UNIVERSITÉ MONTESQUIEU – BORDEAUX IV
Faculté de Droit et de Sciences politiques

ECOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D.41)

Thi Thuy Linh PHI

LA DETENTION PROVISOIRE
ETUDE DE DROIT COMPARE
DROIT FRANÇAIS ET DROIT VIETNAMIEN

Thèse dirigée par **M. Yves BIANCO-BRUN**, Maître de conférences

Soutenue publiquement le 10 décembre 2012

Jury :

M. Yves BIANCO-BRUN
Maître de conférences à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV, **directeur de thèse**

M. Jean-Marie CROUZATIER
Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

M. André VARINARD
Professeur émérite à l'Université Jean Moulin de Lyon 3

M. Olivier DECIMA
Professeur à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV

Résumé

La plupart des systèmes pénaux dans le monde ont recours à la détention d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction avant que son jugement soit définitif. Néanmoins, l'intensité de cette mesure dépend du régime politique démocratique ou autoritaire, du modèle de la procédure accusatoire ou inquisitoire. Le fondement de la privation de la liberté avant le jugement se justifie par la nécessité de préserver la société contre des actes qu'aurait commis le suspect en liberté. Mais comment apprécier ce risque, cette éventualité alors que sa culpabilité reste à être déterminée par une autorité compétente ? La détention d'une personne innocente est un mal irréparable, une atteinte grave aux droits fondamentaux. Quel que soit le modèle politique ou procédural, le régime de détention provisoire doit répondre à un équilibre à la fois d'efficacité de la répression et de protection de la liberté individuelle. Nous analysons la question de détention provisoire sous l'angle du droit comparé des deux systèmes pénaux (français et vietnamien) qui s'opposent en apparence à tous les niveaux : géographique, politique et culturel mais cherchent tous deux des mécanismes pour limiter la détention provisoire abusive. L'exigence de la vraisemblance de culpabilité avant le placement en détention provisoire et tout au long de la détention provisoire reste la règle essentielle de ces mécanismes. Mais cela ne résout pas tous les problèmes de la détention notamment dans un contexte où l'efficacité et le rôle de l'ensemble du système carcéral sont remis en cause

Subject : PRE-TRIAL DETENTION, A COMPARATIVE STUDY FRENCH AND VIETNAMESE LAW

Most penal systems in the world have recourse to the custody of a person suspected of having committed an offence before final sentencing. Nevertheless, the intensity of this measure depends on the political regime – democratic or authoritarian- as well as the type of procedure: accusatory or inquisitorial. This deprivation of freedom before sentencing is based on the necessity to protect society from the offence which the suspect would have committed during his/her freedom. However, how can one determine this risk, this eventuality, whilst the suspect's guilt remains to be determined by a body competent to do so? The detention of an innocent person is an irreparable wrong and a serious breach of one's fundamental rights. Whatever the political or procedural model, the regime of pre-trial detention must strike a balance between the efficacy of the measure and the protection of fundamental rights. We will analyse the question of pre-trial detention from the Comparative Law perspective of two penal systems (French and Vietnamese) which are seemingly contrasting at all levels: geographical, political and cultural; but which both seek measures which limit the abuse of pre-trial detention. The requirement of the likelihood of guilt before remanding the suspect in custody (as well as throughout the pre-trial detention) remains an essential rule of these systems. However, this does not solve all the problems regarding detention, notably in a context where the efficacy and the role of the entire prison system are being called into question.

Mots-Clés : [indices] [sécurité] [risques] [proportionnalité] [innocence] [vraisemblance culpabilité] [droit français][droit vietnamien] [droits fondamentaux] [contradictoire]

Key words: [Indications] [security] [risks] [proportionality] [innocence] [plausibility culpability] [Vietnamese law] [French law] [fundamental rights] [contradictory]

A ma fille Xuân HARISTIAS

A Dominique

L'Université Montesquieu-Bordeaux IV n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie M. le professeur Philippe CONTE qui m'a donné la passion du droit pénal et m'a suggéré ce beau sujet de thèse.

Je remercie M. Yves BIANCO-BRUN, qui a contribué à l'aboutissement de mon travail.

Merci à ma famille et à Grégory de votre confiance.
Merci à Trang, Nhung, Sharon, Caroline, Hien Anh, Serge et d'autres amis aussi.

Sommaire

1ère Partie : Des exigences comparables quant aux règles de fond

Chapitre 1 : La détention provisoire, une mesure uniquement applicable aux personnes mises en examen

Section 1 : La mise en examen par l'autorité judiciaire en droit français

Section 2 : La mise en examen par l'organe d'enquête en droit vietnamien

Chapitre 2 : La justification de la nécessité de la détention provisoire

Section 1 : Les motifs personnalisés de la détention provisoire en droit vietnamien

Section 2 : Les motifs diversifiés de la détention provisoire en droit français

2nde Partie : Des dissemblances quant aux garanties de la détention provisoire

Chapitre 1 : Des dissemblances quant aux garanties lors du placement en détention provisoire

Section 1 : Le renforcement des garanties en droit français

Section 2 : Les garanties lacunaires de la détention en droit vietnamien

Chapitre 2 : Des dissemblances quant aux garanties a posteriori

Section 1 : La multiplié de contrôle en droit français

Section 2 : L'imperfection du régime du recours contre la détention provisoire en droit vietnamien

LISTE DES ABREVIATIONS
ET ACRONYMES FREQUEMMENT UTILISES

A.J pén.	Actualité juridique pénal
Art.	Article
BOMJ	Bulletin officiel du ministère de la justice
Bull.cim	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassatio
C.A.	Cour d'Apple
C.E	Conseil d'Etat
C.E.D.H	Cour européenne des droits de l'Homme
C.P.P.F	Code de procédure pénale français
C.P.P.V.N	Code de procédure pénale vietnamien
Cass.	Cour de cassation
Cons.const.	Conseil Constitutionnel
Conv.E.D.H	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
D.	Dalloz (Recueil)
Doc. fr	Documentation française
Juris-Class.	Juris-Classeur -Encyclopédie
JCP	Juris-Classeur périodique
Mel.	Mélange
Rev.dr.int.dr.comp.	Revue de droit international et de droit comparé
Rev.dr.pén.	Revue droit pénal
Rev.internat.dr.pén.	Revue international de droit comparé
Rev. Justices	Revue Justices
Rev. Pénit.dr. pén.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
Rev. Proc.	Revue procédure
Rev.sc.crim	Revue science criminelle et de droit comparé
Rev. trim.dr.hom.	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
Rep.	Répertoire Dalloz

INTRODUCTION

Aucune liberté ne saurait être générale et absolue, elle doit s'arrêter où commence celle des autres[1]. La liberté individuelle ne fait pas exception à cette règle. On entend généralement par « liberté individuelle » l'état de l'homme qui est ni arrêté ni détenu, qui jouit donc de la possibilité d'aller et de venir[2]. La privation de la liberté individuelle consiste à priver une personne, contre son gré, de sa faculté de déplacement ; elle peut être restreinte par une surveillance de l'intéressé. Dans des hypothèses particulières, l'Etat a la légitimité de mettre des individus hors l'état de nuire pour la société. La mesure la plus radicale est l'emprisonnement. En principe, l'emprisonnement n'est possible qu'à l'égard d'un individu condamné pour avoir commis un acte grave portant atteinte aux valeurs fondamentales de la société, strictement définies par un Code pénal.

La privation de liberté d'un individu soupçonné d'avoir commis une infraction est également possible s'il existe un risque conséquent pour la société. Ce risque peut être le renouvellement de l'infraction, la commission d'actes qui entravent à la justice et la fuite. Le fondement de la détention avant le jugement est la prévention de ce risque qui se fonde sur la probabilité des actes susceptibles d'être commis. Cette probabilité n'est pas une science exacte, elle n'est qu'une appréciation de l'homme grâce à l'ensemble des éléments en sa possession. La dénomination de la détention avant le jugement reflète sa nature : détention préventive ou mesure d'empêchement. Cette dénomination, quoiqu'exacte, dérange car elle suppose que, au moins pour la personne qui décide de la détention, l'intéressé a commis une infraction. Elle ne se conforme pas à une doctrine dominante selon laquelle une telle supposition est contraire au principe de la présomption d'innocence. La détention préventive est devenue la détention provisoire, la nouvelle dénomination ne change rien à la nature de la détention avant jugement. Néanmoins, elle rappelle à la conscience des magistrats que c'est une mesure exceptionnelle ; ils ne doivent pas y recours systématiquement.

---

[1] ROUSSEAU J-J, Du contrat social, « De l'état civil », éd. Politique 1977 p. 188.

[2] COLLIARD, Libertés publiques Précis Dallloz 8e éd, p. 218

Nous avons choisi d'analyser le sujet de la détention provisoire sous l'angle du droit comparé : droit français et le droit vietnamien. Nous allons tout d'abord définir le sujet et démontrer l'intérêt de ce sujet en lui-même (§1), ensuite nous allons expliquer le choix de la méthode du droit comparé (§2) et le choix de comparer le droit français et le droit vietnamien pour répondre à la question s'ils sont comparable (§3). Nous avons constaté que le législateur français et vietnamien impose les mêmes conditions de fond pour le placement en détention provisoire, c'est la vraisemblance de culpabilité du suspect. Ces conditions rejoignent la problématique commune de la détention provisoire c'est le risque de détention des personnes innocentes (§4). Le plan de thèse répond à la question savoir quelles sont les garanties procédurales contre tout abus de la détention provisoire (§5).

§1 Définition de la détention provisoire

Le Code de procédure pénale français ne définit pas la détention provisoire, mais il existe une définition générale selon laquelle la détention provisoire est l'« *incarcération dans une maison d'arrêt d'une personne mise en examen pour crime ou délit, avant le prononcé du jugement ; elle est réalisée en vertu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt, ou d'une ordonnance émanant d'une autorité judiciaire* »[3]. La détention provisoire peut encore se définir de manière descriptive comme *une mesure provisoire ordonnée et motivée par le juge des libertés et de la détention à la demande du juge d'instruction à l'encontre des personnes mise en examen pour crime ou délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement.* A partir de cette définition, nous pouvons analyser les caractéristiques de la détention provisoire. Premièrement, la décision relative à la détention provisoire est une ordonnance juridictionnelle soumise à une motivation spéciale. Deuxièmement, cette mesure ne peut s'applique qu'aux personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants faisant supposer qu'elles ont commis une infraction d'une certaine gravité. Troisièmement, c'est une mesure provisoire, elle doit être donc levée à tout moment avant le jugement dès qu'elle n'est plus justifiée[4] . Traditionnellement, en France la détention provisoire prend fin non

[3] CORNU (G), Vocabulaire juridique, PUF 2000 V. Détention provisoire

[4]CORNU (G), *op.cit* V. Provisoire

avec la comparution devant la juridiction de jugement mais avec le prononcé du jugement[5]. C'est aussi la position de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La détention provisoire se différencie d'autres mesures privatives de la liberté telle que les rétentions administratives, l'hospitalisation d'office, l'internement psychiatrique (art. 342 du code de la santé publique), la rétention en raison de l'état d'ivresse (art. L. 76 du nouveau Code de la santé publique) et la rétention des demandeurs d'asile dans les zones internationales (soit pour organiser leur expulsion, soit pour examiner leur demande). Dans le cadre de la procédure pénale, la privation de la liberté par la garde à vue est fondamentalement différente du régime de la détention provisoire. La garde à vue est décidée par l'Officier de la police judicaire durant l'enquête policière afin de recueillir rapidement les preuves de l'infraction alors que la détention provisoire est décidée par un magistrat dans le cadre d'une instruction.

Par ailleurs, nous étudions dans cette thèse seulement la détention provisoire dans le cadre de l'instruction excluant la détention provisoire décidée dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate. Bien que dans les deux cas, les détentions provisoires soient décidées par le juge des libertés et de la détention et justifiées par les motifs de l'article 144 du Code de procédure pénale, elles n'ont pas les mêmes finalités ni la même problématique[6]. La détention provisoire aux fins de comparution immédiate a pour but d'attendre l'ouverture de l'audience, en conséquence, son délai est très bref. Dans ce cas, le doute sur la culpabilité du prévenu peut être moindre. En effet, il faut que les charges contre le mis en examen soient « suffisantes » pour appliquer la procédure de comparution immédiate (art. 395, al. 1 C. P. P. F)[7]. Par ailleurs, la procédure de comparution immédiate est limitée aux affaires simples, tandis que l'instruction préparatoire a pour but de mettre en état d'être jugée les affaires graves et complexes[8]. Bien que la moitié des placements en détention provisoire ait été faite dans

[5] COPAIN Carine, L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française, Thèse Lyon 3 2011, p. 19

[6] L'article 396 qui à trait à la détention provisoire dans le cadre de la comparution immédiate, il renvoie à l'article 137-1 qui prévoit la compétence du juge des libertés et de la détention, lui-même renvoyant à l'article 143-1

[7] NAGOUAS Marie Cécile, Le doute en matière pénale Thèse, Bordeaux IV, 2000 p. 109

[8] L'instruction préparatoire est obligatoire en matière criminelle, facultative en matière délictuelle, et en matière de contravention, il faut avoir de réquisitions du parquet (art. 186, al. 3, art. 79).

le cadre de la comparution immédiate, la problématique de la détention provisoire reste entière[9]

La détention provisoire a de multiples fonctions et de multiples facettes. Nous avons vu que cette contrainte peut être utile à l'instruction et à la sauvegarde de la sécurité de la société. Elle est un moyen d'instruction parce qu'elle empêche le suspect de faire disparaître les traces du crime, de suborner les témoins, de se concerter avec ses complices. La fonction sous jacente de la détention est également de garantir l'exécution du jugement, le suspect risque de prendre la fuite avant son jugement[10]. Par ailleurs, la détention provisoire satisfait l'opinion publique qui demande une prompte réponse de la justice face aux actes délictuels, elle démontre une certaine efficacité de la justice. Nous vivons dans une société où la population demande toujours une réponse ou au moins une réaction immédiate face aux actes criminels notamment ceux sont visibles et spectaculaires (la violence, les crimes en bande organisée etc…)

Il arrive que le magistrat instructeur[11] ait recours à la détention comme une peine anticipée lorsqu'il dispose suffisamment de charges contre la personne mise en examen notamment dans les juridictions où les délais de jugements sont longs ou les tribunaux ont tendance à prononcer les peines d'emprisonnement avec sursis[12]. Pour ce dernier, pour être efficace, la peine doit être prononcée dans les meilleurs délais. Par ailleurs, il est plus humain pour le coupable de « payer » rapidement ce qu'il doit à la société que d'attendre des mois et repartir en prison. Le juge d'instruction utilisait « son arme » qui est la détention provisoire pour remédier aux carences du système. C'est ce que l'on appelle en droit international «le dédoublement fonctionnel » : lorsque certaines institutions font défaut, d'autres pouvoirs exercent les fonctions qu'elles devraient remplir[13]. Le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention remplissent de

---

[9] En 2006, sur 53 347 entrées de prévenus en détention, plus de la moitié l'ont été dans le cadre de la procédure de comparution immédiate : 27 535 (52%), le reste l'ayant été en raison de l'ouverture d'une information » voir Commission de suivi de la détention provisoire, 2007 p. 97

[10] Sous l'égide du Code de l'instruction criminelle de 1806, la détention provisoire avait pour motif de garantir l'exécution de la peine. Ce motif a été abrogé.

[11] Actuellement, le juge d'instruction ne décide plus la détention provisoire mais son opinion sur la question reste décisive

[12] VERIN Jean, « La détention provisoire et la criminologie » RSC 1969, p. 818-819

[13]Détention provisoire, contrôle judiciaire, et garde à vue, XII journées franco –belge -Luxembourg de droit pénal, Puf 1971 p. 217

manière collégiale, et le procureur les rejoint[14], en amont la fonction de jugement du tribunal. Nous avons déjà connu le mouvement de transfert de pouvoir de jugement au ministère public par le mécanisme de traitement rapide des infractions pénales, la reconnaissance de culpabilité ou encore les alternatives aux réponses pénales[15]. Pour des raisons pratiques et des difficultés matérielles, le principe de la séparation de poursuite et du jugement n'est pas préservé dans son intégralité[16].

Cette facette cachée de la détention provisoire dont on évite de parler, est « condamnable » mais elle est bien une réalité, une réalité qui perdure encore en raison de l'encombrement des tribunaux. Ce n'est pas par hasard que Faustin HELIE comparait la détention provisoire à un « jugement provisoire »[17]. Ainsi, selon cet auteur « ce jugement provisoire » doit être fondé sur des présomptions sérieuses puisqu'il place le prévenu en état de détention[18]. Dans ce sens, Pierre CHAMBON s'est exprimé : « *Le juge doit établir, quoi que la loi ne l'ait pas exigé, mentalement au moins, une relation entre la personne mise en détention provisoire et le fait* ». Monsieur Jean PRADEL l'érige en principe : « *Ā défaut d'indices de culpabilité, point de détention* »[19]. Cette condition ne viole pas le principe de la présomption d'innocence ; bien au contraire, elle sert à éviter que les innocents soient privés de la liberté injustement. Plusieurs législations européennes disposent que la détention provisoire ne peut être ordonnée que s'il existe « des présomptions graves et précises de culpabilité » (Code de procédure pénale du canton de Berne[20]) ; « des indices sérieux de culpabilité (Code de procédure pénale belge) ou « des graves indices de culpabilité » (Code de procédure pénale italien) à l'encontre du suspect. La Convention européenne des droits de

---

[14] Le procureur peut requérir le placement en détention provisoire et sa prolongation.

[15] NADAL (J-L), intervention lors de la conférence sur le thème « *La procédure pénale en quête de cohérence* », D. 2007 p. 15

[16] En droit français, les infractions pénales sont très nombreuses, elles se composent des actes portant atteinte aux valeurs fondamentales de la société telles que la vie, la liberté, la santé ; elles se composent également des actes qui portant atteinte à l'ordre administratif. Dans beaucoup de pays, la deuxième catégorie d'actes font l'objet d'une sanction administrative.

[17] FAUSTIN- HELIE, Traité d'instruction criminelle, Tome IV, n° 1964

[18] FAUSTIN – HELIE, *ibid*

[19] J. PRADEL, L'instruction préparatoire, Cujas, 1990, p. 638.

[20] Un canton en Suisse

l'Homme exige que la privation de la liberté avant jugement ne soit possible que s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis une infraction.[21]

La détention provisoire est très critiquée en raison de sa contradiction avec le principe de présomption d'innocence, un principe fondamental de la procédure pénale, un instrument indispensable de protection de la liberté individuelle. Le principe de la présomption d'innocence est protégé dans plusieurs textes fondamentaux notamment la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen[22]. Il est vrai que la détention provisoire n'étant applicable qu'aux personés mises en examen, fait concurrence au principe de la présomption d'innocence dans le sens où elle établit parallèlement la présomption de culpabilité[23]. Cependant, la contradiction ou la concurrence avec la présomption d'innocence ne sont pas des arguments pour faire abroger la détention provisoire. En effet, le déclanchement et l'avancement de la procédure pénale se fonde sur une présomption de culpabilité. Si la présomption d'innocence est une présomption légale avec toutes les conséquences qui y sont attachées, la présomption de culpabilité est une opération intellectuelle du juge. Elles existent parallèlement et s'entremêlent, s'inter actionnent. La présomption d'innocence met en garde le juge contre éventuelles erreurs, celui-ci doit instruire à charge et à décharge. Un auteur a observé qu'au stade de l'instruction, le principe de la présomption d'innocence a moins de poids au stade de l'enquête et de l'instruction et que le doute est favorable non au suspect mais à la

---

[21] CEDH, l'article 5, par. 1c

« s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci... ».

[22] L'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme dispose : « *Tout homme 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'assumer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* » . Art. 137 du C. P. P: *« La personne mise en examen, présumée innocente, reste libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sureté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Lorsque celles-ci se relèvent insuffisantes au regard de ces objectifs, elle peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire* ».

[23] La détention peut être motivée comme moyen d'éviter le « renouvèlement de la commission de l'infraction » (art 144)

recherche de la vérité[24]. L'efficacité de l'instruction semble le justificatif de cette réalité.

Il est vrai que la plupart des juristes refusent de parler de la culpabilité au stade de l'instruction ou même encore de la vraisemblance de culpabilité. Pourtant cette vraisemblance de culpabilité au stade de l'instruction est déterminante pour l'issue de la procédure pénale. En effet, la vraie problématique de la détention provisoire est la détention des personnes innocentes. L'injustice que la détention provisoire cause à ces personnes est irréparable. Nous invoquerons brièvement la perte provisoire du travail, la rupture brutale de la vie sociale, familiale, la suspicion pesant contre le détenu et amplifiée parfois par les médias qui s'emparent des affaires à sensation[25]. Mais la garantie de la vraisemblance de culpabilité de la personne placée en détention provisoire ne résout pas tous les problèmes de la détention notamment dans un contexte où l'efficacité et le rôle de l'ensemble du système carcéral sont remis en cause. Les mesures alternatives à la détention provisoire sont une solution pour limiter la détention provisoire elles ne peuvent pas totalement le remplacer.

La privation de la liberté avant le jugement est pratiquée dans la plupart des systèmes pénaux dans le monde, leur intensité se différencie en fonction du régime politique, du modèle de la procédure pénale et du contexte professionnel des juges (avec leur culture, leurs règles, leurs contraintes propres et les interactions). La règlementation de la détention provisoire, plus que d'autres institutions, a un fondement politique. Elle reflète un régime politique autoritaire ou démocratique. Cette mesure est davantage pratiquée dans un régime politique autoritaire parce que l'Etat a des pouvoirs très étendus dans la société civile et que les droits des individus sont souvent sacrifiés. Par ailleurs, un régime politique autoritaire peut utiliser la détention provisoire dans un but purement politique, c'est-à-dire pour « éliminer » les adversaires. Par contre, la protection de la liberté individuelle est le fondement du système démocratique. Ainsi toute atteinte à ce droit fondamental est strictement encadrée.

---

[24] NAGOUAS (M.C), Le doute en matière pénale, thèse, Bordeaux IV, 2000 n° 109 et s.

[25] Au Vietnam, rien n'interdit aux journalistes d'identifier le suspect (en citant son nom et son adresse éventuelle) et de laisser entendre qu'il est coupable. En France, bien que la loi consacre la responsabilité civile voire pénale pour celui qui méconnaît la présomption d'innocence, cela n'empêche pas un tel fait de se produire.

La détention provisoire est fréquemment pratiquée dans une procédure inquisitoire, elle est plus rare dans une procédure accusatoire. Il n'existe pas vraiment de définition de ces procédures mais davantage une description par leurs caractéristiques pour les reconnaitre. La procédure est dite inquisitoire dès lors que le juge exerce un rôle prépondérant dans la recherche des preuves. A l'opposé, on indique que la procédure est accusatoire lorsque le rôle principal dans la recherche des preuves est réservé aux parties. En effet, le fondement de ces deux systèmes se différencie, l'un a l'objectif de rechercher la vérité et donc lutter efficacement contre la délinquance tandis que l'autre vise essentiellement à réparer des préjudices causés à la victime[26]. La procédure inquisitoire trouve son origine dans la technique instituée par l'Église catholique au début du XIIIe siècle dans divers pays d'Europe pour lutter contre les hérésies et la sorcellerie. La procédure inquisitoire a créé la phase de l'instruction dont l'objectif premier était de faire avouer le suspect. La procédure purement accusatoire ne connaissait pas la détention provisoire. Le besoin d'assurer le corps du suspect est apparu au moment où le crime n'était aperçu comme une atteinte à l'intérêt général. A l'origine, le suspect était emprisonné dans le seul but d'attendre que les accusateurs se manifestent. Après certain délai, si aucune accusation n'était tentée, il est libéré définitivement. Actuellement, la détention avant le jugement est moins pratiquée dans les pays de procédure accusatoire que dans les pays de procédure inquisitoire. Les premiers ont souvent recours à la caution.

La détention provisoire symbolise donc parfaitement la question de l'équilibre délicat entre l'efficacité de la répression et la protection de la liberté individuelle. La répression commande, pour la prompte découverte du coupable, la facilité de l'arrestation et de la détention du suspect ; la protection de la liberté individuelle exige, pour la sauvegarde des innocents, des conditions strictes de celle-ci soit possible. Le droit à la liberté et à la sûreté est un droit fondamental inhérent à la personne, inscrit dans les instruments internationaux de la protection des droits de l'Homme, tels que le Pacte des Nations unies relatif au droit civique et politique de 1966 (art. 12 paragraphe 1) et la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (art. 5). La protection

[26]LEIGH (L. H) « La détention provisoire en droit anglais » p. 125 et s ; BELIVEAU (P) « La détention provisoire en droit canadien » p. 147 et s ; W. BUSH « La détention provisoire aux Etat – Unis », p. 169 et s., *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit comparé*, Institut de science criminelle de Poitiers, s. dir J. PRADEL éd. Cujas 1991.

de la liberté d'aller et de venir est souvent disposée par le texte au plus haut de la hiérarchie des normes nationales, c'est la Constitution. Cet équilibre difficile est encore davantage fragilisé dans la société moderne remplie de contradictions. Une société qui proteste vivement contre toute forme de violation des droits individuels mais qui ne supporte pas non plus le fait que le suspect commette une nouvelle infraction en restant en liberté. L'opinion publique considère cette situation comme une erreur, une faute du juge. Par ailleurs, dans la politique pénale actuelle, l'utilisation de la détention avant jugement s'inscrit dans le cadre plus global du développement d'une justice de gestion des risques[27]. Si la logique managériale des risques s'impose en matière de détention provisoire, les acteurs pénaux tendent à minimiser le risque d'erreur dans leur décision et à privilégier le placement en détention avant jugement[28].

Nous nous posons la question de savoir si tous les systèmes juridiques cherchent impérativement cet équilibre ou si certains font primer volontairement la protection de la société au détriment de la liberté individuelle et inversement. Aussi, peut-on atteindre cet équilibre et, dans l'affirmative, quels sont les critères et quelle en est la méthode ? Est-ce qu'en matière de détention provisoire, l'idée de justice est toujours étrangère comme a dit Faustin HELIE dans les années 60 ?[29] Devons-nous laisser au juge certaines libertés de prendre des décisions en la matière ou devons-nous légiférer en détail ? Pour répondre à ces questions, nous avons décidé d'étudier la détention provisoire sous l'angle du droit comparé.

[27]AUBERT Laura, « Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement », Revue de science criminelle 2012 p. 454

[28] HELIE Faustin Traité d'instruction criminelle, tome IV, De l'instruction écrite, H. Plon, 2ème éd. 1866

[29] idem

§2 Pourquoi choisir d'étudier la détention provisoire sous l'angle d'une étude comparée du droit[30] ?

Tous les systèmes pénaux sont confrontés à la même problématique de la détention provisoire, c'est-à-dire de limiter ces mesures vis-à-vis des personnes présumées innocentes. La plupart d'entre eux, recherche des moyens pour atteindre l'équilibre entre la répression et la protection de la liberté. L'expérience des pays étrangers donne des renseignements précieux. A l'heure actuelle, le juriste ne peut plus se permettre d'ignorer l'état et le progrès de la science du droit en dehors de son pays. Notre approche du droit comparé est une approche méthodique et pragmatique. Nous n'avons pas la prétention de construire un modèle parfait de détention provisoire. L'approche comparative nous permet de mettre en lumière certains critères fondamentaux pour une détention provisoire plus juste. Bien que le droit comparé n'ait pas réussi à être une matière spéciale ni une science universelle comme le souhaitaient des comparatistes dans les années 50, la méthode du droit comparé intervient très fréquemment dans chaque travail juridique, qu'il s'agir de l'élaboration des lois ou de l'étude juridique des théories générales du droit et des recherches universitaires[31].

Les avantages du droit comparé sont nombreux. Il nous permet de mieux connaître le fondement, la culture juridique du système auquel nous appartenons lorsque nous avons un regard extérieur. Le fait de connaitre les règles divergentes des autres pays régissant la même question nous interroge sur la nature, l'essentiel de ces règles. Au long de ce travail, nous essaierons de garder un esprit objectif. C'est-à-dire de ne pas avoir l'habitude d'admirer de manière excessive un système qui est en apparence plus démocratique, plus élaboré ou de critiquer systématiquement un système sans chercher sa cohérence sous jacente. En effet, les juristes venant des pays autoritaires sont très critiques vis-à-vis de leurs propres systèmes lorsqu'ils sont en contact avec les systèmes libéraux. L'objectif de notre travail n'est pas d'imiter ou de copier un modèle mais avant tout de démontrer, analyser comment deux pays différents règlent le problème de la détention provisoire avant le jugement et d'analyser si certaines règles extérieures

[30] Il semble plus exact de dire l'étude comparée du droit que le droit comparé, le premier considère que le droit comparé comme une matière, le seconde le considère plutôt comme une méthode. BORISLAV T.Blagojevic « *Le droit comparé* », méthode ou science Revue internationale de droit comparé 1953p. 649-65

[31] idem

peuvent s'appliquer à un système interne. La méthode ou la matière du droit comparé semble indispensable car nous vivons dans un monde où les sociétés évoluent très vite, les systèmes juridiques sont interactifs grâces aux échanges internationaux et la constitution des instances internationales.

§3 Le droit français et le droit vietnamien sont- ils comparables ?

Nous avons décidé faire une étude comparée de la détention provisoire dans deux pays qui sont en contraste à tous les niveaux : géographique, culturel et politique, la France et le Vietnam. Ce n'est pas un choix hasardeux mais une continuité de l'histoire. Les travaux de comparaison, entre les Codes napoléoniens et les Codes des Lê et des Nguyên, ainsi que des coutumes indigènes, ont déjà été réalisés dans le passé[32]. A vrai dire, la procédure pénale française, avec toutes ses singularités, n'était pas méconnue dans l'histoire du droit pénal vietnamien. En 1890 le Gouverneur de Cochinchine a publié un Décret en date du 16 mars 1890 disposant que l'ensemble des dispositions du Code d'instruction criminelle de 1808 était applicable dans le Sud du Vietnam. Ensuite, le Gouvernement colonial a sélectionné des dispositions du Code d'instruction criminelle afin de créer un nouveau code mieux adapté au Nord et au Centre du Vietnam. L'indépendance du Vietnam en 1945 dans le Nord a mis fin à tous les liens avec la France. L'ensemble du système judiciaire du Vietnam a définitivement suivi le modèle soviétique.

La question est de savoir si le droit français et le droit vietnamien sont comparables étant donné que ce sont deux systèmes en apparence opposés. La théorie du droit comparé exige qu'il y ait un minimum d'homogénéité pour dire si deux systèmes sont comparables[33]. Nous allons chercher au-delà des éléments qui en apparence opposent le droit français et le droit vietnamien, pour trouver les fondements communs de ces deux systèmes. Ces éléments sont analysés dans le contexte politique, historique et culturel de chaque pays.

---

[32]Pham Quang Bach, Essai sur l'idée de loi dans le code Gia Long , Thèse Paris 1935, Giran. T, De la responsabilité pénale en droit annamite, Hanoi, 1908.

[33]LANGROD, *Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique*, Revue Internationale du droit comparé 1957, Volume 9 p. 356-369

Il est exact, que le droit français et le droit vietnamien n'ont pas les mêmes concepts de la protection de la liberté. Selon les professeurs Merle et Vitu « *la détention avant jugement révèle l'influence profonde exercée par les conceptions du droit public relatives à la liberté des individus* »[34]. Dans un pays démocratique comme la France, la protection de la liberté individuelle a une place primordiale, elle est aussi le fondement de la justice occidentale. La défense de la liberté individuelle a une très longue histoire en France, influencée par la pensée grecque, la philosophie des Lumières, sans oublier la théorie du Droit naturel ; elle repose sur un concept individualiste qui considère la personne humaine comme une valeur suprême[35]. Le régime politique du Vietnam, autoritaire, favorise la sécurité et la répression et préfère sacrifier les droits individuels au moins dans le concept occidental[36]. En effet, les philosophes socialistes s'interrogent sur les droits de l'Homme, mais ce n'est pas l'Homme dans son état naturel et individualiste mais plutôt l'homme en tant qu'être social et socialiste. Les droits fondamentaux se caractérisent tout d'abord comme des droits sociaux et économiques. Par ailleurs, le gouvernement vietnamien, pour justifier sa politique, met en avant l'idée de la stabilité politique et le droit au développement du peuple comme les droits fondamentaux mettant de côté les libertés individuelles.

Néanmoins, ces oppositions peuvent être nuancées. En France, tendances libérale et autoritaire s'alternent périodiquement, cela dépend du Parti politique au pouvoir. La droite serait plus favorable aux mesures sécuritaires et la gauche plus protectrice des droits des individus. Ces deux partis politiques gouvernent la France de manière alternative, modifient fréquemment le droit pénal et la procédure pénale notamment la détention provisoire lorsqu'ils sont au pouvoir. Ainsi, plusieurs réformes en matière pénale sont liées au changement des partis politiques créant une certaine instabilité et incohérence dans le système pénal français.

---

[34] Merle (R) et Vitu (A), *op. cit.* , n° 386.

[35]LEBEN CHARLES, « Y- a - t - il une approche européenne des droits de l'homme ? », p. 75 *L'union européenne et les Droits de l'Homme*s. dir. Philip Alstol , éd. BRUYANT, Bruxelles 2001.

[36]Le professeur Jean PRADEL a classé les systèmes du droit pénal dans le monde en fonction de l'idéologie en matière de la répression. Le modèle autoritaire implique l'idée selon laquelle la sévérité est nécessaire au maintien de l'ordre public. Voir PRADEL (Jean), *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2e éd, n° 89 et s.

Au Vietnam, la situation des droits individuels s'améliore. La modernisation du Vietnam, ainsi que son ouverture au monde, obligent le gouvernement à réformer fondamentalement le système juridique dans un sens plus protecteur des droits individuels. La question de la protection des droits fondamentaux devient un sujet qui enthousiasme les juristes. La réflexion de la protection des droits fondamentaux font partie enfin de la notion de l'Etat de droit[37]. La discussion avant le projet de réforme de la Constitution tentent de redéfinir les droits fondamentaux et de construire une protection spécifique de ces droits. Comment définissons-nous les nouveaux droits fondamentaux alors que le droit vietnamien a été longtemps considéré comme un instrument pour réaliser la doctrine communiste ? Par ailleurs, le Parti communiste continue à défendre fermement l'idée des droits de l'Homme atypique s'opposant à toute intervention de l'Occident notamment des Etats-Unis sur cette question[38]. Les chercheurs vietnamiens n'ayant pas partagé les points de vue du Parti communiste mais ne souhaitant pas non plus intégrer totalement la notion des droits de l'Homme à l'occidentale, puisent donc dans la théorie des droits naturels des renseignements afin de trouver un fondement des droits fondamentaux[39]. Il émerge actuellement au Vietnam une « nouvelle école » du droit qui voit le droit comme une science, une recherche de règles fondamentales de la société sans être conditionnées par le régime politique[40].

---

[37] La volonté de construire un Etat de droit a été instaurée depuis une quinzaine d'années. Pendant la première période, la notion de l'Etat de droit (socialiste) se limitait à l'idée de gouverner le pays par loi, c'est-à-dire faire des lois dans tous les domaines. Ce changent de politique relatif à la construction d'un Etat de droit a été fait dans l'objectif de répondre à des normes internationales. Cependant, les lois ne sont pas toujours effectives, les droits individuels ne sont pas protégés. Actuellement, nous rentrons dans le deuxième stade où la doctrine propose l'acception plus large de la notion de l'Etat de droit et son interprétation moins politisée. Voir aussi la notion de l'Etat de droit, CROUZATIER Jean- Marie, " La justice et la vertu, les fondements de l'ordre politique et juridique selon la tradition confucéenne » in Droit et religions en Asie du sud-est, sous la direction de CROUZATIER Jean- Marie, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2002, p. 232 et s.

[38] La notion des droits de l'Homme doit être définie dans un contexte social, culturel, politique. Voir Minh Anh, « les droits de l'Homme sont attachés à peuple et à la souveraineté » site web du Parti communiste http://dangcongsan.vn/cpv/Modules/News/NewsDetail.aspx

[39] Ngô Huy Cương, La démocratie et la loi relative à la démocratie, Maison d'édition Tu phap, 2006, p. 65 ; Nguyen Xuan Tung, « *les droits naturels et le système du droit socialiste actuel* », http://moj.gov.vn (site du ministère de la justice, rubrique : échanges) ; Bùi Ngọc Sơn, « *législation dans un Etat de droit* » Revue de la recherche législative n° 1/2005 p. 71

[40] L'auteur Nguyen Xuan Tung, un juriste comparatiste, a contribué plusieurs articles sur les droits naturels. Il analyse les notions telles que les droits fondamentaux, l'Etat du droit à la lumière des droits naturels

L'ambition de construction d' « un *Etat de droit socialiste sous la direction du parti communiste* »[41] a amené le Parti communiste vietnamien à élaborer une stratégie de réforme judicaire planifiée jusqu'en 2020[42]. Ce projet a été élaboré avec la concertation des organismes concernés et qui doivent à leur tour exécuter les engagements dans la réalisation de la réforme. C'est dans la Résolution 49-NQTW du 2 juin 2005 que nous trouverons de grands objectifs de la réforme judiciaire. Les axes de la réforme judicaire sont: élaborer les mesures alternatives aux peines d'emprisonnement; renforcer le rôle des parties dans la procédure civile afin de réduire l'intervention de l'Etat[43]; réorganiser les tribunaux et de renforcer l'indépendance du pouvoir judicaire[44] ; mais aussi de renforcer le rôle de l'avocat dans le système judicaire, de redéfinir le rôle du ministère public[45]; renforcer l'efficacité de l'exécution des jugements[46]; limiter les injustices causées par l'ensemble de l'appareil étatique, par le régime de réparation de préjudice par l'Etat et d'inciter la presse et tous les organismes à dénoncer les défaillances du système judicaire ou administratif. Ces objectifs sont très louables mais ils sont très loin d'être atteints. Chaque année, le Parti élabore des résolutions détaillées en fonction aussi de l'évolution des solutions mise en place, des études effectuées, des avis des professionnels. Au niveau central et local, on organise des réunions pour faire des inventaires de ce que l'on a pu réaliser et de ce qui reste à réaliser par rapport aux objectifs fixés par la Résolution 49-NQTW. La méthode de travail parait intéressante mais en réalité, ces inventaires n'apportent pas toujours des informations fiables.

Suite à la Résolution 49-NQTW, en matière pénale, certaines règles ont été modifiées ou crées en accordant davantage des droits de la défense de la personne mise

---

[41] Le Parti communiste continue à utiliser la formule d'« Etat de droit socialiste », les juristes et les chercheurs préfèrent l'expression d'« Etat de droit ».

[42] Au Vietnam, le Parti communiste garde toujours le rôle de direction du pays reconnu par la Constitution. Nous avons vu l'échec de l'ex URSS de vouloir transférer du pouvoir du Parti vers l'Etat en 1990, il a perdu le pouvoir définitivement.

[43] Dans le passé, le ministère public participait à chaque procès civil.

[44] Actuellement les tribunaux comme tous les organes administratifs sont organisés aux trois niveaux territoriaux : district, province, central. Cette organisation crée des conflits dans le partage de compétences entre les tribunaux et leur dépendance vis-à-vis des administrations locales.

[45] Renforcer le rôle du ministère public en tant qu'organe de poursuite

[46] Actuellement, les organes en chargés de l'exécution des jugements sont attachés au ministère de la police, les tribunaux n'ont aucun contrôle sur l'exécution de sentences.

en examen. Le droit à l'indemnisation de la détention provisoire et la mise en place de la responsabilité personnelle des autorités participant à la procédure ont été également faits dans ce contexte. Bien que les lois ne soient pas toujours appliquées, elles créent au moins la conscience de la gravité de la détention provisoire. Il y a actuellement un projet de réforme du Code de procédure pénale qui sera discuté en 2014 à l'Assemblée nationale.

