire aux principes et droits processuels mais seulement qu'au regard des garanties et violations, la balance semblent équilibrée.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision rejoint justement cette analyse puisqu'il considère que la procédure n'est pas irréprochable en reconnaissant l'absence fautive de débat contradictoire. Toutefois, il relève que : « *le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif ainsi que le respect des droits de la défense qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits et parties* » est assuré par l'article 16 de la DDHC. En affirmant que l'article 148 du CPP était conforme à la constitution, les juges constitutionnels opèrent une approche globale de la procédure qui nécessite une effectivité du droit au recours. Sans cette effectivité, les droits de la défense et l'équilibre de la procédure sont remis en question. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel veille à ce que le droit au recours en matière de modalité de l'exécution de la détention soit toujours effectif⁵¹⁸. En somme, la chambre de l'instruction intervient dans trois cas : lorsque le JLD ne répond pas à la demande dans un délai de trois jours, dans le cadre de l'appel de la décision, et lorsque le détenu n'a pas comparu depuis quatre mois devant le juge d'instruction. Ces trois possibilités offertes à la personne détenue justifient l'absence de débat contradictoire au sens du Conseil constitutionnel.

Une telle approche illustre l'approche du Conseil Constitutionnel quant à la procédure pénale. Tout en reconnaissance une ineffectivité du principe du contradictoire, il admet que d'autres droits

⁵¹⁷ Cass. crim., 26 févr. 2003, n°02-88.131, Bull. crim., 55, D. 2003. IR 1008.

⁵¹⁸ Cons. Const. 8 févr. 2019, n°2018-763 QPC.

fassent contrepoids et opère ainsi un jugement de proportionnalité. Or, cette solution trouve une explication tout autre, plus matérialiste et réductrice, celle du cout qui existerait si chaque demande de détenu devait nécessiter l'organisation des débats contradictoires. Cette logique économique au détriment des droits processuels domine le débat relatif à la tenue de l'audience devant la Chambre de l'instruction sur la demande de mise en liberté.

Section 2. L'absence de comparution physique du détenu : entre droits de la défense et deniers publics

212. L'émergence de la visioconférence – L'audience devant la Chambre de l'instruction, prévu à l'article 199 du CPP, étant une garantie d'équilibre de la procédure en l'espèce, le moyen de télécommunication audiovisuel comme modalité de comparution à l'audience peut être un facteur de déséquilibre dans la procédure. En effet, l'article 706-71 du CPP permet l'utilisation de la visioconférence à l'audience de la Chambre de l'instruction statuant sur une demande de mise en liberté. Avant d'en apprécier l'opportunité, faut-il encore revenir sur sa genèse.

La loi du 15 novembre 2001 a originellement introduit l'utilisation de la visioconférence dans la procédure pénale. Elle a d'abord été prévue « *dans le cadre de procédures anti-terroristes d'interroger des personnes à distance, d'assurer la célérité, la sécurité et l'efficacité des procédures et de surmonter des obstacles procéduraux ou physiques liés au déplacement de ces personnes ou des autorités susceptibles de les entendre et constituerait le complément indispensable de l'échange d'informations entre services de lutte contre le terrorisme* »⁵¹⁹. Ce procédé était donc initialement prévu pour une procédure spécifique et limitée au auditions et interrogatoire. Toutefois, à la manière des techniques spéciales d'enquête, cette modalité de comparution s'est, au fil des réformes, élargi passant d'une application spéciale à toutes les étapes de la procédure pénale. La loi Perben II⁵²⁰ a ouvert au juge la possibilité d'utiliser la visioconférence pour le contentieux de la détention provisoire. Puis la loi du 5 mars 2007 a élargi définitivement le champ d'application de l'article 706-71 du CPP pour l'ensemble des contentieux de la détention provisoire. Ainsi, il semble que l'équilibre fragile soit bousculé et qu'il faille étudier les garanties de l'utilisation d'un tel procédé pour vérifier l'effectivité des droits processuels dans la procédure de demande de mise en liberté.

⁵¹⁹ Amendement n°12 du 6 octobre 2001.

⁵²⁰ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

213. Un moyen « au service des deniers publics »⁵²¹ – Comme vu précédemment, le mis en cause dispose d'un droit d'opposition à l'utilisation de la visioconférence en matière de placement et prolongation de la détention provisoire. Or, le législateur n'a pas souhaité conférer un tel droit à la simple demande de mise en liberté. Cependant, la validité de l'entière procédure de l'article 148 du CPP reposant sur la comparution physique de l'individu, il était donc prévisible que l'article 706-71 engendre de vives critiques.

Un rapport du Sénat en date du 2 juin 2010⁵²² faisait état de la volonté du législateur de réduire considérablement les nombres d'extractions coûteuses engendré par les comparutions physiques. En effet, les demandes de mises en liberté étant que peu limitée, il est évident que le nombre d'extraction soit grand. La visioconférence se présente alors comme un formidable outil de baisse des dépenses publiques. En application de cette logique économique, le législateur a refusé au détenu son droit d'opposition en matière de demande de mise en liberté. La loi programmation 2018-2022 avait voulu étendre cette solution en supprimant ce droit aux audiences de placement et prolongation. Le Conseil Constitutionnel, gardien des droit et libertés, avait censuré cette disposition⁵²³.

214. Une inconstitutionnalité répétée – La Cour de cassation se refusait à transmettre les QPC sur cette absence de droit d'opposition⁵²⁴, or la censure du Conseil constitutionnel a bouleversé l'ordre établi. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel saisi d'une QPC a rendu une première décision le 20 septembre 2019⁵²⁵. Les sages de la rue Montpensier devaient juger de la constitutionnalité de la version antérieure à la loi du 23 mars 2019 de l'article l'alinéa 3 de 706-71 du CPP. Bien que le raisonnement de juge constitutionnel commence par relever que la visioconférence permet de réduire le cout des extractions répétés en la matière, il ne conclut pas à une conformité de l'article à la Constitution.

215. Le délai d'un an jugé excessif – Le conseil constitutionnel a en effet relevé que la personne détenue provisoire en matière criminelle pouvait, en application de l'article 706-71 du CPP, ne comparaitre physiquement devant un magistrat qu'au bout d'un an, à compter de son placement en détention⁵²⁶. En effet, les demandes de mise en liberté sur cette période d'un an sont

⁵²¹ J-B. PERRIER, « Le Conseil constitutionnel et les difficultés et couts évités par la visioconférence », AJ pénal 2019, p. 600.

⁵²² Rapport n°517 de J-P. COURTOIS, 2 juin 2010.

⁵²³ Décision n°2019-778 DC du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.

⁵²⁴ Cass. crim., 16 oct. 2018, n° 18-84.430.

⁵²⁵ Décision n°2019-802 QPC du 20 sept. 2019.

⁵²⁶ C. pr. pén. Art. 145-1.

certes possibles mais l'utilisation de la visioconférence empêche toute comparution physique sur cette période sans que le détenu puisse s'y opposer. Ainsi, le Conseil juge que ce délai est excessif au regard des intérêts de la visioconférence par rapport à l'atteinte aux droits de la défense d'un tel procédé.

La doctrine attentive émet deux remarques qu'en à cette décision jugée décevante. En premier lieu, il est déjà infiniment triste qu'un tel procédé aient pu être voulu par le législateur sous couvert de considération économique et comptable⁵²⁷ au détriment des droits et libertés fondamentaux. En second lieu, le Conseil constitutionnel reconnaît l'atteinte excessive au regard du délai d'un an sans pour autant reconnaître en soi le moyen de télécommunication audiovisuel en adéquation avec les droits processuels. Ce n'est que par exception que le juge constitutionnel a considéré que le procédé était excessif. Pour quelle raison le délai d'un an porterait atteinte aux garanties processuelles et non le délai de quatre mois ou six mois. Déjà dans sa décision relative à la loi du 23 mars 2020, le Conseil constitutionnel constatait une atteinte aux droits de la défense dans l'absence d'un droit d'opposition sans véritablement expliquer en quoi ce procédé technologique est attentatoire. En effet, il serait intéressant de justifier précisément en quoi une visioconférence diffère d'une présence physique devant le magistrat. Plus encore, « *la règle contestée est toujours en vigueur, si ce n'est qu'il s'agit, depuis le 1^{er} juin 2019, de l'alinéa 4 ; le vice de l'inconstitutionnalité n'a donc pas disparu* ». ⁵²⁸

Section 3. Une nième Question Prioritaire de Constitutionnalité sur la demande de mise en liberté

216. Le renvoi de la Cour de cassation – Comme cela était espéré par la doctrine, la Cour de cassation a renvoyé le 4 février 2020 une QPC sur la constitutionnalité de l'article 706-71 du CPP, issue cette fois-ci de la loi du 23 mars 2019⁵²⁹. Encore une fois, la question posée était celle de savoir si la disposition était conforme à l'article 16 de la DDHC de 1789 en ce qu'elle est un obstacle à la comparution physique du détenu pendant un délai d'un an. La chambre criminelle a considéré que la question devait être nécessairement⁵³⁰ transmise au Conseil Constitutionnel au regard de sa récente jurisprudence du 20 septembre 2020⁵³¹.

⁵²⁷ J-B. PERRIER, « Le Conseil constitutionnel et les difficultés et coûts évités par la visioconférence », AJ pénal 2019, p. 600.

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ Cass. crim., 4 févr. 2020, FS-P+I, n°19-86.945.

⁵³⁰ M-L. HARDOUIN-AYRINHAC, « Contentieux de la détention provisoire et recours à la visioconférence : la Chambre criminelle renvoie de nouveau une QPC », Lexbase, n° N2596BYS.

⁵³¹ S. GOUDJIL, « Recours à la visioconférence en matière de détention provisoire devant la chambre de l'instruction : transmission d'une QPC », Dalloz Actualité, 9 mars 2020.