En matière de détention provisoire, l'opposition entre le droit français et le droit vietnamien est aussi flagrante. Le Code de procédure pénale français élabore un régime de détention provisoire très sophistiqué alors que le Code de procédure pénale vietnamien y consacre très peu d'articles. Les autres dispositions concernent directement ou indirectement la détention provisoire se trouvent éparses dans les décrets et les circulaires. Il y a plusieurs explications de ce manque de règles du droit, d'ordre culturel, juridique et politique. D'un point de vue culturel, le Vietnam, dans sa tradition, n'accorde qu'un rôle limité à la loi dans la société[47]. Du point de vue juridique, le droit est conçu, non pas comme un dispositif de limitation du pouvoir de l'Etat mais comme un moyen d'organisation rationnelle de l'Etat et de normalisation de ses rapports avec les administrés. Les textes de loi ont des caractères de guide de conduite plutôt que de normes. D'un point de vue politique, l'imprécision et l'absence des règles correspondent à la volonté du législateur de laisser aux personnes qui appliquent la loi un choix discrétionnaire.

Le régime de la détention provisoire sophistiqué en droit français est le résultat d'un long processus ; le triomphe de la doctrine *légaliste* sur celle de *l'opportunisme*. Dans le passé, sous l'égide du Code d'instruction criminelle de 1808, le législateur n'exigea aucune condition en cas de placement en détention préventive lorsque celle-ci était obligatoire à l'égard de certaines catégories de personne (récidivistes, vagabonds…). Ce dernier s'en remettait à la discrétion du juge, à son amour du devoir, et à son sentiment de la responsabilité. Au XXème siècle encore, la doctrine française

[47]CARDONA David, « Essai d'explication de l'influence actuelle des modèle politiques et juridiques occidentaux dans deux pays indochinois quand les cheveux de Ladoga de noient dans le Mékong » p. 108 in Mutations du droit public en Asie du Sud-Est : influences extérieures et adaptations, sous direction de Crouzatier Jean Marie, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2001

avait la conviction qu'on ne pouvait faire autrement que laisser au juge d'instruction le pouvoir de décider librement. Faustin HELIE a ainsi écrit: « *Les règles générales sont impuissantes dans cette matière »*[48]. Le droit français témoigne d'une mutation importante en matière pénale. Un mouvement remarquable du droit pénal français au XXème siècle est l'attribution de nouveaux droits procéduraux traduisant la volonté de rééquilibrer les différents intérêts en présence. Les garanties des droits des personnes privées de liberté sont, sans doute, liées à l'évolution de la finalité du procès pénal. La recherche de la vérité ne semble plus la valeur absolue de la justice pénale, elle est en concurrence permanente avec la protection des droits de l'homme que la société juge essentielle. Les droits individuels sont parfois mis en avant, parfois mis de côté par leur rival, la sécurité.

Il faut attendre l'adoption de la loi du 6 juillet 1970 qui a légiféré pour la première fois sur les motifs de la détention provisoire parce que la liberté de l'inculpé est devenue le principe et sa détention l'exception. Ensuite, la détention provisoire a connu de très nombreuses modifications. Elle a été révisée par les lois des 6 juillet 1989 et 30 décembre 1996. Bien plus, les lois du 4 janvier 1993 et du 15 juin 2000, au-delà de la détention provisoire, ont transformé sensiblement le schéma des enquêtes policières et de l'instruction qui sont devenues beaucoup plus contradictoires. Mais jugée trop favorable aux personnes mises en examen, la loi du 15 juin 2000 a été modifiée à plusieurs reprises par les lois du 4 mars 2002, du 9 septembre 2002, du 18 mars 2003. Le résultat de ces réformes est que le législateur a accru les formalités de la détention provisoire telle que le débat contradictoire, le référé- liberté etc. Pour suivre cette évolution législative en matière de détention provisoire, la Cour de cassation, de son côté, a renforcé le contrôle de la légalité qu'elle avait refusé auparavant[49]. L'évolution de la procédure pénale française notamment au stade de l'instruction est accélérée par l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme. Après une période de résistance, le système français a intégré dans sa propre tradition les notions telles que le procès équitable, le délai raisonnable[50]. Par ailleurs, la réforme

---

[48] HELIE Faustin, op. cit n° 1964

[49] La Cour de cassation a refusé à une époque de contrôler la légalité de la détention provisoire en considérant que la motivation était une question de fait, Cass. Crim., 13 juin 1968, Bull. n° 194.

[50] Ministère de la justice, « La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme », La documentation française, Paris 2001 p. 97

récente de la Constitution permettant à la personne mise en cause ou tout citoyen de contester la constitutionalité d'une disposition législative par l'intermédiaire des juridictions judiciaire ou administrative[51]. Le Conseil constitutionnel a déclaré certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière de la détention provisoire contraire à la Constitution.

L'histoire de la détention provisoire en droit vietnamien semble suivre le même chemin. Lorsque la procédure pénale était de type accusatoire, la privation de liberté du suspect et l'accusateur se faisaient rare et dans le seul but de garantir leurs présences à l'audience. Elle a commencée à être pratiquée réellement à partir de la colonisation française (à partir de 1858). La codification des Codes de procédure pénale en Indochine était fortement influencée par le système du Code de l'instruction criminelle de 1808. Après la guerre d'Indochine, l'arrestation des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction a été régie par quelques décrets – lois du 20 mai 1957, du 18 juin 1957. Il fallut attendre jusqu'en 1989 pour voir la promulgation du premier Code de procédure pénale, que l'on peut qualifier d'élémentaire : le manque de règles en matière de détention provisoire et de garde à vue semble flagrant. Et si les règles existent, elles sont souvent floues. Cela laisse croire que le législateur a opté délibérément pour la théorie *opportuniste* au lieu de la pensée *légaliste*. Les réformes actuelles de la procédure pénale vont davantage détailler les conditions et les garanties de la détention provisoire.

Malgré toutes ces divergences, la détention provisoire a une place primordiale en droit français et en droit vietnamien. Ces deux systèmes font partis de systèmes pénaux où la recherche de la vérité est le fondement de la procédure pénale qui nécessite davantage la présence et la participation du suspect à l'instruction[52].

---

[51] Constitution portée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 (2008-724) a notamment modifié l'article 61.1 de la Constitution. La procédure de la question prioritaire de constitutionalité (QPC) est entrée en vigueur le 1er mars 2010 en application de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 et du décret 148 du 16 février 2010.

[52]GARAPON Antoine et PAPADOPOULOS Iaonnis, op. cit p. 123

§4 Conditions du placement en détention provisoire, problématique

Le législateur vietnamien ne définit pas la détention provisoire, il la classe simplement parmi les mesures de prévention. L'Article 79 du Code de procédure pénale vietnamien dispose : «*Afin d'empêcher la commission d'une infraction qui est en train de se commettre ou lorsqu'il existe des indices laissant penser que la personne mise en examen va commettre des actes rendant plus difficile le déroulement de la procédure pénale ou qu'elle continue à commettre des infractions, l'organe d'enquête, le Parquet et le Tribunal peuvent prendre des mesures de prévention telles que l'arrestation, la garde à vue et la détention provisoire, l'interdiction de quitter le domicile, la caution personnelle, la caution »*.

En matière criminelle, la détention provisoire n'est soumise à aucun motif. Par contre, en matière correctionnelle, la détention provisoire doit être justifiée par la *nécessité de l'enquête ou à la finalité préventive.* L'article 70 al. 2 du Code de procédure pénale vietnamien dispose que « *la détention provisoire n'est possible que s'il existe des indices laissant penser que l'inculpé va prendre la fuite, empêcher l'enquête, la mise en accusation, le procès, ou renouveler l'infraction* ». La détention provisoire n'est pas décidée par une autorité judicaire mais par l'organe d'enquête qui est un organe attaché au ministère de la police. Ainsi, les décisions relatives à la détention en droit vietnamien sont de simples décisions policières alors qu'en droit français ce sont des ordonnances juridictionnelles. Bien que la détention provisoire soit soumise à l'approbation du ministère public, son contrôle reste très artificiel.

En droit français, la détention provisoire est décidée par l'autorité judicaire, c'est-à-dire les juges. Jusqu'à la loi du 15 juin 2000, la compétence de la détention provisoire était constamment attribuée au juge d'instruction. Cette loi a crée un juge spécial pour le placement en détention provisoire et sa prolongation, appelé juge des libertés et de la détention. Néanmoins, le juge d'instruction a toujours un rôle important en matière de détention, peut décider à tout moment de mettre l'intéressé en liberté. Le placement en détention provisoire ainsi que sa prolongation ou le refus de mise en liberté doivent être motivés conformément aux motifs énoncés par l'article 144 du Code de procédure pénale qui répondent à la nécessité de l'instruction et aux motifs de sécurité. Par ailleurs, depuis la loi du 15 juin 2000, le juge des libertés doivent également motiver l'insuffisance du contrôle judicaire.

En droit français et en droit vietnamien, la détention provisoire n'est possible qu'à l'encontre des personnes mises en examen (art. 143-1 C.P.P.F et 126 al. 1 du C.P.P.V.N). Un simple suspect ne peut pas faire l'objet de cette mesure. La mise en examen en droit français est soumise aux conditions de l'existence d'indices graves ou concordants laissant penser que la personne a commis une infraction (art.80, 137 C.P.P.F). En droit vietnamien, la mise en examen est soumise aux conditions de l'existence d'*indices suffisants déterminant que l'intéressé a commis une infraction* (art. 126 al. 1 du C.P.P.V.N). Si le législateur français traduit la vraisemblance des indices de culpabilité par la notion « des indices graves ou concordants », celui du Vietnam l'exprime par celle d' « indices suffisants ». En effet, ces deux notions sont formulées de manière différente mais très proches l'une de l'autre.

L'indice est défini par le dictionnaire Littré comme « *signe apparent et probable que quelque chose existe* »[53]. Juridiquement, l'indice est l'élément de preuve consistant en un fait, événement, objet, trace…dont la constatation fait présumer l'existence du fait à démonter et qui se rattache aux présomptions de l'homme. Il est vrai que l'indice est quelque chose que l'on peut montrer avec les doigts (*mot latin indicum vient de l'index, c'est – à –dire montrer du doigt*). Mais rien ne nous permet d'affirmer que la notion d'indice en droit pénal exclut les éléments psychologiques tels que le comportement, l'attitude…de l'intéressé. Bien au contraire, les auteurs anciens ont toujours admis les indices éloignés, c'est-à-dire des indices indirects du fait à démontrer. Ils distinguent deux sortes d'indices : manifestes et prochains en raison de la probabilité avec les faits à démontrer. Le Code de procédure pénale français utilise le terme « indices graves ou concordants ». Selon les professeurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON l'« *indice s'entend de tout ce qui, sans fournir une preuve immédiate, rend possible le fait recherché* » qui peut être une dénonciation, une attitude, une trace, etc.[54]

Il faut distinguer les « indices graves ou concordants » des indices simples. Ces derniers ne dégagent pas la vraisemblance de la culpabilité. Si les indices simples émanent seulement une probabilité de culpabilité, les indices graves ou concordants font apparaitre sa vraisemblance. Les indices simples ne suffirent pas pour qu'une personne soit placée en détention provisoire. La mise en examen apparaît alors comme un

[53]LITTRE , *Dictionnaire de la langue française, Gallimard/ Hachette* 1966, V° Indice

[54]CONTE (Ph) et MAISTRE DU CHAMBON (P), *loc. cit.* n°49

préalable à la mise en détention provisoire. Les indices graves ou concordants sont bel et bien des indices de culpabilité. Toutefois, le juge d'instruction n'apprécie pas la culpabilité du suspect, ce qui appartient aux tribunaux, il apprécie uniquement la vraisemblance de celle-ci[55]. Il faut distinguer donc les indices de charges et de preuve. Au point de vue procédurale, nous ne pouvons qualifier en éléments en « charges » qu'à la fin de l'instruction. Le législateur français construit les paliers de vraisemblance de culpabilité en fonction des étapes de l'instruction.

La question est de savoir si la vraisemblance de culpabilité doit être renforcée en cas de placement en détention provisoire. Cette question a fait l'objet des débats parlementaires sur la loi du 15 juin 2000[56]. L'amendement n° 15 du projet de loi, présenté par le gouvernement proposé que la détention provisoire ne serait possible que dans le cas de la mise en examen obligatoire, c'est-à-dire en présence *d'indices graves et concordants* (condition cumulative)[57]. Dans le même sens, les sénateurs ont souhaité distinguer des « *indices précis* » pour la mise en examen, et des indices « *graves et concordants* » pour le placement en détention provisoire. Finalement, la Commission paritaire a adopté l'expression des indices « *graves ou concordants* » permettant à la fois la mise en examen et la détention provisoire. La Commission a aussi justifié son choix par le fait que l'exigence des indices « *graves et concordants* » semblait contraire au principe de la présomption d'innocence[58]. Bien que l'appréciation du juge d'instruction des indices de culpabilité soit soumise au contrôle de la chambre de l'instruction par voie d'annulation, la formule d' « indices graves ou concordants » permet au juge d'instruction une certaine liberté d'appréciation (art. 80- 1 al. 2 C.P.P.F, issu de la loi du 15 juin 2000).

Si nous considérons que la vraisemblance de culpabilité est une clé pour limiter la détention provisoire injustifiée, comment faut élaborer des règles ? Le droit français,

---

[55]CONTE (Ph) L'apparence en matière pénale, Thèse Grenoble 1984 p. 10 et s.

[56] Assemblée nationale, Rapport n° 1468 p. 21 et s.

[57]La mise en examen est facultative s'il existe des indices graves ou concordants (conditions alternatives), idem

[58]Le rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles de la législation e de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par le sénat, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droit des victimes, par Mme Christine LAZERGES, p. 54, site Internet : *www. assemblée nationnale.fr*

malgré un système très sophistiqué n'a pas pu épargner à des personnes innocentes la détention provisoire. Il existe des maillons faibles dans ce système qui n'ont pas été étudiés pour différentes raisons idéologiques, ou de culture juridique. Pendant longtemps, les juristes français refusent de mettre le lien entre la vraisemblance de culpabilité et la détention provisoire alors que c'est peut-être la clé de la protection des personnes innocentes. La plupart refuse de parler de la présomption de culpabilité au stade de l'instruction bien qu'elle existe. Ce n'est pas une présomption légale mais une présomption du juge. Par ailleurs, le poids des principes instaurés par la Chambre criminelle empêche de faire le lien entre la vraisemblance de culpabilité et la détention provisoire. Il est ainsi interdit au détenu d'invoquer la vraisemblance de culpabilité lors d'un appel contre la mise en détention provisoire en raison de la théorie de l'objet unique.

Il est regrettable que la loi n'oblige pas le juge des libertés et de détention à se pencher sur la réunion des indices au moment du placement en détention provisoire, de sa prolongation et du refus de la demande de mise en liberté. Cela devrait l'être car la loi du 15 juin 2000 a crée le juge des libertés et de détention dans l'objectif qu'il porte un double regard sur la nécessité de la détention provisoire ; pourquoi ne porte- il pas un double regarde sur les indices de culpabilité ? Après la décision de placement en détention provisoire, l'évolution des indices recueillis dans le dossier doit influencer la détention provisoire. S'il y des nouveaux éléments, le détenu doit pouvoir demander sa mise en liberté. L'examen de cette demande doit faire l'objet d'un débat contradictoire. En droit français, la personne détenue a le droit de demander sa mise en liberté à n'importe quel moment de la procédure sans que sa demande soit soumise à une quelconque condition. Cette règle conforte l'idée selon laquelle, la liberté est la règle. Mais en réalité, le juge d'instruction refuse systématique la demande, elle alourdit la procédure pénale sans apporter la protection à l'intéressé. Cette règle n'est pas très réaliste, d'où son in- effectivité. Selon Jean Carbonnier, l'ineffectivité agit comme régulateur de l'irréalisme[59].

Les législateurs français et vietnamien sont conscients de ce que le placement en détention provisoire de la personne mise en examen constitue un moment-clé de

[59] Jean Carbonnier, Flexible droit, LGDJ 2001, p.137 s.

l'instruction et de l'enquête[60]. Qu'elle suive immédiatement la mise en examen ou intervient ultérieurement, la détention provisoire marque une étape importante dans la procédure pour tous les acteurs du procès pénal : la personne mise en examen, les enquêteurs, le juge d'instruction et les parties civiles. Ainsi, cette mesure attentatoire à la liberté doit satisfaire à des conditions de fond strictes et à de nombreuses conditions de forme complexes ; les secondes assurent l'effectivité des premières.

S'agissant des règles de forme, les deux systèmes français et vietnamien ont des concepts très différents l'un de l'autre. Le législateur vietnamien, croyant à la loyauté et à l'impartialité des fonctionnaires (enquêteurs et procureurs populaires), ne leur impose que très peu de formalités au cours de l'enquête. De plus, l'absence de débat contradictoire au stade de l'enquête n'offre pas à l'intéressé l'occasion de discuter de la légalité de sa détention ainsi que l'opportunité de cette mesure. L'absence des recours devant une autorité indépendante contre toutes les mesures attentatoires à la liberté y compris la détention provisoire nous parait préoccupante. Nous constatons donc une véritable absence de règles de procédure qui ne garantit pas l'effectivité des règles de fond en droit vietnamien. Le système français a évolué dans la crainte de l'abus de pouvoir ; imposant donc au juge de nombreuses formalités lors de la mise en examen et du placement en détention provisoire. Les réformes récentes en droit français ont accentué les formalités en matière de la détention provisoire dans l'obsession de trouver l'équibre entre l'autorité judiciaire et les droits du suspect. ***Force est de constater que le droit français et le droit vietnamien exigent des conditions de fond communes relatives la détention provisoire (PARTIE 1). Cependant, les garanties contre la détention provisoire arbitraire restent très dissemblables (PARTIE 2).***

[60] Il n'existe pas l'instruction en droit vietnamien.

PREMIÈRE PARTIE. DES EXIGENCES COMPARABLES QUANT AUX CONDITIONS DU PLACEMENT EN DÉTENTION PROVISOIRE

La détention d'un individu durant l'instruction n'est qu'une mesure provisoire en attente d'une décision définitive sur sa culpabilité. Le droit civil et le droit pénal utilisent tous les deux les mesures dérogatoires en attente de la décision finale. En matière civile, les mesures provisoires sont souvent prises de manière urgente pour empêcher des dommages qui peuvent être occasionnés dans l'immédiat. Ainsi, le droit civil n'impose pas de vraisemblance entre les mesures provisoires et le droit allégué. En revanche, le droit pénal exige que les mesures lorsqu'elles portent atteinte à la liberté du justiciable aient un lien avec la finalité du procès pénal, c'est-à-dire déterminent la(les) personne (s) coupables pour l'infraction(s) commise(s)[61]. En conséquence, l'appréciation de la vraisemblance de culpabilité du suspect est le socle de base qui détermine des actes applicables à la personne concernée, entre autre la mise en détention provisoire.

Dans la plupart des études relatives à la détention provisoire, les auteurs distinguent de manière classique les conditions de fond et les conditions de forme du placement en détention provisoire. Pour eux, les conditions de fond de la détention provisoire consistent essentiellement à étudier les motifs de cette mesure, il est rare de voir invoquer la question de la vraisemblance de culpabilité sauf quelques exceptions[62].

---

[61] La notion du provisoire, V. MERLAND (L), *Recherche sur le provisoire en droit privé, Thèse, Presses* Universitaires d'Aix-Marseille 2001, n° 25 et s.

[62]Pratique du contentieux judicaire des libertés sous la direction d'Olivier Beauvallet, ed. Berger Levrault Paris 2010 n° 226, p. 121

Il est vrai qu'au regard de l'article 144 du Code de procédure pénale français, la nécessité de la détention provisoire est appréciée indépendamment de la vraisemblance de culpabilité. Dans cette partie, nous allons évidemment analyser les motifs de la détention exposés par l'article 144 du Code de procédure pénale. Nous avons constaté un certain malaise des chercheurs et des universitaires face au souci de faire le lien entre les indices de culpabilité et la détention provisoire ou tout simplement de parler de la vraisemblance de culpabilité avant le jugement, qui leur parait en contradiction avec la présomption d'innocence. Cependant, il est incontestable que les motifs de la détention se construisent sur l'hypothèse selon laquelle l'intéressé est probablement coupable. Ainsi nous estimons indispensable d'étudier la « construction de la vraisemblance de culpabilité » par la procédure de mise en examen. Les réformes récentes en matière de détention provisoire ne dissocient plus la détention provisoire et la vraisemblance de culpabilité de l'intéressé.

Le droit français et le droit vietnamien exigent communément que la vraisemblance de culpabilité de l'intéressé soit être établie au moment de sa mise en examen. Cette vraisemblance de culpabilité est exprimée par la formule « indices graves ou concordants » dans le Code de procédure pénale français, il est question d'« indices suffisants » dans le Code de procédure pénale vietnamien. Ces deux formulations, malgré leur variation, exigent nécessairement la qualité et la quantité des indices comme deux éléments indispensables formant la vraisemblance des indices de culpabilité. En présence d'indices de culpabilité, le législateur français donne au magistrat le choix de mettre ou de ne pas mettre en examen ; le législateur vietnamien impose la mise en examen obligatoire. **Quoi qu'il en soit, dans les deux systèmes, la détention provisoire ne peut appliquer qu'à la personne mise en examen (CHAPITRE 1). Encore faut-il que la détention provisoire soit justifiée par les motifs déterminés par la loi (CHAPITRE 2).**

CHAPITRE 1 : LA DETENTION PROVISOIRE, UNE MESURE UNIQUEMENT APPLICABLE AUX PERSONNES MISES EN EXAMEN

En droit français, la détention provisoire n'était applicable qu'à l'encontre de l'inculpé mais l'inculpation était peu encadrée rendant possible la détention des personnes innocentes. La loi du 24 août 1993 a disposé que la détention provisoire ne peut s'appliquer qu'à une personne mise en examen, c'est-à-dire, à une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a participé comme auteur ou complice à une infraction (ancien article 80-1). Néanmoins, la terminologie « des indices laissant présumer » ne symbolise pas la vraisemblance de culpabilité, elle est remplacée par celle d' « indices graves ou concordant » (loi du 15 juin de 2000). Bien que la vraisemblance de culpabilité ne soit pas invoquée au moment du placement en détention provisoire ; elle fait partie du socle des conditions de mise en place de cette mesure. C'est sur ce socle que le magistrat va apprécier la nécessité de la détention provisoire. Il est certain que l'apparence de culpabilité de l'intéressé doit être établie par le juge d'instruction au moment de sa mise en examen. Le législateur vietnamien exige, dès la promulgation du Code de procédure pénale de 1989, que la détention ne peut être décidée qu'à l'encontre des personnes déjà mises en examen ou des personnes accusées. L'article 126 dudit code définit la personne mise en examen comme un individu à l'encontre duquel il existe des « indices suffisants » déterminant qu'il a commis une infraction pour laquelle une enquête a été ouverte.

Nous constatons que l'appréciation des indices de culpabilité au moment de la mise en examen a une importance particulière car elle constitue un véritable basculement de la situation juridique de l'individu ; elle est la première clé qui ouvre la porte de la maison d'arrêt. La vraisemblance de culpabilité de l'intéressé évoluera dans le temps ; soit elle s'estompe, il retrouvera son innocence ; soit elle se renforce, il sera

envoyé devant la juridiction compétente pour être jugé. Cette appréciation de la vraisemblance de culpabilité jouera également son rôle pour la prolongation de la détention provisoire ou la libération de la personne détenue. Les réformes récentes de la procédure pénale française permettent à la personne détenue de contester les indices de culpabilité pour retrouver sa liberté.

En raison de l'importance majeure de l'appréciation des indices de culpabilité, nous consacrons une partie de notre étude à la procédure de mise en examen. Certains lecteurs peuvent penser que l'étude de la mise en examen est un travail hors sujet par rapport à la détention provisoire. Certes, il n'est pas habituel d'analyser la vraisemblance de culpabilité lors d'une étude sur la détention provisoire. Nous estimons que l'analyse de la mise en examen fait partie du sujet de la détention provisoire car la nécessité de cette mesure se base sur une hypothèse selon laquelle l'intéressé est probablement coupable. Par ailleurs, il est indispensable pour la personne mise en examen, et peut – être futur détenu, de maitriser la mise en œuvre de la suspicion contre elle afin de pouvoir se défendre efficacement : tout d'abord pour sauvegarder sa liberté et ensuite défendre son innocence. L'encadrement de la mise en examen est un élément clé pour garantir l'équilibre entre la recherche de la vérité et la protection des droits des individus[63]. Ainsi, le processus d'appréciation des indices de culpabilité doit être encadré et se dérouler contradictoirement. Il est donc indispensable de travailler en amont de la détention provisoire pour mettre en lumière la spécificité du système français et vietnamien***. Malgré les conséquences de la mise en examen, le législateur vietnamien attribue cette compétence à l'organe d'enquête et au ministère public qui sont tous les deux, la partie accusatrice du procès pénal (Section 2). Le législateur français, soucieux de l'impartialité de la personne qui prend la décision de mise en examen, confie cette tâche à l'autorité judiciaire[64] (Section 1).***

[63] CONTE (Ph), « Apparence en droit pénal », thèse Grenoble 1984 n°. 7

[64]Nous estimons nécessaire de conserver le statut du juge d'instruction pour garantir l'équilibre de la procédure pénale.

Section 1 : La mise en examen par l'autorité judiciaire en droit français

L'expression de « mise en examen » a été introduite dans le Code de procédure pénale français par la loi du 4 janvier 1993 en se substituant à l'ancien terme d'« inculpation »[65]. La mise en examen est un acte judicaire qui informe la personne poursuivie de l'existence d'indices faisant présumer sa participation aux faits sur lesquels le juge doit instruire ; cette information s'accompagne de la qualification juridique des faits sous laquelle ils sont provisoirement retenus. Si le mécanisme de l'inculpation reste inchangé, c'est sa nature juridique qui se transforme. En effet, pendant longtemps, l'inculpation était considérée comme un moyen pour octroyer les droits de la défense plutôt qu'une vraie accusation. L'inculpation n'était pas strictement soumise à la vraisemblance de culpabilité de l'intéressé. Le nombre important d'inculpations qui se terminent par un non - lieu a incité le législateur à établir des conditions plus rigoureuses de la mise en examen ; celle-ci a tout d'abord été soumise à l'existence des *« indices laissant présumer »* de la culpabilité de l'intéressé (ancien article 80- 1 de la loi du 24 août 1993) et ensuite à celle des « indices graves ou concordants rendant vraisemblable » sa culpabilité. ***Nous allons donc étudier tout d'abord les conditions de fond de mise en examen, c'est-à-dire, les indices rendant vraisemblable la culpabilité de l'intéressé (§1) avant de nous pencher sur les différentes voies ouvertes pour contester l'état de la mise en examen [66](§2)***

§ 1. Les indices de vraisemblance de culpabilité

Le Code de procédure pénale utilise l'expression « les *indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles (personnes mises en examen) aient pu participer comme auteur ou comme complice à la commission des infractions dont il (le juge d'instruction) est saisi* » (art.80-1). Nous l'avons résumé en « *indices rendant vraisemblable la culpabilité de l'intéressé* ». Il est délicat de d'utiliser le terme

[65] Ce changement terminologique est décidé dans le contexte où le législateur cherchait à renforcer le principe de présomption d'innocence, le terme d'inculpation signifie « imputer une faute », évoquerait, selon certains auteurs, la présomption de culpabilité.

[66] La personne mise en examen peut contester la décision de mise en examen par la requête en nullité et l'état de mise en examen par la demande de ne plus être mise en examen tout au long de l'instruction.

« culpabilité » au stade de l'instruction car cela prête à contradiction avec le principe de la présomption d'innocence. Nous précisions que nous ne discutons nullement de la culpabilité de l'intéressé mais seulement de sa vraisemblance. Le législateur exige un minimum de vraisemblance de culpabilité lors de la mise en examen ; qui est distingué de la vraisemblance résultant des indices graves et concordants interdisant au juge d'instruction d'entendre une personne comme témoin (art. 105 du C.P.P.F) et des charges suffisantes pour envoyer une personne devant une juridiction de jugement (art.184 C.P.P.F). L'expression « vraisemblance de culpabilité » que nous utilisons est perçue dans le sens de l'article 80-1 du Code de procédure pénale ; c'est- à - dire la vraisemblance de culpabilité résultant des indices graves ou concordants. Nous détaillons tout d'abord la notion d'indices graves ou concordants (I) avant d'analyser son appréciation par le juge d'instruction (II)

I. La notion d'indices graves ou concordants

Le Code de procédure pénale invoque plusieurs fois le terme d' « indice » et des termes très proches de celui d'indice. Son article 53 conditionne l'ouverture de l'enquête de flagrant délit à l'existence des *indices, laissant penser que la personne a participé au crime ou au délit.*[67]. La Cour de cassation qualifie ces indices d'« indices apparents » laissant penser que la personne a commis un crime ou un délit. En raison de l'urgence de la situation de flagrant délit, la jurisprudence a admis une certaine subjectivité dans l'interprétation des « signes apparents »[68]. Le Code de procédure pénale utilise l'expression « *raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit* » justifiant la garde à vue (art. 62-al.1 C.P.P.F) et le contrôle d'identité (78-2 du C.P.P.F). Cette expression, assez vague, provient de la Convention européenne des droits de l'homme[69]. Pour la doctrine dominante, les simples soupçons ne suffisent pas pour justifier ces mesures, ils doivent

[67] Article 53 al. 1 du C.P.P.F « *Est qualifié crime ou délit flagrant le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit* ».

[68]Cass. Crim 5 septembre 2007 n° 06-88.017

[69] CEDH, art.5 1.c

être accompagnés par des indices[70]. C'est aussi dans ce sens que la Cour européenne des droits de l'homme exige que les soupçons plausibles doivent fonder sur des faits ou des informations concrètes[71]. En bref, la notion d'indice et les raisons plausibles de soupçonner sont des notions très proches.

Le Code de procédure pénale ne définit pas la notion d'indice et moins encore sa gravité et sa concordance. Dans le langage courant, l'*indice* est défini comme un « *signe apparent et probable qu'une chose existe* »[72]. D'origine latine, l'*indice* vient d' « *index* » qui signifie l'objet que l'on peut montrer du doigt ; donc quelque chose de matériel. En ce sens, le dictionnaire du Vocabulaire juridique définit l'indice comme un « *élément de preuve consistant en un fait, événement, objet, trace…dont la constatation fait présumer l'existence du fait à démontrer et qui se rattache aux présomptions de l'homme* »[73]. Le Professeur LEVASSEUR explique que « *les indices sont des faits matériels dont l'existence est établie et qui, sans valeur démonstrative par eux- mêmes, peuvent rapprocher les uns des autres, permettre de parvenir à la conviction que tel ou tel événement dont l'existence n'est pas établie autrement s'est bien réalisé, et de présumer par conséquent cette réalisation* »[74]. Beccaria a été le précurseur de l'idée légaliste selon laquelle le législateur devrait établir lui-même la liste des indices qui permettaient le placement en détention provisoire. Trop rigide, cette idée n'a pas réellement séduit les pénalistes ; nous avons donc très peu d'écrit sur les indices en matière pénale. En absence d'une doctrine élaborée sur la manière d'interpréter les indices, les auteurs appellent finalement à l'expérience du juge pour mesurer, peser, estimer judicieusement la probabilité entre les indices et la vérité[75].

---

[70] Fabrice Defferrard, Le crime et le soupçon, « Réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale », Dalloz 2001 p. 2692

[71] CEDH 30 Aout 1990, *Fox, Campelle et Hartley c/ Royaume –Uni*

[72] Le petit Robert, V. Indice,

[73]Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, op.cit V. Indice

[74] LEVASSEUR (G), « La régime de la preuve en droit répressif français », dans *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, 3ème colloque du département des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 9 sq., spéc. p. 30

[75]AUBRY (Ch) et RAU (Ch) , Cours de droit civil français, Tome XII, 5 ed par E. Bartin, Juris-Classeur, Paris, 1922, § 749 ; F. Gény, Science et technique du droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Tome III, Sirey, Paris, 1921, n° 232, p. 279.

En droit pénal, la notion d'indice semble être comprise dans un sens assez large. Selon le Professeur Philippe Conte, l'indice est une catégorie extrêmement vaste puisqu'il absorbe les autres modes de preuves. Tout peut être un indice : une dénonciation, une attitude, une trace, etc.[76] Les indices sont neutres car ils ne tranchent pas, ils peuvent devenir des preuves si le magistrat leur attribuent une valeur. L'exemple type est la trace ADN du suspect que l'on trouve sur la victime ou le lieu du crime. Au stade de l'enquête, cela permet simplement de présumer que le suspect était en contact avec la victime ou était présent sur le lieu de crime. Ces indices peuvent se transformer en preuves s'il existe d'autres éléments qui permettent d'établir le lien entre le suspect et le crime. Il est vrai que l'indice se définit moins par son contenu que par l'opération intellectuelle qu'on lui rattache : la présomption[77]. La présomption judicaire encore appelée présomption de fait[78] est le passage du connu (indice constaté) à l'inconnu (fait en cause). Le travail du juge consiste à estimer à partir des indices qui lui sont présentés s'il existe une probabilité telle qu'elle laisse répondre positivement à la question de savoir si tel fait existe[79]. Les indices sont des supports sur lesquels travaille la technique de présomption pour arriver aux conclusions relatives au déroulement des faits et à l'existence des éléments, matériels ou psychologiques de l'infraction[80]. Ainsi, aucun auteur n'exclut les éléments de nature psychologique, tels que l'attitude, le comportement (…) des indices. Néanmoins, il est difficile d'admettre que ces éléments psychologiques puissent constituer à eux seuls des indices de culpabilité ; ils peuvent l'être combinés avec d'autres indices matériels

Le Code de procédure pénale ne se prononce pas sur la nature matérielle ou non des indices laissant penser que la personne a commis une infraction, ce qui est conforme au principe de la liberté des preuves en matière pénale selon lequel la preuve pénale est apportée par tous moyens. Néanmoins, le juge d'instruction ne peut pas avoir recours à

---

[76] CONTE (Ph) et Maistre du Chambon (P) , Procédure pénale, 4e ed. A. Colin, Dalloz, Paris, 2002, n° 49,

p.32

[77] *Ibid., p. 32*

[78] Distinguée de la présomption légale qui est déterminée par la loi

[79] J. Ghestin et G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil,* Introduction générale, n° 717, p. 701

[80] LEVASSEUR (G), « La régime de la preuve en droit répressif français », op.cit p. 30

tous les moyens pour établir la culpabilité de l'intéressé. Dans un arrêt du 29 janvier 2003, la Cour de cassation a estimé que le juge d'instruction ne doit pas avoir recours aux expertises psycho-criminologiques dont l'objet serait de faire établir par un psychologue la compatibilité de la personnalité d'un mis en examen avec le crime commis[81]. Nous sommes si soucieux de la nature des indices (matérielle ou immatérielle), c'est parce que les indices matériels permettent de présumer de manière plus directe des faits inconnus. Or, les indices psychologiques sont souvent équivoques et peuvent donner lieu à de multiples interprétations. A la vérité, la question à laquelle la procédure pénale s'intéresse, ce n'est pas tellement la nature de ces indices mais plutôt comment les interpréter. Puisque l'indice est, par définition, une chose qui peut en faire entendre une autre, comment arriver à trouver « la chose » que les indices font entendre ? La majorité de la doctrine commande un procédé d'appréciation *objective*. C'est-à-dire que l'appréciation des indices ne doit pas faire intervenir des éléments affectifs ou personnels[82]. Autrement dit, toute personne se trouvant devant ces éléments, devrait reconnaître le lien entre les indices recueillis et la vraisemblance de la culpabilité à établir. Ce processus intellectuel rigoureux distingue l'indice du simple soupçon. Dans cette logique, l'appréciation de la concordance ou de la gravité des indices doit respecter les mêmes règles. Cependant, il est très difficile d'exclure les éléments subjectifs dans l'appréciation des indices.

L'article 80- 1 du Code de procédure pénale exige simplement la gravité ou la concordance des indices de culpabilité pour justifier la mise en examen ; ces deux qualités ne sont pas cumulatives. S'il est assez aisé de comprendre en quoi consiste la concordance des indices, la gravité de ceux–ci semble, en revanche, plus difficile à saisir. La concordance, selon le dictionnaire Larousse est la « conformité de deux ou plusieurs choses entre- elles »[83]. Le terme concordance suppose qu'il existe plusieurs indices et qu'il n'y pas de contradiction entre eux. En ce sens, la Cour de cassation a estimé que les indices ne sont pas concordants lorsque les déclarations du témoin sont contraires aux résultats de l'autopsie[84]. Par contre, elle a considéré qu'il y avait concordance lorsqu'il existe l'indice matériel de la présence de l'intéressé sur le lieu des

[81] Cass. crim., 29 janv. 2003, Bull. crim., n° 22.

[82]Le petit Larousse V. Objectif

[83] Le petit Larousse V. Concordance

[84] Cass. crim 24 avril 1975 Com. MAYER- JACK (A), n° 18727- 18

faits et l'impossibilité pour la personne de préciser son emploi du temps au moment des faits, sa reconnaissance par d'autres témoins[85]. Dans la plupart des mises en examen, les juges d'instruction se réfèrent à la notion de la concordance des indices. En effet, au début de l'instruction, souvent le juge d'instruction n'est pas encore en possession des indices graves, sauf dans le cas de flagrant délit, ou lorsque le suspect a avoué. Appliquant strictement la loi, la jurisprudence exige la vraisemblance minimale de la culpabilité c'est-à-dire, grave ou concordante. En présence des indices moins graves, la Chambre criminelle exige la pluralité des indices. Elle a estimé que le juge d'instruction ne peut mettre en examen une personne alors qu'il existe un seul indice de culpabilité résultant de sa mise en cause par la victime ou par un témoin, dès lors que cette mise en cause n'est pas circonstanciée[86].

S'agissant de la gravité des indices, nous nous interrogerons sur la question de savoir quels en sont les critères. Les auteurs anciens ont établi la gravité des indices par le lien avec les faits à établir. Si ce lien est direct, les indices sont nommés « manifestes ou prochains », qui permettent de torturer le suspect et de le condamner à des peines pécuniaires[87]. Ces indices étaient par exemple, l'achat par l'accusé des instruments qui ont servi à commettre le crime, la saisie de ces instruments à son domicile, l'inimitié que l'accusé portait à sa victime etc. En revanche, si les indices n'ont qu'un lien éloigné des faits à établir, ils sont dits des *indices « légers »* ; citons par exemple : l'inconstance des discours de l'accusé, le tremblement de sa voix, le trouble de son esprit, sa taciturnité, sa mauvaise réputation, et sa physionomie. Autrement dit, les indices psychologiques sont moins graves que les indices matériels mais les indices « attitudes » peuvent parfois influencer la décision du juge s'ils sont concordants avec d'autres. La gravité des indices se contient dans ses sources ; ainsi le témoignage, l'aveu, l'accusation n'ont pas les mêmes valeurs. La Cour de cassation accepte que la mise en examen puisse résulter d'un aveu même s'il n'est pas circonstancié[88]. Cette jurisprudence est conforme à l'idée concernant l'aveu en matière pénale : il est laissé à la libre appréciation des juges et quelles que soient les circonstances dans lesquelles l'aveu

[85] Cass. Crim 15 janvier 2003 pourvoi n° 02- 84. 490

[86] Cass. Crim., 18 déc. 1963, Bull. Crim. n°367 ; 13 Juillet 1971, Bull. crim n° 230 ; 5 mars 1985, Bull. crim n° 102, 4 février 2003, pourvoi n° 03- 82. 087

[87] ESMEIN (A), op. cit p. 279 et 280 ; GARRAUD, *op. cit* p. 276

[88] Cass. crim. 17 oct. 2001, pourvoi n° 01-85.043

a été recueilli[89]. Par contre, le témoignage de la victime ou du témoin n'est pas considéré comme grave s'il n'est pas circonstancié[90].

L'étude de la jurisprudence démontre que ces deux notions, la gravité et la concordance des indices sont très proches. En effet, la plupart des arrêts de la Chambre criminelle concerne la notion d' indices évoqués à l'article 105 du Code de procédure pénale interdisant au juge d'instruction d'entendre comme témoins les personnes contre lesquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont il est saisi. Il existe probablement un lien intrinsèque entre la gravité et la concordance des indices. C'est peut être la raison pour laquelle les sénateurs ont souhaité, d'ailleurs, lors d'un débat parlementaire que les indices soient à la fois graves et concordants pour justifier la mise en examen[91]. Mais le législateur n'a pas adopté cet amendement, laissant ainsi au juge d'instruction une grande liberté d'appréciation. La distinction entre les « indices graves ou concordants » et « les indices graves et concordants » semble plus théorique que pratique. La frontière entre ces deux de degrés de vraisemblance de culpabilité parait floue. En effet, plusieurs auteurs confondant « les indices graves ou concordants et les indices graves et concordants », ont écrit que la mise en examen est soumise aux conditions des indices graves et concordants.

II. L'appréciation souveraine du juge d'instruction des indices de culpabilité

L'appréciation souveraine du juge d'instruction concerne, d'une part, les indices graves ou concordants et d'autre part le moment de la mise en examen. La création du statut du témoin assisté, lui permet de maitriser le moment de la mise en examen notamment lorsqu'il souhaite entendre une personne contre laquelle il existe des indices de culpabilité. C'est le cas de toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif du procureur (art. 113-1 CPPF), toute personne visée par une plainte ou mise en cause par la victime ou par un témoin (art. 113-2 CPPF). Depuis la loi du 15 juin 2000, le juge d'instruction n'est plus obligé de mettre en examen ces personnes lorsqu'il souhaite les entendre.

---

[89] L'aveu est très encadré en matière civile, si l'aveu est fait dans le cadre de l'instance, il est indivisible et irrévocable s'imposant aussi bien au juge qu'aux parties

[90] Cass. Crim., 18 déc. 1963, Bull. Crim. n° 367 ; 13 Juillet 1971, Bull. crim n° 230 ; 5 mars 1985, Bull. crim n° 102, 4 février 2003, pourvoi n° 03- 82. 087

[91] Loi du 15 juin 200 débat à l'Assemblée nationale, Rapport n° 1468 p. 21 et s

Avant d'analyser le processus d'appréciation de la gravité ou de la concordance des indices recueillis, nous nous poserons la question de savoir si le juge d'instruction chargé du dossier doit apprécier personnellement des indices et les observations du suspect. Autrement dit, peut-il déléguer la mise en examen. Pour répondre à cette question, il faut savoir si la mise en examen est une décision juridictionnelle ou non. En effet, le magistrat ne peut déléguer un pouvoir juridictionnel. La mise en examen n'est pas une ordonnance juridictionnelle au sens strict par ce qu'elle n'est pas susceptible d'appel et qui n'est pas soumise à motivation. Néanmoins, la mise en examen présente par nature un caractère quasi juridictionnel ; elle tranche la question de vraisemblance ou non de la culpabilité du suspect[92]. Par ailleurs, les dispositions de la loi du 5 mars 2007 renforcent le caractère juridictionnel de la mise en examen par la motivation de la persistance des indices graves ou concordants[93]. Cependant, en raison de la distance ou d'autres raisons de disponibilité, rien n'empêche le juge d'instruction chargé du dossier de déléguer à son collègue l'interrogatoire de première comparution et d'autres actes. Le juge délégué transmettra les informations au juge d'instruction pour qu'il apprécie les éléments du dossier et procède à la mise en examen lui - même.

L'appréciation par le juge d'instruction des indices de culpabilité est un long processus ; elle se concrétise par la décision de mettre en examen ou non la personne concernée à la fin de l'interrogatoire de première comparution. Avant cet interrogatoire, le juge d'instruction dispose déjà d'un certain nombre d'éléments pour l'aider à prendre une décision finale. Depuis la loi du 15 juin 2000, le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen qu'après avoir préalablement entendu la personne concernée ou l'avoir mise en mesure de l'être (art. 80-1 al. 2)[94]. Avant cette loi, le processus était inversé, c'est-à-dire il faillait être mis en examen pour être interrogé. Nous estimons que l'interrogatoire obligatoire avant la mise en examen est indispensable, car il permet au juge de vérifier la concordance des indices recueillis. Quand au témoin assisté, le juge d'instruction n'a pas besoin de l'entendre à nouveau pour procéder à sa mise en examen. Néanmoins, il peut demander à être à nouveau entendu et le magistrat instructeur doit procéder à son interrogatoire (art. 113-8). A l'heure actuelle, le juge

---

[92] GUERY (Ch) , CHAMPON (P) , Droit et pratique de l'instruction préparatoire, 2011 n° 91.41 et s.

[93] *Ibid.*

[94] Si l'intéressé ne comparait pas à la convocation sans justification, le juge d'instruction peut le mettre examen.

d'instruction travaille encore seul car l'institution du collège d'instruction prévue pour janvier 2012 a été reportée au 1er janvier 2014[95]. La question reste très délicate de savoir à partir de quel degré la vraisemblance entre l'apparence (faits constatés) et la réalité, on est autorisé à conclure à l'existence de la vraisemblance.[96] La conclusion conduira le juge à procéder à un véritable pari sur la suite du procès pénal.

Quelle que soit la nature de l'indice recueilli, ce qui importe c'est l'appréciation souveraine du juge d'instruction qui a pour conséquence une mise en examen ou non. Une appréciation souveraine ne veut pas dire arbitraire, elle doit respecter certaines règles. Ce magistrat a recours forcément à la technique de présomption bien connue en droit pour apprécier les indices recueillis. La présomption est une technique juridique couramment employé en droit à des fins probatoires[97]. C'est le raisonnement par lequel on pose, en matière de fait[98], une conclusion probable bien qu'incertaine[99]. L'expérience et la volonté du juge jouent un rôle important dans l'élaboration de ses raisonnements. A partir des indices constatés, le magistrat va établir une probabilité de culpabilité ou d'innocence ; il va donc retenir provisoirement l'une des deux hypothèses après l'interrogatoire de première comparution. Néanmoins, l'hypothèse retenue n'est que provisoire, elle pourra être remplacée par l'hypothèse opposée en fonction des nouveaux indices recueillis. Cette appréciation est délicate parce que la personne mise en cause se trouve dans une situation « intermédiaire » entre l'innocence et la culpabilité ; les deux présomptions se mêlent sur le même sujet. Ainsi, cette situation intermédiaire n'est pas une situation statique mais une situation d'échanges dynamique ; c'est un jeu complexe d'interaction entre l'innocence et la culpabilité à l'image de deux pôles qui s'interpénètrent et se nourrissent[100]. Il convient de noter que la mention des indices retenus par le magistrat instructeur n'a pas à figurer sur le procès-verbal de première comparution. La Cour de cassation considère de manière constante qu'aucune exigence légale prescrit que les faits soient explicités par écrit, qui motivent la mise en

[95] L'article 163 de la loi de Finances pour 2011

[96] CONTE (Ph), "Apparence en matière pénale", p. 24 n° 18

[97] FOIRRIER, Présomptions et fiction, in PERELMAN (C) FORIERS (P) dir., Les présomptions et les fictions en droit, Bruylant, 1974 p. 7 et s. spéc n° é p. 8

[98] Distingué de présomption légale

[99] DE GASTINES (L), Les présomptions en droit administratif, Paris, LGDJ, 1991, pp. 58-60.

[100] GOUSSEL (G), Suspicion et procédure pénale équitable, L'harmattan 2010, p. 23

examen[101]. Pour laisser le temps au juge de bien mûrir ses réflexions, le législateur l'incite à retarder la mise en examen.

L'objectif de la procédure pénale est la recherche du vrai coupable d'une infraction commise et sa punition. La culpabilité d'un individu ne peut se voir reconnue que si l'infraction lui est imputable matériellement et moralement ; il faut donc établir d'une part le lien de causalité qui unit l'infraction à son comportement et d'autre part, son discernement et sa volonté. En ce qui concerne l'élément matériel de l'infraction, au moment de la mise en examen, le juge d'instruction doit- il apprécier le caractère répréhensible des faits « vraisemblablement » commis par l'intéressé ? La réponse positive s'impose. En effet, le juge d'instruction doit qualifier les faits reprochés dans la lettre de convocation à la première comparution (art. 80-2 C.P.P.F) et il doit notifier à nouveau à la personne mise en examen suite à l'interrogatoire les faits reprochés et leurs qualifications juridiques s'ils diffèrent de ceux qui lui ont déjà été notifiés (art. 116 C.P.P.F). Néanmoins, la qualification juridique des faits au stade de l'instruction n'a qu'une valeur indicative, elle peut être modifiée par le juge d'instruction. Avant de prendre la décision de mettre en examen un individu, le juge d'instruction devait vérifier les conditions de nature à engager sa responsabilité pénale ; c'est ce que préconise la Chambre criminelle dans un arrêt du 28 juillet 1899[102].

En ce qui concerne l'élément moral de l'infraction, la question est de savoir si le juge d'instruction doit apprécier lors de la mise en examen la volonté et le discernement de la personne concernée. Le Code de procédure pénale n'oblige pas le juge d'instruction à se prononcer ni l'élément moral de l'infraction ni sur les causes d'irresponsabilité au moment de la mise en examen. En effet, l'appréciation des causes d'irresponsabilités pénale est très complexe et au stade de la mise en examen, le juge d'instruction ne dispose pas assez d'éléments pour l'opérer correctement. En général, les causes de l'irresponsabilité pénale sont prononcées lors de l'audience pénale. Selon le professeur Jacques Le Calvez, l'appréciation des indices au moment de la mise en examen doit faire abstraction de toute référence à l'élément intentionnel de l'infraction. Cet élément détermine, en effet, l'imputabilité des faits reprochés à la personne et

[101] Cass. Crim., 5 dec.2001, pourvoi n° 00-86.490

[102] Cass. Crim., 28 juillet 1899

l'absence d'élément intentionnel ne peut conduire qu'à une décision de non-lieu[103]. Ainsi, selon cet auteur l'annulation d'une mise en examen ne peut pas être prononcée au motif que les facultés mentales de la personne auraient été abolies au moment des faits ; elle ne pourrait, pas plus, être fondée sur la circonstance que la personne aurait été dépourvue de toute intention criminelle. La Chambre criminelle ne donne pas réponse claire sur cette question. Elle semble exiger que le juge d'instruction prenne en compte l'élément moral de l'infraction au moment de mise en examen mais elle a admis également que cet élément peut être présumé. Dans un pourvoi n°08-85.19 le prévenu a déposé une requête en annulation de sa mise en examen pour recel au motif que le juge d'instruction et la chambre de l'instruction ne disposent pas de suffisamment d'indices pour justifier qu'il était au courant de l'origine frauduleuse de l'objet – élément intentionnel de l'infraction. La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi en confirmant l'analyse de la chambre de l'instruction selon laquelle l'élément intentionnel était déduit de nombreux indices[104].

En présence d'indices graves ou concordants de culpabilité à l'encontre d'un individu, le juge d'instruction n'est pas tenu de le mettre en examen. Bien au contraire, le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté (art. 80-1 al. 4). En effet, le législateur « conseille » au magistrat de retarder le moment de la mise en examen afin d'approfondir sa décision. Néanmoins, cette décision n'est pas entachée de nullité si le juge d'instruction ne suit pas ce conseil. Le témoin assisté est un individu qui a *été mis en cause* lors de l'instruction en étant désigné comme auteur ou complice des faits dont le juge est saisi. Introduit dans le Code de procédure pénale par la loi du 30 décembre 1987, ce statut permet à l'intéressé de s'écarter momentanément des conséquences de la mise en examen, c'est- à - dire d'éviter le risque d'être placé en détention provisoire ou son contrôle judiciaire tout en étant bénéficiaire des droits essentiels de celle-ci (art. 113- 3 et 113- 5 C.P.P.F)[105]. Le terme de « témoin assisté » est trompeur, le témoin

[103] Le Calvez (J) « l'article 80-1, alinéa 1er, du code de procédure pénale et la nullité de la mise en examen », Recueil Dalloz 2002 p. 227

[104] Cass. crim . 11 février 2009, Dalloz actualité 27 février 2009

[105]L'idée de créer un statut intermédiaire entre le témoin et l'inculpé est apparue plus tôt. Le procureur Jean JONQUERES l'a dénommé la « mise en cause ». V. Jean JONQUERES, « inculpation et mise en cause, Gaz. Pal. 3 juillet 1973. A l'origine, cette procédure permettait uniquement à la personne nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile d'être entendue en qualité du témoin

assisté n'est certainement pas un simple témoin car le premier peut être déjà fortement soupçonné par la justice d'avoir commis une infraction. A vrai dire, ce n'est pas l'intensité des indices qui sépare le statut de témoin assisté de celui de mis en examen. C'est une simple question de temps, le législateur souhaite que le magistrat prenne davantage du temps de réflexion pour une décision aussi grave que la mise en examen. L'objectif de la réforme de 2000 est de reprendre une mise en examen par étape : dans un premier temps, on observe et, de ce fait, les personnes vont être traitées comme des « témoins assistés », puis une fois acquises des connaissances plus approfondies sur les faits, on décide la mise en examen[106]. Néanmoins, le souhait du législateur n'est pas toujours réalisable car il impose au juge d'instruction davantage de travail lorsqu'il a recours à la procédure de témoin assisté. Par conséquent, le juge d'instruction a tendance à mettre en examen le suspect dès que les conditions sont réunies. Si la mise en examen prématurée n'a pas pu être évitée en amont, l'intéressé peut demander son annulation devant la chambre de l'instruction.

§ 2. Les différentes voies pour contester l'état de mis en examen

Le changement le plus important de ces dernières années en procédure pénale française concerne la vision de l'ensemble du processus pénal. L'instruction n'est plus vue comme des dossiers immuables mais changeants et dynamiques. Ainsi, après un certain temps, le juge d'instruction doit prendre une décision en fonction de l'évolution du dossier instruit soit dans le sens de la culpabilité de la personne si les indices se renforcent ou vers son innocence si les indices s'estompent. La loi du 7 mars 2007 a donc ouvert une autre possibilité de contester l'état de mise en examen, c'est la demande de « démise en examen » (II) tout en conservant le droit de déposer une requête en nullité contre la décision de mise en examen pour l'absence d'indices graves ou concordants de culpabilité (I).

---

assisté. Ensuite, la loi du 24 Août 1993 élargit ce statut aux personnes visées dans un réquisitoire nominatif du procureur de la République. Le statut du témoin assisté avait pour objet d'éviter aux personnes mises en cause d'être privées des droits de la défense lors de leurs auditions. La loi du 9 mars 2004 a égalisé les droits du témoin assisté et ceux du mis en examen en consacrant en faveur du premier le droit de formuler des requêtes en annulation. Toutefois, le témoin assisté ne peut faire appel des ordonnances juridictionnelles et demander des actes d'instruction (art. 113- 3)

[106]BOULOC (B), "Le témoin, le témoin assisté, le mis en examen" in Revue pénitentiaire et de droit pénal n° 4 Décembre 2003 p. 649 et s.

I. La requête en nullité de la mise en examen

L'article 80- 1 alinéa 1 du Code de procédure pénale dispose qu'«*à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont il est saisi* ». La nullité de la mise en examen relève de la nullité textuelle car elle est prévue formellement par un texte. Il résulte de l'article 80-1 alinéa 1 précité que c'est par la voie de la requête en nullité que la mise en examen doit être contestée. Traditionnellement, l'annulation de la mise en examen peut est prononcée pour vice de forme conformément aux dispositions relatives aux nullités prévues par les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale (ex : la mise en examen non précédée d'un interrogatoire de première comparution). Le changement important introduit par la loi du 15 juin 2000 consiste à permettre à la personne mise en examen et au procureur de la République de déposer une requête en nullité contre la mise en examen pour défaut des indices graves ou concordants de culpabilité ; *c'est- à - dire de critiquer la mise en examen sur le fond.* Cependant, les règles de nullité s'appliquent pour contester la mise en examen sur le fond (art. 80-1) et non celles de l'appel. Cette disposition fait de la mise en examen un acte d'instruction et non une décision juridictionnelle. Pourtant, la mise en examen satisfait aux critères de l'ordonnance juridictionnelle car le juge d'instruction manifeste un choix entre plusieurs solutions et il tranche un litige entre des protagonistes d'un côté l'accusateur et de l'autre le suspect[107]. Par ailleurs, la mise en examen est un reproche sérieux de la justice à l'encontre d'un individu ; elle équivaut, pour la Cour européenne des droits de l'homme à une « accusation »[108]. Pour cette raison, plusieurs pénalistes souhaitent que la mise en examen soit une ordonnance juridictionnelle qui conduirait d'une part, à sa motivation obligatoire et d'autre part, à une procédure en appel en cas de contestation. Le législateur n'a pas adopté cette

---

[107] Les critères de distinction entre les ordonnances administratives et juridictionnelles V. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit* n° 371 p. 249

[108] Le concept 'd'accusation' doit être entendu au sens de la Convention. Il peut, dès lors, être défini comme « *la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* », définition qui dépend également de l'existence ou non de « *répercussions importantes sur la situation du [suspect]* » (voir, par exemple, *Deweer c. Belgique*, arrêt du 27 février 1980, Série A n° 35, p. 22, § 42, et p. 24, § 46, et *Ecklec. Allemagne*, arrêt du 15 juillet 1982, Série A n° 51, p. 33, § 73) ;

proposition ; bien que son choix ne se conforme pas à la théorie, il semble justifié par l'opportunité.

L'annulation de la mise en examen peut être demandée par le procureur de la République et la personne mise en examen. Ceux-ci saisissent la chambre de l'instruction dans un délai de 6 mois après la mise en examen, conformément au système de purge de nullité prévu par l'article 173 –1 du Code de procédure pénale. La requête de la personne mise en examen doit être motivée et faire l'objet d'une déclaration au greffe du juge d'instruction ou après du chef de l'établissement pénitentiaire. Ce dernier adresse une copie de la requête au président de la chambre de l'instruction qui par une ordonnance non susceptible de recours, constate la recevabilité ou l'irrecevabilité de la requête (art. 173 al. 4). En cas de recevabilité de la requête, la chambre de l'instruction est tenue de répondre au mémoire déposé tendant à démontrer l'absence d'indices graves ou concordants. Si elle constate cette absence, la chambre de l'instruction n'a pas d'autre choix que de prononcer l'annulation de la mise en examen[109]. La question est de savoir si la chambre de l'instruction doit apprécier la réunion des indices de culpabilité au moment elle juge l'affaire ou au moment de la prise de décision de mise en examen ? Traditionnellement, la chambre de l'instruction se place au moment de la prise de décision de mise en examen pour estimer s'il y avait alors indices graves ou concordants. Dans le cas où l'état du dossier d'instruction évolue dans le sens contraire de l'appréciation du juge d'instruction, la chambre de l'instruction doit – elle prendre en compte ces nouveaux éléments pour prononcer ou non la nullité de la mise en examen ? Nous estimons que la réponse positive s'impose car après plusieurs mois d'instruction, la réponse de la justice doit correspondre à l'évolution du dossier. Par ailleurs, la chambre de l'instruction, étant juridiction supérieure de l'instruction, a la compétence de contrôler l'ensemble du dossier d'instruction. Néanmoins, son appréciation sur l'existence ou l'absence d'indices graves ou concordants est une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. Cette dernière se borne seulement à vérifier si la motivation de la chambre de l'instruction n'est pas entachée d'insuffisance et de contradiction[110].

---

[109]Cass. crim., 1er oct. 2003, Bull. crim., n° 177 ; D. 2004, somm., p. 672, obs. J. Pradel

[110] Cass. crim., 14 sept. 2004, pourvoi n° 04-83.793

La demande en annulation de la mise en examen permet non seulement de réexaminer l'existence ou non des indices graves ou concordants de culpabilité mais encore la légalité de cette décision qui est soumise au contrôle de la Cour de cassation[111]. Autrement dit, l'intéressé peut demander à la chambre de l'instruction, lors de la requête en nullité de la mise en examen, d'examiner le caractère pénalement répréhensible des faits qui lui sont reprochés. Aux termes de l'article 80-1, les indices graves ou concordants doivent *rendre vraisemblable la participation comme auteur ou complice à la commission d'une infraction.* C'est-à-dire, les indices constatés doivent être vraisemblablement *des éléments constitutifs* de l'infraction reprochée. Ainsi, la Chambre criminelle a prononcé la nullité de la mise en examen d'un individu pour homicide involontaire en raison de l'absence de causalité entre le fait reproché et la maladie de la victime[112]. En effet, la nullité de la mise en examen pour absence d'indices graves ou concordants reste encore rare, elle est souvent liée à l'absence d'un des éléments constitutifs de l'infraction saisie.

Lorsque la chambre de l'instruction annule la mise en examen pour violation de l'article 80-1 du C.P.P.F, la personne concernée est considérée comme témoin assisté au regard de cette infraction à compter de son interrogatoire de première comparution et pour l'ensemble des interrogatoires ultérieurs (art. 174 -1 C.P.P.F). L'effet le plus important de l'annulation de la mise en examen est la libération immédiate de l'intéressé s'il avait été placé en détention provisoire. Cependant, sa détention peut être maintenue s'il est mis en examen pour d'autres faits. Bien que le texte ne le précise pas, si la personne mise en examen est placée sous contrôle judiciaire, celui-ci tombe également de plein droit. En exigeant la libération de la personne dont la mise en examen est annulée, le législateur a décidé lui-même les effets de cette annulation. Cela fait exception au principe prévu par l'article 174 du Code de procédure pénale selon lequel la chambre de l'instruction « *décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure* ». Cette disposition fait de la mise en examen le support de légalité de l'ordonnance de placement en détention provisoire. Elle confirme également le lien

[111] Pendant longtemps, la Haute juridiction refusait de contrôler l'inculpation et la mise en examen, la raison principale de ce refus, selon le professeur Merle, est que l'inculpé invoquait seulement l'insuffisance des éléments de fait à l'origine de cette décision et non l'illégalité de l'inculpation .V. Merle, *L'inculpation*, Recueil d'études en l'hommage de Hugueney, *Sirey* Paris 1964

[112] Cass. crim 1er oct. 2003 B. n° 117

interférant entre la détention provisoire et la vraisemblance de culpabilité. Nous remarquons donc l'intérêt de classer la mise en examen parmi les actes d'instruction et non parmi les actes juridictionnels. En raison de l'effet dévolutif de l'appel, la chambre de l'instruction ne pourrait se prononcer que sur la validité de l'ordonnance faisant l'objet de l'appel. De ce fait, l'intéressé devrait, tout d'abord faire appel contre sa mise en examen et ensuite, faire un autre appel contre l'ordonnance du placement en détention provisoire pour retrouver sa liberté. Le régime de l'appel ne permet pas de libérer immédiatement la personne placée en détention provisoire en cas d'infirmation de la mise en examen[113]. Par ailleurs, la personne mise en examen dispose davantage de temps pour préparer sa requête (délai de 6 mois à compter de la mise en examen) alors qu'en appel, l'appelant ne dispose que d'un délai de 10 jours à compter de la notification ou la signification de la décision (art. 186 al. 3 C.P.P.F).

Toutefois, l'annulation de la mise en examen pour insuffisance des indices de culpabilité, n'est qu'une décision provisoire ne mettant pas l'intéressé hors du risque de la poursuite pénale sur les mêmes faits. Autrement dit, elle n'a pas pour conséquence de mettre un terme définitif à l'action publique à l'encontre de la personne concernée. L'intéressé peut être remis en examen à tout moment de la procédure si le juge d'instruction constate à nouveau la réunion d'indices graves ou concordants à son encontre (art. 113- 6 et 113-8 C.P.P.F). Ceci différencie l'annulation de la mise en examen du non-lieu, seul le second acquiert l'autorité de la chose jugée. En effet, si le non- lieu est décidé pour absence de preuve de culpabilité ? L'annulation de la mise en examen se fonde simplement sur l'insuffisance d'indices de culpabilité. En cas de refus d'annuler la mise en examen par la chambre de l'instruction, la personne concernée peut demander directement au juge d'instruction de revenir sur sa décision ; la doctrine qualifie cette demande de « *démise en examen* ».

II. La demande de « démise en examen »

Le nouvel article 80-1-1 issu de la loi du 7 mars 2007 dispose que la personne mise en examen peut au cours de l'information, demander au juge d'instruction de revenir sur sa décision et de lui octroyer le statut de témoin assisté si elle estime que les

[113] Néanmoins, le législateur pourrait disposer que « lorsque la chambre de l'instruction infirme l'ordonnance de mise en examen, la personne est considérée comme témoin assisté… » (art. 174-1 C.P.P.F)

conditions de la vraisemblance de sa culpabilité ne sont plus remplies. Cette demande doit faire l'objet d'une déclaration au greffe du juge d'instruction saisi du dossier ou auprès du chef de l'établissement pénitentiaire si la personne est détenue (art. 81 du C.P.P.F). Contrairement à la demande en nullité de la mise en examen, la demande de « *démise en examen* » ne peut intervenir qu'après un délai de six mois à compter de la date de la mise en examen. Cette demande peut être également faite dans les dix jours qui suivent la notification d'une expertise ou un interrogatoire au cours duquel la personne est entendue sur les résultats d'une commission rogatoire ou sur les déclarations de la partie civile, d'un témoin, d'un témoin assisté ou d'une autre personne mise en examen. Le législateur estime que ces actes peuvent changer considérablement l'orientation du dossier, c'est la raison pour laquelle il permet à la personne mise en examen de demander au juge d'instruction de revenir sur sa décision. Le juge d'instruction doit statuer sur cette demande après avoir sollicité les réquisitions du ministère public. Si le juge donne droit à cette demande, il informe la personne de son statut de témoin assisté. Dans le cas contraire, il doit motiver sa refus par une ordonnance faisant l'état des indices graves ou concordants justifiants sa décision. L'ordonnance de refus est susceptible d'appel (art. 186 C.P.P.F). Si le juge d'instruction ne répond pas à la personne mise en examen dans un délai d'un mois, elle peut saisir le président de la chambre de l'instruction.

La procédure de « *démise en examen* » est une procédure assez originale qui suscite des opinions très variées des auteurs. Messieurs Guéry et Pierre Chambon interprètent la nouvelle disposition de manière plutôt positive. Pour eux, c'est comme le premier pas vers l'introduction d'une mise en examen juridictionnelle qui impliquerait la motivation des indices graves ou concordants. Ils restent néanmoins pessimistes quand aux conséquences des demandes de « *démise en examen* ». D'une part, l'étendue des cas de demandes des « démises en examen » suite aux actes importants pourraient modifier les techniques d'instruction (moins il y aura d'interrogatoires, moins il y aura de demandes possibles...)[114]. D'autre part, le magistrat instructeur risque donc de devoir justifier continuellement de la persistance d'indices graves ou concordants dans son dossier, ce qui aura pour effet d'alourdir considérablement la procédure[115]. Certains auteurs voient dans cette procédure une révolution culturelle puisqu'elle permet

[114] GUERY (Ch), « La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire », AJ Pénal 2007 p. 105

[115]GUERY (Ch) et CHAMBON (P*)* , Droit et pratique de l'instruction préparatoire, 2011 n° 91.41 et s

pratiquement à tout moment de la procédure d'instaurer une discussion sur le choix du statut du mis en cause, d'amener l'avocat à dévoiler son argumentation sur la réalité et le poids des charges et de contraindre le juge d'instruction à s'en expliquer[116]. Contester la mise en examen directement avec le juge d'instruction, établir le dialogue entre l'avocat et le juge d'instruction sont des idées séduisantes qui demandent un changement profond de mentalité d'un côté comme de l'autre. L'instruction ne peut se dérouler normalement que si le juge d'instruction est à l'écoute des parties et si ces dernières n'en abusent pas.

A l'heure actuelle, peu de décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation ont encore été rendues sur ce sujet. Nous sommes en possession d'un seul arrêt de la Chambre criminelle du 9 juin 2009[117] qui nous a fourni quelques renseignements en la matière. Selon cet arrêt, la personne mise en examen ne peut plus demander la démise en examen après la notification de l'avis de fin d'information. Dans cette affaire, la Cour d'Appel de Grenoble a déclaré irrecevable la demande de « démise en examen » au motif qu'après l'avis de fin d'information, cette demande ne rentre pas dans les prévisions de l'article 175 du Code de procédure pénale. Elle a donc rejeté l'argument de l'appelant selon lequel, l'avis de fin d'information ne dessaisissant pas le juge d'instruction, le mis en examen peut toujours demander au juge d'instruction de lui octroyer le statut du témoin assisté. La Cour de cassation n'a pas admis cet argument, elle confirme que le mis en examen ne dispose plus, après l'envoi de l'avis de fin d'information, que des droits limitativement énumérés par l'article 175 du Code de procédure pénale.

Nous nous posons la question de savoir si la vraisemblance de culpabilité au moment du refus de la « démise en examen » atteint un degré plus élevé qu'au moment de la mise en examen bien que le législateur utilise la même expression « indices graves ou concordants ». Il nous parait logique de donner une réponse positive. En effet, avec le temps, dans l'hypothèse où l'instruction avance, si les indices graves ou concordants appréciés au moment de la mise en examen n'ont pas pu s'affaiblir ou disparaitre, ils doivent alors forcément s'être renforcés. La motivation du refus de « démise en

[116]BELIN (P), PONS (Th) – « Juge d'instruction et avocat : vous avez dit contradictoire », AJ Pénal 2007 p. 315

[117] Crim. 9 juin 2009, D. 2009. AJ 1831

examen » semble confirmer cette idée. Néanmoins, nous ne trouvons pas l'avis de la chambre criminelle sur cette question. Nous ne pensons pas qu'elle va exiger des nouveaux éléments de nature à conforter la mise en examen initiale, ce qui n'est pas exigé par la loi. En pratique, la motivation du juge d'instruction consiste à reprendre les indices initialement découverts et l'absence d'élément nouveau de nature à remettre en cause les indices relevés dans cet arrêt et ayant conduit à sa mise en examen initiale[118].

De la même façon que l'annulation de la mise en examen, la démise en examen ou l'infirmation de l'ordonnance de refus de la demande de « démise en examen » n'ont pas pour effet de mettre la personne hors du risque de la poursuite pénale pour les mêmes faits. Elles n'ont donc pas les mêmes effets que le non - lieu. Néanmoins, si la démise en examen est prononcée après plusieurs mois d'instruction, elle influence probablement la décision sur le non - lieu.

Section 2 : La mise en examen par l'organe d'enquête en droit vietnamien

En droit vietnamien, la détention provisoire n'est possible qu'à l'encontre d'une personne déjà mise en examen ou une personne envoyée devant le tribunal (art. 88 C.P.P.V.N). La mise en examen est une décision prise soit par l'organe d'enquête (la police) soit par le ministère public. Dans la plupart des cas, la mise en examen est prise par la police, celle-ci a la compétence générale d'enquêter sur toutes les infractions sauf celles qui appartiennent à la compétence des enquêteurs l'Armée ou du service d'enquête du Parquet populaire Suprême (art.110 C.P.P.V.N). En effet, le Code de procédure pénale associe la compétence d'enquête et celle de la mise en examen. La police recueille les indices de culpabilité du suspect et elle apprécie elle - même si ces indices sont de nature à permettre d'inculper l'intéressé. Le législateur vietnamien ne semble pas se soucier de l'impartialité de l'autorité qui prend une décision aussi grave que la mise en examen car de nombreuses mesures de contraintes telles que la détention provisoire, la perquisition, la saisie, l'assignation à résidence, peuvent être décidées à l'encontre de l'intéressé suite à sa mise en examen. En réalité, la mise en examen par la police ne suscite pas de critiques particulières de la part des pénalistes, étant donné que

[118] Crim. 9 juin 2009, D. 2009. Actualité jurisprudence p. 1831

la police peut décider toutes les mesures de contraintes y compris la détention provisoire. En revanche, le législateur vietnamien semble exigeant sur les conditions de mise en examen. Celle-ci est soumise à l'existence d'*indices suffisants déterminant que l'intéressé a commis une infraction* (art. 126 al. 1 C.P.P.V.N) et à l'approbation du ministère public. **Nous allons analyser en premier les conditions de la mise en examen, c'est-à-dire les indices suffisants de culpabilité (§1). Ensuite, nous allons démontrer que malgré ces conditions rigoureuses, il est très difficile de les contrôler parce que le législateur vietnamien n'assure pas l'efficacité des recours contre la mise examen (2§).**

§ 1. Les indices « suffisants » en droit vietnamien

La mise en examen est soumise aux conditions de l'existence d'*indices suffisants déterminant que l'intéressé a commis une infraction* (art. 126 al. 1 C.P.P.V.N). Si le législateur français traduit la vraisemblance des indices de culpabilité par la notion « d'indices graves ou concordants », celui du Vietnam l'exprime par celle d' « indices suffisants ». En effet, ces deux notions sont formulées de manière différente mais très proches l'une de l'autre. Ce qui différencie fondamentalement le droit français du droit vietnamien, c'est l'autorité qui apprécie la vraisemblance des indices de culpabilité. Si le premier l'attribue au juge, indépendant de l'accusation et du pouvoir politique, la seconde la confie aux enquêteurs et au ministère public, partie accusatrice du procès pénal. Nous allons tout d'abord, analyser la notion « d'indices suffisants » qui permettent la mise en examen (I) et ensuite étudier la compétence de la police en matière de mise en examen (II).

I. La notion d'indices « suffisants »

L'article 126 alinéa 1 du Code de procédure pénale vietnamien dispose que « *lorsqu'il y a suffisamment d'indices déterminant qu'une personne a commis une infraction, l'organe d'enquête la met en examen* ». En Vietnamien, l'expression « *suffisamment d'indices* » correspond à celle « indices suffisants ». Le terme « *suffisant* » signifie à la fois la quantité (pluralité) et la qualité d'une chose. Par conséquent, il faut que les indices soient nombreux et graves. En toute logique, les indices doivent être suffisamment graves pour pouvoir « *déterminer* » que l'intéressé a commis une infraction, selon les termes de l'article 126 du Code de procédure pénale. La formulation de cet article laisse penser que la mise en examen est conditionnée à la fois par la pluralité et la gravité des indices. Néanmoins, le terme « *déterminant* » est très mal choisi car il crée une certaine confusion entre la notion d'indices et les charges lourdes. Par maladresse ou par intention, cette formulation peut laisser entendre que la personne mise en examen est coupable. Par ailleurs, ce choix terminologique est dépourvu de réalisme puisque nous ne pouvons exiger la réunion des charges dès le début de l'enquête. C'est après la mise en examen que les enquêteurs recherchent les preuves et rassemblent de nouveaux indices pour arriver à la conclusion qu'il y a

éventuellement de charges contre la personne mise en examen[119]. L'étude de la notion des indices n'a qu'une valeur théorique car nous allons voir plus loin que cette notion est complètement laissée à la libre appréciation de la police.

Le législateur vietnamien ne donne aucune définition ni de l'indice ni de la gravité. L'absence d'études et de réflexions sur ces notions rende difficile notre travail. La pratique de l'enquête au Vietnam démontre que les indices peuvent être des éléments matériels comme psychologiques, et il n'y a aucune distinction entre les uns et les autres malgré leur nature très différente. L'indice peut venir des éléments qui n'ont *aucun lien matériel direct* avec l'infraction faisant l'objet de l'enquête. Parfois, la mauvaise réputation de l'intéressé constitue également un indice. Il existe au Vietnam des proverbes tel que : « *il n'y pas de fumée sans feu*» ou encore « *qui vole un œuf, vole un bœuf* ». Tout est bon pour indiquer le crime ! Les enquêteurs ont recours systématiquement au casier judiciaire dans leur prise de décision. Le casier judicaire mentionne toutes les condamnations pénales dont l'intéressé fait l'objet. Par ailleurs, l'organe d'enquête peut également consulter les condamnations de nature administratives à l'encontre du suspect[120]. En effet, dans chaque dossier de mise en examen, il existe une rubrique « informations personnelles » qui mentionne la situation familiale, professionnelle du suspect et les condamnations pénales, administratives. Il est vrai que le fait d'avoir été condamné et notamment condamné à une infraction de même nature que celle faisant l'objet de l'enquête en cours risque de susciter des opinions défavorables à l'encontre du suspect. C'est pour cette raison que certains systèmes judiciaires interdisent de consulter le casier judiciaire de l'intéressé avant le jugement[121]. En France, le juge d'instruction peut consulter le casier judiciaire du suspect pendant l'instruction.

Si nous analysons bien les termes de l'article 126 du Code de procédure, l'acception large de la notion d'« indices » semble contraire à l'esprit de cette disposition. En effet, pour être « suffisants », faut- il avoir au moins un indice matériel parmi ceux recueillis. La mise en examen fonde seulement sur les indices

[119] ĐỖ NGỌC QUANG, « le perfectionnement de la poursuite, la mise en examen conformément à l'exigence de la réforme judicaire », Revue de la Poursuite n° 8/2012

[120]Les infractions de nature administrative sont des infractions qui portent atteinte à la gestion administrative de l'Etat, ex : entrave à la circulation, trouble à l'ordre public…

[121]GARAPON (A), PAPADOPOULOS (I), Juger en Amérique et en France, Ed. Odile Jacob 2003 p.

psychologiques est contraire à l'esprit du législateur. En réalité, rien n'interdit aux enquêteurs de mettre en examen lorsqu'il existe seulement des indices psychologiques tels que la peur, les inquiétudes du suspect, la plainte de la victime ou la dénonciation du témoin etc. Par ailleurs, il est très difficile de savoir quelles sont les critères de la suffisance des indices car d'une part, la mise en examen n'est pas motivée, et d'autre part, aucun débat contradictoire entre les enquêteurs et l'avocat de l'intéressé n'est prévu avant la prise de décision. En pratique, c'est une tâche difficile voire impossible pour l'avocat de la défense puisqu'il n'a souvent accès au dossier que très tardivement et ceci peut lui être refusé par les enquêteurs. En bref, la police dispose d'une grande liberté dans sa prise de décision.

Dans l'hypothèse où l'enquêteur met en examen un individu, celui-ci acquiert le statut de mis en examen. Le paradoxe est que le Code de procédure pénale emploie le même terme pour désigner un individu avant et après sa mise en examen comme si cette décision ne changeait rien au fond. En effet, le terme « bi can » (que nous traduisons par « mise en examen») est d'origine chinoise et signifie littéralement une personne impliquée dans une affaire quelconque. L'article 49 dudit Code définit que « la personne mise en examen est une personne contre laquelle il existe une décision de mise en examen ». De même, l'article 126 du même code commet le même pléonasme en disposant ainsi « la mise en examen de la personne mise en examen ». C'est une absurdité, puis que l'on ne devient pas mis en examen si on l'était déjà. Cette contradiction révèle une confusion, peut-être volontaire, entre le simple suspect et le mis en examen. Le statut du suspect n'existe pas en droit vietnamien. Pour une meilleure clarté du Code de procédure pénale, nous proposons de d'utiliser les deux termes différents pour désigner le suspect et la personne mise en examen. C'est-à-dire de garder le terme « bi can » pour désigner un suspect, ce qui est plus proche du sens de ce terme selon le dictionnaire Vietnamien- Chinois [122] et « *nguoi bi khoi to* » pour désigner la personne mise en examen. Nous avons trouvé l'usage de ce terme une fois dans Circulaire interministérielle du 10 août 2005 n° 02/2005/TTLT-VKSTC-TATC-BCA-BQP-BTP dans son article 12.1 al. 2. C'est peut-être un simple hasard car les auteurs des textes en matière pénale ne le réutilisent pas.

[122] Dictionnaire Vietnamien - Chinois- Français, Ed. YOU- FENG, Paris 2002 V. "Bi can"

L'article 126 du C.P.P.V.N dispose que la mise en examen doit être qualifié en infraction pénale. Autrement dit, l'acte présumé commis par le suspect doit être pénalement sanctionné par le Code pénal. Le principe de légalité criminelle existe bien en droit vietnamien mais l'incrimination n'est pas toujours très claire laissant aux autorités compétentes sa libre appréciation. En pratique, il y a souvent la confusion entre un acte de nature civil (un prêt) et un acte de nature criminel (escroquerie). En effet, l'économie vietnamienne est en plein développement, ce qui nécessite souvent des prêts d'argents entre les particuliers ; en cas de retard de paiement, le créancier à tendance de porter plainte pour escroquerie ou abus de confiance. Les enquêteurs mettent souvent en examens des débiteurs et les placent en détention provisoire pour faire pression sur ces derniers. Les enquêteurs ne cherchent pas à savoir si le débiteur avait utilisé des moyens frauduleux et s'il a eu l'intention de détourner la somme empruntée (art.140 C.P.V.N). Nous estimons que ces « mauvaises qualifications » des faits commises par la police sont intentionnelles car elles permettent de priver le débiteur de sa liberté. C'est donc un moyen de pression redoutable. La voie pénale peut être une voie de recouvrement par excellence !