217. La confirmation de l'inconstitutionnalité – Sans véritable surprise, le Conseil Constitutionnel a rendu sa décision⁵³² en conformité avec sa jurisprudence antérieure. En effet, pour les sages du Conseil constitutionnel, la réponse est la même puisque la question était tout simplement identique. Dès lors, par ces deux décisions, le Conseil constitutionnel lève toute ambiguïté sur l'utilisation de la visioconférence devant la chambre de l'instruction. Les sages du conseil constitutionnel revendiquent un attachement certain à la comparution physique du mis en cause devant les magistrats de la Chambre de l'instruction⁵³³.

218. La réflexion sur les droits processuels – *In fine*, cette approche constitutionnelle de la demande de mise en liberté permet de comprendre comment les droits processuels sont concilier entre eux, et pour quelles raisons le législateur est tenté de la limiter. La réflexion ne peut ignorer les enjeux financiers et comptables que représente la visioconférence. Il pourrait toutefois être prévu un mécanisme adapté permettant un nombre limité de demande de mise en liberté avec comparution physique tout au long de la durée du titre de détention. Cela permettrait de concilier les enjeux économiques avec les droits fondamentaux, même si ces derniers sont difficilement réductibles dans une société qui se veut démocratique.

⁵³²Denison n°2020-836 QPC du 30 avril 2020.

⁵³³ D. GOETZ, « Visioconférence devant la Chambre de l'instruction : c'est toujours non pour le Conseil Constitutionnel », Dalloz actualité, 18 mai 2020.

Chapitre II – La demande de mise en liberté, existence d'éléments nouveaux

219. La nécessité d'éléments nouveaux – La demande de mise en liberté permet de remettre en question la détention provisoire sans attendre le terme du titre de détention. En effet, celui-ci pouvant aller jusqu'à douze mois en matière criminelle, il paraît évident que le détenu puisse faire état de circonstances nouvelles justifiant la détention. Il en est de l'opportunité de la demande puisque ne relevant pas d'éléments nouveaux par rapport à la situation initiale de placement, elle ne présentera pas d'intérêt majeur, sauf à considérer que le magistrat juge différemment au regard des mêmes éléments. De ce fait, une telle demande permet de sonder le juge quant à la nécessité actuelle de la détention provisoire. Par conséquent, cette demande se révèle un véritable moyen d'effectivité du principe de subsidiarité de la mesure.

220. Annonce – Le détenu n'est pas limité dans le nombre de demandes de mise en liberté qui ne souffrent pas d'un formalisme particulier. Pour autant, cette dernière doit comporter les preuves d'éléments nouveaux permettant au juge de revenir sur sa position initiale de placement ou renouvellement de la détention (Section 1) tel que l'état de santé de la personne malade dont les droits sont, à ce stade, pleinement et effectivement protégés (section 2).

Section 1. L'existence de circonstances nouvelles nécessaire à la demande de mise en liberté

221. Annonce – La présomption d'innocence impose que l'accusation rapporte les preuves de la culpabilité de l'auteur de l'infraction. Or, elle n'empêche pas de faire peser sur le détenu la charge de l'existence d'éléments nouveaux justifiant la demande de mise en liberté (§.1). Ces éléments nouveaux sont très souvent l'évolution des garanties de représentants qui permettent de justifier une mesure alternative à la détention. Or, il n'est nullement imposé au JLD de motiver son refus de la demande au regard des moyens tendant (§2).

§1. La charge de la preuve des circonstances nouvelles justifiant la remise en liberté

222. La charge de la preuve et la culpabilité – Il résulte de l'article 6§2 de la Conv. EDH, des articles 6 et 47 de la Charte des droits fondamentaux ainsi que de l'article 6 de la Directive

du 9 mars 2016⁵³⁴ que la charge de la preuve visant à démontrer la culpabilité du mis en examen pèse sur l'accusation. Par conséquent, il n'est, en théorie, pas fait d'obligation au mis en cause de rapporter la preuve de son innocence. La directive susvisée a l'objectif de rapprocher les législations et d'édicter des règles minimales en matière de présomption d'innocence. En détail, le contenu de la directive, consacré les idées essentielles en la matière.

223. Demande de mise en liberté et directive européenne – La Cour de Justice de l'Union Européen est venue rappeler sur qui pèse la charge de la preuve des éléments justifiant la remise en liberté du détenu provisoire⁵³⁵. Le juge européen a sur ce point réduit le champ d'application de la directive aux seuls décisions judiciaires dont la détention provisoire est exclue.

En l'espèce, le requérant avait déposé par moins de sept demandes de mise en liberté, toutes rejetées. Les décisions de refus des demandes sont motivées en raison du caractère insuffisant des éléments invoqués par le détenu. Or, la juridiction nationale, tout comme le ferait le juge français, constate que la demande de mise en liberté n'est octroyée qu'à condition que le détenu prouve l'existence de circonstances nouvelles. Considérant qu'une telle motivation était éventuellement contraire à la directive susvisée, en ce qu'elle inverserait la charge de la preuve, la juridiction nationale a sursis à statuer. La Cour a alors précisé que la charge de l'existence de circonstances nouvelles pesée sur le détenu. Par ailleurs, elle restreint le champ d'application de la Directive en relevant que son article 6 ne s'applique pas à la détention provisoire dès lors que la décision de maintien en détention n'est pas assimilable à une décision judiciaire⁵³⁶.

224. La justification de la charge de la preuve – Une telle décision de la CJUE semble transposable au contentieux français. La notion d'éléments nouveaux à l'appui d'une demande de mise en liberté se retrouve dans le contentieux du droit des étrangers. L'article R.552-13 du Code d'Entrée et du Séjour des Étrangers et du droit d'Asile subordonne la demande à l'existence d'éléments nouveaux.

Parallèlement, les Chambres de l'instruction refusent régulièrement les demandes de mise en liberté⁵³⁷ en raison d'absence de circonstances nouvelles. Il est régulier de relever dans la motivation des juges « *que l'arrêt attaqué a rejeté la demande aux motifs qu'il n'est intervenu depuis le 28 juillet 2017, date*

⁵³⁴ Directive UE, 2016/343 du 9 mars 2016

⁵³⁵ CJUE, 28 nov. 2019, aff. C-653/19 PPU, DK, D. 2019, p. 2355.

⁵³⁶ J. PEROT, « Maintien en détention provisoire et charge de la preuve de l'existence de circonstances nouvelles justifiant une remise en liberté », Lexbase, 2 janv. 2020, N°1524BY4.

⁵³⁷ C. pr. pén. Art. 148.

du dernier arrêt ayant statué sur la situation de M. X, aucun élément nouveau »⁵³⁸. Cette obligation faite au demandeur, d'apporter la preuve de l'inopportunité de la mesure, se justifie en droit et en fait.

En droit, et en matière pénale, l'adage *actori incumbit probatio* n'est pas, directement contraire à la présomption d'innocence. Cette règle doit être couplée avec l'adage *reus in excipiendo fit actor*. En ce sens, le détenu provisoire, présumé innocent, en introduisant une demande n'est plus défendeur mais demandeur. En fait, il est concevable que le juge n'ait pas à chercher les raisons qui justifient la remise en liberté, en ce que souvent elles ne sont pas connues de ce dernier. En effet, les demandes de mise en liberté fondées sur l'existence de circonstances nouvelles sont motivées par des garanties de représentation renforcées qui permettent de justifier un contrôle judiciaire ou une assignation à résidence au détriment de la détention provisoire. Le JLD ne doit pas réunir de tels éléments mais seulement juger de leur valeur probante.

§2. L'évolution des garanties de représentation fondement de la demande, éléments inopportuns

225. La motivation du refus de la demande – La motivation de l'ordonnance de refus du JLD est une question de fait⁵³⁹. Par conséquent, elle échappe au contrôle des conseillers de la Chambre criminelle⁵⁴⁰. La Cour de cassation vérifie seulement que la motivation du refus de la demande comporte « *les considérations de droit et de fait* »⁵⁴¹ permettant de caractériser les critères de l'article 144.

La doctrine évoque ainsi que les ordonnances et arrêts rejetant une mise en liberté sont souvent mal motivées, l'article 144 ne constituant « *qu'un cadre vie et abstrait* »⁵⁴².

226. Ineffectivité des nouvelles garanties de représentation – Pour que la demande de mise en liberté paraisse opportune, le détenu doit présenter de nouveaux éléments justifiant que la détention provisoire n'est plus la mesure unique et nécessaire. Ainsi, la demande permet de mettre en lumière des moyens de fait constatant l'opportunité d'un contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence. Cependant, le JLD n'est pas tenu de répondre à ce tel moyen. En effet, la chambre criminelle, par une jurisprudence constante, souligne que l'exigence de motivation spéciale relative au caractère insuffisant des mesures alternatives à la détention provisoire ne

⁵³⁸ Cass. crim., 20 déc. 2017, n°17-86.120.

⁵³⁹ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Ch. 5, Section 1, p.119, §.249.

⁵⁴⁰ Cass. crim., 11 févr. 1921, Bull. crim., n°73; Crim., 10 févr. 1966, Bull. Crim. n°40.

⁵⁴¹ C. pr. pén. Art. 148, al. 3. V. aussi, 24 juin 1971, n°71-91.006, Bull. crim. n°209 ; crim., 19 févr. 1980, n°80-90.054, Bull. crim. n°60 ; crim. 21 Aout 1990, n°90-83.745.

⁵⁴² C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *Op.cit.*, §.435.32.

s'appliquent pas aux ordonnances refusant la demande de mise en liberté⁵⁴³. La Cour de cassation met en avant qu'il résulte de la combinaison des articles 144, 145 et 148, alinéa 3, que le magistrat doit motiver son refus de mise en liberté uniquement en référence aux critères de l'article 144 du CPP⁵⁴⁴.