II. L'appréciation des indices de culpabilité par l'organe d'enquête

L'article 126 alinéa 1 du Code de procédure pénale vietnamien attribue à *l'organe d'enquête* la compétence générale en matière de mise en examen puisque qu'elle enquête sur la plupart des affaires pénales. Il est surprenant de savoir que la police dispose d'autant de pouvoir. Dans les pays démocratiques, toutes les décisions qui son susceptibles de porter atteinte aux droits des citoyens doivent être prises par une autorité indépendante du Gouvernement. Nous allons voir plus tard que l'organe d'enquête en droit vietnamien peut également mettre en détention provisoire la personne mise en cause. Un juriste occidental, imprégné par la théorie de la séparation des pouvoirs ne peut pas accepter que l'organe d'enquête puisse décider la mise en examen, car son impartialité n'est pas garantie. Traditionnellement dans les pays démocratiques, le rôle de la police est d'assurer la sécurité et l'ordre de la société. Elle n'a donc pas compétence pour décider des mesures qui portent atteinte aux droits fondamentaux des citoyens sauf dans des cas très exceptionnels et qui sont très encadrés[123]. Dans les pays

[123] La garde à vue

totalitaristes, la police a toujours un rôle très prépondérant, elle assure le contrôle de la société et assume certaines compétences du pouvoir judiciaire.

Un lecteur qui n'est pas encore familiarisé avec le système juridique vietnamien devrait s'étonner de lire le terme *l'« organe d'enquête »* et se demander pourquoi ne pas utiliser le terme « enquêteurs ». En effet, dans ce système tous les enquêteurs n'ont pas la compétence de mettre en examen les suspects mais seulement le chef de l'organe d'enquête. C'est lui qui signe la mise en examen mais il n'est pas forcément à l'origine de cette décision. Autrement dit, il approuve ou non la proposition de l'enquêteur qui travaille directement sur l'affaire. Pour garder l'esprit du droit vietnamien, nous avons fait le choix de traduire le terme en vietnamien « *cơ quan điều tra* » en « *organe d'enquête* » et non « *enquêteurs* ». Il existe néanmoins un malaise dans cette traduction car un organe d'enquête- personne morale ne peut enquêter, ce sont des personnes physiques qui exercent sa compétence. En effet, l'ensemble du système juridique et administratif vietnamien fonctionne sur ce modèle. C'est-à-dire que les compétences ne sont jamais attribuées à une personne physique avec sa fonction mais toujours à une personne morale, et il revient à son chef d'en disposer. La théorie du Parti communiste veut que la prise de décisions soit collective dans tous les organes étatiques. Ainsi, la mise en examen est la décision des enquêteurs qui travaillent directement sur l'affaire et celle de leur chef.

Cette théorie relative au fonctionnement des organes étatiques crée un réel problème pour la recherche de responsabilité en cas de faute commise par les agents de l'Etat. En général, elles essaient de mettre la faute sur la personne morale ou évoquer une responsabilité collective, ce qui veut dire que personne n'est responsable ! Par ailleurs, le chef de l'organe d'enquête signe la mise en examen sans vraiment connaître le dossier. En cas d'erreurs grossières relatives à la mise en examen, la faute de celui-ci n'est qu'une faute d'imprudence et qui n'est que rarement sanctionnée[124]. Les mis en examen ne peuvent non plus rechercher la responsabilité des enquêteurs car ils ne décident pas la mise en examen au moins sur le plan théorique. Afin de clarifier la compétence et la responsabilité de chaque fonction dans l'organe d'enquête, quelques

[124] La loi relative à l'indemnisation de l'Etat prévoit la responsabilité personnelle des autorités compétentes en matière pénale. Cependant, en pratique il est très difficile de mettre en œuvre la responsabilité de l'organe d'enquête.

pénalistes vietnamiens proposent de confier la compétence de la mise en examen à l'enquêteur ou aux enquêteurs qui font l'enquête[125]. La fonction de chef de l'organe d'enquête aura un rôle purement administratif et les enquêteurs décideront la mise en examen. Si cette proposition aboutit, ce serait un changement très important non seulement dans le domaine de l'enquête judiciaire mais encore pour l'ensemble de l'organisation administrative et judiciaire au Vietnam. Nous estimons qu'il n'est pas aisé d'enlever le « contrôle » des chefs dans les organisations judicaire et administrative car ce sont souvent les personnes qui désignées par le Parti communiste. Limiter le contrôle des chefs, c'est également limiter la main-mise du Parti communiste dans l'organisation et le fonctionnent de l'Etat. Peut- être un jour, y aurait-t-il un détachement du Parti communiste et de l'Etat.

Si le législateur français incite et recommande au juge d'instruction de retarder la mise en examen pour éviter qu'une telle mesure soit décidée prématurément, le législateur vietnamien, au contraire, oblige l'organe d'enquête à mettre en examen un individu le plus tôt possible. Aux termes de l'article 126 alinéa 1, l'organe d'enquête doit mettre en examen une personne s'ils disposent des indices suffisants de sa culpabilité. Cette obligation est-elle est liée au respect des droits de la personne mise en cause ? Il est vrai que le statut du mis en examen attribue au suspect des droits prévus par l'article 49 du C.P.P.V.N. Néanmoins, l'esprit de ce Code ne nous permet pas d'avoir une telle explication. En réalité, le législateur vietnamien se soucie davantage de l'inaction de la justice que des erreurs qui peuvent être commises lors des décisions hâtives. L'obligation de mise en examen est expliquée par l'idée selon laquelle il faut réagir dès que la culpabilité du suspect est vraisemblable et il faut trouver un coupable dès qu'il y a l'infraction. C'est une manière de démontrer l'efficacité de la répression. Or l'efficacité du système pénal ne consiste pas seulement à agir hâtivement mais à agir de manière juste ; ce qui inclut le respect des droits des personnes concernées qui peuvent être des personnes injustement soupçonnées. Mais la protection des droits individuels a moins d'importance dans un système pénal la recherche de la vérité hante

[125]http://phapluattp.vn

les acteurs de la répression. Cette idéologie communiste est très proche de celle de la procédure inquisitoire[126].

En raison du rôle important des organes d'enquête en matière pénale, nous allons décrire globalement leur organisation et leur compétence. Le Code de procédure pénale ne consacre que quelques dispositions générales relatives aux organes d'enquête et aux enquêteurs (arts. 34 et 35 C.P.P.V.N). L'organisation et le fonctionnement des organes d'enquête sont régis par l'Ordonnance du Comité Permanent de l'Assemblée Nationale du 20 août 2004 n° 23/2004/PL-UBTVQH[127]. Les deux ordonnances du 15 décembre 2006 n° 30/2006/PL-UBTVQH11 et 29 janvier 2009 n° 09/2009/PL-UBTVQH 12 ont apporté des modifications à l'ordonnance initiale. L'ordonnance du 20 août 2004 a essayé de clarifier le partage des compétences entre les différents organes d'enquête appartenant aux différents ministères. La lecture de ces textes révèle que l'organisation et le partage de compétence des organes d'enquête sont très complexes et parfois confus. Il existe des organes d'enquête du Ministère de l'intérieur, des organes d'enquête du Ministère de la défense et des organes d'enquête du Parquet populaire suprême[128]. Leurs compétences sont partagées en fonction de la nature de l'infraction commise.

Dans le système vietnamien, c'est le Ministère de la police[129] qui dispose de la compétence générale en matière d'enquête. En effet, l'article 110 du C.P.P.V.N dispose que les organes d'enquête du ministère de la police sont compétents pour enquêter sur toutes les infractions qui ne sont pas de la compétence du Ministère de l'armée et du Parquet populaire suprême[130]. Il existe deux catégories d'organes d'enquêtes au sein de la police : les organes d'enquêtes générales et les organes d'enquêtes spécialisés pour

---

[126]Léonid Golovko « *Le nouveau Code de procédure pénale russe de 2002 : quel modèle de procès pénal pour la Russie ?* », Revue d'études comparatives Est-Ouest, Année 2007, Volume 38, Numéro 2 pp. 31-44, p. 3.

[127]C'est un organe permanent de l'Assemblée National se composant du Président et des vices présidents de l'Assemblée nationale (4) et des députés (varie entre 12 et 13) responsables dans chaque domaine. Élu pour un mandat de 5 ans par l'Assemblée Nationale, le Comité Permanent peut promulguer des ordonnances dans les domaines où il n'y a pas de loi (art. 90 et 91 de la Constitution du Vietnam de 1992). Dans la hiérarchie des normes, l'Ordonnance du Comité permanent est placée juste après la loi.

[128] Les organes d'enquêtes du paquet populaire au niveau provincial sont abrogés.

[129] Correspondre au ministère de l'Intérieur en France

[130] Correspondre au Ministre de la défense en France

les infractions portant atteinte à la sécurité nationale[131]. Ils sont organisés de manière indépendante et sur trois niveaux : district, province et central[132]. Les organes d'enquête dirigés par le Ministère de la défense sont chargés d'enquêter sur les affaires impliquant les militaires. Il y a au moins un organe d'enquête dans chaque région et un organe d'enquête supérieur regroupant plusieurs régions. Il existe des organes d'enquêtes spécialisés pour les infractions portant atteinte à la sécurité nationale commises par les militaires. Ils sont organisés au niveau régional et inter- régional.

L'enquête peut être effectuée par les organes d'enquête du Parquet populaire suprême et du Parquet suprême de l'armée. La compétence d'enquête du Parquet populaire suprême se limite aux infractions commises par les fonctionnaires judicaires pendant l'exercice de l'activité judicaire (art. 110 § 3 C.P.P.V.N et art. 18 al. 1 de l'ordonnance du 20 août 2004)[133]. L'organe d'enquête du Parquet suprême de l'armée est compétent pour enquêter sur les infractions commises par les fonctionnaires judicaire de l'armé pendant l'exercice de l'activité judiciaire (art. 110 § 2 C.P.P.V.N). En effet, la compétence d'enquête des parquets populaires et des parquets de l'armée a été bien réduite suite à la réforme engagée par l'Ordonnance du 20 août 2004. Avant cette date, il existait un organe d'enquête au sein de chaque parquet au niveau du district et de la province. L'ordonnance du l'Ordonnance du 20 aout 2004 a abrogé les organes d'enquêtes au niveau local gardant seulement celles au niveau central. Cette réforme ont été faite dans l'objectif de renforcer le rôle de contrôle du parquet en tant que l'organe de poursuite en matière pénale. Cependant, en limitant la compétence du parquet populaire, le législateur a malencontreusement affaibli son pouvoir de contrôle et renforcé le « pouvoir » de la police.

En dehors des organes d'enquêtes ci-dessus cités, l'article 2 de l'ordonnance relative à l'enquête pénale attribue exceptionnellement la compétence d'enquête à l'administration douanière, à l'armée de frontière[134], à la police maritime[135], à

[131] Y compris les infractions de nature politique (art. 19 de l'Ordonnance du 20 août 2004 modifié par l'Ordonnance du 29 janvier 2009).

[132] L'organe d'enquête au sein du Ministère de l'intérieur intervient lorsque l'affaire est complexe.

[133] La notion de l'activité judicaire est très large, elle se compose de l'enquête, poursuite, jugement, l'exécution du jugement. Cependant, aucun texte ne définit clairement cette notion.

[134] Une unité du Ministère de la défense

[135] Une unité du Ministère de la défense

l'administration forestière lorsque l'infraction a été commise sur le territoire qu'ils surveillent. En raison de la distance et de l'urgence, les chefs de ces administrations se voient attribuer certaines compétences en matière d'enquête (art. 19 à 22 Ordonnance du 20 aout 2004). Pour les flagrants délits, ils peuvent effectuer l'ensemble de la procédure d'enquête y compris la garde à vue et la mise en examen. Une fois l'enquête terminée, ils envoient le dossier au Parquet populaire territorialement compétent. Par contre, pour les infractions complexes, ils ne peuvent qu'effectuer des enquêtes préliminaires, c'est-à-dire, ouverture d'une information policière, recueil des indices, conservation des preuves... Ils doivent transférer le dossier à l'organe d'enquête compétent dans un délai de 7 jours à compter de la date de l'ouverture de l'enquête.

En raison de l'éparpillement du partage des compétences entre les différents organes d'enquêtes au sein de plusieurs ministères, le Comité de réforme de la procédure pénale a l'intention de réorganiser et modifier les règles en matière d'enquête d'ici 2015. La majorité des opinions souhaite supprimer la compétence exceptionnelle d'enquête de l'administration douanière, de l'armée de frontière, de la police maritime, de l'administration forestière. Celles-ci pourraient simplement collaborer avec les organes d'enquêtes. Ces administrations ne semblent pas contester une telle hypothèse. Par contre, le Ministère de la police, le Ministère de la défense et la Parquet, souhaitent élargir leur compétence. Il faut croire que l'enquête est la clé du pouvoir !

Nous avons vu que l'appréciation des indices de culpabilité est laissée au libre arbitre de l'organe d'enquête. Il semble difficile au législateur d'intervenir directement dans cette appréciation. Pour améliorer la qualité du travail des enquêteurs, le législateur vietnamien s'est montré plus exigeant vis-à-vis des connaissances et de l'expérience des enquêteurs. Les enquêteurs sont des fonctionnaires qui sont nommés pour un mandat de 5 ans renouvelable. Ils sont sélectionnés selon les critères de diplôme et d'expériences prévus par l'article 31 de l'Ordonnance n° 23/2004/PL-UBTVQH par un jury nommé par le Ministère ou le Parquet dont ils dépendent. Les Ministères et les Parquets peuvent retirer limoger les enquêteurs ou retirer leur mandat. Les chefs ou les adjoints-chef des organes d'enquête sont également nommés, avec la recommandation du Parti communiste, parmi les enquêteurs pour un mandat de cinq ans. Nous avons pu constater que l'organisation des organes d'enquêtes est assez

complexe et très spécialisée. Dans chaque organe d'enquête, il existe des services spécialisés : infractions en matière de corruption, en matière de drogue, en matière des mœurs, en matière d'affaires, en matière de sécurité nationale[136]. En effet, cela démontre la puissance des organes d'enquête au Vietnam. En réalité, les enquêteurs travaillent de manière très indépendante, le Parquet populaire n'exerce que très peu de contrôle effectif sur eux.

§ 2. Les sanctions pour l'insuffisance des indices de culpabilité

La formulation de l'article 126 alinéa 1 du C.P.P.V.N ne met pas en évidence l'idée selon laquelle il est interdit de mettre en examen un individu alors que les indices de culpabilités sont insuffisants[137]. La mise en examen décidée par l'enquêteur est soumise à l'approbation du parquet populaire qui la valide ou non. Aux termes de l'article 126 alinéa 5 dudit Code, le Parquet populaire peut mettre en examen un individu de sa propre initiative mais son rôle consiste davantage à contrôler les mises en examen décidées par l'organe d'enquête grâce à la procédure d'approbation (I). Une fois la mise en examen approuvée, elle peut être annulée soit par un recours gracieux soit par l'annulation d'office des autorités compétentes (II).

---

[136] Ordonnance 30/2006/PL-UBTVQH11 du 15 déc. 2006 1 ; Circulaire du Ministre de l'Intérieur n° 12/2004/TT-BCA du 23 septembre 2004

[137] L'article 126 aliéa 1 : « *lors que l'organe d'enquête dispose suffisamment d'indices déterminant qu'une personne a commis une infraction, il la met en examen* ».

I. La mise en examen soumise à l'approbation du parquet populaire

L'article 126 est le seul article du C.P.P.V.N qui régit la mise en examen, il dispose que « *lorsque qu'il y a suffisamment d'indices déterminant qu'une personne a commis une infraction, l'organe d'enquête la met en examen* ». La lecture de cet article laisse penser que la mise en examen est de la compétence exclusive de l'organe d'enquête. Bien que la plupart des mises examens soient décidés par l'organe d'enquête, il n'est pas le seul à pouvoir mettre en examen. En effet, le Parquet populaire peut également mettre en examen un individu dans un certains cas. D'une part, lorsque le Parquet populaire suprême a la compétence d'enquête exclusive pour les infractions commise par les fonctionnaires judiciaires. D'autre part, lorsque le parquet populaire, pendant son contrôle des dossiers d'enquête, découvre de nouvelles personnes qui sont impliquées dans l'affaire mais qui ne sont pas encore mises en examen par la police. En effet, L'article 126 alinéa 5 dispose qu'« *après avoir reçu les rapports d'enquête, lorsque le ministère public découvre qu'une personne a commis une infraction mais qu'elle n'est pas encore mise en examen, il peut la mettre en examen…* ». La question est de savoir si le parquet populaire doit respecter les conditions de fond pour la mise en examen, c'est-à-dire l'existence des indices suffisants de culpabilité. Bien que le l'article 126 alinéa 5 du C.P.P.V.N ne soit pas très explicite sur cette question, nous estimons que la vraisemblance de culpabilité doit être respectée quelle que soit la nature de la mise en examen. Néanmoins, nous ne savons pas comment le parquet populaire peut « découvrir » la culpabilité d'un individu sur la simple lecture du dossier. Rien n'empêche au parquet de demander une enquête complémentaire avant de prendre sa décision. Dans les 24 heures à compter de la prise de décision, le parquet populaire doit informer l'organe d'enquête de la mise en examen.

Traditionnellement, la mise en examen est décidée par la police. Dans les 24 heures à compter de la mise en examen, le chef ou l'adjoint-chef de l'organe d'enquête doit envoyer cette décision ainsi que l'ensemble du dossier d'enquête au parquet populaire de sa circonscription afin de demander son approbation (art.126 al. 4 C.P.P.V.N). Pour faciliter le travail de l'organe d'enquête et du parquet, le circulaire inter n° 05/2005 entre le Parquet populaire suprême et le Ministère de la police entre du

7 septembre 2005 a donné des indications relatives au contenu du dossier que l'organe d'enquête doit envoyer au parquet[138]. Il se compose des documents suivants :

a. La demande d'approbation de la mise en examen ;

b. La décision d'ouverture d'une enquête pénale[139] ;

c. La décision de mise en examen ;

d. Le procès-verbal de la signification de la mise en examen sauf si la personne est en fuite

đ. Les pièces servant à la mise en examen

e. Les procès-verbaux des déclarions du suspect, des témoins et des victimes ; les procès-verbaux des interrogatoires

g. Bordereau des pièces numérotées par l'organe d'enquête

Le parquet populaire est tenu de répondre à l'organe d'enquête dans les trois jours à compter du moment de la réception de la demande, soit par une approbation soit par le refus de la mise en examen. Le délai d'approbation de trois jours prévu par l'article 126 alinéa 1 est assez long. En réalité il peut être encore plus long en raison de l'ambigüité du dit article qui dispose que « *le parquet populaire doit répondre dans les trois jours à compter de la date de réception de la demande d'approbation de la mise en examen* ». Il y peut avoir un « temps mort » indéterminé entre le moment où l'organe d'enquête envoie sa demande et le moment où le parquet prend connaissance réellement de celle-ci. Le retard de ces délais n'est pas sanctionné, il est donc très difficile pour la personne mise en examen de faire valoir son droit. En attendant la décision du parquet, le suspect peut être mise en garde à vue ou détenu suite à un mandat d'arrêt. Les personnes privées de la liberté d'aller et de venir n'ont aucun recours possible dans l'attente de la décision du parquet. Nous proposons de modifier les disposions de l'article 126 alinéa 1 en imposant au parquet populaire de prendre sa décision relative à la mise en examen dans un délai de trois jours à compter de mise en examen et non de la date de la réception de la demande d'approbation.

---

[138] art. 13

[139]Cette décision qui n'est pas soumise à l'approbation du parquet populaire. Dans le cas où il n'y a pas de mise en examen, l'organe d'enquête informe simplement le parquet de cette décision dans un délai de 24 heures. La décision d'ouverture d'une enquête pénale est la première réaction de l'Etat face à l'acte criminel. C'est la police qui apprécie la nature des actes commis pour savoir s'ils sont nature pénale ou non. Néanmoins, le parquet populaire peut décider l'ouverture d'une enquête pénale lorsque l'organe d'enquête y refuse (art. 104 CPPVN).

Pour les pénalistes vietnamiens, la technique d'approbation est une bonne garantie pour protéger les droits des justiciables lorsque les décisions des enquêteurs risquent d'y porter atteinte. Les mesures suivantes sont soumises à l'approbation du parquet populaire avant leur exécution : le mandat d'arrêt (art. 80), l'arrestation d'urgence (art. 81), la garde à vue (art. 86), la détention provisoire (art. 88), la perquisition au domicile (art. 141) et la saisie de biens (art. 146). Nous nous posons la question de savoir si l'approbation du parquet populaire est une garantie efficace contre les erreurs possibles ou l'arbitraire de la police et quel est le mécanisme de contrôle du parquet populaire. Le Code de procédure pénale vietnamien n'impose pas à l'organe d'enquête de motiver la mise en examen, ce qui rend plus difficile le travail du parquet. Néanmoins, la circulaire n° 05/2005 du 7 septembre 2005 semble exiger que l'organe d'enquête explique les raisons de la mise en examen. Au Vietnam, la circulaire des ministères a une valeur plus contraignante, ce qui n'a pas le cas en droit français. Les administrations doivent suivre les instructions des circulaires. Le parquet populaire accueille très favorablement « la motivation de la mise en examen », et il souhaite que cela soit inscrit dans la loi[140]. Il est exact que la motivation permet au ministère public de mieux contrôle la mise en examen. Cette obligation établirait la rigueur du travail de l'organe d'enquête ainsi que son respect envers le Parquet.

Cependant, le mécanisme d'approbation du parquet ne permet pas au ministère public de contrôler de manière efficace la légalité de la mise en examen effectuée par la police. Ceci parce qu'en réalité le Parquet populaire n'a pas de réel pouvoir sur la police. La loi fait aussi en sorte que la police ait un pouvoir important en la matière. Si le parquet donne droit à la demande de mise en examen, il n'a pas à indiquer les raisons de son approbation parce qu'il va dans le sens de l'organe d'enquête. Par contre, dans le cas où Parquet refuse d'approuver la mise en examen, sa décision doit être motivée (art. 112 al. 4 C.P.P.V.N). Cette disposition est également expliquée par le fait que le système pénal vietnamien est obsédé par l'idée de trouver et punir le coupable. Ainsi, toutes décisions qui risquent de relâcher un coupable doivent être motivées. Cette

[140]LE DUC KHANH, "discussions relatives à la procédure d'approbation de la mise en examen », Revue du parquet populaire n° 12/2004

disposition correspond à l'esprit général du système répressif au Vietnam selon lequel « il vaut mieux condamner un innocent que laisser en liberté un coupable »[141].

Par ailleurs, l'approbation du Parquet populaire est une simple formalité. En pratique, le suspect acquiert le statut de mise en examen dès la décision de l'organe d'enquête. L'organe d'enquête signifie lui-même au suspect sa décision de mise en examen et il peut commencer l'interrogatoire sans attendre l'approbation du parquet populaire[142]. Il arrive également que l'organe d'enquête applique les mesures de contraintes telles que l'arrestation, la saisie, la garde à vue et y compris la détention provisoire alors que la mise en examen n'est pas encore approuvée par le Parquet populaire. Pourtant conformément à l'article 126 alinéa 4 du Code de procédure pénale, la mise en examen n'est effective qu'après l'approbation du parquet populaire. Par ailleurs, la Constitution de 1992 interdit la détention provisoire d'une personne sans l'accord du parquet populaire. Le Parquet populaire conteste cette pratique de la police mais aucune autorité ne tranche ce conflit. L'autorité du Parquet populaire semble assez faible face au pourvoir de la police. Il est donc urgent d'enlever la compétence de mise en examen des enquêteurs. Le ministère public déciderait seul cette mesure.

II. L'annulation de la mise en examen

Il existe deux hypothèses selon lesquelles la mise en examen peut être annulée soit par la décision d'office de l'autorité compétente soit par suite au recours gracieux. L'annulation de la mise en examen peut être à initiative de l'organe d'enquête ou du parquet lorsqu'ils estiment que la mise en examen est illégale. Lorsque l'annulation est de l'initiative de l'organe d'enquête, elle doit être approuvée par le parquet. En toute logique, le parquet est libre de prendre la décision d'annuler non la mise en examen. Pourtant, les dispositions de l'article 112 alinéa 5 dudit Code de procédure pénale et de l'article 1.2 et 1.3 de la circulaire du 07 septembres 2005[143] laissent penser que le parquet devrait suivre la demande de l'organe d'enquête. Cette disposition ne suscite aucune critique des pénalistes vietnamiens. Pour eux, il est logique qu'une décision

---

[141]Dinh The Hung "les relations entre l'organe d'enquête, le parquet populaire et le tribunal »

http://dinhthehung.wordpress.com/2011/05/03/

[142] Pham Minh Tuyen, « prévention des erreurs judiciaire » http://tapchikiemsat.org.vn/viewtopic (site du Parquet)

[143]La circulaire relative à la coopération entre les organes d'enquêtes et le Parquet

« illégale » doive être retirée. Mais cette « illégalité » est appréciée par l'organe, elle peut être fausse pour différentes raisons. Une telle disposition prive le parquet d'apporter son point de vue sur l'affaire. Encore une fois, nous avons la preuve que la police dispose de pouvoir très important en matière de la mise en examen et non le parquet.

Lorsque l'annulation de la mise en examen est de l'initiative du parquet, celui-ci ne décide pas de manière autonome. Il demande tout d'abord à l'organe d'enquête d'annuler la mise en examen, le parquet n'intervient que si l'organe d'enquête n'exécute pas sa demande (art. 121 CPPVN). Le parquet doit suivre la même procédure s'il souhaite modifier le contenu de la mise en examen (art. 122 CPPVN). Ces dispositions ne sont pas cohérentes car le parquet a le contrôle de l'enquête, nous ne voyons pas pourquoi il doit effectuer une telle procédure. En pratique, la relation entre l'organe d'enquête et le parquet est une relation de courtoisie plutôt un lien de subornation.

La mise en examen peut être annulée par la demande de la personne mise en examen si elle estime qu'il n'existe pas suffisamment d'indices à son encontre déterminant qu'elle a commis l'infraction (art. 38 et 49 du Code de procédure pénale). C'est un recours gracieux, il n'existe pas de recours judicaire pendant l'enquête. L'article 49 dudit Code concernant les droits de la personne mise en examen dispose de manière générale qu'elle « peut *déposer un recours gracieux contre toutes les décisions et les actes liés à la procédure des organes procédant à la procédure pénale »*[144]. Les actes très graves tels que la mise en examen et la garde à vue, la détention provisoire sont soumis au même régime de recours qu'un simple acte d'administration de l'enquête[145]. Nous estimons qu'il est nécessaire d'inscrire dans la loi des régimes différents de recours en fonction de la nature et de la gravité des décisions mises en cause.

Aux termes de l'article 329 alinéa 2 du C.P.P.V.N, la personne mise en examen doit, tout d'abord, contester sa mise en examen auprès du ministère public qui l'a approuvée. Dans la plupart des cas, les personnes mises en examen ne sont pas assistées

---

[144]L'expression « Les organes procédant à la procédure pénale » désigne les organes d'enquêtes, les parquets populaires, les tribunaux (art. 33 C.P.P.V.N)

[145]La seule différence en cas de recours gracieux contre la garde à vue et la détention provisoire est que le délai de répondre du parquet plus court

par un avocat, elles ne connaissent pas la procédure, souvent elles déposent directement le recours gracieux auprès de l'organe d'enquête qui a pris la décision. Dans l'esprit des citoyens vietnamiens, c'est l'organe d'enquête qui décide réellement de la mise en examen. Lorsque l'organe d'enquête reçoit les recours gracieux, il n'a pas obligation de les transmettre au Parquet, il doit néanmoins indiquer aux intéressés les démarches à suivre (art.1. 3 de la Circulaire n° 02/2005/TTLT-VKSTC-TATC-BCA-BQP-BTP du 10 aout 2005).

La personne mise en examen dispose d'un délai de 15 jours à compter de la date de la réception de la mise en examen ou de la date où elle est mise au courant de la mise en examen (art.328 C.P.P.V.N). Ce délai s'applique à tous les actes effectués par les organes d'enquête et le Parquet, y compris la décision refusant l'annulation de la mise en examen. Autrement dit, la mise en examen n'a pas de régime particulier de recours gracieux. Néanmoins, ce délai est suspendu en présence de la force majeure (maladie, catastrophes naturelles…). Le délai de recours gracieux nous parait très court. Par ailleurs, le Code de procédure pénale ne précise pas si ce délai court à partir de la décision de mise en examen de l'organe d'enquête ou de l'approbation du parquet populaire. En toute logique, ce délai de 15 jours doit être compté à partir du moment où la mise en examen devient effective, c'est-à-dire l'approbation du parquet. Dans un délai de 7 jours à partir de la date de réception du recours gracieux, le parquet populaire doit répondre au recours gracieux de la personne mise en examen (art. 329 al. 1 C.P.P.V.N). Aucun texte n'impose au Parquet de consulter l'avis de l'organe d'enquête avant de prendre sa décision. Nous présumons donc que le Parquet prend librement sa décision au moins dans le cas où il confirme la mise en examen. Dans le cas contraire, la concertation avec l'organe d'enquête est une pratique courante. Si la personne mise en examen n'a pas obtenu gain de cause, elle peut porter son affaire devant le parquet du rang supérieur (art. 329 al. 2 C.P.P.V.N,). Dans un délai de 15 jours le parquet doit rendre une décision définitive sur l'affaire.

Comme tous les recours gracieux, la décision n'est pas soumise au débat contradictoire. La personne mise en examen continue à jouer un rôle très passif, elle ne peut participer à ce processus de prise de décision sauf des personnes mises en examen très influentes. Dans l'idéologie d'un système pénal parfait, le législateur vietnamien se soucie davantage du mécanisme d'autocritique des enquêteurs qu'une « critique » de l'extérieur. Autrement dit, ils devraient être capables de découvrir eux-mêmes les

erreurs commises pendant l'enquête. Le recours gracieux n'est donc pas efficace car nous ne voyons pas comment le parquet peut changer d'avis sauf dans les cas très exceptionnel.

D'après ces analyses, nous ne pouvons pas dire qu'il y ait une véritable sanction de la mise en examen pour insuffisance d'indices de culpabilité. Le parquet n'apprécie la suffisance ou l'insuffisance des indices que par le dossier constitué par les enquêteurs qui l'orientent forcément vers une mise en examen. Nous avons vu que le parquet n'assure pas un vrai rôle de contrôle mais plutôt de surveillance sur les décisions de l'organe d'enquête. Le parquet n'est pas libre de prendre une décision mais il doit être plutôt en concertation avec l'organe d'enquête. Le contrôle de la mise en examen par le mécanisme d'approbation et de recours gracieux est ineffectif et donc inefficace. Par ailleurs, il est difficile voire impossible pour l'intéressé de contester sa mise en examen car aucun débat contradictoire n'est prévu avant son approbation et pendant le recours gracieux. A ce stade de procédure, la plupart des personnes mises en examens ne sont pas assistées par un avocat et les avocats accèdent très difficilement au dossier. Depuis quelques temps, les pénalistes vietnamiens réclament une clarification du rôle du parquet et de l'organe d'enquête en matière d'enquête[146]. Ils ne savent plus si le parquet est libre de prendre sa décision ou il doit concerter systématique avec l'organe d'enquête. En raison de la puissance de la police, personne ne croit plus au contrôle du parquet sur l'enquête. Ils demandent donc de confier les décisions importantes telles que la mise en examen et la détention provisoire au parquet. Ainsi, la compétence des organes d'enquête doit être réduite aux actes d'enquêtes.

Présumons que cette proposition passe lors que la réforme du Code de procédure pénale, il se posera la question de savoir s'il y aura un recours contre la mise en examen décidée par le parquet et quelle sera autorité compétente ? Pourra-t-on instaurer une autorité indépendante pour assurer le contrôle des actes de nature juridictionnelle telle que la mise en examen ?

En bref, plusieurs dispositions du Code de procédure pénale concernant la mise en examen doivent être modifiées pour qu'elles soient cohérentes les unes avec les autres. Suite aux analyses ci-dessus, nous proposerons de modifier l'article 126 du

[146]Do Thi Ngoc Tuyet et Le Minh Long, « discussion relatives aux relations de contre pouvoir entre l'organe d'enquête et le parquet populaire » http://tks.edu.vn/portal/detail

CPPVN relatif à la mise en examen sur plusieurs points. Tout d'abord, il faut expliciter la pluralité des indices permettant la mise en examen. Ensuite il faut remplacer le terme « *déterminant* » par celui de «*laissant présumer* » que la personne a commis une infraction. En fin, il faut supprimer l'obligation de mise en examen afin de réduire les mises en examen hâtives et confier la mise en examen au parquet populaire. L'article 126 devrait être rédigé comme suitt : « *Le procureur ne peut mettre en examen un individu que s'il existe plusieurs indices laissant penser qu'il a commis une infraction ».*

CHAPITRE 2 : LA JUSTIFICATION DE LA NECESSITE DE LA DETENTION PROVISOIRE

Pendant longtemps, le législateur français a laissé au juge d'instruction le soin de déterminer lui-même, en matière criminelle comme en matière correctionnelle, les raisons pour lesquelles le placement en détention préventive de l'inculpé était nécessaire. La motivation de la détention en matière correctionnelle a été prescrite par la loi du 17 juillet 1970 ; en matière criminelle par la loi 6 juillet 1989. Ces lois s'inscrivent dans l'évolution de la procédure pénale vers un sens plus protecteur des droits des personnes suspects.

Les motifs, selon la définition de Gérard Cornu, sont le fondement, la cause de justification, la raison de principe ou de circonstances, invoqués pour justifier une décision ou un comportement[147]. La détention provisoire doit être motivée, soit par la nécessité de l'enquête, soit par la nécessité de sécurité. C'est-à-dire que cette mesure sert à empêcher le suspect de commettre des actes compromettant l'enquête ou de commettre à nouveau une infraction. La motivation de la détention provisoire est un travail très délicat car le juge doit apprécier la probabilité d'un éventuel acte délictueux qui pourrait se produire dans l'avenir. Les connaissances approfondies en criminologie peuvent être une aide précieuse pour les magistrats dans leur prise de décision. En effet, la nécessité de la détention provisoire est une question de fait, le législateur ne peut donc tout prévoir à l'avance. Si on légifère de manière trop stricte, cela risque d'empêcher le juge d'employer cette mesure dans les cas nécessaires. Si on légifère de façon trop générale, cela rend fictif l'exigence des motifs de la détention provisoire. L'évolution de la procédure pénale se trouve dans la recherche d'un équilibre entre l'opportunité et la légalité : la première assure l'efficacité de la répression et la seconde protège la liberté individuelle.

En droit vietnamien, il n'est jamais question d'opter pour la théorie d'opportunité de la détention provisoire, bien au contraire, c'est la doctrine légaliste qui domine en la matière.[148] Le législateur vietnamien affirme, dès le premier Code de

[147] Vocabulaire juridique Gérard Cornu V. Motif

[148]La doctrine communiste veut que la loi ait une force suprême parce qu'elle est faite par l'Assemblée Nationale qui représente le peuple ; le juge doit appliquer strictement la loi. Ainsi, la jurisprudence n'est

procédure pénale de 1989, que la détention provisoire ne peut être appliquée que s'il existe des motifs prévus par ledit code. Celui- ci manifeste la volonté de limiter l'arbitraire de l'organe d'enquête et du ministère public en exigeant des *indices* justifiant la nécessité de la détention provisoire. ***Cependant, ce dernier n'a pas pu masquer sa préoccupation pour la répression en légiférant de manière assez générale et parfois contradictoire (Section 1). En droit français, on remarquera que les motifs de la détention provisoire sont suffisamment larges pour que le juge conserve un large pouvoir d'appréciation (Section 2).***

Section 1 : Les motifs personnalisés de la détention provisoire en droit vietnamien

Les dispositions relatives aux motifs de la détention provisoire se trouvent dans deux articles du Code de procédure pénale, l'article 79 et l'article 88. Le premier concerne l'ensemble des mesures de prévention y compris la détention provisoire et le second concerne uniquement la détention provisoire. Le système répressif du Vietnam réserve une attention particulière à l'auteur de l'infraction : son passé, sa personnalité, sa situation, son attitude face aux crimes commis peuvent modifier considérablement les peines que le tribunal va prononcer. Dans cette perspective, la procédure pénale cherche toujours à proposer une procédure adaptée la situation personnelle du suspect. Elle distingue d'une part, les motifs de la détention provisoire des cas ordinaires (§1) d'autre part, les motifs spécifiques de la détention provisoire lorsque les personnes mises en examen se trouvent dans en état de faiblesse (§2).

§ 1. Les motifs de la détention provisoire des cas ordinaires

La lecture des deux articles 79 et 88 du Code de procédure pénale révèle une réelle contradiction concernant les motifs de la détention en matière criminelle. Le premier, régissant l'ensemble des mesures de prévention laisse penser que la détention provisoire doit être motivée quelle que soit la gravité de l'infraction en cause ; le

---

pas reconnue comme source en droit vietnamien. D'une part, on ne peut pas citer une jurisprudence et d'autre part, on ne peut consulter librement les jugements. Cependant, il est temps de revoir cette idéologie en raison de l'inflation des textes du Gouvernement et propositions des lois provenant du Gouvernement. Ce dernier publie plusieurs textes en matière pénale. En raison de l'imprécision de la loi, le Conseil supérieur de la magistrature publie également des recommandations dans l'interprétation des textes.

seconde, régissant spécifiquement la détention provisoire, exclut clairement la motivation en matière criminelle. Le législateur vietnamien a suivi le même chemin que le législateur français qui, pendant longtemps, n'a pas exigé la motivation de la détention provisoire en matière criminelle. Nous avons remarqué que la gravité de l'infraction, dans beaucoup de systèmes pénaux, est un motif de la privation de la liberté de l'intéressé. Le législateur vietnamien associe la nécessité de la détention provisoire et la gravité de l'infraction en cause. Nous allons étudier tout d'abord les conséquences de l'absence de motivation de la détention provisoire en matière criminelle sur le plan théorique et pratique (I). Ensuite, nous allons étudier les motifs de la détention provisoire en matière correctionnelle (II).

I. L'absence de motifs de la détention provisoire en matière criminelle

L'article 79 du Code de procédure pénale vietnamienne régissant les mesures de prévention dispose que: « *Afin d'empêcher la commission d'une infraction qui est en train de se commettre , ou lorsqu'il existe des indices laissant penser que la personne mise en examen va commettre des actes rendant plus difficile le déroulement de la procédure pénale*[149] *ou qu'elle continue à commettre des infractions, l'organe d'enquête, le parquet et le tribunal peuvent prendre des mesures d'empêchement telles que l'arrestation, la garde à vue et la* <u>*détention provisoire*</u> *,interdiction de quitter le domicile, la caution personnelle, la caution*». La lecture de cet article laisse penser qu'il faut des motifs justifiant la détention provisoire quelle que soit la gravité de l'infraction, pour empêcher soit la commission d'une nouvelle infraction soit la commission des actes compromettant le procès pénal.

Cependant, l'article 88 du Code de procédure pénale qui régit spécifiquement la détention provisoire dispose que :

« 1. La détention provisoire peut être appliquée à la personne mise en examen ou à l'accusé dans les cas suivant :

A. Si elle a commis une infraction très grave ou particulièrement grave ;

[149] La traduction littéraire du vietnamien sera : «… les actes rendant plus difficiles l'enquête, la poursuite ou le jugement ». Pour faciliter la lecture, nous avons utilisé l'expression « «… les actes rendant plus difficiles le déroulement de la procédure pénale »

B. Si elle a commis une l'infraction grave ou peu grave mais qu'il existe des indices *laissant penser que l'intéressé va prendre la fuite, empêcher le déroulement de la procédure pénale ou continuer à commettre des infractions.*

2. La détention provisoire ne peut s'appliquer aux femmes enceintes, aux femmes qui élèvent seule un enfant de moins de 36 mois, aux personnes âgées, aux personnes gravement malades à condition qu'elles aient un domicile fixe sauf dans les cas suivants :

A) La personne a pris la fuite et elle est arrêtée par un mandat d'arrêt ;

B) si elle continue à commettre une nouvelle infraction ou si elle a commis intentionnellement des actes portant atteinte gravement à l'enquête, à la poursuite et au jugement malgré les mesures alternatives qui ont été appliquées à son encontre ;

C) En cas d'infraction portant atteinte à la sécurité nationale, s'il existe suffisamment d'indices justifiant que la détention provisoire est le seul moyen pour éviter la danger que la personne mise en examen ou l'accusé pourrait causer à la sécurité nationale ».

L'article 88 du Code de procédure pénale n'exige aucun motif de détention provisoire en matière criminelle. La gravité de l'infraction soupçonnée suffit pour alerter la vigilance de l'autorité ; par conséquent la personne mise en cause est soumise à un traitement draconien. Les pénalistes vietnamiens, en se référant au principe selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale, admettent unanimement que le placement en détention provisoire en matière criminelle n'est conditionné par aucun motif[150]. Cette acception n'évoque aucune critique ni par les chercheurs ni par les universitaires car elle correspond tout à fait à l'esprit du droit pénal vietnamien, un esprit très répressif. Plus exactement, la plupart des chercheurs et des universitaires n'ont pas remarqué la contradiction entre les deux articles 79 et 88 du Code de procédure pénale ; ils citent souvent ces deux articles pour la détention provisoire[151]. L'esprit critique n'est pas bien

[150]NGUYEN MAI BO, NGUYEN SI DAI, « les mesures d'empêchement et la perquisition », Ed. Politique nationale, Hanoi 2002, p. 62 et suivantes

[151]PHẠM KHẮC VỰC, « les motifs de la détention provisoire », Revue de la science juridique n° 2/2004

apprécié dans le milieu universitaire. Les enseignants et les chercheurs sont des fonctionnaires de l'Etat, ils sont très prudents dans leurs « manifestations intellectuelles ».

Les professionnels qui apportent plus de critiques sur la scène pénale, ce sont des avocats. Dans l'exercice de leur profession, les avocats relèvent de multiples difficultés liées à la contradiction des textes et l'ineffectivité de ceux-ci. Ils ont relevé la contradiction entre l'article 79 et l'article 88 du Code de procédure pénale cités ci-dessus, et demandent la motivation en matière criminelle. Mais cette demande n'est pas acceptée parce qu'en droit vietnamien, nous appliquons le principe selon lequel la règle spécifique déroge à la règle générale. Ainsi, l'article 88 dudit Code excluant les motifs en matière criminelle doit s'appliquer. Si nous appliquons l'article 79 du CPPVN relatif à la détention provisoire pour obliger l'organe d'enquête de la motiver la détention provisoire en matière criminelle, il aura d'autres problèmes. En effet, l'article 79 n'est pas très exigeant concernant la nature des actes qui permet la détention provisoire ; il suffit qu'il existe des *« indices laissant penser que la personne mise en examen va commettre des actes rendant plus difficile le déroulement de la procédure pénale »*. Une simple désobéissance ou le non collaboration peuvent être interprétées comme de nature à rendre plus difficile le déroulement normal de la procédure pénale. Alors que l'article 88 du Code de procédure pénale exige *« des indices laissant penser que la personne mise en examen va commettre des actes de nature à empêcher_le déroulement de la procédure pénale* ». En raison des contradictions entre ces deux articles, nous concluons que l'article 79 du Code de procédure pénale, bien qu'il cite la détention provisoire, ne doit pas s'appliquer en matière de détention provisoire.

Pourtant la Cour populaire suprême a exigé que la détention provisoire décidée au stade du jugement doive être motivée quelle que soit la gravité de l'infraction. En effet, dans la Résolution du 2 Octobre 2004 n° 03/2004/NQ-HĐTP, la Cour populaire suprême indique que « *les mesures de prévention et la détention provisoire peuvent être décidées lorsque le tribunal estime qu'il est nécessaire d'empêcher la commission une nouvelle infraction ou bien lorsque le tribunal a des indices démontrant que la personne mise en examen va commettre des actes portant atteinte au déroulement du jugement* ». C'est-à-dire, il faut également motiver la détention provisoire en matière criminelle. Au Vietnam, la Cour populaire suprême édite des Résolutions pour recommander aux tribunaux de suivre ses interprétations des lois. Cette

recommandation de la Cour suprême ne concerne que les tribunaux qui ont la compétence de placer le prévenu en détention provisoire une fois que le dossier lui est transféré. Au stade du jugement, la détention provisoire est une mesure exceptionnelle ; le juge reste très prudent quand il décide une telle mesure. La Résolution ci-dessus citée n'est pas applicable au Parquet populaire et le Ministère de l'intérieur en matière de détention provisoire pendant l'enquête.

Pour comprendre les effets graves de l'absence de motivation de la détention provisoire en matière criminelle, il faut connaitre l'incrimination et la qualification des infractions en droit pénal vietnamien. La confusion dans la qualification des infractions a pour conséquence d'écarter la motivation de la détention aux nombreuses infractions qui sont de nature correctionnelles. Le Code pénal vietnamien classe les infractions en quatre catégories : infractions peu graves, graves, très graves et particulières graves (art. 8 al 2 CPPVN). Comme dans la plupart des systèmes pénaux, la gravité de l'infraction se réfère à la nature de l'acte et notamment aux peines infligées. Les infractions qualifiées peu graves sont des infractions dont la peine principale est de 3 mois à 3 ans d'emprisonnement; les infractions graves sont des infractions dont la peine principale est de 3 ans à 7 ans d'emprisonnement ; les infractions très graves sont des infractions dont la peine principale est de 7 ans à 15 ans d'emprisonnement ; les infractions particulièrement graves sont des infractions dont la peine principale est de 15 ans d'emprisonnement à la peine capitale. Les infractions très graves et particulièrement graves ne correspondent pas tout à fait à la notion de « crime » en droit français mais nous nous autorisons à les nommer "crimes" pour faciliter la rédaction et la lecture[152]. La distinction entre plusieurs catégories d'infractions reste délicate car leur frontière peut être très confuse. Le Code pénal vietnamien détermine pour chaque infraction une tranche de peine d'emprisonnement, par exemple de 6 mois à 3 ans d'emprisonnement ou de 3 ans à 7 ans d'emprisonnement. Le juge décide une peine qui ne doit être ni inférieure ni supérieure aux limités fixées par le législateur. Selon le Code pénal vietnamien, un seul acte peut se voir qualifier d'une infraction peu grave, grave, très grave ou particulièrement grave ; cette variation dépend de la circonstance de sa commission et les conséquences qu'il a causées.

[152] En droit français, le crime est puni au moins 10 ans de réclusion

Pour mieux comprendre la qualification en droit pénal vietnamien, nous citons l'exemple du vol prévu par l'article 138 du Code pénal. La soustraction du bien d'autrui est une infraction *peu grave* si l'objet du vol a une valeur pécuniaire de moins cinquante million VND (Viet nam dong) [153] parce que la peine encourue est de 6 mois à trois ans d'emprisonnement (art.138 al.1 CP). L'acte devient une infraction *grave* lorsqu'il a été commis en bande organisée ou en récidive ou avec habilité d'esprit ou commis avec violence ou si la valeur de l'objet volé est évaluée entre 50 millions VND et 200 millions VND ou s'il a des conséquences graves, la peine encourue est alors de 2 ans à 7 ans d'emprisonnement (art. 138 al. 2 du CP). L'acte devient une infraction *très grave* lorsqu'il cause des conséquences très graves ou si la valeur de l'objet volé est évaluée entre 200 millions VND et 500 millions VND, la peine varie entre 7 ans et 15 ans d'emprisonnement (art. 138 al 3 du CP)[154]. L'acte peut être qualifié *particulièrement grave* s'il cause des conséquences particulièrement graves ou si la valeur de l'objet volé est évaluée à plus de 500 millions VND, la peine encourue est 12 ans à 20 ans d'emprisonnement ou l'emprisonnement à perpétuité (arts. 138 139 al 4 du CP). Il suffit donc de changer la valeur de l'objet volé pour changer la qualification du vol. Dès lors, il demeure un aléa conséquent quant à la détermination de la valeur de l'objet dérobé. Nous nous posons la question de savoir de quelle manière est évalué ledit objet source de conflit. Par ailleurs, la notion de conséquences de l'acte est également floue. La Circulaire interministérielle n° 02/2001/ TTLT du 25 décembre 2001 a expliqué que les conséquences de l'infraction peuvent être des préjudices physiques, matériels, ou moraux telle qu'une mauvaise influence sur la politique du Parti communiste, de l'Etat, mauvaise influence à la sécurité l'ordre de la société.

Nous constatons que les circonstances aggravantes modifient la nature de l'infraction. Le droit pénal vietnamien accorde une importance particulière aux circonstances aggravantes parce qu'elles révèlent, selon la doctrine, la dangerosité de l'auteur. En effet, l'ancien article 70 du CPPVN disposait que « *le Ministère public pouvait placer en détention provisoire la personne mise en examen si celle-ci a commis l'infraction* avec une des circonstances aggravantes prévues pour cette infraction ou d'autres circonstances aggravantes prévues par l'article 48 *du Code pénal* ». Cette

[153] Environ 3000 euro

disposition ne permettait le placement en détention provisoire que s'il y avait des circonstances aggravantes, peu importe la gravité de l'infraction en cause. Mais les dispositions relatives aux circonstances aggravantes sont assez imprécises. Le législateur a abrogé le critère de la dangerosité de l'auteur et l'a remplacé par la gravité de l'infraction. Les juristes vietnamiens ont approuvé « la précision » de nouvel article 88 du Code de procédure pénale. En réalité, la portée de cette réforme, malgré la bonne volonté du législateur, reste limitée car la classification des infractions est intimement liée aux circonstances aggravantes.

Il est vrai que le législateur vietnamien manifeste la volonté de mieux encadrer le placement en détention provisoire mais celui-ci reste très hésitant et parfois ces réformes sont contradictoires. L'ambigüité et la spécificité du système pénal vietnamien permet de ne pas appliquer les motifs de la détention provisoire dans de nombreux cas. Il faut retirer de l'article 79 la détention provisoire de la liste des mesures de prévention afin d'éviter toute confusion entre le régime d'application de la détention provisoire et celui des autres mesures. La détention provisoire serait ainsi régie par un seul et même article : l'article 88. Cette scission des mesures de préventions et de la détention provisoire permettrait de clarifier le régime de la détention provisoire. Nous estimons que la détention provisoire doit être motivée tant en matière correctionnelle que criminelle. Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article 88 du Code de procédure pénale serait *« la détention en toutes matières doit être justifiée soit par la nécessité de l'enquête, de la poursuite et du jugement soit par la nécessité d'empêcher la personne mise en examen de commettre une nouvelle infraction* ».

II. La motivation de la détention provisoire en matière correctionnelle.

L'article 88 alinéa 1, B, du C.P.P.V.N dispose que *« la détention provisoire est applicable à la personne mise en examen pour une infraction peu grave ou grave dont la peine encourue est au moins égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement à condition qu'il existe des indices laissant penser que l'intéressé prendra la fuite, empêchera le déroulement de la procédure pénale ou commettra une nouvelle infraction* ». Selon cette disposition, l'organe d'enquête ne doit pas motiver l'insuffisance des mesures alternatives à la détention provisoire alors qu'elle est

nécessaire pour diminuer la détention provisoire (B)[155]. Bien que la législation soit assez précise, l'organe d'enquête interprète les motifs de la détention provisoire à sa guise (A)

A. Les motifs de la détention provisoire en matière correctionnelle

La motivation de la détention provisoire ne concerne que des infractions peu graves et graves. Les infractions qualifiées peu graves sont des infractions dont la peine principale est de 3 mois à 3 ans d'emprisonnement ; les infractions graves sont des infractions dont la peine principale est de 3 ans à 7 ans d'emprisonnement. La détention provisoire est exclue pour certaines infractions, elle n'est possible qu'à l'encontre de la personne mise en examen pour une infraction dont la peine encourue est au moins de *deux ans d'emprisonnement* (art. 88 b C.P.P.V.N). Avant la réforme du Code de procédure pénale en 2003, la détention provisoire était applicable pour une infraction dont la peine encourue était au moins d'un an d'emprisonnement. Le seuil d'un an d'emprisonnement a été jugé trop bas, il couvre 96,8% des infractions, c'est–à–dire la quasi-totalité des infractions du Code pénal[156]. Avec cette modification, il en reste environ 80% des infractions pour lesquelles la détention provisoire de leur auteur est possible.

Il est exact que la définition des infractions peu graves et graves en droit vietnamien ne correspond pas tout à fait à celle de délit en droit français[157]. Néanmoins, pour faciliter la lecture, nous nous autorisons à les nommer ainsi. Le terme d'infraction « peu grave » ne semble pas pédagogique car ce sont des infractions portant atteinte à la personne, aux biens, et elles encourent des peines d'emprisonnement. Par ailleurs, est-il juste de priver de liberté d'aller et de venir une personne alors que ses actes sont qualifiés de « peu graves » ? Il est nécessaire donc de modifier la terminologie ou d'interdire la détention provisoire pour les infractions peu graves. Nous attendons la nouvelle réforme du Code de procédure pénale sur cette question. En attendant, la

[155] En droit français, le juge des libertés et de la détention doit motiver tout d'abord l'insuffisance des mesures alternatives à la détention provisoire avant de motiver sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure pénale.

[156] Nguyen Trong Phuc, «la pratique de l'application des mesures d'empêchements la détention provisoire, la garde à vue par la police, le parquet populaire de la province Thua Thien Hue », Mémoire du Master II, Faculté de droit de Ha noi 2002 p. 42

[157] En droit français, le délit est puni de deux mois à dix ans d'emprisonnement

Direction de réforme judicaire a recommandé aux enquêteurs de ne pas avoir recours à la détention provisoire pour les infractions peu graves. Certains auteurs proposent d'interdire la détention provisoire en matière d'infractions économiques, d'infractions routières et d'infractions commises par imprudence…[158]. Nous n'avons pas eu de réaction du législateur sur cette proposition audacieuse. Il est assez délicat d'interdire la détention en fonction de critères très variés qui priveraient l'organe d'enquête de la possibilité de réagir pour protéger l'ordre public. Par ailleurs, les conséquences des infractions économiques ou routières peuvent être très graves ; l'arrestation et la détention de son auteur peuvent être nécessaires. Pour les infractions qui entrent dans le champ d'application de l'article 88 du C.P.P.V.N, le placement en détention provisoire est possible s'il satisfait à l'un des trois motifs : empêcher la personne mise en examen de prendre la fuite, de commettre des actes compromettant l'enquête, la poursuite et le jugement ou de commettre une nouvelle infraction.

S'agissant du motif « *d'empêcher la fuite* », l'article 88 alinéa 1 du Code de procédure pénale exige des « *indices laissant penser que la personne mise en examen va prendre la fuite*». Ce motif correspond au motif de « *garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice* » en droit français bien qu'il soit formulé un peu différemment. Une interprétation rigoureuse de cet article oblige l'organe d'enquête à établir le lien entre les indices recueillis et la possibilité de prendre la fuite. Autrement dit, pour dire que l'intéressé peut prendre la fuite, il faut que celui–ci ait des comportements manifestes tels que l'achat du billet de transport ou la prise de contact avec d'autres personnes. Quoi qu'il en soit, l'organe d'enquête et le Parquet populaire apprécient souverainement la probabilité des éléments recueillis et l'éventuelle fuite. Leur appréciation n'est soumise à aucun contrôle. Par ailleurs, la Cour suprême admet une interprétation assez large de la notion d'indice, elle y a donc inclus la personnalité de l'intéressé, son passé judiciaire, sa profession, sa situation familiale et son attitude envers les victimes[159]. Au stade de l'enquête, le casier judiciaire de l'intéressé est consulté systématiquement[160]. Le casier judiciaire permet aux enquêteurs de mieux connaître la personnalité du suspect mais il peut aussi suggérer des

---

[158] http://tapchikiemsat.org.vn (Revue du Parquet populaire)

[159] *Ibid.*

[160] Dans certains systèmes judiciaires, la consultation du casier judiciaire du suspect est interdite, par exemple aux Etats-Unis, car cela risque de provoquer des préjugés qui lui seraient défavorables.

préjugés et peut fausser dès le début les pistes de l'enquête. Une grande prudence est recommandée aux enquêteurs lorsqu'ils consultent le casier judiciaire de l'intéressé. La personne mise en examen peut demander de rester en liberté si elle a des garanties suffisantes. Il appartient aux enquêteurs d'apprécier l'opportunité de laisser en liberté ou non l'intéressé en fonction de sa situation personnelle, de la nature de l'infraction commise (volontaire ou non, la gravité, les conséquences), de son casier judiciaire (vierge ou non).

Le deuxième motif de la détention provisoire est la nécessité de l'enquête, de la poursuite ou du jugement. En effet, l'article 88 alinéa 1 du C.P.V.N dispose que la détention provisoire peut être appliquée « *s'il existe des indices laissant penser que la personne mise en examen va empêcher l'enquête, la poursuite ou le jugement*». Cette disposition très générale correspond à trois motifs de la détention provisoire en droit français prévus par l'article 145 du Code de procédure pénale : « *1. conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité, 2. Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que le famille 3. Empêcher la concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices* ». La plupart des juristes vietnamiens constatent qu'il est très difficile de faire appliquer correctement cette disposition ; tout dépend de l'appréciation des enquêteurs. Nous nous posons la question de savoir si le comportement de la personne mise en examen doit être intentionnel ou non. Le législateur ne précise pas la nature des actes commis par la personne mise en examen. En effet, en ce qui concerne la détention provisoire des cas particuliers que nous allons étudier plus tard, le législateur exige que cette mesure ne soit possible que si la personne mise en examen a commis des actes volontaires portant atteinte gravement à l'enquête, à la poursuite ou au jugement. Malgré l'imprécision de cette disposition, nous estimons que les comportements de l'intéressé doit être volontaires pour dire qu'ils sont de nature à empêcher le déroulement normale de la procédure pénale. Par ailleurs, le terme « empêcher » doit être interprété comme acte positif ; une simple omission ne rentre pas dans le champ d'application de cette disposition. Ainsi, la non-collaboration avec la justice ou le silence de l'intéressé ne doivent pas être considérés comme un acte de nature à empêcher le déroulement normal de la procédure. De même, un simple dérangement tel que la non-comparution justifiée par la force majeure ne doit pas être interprété comme la volonté d'empêcher l'enquête, la poursuite ou le jugement.

Cependant, il est très difficile pour l'avocat ou la personne placée en détention provisoire d'argumenter sur l'absence des indices laissant penser qu'elle va empêcher l'enquête. Si les enquêteurs acceptent cet argument, ils peuvent néanmoins justifier la détention provisoire pour le risque de renouvellement de l'infraction.

Le dernier motif de la détention provisoire en matière délictuelle est celui du risque que la personne continue à commettre des infractions. Ce motif correspond au motif de la détention provisoire numéro 6 prévu par l'article 145 du code de procédure pénale français: « *mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement* ». Il est vrai que le législateur vietnamien est moins précis que le législateur français. En droit français comme en droit vietnamien, ce motif se repose sur l'hypothèse que la personne est probablement coupable de l'infraction faisant l'objet de l'enquête en cours. En toute logique, on ne peut « continuer » à commettre une infraction ou « renouveler » une infraction qu'après avoir commis la première infraction. Ce motif de la détention provisoire a une signification très particulière en droit vietnamien, il contribue à l'un des objectifs fondamentaux de la procédure pénale : empêcher la commission de l'infraction par l'arrestation et la détention du suspect (art.1 C.P.P.V.N). L'idéologie communiste veut que toutes les mauvaises actions, y compris la tentative de mauvaises actions, ne puissent pas échapper à la surveillance et au contrôle de la police. Cette surveillance permet de découvrir les infractions au stade de la préparation. En droit pénal vietnamien, la notion de la tentative est une notion très large permettant à l'autorité d'intervenir sans qu'il n'y ait vraiment commencement d'exécution. Il suffit qu'il y ait la recherche, de la préparation des outils, des moyens ou de la création des conditions pour commettre un crime (art.17 du Code pénal vietnamien). L'auteur de ces actes peut être condamné pour un crime alors qu'ils sont équivoques. Néanmoins, la tentative n'est pas punissable pour les délits.

Nous avons remarqué qu'il n'existe pas en droit vietnamien le motif du trouble à l'ordre public et la protection de la personne mise en examen. En l'état actuel du droit vietnamien, le motif du trouble à l'ordre public ne semble pas utile car la détention provisoire en matière criminelle n'est pas soumise à une motivation. Il est difficile de justifier réellement que les infractions peu graves et graves puissent créer un trouble à l'ordre public sauf dans des circonstances particulières. Nous estimons qu'il n'y a pas de nécessité d'ajouter dans le code de procédure pénale vietnamien ce motif car il va conduire à des abus possibles. Par contre, il est nécessaire d'ajouter le motif de

« *protection de la personne mise en examen* ». Dans le cas où il y a un risque de vengeance contre la personne mise en examen ou de suicide de celle-ci, les enquêteurs ne peuvent pas placer l'intéressé en détention provisoire pour ce motif. Ils doivent donc avoir recours aux autres motifs qui ne correspondent pas à la réalité.

B. L'absence de motivation de l'insuffisance des mesures alternatives à la détention provisoire en matière correctionnelle

L'un des objectifs de la nouvelle réforme en matière de détention provisoire est de limiter l'usage de cette mesure. Pour cela, il faut renforcer les mesures alternatives à la détention provisoire : la caution personnelle, la caution financière et l'interdiction de la quitter le domicile. A l'heure actuelle, l'insuffisance des mesures alternatives ne sont pas soumises à la motivation et aucun pénaliste n'évoque sa motivation. La réforme de la détention provisoire ne peut être dissociée de celle des mesures alternatives. Tout d'abord, il faut clarifier la nature des mesures alternatives par rapports aux autres mesures de prévention énoncées par l'article 79 du C.P.P.V.N. Cet article classifie la caution personnelle, la caution financière et l'interdiction de quitter le domicile dans les mêmes catégories des mesures dénommées « mesures de prévention »[161]. Il est peut-être temps d'abroger tout simplement l'article 79 du C.P.P.V.N qui est un vrai « fourre-tout », créant tant de confusion. Nous proposons de séparer d'un côté les mesures alternatives à la détention provisoire et de l'autre les mesures de prévention[162]. Les mesures alternatives à la détention provisoire en droit vietnamien ressemblent aux obligations du contrôle judiciaire en droit français mais elles sont moins complètes. La différence avec le droit français est que les enquêteurs n'ont pas à motiver l'insuffisance de ces mesures pour justifier la détention provisoire. Nous pouvons envisager qu'un jour le législateur vietnamien exigera la motivation de l'insuffisance des mesures alternatives à la détention provisoire

[161] Art. 79 « *Afin d'empêcher la commission d'une infraction qui est en train de se commettre, ou lorsqu'il existe des indices laissant penser que la personne mise en examen va commettre des actes rendant plus difficile le déroulement de la procédure pénale ou qu'elle continue à commettre des infractions* ; *l'organe d'enquête, le Parquet et le Tribunal peuvent prendre des mesures d'empêchement telles que l'arrestation, la garde à vue et la détention provisoire, l'interdiction de quitter le domicile, la caution personnelle, la caution financière*»

[162] L'arrestation, détention provisoire, garde à vue

Il est important d'analyser chacune de ces mesures alternatives pour comprendre la spécificité du droit vietnamien ainsi que la mentalité de ce peuple. La caution personnelle est un exemple de cette spécificité. L'article 92 du Code de procédure pénale la caution personnelle comme « *une mesure alternative à la détention provisoire* »[163]. La caution personnelle est un engagement écrit de deux personnes physiques au moins qui s'engagent à faire le nécessaire pour que la personne mise en examen ne renouvelle pas l'infraction et qu'elle reste à la disposition de la justice. Une personne morale peut également se porter caution pour le même engagement lorsque la personne mise en examen fait partie de ses membres. Le Code de procédure pénale de 2003 a exigé que les personnes physiques qui se portent caution pour une personne mise en examen doivent être de ses proches[164]. Néanmoins, ces personnes ne sont pas obligatoirement de la famille dans le sens strict du terme[165]. Pour pouvoir se porter caution, les personnes physiques doivent être des personnes honnêtes, qui respectent la loi et ont un domicile fixe. Les informations concernant les personnes se portant cautions doivent être certifiées par les comités populaires où elles ont leur domicile.

La caution personnelle est une mesure assez originale qui repose strictement sur la confiance. Il est étonnant de prendre un tel engagement sur le comportement d'une autre personne. Dans le cas où la personne ne respecte pas ses obligations, l'article 92 du Code de procédure pénale dispose de manière générale que les personnes qui se portent cautions en sont responsables. Ce texte ne prévoit pas la portée de cette responsabilité. En pratique, les enquêteurs ou le ministère public demandent aux personnes se portant cautions de déposer une somme d'argent pour garantir leur engagement. Cette somme ne leur sera pas restituée si l'intéressé ne respecte pas ses obligations[166]. Néanmoins, les enquêteurs ne peuvent pas demander aux personnes morales de déposer une somme d'argent pour garantir leur engagement qui est simplement moral. La caution personnelle est une mesure assez efficace ; les personnes

---

[163] L'ancien article 75 du Code de procédure pénale de 1988 n'a pas affirmé que la caution soit une mesure alternative à la détention provisoire.

[164] Le Code de procédure pénale de 1988 n'a pas précisé le lien entre les personnes qui se portent cautions et la personne mise en examen.

[165] La notion de « personnes proches » est très large, elles peuvent être de la famille ou des amis

[166]Le Rapport de la Cour suprême sur l'application du Code de procédure pénale, mai 1998 cité par Mai Bo, Nguyen Sy Dai, « les mesures de prévention » op. cit p. 91

mises en examen respectent davantage leurs obligations. En effet, la morale sociale recommande que l'on ne doive jamais causer tort à ceux qui ont apporté leur aide, notamment ceux qui nous font confiance. Cela consiste à doubler les garanties par la contrainte sociale et pécuniaire.

Une autre mesure de prévention est la caution financière énoncée par l'article 93 du Code de procédure pénale L'article 93 du C.P.P.V.N décrit la caution financière comme le fait que la personne mise en examen dépose une somme d'argent ou des objets de valeurs à la police, au parquet ou au tribunal pour « *garantir sa présence aux convocations de la justice* »[167]. Les dispositions de C.P.P.V.N relatives à la caution financière sont assez confuses notamment en concerne son motif. En effet, l'article 79 C.P.P.V.N prescrit que la caution financière est une mesure de prévention *qui ont pour objectifs « d'empêcher la commission d'une infraction ou des actes rendant plus difficile le déroulement de la procédure* »[168]. Cependant, l'article 93 du C.P.P.V.N limite l'objectif de la caution financière à une simple « *garantie de la présence de l'intéressé aux convocations de la justice* ». Par ailleurs, cet article ne dénomme pas la caution financière comme une mesure alternative à la détention provisoire mais une « *mesure de garantie* »[169]. Cette mesure n'a pas la même valeur de contrôle social que la caution personnelle ; le législateur ne semble pas être convaincu de son efficacité.

La somme mise en caution dépend de la situation financière de la personne mise en examen. Cette dernière peut également déposer entre les mains de la justice un ou des biens de valeur. L'organe d'enquête qui décide la caution doit faire un constat de la somme déposée et l'état des biens déposés. La personne mise en examen garde une copie du procès-verbal du constat. Si cette dernière respecte les obligations imposées, ses biens lui seront restitués. Dans le cas contraire, ses biens seront alloués à la trésorerie publique. Pour éviter une pression que les enquêteurs pouvaient exercer sur les personnes mises en cause, l'article 93 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que si les enquêteurs décident d'appliquer la caution financière, cette mesure doit être approuvée par le parquet avant son exécution.

---

[167] Art. 93 du Code de procédure pénale

[168] Les mêmes objectifs pour toutes les mesures de prévention

[169] Expression très vague

L'interdiction de quitter le domicile est aussi mesure prévention *(*arts. 79 et 91 du C.P.P.V.N*)*. Le législateur vietnamien ne semble pas considérer cette mesure comme une mesure alternative à la détention provisoire. En effet, l'article 91 du Code de procédure pénale se contente simplement de définir l'interdiction de quitter le domicile sans affirmer que c'est une mesure alternative à la détention provisoire. Par ailleurs, l'objectif de cette mesure est de garantir la présence de la personne mise en examen lors de la convocation de l'organe d'enquête, du ministère public ou du juge. A priori, cette mesure ne peut remplacer la détention provisoire car celle-ci a pour objectifs d'empêcher le renouvellement de l'infraction et la commission des actes entravant le déroulement de la procédure pénale. Pourtant, l'interdiction de quitter le domicile peut se révéler très efficace en raison de la disposition particulière de cette mesure et la spécificité de la société vietnamienne.

L'interdiction de quitter le domicile est accompagnée d'une formalité particulière. Les enquêteurs confient la personne mise en examen au Comité populaire, équivalent à la mairie en France, où cette personne a son domicile afin de contrôler ses déplacements (art. 91 C.P.P.V.N). C'est-à-dire que les enquêteurs se rendent au Comité populaire et confie la surveillance de l'intéressé à l'autorité locale. Cette procédure fait l'objet d'un procès-verbal. Avant le Code de procédure pénale de 2003, l'interdiction de quitter le docile n'a été assortie à aucune formalité ; la personne mise en examen s'engageait simplement par écrit à ne pas quitter la commune où elle habitait (art.74 du Code de procédure pénale de 1998). La surveillance du Comité populaire peut être très efficace car son président connaît très bien ses habitants notamment à la campagne et il dispose donc facilement des informations sur les personnes surveillées. Dans les grandes villes, cette surveillance est la tache de la police qui se trouve dans chaque quartier[170]. Au Vietnam, personne ne peut échapper à un contrôle invisible de la part de ses semblables qui peuvent être ses voisins, sa famille, ses collègues… Néanmoins, l'article 91 du C.P.P.V.N ne détermine pas quelles sont les mesures que le président du comité peut prendre pour surveiller la personne mise en examen et quelle est la limite de cette surveillance. Par ailleurs, la loi n'exige pas que l'organe d'enquête ou le président du comité populaire fixent la durée de la surveillance, elle peut donc perdurer jusqu'au moment où l'organe d'enquête ou le parquet décident d'y mettre fin ou bien de la

[170] Unité administrative, une division de l'arrondissement

remplacer par une autre mesure. Si la liberté d'aller et venir de la personne mise en examen est préservée, sa vie privée peut être, en revanche gravement atteinte.

Aux termes des articles 92 et 93 du C.P.P.V.N., le parquet ou l'organe d'enquête peuvent choisir une des mesures alternatives à la détention provisoire en fonction de la *gravité* de l'infraction reprochée et de *la personnalité* de la personne mise en examen. Ces dispositions restent assez vagues, elles ne précisent ni la nature de l'infraction reprochée permettant de bénéficier d'une des mesures alternatives, ni la qualification de la personnalité de l'intéressé. Ce flou est voulu par le législateur, laissant à l'organe d'enquête et au parquet une grande liberté d'apprécier l'opportunité des mesures alternatives. En pratique, les enquêteurs appliquent très peu les mesures alternatives à la détention provisoire par ce qu'ils ne savent pas comment déterminer le montant du cautionnement ainsi que les types d'infractions pour lesquelles ces mesures peuvent s'appliquer. En l'absence de textes, les enquêteurs préfèrent ne pas prendre le « risque »[171]. La détention provisoire est plus courante. Lorsque les enquêteurs décident la caution financière, ce sont des sommes colossales destinées aux gens qui disposent des moyens très importants. Il est donc urgent d'élaborer les règles plus complètes concernant les mesures alternatives à la détention provisoire. Certains auteurs proposent que seules les personnes mises en examen pour les infractions peu graves ou graves puissent bénéficier de l'application de ces mesures alternatives à la détention provisoire[172]. Mais la gravité de l'infraction ne justifie pas à elle seule la privation de la liberté avant le jugement ; l'application des mesures alternatives peut être opportune pour la personne mise en examen et pour la société quelle que soit l'infraction commise. Il est donc plus judicieux de laisser ces dispositions en l'état actuel, c'est-à-dire sans distinction de la matière criminelle ou correctionnelle. Les articles 92 et 93 n'excluent pas de manière explicite les personnes récidivistes du bénéfice des mesures alternatives mais en réalité il est très difficile voire impossible de bénéficier des mesures alternatives à la détention provisoire si l'intéressé est récidiviste.

En bref, l'ensemble des dispositions du Code de procédure pénale laisse penser que la détention provisoire n'est pas une mesure exceptionnelle. Les dispositions de la

---

[171]Hoang Diep, « il faut détailler les conditions de la détention provisoire », site web http://m.tuoitre.vn/tin-tuc/Chinh-tri

[172]Sy Dai, Mai Bo, op.cit p.. 91

détention provisoire sont placées avant les mesures alternatives ce qui renforce l'idée qu'elles ne sont qu'accessoire. Pour limiter la détention provisoire, il faut renforcer les mesures alternatives et obliger la motivation de leur insuffisance avant d'avoir recours à la privation de la liberté. En droit vietnamien, la privation de liberté d'une personne dont l'état de faiblesse est lié à son âge ou à sa santé reste une mesure exceptionnelle.

§ 2. Les motifs de la détention provisoire pour des cas particuliers

Le droit vietnamien accorde toujours, dans n'importe quelle matière, un traitement particulier aux mineurs et les personnes qui ont une faiblesse physique telles que les personnes âgés, les personnes malades. La procédure pénale ne fait pas exception à cette règle. Le législateur a élaboré des règles particulières concernant la détention provisoire des personnes âgées en raison de leur faiblesse physique (I) et des mineurs en raison de leur faiblesse mentale (II).

I. En raison de l'état de faiblesse physique

L'humanisme socialiste recommande que la société soit clémente avec certaines catégories de personnes mises en causes ou condamnées. L'article 88 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que la détention provisoire ne s'applique pas aux femmes enceintes ainsi qu'aux femmes qui élèvent leur enfant de moins de 36 mois [173]; les personnes âgées en mauvaise santé ; les personnes malades *sauf les cas exceptionnels*[174]. Il faut tout d'abord appliquer les mesures alternatives. La seule condition pour que ces personnes bénéficient de la clémence est le fait d'avoir un domicile fixe. Une interprétation littérale de l'article 88 alinéa 2 ne permet pas à un homme qui élève un bébé de moins de 36 mois de bénéficier de l'indulgence de la loi. S'il s'agit du seul intérêt de l'enfant que le législateur veut protéger, il faut donc supprimer cette discrimination en remplaçant le terme « femmes » par celui de « personnes ». A vrai dire, l'indulgence de la loi est liée au besoin d'allaiter un enfant de moins de 36 mois par sa mère. Une femme enceinte ne bénéficie pas de cette clémence. Quelques scandales ont fait réfléchir les pénalistes sur la situation des femmes

[173] Sous l'ancien Code de procédure pénale de 1988, l'âge de l'enfant permettant aux mères de ne pas être détenues était moins de 12 mois.

[174] Si ces personnes sont condamnées à une peine d'emprisonnement, le juge doit suspendre l'exécution de la peine (art. 61 du Code pénal). Les personnes âgées ne bénéficient pas de suspension de l'exécution de la peine, ce qui est logique.

enceintes[175]. En effet, il arrive qu'elles fassent des fauches couches durant la détention provisoire en raison de leur état de stress et de mauvaises conditions de détention. L'Etat n'est pas fautif parce qu'aucune disposition du Code de procédure pénale n'interdit le placement en détention provisoire d'une femme enceinte. La réclamation de la réparation est impossible dans ce cas.

En ce qui concerne les personnes âgées en mauvaise santé, la notion de « personnes âgées » n'est pas définie par le Code pénal ; d'un point de vue sociologique, les personnes âgées au Viêtnam sont des personnes qui atteignent l'âge de 60 ans. Le Code du travail réserve la distinction entre une femme et un homme ; sont considérées comme travailleurs âgés, un homme qui atteint l'âge et 60 ans et une femme qui atteint l'âge de 55 ans. Nous estimons qu'il n'y a pas à distinguer le sexe de la personne concernée pour déterminer si c'est une personne âgée ou non. En raison de l'évolution de la société vietnamienne, cette notion sera forcément modifiée.

La privation de liberté avant jugement de ces personnes n'est possible que dans les cas strictement limités par l'article 88 du Code de procédure pénale. Cette nouvelle disposition résulte d'un effort de précision du législateur lors de la réforme de la procédure pénale en 2003. En effet, l'ancien article 70 du C.P.V.N disposait simplement que la détention provisoire de ces personnes était possible « *dans les circonstances exceptionnelles* ». La généralité de ce terme a été source de nombreuses difficultés d'application. En réalité, le Parquet populaire et l'organe d'enquête peuvent interpréter de manière très étendue la notion de « circonstances exceptionnelles » pour placer en détention provisoire les personnes protégées paralysant donc l'indulgence du législateur. C'est la raison pour laquelle, lors de la discussion sur la réforme du Code de procédure pénale en 2003, les députés ont délimité trois motifs pour lesquels la détention provisoire de ces personnes est exceptionnellement admise. Tout d'abord, la personne a pris la fuite. Ensuite, elle a commis une nouvelle infraction ou elle a commis volontairement des actes empêchant sérieusement l'enquête, ou la poursuite. Enfin, en cas d'infractions portant atteinte à la sécurité nationale, s'il existe des indices laissant penser que le fait de laisser l'intéressé en liberté va nuire gravement à la sécurité nationale.

---

[175]THANH TUNG, *"il faut limiter les catégories de personnes susceptibles d'être placées en détention provisoire* » site web : luathinhsu.wordpress.com/2012/05/04

Les deux premiers motifs nous paraissent très clairs, ce sont : *la fuite, la commission d'une nouvelle infraction ou des actes empêchant sérieusement l'enquête, la poursuite et le jugement.* En effet, ce ne sont pas les simples indices ou une simple probabilité de commettre des actes répréhensibles mais il faut que les actes soient réellement commis. Autrement dit, le parquet ne peut placer en détention provisoire la « personne protégée » que si elle a déjà pris la fuite, renouvelé l'infraction ou commis intentionnellement des actes afin d'empêcher sérieusement l'enquête, la poursuite ou le jugement. L'organe d'enquête et le parquet populaire apprécient la nature des actes de l'intéressé pour savoir si ceux-ci peuvent être de nature à empêcher sérieusement le déroulement du procès pénal. L'expression «*d'empêcher sérieusement* » signifie qu'en l'absence de l'arrestation et de la détention de l'intéressé, l'enquête, la poursuite ou le jugement ne peuvent se poursuivre. Encore faut-il que l'intéressé ait commis les actes répréhensibles intentionnellement dans le but de compromettre l'application de la sanction pénale. Ces deux premiers motifs exceptionnels de détention provisoire répondent à l'exigence d'une législation précise.

Le troisième motif quant à lui prête à des discussions, plus exactement c'est le cas qui permet de placer en détention provisoire du suspect dans l'hypothèse où il existe des indices justifiant que l'intéressé puisse mettre en danger la sécurité nationale. Tout d'abord, il faut que la personne soit mise en examen pour une infraction portant atteinte à la sécurité nationale. Il faut également qu'il existe des indices laissant penser que si l'on ne place pas cette personne en détention provisoire, la sécurité de la nation peut être mise en danger. La formulation de cette disposition est très vague laissant aux enquêteurs un large pouvoir de décision. Le vrai problème dans ce domaine n'est pas tellement la détention provisoire du suspect car il est tout à fait légitime pour un Etat de protéger la sécurité de son pays. Par contre, le véritable souci c'est l'incrimination des infractions portant atteinte à la sécurité nationale. Il y quatorze infractions portant atteinte à la sécurité nationale, des articles 78 à 91 du Code pénal qui sont disposées de manière très imprécise permettant ainsi de qualifier comme telles de nombreux actes. En effet, le législateur inclut aussi des infractions de nature politique parmi les infractions portant atteinte à la sécurité nationale[176]. Les autorités vietnamiennes se

[176] Exemple de l'Article 88 du Code pénal qui incrimine les faits de propagande contre l'Etat socialiste du Vietnam. Il y a souvent une confusion entre le Parti communiste et l'Etat du Vietnam, les critiques de ce régime peuvent être qualifiées de propagande.

montrent extrêmement sévères contre les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction portant atteinte à la sécurité nationale y compris des infractions de nature politique. Elles réservent donc aux personnes mises en cause un traitement dérogatoire.