En conclusion, la demande de mise en liberté, soutenant des éléments nouveaux justifiant l'utilisation plus opportune des mesures alternatives à la privation de liberté, est ineffective. En réalité, il semble que le seul élément nouveau permettant de faire droit à la demande du détenu provient de son état de santé qui ne serait plus compatible avec la détention.

Section 2. L'état de santé apprécié comme élément nouveau justifiant la mise en liberté

227. L'état de santé, moyen effectif – Le législateur a souhaité créer une disposition particulière relative à la demande mise en liberté en raison de l'état de santé du détenu (§.1) qui exige une motivation spéciale du magistrat qui ne souhaite pas y faire droit (§.2).

§1. Une protection légale étendue du détenu en mauvaise santé

228. Exclusion de l'atteinte à la dignité – La demande de mise en liberté doit être motivée en référence à des éléments propres à la personne détenue qui caractérise une situation mettant en péril sa santé tant physique que morale⁵⁴⁵. Les conditions inhumaines et dégradantes de la détention, n'étant pas un obstacle légal au placement en détention, ne seraient suffire à motiver une demande de mise en liberté⁵⁴⁶. La Cour de cassation a donc confirmé que le rejet d'une demande au moyen pris de la violation des normes d'occupation des cellules est justifié⁵⁴⁷.

229. La consécration de la demande de mise en liberté médicale– Sous l'impulsion de la jurisprudence du Conseil de l'Europe⁵⁴⁸, les avocats des détenus provisoires n'ont eu de cesse de déposer des demandes de mise en liberté en raison de l'état de santé de leur client. Ils soulevaient

⁵⁴³ Cass. crim., 22 juill. 1997, n°97-82.683, P: D. 1998, obs. BUISSON.

⁵⁴⁴ Cass. crim. 22 juin 1971, n°71-91.274, P : D. 1971. 546, note PRADEL

⁵⁴⁵ C. GUERY, *Détention provisoire*, *Dalloz*, Coll. Dalloz Corpus, 2019, *Op. cit.*

⁵⁴⁶ Cass. crim., 29 févr. 2012, n°11-88.441, AJ pénal 2012, 471, note SENNA.

⁵⁴⁷ Cass. crim., 18 sept. 2018, n°19-83.950, FS-P+B+I, obs. J. PEROT, Lexbase, N°476BYB.

⁵⁴⁸ CEDH, 7 juin 2001, req. n°64666/01, Papon c/ France, AJDA 2001. 1060, chron. J-F. FLAUSSE ; 14 déc. 2004, req. n° 25875/03, Gelfmann c/ France.

alors une violation de l'article 3 de la Conv. EDH qui sanctionne les traitements inhumains et dégradants⁵⁴⁹. Subséquemment à l'émergence d'une telle demande, la loi du 15 Aout 2014⁵⁵⁰ a consacré une disposition spécifique modifiée par la loi du 23 mars 2019. L'article 147-1 du CPP dispose en substance qu'en tout état de cause, sauf existence d'un risque grave de renouvellement de l'infraction, la mise en liberté du détenu peut être ordonnée ou demandée par ce dernier dès lors qu'une expertise médicale démontre que son état de santé est incompatible avec la détention. Si l'état de santé est telle qu'une urgence existe, alors la remise en liberté est ordonnée, non pas par le juge, mais par le médecin responsable. Si la dégradation de l'état de santé est appréhendée comme un élément nouveau nécessitant sa mise en liberté, l'amélioration de sa santé en est aussi un justifiant, a contrario, le remplacement en détention⁵⁵¹.

A l'échelle de la réflexion, un tel mécanisme est un réel gage d'effectivité des droits processuels. Or, il faut noter que cette disposition a fait l'objet de vive critique doctrinale qui relève d'une part, que son assimilation a une demande de mise en liberté spécifique et non une procédure autonome lui fait perdre son caractère symbolique, d'autre part, que la restriction de la demande dans l'hypothèse d'un « *risque grave de renouvellement de l'infraction* »⁵⁵² porte atteinte au principe de la présomption d'innocence et consacre une approche répressive de la détention⁵⁵³. Sur ce dernier point, il ne peut être contesté qu'un tel critère est attentatoire à la présomption d'innocence en ce que motiver le refus de la demande sur un risque de renouvellement de l'infraction signifie implicitement qu'une infraction initiale est caractérisée. Dès lors, le juge voulant refuser une telle demande malgré les expertises médicales devra motiver « *un risque inhérent à une culpabilité présumée* »⁵⁵⁴.

230. Le symptôme persistant de la détention provisoire – Ainsi, l'article 147-1 du CPP symbolise à lui seul le paradoxe de la détention provisoire. Il est un progrès en reconnaissant de manière explicite le droit d'une demande à une personne détenue dans un état de santé préoccupant mais, tel une maladie incurable, ne cesse de se référencer à la culpabilité de l'individu pour limiter tout droit ou demande. La référence à la culpabilité apparaît comme un symptôme qui ne disparaît pas car profondément ancrée.

⁵⁴⁹ J. DANET, « La notion d'état de santé et la détention en Europe, RSC, 1996. 49.

⁵⁵⁰ Loi n°2014-896, 15 Aout 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

⁵⁵¹ C. GUERY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Op. cit.

⁵⁵² C. pr. Pén. Art. 147-1 du CPP.

⁵⁵³ A. SIMON, « les incohérences de la mise en liberté médicale ou la confirmation des incertitudes quant à la nature de la détention provisoire », RSC 2016. 219.

⁵⁵⁴ Ibid. p. 6.

§2. Un contrôle strict du refus de la demande, renfort d'effectivité

231. Une acception non-systématique de la demande – Les juges du Quai de l'Horloge apprécient *in concreto* les demandes de mises en liberté pour état de santé grave. En effet, la seule existence d'une expertise médicale ne suffit pas à justifier la remise en liberté. A titre d'exemple, la Cour de cassation a confirmé la décision de maintien en détention qui constatait que l'expert médical établissait l'absence de lien causal entre la pathologie et les conditions d'incarcération⁵⁵⁵. Aussi, la Chambre criminelle vient préciser que le rapport de l'expert médical doit constater une incompatibilité de l'état de santé, physique ou mentale, avec la détention sur une période relativement longue. En effet, la Cour de cassation avait, en l'espèce, effectuée une analyse de l'expertise médicale qui révélait que l'état de santé du détenu n'était pas compatible avec l'isolement, temporairement, et que les soins nécessaires pouvaient être réalisés en détention⁵⁵⁶. Par conséquent, la Haute juridiction accorde une marge de manœuvre aux juges du fond qui doit rester raisonnable⁵⁵⁷. Il ne faudrait pas que ces derniers se fassent médecin et aillent dans un sens totalement contraire aux expertises et examens médicaux.

232. Une motivation spéciale du refus – L'absence de motifs particuliers de rejet de la demande par les chambres de l'instruction fut sanctionnée par les conseillers de cassation⁵⁵⁸. Et, la première cassation au visa de l'article 147-1 affirmait que n'avait pas justifié sa décision de maintien en détention, le magistrat qui contestait l'expertise médicale sans procéder aux des investigations complémentaires en application de l'article 194 du CPP⁵⁵⁹. De manière satisfaisante, la Haute Juridiction impose aux JLD et aux chambres de l'instruction de procéder à des investigations pour satisfaire à leur obligation de motivation. En effet, de telles diligences sont nécessaire pour contester l'expertise médicale attestant de l'incompatibilité de l'état de santé du demandeur avec la détention. Par sa jurisprudence, la Cour de cassation sanctionne toute ignorance par les juges du fond du moyen tiré de l'état de santé du mis en cause⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Cass. Crim., 3 oct. 2012, F-P+B, n°12-85.054, obs. O. MARTINEAU, Dalloz Actualité, 2 nov. 2012.

⁵⁵⁶ Cass. Crim., 7 févr. 2017, F-P+B, n°16-86.877.

⁵⁵⁷ Crim., 29 nov. 2017, F-P+B, n°17-85.300, obs. H. DIAZ, Dalloz Actualité, 21 déc. 2017.

⁵⁵⁸ Cass. crim., 28 sept. 2016, n°16-84.384, Bull. crim., n°252; crim. 2 sept. 2009, n°09-84.172.

⁵⁵⁹ Crim. 18 oct. 2016, n°16-84.764, Bull. crim. n°268, AJ penal 2017. 91, obs. J. FALXA.

⁵⁶⁰ Cass. crim., 2 sept. 2009, n°09-84.172, AJ penal 2009. 452, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Par l'action du législateur et l'apport d'un contrôle stricte de la Cour de cassation, les droits du détenu en mauvaise santé sont garantis ⁵⁶¹. En somme, la portée de l'étude de la procédure de l'article 147-1 du CPP symbolise le paradoxe de l'effectivité des droits processuels dans ce contentieux. Il faut observer que le législateur et la Cour de cassation sont soucieux de l'état de santé du présumé innocent, et ainsi mettent en place les garanties nécessaires à la sauvegarde de l'effectivité de ses droits processuels. Pour autant, le texte ne peut s'empêcher d'évoquer des indices de culpabilité.

⁵⁶¹ A. ANDRE, « Mauvaise santé et maintien en détention provisoire », Dalloz actualité, 4 nov. 2016.

Chapitre III – La demande de mise en liberté, absence d'éléments nouveaux

333. La demande de mise en liberté et le temps – L'article 144-1 du CPP dispose que « *la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mis en examen et de la complexité des investigations nécessaire à la manifestation de la vérité* »⁵⁶². Or, une fois la clôture de l'instruction intervenue, les dispositions des articles 145-1 et 145-2 du CPP ne s'appliquent plus, de sorte que la détention n'est pas encadrée dans un délai strict. Toutefois, le mis en cause peut toujours demander une mise en liberté⁵⁶³.