II. En raison de l'état de faiblesse mentale

On peut se demander pourquoi le « mineur » ne fait pas partie des personnes « protégées » à l'encontre desquelles la détention provisoire ne peut qu'être exceptionnelle. Pour le législateur vietnamien, les règles dérogatoires applicables aux personnes faibles sont liées à leur état physique ; pour les mineurs, c'est leur état mental qui justifie les règles spécifiques. Ainsi, le Code de procédure pénale consacre un chapitre entier, sous le titre « la procédure particulière » aux mineurs mais il est très succinct. Aux termes de l'article 303 alinéa 1 du Code de procédure pénale, les mineurs de 14 ans ne peuvent être en aucun cas privés de la liberté d'aller et de venir. En effet, l'article 68 du Code pénal vietnamien exclut la responsabilité pénale des mineurs de 14 ans ; seules les mesures éducatives peuvent leur être appliquées. Le Code pénal français ne fixe pas l'âge de la responsabilité pénale ; toute personne est pénalement responsable dès le moment qu'elle a l'aptitude de comprendre ses actes. Le législateur vietnamien a choisi de présumer qu'un enfant de 14 ans n'est pas conscient de ses actes et n'est pas capable de saisir le sens de la sanction pénale. Les mesures éducatives sont plus bénéfiques pour lui. Lors de l'élaboration du Code pénal vietnamien en 1989, les mineurs de 14 ans avaient un esprit très enfantin. A l'heure actuelle, le contact avec les moyens de communication les a fait évoluer très vite. Les jeunes de moins de 14 ans des années 90 n'avaient pas la même maturité d'esprit que les jeunes d'aujourd'hui. Toutefois, aucun pénaliste n'a émis l'idée de rabaisser l'âge de la responsabilité pénale.

La détention provisoire est par contre applicable aux mineurs à partir de 14 ans. La majorité au Vietnam est fixée à 18 ans. Comme le législateur français, le législateur vietnamien a divisé en deux tranches d'âges ; de 14 ans à 16 ans et de 16 ans à 18 ans pour arriver à élaborer des règles adaptées. Pour déterminer le seuil minimum qui permet d'avoir recours à la détention provisoire, le législateur vietnamien a combiné deux critères : la gravité de l'infraction et la faute intentionnelle ou non du mineur. Les mineurs de 14 ans à 16 ans ne peuvent être placés en détention provisoire que s'ils sont

mis en examen pour une infraction très grave résultant d'une faute intentionnelle[177] ou une infraction particulièrement grave quelle que soit la nature de la faute, intentionnelle ou non[178]. Autrement dit, le seuil de la peine encourue est de 7 ans d'emprisonnement pour qu'un jeune de 14 ans à 16 ans puisse se voit placé en détention provisoire[179]. Il est étonnant de constater que les infractions particulièrement graves peuvent résulter d'une faute non intentionnelle. En effet, la notion de faute intentionnelle ou non intentionnelle en droit vietnamien est très différente par rapport au droit français. L'intention de l'auteur est appréciée en fonction de sa volonté d'atteindre le résultat et non de la volonté de l'acte en lui-même[180].

Pour les mineurs de 16 ans à 18 ans, ils ne peuvent être privés de liberté avant le jugement que s'ils sont mis en examen pour une infraction grave commise par une faute intentionnelle ; une infraction très grave ou particulièrement grave quelle que soit la faute, intentionnelle ou non (art. 303 al. 2). Le seuil de la peine encourue qui permet le placement en détention provisoire d'un mineur de 16 à 18 ans est 3 ans d'emprisonnement[181]. Toutefois, ceci n'est possible que si le mineur a commis intentionnellement l'infraction. C'est l'organe d'enquête qui doit apporter la preuve de l'intention du mineur. Le législateur vietnamien a souvent recours à la gravité de l'infraction pour élaborer les règles. Nous avons observé précédemment que c'est là une notion très flexible, elle se modifie en fonction des circonstances et des conséquences de l'acte délinquant. La frontière entre la possibilité et l'interdiction de placement en détention provisoire d'un mineur reste flou. Par ailleurs, le seuil de peine de trois ans d'emprisonnement parait assez bas. Certains auteurs proposent que la

---

[177] La peine encourue est de 7 ans à 15 ans d'emprisonnement

[178] La peine encourue d'une infraction particulièrement grave est de 15 ans d'emprisonnement à la perpétuité ou la peine de mort. Toutefois, il est interdit d'appliquer la peine de la perpétuité et la peine de mort à l'encontre du mineur quelle que soit la gravité des ses actes.

[179] En droit français, les mineurs de 13 à 16 ans ne peuvent être placés en détention provisoire que s'ils sont mis en examen pour infraction dont la peine encourue est au moins dix ans d'emprisonnement sauf en cas de violation du contrôle judiciaire, la peine encourue est rabaissé à 5 ans d'emprisonnement.

[180]L'article 9 du Code pénal définit la faute intentionnelle comme suit :

"*1. La personne est consciente que son acte est dangereux pour la société, elle prévoit les conséquences de tels actes et souhaite ces conséquences ;*

2. La personne est consciente que son acte est dangereux pour la société, elle prévoit les conséquences qui peuvent se produire, même si elle ne souhaite pas ces conséquences, elle les laisse se produire".

[181] La même règle en droit français

détention provisoire ne soit possible envers des mineurs que s'ils sont mis en examen pour une infraction dont la peine encourue soit égale ou supérieure à 7 ans d'emprisonnement[182]. C'est-à-dire que la détention provisoire des mineurs ne concerne que les infractions très graves et particulièrement graves.

Nous avons remarqué que le législateur n'exige pas de l'organe d'enquête ou du parquet populaire qu'ils appliquent prioritairement les mesures alternatives à la détention provisoire. Cet oubli est regrettable ; le régime de la détention provisoire des mineurs est moins protecteur que celui des personnes malade précédemment analysé. Par ailleurs, l'article 303 du Code de procédure pénale fait référence à la détention provisoire en droit commun. Par conséquent, la détention provisoire des mineurs en matière criminelle n'est soumise à aucun motif. Nous ne comprenons pas pourquoi les mineurs ne bénéficient pas du statut des « personnes protégées » à l'encontre desquelles la privation de la liberté devrait être exceptionnelle. Il est vrai qu'en pratique, les enquêteurs, les procureurs et les juges sont assez tolérants avec les mineurs. Ils ne placent un mineur en détention provisoire que dans des circonstances exceptionnelles. La plupart de temps, ils les confient à sa famille ou le placent dans un centre de rééducation. Selon l'article 302 du Code de procédure pénale, les personnes qui traitent les dossiers des mineurs (enquêteurs, procureurs et juges) doivent avoir des connaissances en psychologie des mineurs. Nous voyons cette disposition comme une recommandation et non pas une obligation car aucune sanction n'est prévue.

Nous avons constaté que les évolutions de la législation en France et au Vietnam en matière de détention provisoire des mineurs se rapprochent. Au Vietnam, la clémence avec les mineurs risque de changer dans l'avenir. En effet, suite à des affaires criminelles commises par les mineurs, l'opinion publique a manifesté vivement contre cette clémence. La criminalité des mineurs augmente considérablement. Selon les chiffres du Ministère de l'intérieur vietnamien, le nombre des infractions commises par les mineurs a augmenté ; 20% de l'ensemble des infractions sont commises par des mineurs[183]. La plupart des infractions commises par des mineurs sont le vol et la violence ; 68% des infractions sont commises par des mineurs de 16 ans à 18 ans. Lors de la nouvelle réforme du Code de procédure pénale, le législateur va peut-être prendre

[182] THANH TUNG, *op.cit* p.23

[183] http://moj.gov.vn/ct/tintuc/ (site du Ministère de la justice)

en considération le passé pénal du mineur pour déterminer les mesures adaptées. Mais la sévérité de la sanction contre les mineurs n'est pas une solution pour lutter la criminalité. Le Gouvernement Vietnamien doit élaborer des mesures pour protéger les mineurs et prévenir les infractions.

Section 2 : Les motifs diversifiés de la détention provisoire en droit français

Avant d'émettre la demande de placement en détention provisoire au juge des libertés et de la détention, le juge d'instruction doit vérifier si cette mesure peut être applicable ou non à l'intéressé. Le principe de proportionnalité veut que la privation de la liberté d'aller et de venir avant le jugement soit interdite dans certains cas. Cependant, il est très délicat de poser la limite en deça de laquelle la détention provisoire ne peut intervenir, ce qui explique l'hésitation constante du législateur français. ***Le législateur doit fixer le seuil de gravité de l'infraction qui permet la détention provisoire (Paragraphe 1). Après avoir vérifié la possibilité de priver de liberté la personne mise en examen avant jugement, encore faut –il que le juge d'instruction examine si la détention provisoire est autorisée au regard des motifs disposés par l'article 144 du Code de procédure pénale (Paragraphe 2)***

§ 1. La détermination de la nécessité de la détention provisoire par le législateur

La détention provisoire n'est pas possible en matière de presse sauf pour les infractions limitativement énumérées par la loi (Loi 24 juillet 1881 art. 52)[184]. La détention provisoire est possible en matière criminelle et correctionnelle, elle est interdite en matière contraventionnelle. La solution est compréhensible parce que la détention provisoire n'a pas d'utilité pour parer au danger de fuite, de collusion…lorsque les actes et les sanctions sont classés au plus bas de l'échelle pénale. Une bonne partie des contraventions est *de nature administrative*. Puisqu'il n'existe pas de peine d'emprisonnement en matière contraventionnelle, il n'est donc pas inconcevable d'appliquer la détention provisoire. Le principe de proportionnalité veut que la détention provisoire ne s'applique qu'à des actes d'une certaine gravité. La nécessité de la détention est déterminée en fonction de la personne mise en examen, selon qu'elle est majeur (I) ou mineur (II).

[184] En droit vietnamien, la liberté d'expression ne bénéficie pas de la même protection qu'en droit français. Ainsi, les auteurs des infractions en matière de presse peuvent être mis en détention provisoire. Autrement dit, il n'y a pas de traitement spécifique en la matière

I. A l'égard des majeurs

La détention provisoire en matière criminelle est admise depuis toujours, tant pour les majeurs que pour les mineurs en raison de la gravité de l'acte. L'incertitude réside en matière correctionnelle dont les peines d'emprisonnement varient de 6 mois à 10 ans. Dès lors, la question est de savoir à partir de quel seuil l'infraction poursuivie peut être considérée comme suffisamment grave pour justifier la détention provisoire de son auteur. Le législateur semble hésitant sur le choix du seuil de la peine encourue. Ainsi, il combinait plusieurs critères pour fixer ce seuil : la circonstance de la découvert de l'infraction (flagrant délit ou pas) ; la nature des infractions (contre les biens ou contre les personnes) ; le casier judiciaire vierge ou non du suspect. Le législateur français a tout d'abord fixé le seuil à un an d'emprisonnement en cas de flagrant délit et deux ans dans les autres cas (loi du 17 juillet 1970). L'explication de cette différence est que le flagrant délit établit avec plus de certitude la culpabilité de son auteur, ce qui consiste à dire que la détention provisoire est une peine anticipée[185]. Or cette mesure ne répondait ni à l'exigence de la nécessité de l'instruction (l'infraction étant flagrante) ni à celle de la nécessité de la sécurité (infraction étant peu grave), donc incompatible avec motifs de l'article 144 du Code de procédure pénal. Le critère du flagrant délit a été supprimé, il est remplacé par d'autres.

Le Législateur, par la loi du 15 juin 2000, a créé deux nouveaux critères pour différencier les seuils de la peine encourue permettant le placement en détention provisoire. Ces critères étaient la nature de l'infraction (contre les biens ou contre les personnes) et le passé pénal du mis en examen (casier judiciaire vierge ou non). Lorsque l'intéressé était mis en examen pour un délit contre les biens et qu'il n'avait pas été déjà condamné pour un crime ou délit à une peine privative de liberté sans sursis supérieur à un an, il fallait que la peine encourue soit au moins égale à cinq ans d'emprisonnement. Dans les autres cas, la peine minimale exigée était de trois ans d'emprisonnement. Avec la montée de nombreuses infractions contre les biens, cette disposition était très critiquée. La loi du 4 mars 2002 a tenté de rabaisser ce seuil en supprimant la distinction de la nature de l'infraction. Elle retient seulement le passé pénale, dans le sens large, de la personne mise en examen pour déterminer la possibilité de la détention

[185]La thèse selon laquelle la détention provisoire est une peine anticipée a été défendue par les magistrats, V. « Détention provisoire, contrôle judicaire et garde à vue » XII Journées Franco- Belges-Luxembourgeoises de droit pénal, Sous la présidence de M. Rolland, PUF 1971 Paris, p. 140

provisoire. Le seul a été fixé à trois ans d'emprisonnement si *dans les six mois qui précédaient, cette personne a été déjà condamnée pour un délit puni d'une peine supérieure ou égale à deux ans d'emprisonnement ou dans une procédure dont la copie est jointe au dossier de l'information, soit d'une des mesures prévues aux articles 41- 1 ou 41-2, soit une poursuite pénale qui n'a pas été clôturée par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement* (ancien art. 143-1 CPPF). Dans les autres cas, le seuil restait à 5 ans. La loi du 4 mars 2002 a requis simplement une implication dans une affaire pénale pour rabaisser le seuil de la peine encourue à trois ans d'emprisonnement. Cette disposition est à son tour critiquée pour sa complexité et l'insécurité juridique qu'elle a engendrée. Le Législateur n'a pu prévoir la portée de ces dispositions d'où les rectifications en cascades.

Après plusieurs essais, plusieurs combinaisons sans succès en raison de leur complexité, le législateur a finalement prescrit que le *seuil de peine encourue minimale qui permet le placement en détention provisoire est de trois ans quelle que soit la nature de l'infraction et quel que soit le passé pénal de la personne mise en examen. Par contre, en cas de soustraction volontaire aux obligations du contrôle judicaire ou d'une assignation à résidence avec surveillance électronique, la détention provisoire est possible quelle que soit la peine encourue (*art. 141-2 et 143 -1 du CPPF). Cette loi a unifié le seuil de la peine encourue sans distinguer ni le passé pénal du mis en examen, ni la nature de l'infraction, ni la circonstance dans laquelle l'infraction est découverte. C'est le juge des libertés et de la détention qui va apprécier concrètement la nécessité du placement en détention provisoire. La volonté du législateur de limiter la détention provisoire est noble mais nous avons la preuve qu'une législation rigide bloque le fonctionnement de tout le système.

La restriction légale de la mise en détention provisoire reste très limitée. En effet, la plupart des délits sur lesquels les magistrats statuent habituellement tels que le vol, l'escroquerie, le recel, les coups et blessures, le proxénétisme, etc., sont punis par le Code pénal de peines supérieures à trois ans d'emprisonnement. Le Professeur Carbonnier a d'ailleurs remarqué qu' *« à l'application de la détention préventive, c'est une barrière caoutchouc* » parce que la limitation de la détention provisoire « *se fonde sur une donnée, la qualification des faits, qui comporte un large arbitraire de la part des magistrats instructeurs et […] qui est très fragile, très mouvante durant*

l'instruction »[186]. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence exige que le juge d'instruction apprécie *in abstracto* le taux de la peine encourue, et qu'il ne doive pas tenir compte des causes d'exemption ou d'atténuation de la peine[187] ni de l'excuse de minorité ou des circonstances aggravantes ; lesquelles relèvent de la seule appréciation des juridictions de jugements lors du prononcé de la peine[188]. Par ailleurs, la Cour de cassation a estimé que le magistrat ne doit pas prendre en compte la récidive pour déterminer la peine encourue[189].

La limite de la détention provisoire semble difficile à déterminer. Ainsi, les législations étrangères sont très disparates ; dans certains pays, le recours à la détention provisoire n'est autorisé que pour quelques infractions très graves [190]; dans d'autres, aucun seuil de la peine d'emprisonnement encourue n'est imposé[191]. Dans d'autres pays encore, le seuil de la peine encourue pour la détention provisoire varie entre trois mois d'emprisonnement à quatre ans d'emprisonnement. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme autorise la détention provisoire dès lors que l'infraction encourt une peine privative de liberté.

II. A l' égard des mineurs

Au sens pénal, le mineur est la personne poursuivie pour des faits commis avant ses 18 ans. Peu importe l'âge au moment des poursuites ou de la condamnation : c'est l'âge au moment des faits commis qui compte. Le Code de procédure pénale réserve quelques règles spécifiques pour les mineurs délinquants, celles- ci sont exposées par

---

[186]Carbonier Jean *op. cit* p.33

[187] Cass. crim. 23 avril 1992 Bull. crim. n° 176; Dr. pén. 1992, comm. n° 191

[188] Cass. crim. 17 juin 1987: Bull. crim. n° 256

[189] Cette conclusion est tirée de l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 février 2005 selon lequel « le juge ne peut pas prolonger la détention provisoire en prenant compte, pour déterminer la peine encourue, la circonstance de récidive » Cass. crim. , 25 févr. 2005, note ROUSSEL (Gildas), Aj Pénal septembre 2005 p. 333. Le circulaire du 20 décembre 2000 énonce qu'il semble (sous réserve de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui paraît ne s'être jamais prononcé sur cette question) que, d'une manière générale, l'éventuel état de récidive d'une personne ne doit pas être pris en compte, au regard des seuils exigés par la loi, pour apprécier la possibilité de la placer en détention provisoire en matière criminelle », Circ. CRIM-00-16/F1, 20 déc. 2000, n° 2. 1. 2.1.1

[190]En droit espagnol, il faut que l'infraction encoure une peine d'au moins six ans d'emprisonnement. En droit brésilien, seule la peine de réclusion criminelle permet la détention du suspect avant le jugement.

[191]Le cas du Japon, du Canada, des Etats-Unis

l'Ordonnance de 1945. La détention provisoire des mineurs est soumise également à quelques règles spécifiques. En raison du traumatisme que la détention provisoire peut provoquer, le recours à cette mesure à l'encontre d'un mineur n'est possible que dans des cas particuliers. L'infraction commise par le mineur doit présenter une certaine gravité pour que sa privation de la liberté soit possible. Des règles spécifiques s'appliquent en fonction de la tranche d'âge dans laquelle se trouve le mineur : moins de treize ans, de treize à seize ans ; de seize ans à dix-huit ans.

En droit français, les mineurs de treize ans ne peuvent se voir appliquer ni la détention provisoire ni le contrôle judiciaire. La plupart des législations étrangères interdisent l'application de la détention provisoire aux jeunes enfants mais la tranche d'âge varie d'en pays à l'autre. : Moins seize ans en Espagne et au Portugal ; moins de quatorze ans au Japon et en Allemagne ; moins de douze ans en Pologne et au Canada, moins de sept ans aux Etats-Unis[192]. Pour ces pays, ces âges correspondent à l'irresponsabilité pénale des mineurs. En droit français, l'impossibilité d'appliquer la détention provisoire à l'encontre d'un mineur de moins de treize ans n'est pas liée à son irresponsabilité. En effet, le Code pénal français ne fixe pas l'âge de la responsabilité pénale. · L'article 122-8 du Code pénal issu de la loi du 9 septembre 2002 dispose que « les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, des délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables (…) ». La doctrine dominante estime qu'une sanction pénale ne peut s'appliquer aux mineurs de moins de treize ans car ils n'ont pas l'aptitude, en raison de leur très jeune âge, de supporter la sanction pénale et d'en tirer profit[193]. Il est, en effet, très délicat de fixer l'âge de la responsabilité pénale des mineurs. Le législateur français laisse aux juges la liberté de choisir les mesures les mieux adaptées.

Pour les mineurs de plus de treize ans et de moins de seize ans, la détention provisoire n'est possible qu'en matière criminelle. Néanmoins, la révocation du contrôle judiciaire ou l'assignation à résidence avec surveillance électronique permet la détention provisoire du mineur en matière délictuelle (art. 11 de l'ordonnance du 2 février 1945). En effet, selon l'article 10-2 III, al. 1 Ordonnance 1945, les mineurs de

[192]Jean- Pradel, « Les atteintes à la liberté avant le jugement en droit comparé » op. cit p. 147 et s

[193]La capacité pénale est définie par MM. Merle et Vitu comme l'aptitude de profiter de la sanction pénale, R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel Tome I 7ème éd. n° 617 p. 774.

treize à seize ans peuvent être placés sous contrôle judiciaire si : *« la peine d'emprisonnement encourue est supérieure ou égale à cinq ans et si le mineur a déjà fait l'objet d'une ou plusieurs mesures éducatives prononcées en application des articles 8,10,15,16 et 16 bis ou d'une condamnation à une sanction éducative ou à une peine ; Si la peine d'emprisonnement encourue est supérieure ou égale à sept ans ; Si la peine d'emprisonnement encourue est supérieure ou égale à cinq ans pour un délit de violences volontaires, d'agression sexuelle ou un délit commis avec la circonstance aggravante de violences* ». En bref, il est possible de placer en détention provisoire un mineur de 13 ans qui mis en examen pour une infraction dont la peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement.

La Cour de cassation a jugé que la possibilité d'incarcération des mineurs âgés de treize à seize ans n'est pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme qui n'interdit pas la détention régulière des mineurs de cet âge[194]. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme ne détermine pas l'âge exact en dessous duquel le législateur national ne peut placer en détention provisoire, elle lui laisse une marge d'appréciation. Toutefois, la détention provisoire des jeunes mineurs est soumise à un régime spécifique. C'est-à-dire qu'elle doit s'effectuer dans un quarter spécial de la maison d'arrêt ou dans une maison d'arrêt pour mineurs.

Pour les mineurs de seize ans à dix-huit ans, les conditions de placement en détention provisoire se rapprochent de celles des adultes. En effet, la loi du n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 a abaissé le seuil de la peine encourue qui permet le placement en détention d'un mineur à 3 ans d'emprisonnement. Avant cette loi, le mineur de seize ans à dix-huit ans, ne pouvait se voir placer en détention provisoire que s'il était mis en examen pour une infraction qui encourait au moins sept ans d'emprisonnement (ancien article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945). Par ailleurs, en cas de révocation du contrôle judicaire ou d'une assignation à résidence avec surveillance électronique, le mineur peut être placé en détention provisoire quelle que soit la peine d'emprisonnement encourue[195]. Cette réforme a rapproché les conditions de détention des mineurs de seize ans révolus et les majeurs, elle va dans une logique

[194] Cass. crim. 22 mai 1990 : Bull. crim. n° 207

[195] L'article 10-2 de l'Ordonnance du 2 février 1945 modifiée envoie aux conditions de placement sous le contrôle judiciaire du droit commun, l'article 138 du Code de procédure pénale.

plus répressive afin de répondre aux délinquants de plus en plus jeunes. Avançons-nous peut-être sur le chemin du rabaissement de la majorité pénale ? Par ailleurs, l'exigence de séparation complète des détenus majeurs n'est pas prescrite pour les détenus de seize à dix- huit ans, pas plus que celle de la présence d'éducateurs spécialisés dans l'établissement pénitentiaire

Le professeur André Varinard regrette que de nombreuses règles concernant les mineurs soient renvoyées aux dispositions concernant des majeurs alors que nous pouvons prévoir des règles spécifiques, nomment les règles relatives au contrôle judicaire et à la détention provisoire[196]. Les règles du droit commun s'appliquent lorsque le mineur en question devient majeur durant l'instruction. Ainsi, dans un arrêt du 21 juin 2006, la chambre criminelle a confirmé la décision du juge des libertés et de la détention de prolonger la détention sans consulter le service protection judiciaire de la jeunesse concernant un mineur devenu majeur[197]. Malgré la sévérité de la loi du 9 septembre 2002, le nombre de placement en détention provisoire des mineurs n'a pas augmenté, cette mesure reste une mesure exceptionnelle. En effet, en 2002, la proportion de l'incarcération des mineurs par rapport aux majeurs est de 5% alors que la proportion des mineurs mis en cause parmi l'ensemble des personnes mises en cause est de 20%[198]. Dans la plupart des cas, le juge des enfants applique les mesures du contrôle judiciaire à l'encontre des mineurs. Le développement de la prise en charge des mineurs mis en cause par le service de la protection judiciaire de la jeunesse explique la limitation du recours à la détention provisoire[199].

---

[196] André Varinard, « La justice pénale des mineurs : une justice à réformer, » Mélange Serge Guinchard, D. 2010 p. 998 s.

[197] Cass. Crim 21 juin 2006 AJ pénal n°10/2006 p. 419 Obs. Claire SAAS

[198]Rapport du Ministère de la justice

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000069/0000.pdf

[199] *Ibid.*

§ 2. L'appréciation souveraine par le juge français de la nécessité de la détention provisoire

Les motifs de la détention provisoire avaient fait leur apparition pour la première fois dans la loi du 7 février 1933 et mais ils ont été supprimés quelques années plus tard[200]. Le Code de procédure pénale de 1957 a exigé du juge d'instruction qu'il motive son ordonnance en se référant aux *éléments de procédure* » sans préciser les motifs (art. 139). Les éléments de procédure les plus invoqués par le juge étaient l'absence de domicile certain, les antécédents judiciaires, la crainte de voir l'inculpé se soustraire à la justice, la nécessité de la manifestation de la vérité ou la sécurité publique. La loi du 17 juillet 1970 a imposé pour la première fois la motivation de la détention provisoire en référence à des motifs limitativement énumérés. Cependant, ces motifs ne limitaient pas la détention provisoire abusive car ce n'étaient que des« formules générales *in abstracto* »[201] qui pouvaient s'appliquer à n'importe quelle situation[202]. L'obligation de motivation de la détention provisoire a rendu possible le contrôle de la Cour d'Appel et de la Chambre criminelle. Avec le temps, le législateur s'est rendu compte que la motivation de la détention provisoire n'était pas une garantie pour lutter contre la détention provisoire abusive. La vraie solution pour diminuer la détention provisoire est le recours aux mesures alternatives à la détention provisoire mais elles étaient en pratique peu utilisées. ***Le législateur a donc imposé d'une part, la motivation de l'insuffisance des mesures alternatives à la détention provisoire (I)[203] et d'autre part, la motivation de la nécessité absolue de la détention provisoire en référence aux objectifs à atteindre énoncés par l'article 144 du Code de procédure pénale (II).***

---

[200] Les cinq motifs de la détention provisoire : « L'inculpé n'a pas en France de domicile certain ; Il a déjàété condamné à plus de trois mois d'emprisonnement sans sursis ; Il y a lieu de craindre qu'il n'essaie de se soustraire à la justice ; Il est dangereux pour la sécurité publique ; sa mise en liberté est de nature à nuire à la manifestation de la vérité ».

[201] L'expression du professeur CHAMBON, V. CHAMBON (P), Le juge d'instruction, op. cit n° 472 .

[202]Les interviews des magistrats ont démontré que les motifs légaux de la détention provisoire peuvent les guider dans leur décision mais la législation ne les empêche pas de prendre une telle mesure s'ils l'estiment nécessaire. Un magistrat a dit que « le texte existe, on peut tout fait », un autre a dit : « j'ai visé les critères du Code de procédure pénale car on arrive toujours à coller l'un ou l'autre critère ». V. Lenoir, Le processus de la détention provisoire, p. 461 et 480

[203] Sur ce point, le droit français est bien avancé car la CEDH exige que le juge cherche des mesures alternatives avant de placer la personne en détention provisoire mais elle n'impose pas une motivation de l'insuffisance des mesures alternatives V. CEDH, 18 mars 2008, n° 11036/03, Ladent c/ Pologne

I. La motivation de l'insuffisance des mesures alternatives

La loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 a ajouté au Code de procédure pénale une nouvelle alternative à la détention provisoire, une mesure indépendante du contrôle judicaire : l'assignation à résidence avec surveillance électronique (ARSE). Désormais, conformément à l'article 144 du Code de procédure pénale le juge des libertés et de la détention doit motiver à la fois l'insuffisance des obligations du contrôle judiciaire et l'insuffisance de l'assignation à domicile avec surveillance électronique (A). En contrepartie, le législateur sanctionne sévèrement la personne mise en examen en cas de violation de l'une des mesures par la détention provisoire dont les règles sont dérogatoires au régime de droit commun (B).

A. L'insuffisance des obligations du contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence sous surveillance électronique

L'article 135 du Code de procédure pénale, après avoir rappelé que « toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre », le législateur propose une gradation des mesures proportionnelles à la nécessité de l'instruction et de la sécurité. Il faut analyser en premier lieu si les mesures du contrôle judicaire sont suffisantes. Dans le cas contraire, l'assignation à résidence peut être prononcée. La détention restera le dernier recours. Le législateur entend bien renforcer le caractère exceptionnel de la détention provisoire en intercalant une nouvelle mesure restrictive de liberté entre le contrôle judiciaire et la détention provisoire.

Le contrôle judiciaire[204] est une mesure restrictive de liberté qui permet, en raison *de la nécessité de l'instruction* ou *à titre de mesure de sûreté*, de soumettre la personne mise en examen à une ou plusieurs obligations limitativement énumérées par la loi mais seulement si elle encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave (art. 138 CPP). Plusieurs obligations ont pour but de surveiller la présence ou le déplacement de la personne mise en examen, d'autres constituent des

[204]« Contrôle », l'usage de ce mot remonte au 14e siècle qui désigne invariablement un registre double que l'on tient de certains actes de justice, de finances, tant pour en assurer existence que pour empêcher les antidates. Fin du 19 siècle, le terme « contrôle » devient une vérification attentive à la régularité d'un acte ou de la validité d'une pièce. Le contrôle en matière judicaire a plusieurs acceptions, une vérification de la conformité à une norme d'une décision, vérification d'un fait, mais également une surveillance et droit de regard V. Cadet, Contrôle judicaire p. 15

mesures d'assistance socio-éducatives ou de traitements médicaux. Le juge d'instruction contrôle l'application de ces mesures, assisté par les services de police et de gendarmerie, ainsi que par des personnes et associations habilitées. Pour certains auteurs, le contrôle judiciaire s'apparente à une mesure de sécurité et la neutralisation de l'état dangereux de l'intéressé semble prioritaire[205].

Le contrôle judiciaire a été créé par la loi du n° 70- 643 du 17 juillet 1970 afin de se substituer à une partie de la détention provisoire. Cette loi n'exigeait pas, de façon explicite, la motivation de son insuffisance lors de l'ordonnance de placement en détention provisoire. Ainsi, la Cour de cassation estimait habituellement qu'« *aucune disposition de la loi n'exige que, lorsque la détention provisoire est ordonnée ou maintenue, le juge constate, en terme exprès, l'insuffisance dans le cas qui lui en est soumis, des obligations du contrôle judiciaire au regard des fonctions définies à l'article 137 du Code de procédure pénale*». Par ailleurs, selon la Cour de cassation « le seul fait que le juge ordonne ou maintienne la détention provisoire établit nécessairement qu'il a estimé insuffisantes, dans le cas particulier, les obligations du contrôle judiciaire »[206]. De même, selon la Haute juridiction, la chambre de l'instruction ne devait pas établir l'insuffisance du contrôle judiciaire lorsqu'elle confirmait l'ordonnance de mise en détention provisoire ou sa prolongation[207].

Cette jurisprudence constante de la Cour de Cassation n'a pas favorisé la volonté du législateur qui voulait imposer le contrôle judiciaire comme une mesure de substitution à la détention provisoire. Par conséquent, la loi n° 96- du 30 décembre 1996 a exigé que « *l'ordonnance de placement en détention provisoire et de prolongation de la détention provisoire comporte l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire* ». Suite à la loi du 30 décembre 1996, la Chambre criminelle exige que les juridictions d'instruction doivent indiquer expressément l'insuffisance du contrôle judiciaire avant de justifier les motifs de la détention provisoire[208]. Même si ces juridictions se fondent sur les mêmes faits

---

[205] Cadet, op. cit p. 15

[206] Cass. crim. 21 août 1971: Bull. crim. n° 248; JCP 1971, éd. G, II, 16945, note J. –H ROBERT; Cass. crim. 21 novembre 1976, Bull. crim. n°340; Cass. crim. 21 mars 1978, Bull. crim n° 107 ; D. 1979, infr. rap. p. 41, obs. PUECH.

[207] Cass. crim. 6 mars 1986, D. 1986 IR p. 272; *Bull.*. n° 94

[208] Cass. crim. 16 juillet 1997, Bull. 273.

pour motiver l'insuffisance du contrôle judicaire et la détention provisoire, elles doivent respecter l'ordre chronologique de la motivation ; la démarche intellectuelle semble importante dans la prise de décision du juge. La loi 30 décembre 1996 n'a pas exigé de manière explicite la motivation de l'insuffisance du contrôle judiciaire des ordonnances refusant la demande de mise en liberté. Respectant le texte, la chambre criminelle a estimé que le juge d'instruction ou la chambre d'accusation lorsqu'ils se prononçaient sur une demande de mise en liberté n'avait pas à motiver l'insuffisance du contrôle judiciaire[209]. La solution jurisprudentielle a été également approuvée par les pénalistes, selon lesquels « *lorsque le juge d'instruction place en détention provisoire ou prolonge cette mesure, il prend positivement une nouvelle décision. En revanche, lorsqu'il rejette une demande de mise en liberté, il se borne à maintenir les effets, d'une décision déjà rendue et pour laquelle, par définition, il s'était nécessairement déjà posé la question de la suffisance du contrôle judiciaire* »[210]. Mais il peut y avoir de nouveaux éléments qui interviennent entre le moment du placement en détention provisoire et le moment du refus de mise en liberté justifiant la suffisance du contrôle judiciaire. Dans ce cas, l'avocat de la personne mise en examen pouvait démontrer, dans le mémoire demandant la mise en liberté, la suffisance des obligations du contrôle judiciaire. Les juridictions d'instruction doivent répondre à tous les moyens développés. La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a mis fin à cette ambiguïté en disposant que le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il ordonne ou prolonge une détention provisoire ou qu'il rejette une demande de mise en liberté, doit énoncer des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144 (art. 137-3 du C.P.P.F).

Depuis la loi n° 2009 -1436 du 24 novembre 2009, concrètement depuis le Décret n° 2010-355 du 1er avril 2010[211], l'assignation à résidence avec la surveillance électronique (**ARSE**) est devenue une mesure alternative à la détention provisoire

[209]Cass. crim. 2 septembre 1997 Bull. crim n° 21

[210]A. Maron, "La détention nouvelle est arrivée", Droit pénal, décembre 1997 p. 4

[211] La Chambre criminelle a refusé de casser l'arrêt d'une chambre de l'instruction en date du 22 décembre 2009 pour le motif de l'absence de la motivation de l'insuffisance de l'assignation à la résidence sous la surveillance électronique. Selon la Chambre criminelle, en attendant le Décret d'application de l'article 142-13 du Code de Procédure Pénale, l'assignation à la résidence sous la surveillance électronique fait partie du contrôle judiciaire. Voir. *Crim., 18 août 2010, Bull. crim. 2010, no 123, pourvoi no 10-83.770*

indépendante du contrôle judiciaire[212]. En raison de l'atteinte à la liberté d'aller et de venir ainsi que l'atteinte à la vie privée, l'ARSE doit avoir un régime autonome par rapport au contrôle judiciaire. L'ARSE consiste en effet à imposer à la personne mise en examen l'obligation de demeurer à son domicile ou dans une résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention. L'intéressé ne peut s'en absenter qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat. L'assignation est exécutée sous le régime du placement sous surveillance électronique fixe prévu par l'article 723-8 du code de procédure pénale ou sous surveillance électronique mobile à l'aide du procédé de localisation à distance prévu par l'article 763-12 du code de procédure pénale. Le régime de placement sous surveillance mobile qui qui astreint non seulement la personne à demeurer à son domicile pendant des horaires strictement fixés par le juge, mais également lui interdit de se rendre dans certains lieux. L'autorité judicaire est immédiatement alertée si l'intéressé se rend dans des lieux interdits et, d'une manière générale, peut déterminer à tout moment où se trouve cette personne.

Les arrêts récents de la Cour de cassation confirment que l'assignation à résidence avec la surveillance électronique est une mesure alternative à la détention provisoire, son insuffisance doit être motivée indépendamment du contrôle judiciaire[213]. Dans un arrêt du 18 août 2010 la Haute juridiction a jugé que : « *Il résulte de l'article 144 du code de procédure pénale et de l'ensemble du Décret n° 2010-355 du 1 avril 2010 relatif à l'assignation à résidence avec surveillance électronique, que la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des*

[212] La loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 a introduit pour la première fois en procédure pénale le placement sous surveillance électronique qui est conçu tout d'abord pour l'exécution de la peine privative de la liberté. Afin de préparer la mise en œuvre de ce nouveau dispositif, il a été décidé de procéder à une phase préalable d'expérimentation. Cette période d'observation devait permettre d'étalonner le système et de définir le cadre d'exercice le plus adéquat à formaliser dans le décret d'application de la loi. Avant même que ce décret ne soit élaboré, l'article 62 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 relative au renforcement de la présomption d'innocence et des droit des victimes a inséré dans le code de procédure pénale un nouvel article 144-2 prévoyant la possibilité d'exécuter la mesure de détention provisoire sous le régime de la surveillance électronique. Pour différentes raisons et notamment politiques, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 vient finalement d'abroger cette disposition pour transférer la surveillance électronique dans le cadre du contrôle judiciaire, cela s'appelait le contrôle judiciaire sous la surveillance électronique. Finalement, la loi du 24 novembre 2009 a fait de l'assignation à résidence sous surveillance électronique une alternative à la détention provisoire et indépendante du régime du contrôle judicaire[212].

[213] Cass. Crim 12 octobre 2010, Recueil Dalloz 2010 p. 2708

éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs définis par l'article précité et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique »[214].

Néanmoins, la motivation de l'insuffisance du contrôle judicaire et de l'ARSE reste très formelle. Pour éviter la sanction de la Cour de cassation, il suffisait d'ajouter la phrase type selon laquelle, compte tenu des faits, le contrôle judicaire est insuffisant. La Haute juridiction a approuvé l'arrêt de la chambre d'accusation qui, après avoir caractérisé par les considérations de fait le risque de pressions sur les témoins et de renouvellement de l'infraction ainsi que le trouble exceptionnel et persistant causé à l'ordre public[215], en a déduit que les obligations du contrôle judiciaire ne suffisent pas à satisfaire efficacement à ces exigences[216]. Finalement, cette jurisprudence rejoint une plus ancienne selon laquelle : « *le fait que le juge d'instruction ordonne ou maintienne la détention provisoire, établissait nécessairement qu'il a estimé insuffisantes les obligations du contrôle judiciaire* »[217]. Les difficultés d'imposer une réelle motivation de l'insuffisance du contrôle judiciaire et la résistance de la jurisprudence en la matière sont liées au fait que cette motivation est une « *obligation miroir* » par rapport aux autres motifs de la détention provisoire[218]. Selon M. Guéry si on place une personne en détention pour éviter toute pression ou concertation frauduleuse, on peut dire pourquoi l'interdiction de prendre contact avec une personne n'est pas suffisante. Monsieur Guéry est également juge d'instruction, il a illustré ses propos par de nombreux exemples dans lesquelles la motivation de l'insuffisance du contrôle judiciaire est une simple formalité. (art. 144 al. 2 et 138 al. 11). Pour plusieurs auteurs, l'exigence de la motivation de l'insuffisance du contrôle judiciaire n'est pas autre chose que le rappel de la conscience du magistrat de bien peser tous les éléments avant de prendre la décision. Nous estimons que les mesures du contrôle judicaire ne peuvent être un réel substitut à

---

[214] Recueil Dalloz 2010 p. 2002

[215] Ce sont des motifs de la détention provisoire

[216] Cass. Crim 16 sept. 1997 Bull. crim. n° 296; Cass. crim. 18 sept. 1997 : Bull. crim. n° 303 et 304 ; Dr. Pén. 1997, comm. n° 160 et 161, note A. Maron.