234. La lutte contre le temps incertain – A compter de la clôture de l'information, la durée de la détention n'est plus définie que par la notion large de délai raisonnable prévu à l'article 5-3 de la Conv. EDH. La demande de mise en liberté est, une nouvelle fois, comme un moyen visant à lutter contre une durée de détention excessive. En effet, cette durée est en constante augmentation avec une moyenne de 28,5 mois en matière criminelle, soit deux ans et quatre mois⁵⁶⁴. Face à ce constat, la faculté conservée par le détenu de demander sa mise en liberté en raison d'une violation de l'article 144-1 du CPP et 5-3 de la Conv. EDH paraît nécessaire. La demande de mise en liberté ne se fonde pas ici sur des éléments nouveaux mais au contraire sur l'absence d'élément nouveau et l'écoulement du temps.

235. Annonce – La requête apparaît à ce stade de la procédure comme incertaine en ce qu'elle se fonde sur une notion aléatoire : le délai raisonnable (Section 1). La cause de cette incertitude réside en l'absence de motivation spéciale du maintien en détention après l'ordonnance de règlement, et surtout en raison de l'absence de contrôle par la Cour de cassation de la conformité de la détention à l'article 5-3 de la Convention (Section 2).

⁵⁶² C. pr. pén. Art. 144-1, al. 1.

⁵⁶³ C. pr. pén. Art. 148-1.

⁵⁶⁴ N. CATELAN, « la détention provisoire, mystère de pacotille », *Lexbase Pénal n°23*, 23 janvier 2020 : *Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1906BYA, p. 4. V. aussi,

Section 1. La notion souple « délai raisonnable », fondement de la demande

236. Une notion souple – L'article 5-3 de la Convention du Conseil de l'Europe dispose que « *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* ». Si l'obligation d'être traduit devant un juge est largement remplie, celle d'être jugé dans un délai raisonnable l'est partiellement. Il est relativement complexe de définir la notion de délai raisonnable. La jurisprudence de la Conv. EDH apporte des exemples sans pour autant se prononcer in abstracto sur terme de raisonnable. Sur la notion de raison, Descartes disait qu'elle était « la chose la mieux partagée du monde »⁵⁶⁵. De sorte qu'il peut en être déduit que le délai raisonnable est la durée partagée par tous comme maximum pour instruire un dossier.

237. La récente condamnation de la France – La France, mauvaise élève devant la Cour.EDH a été condamnée pour une information judiciaire jugée excessivement longue. En effet, dans son arrêt *Goetschy c/ France* du 8 févr. 2018, la CEDH est venue rappeler au visa de l'article 6§1 de la Convention, qu'une instruction, longue de plus de sept années entre le placement en garde à vue et l'ordonnance de non-lieu, emporte, au cas de l'espèce, un dépassement du « délai raisonnable ».

L'argumentation du requérant était la suivante : menée à un rythme soutenu durant les deux premières années, l'instruction avait ensuite connu une activité restreinte jusqu'à son règlement : au total, plus de sept années s'étaient écoulées entre le placement en garde à vue et l'ordonnance de non-lieu. La CEDH approuve cette analyse en faisant une application stricte des critères dégagés par sa jurisprudence. Si les deux premières années n'appelaient effectivement aucune observation particulière, la Cour relevait en revanche une période d'inactivité totale d'un an et six mois, ainsi qu'une période d'activité particulièrement réduite d'un an et sept mois, au cours de laquelle la juridiction d'instruction s'était contentée de répondre aux initiatives entreprises par le requérant.

À la différence des juridictions nationales, la CEDH ne s'est pas simplement limitée à contrôler « l'apparence chronologique » de la procédure, mais a également vérifié attentivement la matérialité et le bien-fondé des actes alors accomplis.

⁵⁶⁵ R. DESCARTES, *Le discours de la méthode*, 1637, p.1.

238. Les critères prétoriens du délai raisonnable – Dans une approche globale, la doctrine constate qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil de l'Europe des critères permettant d'apprécier le délai raisonnable⁵⁶⁶. Bien que la Cour ne liste pas expressément de critères, il se dégage de sa jurisprudence la complexité de l'affaire, le risque de suppressions des preuves, le risque de fuite, la dangerosité de mis en cause ou encore la gravité de l'infraction⁵⁶⁷.

Sur la question précise de la durée de la détention provisoire, la Cour. EDH a condamné la France par cinq arrêts en date du 26 janvier 2012⁵⁶⁸. Au préalable, il faut noter que dans ces décisions, le juge de Strasbourg jetait un regard critique sur la motivation des critères de l'article 144 tel que le risque de fuite jugé « très générale et sans justification »⁵⁶⁹. La Cour soulignait que la détention provisoire en l'espèce « *apparaît prima facie déraisonnable et doit être accompagnée de justification particulièrement fortes* ». De plus, le juge de la Convention relève que le caractère raisonnable de la durée d'une telle mesure ne peut faire l'objet d'un contrôle *in abstracto*. Dès lors, ils concluent à l'impossibilité de justifier de la durée de la détention en se rattachant unique à la gravité des faits et qu'une prolongation de la détention ne devrait pas servir à exécuter la future peine prononcée. Enfin, il est fait remarquer au juge français qu'à compter d'un certain temps, l'évidence des indices graves ou concordants permettant de soupçonner la personne d'avoir commis une infraction ne suffisent plus. Il est fait obligation au juge national de justifier de manière convaincante que chaque période de la mesure, plus ou moins longue est justifiée.

Dès lors, le juge français ne saurait renouveler la détention ou maintenir l'individu incarcéré s'en motiver expressément les raisons plausibles de cette nouvelle durée de détention. Or, la logique nationale est tout autre puisque plus le temps coule, moins le juge ne semble rigoureux dans la motivation de la détention. Par exemple, à la clôture de l'information, l'article 175 du CPP permet de ne plus encadrer la détention dans un délai légal.

⁵⁶⁶ C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019, Chapitre 3, section 3, §.144.

⁵⁶⁷ CEDH, Letellier c/ France, Série A, n°207 ; 27 nov. 1991, req. n°12325/86, Kemmache c/ France, série A, n°218, p.23, §45 ; V. aussi X c/ France, BICC 623, n°1380 du 31 mai 2005.

⁵⁶⁸ CEDH, 26 janv. 2012, req. n°29095/09, Berasategi c/ France, AJ pénal 2012. 231, obs. LAVRIC.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

Section 2. L'absence de contrôle de conformité de la détention à l'article 5-3 par la Cour de cassation

239. Le champ réduit de l'article 5-3 – Dans le cadre de l'information judiciaire, le détenu par le biais d'une demande de mise en liberté, peut saisir la chambre de l'instruction d'un mémoire écrit sur la durée excessive de sa mesure⁵⁷⁰. La Cour de cassation contrôle alors le défaut de motivation exposé par l'arrêt de la Chambre⁵⁷¹. Toutefois, le champ d'application de l'article 5-3 ne semble pas s'étendre à l'entier contentieux de la détention provisoire. En effet, le terme de détention provisoire en droit français n'est pas identique à celui employé par la Cour.EDH. Pour cette dernière, l'article 5-3 ne peut être invoqué après le prononcée d'une condamnation même non définitive. Par conséquent, la détention provisoire ne tombe plus sous les exigences de l'article 5-3 dès lors qu'elle est prononcée après une décision de Cour d'Assises.

240. L'absence de contrôle de la Haute juridiction – Les juges du Quai de l'horloge faisaient directement référence à la conventionalité de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 (Voir *supra*. § 201). Pour autant, la chambre criminelle peut se restreindre dans son contrôle de conformité. Précisément, elle refuse un contrôle de la conformité de la détention provisoire à l'article 5-3 de la Conv. EDH. Les magistrats de cassation ne peuvent contrôler le caractère raisonnable de la durée de la détention en ce qu'il est une question purement factuelle.

Plus précisément, la chambre criminelle contrôle uniquement la motivation des juges du fonds qui doivent répondre du moyen tiré de l'article 5-3 contenu dans le mémoire de la défense⁵⁷². C'est ainsi qu'encourt la cassation les arrêts de la chambre de l'instruction, saisie de demande de mise en liberté, qui ne répondent pas directement aux articulations du mémoire fondées sur le délai raisonnable⁵⁷³. Plus encore, la Cour refuse la jurisprudence de la Cour. EDH comme moyen à l'appui de la demande. Dans diverses affaires, le requérant se prévalait de décision de la Cour. EDH dans lesquels la détention avait été jugée trop longue. Il soutenait que ces décisions s'appliquaient à son cas. Or, dans un attendu clair et sans équivoque, la Cour de cassation a rappelé que : « *si un arrêt de cette cour permet à celui qui s'en prévaut de demande réparation, il est sans incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne* »⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ F. SAINT-PIERRE « Défense pénale », Rep. De droit pénal et de procédure pénale, LexisNexis, Novembre 2015, §.189.

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² Cass. crim., 19 févr. 1986, n°86-95.501, Bull. crim. n°66.

⁵⁷³ Cass. crim., 20 nov. 2002, n°02-86.167.

⁵⁷⁴ Cass. crim. 3 févr. 1993, n°92-83.443 ; crim., 4 mai 1994, n°93-84.547.

Cet attendu appelle quelques remarques. En effet, il semble que la Cour de cassation ne veuille assimiler la violation du délai raisonnable à « la sanction » de remise en liberté de l'individu, mais seulement à un droit à réparation. Dès lors, il existe une dissidence entre les deux juridictions qui ne permet pas d'assurer l'effectivité d'un droit d'être jugé dans un délai raisonnable. C'est inévitablement l'une des raisons des multiples condamnations de la France. La Cour de cassation ne veut assumer son rôle de juge de la conventionnalité. Par conséquent elle réduit considérablement l'opportunité de la demande de mise en liberté, et plus gravement encore, la portée d'un droit fondamental qui, par définition, ne peut être limité et ne pourrait être que pécuniairement réparé.