[217] Cass. crime, 16 Août 1971 Bull. crim n° 248 ; 21 Août 1971 Bull. Crim. n° 358 ; 29 déc. 1971 Bull. n° 369

[218] GUERY (Ch), La détention provisoire, op. cit. n° 2.10 p. 52

la détention provisoire que si le monde judiciaire a suffisamment de connaissances en matière criminologique pour pouvoir apprécier le risque des éventuels actes délictueux[219]. En cas de manque de connaissance en la matière, la « solution » la plus sécurisée est la détention provisoire. Depuis quelques années, les chercheurs travaillent davantage sur les statistiques pour en tirer des renseignements sur la criminalité et l'efficacité du système pénal.

En ce qui concerne le contrôle par la Cour de cassation de la motivation de l'insuffisance des mesures alternatives à la détention provisoire, il se limite à l'application des règles de droit ; la souveraineté du juge de fond demeure quant à l'appréciation des faits. La chambre criminelle ne peut contrôler ni la véracité de l'élément de l'espèce auquel les juridictions d'instruction se réfèrent, ni l'appréciation du risque issu de ces éléments. Sa volonté de ne pas contrôler la véracité des faits est bien exprimée dans un arrêt du 21 août 1971[220]. Dans cet arrêt, la chambre criminelle a refusé d'apprécier la suffisance du contrôle judicaire argumentée par le prévenu. La Cour de cassation refuse, en effet, de voir s'instaurer devant elle une discussion sur la réalité des éléments de l'espèce sur lesquels les juridictions fondent leurs décisions. Toutefois, le contrôle sur le fond de l'affaire peut être exercé par la chambre de l'instruction.

Le recours préalable au contrôle judiciaire et à l'assignation à résidence sous la surveillance électronique est conçu comme un privilège accordé à la personne mise en examen, en conséquence, la violation d'une des obligations imposées entraîne la privation de la liberté d'aller et de venir.

B. La détention provisoire pour violation des mesures alternatives

Pour faire face à la violation des mesures imposées par le juge, chaque système juridique a des réactions différentes. Les pays de « common law » décident qu'il y a délit autonome, alors que les pays romano-germaniques privilégient la sanction par la mise en détention[221]. Le législateur vietnamien choisit la sanction par la mise en

[219] Actes délictueux dans le sens large.

[220] Cass. crim. 21 août 1971. Bull. n° 248

[221] PRADEL (J), Droit pénal comparé, 1995, Dalloz, p. 511 et s.

détention provisoire bien que son choix ne soit pas formulé clairement[222]. Le législateur français s'est montré très sévère envers la personne mise en examen qui ne respecte pas les obligations résultant du contrôle judicaire ou de l'assignation à résidence avec la surveillance électronique. L'article 141-2 alinéa 1 du Code de procédure pénale dispose que « *si la personne mise en examen se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire, le juge d'instruction peut décerner à son encontre mandat d'arrêt ou d'amener. Il peut également dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article 137- 1, saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement en détention provisoire. Quelle que soit la peine d'emprisonnement encourue, le juge des libertés et de la détention peut décerner, à l'encontre de cette personne, un mandat de dépôt en vue de sa détention, sous réserve de l'article 141-3* »[223]. Les dispositions de l'article 141-2 sont également applicables en cas de violation des obligations résultant de l'assignation à résidence avec la surveillance électronique (art. 141-8 al. 2 CPPF). La détention provisoire suite à la révocation des mesures alternatives est soumise à des règles dérogatoires du droit commun.

Tout d'abord, la détention provisoire est possible quelque que soit la peine d'emprisonnement encourue (art. 141-2 CPPF). Cette dérogation concerne tant les majeurs que les mineurs de seize ans à dix- huit ans. Pour les mineurs de treize à seize ans, ils peuvent être placés en détention provisoire s'ils se sont volontairement soustraits aux obligations du contrôle judiciaire prévues par l'article 10-2 (art. 11 de l'ordonnance du 2 févier 1945 issu de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002). Néanmoins ces mineurs ne peuvent être placés sous le contrôle judiciaire que s'ils sont mis en examen pour des infractions dont la peine encourue est au moins de 5 ans d'emprisonnement accompagnée des conditions particulières soit la situation de récidiviste soit par la nature de l'infraction[224]. Avant la promulgation de la loi du 9 septembre 2002, l'ancien article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945 a omis de

[222]L'article 88 du Code de procédure pénale vietnamien concernant la détention provisoire des cas particuliers dispose que l'intéressé peut être mis en examen suite à une violation d'une des mesures alternative à la détention provisoire. Le législateur vietnamien ne se prononce pas sur la violation des mesures alternatives dans des cas ordinaires. Nous pouvons déduire la même règle pour les cas ordinaires.

[223] Article 141-3 dispose le délai maximal de la détention provisoire suite à la révocation du contrôle judiciaire lorsque la personne a été détenue avant.

[224]Un délit de violences volontaires, d'agression sexuelle ou un délit commis avec la circonstance aggravante de violences

légiférer en cas de violation volontaire du contrôle judiciaire des mineurs. La Cour d'Appel de Grenoble a estimé que la sanction du non-respect du contrôle judiciaire par le placement en détention provisoire est applicable aux mineurs de moins de seize ans car l'article 141- 2 du Code de procédure pénale « *n'indique aucunement qu'il n'est pas applicable aux mineurs* »[225]. Cet arrêt a provoqué de vives critiques des pénalistes considérant comme « *un moyen de contourner la prohibition du placement en détention provisoire des mineurs de moins de seize ans en matière correctionnelle*»[226]. Face à l'augmentation des mineurs délinquants ne respectant pas les mesures du contrôle judiciaire, le législateur a légalisé la possibilité de placer un mineur de moins de seize ans en détention provisoire en matière correctionnelle par la loi la loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002. C'est un moyen de faire respecter les mesures du contrôle judiciaire imposés au mineur. Nous avons vu que le nombre de placement en détention provisoire des mineurs n'a pas augmenté malgré l'apparence des lois répressives les concernant.

Ensuite, la durée maximale de la détention provisoire suite à la révocation du contrôle judiciaire ou l'ARSE peut excéder les durées maximales prévues par l'article 145-1 (en matière correctionnelle) et l'article 145-2 du Code de procédure pénale (en matière criminelle) lorsque l'intéressé a été antérieurement placé en détention provisoire pour le même fait. Pour les majeurs, ce dépassement est de quatre mois (art.141-3 CPPF)[227]. En ce qui concerne les mineurs, leur détention suite à la révocation du contrôle judiciaire subit également des dérogations au regard du délai de la détention provisoire (art 11-1 et 11-2 de l'ordonnance de 1945). Pour les mineurs de 16 à 18 ans, la détention provisoire peut dépasser d'un mois le délai maximum prévu par l'article 11 de ladite ordonnance. Pour les mineurs de 13 à 16 ans, l'article 11-2 de la même ordonnance n'a pas fait référence aux délais maxima, il dispose simplement que lorsque la peine encourue est inférieure à 10 ans d'emprisonnement, la durée de la détention provisoire ne peut excéder 15 jours renouvelables une fois et si la peine encourue est

[225] C.A de Grenoble du 3 avril 1998 D. 1999, Jur. p. 107.

[226]GUERY (C), « La révocation du contrôle judiciaire : un moyen de contourner la prohibition du placement en détention provisoire des mineurs de seize ans en matière correctionnelle ? » D.1999, Jur. p.107

[227] La jurisprudence a toujours admis qu'une personne placée sous contrôle judiciaire, après que la durée de sa détention provisoire a atteint le maximum légal, pouvait être incarcérée à nouveau pour inobservation des obligations imposées Cass. crim., 22 janv. 1981, Bull. crim., n° 33; D.1981, jurispr. p. 561, note Pradel; Cass. crim. Bull. crim. n° 394; Cass. Crim 15 avr. 1991, Bull. crim. n° 178.

égale ou supérieure à 10 ans d'emprisonnement, la durée de la détention provisoire ne peut excéder un mois, renouvelable une fois. Le juge des libertés et de la détention doit respecter ce délai bien qu'il y ait eu plusieurs révocations du contrôle judicaire (art.11-2 al.3 Ord de 1945)

Enfin, le juge des libertés et de la détention n'a pas à motiver la décision de placement en détention provisoire. En effet, l'article 137-3 du Code de procédure pénale relatif à la motivation de la détention provisoire ne fait pas référence à la détention provisoire suite à la révocation du contrôle judicaire. En l'absence de loi, la chambre criminelle a estimé que « *si le juge d'instruction plaçait le mis en examen en détention provisoire suite à la révocation du contrôle judiciaire, il n'avait pas à motiver les considérations de droit et de fait répondant aux exigences de l'article 144. Il suffisait, pour qu'une telle décision soit justifiée, qu'elle relève l'existence d'un manquement aux obligations engagées* »[228]. En effet, la récente jurisprudence va dans le sens du législateur qui veut que la détention provisoire suite à la révocation du contrôle judiciaire soit un « *régime autonome* » dérogeant aux règles ordinaires. La violation des obligations du contrôle judiciaire est certes la preuve de l'insuffisance du contrôle judiciaire mais elle ne démontre pas à elle seule la nécessité de la détention provisoire[229]. Le non-respect des obligations du contrôle judicaire doit certainement être sanctionné mais la détention provisoire n'est pas forcément une sanction adaptée. La détention provisoire doit être justifiée par la nécessité absolue.

Malgré un régime très dérogatoire aux règles communes, la détention provisoire suite à l'échec du contrôle judiciaire n'est pas automatique ; encore faut-il que le juge d'instruction saisisse le juge des libertés et de la détention qui décide en aval de l'opportunité d'une telle mesure. Si la personne mise en examen se soustrait aux obligations du contrôle judiciaire alors qu'elle est renvoyée devant la juridiction de jugement, le procureur de la République peut requérir le juge des libertés et de la détention pour le placement en détention provisoire (art. 141-1 al. 2 C .P .P). Le juge d'instruction ou le procureur lorsqu'ils saisissent le juge des libertés et de la détention pour le placement en détention provisoire du mis en examen, doivent constater le

[228]Cass. Crim. 13 oct. 1998, Bull. Crim. n° 258.; Dr. penal 1999. Chro.11, par Masat; Cass.crim; 25 nov. 2003 , Bull. Crim. n° 220; D.2004 IR 734; JCP 2004. IV.1094; AJ penal 2004. 74

[229]Evelyne Bonis- Garçon, "La détention provisoire pour manquement au contrôle judiciaire », J. C. P 2002. I. 159.

caractère délibéré de l'inexécution des obligations du contrôle judiciaire. Par conséquent, une simple négligence ou une cause extérieure empêchant l'exécution des obligations ne doit pas être sanctionnées[230]. Par ailleurs, la Cour de cassation ayant déjà pris soin de préciser que le placement en détention provisoire consécutif à la révocation d'un contrôle judiciaire ne pouvait s'affranchir des conditions de forme résultant de l'article 145 du code de procédure pénale[231]. Lorsque la personne mise en examen sollicite un délai pour préparer sa défense en vue du débat contradictoire, le juge des libertés et de la détention peut prescrire son incarcération, à titre préventif, pour une durée n'excédant pas quatre jours ouvrables. Les autres droits du détenu sont également respectés : l'appel contre l'ordonnance de placement en détention provisoire et la demande de mise en liberté[232].

II. La motivation des objectifs de la détention provisoire

L'étude des motifs de la mise en détention provisoire prévus par l'article 144 du Code de procédure pénale est essentielle car ils constituent des critères légaux pour l'ensemble des ordonnances relatives à la détention provisoire (le placement ; la prolongation ; le maintien en détention et les rejets de demande de remise en liberté, y compris devant d'autres juridictions que la juridiction d'instruction). Toutes les juridictions spécialisées, lorsqu'elles prennent une décision ayant pour conséquence de priver de liberté le mis en examen avant jugement, doivent se référer aux motifs de l'article 144 du Code de procédure pénale[233].

L'article 144 du Code de procédure pénale dispose que « la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciées résultant de la procédure qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteint en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique :

---

[230]CA Basse-Terre, 29 juin 1974 ; J. C. P. 1975, II, note Chambon.

[231] Cass. crim., 13 oct. 1998, Bull. crim., n° 258 ; D. 1999, IR p. 4

[232]BONIS-GARCON (E), *op.cit*., 159.

[233] En matière militaire, l'article 153 du Code de la justice militaire dispose que la détention provisoire peut être ordonnée par un des motifs de l'article 144 du Code de procédure pénale.

1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la liberté ;

2°Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que leur famille ;

3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ;

4° Protéger la personne mise en examen ;

5°Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ;

6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ;

7°Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire ; Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle ».

Depuis la loi n° 70-634 du 17 juillet 1970, le contenu de ces critères s'est peu modifié. Les réformes concernent souvent la question de la suppression ou non du motif du « trouble à l'ordre public » en matière correctionnelle. Les retouches portent également sur la formulation des motifs afin de faire ressortir le caractère exceptionnel de la détention provisoire[234]. La dernière rédaction de l'article 144 du CPPF, par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, a simplifié sa lecture mais son contenu reste quasiment le même. Nous pouvons regrouper les sept motifs de la détention provisoire ci-dessus cité en deux grandes catégories : les motifs tirés de la nécessité de l'instruction et les motifs tirés de la sécurité. La détention est un pari entre le passé et l'avenir, c'est-a- dire entre l'infraction commise et l'infraction à commettre. Si les premiers motifs font référence à la vraisemblance de l'infraction pour laquelle

[234]L'article 144 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction origine, distingue les motifs de la détention préventive en deux parties :

> 1) *Lorsque la détention provisoire de l'inculpé est l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation frauduleuse entre l'inculpé et complices*
>
> *2) Lorsque cette détention est nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction ou pour protéger l'inculpé, pour mettre fin à l'infraction ou pour prévenir son renouvellement ou pour garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice »*

l’intéressé est mis en examen (A), les secondes exigent la probabilité de l’infraction à commettre (B). Le motif de trouble à l’ordre public ne peut être classé ni dans les motifs de nécessité de l’instruction ni dans les motifs de sécurité. En raison de la particularité de ce motif, nous décidons l’analyser séparément (C).

A. Les objectifs se référant à la nécessité de l’instruction et à la vraisemblance de l’infraction commise

Le juge d’instruction peut craindre que le mis en examen, laissé en liberté, n’en profite pour faire disparaître les preuves de son crime, prévenir son complice, intimider ou suborner les témoins à charges, se créer de faux témoins à décharge, rendre vaines les perquisitions et les saisies, etc. La détention provisoire doit être l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la liberté (1) ; d’empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices (2) ; d’empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ou leur famille (3), de garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice (4).

1. La nécessité de conserver des preuves et des indices matériels

Il arrive, dans un certain nombre d'hypothèses, que les enquêteurs n'aient pas eu le temps de procéder à toutes les vérifications nécessaires. Les endroits, où se trouvent des preuves, que les enquêteurs n'ont pas pu perquisitionner peuvent être très éloignés du lieu du crime. Ils peuvent également être à la recherche d'une arme ou du produit du vol, par exemple. Laisser l'intéressé en liberté pose alors le problème de la préservation de ces preuves. En réalité, le critère de conserver des preuves et des indices est assez peu utilisé car l'utilisation de ce motif est limité dans le temps ; il n'est admis qu'au début de l'instruction[235]. Dire que la détention provisoire est nécessaire pour conserver les preuves ou les des indices matériels, suppose que le juge d'instruction est informé de leur existence. Il arrive que le juge des libertés et de la détention, dans son ordonnance de placement ou de prolongation, cite tous les motifs de l'article 144 du Code de procédure sans qu'ils soient réellement justifiés. Pour un meilleur contrôle des ordonnances du juge des libertés et de la détention, la chambre de l'instruction peut tout à fait exiger du juge des libertés et de la détention qu'il fournisse la preuve de l'existence des indices ou des preuves à conserver ou le risque de leur disparition lorsque ce dernier avait motivé la détention provisoire par le motif de « *nécessité de conserver des preuves et des indices matériels* ».

En réalité, la détention provisoire peut servir comme un instrument de découverte de nouveaux éléments à charges que le juge d'instruction suppose exister[236]. Il peut arriver que la détention provisoire soit employée comme un moyen de pression lorsque le juge d'instruction n'a pas suffisamment d'indices graves ou concordants de culpabilité du suspect au moment de sa mise en examen. Les magistrats emploient souvent ce motif pour les infractions du monde des affaires, ou en matière de corruption, d'escroquerie ; les preuves sont très faciles à faire disparaître. Par ailleurs, pour ces types d'infractions, les juges estiment que leurs auteurs dotés d'un esprit très rusé, risquent d'effacer les preuves de leur culpabilité[237].

---

[235]GUERY (C), La détention provisoire, *op. cit*. p. 18

[236] JOSSERAND (S), L'impartialité du juge, *op. cit.* n° 136

[237]Cass. Crim. 19 déc. 1994, J. C. P 1995 / n° 13 / IV/ 8221995 / n° 13 / IV/ 822

Nous avons remarqué que le droit vietnamien n'a pas admis ce motif pour justifier la détention provisoire de la personne mise en examen. Pour le législateur vietnamien, l'organe d'enquête peut conserver les preuves dont il connaissait l'existence sans besoin de détenir la personne en cause sauf s'il existe un risque de destruction des preuves. L'idée sous-jacente de la formule en droit français *« la nécessité de conserver les preuves et les indices matériels* » est peut-être d'éviter le risque de destruction des preuves. En effet, nous n'avons pas trouvé le motif d'éviter la destruction des preuves dans l'article 144 du Code de procédure pénale. Il est vrai l'expression « *conserver les preuves et les indices matériels* » est assez large qui permet de placer en détention provisoire le suspect sans que ce dernier ait l'intention de détruire les preuves ou les indices matériels. Pour une meilleure précision, ce motif pourra être modifié : « la nécessité d'éviter la destruction des preuves ou des indices matériels ». La formulation de l'article 144 alinéa 1 révèle le caractère inquisitoire du droit français qui confie à l'organe judiciaire l'administration de toutes les preuves, celles de la culpabilité comme de l'innocence. C'est l'organe d'enquête qui a le pouvoir dans la recherche de la vérité. Sur ce point, le droit français est proche du droit espagnol qui permet de placer en détention provisoire pour « éviter la déperdition, l'altération ou la destruction de preuves s'il en existe un risque réel »[238]. Le droit allemand n'admet la détention provisoire que si le suspect risque de « détruire » les preuves[239]. Nous avons remarqué que la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas admis des motifs pour la nécessité de l'enquête comme motif de la détention provisoire (art. 5 1 c). En effet, la CEDH est très marqué par l'esprit accusatoire, selon lequel, l'organe d'enquête n'a pas besoin de la présence du suspect pour la recherche de la vérité. Ainsi, la détention provisoire du suspect n'est pas absolument nécessaire.

2. Empêcher une concertation frauduleuse

En droit français, le motif « empêcher une concertation frauduleuse » est considéré plutôt comme un motif de sécurité car le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention l'invoquent même si la procédure est bien avancée. Pour la CEDH, il est un motif pour la nécessité de l'instruction parce que le juge ne peut plus l'invoquer à partir d'un certain stade de la procédure. Ce motif de détention provisoire

[238] Commission de la détention provisoire, Rapport du Garde des sceaux 2004 p. 125

[239] Commission de la détention provisoire, Rapport du Garde des sceaux 2004 p. 107

est régulièrement utilisé. Il est mis en œuvre lorsqu'il existe des raisons de penser qu'il y aura d'autres personnes mises en cause et qu'une concertation frauduleuse risquerait de compromettre la poursuite de l'information contre ces personnes et celles déjà mises en examen. Si la nécessité d'éviter une concertation frauduleuse est admise plus aisément au moment du placement en détention provisoire, elle est plus critiquable au moment de sa prolongation ou du refus de mise en liberté en sachant que de nombreux témoignages sont rassemblés et que de multiples constatations ont été opérées. La nécessité d'éviter la concertation frauduleuse semble infondée dès lors que les intéressés reconnaissent tous les faits commis. Pour que ce motif ne soit pas un « passe-partout », selon Monsieur GUERY, le juge des libertés et de la détention doit indiquer le nom des personnes concernées, leur situation dans la procédure et les caractéristiques des personnes avec lesquelles un risque de concertation existerait[240]. Cependant, la jurisprudence ne va pas aussi loin dans la motivation de la détention ; la Chambre criminelle a admis qu'il peut y avoir une crainte de concertations frauduleuses entre les coauteurs ou complices malgré l'absence d'identification de ces derniers[241].

La concertation frauduleuse doit avoir un impact sur la procédure pénale en cours. Autrement dit, elle doit produire un risque d'entraver l'instruction. Reste à savoir comment le juge appréciera la réalité des obstacles que la personne mise en examen pourra opposer à la bonne marche de l'instruction par sa concertation. Dans la plupart des cas, l'appréciation du comportement éventuel d'un délinquant occasionnel ne peut reposer que sur des conjectures, à moins que les enquêteurs n'aient pu constater lors de l'enquête préliminaire ou de flagrance que le suspect avait déjà, par des moyens divers, tenté d'entraver les investigations entreprises. Si le mis en examen appartient à la catégorie des délinquants professionnels, ce qui suppose qu'il n'ait pas agit seul, le juge soupçonne davantage une concertation frauduleuse avec ses coauteurs ou ses complices. La détention provisoire n'est pas le seul moyen pour éviter une concertation frauduleuse. Le juge d'instruction peut imposer à la personne mise en examen

[240]GUERY (C), La détention provisoire, op. cit p. 39 et s.

[241]La chambre d'accusation a justifié sa décision de placement de l'intéressé en détention provisoire en énonçant qu'une confrontation est à prévoir avec les victimes et que son élargissement prochain, dans le cadre d'une autre procédure, laisse craindre qu'il n'entre en contact avec lesdites victimes, les auteurs ou complices non encore identifiés. Elle ajoute que la détention est nécessaire pour prévenir le renouvellement de l'infraction (pourvoi n° R 96-84.256 c/ CA Paris, ch. Acc. 23 août 1996), Cass. Crim. 11 déc. 1996 ; B. : Juris-Data n° 005316.

l'obligation de ne pas prendre contact directement ou indirectement avec certaines personnes qu'il spécifie (art. 138 al. 9 du CPPF). Cette obligation fait partie des obligations du contrôle judiciaire, elle ne garantit pas le résultat à atteindre. Cependant, la détention provisoire n'est pas non plus un remède absolu ; le détenu malgré son isolement, peut encore agir ou faire agir des tiers, par sa correspondance, par ses conversations même contrôlées. Il y a bien l'interdiction de communiquer en prison mais elle n'est que temporaire. Même si le mis en examen détenu se trouve dans l'impossibilité totale d'agir, on n'empêcherait pas des gens de l'extérieur, ses amis, sa famille de lui venir en aide pour organiser la concertation avec les coauteurs ou complices.

En toute logique, la détention provisoire en raison de la nécessité de l'instruction devrait être brève car il suffit de quelques temps au juge d'instruction pour mettre les preuves les plus fragiles à l'abri des détournements et des corruptions, pour se saisir des pièces matérielles ou pour procéder à l'audition des complices présumés et des témoins[242]. Lors de la clôture de l'information, le juge des libertés et de la détention ne peut plus invoquer ce motif pour prolonger ou maintenir la personne en détention provisoire (art. 179 C.P.P.F). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, après une certaine durée d''instruction, ce motif de détention provisoire n'est plus valable. Ainsi, dans l'arrêt *Debbomb Alis* c/ France du 9 janvier 1999, la Cour a estimé que « *la crainte d'une collusion entre les coaccusés et une destruction de preuves se concevait au début de l'instruction, elle ne pouvait cependant plus jouer un rôle déterminant à partir du moment où les témoins ont été entendus en maintes occasions. Au demeurant, ni la Cour d'appel de Paris, ni le tribunal de grande d'instance n'ont motivé […] de manière précise dans quelle mesure l'élargissement du requérant aurait contribué à la réalisation de la crainte exprimée. Dès lors le risque en question ne pouvait plus servir de fondement à la détention provisoire* »[243]. Dans ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé souvent que l'argument « d'éviter la concertation frauduleuse »

[242]CARBONNIER (J), Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française, Paris 1937 p. 71

[243]C. E. D. H *Debbomb Alis* c/ *France* du 09 janvier 1999, Req 37786/97

peut devenir critiquable lorsqu'au bout de plusieurs mois de nombreux témoignages sont rassemblés et que de multiples constatations ont été opérées[244].

3. Les garanties de présentation de la personne en justice

La comparution de la personne mise en cause reste toujours indispensable tout au long de la procédure pénale en raison des interrogatoires et des confrontations[245]. Traditionnellement, l'enquête ou l'instruction se déroule largement en dehors du suspect mais il doit y participer par l'entremise des interrogatoires, des confrontations, des reconstitutions et bien souvent un aveu. A l'audience, la présence de l'accusé garantit l'exécution des peines en cas de condamnation notamment la peine d'emprisonnement. D'après le magistrat Guéry, le juge a recours fréquemment à ce motif pour justifier la détention provisoire[246]. Cependant, la nécessité de la présence du mis en examen ne doit pas se confondre avec une simple commodité du juge. Si ce dernier n'a besoin d'interroger l'intéressé qu'une ou deux fois, ce serait abusif de le placer en détention provisoire pour une longue durée. Ainsi, en cas d'inaction du magistrat, la loi l'oblige à remettre en liberté le détenu. Mais la présence du mis en examen à la disposition de la justice ne sert pas seulement la nécessité de l'instruction. L'idée sous-jacente de ce motif est la crainte de fuite qui entravera certainement la marche normale de l'instruction et causera un risque à la sécurité publique si l'intéressé profitait de sa fuite pour commettre des actes délictueux[247]. Dans d'autres systèmes pénaux, ce motif est formulé clairement par la nécessité d'empêcher la fuite du suspect[248].

Pour apprécier le risque de fuite, le magistrat prend en compte plusieurs critères tels que la situation personnelle et professionnelle, le passé pénal de la personne mise en examen. Deux critères auxquels les magistrats ont davantage recours sont le fait d'avoir

---

[244]C. E. D. H, 12 déc. 1991, Cloth c/ Belgique, série A n° 225, p. 16 § 43-44

[245]Le Code de procédure pénale ne dispense de la présence personnelle de la personne poursuivie que dans quelques cas exceptionnels Art. 410, 411, 320, 544.

[246] GUERY (C), La détention provisoire, *op.cit* p. 30.

[247]C'est peut-être la raison pour laquelle que le motif de garanties de la présence du mis en examen à la disposition de la justice est placé parmi les motifs de sécurité (art. 144 CPP).

[248]Le Code de procédure pénale allemand, voir Commission suivi de la détention provisoire, Rapport du Garde des sceaux 2004 p. 107.

ou non un domicile fixe et la gravité de l'infraction. Les personnes sans domicile fixe risquent donc davantage d'être privées de liberté. Les étrangers en situation irrégulière font partie également des personnes « potentiellement fugitives », ils sont donc fréquemment placés en détention provisoire au motif de garantir leur présentation en justice. Parmi les personnes mises en examen placées en détention provisoire, une bonne partie sont des personnes sans domicile fixe et des étrangers en situations irrégulière[249]. Encore faut-il savoir si l'intéressé a la possibilité de prendre la fuite. Il est difficile d'imaginer qu'une personne âgée ou malade puisse prendre la fuite sans l'aide de quelqu'un d'autre. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, « *les magistrats ne peuvent maintenir en détention provisoire un prévenu au seul motif d'éviter sa fuite que s'ils ont préalablement constaté que l'intéressé n'était pas en mesure de fournir les garanties adéquates à sa représentation* »[250]. En pratique, les avocats utilisent souvent les arguments de garanties de représentation pour défendre la liberté de la personne mise en examen. Ils fournissent donc au juge le justificatif de domicile, certificat de travail etc. Pour les avocats, c'est le seul élément qui peut influencer le juge dans sa décision.

Traditionnellement, les magistrats français font référence au risque de fuite par la gravité de la peine encourue. Quant à la gravité de la peine, la question est de savoir quelle est la nature de la peine qui inspire plus la fuite. Nous pouvons dire que plus la peine est sévère plus elle inciterait l'intéressé à prendre la fuite[251]. Ou encore, la peine d'emprisonnement portant atteinte à une liberté aussi fondamentale que la liberté d'aller et de venir peut pousser le mis en examen de se soustraire à la justice. À partir de quel seuil d'emprisonnement peut-on présumer un tel risque ? En effet, seule la gravité de la peine ne peut suffire à affirmer qu'il existe un risque de fuite ; il faut apprécier la probabilité de la fuite de manière *in concerto*. C'est ce que la Commission européenne des droits de l'homme a prononcé dans l'arrêt *Neumeister*. Selon la Commission « *le danger de fuite ne s'apprécie pas uniquement sur la base de considérations touchant à la gravité de la peine encourue mais en fonction d'un ensemble d'éléments tels le caractère de l'intéressé, sa moralité, son domicile, sa profession, ses ressources, ses*

[249] LUMBROSO (P) et SERANOT (Ch), La légitimité des juges d'instruction, Ed. du Rocher 2001 p. 126

[250]C.E.D.H, Letellier c/France 26 juin 1991

[251]CARBONNIER (J), Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française op.cit p. 52

liens familiaux, permettant soit de le confirmer, soit de le faire apparaître à ce point réduit qu'il ne peut justifier une détention provisoire »[252]. Le risque de fuite doit être apprécié concrètement dans chaque dossier et il doit être réel. C'est également ce que la Commission européenne a rappelé dans l'arrêt Letellier contre la France. Dans cet arrêt, la Commission européenne a fait remarquer que si l'intéressée n'avait pas pris la fuite lorsqu'elle fut remise en liberté, il n'avait donc de raison de craindre qu'elle prenne la fuite[253].

4. Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes et leur famille

Le motif d'empêcher une pression sur les témoins ou les victimes et leur famille est souvent employé, selon le magistrat Guéry[254]. Il faut dire que rares sont les infractions qui ne connaissent pas de victime. En cas d'infractions contre l'Etat et la Nation, il n'y a pas de victime au sens strict du terme, il paraît difficile de justifier la détention provisoire par ce motif. La loi du 12 décembre 2005 a étendu la protection aux familles des témoins et des victimes. En toute logique, la personne mise en examen doit être à l'origine de cette pression pour qu'on puisse la priver de liberté au motif d'éviter la pression morale sur les témoins ou les victimes et leur famille.

La question est de savoir quels sont les actes qui peuvent être qualifiés de « pression » sur les témoins ou les victimes et leur famille. Il n'existe pas de définition juridique de ce terme, le petit Larousse définit la « pression » comme étant une « contrainte, influence, exercées sur quelqu'un »[255]. Mais une simple influence justifie-t-elle la détention provisoire ? Autrement dit, quel est le degré de contrainte ou d'influence que l'intéressé pourrait exercer à l'encontre des témoins, des victimes ainsi que leur famille ? Le législateur laisse entière compétence d'appréciation au magistrat.

Par ailleurs, l'article 144 du Code de procédure pénale n'exige pas d'indices laissant penser que la personne mise en examen va commettre des pressions sur les témoins ou les victimes et sur leur famille. Le juge des libertés et de la détention

[252] C.E.D.H Neumeister du 27 juin 1968, série A n° 8, p. 37, §§ 4-5 et C.E.D.H, Letellier c/France 26 juin 1991

[253] C.E.D.H, Letellier c/France 26 juin 1991

[254] GUERY (C), La détention provisoire, *op. cit*. p.40.

[255]Le petit Larousse, V. Pression

apprécie donc librement cette probabilité en fonction des éléments de fait. Ces éléments peuvent être la personnalité de la personne mise en examen, les circonstances de la confrontation avec les victimes ou les témoins, etc.… Pour certains auteurs, lorsque les victimes ou les témoins contredisent l'intéressé, il y a davantage de risque que ce dernier fasse pression sur eux[256].

Si le mis en examen admet sa culpabilité, c'est qu'il reconnaît le dommage qu'il a fait subir à la victime, la pression parait bien peu probable, il ne doit pas être placé en détention pour ce motif. En revanche, si l'intéressé conteste les faits alors que sa culpabilité est vraisemblable, le juge peut établir le risque de pression sur les témoins ou les victimes. Ainsi, la chambre criminelle a confirmé l'arrêt la chambre d'accusation rejetant l'appel contre l'ordonnance de placement en détention provisoire, après avoir rappelé les indices de culpabilité pesant sur la personne mise en examen (elle ne reconnait pas les faits) a conclu que la détention provisoire est l'unique moyen d'éviter des pressions sur les témoins[257].

Cependant, pour d'éviter que le mis en examen n'exerce de pression sur les témoins ou les victimes et leur famille, la détention provisoire n'est pas l'unique moyen. Le juge d'instruction peut imposer l'obligation de ne pas voir la victime ou un témoin ou un membre de leur famille, dont la violation sera sanctionnée par le placement en détention provisoire. Une surveillance téléphonique peut être également utile pour éviter ou au moins surveiller des menaces potentielles de l'intéressé. C'est au magistrat d'apprécier le risque en laissant l'intéressé en liberté. Si le contrôle judiciaire n'offre pas la certitude d'éviter la pression sur les victimes ou les témoins, les garanties de la détention provisoire ne sont pas absolues car la personne placée en détention provisoire peut faire pression sur la victime ou sur un témoin par l'intermédiaire d'un tiers. Pour la Commission européenne des droits de l'homme, l'appréciation du risque de pression sur les témoins ou les victimes ou leur famille doit se fonder sur les éléments concrets du dossier. Ainsi, elle a considéré que cette crainte n'existait plus à partir du moment où les témoins avaient été entendus à maintes reprises[258].

---

[256]GUERY (C), La détention provisoire, *op. cit.* p.40.

[257]Cass. crim 6 juin 2000 B. n° 211

[258] CEDH, Letellier c/France 26 juin 1991

En bref, les motifs de la nécessité de l'instruction ne peuvent justifier la détention provisoire qu'au début de l'instruction. En revanche les motifs de sécurité peuvent être invoqués tout au long de la procédure pénale jusqu'au prononcé du jugement définitif.

B. Les objectifs se référant à la sécurité et la probabilité de commettre une autre infraction

La sécurité est comprise dans le sens de la sécurité publique qui peut être définie comme la situation dans laquelle se trouve la société lorsqu'elle est à l'abri de troubles nés, en particulier, de la commission d'actes délictueux. Les autorités publiques ont le devoir de protéger cette sécurité publique. Elles doivent donc protéger la société contre éventuels actes délictueux de la personne mise en examen. La détention provisoire a pour objectif de mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement (1). Les autorités doivent également protéger la personne mise en examen contre les éventuels actes délictueux provenant de tierces personnes (2). La sécurité de toutes les personnes doivent s'assurer quelques soit la situation dans laquelle elle se trouve.

1. Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement

L'article 144 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que la détention provisoire ne peut être ordonnée que si elle est *l'unique moyen de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement.* Le motif de « mettre fin à l'infraction » est peu utilisé. On peut le constater dans un certain nombre d'infractions continues auxquelles il semble que l'on ne puisse mettre fin que par une incarcération. L'autre motif beaucoup plus utilisé, est celui « éviter le renouvellement de l'infraction »[259]. Le terme de « renouvellement » employé par ledit article est mal choisi, portant atteinte au principe de la présomption d'innocence car il établit indirectement la culpabilité de la personne mise en examen. Pour dire que l'intéressé risque de renouveler l'infraction, en toute logique, l'infraction initiale doit lui être attribuée. Les auteurs de la Conv. E..D.H semblent plus prudents, ils n'ont pas employé le terme de « renouvellement » de l'infraction mais celui de « *commission d'une infraction* » (art. 5§1 c). Une interprétation littérale de l'expression « *mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement* » n'autoriserait le magistrat à ordonner la détention provisoire que face

[259]GUERY(C), la détention provisoire, op. cit p. 36

au risque de réitération du même type d'infraction. La doctrine française semble accepter une réitération générale, c'est-à-dire la commission successive des plusieurs infractions distinctes[260]. C'est donc le risque de réitération qui doit être prise en compte et non la récidive au sens strict de l'article 132-16-7 du Code pénal[261].

Les criminologues estiment que nous pouvons évaluer le risque de réitération par les méthodes cliniques et actuarielles. Tandis que les premières utilisent des notions psychopathologiques pour dresser un profil de la personne et donc un diagnostic, les seconds s'appuient sur des statistiques pour mesurer de manière dynamique la probabilité que la personne aura ou pas de perpétrer d'autres violences. Le VRAG (Violence Risk Appraisal Guide) est un des outils actuariels les plus utilisés en matière de prédiction d'actes de violence[262]. Le risque de réitération est étudié à travers de la notion de dangerosité[263]. Selon M. Xavier BEBIN, un individu qui présente une dangerosité à la fois psychiatrique (les troubles mentaux) et criminologique (prénomème psychosocial) a une forte probabilité de passage à l'acte ou de récidive[264]. Toutefois, ces méthodes, ces instruments ne sont que des outils d'aide à la décision. La faculté de jugement reste donc au centre de la démarche consistant à prédire la dangerosité d'un individu. Le magistrat n'est pas lié par les conclusions des professionnels en la matière, il les apprécie souverainement.

---

[260] CONTE (P) et MAISTRE DU CHAMBON (P), La procédure pénale, *op. cit* p. 270 n° 418

[261]La récidive est définie de manière stricte : il y a récidive lorsque l'auteur d'une infraction a déjà fait l'objet d'une première condamnation, laquelle était devenue définitive le jour où il en a commis une nouvelle (selon les modalités prévues par la loi).

[262] http://psychotherapeute.blogspot.fr/2011/11/predire-la-dangerosite-premiere-partie.html

[263]La criminologie et anthropologie criminelle cherchent à étudier les réactions de l'homme et analyser son passage à l'acte dans son environnement familier et naturel, les motivations de ses actes sans négliger l'influence biologique et culturelle. Apparu en 1885 en Italie, le concept de dangerosité est très rapidement devenu courant dans la philosophie pénale. Les récents débats sur la récidive et la création d'un centre de rétention administrative (après que la peine pénale soit purgée) pour les délinquants dangereux ont remis sur le devant de la scène le concept de dangerosité. Le courant de la nouvelle défense sociale accorde à la volonté du délinquant une place primordiale et analyse l'infraction commise pour savoir si l'infracteur est incurable. Ainsi, la priorité est donnée à la prévention au nom de la protection de la société et les moyens pour neutraliser les infracteurs. Une autre analyse de la dangerosité est le modèle social de dangerosité, mis en exergue dans les dernières années du XXe siècle sous la pression de certains mouvements de défense des victimes. En matière de détention provisoire, le juge doit apprécier la notion de dangerosité avec prudence car l'intéressé est encore présumé innocent.

[264] BEBIN (X), « peut-on prédire le risque de la récidive criminelle ? » Note de synthèse de l'institut pour la justice, avril 2009.

Il est vrai que le magistrat dispose davantage d'éléments l'évaluation de risque de réitération lorsque l'intéressé a été déjà condamné pour une ou plusieurs infractions. Si l'intéressé a déjà été condamné notamment pour la même infraction (ou de même nature) que celle pour laquelle il est mis en examen, il existe une forte probabilité qu'il récidive. Néanmoins, une grande prudence est recommandée au magistrat en consultant le casier judiciaire de la personne mise en examen afin d'éviter toute systématisation, il devrait tenir compte de l'ancienneté éventuelle des condamnations, de leur gravité, de la nature des infractions condamnées et de celle de l'infraction poursuivie. La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir admis pendant longtemps que la seule référence au passé pénal de l'intéressé suffisait à accréditer l'existence d'un risque de réitération de l'infraction[265], revient sur cette jurisprudence en estimant que « *la référence aux antécédents ne peut plus suffire à justifier le refus de mise en liberté* »[266]. Monsieur Arnaud COCHE a proposé d'ajouter à l'article 144 du Code de procédure pénale les dispositions interdisant la mise en détention provisoire pour le motif de risque de renouvellement de l'infraction si « *la personne mise en examen n'a jamais été condamnée pour une précédente infraction ; la précédente infraction est antérieure de plus de cinq ans à celle pour laquelle elle est actuellement poursuivie ; la personne mise en examen n'a pas été condamnée pour la précédente infraction à une peine privative de liberté ne comportant pas une partie sans sursis »*[267].