CONCUSION GENERALE

Il ne s'agit pas de revenir sur les différents points développés précédemment mais seulement d'apporter modestement des pistes de réflexion permettant d'améliorer l'effectivité des droits processuels dans le contentieux de la détention provisoire. Cette institution a fait l'objet de multiples réformes sans jamais que le régime parfait ne soit atteint. Le Doyen Carbonnier rappelait à juste titre l'impossibilité de voir un système juridique parfaitement effectif⁵⁷⁵. Kelsen se contentait de l'efficacité d'un système juridique pour le considérer comme valable. Il n'en est pas moins concevable qu'il doit toujours tendre vers plus d'effectivité. Alors, la détention provisoire peut-elle encore être réformée ?⁵⁷⁶

Elle pourrait l'être dans son régime d'incarcération. La France n'est pas encore prête à réformer en profondeur ses prisons à la manière des Pays Scandinaves, qui présentent des centres pénitentiaires, en beaucoup de points, similaires à des centres de loisirs. Seulement, ils ont trouvé la clef à l'éternel problème de la surpopulation carcérale. Pouvons-nous de manière fort audacieuse soumettre l'idée d'un régime de détention à la scandinave pour le cas particulier de la détention provisoire qui permettrait de ménager le présumé innocent par un régime plus souple. Ainsi, le régime de détention provisoire serait différent du régime de la peine et par conséquent, à différence de régime, différence de nature⁵⁷⁷. Puis espérer, que par l'écoulement du temps, l'exception devienne le principal.

Pour autant, des raisons profondes sont les causes de l'ineffectivité des droits au stade de la détention provisoire. Elle est un « mal nécessaire »⁵⁷⁸ et une « anomalie normale »⁵⁷⁹. Si elle évolue au grès des réformes, elle est alors inévitablement politique. Cependant, cet argument n'intéresse pas la discussion. L'une des causes plus objectives de cet échec d'effectivité réside dans le contrôle opéré par la Cour de cassation sur les droits processuels.

La détention provisoire échappe au contrôle de la Haute juridiction. S'il ne fallait retenir qu'un dénominateur commun à l'ensemble des cas d'ineffectivités, c'est bien celui de la nature

⁵⁷⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, 10^{ème} édition, p.136.

⁵⁷⁶ A. DERBEY, « Est-il possible de réformer la détention provisoire ? », AJ pénal 2019, p.568.

⁵⁷⁷ J-L. BERGEL, *Méthodologie Juridique*, éd. PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2018.

⁵⁷⁸ P. ROBERT, « un mal nécessaire ? La détention provisoire en France », *Déviance et société*, 1986, Vol. 10. 1, p.57.

⁵⁷⁹ G. SALLE, « Une anomalie normale de l'État de droit », *Déviance et Société*, 2015, Vol. 39, p.4.

factuelle de la détention qui ne peut être saisie par la Cour qui ne juge qu'en droit. L'article L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose « [qu'] il y a, pour toute République, une Cour de cassation ». Quelle République peut concevoir une telle ineffectivité dans le contrôle de sa Cour suprême d'une mesure aussi grave que la détention provisoire. De plus, il ne peut être admis, dans un contentieux ayant en jeu la liberté des décisions conduisant à la privation de liberté au motif « qu'aucun texte ne l'interdit ». Une telle motivation est bien en deçà des exigences des droits fondamentaux.

Le législateur a tenté en vain de multiplier les conditions, les exigences et les voies de recours. En effet, la pluralité n'est définitivement pas gage d'effectivité. Les droits processuels doivent être une évidence, c'est-à-dire qu'ils doivent s'imposer au juge et éclairer sa décision. Or, le législateur n'a de cesse de réaffirmer des principes qui dès lors ne sont plus évidents.

Si la solution de l'effectivité ne se trouve pas dans la loi, ni dans la juridiction chargée de les faire appliquer correctement, elle se décèle dans deux juridictions garantes des droits et libertés fondamentales que sont le Conseil constitutionnel et la Cour.EDH. Bien que leurs jurisprudences ne puissent s'assimiler à une effectivité totale des droits processuels, elles sont les plus concluantes en la matière. Il reste donc à ce que ces deux juridictions influencent la Cour de cassation et les juges du fond. Cette influence est celle que l'on retrouve dans la notion de dialogue des juges⁵⁸⁰. Elle permettrait, par une méthode des petits pas, au grès des décisions et des discussions de converger vers une effectivité des droits processuels inhérents à une société démocratique.

Me Sureau s'adressant au Conseil constitutionnel tenait ces propos : « Vous êtes, je voudrais le dire, au-delà même de l'émotion, les derniers gardiens de cet honneur et de nos libertés. Permettez-moi d'espérer que vous les défendrez encore, alors qu'elles cèdent un peu partout dans le monde qui les a vues naître, et que personne, ce qui est aussi grave que le reste, ne semble en faire un drame »⁵⁸¹. Force est de constater que le Conseil constitutionnel se doit de veiller à son rôle pour que, espérons un jour, l'effectivité des droits processuels dans le contentieux de la détention provisoire atteigne une quasi-totale effectivité.

Enfin, il convient de revenir de conclure sur ces propos. Il existe une personne dans la société française qui doit faire de l'atteinte aux libertés un drame, de chaque irrégularité de

⁵⁸⁰ F-X. MILLET, Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC, Lextenso, Revue de droit public, 2010, n°6, p. 1729.

⁵⁸¹ F. SUREAU. Pour la liberté – Répondre au terrorisme sans perdre la raison, éd. Tallandier, 2017, p.24.

placement ou renouvellement un scandale : l'avocat. Si lui aussi ne s'insurge plus et que la défense se démet, le respect des droits restera dans les livres alors qu'il est justement l'un de acteurs cruciaux ayant vocation à réduire « le droit des livres et le droit d'action »⁵⁸².

⁵⁸² R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review*, 1910, vol. 44. 1, p.12 à 36.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, DICTIONNAIRES ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

ALLAND (D.), RIALS (S.)

- *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

AMBROISE-CASTERO (C.), BONFILS (P.)

- *Procédure pénale*, PUF, thémis droit, 1^{ère} édition, 2011.

BECCARIA (C.)

- *Des délits et des peines*, 1764.

BENTHAM (J.)

- *Traité des preuves judiciaires*, Tome 1^{er}, 1^{er} éd., Bossange Frères, 1823.

BERGEL (J-L.),

- *Méthodologie Juridique*, éd. PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2018.

BONICHOT (J-C.), CASSIA (P.), POUJADE (B.)

- *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2020.

CARBONNIER (J.)

- *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, 10^{ème} édition.

CORNU (G.)

- *Vocabulaire Juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014.

DESPORTES ET LAZERGES-COUSQUER (L.)

- *Traité de procédure pénale*, 4^eéd., Economica, n° 2144 et 2162.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFINI (G.)

- *Droit constitutionnel*, Dalloz, 19^{ème} édition, 2017.

GALLOIS (A.)

- *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, *Gaz. Pal.*, 2^{ème} édition, 2017.

GARE (Th.), GINESTET (C.)

- *Droit pénal et procédure pénale*, Dalloz, coll. Hypercours, 9^{ème} édition, 2016.

GUINCHARD (S.), BUISSON (J.)

- *Procédure pénale*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2019.

HERZOG-EVANS (M.), ROUSSEL (G.)

- *Procédure pénale*, Vuibert droit, 3^{ème} édition, 2012.

LAMANDA (V.)

- *La plume et le prétoire – Quand les écrivains racontent la justice*, (DIR.) D. SALAS, éd. La documentation Française, coll. Histoire de la Justice, Préface, p.5.

MARGUENAUD (J-P.)

- *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2016, 7^{ème} édition.

PERELMAN (C.), OLBRECHTS-TYTECA (L.)

- *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, 6^{ème} édition, Université de Bruxelles, coll. « UB lire Fondamentaux », 2008.

RABELAIS (F.)

- *Le tiers livre, 1546, chapitre XL.*

STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.), BOULOC (B.)

- *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 26^{ème} édition, 2018.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

AMSELEK (P.)

- *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris : LGDJ, 1964.

AUBUSSON de CAVARLAY (B.), POTTIER (M-L.), TOURNIER (P.)

- *Les comptes du crime. Les délinquances en France et leur mesure*, Paris, L'Harmattan, 1994.

BONIS (E.), PELTIER (V.)

- *Droit de la peine*, LexisNexis, 3^{ème} édition, 2019.

BORRE (J. et L)

- *La cassation en matière pénale*, Dalloz, Dalloz action, 2018.

BOULOC (B.)

- L'acte d'instruction, LGDJ, 1965, §127.

CAPPELLO (A.)

- *La constitutionnalisation du droit pénal, pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

CATELAN (N.)

- *Étude : Les mesures de contrainte au cours de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence et détention provisoire*, in *Procédure pénale*, (dir.) J-B PERRIER, Lexbase, 2020.

CHARAGEAT (M.), RIBEMONT (B.), SOULA (M.)

- *Corps en peines, Manipulations et usages des corps dans la pratique pénale depuis le Moyen Age*, Paris, Classique Garnier, 2019.

DELMAS-MARTY (M.)

- *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, édition du Seuil, 2010.

DEMERS (V.)

- *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal : Thémis, 1996.

GUERY (C.)

- *Détention provisoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Corpus, 2019.
- *Détention provisoire et culpabilité*, D. 2006. Point de vue.

GUERY (C.), CHAMBON (P.)

- *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2017.

MARIN (L.)

- *Le portrait du roi*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le Sens commun, 1981, p.10

SUREAU (A.)

- *Sans la liberté*, édition Gallimard, 2019.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

ALLAIN (E.)

- « Détention provisoire : le rappel des conditions », *AJ Pénal*, mars 2018.

ANDRE (A.)

- « Non-application de la règle de l'unique objet d'appel », *Dalloz Actualité*, 24 janvier 2017.
- « Mauvaise santé et maintien en détention provisoire », *Dalloz actualité*, 4 nov. 2016.

ANELLI (L.)

- « Ces pays qui ferment des prisons, leçon de décroissance carcérale », *OIP, Dedans-dehors* n°93, Octobre 2016.

ATIAS (C.)

- « de plein droit », *D.* 2013. 2183.

AZOULAY (W.)

- « Silence et détention provisoire : la privation de liberté du mi-taisant », *Dalloz Actualité*, 10 juillet 2018.

M. B

- « Un avocat placé en détention provisoire, deux autres mis en examen : la liberté des avocats en jeu », *Dalloz Actualité*, 10 févr. 2020.

BAILLET (O.)

- « Coronavirus et état d'urgence sanitaire : la Convention européenne continue de s'appliquer », *Dalloz Actualité*, 17 avril 2020.

BADINTER (R.)

- « Un préjugement : la détention provisoire », *Le Monde*, 15 avr. 1970.

BENELLI-de BENEZE (C.)

- « Détention provisoire et déclarations d'appel discordantes », *Dalloz Actualité*, 23 oct. 2015.

de BOUILLANE de LACOSTE (O.)

- « Pourvoi en cassation », *LexisNexis, JCI Procédure pénale*, 1998, Fasc. 10, article 591.

BOULOC (B.)

- « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ? », *D.* 1995, Chron., p. 315.

CARON (D.), GACHI (K.)

- Fasc. 30 : Contrôle Judiciaire et Détention Provisoire, *LexisNexis, JCI. Procédure Pénale*, 2013, § 165.

CATELAN (N.)

- « La détention provisoire, mystère de pacotille », *Lexbase, Lexbase Pénal* ; Procédure pénal, 2020, n°23, N°Lexbase : N1906BYA.

-

CHAMBON (P.)

- « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *JCP*, 1989. I. p. 3417.

COHEN (C.)

- « Détention provisoire : le remède introuvable », *Lextenso, Gaz. Du Palais* – n°206, p.2.

COSTE (F.- L.)

- « La chambre de l'instruction », *Rép. pén. Dalloz*.

CORNIER (S.)

- « La France malade de la détention provisoire », *Dalloz Actualité*, 10 avril 2020.

DANET (J.)

- « La notion d'état de santé et la détention en Europe, *RSC*, 1996. 49.

DERBEY (A.), RAOULT (S.)

- « Faut-il avouer pour sortir de détention provisoire ? Étude de 117 trajectoires de détention à Marseille », in *Les rapports de recherche de l'Observatoire*, n°12, octobre 2018.
- « Est-il possible de réformer la détention provisoire ? », *AJ pénal* 2019, p.568.

DETRAZ (S.)

- « Protection de la présomption d'innocence », *LexisNexis, JCI procédure pénale*, 2020.

DIAZ (H.)

- « Prolongation de la détention provisoire : recours à la visioconférence et santé du détenu », *Dalloz actualité*, 21 déc. 2017.

DUMONT (J.), GEORGET (V.), BONNET (A.)

- Fasc. 20 : Appel des ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention », *JCI Procédure Pénale*, 2012, §112.

FAYOLLE (D.)

- « Le rôle de l'avocat dans la détention provisoire », *Lexbase Pénal n°23, 23 janvier 2020 : Procédure pénale*, 2019, N°Lexbase : N1909BYD.

FONTEIX (C.)

- « Incarcération provisoire : l'avocat doit solliciter le report de l'audience lorsqu'il est possible », *Dalloz Actualité*, 6 avril 2020.

FOUCAULT (M.)

- « Tract ronéotypé (manifeste du G.I.P), 8 février 1971 », in *M. FOUCAULT dits et écrits I. 1954-1975*, éd. Quarto Gallimard, 2012, n°86, p. 1042.

FOURMENT (F.)

- « L'excès de pouvoir en dernier espoir », *Gaz. Pal.* 11 mai 2013, n° 130c7.

FUCINI (S.)

- « Détention provisoire : motivation spéciale de la prolongation », *Dalloz Actualité*, 13 sept. 2017.
- « Détention provisoire et comparution personnel de droit », *Dalloz Actualité*, 16 fév. 2016.

GIRAULT (C.)

- « Portée de l'appel par le ministère public d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire », *AJ pénal*, 2007, p. 2874.

GOETZ (D.)

- « Caractère exceptionnel de la détention provisoire et exigences de motivation », *Dalloz Actualité*, 24 Avril 2017, p. 193.
- « Rappel utiles en matière de prolongation de détention provisoire », *Dalloz Actualité*, 27 nov. 2017.
- « Visioconférence devant la Chambre de l'instruction : c'est toujours non pour le Conseil Constitutionnel », *Dalloz actualité*, 18 mai 2020.

GOUDJIL (S.)

- « Recours à la visioconférence en matière de détention provisoire devant la chambre de l'instruction : transmission d'une QPC », *Dalloz Actualité*, 9 mars 2020.

GUERY (C.)

- « Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable », *AJ pénal* 2004. 238.
- « Comparution immédiate – Comparution devant le tribunal correctionnel », *Rep. Pénale et procédure pénale*, 2016, Section 8, n°137.

HARDOUIN-AYRINHAC (M-L.)

- « Contentieux de la détention provisoire et recours à la visioconférence : la Chambre criminelle renvoie de nouveau une QPC », *Lexbase*, n° N2596BYS.

INGRAIN (C.), LORRAIN (R.)

- « État d'urgence sanitaire : quelques difficultés pratiques consécutives à l'ordonnance n°2020-3030 », *Dalloz Actualité*, 27 mars 2020.

JACQUIN (J-B.)

- « La Cour de cassation examine la prolongation des détentions provisoires pendant le confinement », *Le Monde*, édition du 20 mai 2020.

JANUEL (P.)

- « La place de l'aveu dans la détention provisoire », *Dalloz Actualité*, 29 octobre 2018.

A. JEAMMAUD (A.)

- « le concept d'effectivité du droit », in *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?* (DIR.) P. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2^{ème} éd., 2008, p. 36.

JEANDIDIER (W.)

- « La présomption d'innocence ou le poids des mots », *RSC*, 1991. P.49.

LACROIX (C.)

- « Juge des libertés et de la détention », *Rep. Droit pénal et procédure pénale*, mars 2014, §85.

LE BOT (O.)

- « Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux : l'article 8 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme, in CRFD, n°7, 2009, p.107.

LE CALVEZ (J.)

- « L'inculpation et la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 31 oct. 1982, Chron. 2.

LENA (M.)

- « Détention provisoire, publicité et motivation », *Dalloz Actualité*, 7 mars 2013.

LEROY (Y.)

- « La notion d'effectivité du droit », in *Droit et société*, Ed. Juridiques associées, 2011, n°79, p. 717

MARECHAL (J.Y.)

- « Permis de communiquer et débat contradictoire différé en vue d'un placement en détention provisoire », *JCI Procédure pénale*, avril 2020.
- « L'impartialité du juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire », *LexisNexis, JCI. Procédure pénale*, 2018.

MILLET (F-X.)

- Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC, Lextenso, Revue de droit public, 2010.

MUCHELLI (J.)

- « Les avocats, les référés-liberté et le Conseil d'Etat », *Dalloz Actualité*, 17 avril 2020.
- « Prolongation automatique de détention provisoire : la circulaire est contraire à une lecture littérale de l'ordonnance, dit un tribunal », *Dalloz Actualité*, 22 avril 2020.

ORTOLAN (J.)

- « Éléments de droit pénal (pénalités, juridictions, procédure) », 3^{ème} éd. Paris, Henri Plon Libraire-éditeur, 1863, tome 2, n°2212.

PEROT (J.)

- « Maintien en détention provisoire et charge de la preuve de l'existence de circonstances nouvelles justifiant une remise en liberté », *Lexbase*, 2 janv. 2020, N°1524BY4.

PERRIER (J-B.)

- « Étude : les principes directeurs de la procédure pénale » in *Procédure pénale, Lexbase, Lexbase pénal : Procédure pénale*, 2020.
- « La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit », *Dalloz Actualité*, 9 avril 2020.
- « Le Conseil constitutionnel et les difficultés et couts évités par la visioconférence », *AJ pénal*, 2019, p. 600.

PORTERON (C.)

- « Infirmité d'une ordonnance de mise en liberté : la Chambre de l'instruction peut-elle prolonger ? », *AJ Pénal*, 2017, p.127.

PRADEL (J.)

- « L'entretien du juge des libertés et de la détention avec le magistrat du parquet juste avant la tenue du débat contradictoire ne saurait porter atteinte au principe du contradictoire », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 669.

PRIOU-ALIBERT (L.)

- « Réincarcération du mis en examen après mise en liberté par la chambre de l'instruction », *Dalloz Actualité*, 14 mars 2016.
- « Renonciation à l'avocat lors de la prolongation de la détention provisoire », *Dalloz actualité*, 20 février 2018.

ROBERT (P.)

- « *un mal nécessaire ? La détention provisoire en France* », *Déviante et société*, 1986, Vol. 10. 1, p.57.

SAINT-PIERRE (F.)

- « Défense pénale », *LexisNexis, Rép. Droit pénal et Procédure pénale*, novembre 2015, n° 189.

SALLE (G.)

- « Une anomalie normale de l'État de droit », *Déviante et Société*, 2015, Vol. 39, p

SIMON (A.)

- « Les incohérences de la mise en liberté médicale ou la confirmation des incertitudes quant à la nature de la détention provisoire », *RSC*, 2016. 219.

VIEILLARD-BARON (J-L.)

- « La Wirklichkeit ou réalité effectivité dans les 'Principes de la philosophie du droit' de Hegel », *Revue philosophique de Louvain*, 103, 2005, p. 347.

IV. LOIS

- Loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957.
- Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.
- Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme.
- Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.
- Circulaire CRIM 00-16 F1 du 20 déc. 2000.
- Décret n°2001-709 du 31 juillet 2001.
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
- Loi n° 2007-291 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale du 5 mars 2007.
- Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009.
- Loi n°2014-896, 15 Aout 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.
- Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
- 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.

V. JURISPRUDENCES

COUR D'APPEL

Cour d'appel de Nancy, 13 mai 2020, n°20/308.

COUR DE CASSATION

Cass. crim., 12 oct. 2010, n°10-85.370.

Cass. crim., 18 août 2010, n°10-83.770 et 10-83.819.

Cass. crim., 7 févr. 2017, n°16-86.877.

Cass. crim., 26 févr. 2008, n°2008-043118.

Cass. Crim. 2 sept. 1997, JCP 1997. IV. 2235

Cass. crim., 13 oct.2010, n°10-85.552.

Cass. crim., 12 oct. 2010, n°10-85.370.

Cass. crim., 18 août 2010, n°10-83.770 et 10-83.819.

Cass. crim., 29 mars 2017, n°17-80.149.

Cass. crim., 9 avril 2019, n°19-80.550, F-P+B+I,

Cass. crim., 19 févr. 2020, n°19-87-545,

Cass. crim., 26 févr. 2020, n°19-87.769.

Cass. crim., 8 août 2018, F-P+B, n°18-83.310.

Cass. crim., 23 janvier 2007, n°06-88.259.

Cass. crim., 28 mars 2017, n°17-80.136.

Cass. crim., 29 mars 2017, n°17-80.148 et n°17-80.642

Cass. crim., 12 oct. 2010, n°10-85.370, F-P+B.

Cass. crim., 21 janv. 2020, n°19-86.957.

Cass. crim., 4 juin 2009, n°09-81.886.

Cass. crim., 10 mars 2020, n°19-87.757.

Crim. 7 janv. 2020, n° 19-86.465.

Cass. crim., 4 déc. 2018, n°18-85.674.
Cass. crim., 4 oct. 2016, n° 16-84.337.
Cass. crim. 10 août 2016, n°16-83.218.
Crim. 17 oct. 2012, n°12-85.082.
Cass. crim., 24 juill. 2019, n°19-83.359.
Cass. crim., 24 janv. 2018, n017-86.317.
Cass. crim., 13 févr. 2019, n°18-86.559.
Cass. crim., 17 déc. 2013, n°13-86.744.
Cass. Crim., 20 juin 2018, n°18-81.862.
Cass. crim., 13 déc. 2011, n°11-87.042.
Cass. Crim. 25 janv. 1961, Bull. crim. n°47.
Cass. Crim., 5 oct. 2016, n°16-84.629.
Cass. Crim., 3 oct. 2012, F-P+B, n°12-85.054.
Cass. Crim., 7 févr. 2017, F-P+B, n°16-86.877.
Cass. Crim., 29 nov. 2017, F-P+B, n°17-85.300.
Cass. Crim., 28 sept. 2016, n°16-84.384.
Cass. Crim. 2 sept. 2009, n°09-84.172.
Cass. Crim. 18 oct. 2016, n°16-84.764.
Cass. Crim., 2 sept. 2009, n°09-84.172.
Cass. Crim., 25 sept. 2002, n°01-87.968.
Cass. Crim. 3 mars 2015, n° 14-80.250.
Cass. Crim., 1 févr. 2005, n° 04-86.768.
Cass. Crim. 3 sept. 2003, n° 03-83.068.
Cass. crim., 3 sept. 2003, Bull. n° 152.
Cass. crim., 31 mars 2020, n°20-80.234.
Cass. crim., 1^{er} mars 2005, n°04-87.392.

Cass. crim., 29 janv. 2008, n°07-87.802.
Cass. crim., 27 mai 2014, n°13-87.095.
Cass. crim., 31 mars 2020, n°20-80.234.
Cass. Crim., 9 févr. 2016, n° 15-87.095.
Cass. crim., 3 juin 2003, n°03-81.482.
Cass. Crim., 9 juill. 2003, n° 03-82.271.
Cass. Crim., 9 juill. 2003, n°03-82.271.
Cass. crim., 19 sept. 1990, n°90-84.129.
Cass. crim., 18 juin 2014, n°14-82.746.
Cass. crim., 14. oct. 2009, n°09-85.069.
Cass. crim., 16 oct. 2019, n°19-84.773.
Cass. crim., 18 mai 2016, n°16-81.424.
Cass. crim., 23 juin 2015, n°15-82.250.
Cass. crim., 9 mai 2019, n°19-81.346.
Cass. crim., 12 déc. 2017, n°17-85.757.
Cass. crim. 7 janv. 1986, n°85-95.287.
Cass. crim., 7 déc. 2004, n°04-85.807.
Cass. crim., 2 oct. 2012, n°12-84.896.
Cass. crim., 19 juill. 1993, n° 93-82.243.
Cass. crim., 10 mai 2012, n° 12-81.427.
Cass. crim., 31 Mars 2020 – n° 20-80.323.
Cass. crim., 22 oct. 2002 n°02-85.423.
Cass. crim., 10 février, n°03-87.197.
Cass. crim., 16 janvier 2013, n°12-86.856.
Cass. crim., 6 juin 2000, n° 00-81.746.

Cass. crim., 22 oct. 2002, n° 02-85.424.
Cass. crim., 27 juill. 2016, n°16-83.024.
Cass. crim., 3 oct. 2006, n°06-85.889.
Cass. crim., 6 juill. 1993, n°93-81.996
Cass. crim., 30 avril 2002, n°02-82.017
Cass. crim., 14 oct. 1997, n° 97-84.276
Cass. Sections réunies, 29 oct. 1813.
Cass. crim., 13 déc. 2016, n°16-85.881.
Cass. crim., 6 déc. 2016, n°16-86.021.
Cass. crim., 23 févr. 2011, F-P+B, n°10-88.184.
Cass. crim., 21 Aout 1990, n° 90-83.745.
Cass. crim., 12 janv. 1982, n°81-92.110.
Cass. crim., 22 janv. 2003, n°02-80.115.
Cass. crim. 4 juin 1973, n° 73-91.326.
Cass. crim., 5 nov. 1997, n°96-86.380.
Cass. crim. 9 nov. 2004, n° 04-84.236.
Cass. crim. 12 janvier 1994, n° 93-84.844.
Cass. crim. 26 sept. 1986, n°86-92.821.
Cass. crim., 12 mai 1987, bulletin criminel n°195.
Cass. crim., 10 févr. 1998, JCP 1988. II. 21124 ;
Cass. crim., 6 mars 1986, JCP 1986. II. 315,
Cass. crim., 21 août 1990, n°90-83.745.
Cass. crim., 11 juill. 2018, 18-82.896.
Crim. 18 Aout 2010, n°10-83.770.
Cass. crim., 13 juin 2018, n° 18-82.124.
Crim. 16 Juil. 1997, Bull. crim. n°273

Cass. crim., 20 déc. 2017, n°17-86.120.

Cass. crim., 11 févr. 1921. Bull. crim., n°73

Cass. crim., 22 juill. 1997, n°97-82.683.

Cass. crim. 22 juin 1971, n°71-91.274.

Cass. crim., 29 févr. 2012, n°11-88.441.

Cass. crim., 18 sept. 2018, n°19-83.950.

Cass. crim., 4 févr. 2020, n°19-86.945.

Cass. crim., 16 oct. 2018, n° 18-84.430.

Cass. crim., 26 févr. 2003, n°02-88.131.

Cass. crim., 26 mai 2020, n°20-81.910, n°20-81.971.

Cass. crim., 24 sept. 1987, n°87-83.976.

Cass. crim., 10 Aout 2016, n°16-83.318.

Cass. crim., 5 sept. 1990, n°90-80.418, P.

Cass. crim., 28 avr. 1998, n° 98-80.574.

Cass. crim., 17 mars 2009, n°08-88. 460.

Cass. crim., 2 fév. 2016, n° n°15-86.598.

Cass. crim., 20 déc. 2017, n°17-85.287.

Cass. crim., 11 juin 1992, n°92-81.546.

Cass. crim., 24 janv. 2018, n°17-86.317.

Cass. Crim. 4 déc. 2007, n°07-86.794.

Cass. Crim., 24 janv. 2018, n°17-86.317.

Cass. crim., 16 oct. 2018, n° 18-84.430.

Cass. crim., 16 oct. 2019, n°19-84.773.

Cass. crim., 12 janv. 2016, n°15-86.386.

Cass crim., 11 oct. 2011, n°11-85.602.

Cass. crim., 28 janv. 2014, n°11-85.602.

Cass. crim., 29 nov. 2017, n°17-85.300, F-P+B.

Cass. crim., 11 oct. 2016, n°16-84.795.

Cass. crim., 5 janv. 2010, n°09-86.465.

Cass. crim., 30 sept. 2009, n°09-84.791.

Cass. crim., 1^{er} févr. 2011, n°10-87.875 P+B.

Cass. crim., 3 avr. 2007, n°06-89.315.

Cass. crim., 15 janv. 2003, n°02-86.951.

Cass. crim., 14 fév. 2012, n°11-88.071.

Cass. crim., 25 sept. 2018, n°18-84.067.

Cass. crim., 19 avr. 2017, n°17-80.571.

Cass. crim., 22 déc. 1959: Bull. crim. 1959, n° 569; D. 1960

Cass. crim., 9 mai 2001, n°01-81598,

2 févr. 2011, n°10-87.723.

Cass. crim., 20 mi 2008, n°07-88.671.

Cass. crim., 21 aout 1995, n°95-82.826.

Cass. crim., 24 février 2009 – n° 08-88.100.

Cass. crim., 1989, n° 95-85.168.

Cass. Crim., 8 oct. 1970, n°70-92.283.

Cass. crim., 31 oct. 2017, FS-P+B, n°16-86.897.

Cass. crim., 22 avr. 1985, n°85-90.891.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const. 13 juillet 2001, n°2011-153 QPC.

Cons. Const., 29 août 2002, Déc. n°2002-461 DC.

Cons. Const. 2 mars 2004, n°2004-492 DC.

Cons. Constit. 17 déc. 2010, n°2010-62 QPC.

Cons. Const. 13 juillet 2011, n°2011-153 QPC.

Cons. Const. 1^{er} juill. 2016, n°2016-548 QPC.

Cons. Const. 10 nov. 2017, n°2017-671 QPC.

Cons. Const. 8 févr. 2019, n°2018-763 QPC.

Cons. Const. 21 mars 2019, n°2019-778 DC.

Cons. Const. 20 sept. 2019, n°2019-802 QPC.

Cons. Const. 30 avril 2020, n°2020-836 QPC.

CONSEIL D'ETAT

CE, ord. 3 avr. 2020, req. n^{os} 439894, 439877, 439887, 439890 et 439898.

CE, ord. 10 avr. 2020, req. n°439883, 439892.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH 27 juin 1968, req. n° 1936/63, Neumeister c/ Autriche.

CEDH, Bonish c/ Autriche du 6 mai 1985.

CEDH, Sanchez-Reisse c/ Suisse du 21 oct. 1986.

CEDH, Bouamar c/ Belgique du 29 févr. 1988.

CEDH, Langborger c/ Suède du 22 juin 1989.

CEDH, 12 déc. 1991, req. n°12718/87, Clooth c Belgique.

CEDH, 27 aout 1992, req. n° 12850/87, Tomasi c/ France

CEDH, n°2981/81, 7 déc. 1992, Saint-Marie c/ France.

CEDH, Stanford c/ R-U, 23 févr. 1994, § 26

CEDH, Kampanis c/ Grèce du 13 juill. 1995.

CEDH, Vermeulen c/ Belgique et Lobo Machado c/ Portugal du 20 février 1996.

CEDH, 23 sept. 1998, req. n° 28213/95, I.A c/ France.

CEDH, 5 oct. 2006, req. n°45106/04, Marcello Viola c/ Italie, §67.

CEDH, Moulin c/ France, 23 nov. 2010, Requête n° 37104/06.

CEDH, gr. Ch., 22 mai 2012, req. n°5826/03, Idaloc c. Russie, RSC 2012. 687.

CEDH 2 nov. 2010, req. n°21272/03, Sakhnovski c/ Russie.

CEDH, 7 juin 2001, req. n°64666/01

CJUE, 28 nov. 2019, aff. C-653/19.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PARTIE I – De l’effectivité des droits processuels au stade du placement en détention provisoire	12
TITRE I – La présomption d’innocence et les droits de la défense à l’épreuve du placement en détention provisoire.....	14
Chapitre I – Le mirage du caractère subsidiaire de la détention provisoire.....	15
Section 1 : Le caractère exceptionnelle de la mesure, un principe conforme à la présomption d’innocence	15
Section 2 : La pratique du placement en détention révélatrice d’une ineffectivité statistique attentatoire	19
Section 3 : Les raisons de l’emploi pléthorique de la détention.....	22
§1. La prédominance de l’intérêt de la Justice sur les garanties individuelles : l’inversion du paradigme..	22
§2. Une a priori du principe de présomption d’innocence particulière.....	24
§3. La détention provisoire comme solution aux peines non exécutée	25
Chapitre II. Du contrôle fragmenté par la Cour de cassation de la motivation du placement en détention, cause de l’ineffectivité.....	26
Section 1. Le contenu de la motivation de l’ordonnance de placement (1er cause).....	27
§1. Les critères de la motivation de l’article 144 et la présomption d’innocence	27
§2. Le contenu de la motivation.....	30
§3. La question de la motivation de la liberté	32
Section 2 : Le contrôle nuancé des conditions de placement en détention par la Chambre criminelle (2 nd cause)	33
§1. L’orthodoxie partiel du caractère exceptionnel de la détention.....	34
§2. Un contrôle souple des objectifs du placement laissée à l’appréciation souveraine des juges du fonds	36
Section 3 : Le droit au silence et l’aveu, critère de motivation inavoué.....	37
§1. Un critère de motivation hors la loi	37
§2. Un critère de motivation hors de contrôle.....	40
Chapitre III. Les droits de la défense au débat contradictoire, tentative de retour à l’effectivité.....	42
Section 1. La préparation de la défense en vue du débat contradictoire.....	43
§1. L’assistance obligatoire de l’avocat lors du débat.....	43
§2. Le droit d’un délai pour préparer sa défense : le choix du débat différé, l’obligation de l’incarcération provisoire.....	44
Section 2. L’effectivité du contradictoire dans le déroulement du débat.....	47

Section 3 : Le confinement des nullités de l'ordonnance de placement, où le désarmement de la défense...	49
Titre II – Le principe d'égalité des armes à l'épreuve des voies de recours au placement en détention provisoire.....	54
Chapitre I – De l'appel des ordonnances du JLD : inégalité des armes entre détenu et Ministère public.....	56
Section 1. Un appel spécial et limité du mis en cause de l'ordonnance de placement.....	56
§1. L'unique voie de contestation de l'irrégularité du placement.....	56
§2. Les conditions d'appel de l'ordonnance de placement en détention	58
§3. L'unique objet de l'appel entre effectivité et respect de l'appel limité	60
Section. 2. Un droit général et absolu d'appel du Ministère public.....	61
§1. Les fondements d'un droit général et absolu d'appel.....	62
§2. Les causes d'un droit absolu et général d'appel.....	62
Chapitre II. Le référé-liberté et la saisine directe du JLD, des recours motivés par l'urgence.....	65
Section 1. L'étroite voie du référé liberté contre le placement en détention manifestement illicite	65
§1. La saisine du Président de la chambre de l'instruction.....	66
§2. La saisine de la chambre de l'instruction	67
§3. La décision du Président et de la Chambre de l'instruction sur le référé-liberté.....	68
A. Le manquement de la Juridiction au délai de réponse	70
B. Le manquement du mis en cause au formalisme de la déclaration d'appel, renouveau de la jurisprudence européenne.....	71
Section 2. Un appel particulier de l'ordonnance refusant la saisine du JLD	72
Chapitre III. Un retour sur la procédure devant la chambre de l'instruction et les exigences des droits processuels.....	75
Section 1. Le délai court d'intervention de la décision.....	75
Section 2. L'étendue des pouvoirs de la chambre de l'instruction.....	76
Partie II. De l'effectivité des droits processuels dans le déroulement de la détention provisoire . 80	
Titre 1 – Le renouvellement de la détention provisoire, rencontre avec les droits processuels imposée 81	
Chapitre I. Une effectivité partielle des droits processuels dans les conditions de prolongation de la détention provisoire.....	82
Section 1. Les conditions et exigences renouvelées d'une motivation spéciale à la prolongation	82
§1. Une étude critique des conditions du renouvellement.....	82
§2. Une motivation spécifique de la prolongation de la détention : la surmotivation.....	84
Section 2. De l'appréciation du renouvellement de la détention en matière correctionnelle attentatoire aux droits processuels.....	88
Section 3. Vers l'anéantissement du recours en matière de renouvellement, annihilation des droits de la défense.....	91
§1. La substitution, au cours de la saisine de la Cour, du titre de détention objet du pourvoi : un pourvoi sans objet	91
§2. Une jurisprudence fautive d'une absence de recours effectif.....	92
CHAPITRE II. D'un infléchissement des droits de la défense dans la procédure de prolongation de la détention provisoire	94

Section 1. La convocation au débat de prolongation et la violation des droits de la défense.....	94
§1. La convocation de l’avocat au débat, affirmation des droits de la défense.....	94
§2. L’information restreinte de l’avocat : la mise à disposition du dossier de la procédure	96
Section 2. La procédure du débat : comparution personnelle de droit, et présence facultative de l’avocat...	99
Section 3. Le débat de prolongation de la détention provisoire par visioconférence.....	102
Chapitre III. La détention provisoire à l’épreuve du coronavirus, symbole de l’échec de l’effectivité des droits	106
Section 1. La confusion entre durée maximum de détention et renouvellement du titre de plein droit, une confusion en violation des droits	107
§1. Le contenu de l’ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale ..	107
§2. L’interprétation par la circulaire de l’article 16 de l’ordonnance.....	108
§3. L’application hétérogène des textes par les JLD et les chambres de l’instruction à l’échelle nationale	110
Section 2. L’espoir de la défense dans la saisine des Hautes juridictions.....	111
§1. La voie empirique du référé-suspension et référé-liberté pour contester le renouvellement attentatoire.....	112
§2. La solution « paradoxale » de la Cour de cassation, une prolongation conforme et in conventionnelle	113
Titre 2 – La demande de mise en liberté, moyen de rencontre avec les droits processuels provoquée	117
Chapitre I – La demande de mise en liberté et le débat contradictoire : contentieux constitutionnel et effectivité des droits de la défense	119
Section 1. Une demande à l’origine sans débat contradictoire jugé globalement juste et équitable	119
Section 2. L’absence de comparution physique du détenu : entre droits de la défense et deniers publics...	122
Section 3. Une nième Question Prioritaire de Constitutionnalité sur la demande de mise en liberté.....	124
Chapitre II – La demande de mise en liberté, existence d’éléments nouveaux.....	126
Section 1. L’existence de circonstances nouvelles nécessaire à la demande de mise en liberté.....	126
§1. La charge de la preuve des circonstances nouvelles justifiant la remise en liberté	126
§2. L’évolution des garanties de représentation fondement de la demande, éléments inopportuns	128
Section 2. L’état de santé apprécié comme élément nouveau justifiant la mise en liberté	129
§1. Une protection légale étendue du détenu en mauvaise santé.....	129
§2. Un contrôle strict du refus de la demande, renfort d’effectivité	131
Chapitre III – La demande de mise en liberté, absence d’éléments nouveaux.....	133
Section 1. La notion souple « délai raisonnable », fondement de la demande	134
Section 2. L’absence de contrôle de conformité de la détention à l’article 5-3 par la Cour de cassation	136
CONCLUSION GENERALE	138
TABLE DES MATIERES	159