Lorsque la personne mise en examen a un casier judiciaire vierge, le magistrat peut motiver sa détention provisoire par le risque de renouvellement de l'infraction. Le magistrat va donc apprécier plusieurs éléments tels que la nature de l'infraction en cause, sa gravité, la personnalité de l'infracteur. Les statistiques démontrent que certaines infractions sont par nature plus à même d'entraîner un renouvellement[268]. L'exemple type est le trafic des produits stupéfiants notamment si l'intéressé est lui-même toxicomane ; ou encore celui des infractions relevant d'une délinquance professionnelle (escroquerie, proxénétisme, trafic d'armes ou de drogue, blanchiment de ce trafic, etc.…) qui représentent un risque important de réitération. Les personnes mises en examen pour une infraction sexuelle risquent davantage d'être soupçonnées en

[265]C. E. D. H, 12 dec. 1991, Toth c/ Autriche, série A n° 224, p. 19, § 70

[266]C. E. D. H, 17 mars 1997, Muller c/ France, 17 mars 1997 § 44.

[267] COCHE (A) ; op. cite p. 200

[268]Bulletin d'informations statistiques du Ministère de la justice, septembre 2010, n° 108

état de réitération et d'être donc détenues avant le jugement en raison du nombre important de délinquants sexuels récidivistes. Par ailleurs, le vol- recel présente également un taux de récidive ou réitération très élevé. Selon les statistiques du Ministère de la justice, en 2007, 41% des auteurs des vols – recel sont condamnés en état de récidive ou réitération[269].

Néanmoins, l'appréciation de la nature de l'infraction poursuivie doit être relativisée ; la personnalité du mis en examen et sa situation doivent être également prises en compte. Le juge d'instruction a le devoir de s'informer sur la personnalité de la personne mise en examen et sur le milieu où elle vit par une enquête de personnalité et une enquête sociale (art. 81, al. 6, 7, art. 41 al. 6 C. P. P ; art. 8 Ord. 1945 pour les mineurs). A l'origine, l'enquête de personnalité a eu pour but d'aider les tribunaux à mieux déterminer et mesurer les peines éventuellement applicables, elle s'est rapidement avérée utile aux juridictions d'instruction pour apprécier le risque de réitération[270]. Par ailleurs, le magistrat peut recourir aux expertises psychiatriques et psychologiques pour apprécier l'état dangereux de l'intéressé et donc sur le risque de réitération.

Les magistrats prennent souvent en considération la *gravité de l'infraction* pour apprécier le risque de récidive. Certaines études criminologiques démontrent que la personne mise en examen pour un délit plus grave court plus de risque d'être déclarée récidiviste que l'auteur d'une infraction moins grave[271]. La notion de la gravité au sens criminologique est comprise au sens large ; elle prend en compte non seulement la peine encourue mais aussi des circonstances dans lesquelles l'acte a été commis. Cette notion renvoie plutôt la celle de la dangerosité de la personne mise en examen. Quoi qu'il en soit, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la gravité de l'infraction ne justifie pas à elle seule le risque de récidive, « *il faut que l'infraction grave soit associée à l'existence d'un certain passé pénal, pour établir le risque de réitération et justifier par conséquent la détention provisoire* »[272]. Pour la Cour, il n'y pas de lien direct entre

---

[269] Bulletin d'informations statistiques du Ministère de la justice, septembre 2010, n° 108, tableau 2

[270]Cass. crim, 1er décembre 1960, Bull. crim., n° 566 ; D. 1961, jur. p. 385, note MR. MP ; R. S. C, 1960, p. 660, obs. Robert (J-H).

[271]BOUZAT (P) et PINATEL(J), « traité de droit pénal et de criminologie », t. III n° 316 et s.

[272] C. E. D. H, Clooth c/ Belgique, 12 déc. 1991. C. E. D. H Assenov et autres c/ Bulgarie, 28 oct. 1998 § 155 et 156.

la gravité de l'infraction et la récidive. Arnaud Coche, dans sa thèse intitulée « La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal», a proposé d'insérer deux articles dans le Code de procédure pénale, à la suite de l'article 144. L'idée de l'auteur est qu'il faut plusieurs éléments pour apprécier le lien entre la gravité de l'infraction et le risque de récidive[273].

Concernant l'appréciation du risque de renouvellement de l'infraction, il a proposé de légiférer comme suivant :

« *A peine de nullité de sa décision, le juge des libertés et de la détention ne doit pas, pour apprécier la nécessité de prévenir le renouvellement de l'infraction au sens de l'article 144 du présent article, tenir compte :*

1° de la seule nature ou de la seule gravité de l'infraction commise, sauf le cas de crime contre humanité, de tortures, d'actes de barbaries ou d'infractions terroristes.

2° du seul mode opératoire adopté par l'auteur de l'infraction sauf si

- le mode opératoire adopté par l'auteur de l'infraction relève une délinquance habituelle ou professionnelle.

-l'infraction a été commise avec sauvagerie

-l'infraction a été commise avec menace ou usage d'une arme

-l'infraction a été commise dans un local d'habitation, en pénétrant dans le lieu par ruse, escalade ou effraction…

-l'auteur de l'infraction en était l'instigateur où étant le meneur de coauteurs ou de complices

3° du caractère prémédité ou non prémédité, diurne ou nocturne de l'infraction commise

4° de la seule qualité de la victime sauf si :

[273] COCHE (A), La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, op. cit. n° 514 et s.

-la victime est un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un gendarme, un policier, un douanier, un fonctionnaire de l'administration pénitentiaire ou toute autre mission du service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission.

-La victime est un témoin, une victime d'une autre infraction ou d'une partie civile et que l'infraction a été perpétrée pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice ou en raison de sa dénonciation, de sa plainte ou de sa déposition.

5° de la seule nature vile ou antisociale du mobile, sauf en cas de mobile terroriste, de crime contre l'humanité, de racisme, d'homophobe ou de violence liée une manifestation sportive ou de sadisme.

6° du caractère vulnérable de la victime.

7 de la négation de la personne mise en examen de sa culpabilité.

8° de la pauvreté de la personne mise en examen

L'objectif de cette proposition est noble car il vise à limiter la détention provisoire dans certains cas mais elle est inefficace parce que le magistrat peut toujours choisir d'autres motifs de la détention provisoire. Dans le système français, l'opportunité de la détention provisoire reste toujours à l'appréciation souveraine du juge de fond, le législateur ne peut la lui ôter. Néanmoins, cette proposition peut apporter une aide au magistrat dans sa prise de décision. D'autres auteurs souhaitaient imposer des « *critères de faits à partir desquels on pourrait conclure à l'existence de l'un des risques prévus à l'article 144* »[274]. Ceci n'est pas possible à moins que l'on revienne au système de la preuve légale. En réalité, les magistrats s'opposent toujours à une législation trop stricte de la détention provisoire. Il est vrai que la loi ne peut tout prévoir en matière de détention provisoire, il faut laisser au magistrat une certaine liberté d'action. Cette liberté du magistrat ne nuit pas forcément à la protection de la liberté individuelle à condition que les mentalités changent. C'est-à-dire ne pas avoir recours systématiquement à la détention provisoire. Par ailleurs, nous pouvons compter sur le contrôle de la chambre de l'instruction sur la probabilité, vu les éléments du

[274] PRADEL (J), Note sous Crim. 22 et 24 juin 1971, D. 1971, p. 547

dossier, du risque de renouvellement de l'infraction car elle est la juridiction d'instruction du deuxième degré. En ce qui concerne le contrôle de la chambre criminelle, son travail consiste à vérifier le rapport formel entre les éléments de faits et les motifs de la détention provisoire. Ainsi, elle ne juge pas les appréciations de fond sur le lien entre les faits et les risques prévus par l'article 144, celles-ci n'entrent pas dans sa compétence.

La Cour européenne des droits de l'homme contrôle l'appréciation du risque de récidive. Conformément à l'exigence de l'article 5§1 c de la Conv. E. D. H, la Cour estime que les juges nationaux doivent invoquer des « *motifs raisonnables, tirés des circonstances de la cause, de redouter le renouvellement de l'infraction* »[275]. Ainsi, elle a considéré que « *le risque de récidive ne pouvait pas être retenu lorsque l'infraction était impossible* »[276]. Tel est le cas lorsque la personne mise en examen n'exerce plus les fonctions lui ayant permis de commettre l'infraction et n'a plus aucun moyen de se rendre à nouveau coupable d'infraction[277]. La Cour européenne des droits de l'homme accepte tous les éléments employés par les juges nationaux pour apprécier le risque de récidive (la gravité de l'infraction poursuivie[278], le comportement de l'intéressé[279], son

---

[275] C. E. D. H., *Matznetter c/ Autriche*, 10 novembre 1969, série A, n° 10, p. 32 et s.,

[276] C. E. D.H., *Stöigmü ller c/ Autriche*, 10 novembre 1969 : M. Stöigmüller avait été poursuivi pour usure et placé en détention pendant deux ans avant son jugement. La Cour a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 5 § 3 au motif notamment, que l'intéressé ayant abandonné sa profession de prêteur, il n'y avait plus de danger de répétition des infractions, contrairement à ce qu'avaient affirmé les juridictions nationales. De même, dans l'affaire Ringesen c/ Autriche du 16 juillet 1971 (chambre) (Série A, n° 13), les juridictions nationales ont évoqué un risque de réitération de l'infraction de banqueroute frauduleuse pour maintenir le requérant en détention provisoire. Cependant la Cour a estimé que cette détention avait dépassé le délai raisonnable, au moins à partir de la date à laquelle le requérant avait été mis en faillite car, par hypothèse, il lui été alors impossible de réitérer les infractions pour lesquelles il était poursuivi. Le même raisonnement est parfois tenu par les juridictions françaises. V. notamment la décision de la chambre criminelle du 19 juin 1993, selon laquelle aucune crainte de renouvellement de l'infraction n'existe puisque l'intéressé a été suspendu de ses fonctions de conseil professionnel, fonction à l'occasion des quelles il est soupçonné d'avoir commis les infractions qui lui sont reprochées.

[277] C. E. D.H., *Stöigmü ller c/ Autriche*, 10 November 1969, ibid.

[278] C. E. D. H., Clooth c/ Belgique, 12 décembre 1991 dans laquelle le Gouverneur défenseur avait fait valoir que l'intéressé était suspecté d'un crime atroce, la Cour a précisé que « *la gravité d'une inculpation peut conduire l'autorité judiciaire à placer et laisser le suspect en détention provisoire pour empêcher les tentatives de nouvelles infractions* ».

[279] C. E. D. H, Herczegfalvy c/ Autriche, 24 September 1992, § 65: "Quant au danger de répétition des infractions, il pouvait toujours justifier la détention du requérant, vu notamment les nouvelles agressions verbales de celui-ci (…) »

passé pénal[280], son ingéniosité en matière de délinquance[281], son appartenance au monde du terrorisme[282]), mais elle exige que le risque déduit par ces éléments soit réel. Le magistrat peut renforcer la motivation du risque de récidive par le risque de fuite car le mis en examen qui peut profiter de sa fuite pour commettre des infractions.

En dehors des éléments traditionnels précédemment analysés, les études criminologistes essaient de rassembler d'autres critères pour déterminer le risque de réitération par la notion de dangerosité[283]. Pour déterminer la dangerosité de l'intéressé, les auteurs observent plusieurs éléments. Nous pouvons citer le mode opératoire (l'usage d'une arme, l'ingéniosité employée, la bande organisée) ; l'agressivité (des tortures ou des actes de barbaries) ; les risques pris (infraction commise dans un local d'habitation), le mobile (l'auteur qui était animé par un mobile noble ou honorable représente un risque de récidive moindre que celui qui a été poussé par un mobile vil, méprisable ou antisocial)[284]. Le professeur Michel Bénézech a tenté de classer les profils récidivistes en deux catégories : les psychopathes et les psychotiques en se fondant sur l'analyse de scène de crime en fonction de six composantes : violence, émotionnelle, opérationnelle, sexuelle, relationnelle et circonstancielle[285]. Néanmoins, de nombreuses réserves sont également préconisées par les criminologues car il n'y a pas de certitude entre ces éléments et la réitération. En effet, la réitération ou non de l'intéressé dépend en grande partie des circonstances dans lesquelles il se trouvera. La détention provisoire est souvent un recours pour éviter la récidive car l'intéressé est isolé des circonstances criminogènes mais cette isolation « physique » n'est que provisoire donc une solution à court terme. Il faut souligner que l'appréciation du risque

---

[280]C. E. D. H, *Mouisel c. France*, 14 novembre 2002, § 47 : « S'agissant de l'état de dangerosité du requérant et nonobstant son passé judiciaire, la Cour note l'absence d'antécédents et de référence faisant sérieusement craindre un risque important de violence. »

[281]C. E. D. H *Matznetter c/ Autriche*, 10 November 1969, série A n° 10, p. 32

[282] C. E. D. H Debboud Alias Husseini Ali c/ France, 9 nov. 2002, op.cit « A la lumière des circonstances de la cause (terroriste algérien arrêté en possession d'un important stock de munition et d'armes de guerre) le risque de renouvellement de l'infraction constituait sans nul doute un facteur pertinent ».

[283]COCHE (A), La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal op. cit. n° 571 et s.

[284]COUAPEL, (J-C), « L'intérêt du mobile en criminologie et en droit pénal » thèse de doctorat, Droit pénal, Poitiers, 1982, dact., 428 pages p. 28

[285]Cité par BEBIN Xavie , *op.cit* p. 33

de récidive de la personne mise en examen reste très aléatoire car la culpabilité de cette dernière n'est pas établie, elle n'est que vraisemblable.

Les récentes réformes du Code de procédure pénale font référence à la notion de dangerosité pour justifier le refus de remise en liberté de la personne placée en détention provisoire[286]. En effet, le nouvel article 145-1 alinéa 3 du Code de procédure pénale, issu de la loi n°2002- 1138 du 9 septembre 2002 dispose qu'à titre exceptionnel « *lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité, la chambre de l'instruction peut prolonger pour une durée de quatre mois la durée de deux ans prévue au présent article* ». Cet article correspond à la définition de l'état dangereux d'un individu, il s'agit « *l'état, situation, ou action dans lesquels une personne ou un groupe de personne font courir à autrui ou aux biens un risque important de violence, de dommage ou de destruction* »[287].

2. La protection de la personne mise en examen

Un des motifs de la détention provisoire est de protéger la personne mise en examen (art. 144 al. 2 C.P.P.F). Ce critère de la détention provisoire est rarement invoqué en raison de sa contradiction apparente[288] Comment expliquer à l'intéressé que la détention provisoire est pour son « bien » alors qu'il ne la souhaite pas ? Dans plusieurs systèmes pénaux, ce motif de la détention provisoire n'existe pas. Actuellement, en droit vietnamien, la personne mise en examen ne peut pas être placée en détention provisoire au motif que cette détention la protège. Le législateur vietnamien va peut- être ajouter ce motif au Code de procédure pénale lors de la prochaine réforme. On peut expliquer l'existence de ce motif en droit français par une vision *paternaliste* de la loi qui veut protéger l'individu pour son bien contre son gré. La protection contre ses propres actes tels que le suicide ou les actes délictueux commis sur

[286] Traditionnellement, la criminologie n'est pas une matière qui attire l'attention des pénalistes français. Les travaux des criminologues renommés français sont peu connus en France pourtant qui sont mondialement connus notamment en Amérique du Nord et en Amérique Latine. (ex : M. Tarde)

[287]BENEZECH (M), FORZAN-JORISSEN (S), et GROUSSIN (A), «*Le concept* d'*état dangereux* en psychiatrie médico- légale. *Journal de Médecine Légale, Droit Médical, 40 (5) 1997*

[288]GUERY (Ch), CHAMBON (P) , Droit et pratique de l'instruction préparatoire, *op.cit*, n° 142.74

sa personne. Nous avons rappelé ci-dessus que les autorités publiques ont le devoir de protéger la sécurité publique contre les éventuels actes délictueux quelle que soit leur nature. La sécurité de toute personne doit être protégé quelle que soit sa situation.

Ce motif peut être invoqué dans les cas de crimes odieux ou jugés comme tels par l'opinion publique afin d'éviter des représailles à l'encontre du mis en examen. Une telle vengeance reste rare dans la société moderne. Dans les autres cas, la personne mise en examen qui coopère avec la justice peut craindre une vengeance de ses coauteurs ou ses complices qui ne sont pas encore arrêtés. Mais le placement en détention provisoire vaut-il une protection ? Existe- il d'autres moyens de protection mieux adaptés et plus efficaces ?. En effet, il n'est pas certain qu'un mis en examen soit mieux protégé en prison qu'à l'extérieur. Les règlements de comptes sont fréquents dans les établissements pénitentiaires et sont souvent bien plus violents qu'à l'extérieur, la victime n'ayant aucune possibilité d'y échapper puisqu'elle se trouve enfermée. Si la personne mise en examen détenue est violentée en prison, la responsabilité de l'Etat peut être recherchée sur la base de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire[289]. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le juge des libertés et de la détention décide de laisser le mis en examen en liberté et que celui-ci se suicide, sa famille peut-elle réclamer des dommages d'intérêts à L'Etat ?

C. Le motif de trouble à l'ordre public en matière criminelle

Aux termes de l'article 144 alinéa 3 du Code de procédure pénale, le juge des libertés et de la détention peut placer le mis en examen en détention provisoire, la prolonger ou refuser sa demande de mise en liberté au motif que sa détention est « *l'unique moyen de mettre fin à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, des circonstances de sa commission ou l'importance de préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle*». Ce motif est très critiqué par la doctrine comme étant le critère le plus général et le plus mal défini qui ouvre la porte à tous les abus, ce qui est contradictoire avec le caractère exceptionnel de la détention provisoire ; elle demande

[289] Dans un arrêt du 16 avril 2008, la Cour de cassation a accepté d'indemniser les parents des détenus suicidés. En effet, c'est la première fois que la Haute Cour a admis l'indemnité des personnes qui ont subi des dommages par ricochet. Dalloz actualité 22 avril 2008, p. 1354

donc sa suppression[290]. Les magistrats souhaitent, quant à eux, conserver ce critère auquel ils peuvent avoir recours dans les cas où les autres motifs ne sont pas valables. Le recours fréquent par le juge d'instruction à ce motif a incité le législateur (loi 30 décembre 1996) à exiger que le trouble soit exceptionnel et persistant[291]. Après plusieurs tentatives de limiter le recours au motif du trouble à l'ordre public[292], la loi du 5 mars 2007 a réussi à l'abroger en matière correctionnelle[293]. Désormais, ce motif n'est applicable qu'en matière criminelle. Une notion aussi vague et aussi complexe que le trouble à l'ordre public mérite d'être définie (1) avant d'étudier son application par le juge (2).

1. La notion de trouble à l'ordre public

Avant de définir la notion de trouble à l'ordre public, il faut déterminer en quoi consiste la notion d'ordre public. Il est défini, par Gérard Cornu comme « *l'état social dans lequel la paix, la tranquillité, la sécurité publique ne sont pas troublés* »[294]. Mais cette définition ne reflète qu'un aspect de l'ordre public ; son contenu est en effet plus vaste et plus divers. L'ordre public peut être «*un ensemble des institutions, des moyens et des droits dont dispose la puissance publique pour garantir et pour maintenir le respect d'un ordre pacifique contre les éventuelles infractions, dont se rendraient coupable ceux qui pourraient être mauvais ou méchants »*[295]. D'autres auteurs font allusion *à un ordre public qui regroupe les principes fondamentaux d'un ordre juridique national que l'on qualifie de règles d'ordre public*[296]. Le droit pénal emploie

[290]CHAMBON (P), note sous Cass. crim 19 février 1980 D. 1980 p. 356 ; CHAMBON (M-P), « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire », J. C. P 1989 I, p. 3417 ; GUERY (C), La détention provisoire, *op. cit* p. 31.

[291] Aux termes de l'ancien article 144 issu de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, la détention provisoire devait être l'unique moyen de « préserver l'ordre public causé par l'infraction »

[292]La Loi du 4 janvier 1993 avait tout de même consacré sa disparition comme critère de maintien en détention, la loi du 24 août de la même année l'a rétabli. La loi du 15 juin 200 a supprimé à nouveau le motif du trouble à l'ordre public pour prolonger la détention provisoire lorsque la peine est inférieure de 10 ans d'emprisonnement.

[293] La question de la suppression du motif du trouble à l'ordre public s'est de nouveau posée après l'affaire d'Outreau dans laquelle plusieurs personnes innocentées avaient été placées en détention provisoire et y avaient été y maintenues pour ce motif.

[294] CORNU (G), Le Vocabulaire juridique, op. cit V. Ordre public

[295] POLIN (R), L'ordre public, Collection Politique d'aujourd'hui, PUF, 1995

[296] FORGES (J. – M. Le Moyne) , Droit administratif, PUF, 1995 p. 50

la notion d'ordre public dans un sens très large, c'est-à-dire comme un *état social* et comme des *principes fondamentaux d'un ordre juridique national*[297]. Par ailleurs, la notion d'ordre public a un contenu variable. Plus précisément, le degré d'ordre public varie souvent en fonction des valeurs de la société ; que l'on privilégie l'autonomie de l'individu, sa liberté, ou que l'on accorde au contraire la primauté à la paix publique. L'ordre public est évolutif, il change avec le temps et l'espace. La Chambre criminelle était très audacieuse en estimant que le trouble à l'ordre public susceptible de justifier le maintien en détention provisoire peut être en dehors de France[298].

Puisque que le contenu de la notion d'ordre public est variable et confus, le trouble à l'ordre public l'est également. Le trouble à l'ordre public s'entend non seulement comme une atteinte à la paix publique, le désordre, l'insécurité mais aussi comme un trouble social en fonction de l'état de l'opinion publique[299]. Autrement dit, le trouble à l'ordre public varie en fonction des circonstances de la commission de l'infraction, des personnes concernées, de l'espace, du temps etc.…[300]. Le professeur Pierre Chambon a tenté de définir le trouble causé à l'ordre public, dans le cadre de la détention provisoire, en indiquant qu'il recouvre « *trois hypothèses objectives bien déterminées : la nécessité de mettre fin au désordre et à l'émotion qu'a causée dans la cité quelque crime violent et abominable, par l'arrestation de son auteur ; la nécessité de protéger celui-ci des persécutions immédiates et excessives de la foule en effervescence ; et la nécessité de protéger d'autres victimes éventuelles contre les entreprises nouvelles du meurtrier ou de l'anarchiste qui porte encore sur lui les armes du crime* »[301]. Cette définition de l'ordre public inclut d'autres motifs de la détention tels que : éviter le renouvellement de l'infraction, protéger le mis en examen ; seule la

---

[297] L'ordre public est la paix publique lorsque le Code pénal incrimine le terrorisme et l'attroupement (arts. 421-1 et 421 –2 ; 431- 3 al. 1). La jurisprudence fait référence à l'ordre public comme des principes fondamentaux pour annuler des actes de procédure.

[298] Cass. Crim., 15 oct. 1985 : Bull. crim. , n° 313; D. 1986, juripr. p.170. note D. Mayer

[299] CIMANMONTI (S), « l'ordre public à la fin du XX siècle » in l'ordre public en droit pénal, Dalloz Paris 1996 p. 50

[300] Les enquêtes sur les représentations sociales du crime et de sa réprobation, ont montré tout d'abord que la dimension affective l'emporte sur la dimension cognitive, mais aussi que, l'accord sur la gravité de l'acte est plus consensuel lorsqu'il est connu comme faisant l'objet de pénalités plus importantes. V. OCQUETEAU et PEREZ DIAZ, « Comment les français réprouvent-ils le crime aujourd'hui ? » Revue Déviance et sociétés 1990, Vol XIV, n° 3 p. 253

[301] Note sous Cass. crim., 19 février 1980, D. 1980, Jur. p. 356

première hypothèse fait référence au trouble l'ordre public par l'idée de *désordre* et *d'émotion*. Pour le professeur Chambon, ce désordre et cette émotion doivent être *objectifs et réels* ; ils ne peuvent être provoqués que par certains crimes violents et abominables. De même, le président Maurice Aydalot a écrit que : « *c'est un motif assez particulier n'existant que pour certaines infractions qui par leur gravité, leur persécution générale, ou l'état de l'opinion publique lors de leur commission ont provoqué un trouble social qu'il importe de ne pas entretenir »*[302]. En bref, la notion du trouble à l'ordre public est un « standard juridique » au même titre que l'« intérêt de l'enfant », le « danger », les « bonnes mœurs », ou le « bon père de famille », qui donne une grande marge d'appréciation au juge.

2. L'application de la notion de trouble à l'ordre public

En raison de l'usage fréquent du motif du trouble à l'ordre public en matière de détention provisoire, les juridictions d'instruction sont amenées parfois à définir cette notion. Selon la chambre d'accusation de Toulouse dans un arrêt du 25 août 1994 : « *La notion d'ordre public comporte de multiples acceptions dont le respect de la vie humaine, la primauté de la préservation des personnes sur celle des biens, et l'interdiction de la justice privée »*[303]. La chambre d'accusation de Pau dans un arrêt du 28 mai 1999 a essayé également de cerner la notion de trouble à l'ordre public. Pour elle, *« les atteintes à la vie humaine, qui sont considérées par le législateur comme les faits les plus graves, sont de nature à provoquer un trouble exceptionnel à l'ordre public et ce trouble, qui ne peut se confondre avec l'émotion nécessairement passagère provoquée dans l'opinion publique, persiste malgré la relative ancienneté des faits* »[304]

Le trouble public que cause l'infraction doit être « *exceptionnel* » et « *persistant* ». Le législateur a fait un effort de précision pour mieux cerner cette notion. Le terme « *exceptionnel* » qualifiant le trouble renvoie à une situation rare. Le recours à la notion de trouble à l'ordre public suppose l'existence d'une menace réelle et

[302] AYDALOT (M), « La liberté et la détention provisoire dans la jurisprudence de la Cour de cassation » in Mélange Ancel p. 271

[303] CA Toulouse, ch. acc., 25 août 1994, BICC 398, n° 1162

[304] CA Pau, ch. acc., 28 mai 1999, inédit, cité par Guéry dans « Droit et pratique de l'instruction préparatoire » *op. cit* n° 142.46

suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société[305]. Le caractère exceptionnel et persistant du trouble est « *provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé* » (art. 144 al. 3 du C.P.P.F). Lors de la promulgation de la loi du 4 janvier 1993, le législateur n'a pas précisé la notion de trouble à l'ordre public, l'ancien article 144 disposait simplement que la détention provisoire peut être décidée si elle est nécessaire pour « *préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction* ». La loi du 30 décembre 1996, a mieux précisé la notion de trouble à l'ordre public en disposant que « *l'infraction, en raison de sa gravité, des circonstances de sa commission ou de l'importance du préjudice qu'elle a causé, a provoqué un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public, auquel la détention est l'unique moyen de mettre fin* ». La version en vigueur de l'article 144 du CPP est : « *la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé* ».

La question est donc de savoir si le trouble à l'ordre public peut résulter du maintien ou de la mise en liberté de la personne mise en examen. Certains auteurs estiment que le trouble visé par le texte n'est pas lié à l'infraction puisque par définition il est irrémédiable. Il s'agit donc, pour eux, du trouble ou de l'aggravation du trouble que pourrait causer le maintien ou la mise en liberté de la personne concernée[306]. Cela consiste à admettre que la détention provisoire du mis en examen peut être justifiée même s'il n'y a pas de trouble réel à l'ordre public au moment de la commission de l'infraction[307]. Par ailleurs, la liberté de la personne mise en examen avant le jugement étant un droit, comment un droit aussi fondamental peut-il troubler l'ordre public ? La doctrine dominante admet que le trouble à l'ordre public vient de l'infraction elle-même. Néanmoins, ce trouble a un lien avec la liberté du suspect. Pour M. Guéry, ce

[305] CIMANMONTI (S), « l'ordre public à la fin du XX siècle » in l'ordre public en droit pénal, op.cit p. 50

[306] ROMICIANU, « « Détention provisoire et ordre public », JCP 1975, I, Doctrine p.2744

[307] SOUSSET (V), La notion de trouble à l'ordre publique dans la détention provisoire, *op. cit.* p. 37

n'est pas la mise en liberté elle-même qui créerait un trouble à l'ordre public mais elle faisait renaitre le trouble causé par l'infraction[308].

Pour mieux cadrer l'objectivité du trouble que l'infraction peut causer à l'ordre public, l'article 144 du Code de procédure dispose que *« ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire »*. Il est vrai que nous vivons dans une époque où les média jouent un rôle très important ; elles peuvent influencer très facilement l'opinion publique.

Pendant longtemps, la Chambre criminelle a refusé d'exercer son contrôle sur la motivation du trouble à l'ordre public en estimant que c'était une question de fait qui ne rentrait pas dans se compétence. En raison de nombreuses condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le caractère réel du trouble à l'ordre public, la Cour de cassation a été emmenée à contrôler la motivation des juridictions du fond. La Chambre criminelle exige que le « *trouble exceptionnel et persistant* » à l'ordre public soit réellement constaté par le juge des libertés et de la détention. Selon elle, pour que le trouble à l'ordre public soit réellement persistant, la chambre de l'instruction devait statuer sur les éléments nouveaux du dossier, le fait qu'elle se soit bornée seulement à se référer à une précédente décision de refus rendue dans la même affaire ne justifiait pas le maintien en détention provisoire[309].

Le trouble à l'ordre public bien qu'il soit lié à la gravité de l'infraction, ne doit pas se confondre avec la gravité de l'infraction. La doctrine dominante estime que la liberté doit s'apprécier selon des critères qui lui sont propres, indépendants de l'infraction elle-même, dans l'hypothèse contraire, la détention provisoire serait une sanction immédiate de l'infraction. Conformément à l'article 144 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction doit décrire le trouble à l'ordre public causé par l'infraction et établir que la détention provisoire est le seul moyen d'y mettre fin. .La motivation est donc insuffisante si le magistrat évoque seulement la gravité de l'infraction. Sur cette question, la position de la Cour de cassation n'est pas toujours cohérente. Dans certains cas, la Chambre criminelle censure les ordonnances qui font référence à la seule gravité des faits. Elle a censuré une décision de maintien en détention provisoire motivée par le

[308] GUERY (Ch), « La nouvelle définition de l'ordre public par la loi du 30 décembre 1996 : un trouble exceptionnel persistant dix-sept ans après les faits », Recueil Dalloz 1997 p. 593.

[309] Cass. Crim. 21 nov. 1979, Bull. crim. , n° 33, p. 904

seul fait que l'inculpé avait participé à une organisation ayant pour but d'introduire en France des stupéfiants, « *ce qui avait troublé gravement et durablement l'ordre public* »[310]. Elle a encore jugé qu'était insuffisamment motivée la décision qui se bornait à énoncer que les faits « *sont graves et qu'il y a lieu de préserver l'ordre public* »[311]. Dans d'autres jurisprudences, la Haute juridiction n'exige pas vraiment des juridictions de fond qu'elles faisaient apparaître en quoi, en l'espèce, l'ordre public est troublé mais simplement qu'elles fassent le lien entre la gravité de l'infraction et le trouble à l'ordre public qui est parfois une simple formalité. Ainsi, la Cour a confirmé l'arrêt de la chambre d'accusation qui, pour justifier la détention provisoire, a énoncé que l'ampleur du trafic de drogue auquel est mêlé l'intéressé a profondément troublé l'ordre public alors que cet arrêt n'a ni établi, ni décri en quoi les délits avaient causé un tel trouble[312]. Les motivations de la détention provisoire font ressortir une trame type : tout d'abord le magistrat catégorise l'infraction considérée comme grave par essence ; trafic de stupéfiants, atteinte à l'intégrité physique, association de malfaiteurs, récidive etc. et ensuite il établit un rapport logique *« purement artificiel* »[313] entre les fait et le trouble à l'ordre public. Il est exact qu'il y a souvent une conjonction artificielle entre la gravité supposée des faits et le caractère exceptionnel du trouble causé à l'ordre public[314]. Des auteurs aussi expérimentés que les magistrats Guery et Champon ont affirmé que le trouble à l'ordre public n'est pas autre chose que « la gravité des faits déguisée »[315].

Le trouble à l'ordre public doit être *persistant au* moment de la prise de décision concernant la détention provisoire. Autrement dit, ce trouble doit être réel et il perdure du moment de la commission de l'infraction et au moment de la prise de décision. La Cour de cassation est amenée à analyser le caractère « *persistant* » du trouble à l'ordre public. *D'une part, elle rejette l'idée de la résurgence du trouble à l'ordre public et d'autre part, elle distingue finement la persistance d'un trouble à l'ordre public et la*

---

[310] Cass. Crim. 1980, Bull. crim. n° 60, D. 19980, p. 356, note Chambon

[311] Crim. 2 mars 1994, n° 93-85.732, Bull. crim. n° 84

[312] Cass. Crim. 30 juin 1987, JCP 1988, II, 21016

[313]Terme utilisé par GUERY et CHAMPON dans « Droit et pratique de l'instruction préparatoire » *op. cit.*, n° 142.45

[314] *Ibid.*, n° 142.43

[315] *Ibid.*

persistance d'un trouble provoqué à la victime. Pour la Haute juridiction, après plusieurs années, la souffrance de la victime, bien qu'elle puisse avoir des répercussions sur le trouble à l'ordre public ne saurait être assimilée au trouble persistant causé à l'ordre public[316]. La Cour d'assises de la Gironde a refusé la demande de placement en détention provisoire d'une personne mise en examen pour crime contre l'humanité au motif que « *si nul ne peut ignorer l'émotion des victimes, parties civiles ou non, émotion ravivée par la tenue d'un procès criminel et la perspective de la pénible évocation de faits douloureux, il demeure que cette circonstance ne peut s'analyser comme une quelconque résurgence d'un trouble à l'ordre public d'une nature telle qu'elle justifierait la détention provisoire qu'à aucun stade de la procédure on ne songeât à réclamer* »[317]. Dans d'autres arrêts, la jurisprudence dominante semble ne pas admettre la réapparition du trouble à l'ordre public après un certain temps qui sépare le moment de la commission de l'infraction[318]. Dans la plupart des cas, la censure de la Cour de cassation concerne la prolongation ou le refus de mise en liberté au motif du trouble causé à l'ordre public. Nous ne pouvons qu'approuver la position de la Chambre criminelle sur cette question car à partir d'un certain temps, il est rare que l'ordre public soit encore objectivement troublé par l'infraction.

La Chambre criminelle a eu l'occasion de se prononcer sur d'autres éléments constituant le trouble à l'ordre public tel que le statut particulier de la personne mise en examen[319]. Elle a approuvé la décision de la juridiction de fond de placer le mis en examen en détention provisoire au motif qu'il avait abusé de *la qualité d'huissier* de justice pour commettre des infractions d'abus de confiance, d'escroquerie et faux. De même, la Haute juridiction a estimé justifié la décision de la chambre d'accusation qui, pour confirmer une ordonnance de placement en détention provisoire, énonce que les

---

[316] CA Douai, ch. acc. , 17 juin 1997, D. 1997, jur. p. 593, note Ch. Guéry. Au cas d'espèce, une victime a dénoncé 17 ans après la commission des faits, un inceste commis par son père. Le magistrat instructeur avait placé le père en détention provisoire en invoquant le trouble exceptionnel et persistant causé à l'ordre public compte tenu de l'importance du préjudice causé à la victime et a aussi encouru la cassation

[317]C. assises Gironde, 10 oct. 1997, note Roujou de Boubée. D. 1998, jur. p. 173.

[318] Cass. Crim. , 6 mars 1986 : Bull. crim n° 94; Cass. Crim 26 juin 1989: Bull. crim. , n° 329; Cass. Crim. 7 aout 1990 Bull. Crim. , n° 296, D. 1991, somm. p. 210 obs. PRADEL

[319]La chambre criminelle a jugé que cette jurisprudence ne méconnait pas l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel ne fait pas obstacle à l'existence en droit interne d'une circonstance aggravante personnelle tirée de la profession de l'auteur d'une infraction commise dans l'exercice de ses fonctions Cass. crim. 26 juill. 1994: Bull. crim. , n° 285

faits d'une gravité toute particulière reprochés à *un sénateur de la République*, en relation avec un malfaiteur notoire du milieu local, ont profondément et durablement troublé l'ordre public.

Malgré l'absence du motif du trouble à l'ordre public dans la Convention européenne des droits de l'homme, les juges européens admettent que « *dans des circonstances exceptionnelles, cet élément peut donc entrer en ligne de compte au regard de la Convention, dans le mesure où le droit interne reconnaît la notion de trouble à l'ordre public provoqué par une infraction* ». A plusieurs reprises elle a déclaré que ce motif ne peut être pris en compte que « *dans des circonstances exceptionnelles* »[320]. Ainsi les magistrats européens ont jugé, dans l'arrêt *Letellier* contre France, que « *la détention provisoire ne demeure légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé au moment de la prise de décision : placement, prolongation, demande de mise en liberté ; sa continuation ne saurait servir à anticiper sur une peine privative de liberté* »[321]. En effet, la Cour reproche souvent aux juridictions d'instruction françaises d'avoir examiné de manière purement abstraite la nécessité de prolonger la détention provisoire. La plupart des cas de condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme concernent des décisions de prolongation ou de refus de demande de mise en liberté *(*art. 6§1 de la Conv. E.D.H). La Cour a estimé que le trouble social ne peut justifier le maintien en détention provisoire du mis en examen après de nombreuses années après la commission de l'infraction[322].

---

[320] CEDH 27 août 1992, Tomasi, série A, n° 241, A (§ 91), CEDH 26 juin 1991, Kemmache, série A, n° 207 (§51), CEDH 27 novembre 1991, Lettelier, série A, n° 218 (§52)

[321] CEDH, 26 juin 1991, Letellier, précité L. E. Pettiti, Rev. sc. Crim. n° 4 1991. Au cas d'espèce, la requérante a été mise en examen pour complicité d'assassinat sur la personne de son mari et placée sous mandat de dépôt le 8 juillet 1985. Le magistrat instructeur la remettait en liberté sur sa demande le 20 décembre de la même année. Mais elle était ensuite replacée en détention provisoire par la chambre d'accusation sur appel du procureur de la République. La chambre d'accusation a rendu, entre le 1er février et 24 août 1987, six arrêts de refus de rejet de demande de mis en liberté au motif de préserver l'ordre public du trouble causé par l'assassinat sans démontrer les caractères réels et actuels du trouble.. La Cour a donc condamné a France pour violation de l'article 5, § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[322] CEDH Letellier c/ France ; Kemmache c/ France précitées.

Si le droit français prévoit sept hypothèses pour lesquelles la détention provisoire est possible[323], la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme se limite à trois[324]. Il n'est pas question d'éliminer les quatre motifs supplémentaires du droit interne car la Chambre criminelle a estimé que cela « loin d'être incompatible à la Convention européenne constitue, au contraire, en faveur des inculpés des garanties supplémentaires »[325]. En droit national et en droit européen, l'existence d'un des motifs disposés suffit pour justifier la détention avant le jugement. En comparaison avec l'article 5§1 de la Conv. E.D.H, le droit français n'intègre pas la probabilité de culpabilité du mis en examen comme un motif de la détention provisoire. En droit français, la vraisemblance de culpabilité est déjà examinée en amont lors de la mise en examen. Nous estimons que les motifs de la détention provisoire en droit français ne sont conçus que dans l'hypothèse selon laquelle il existe déjà des indices graves ou concordants de culpabilité à l'encontre de l'intéressé. Sans cette vraisemblance de culpabilité, toutes les présomptions de destructions des preuves, de pressions sur les témoins, de commission de nouvelles infractions n'ont pas de sens.

---

[323]La nécessité de conserver des preuves et des indices matériels, d'éviter une pression sur les témoins ou les victimes ou leur famille, d'éviter une concertation frauduleuse, d'éviter le risque de commission à l'encontre du mis en examen, d'éviter le risque de commission d'une nouvelle infraction par le mis en examen et mise fin le trouble à l'ordre public causé par l'infraction (art. 144 du Code de procédure pénale).

[324]L'article 5§1, c de la Conv. E..D.H prescrit que la détention provisoire d'un individu est possible *« lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci »*. La rédaction de la Conv.E.SD.H semble plutôt influencé par la culture juridique du système common law pour laquelle, la liberté du suspect ne nuit pas forcément à l'enquête, d'où l'absence des motifs de la détention provisoire pour la nécessité de l'enquête ou de l'instruction.

[325]Cass. Crim. 3 janv. 1986, obs. BRAUNSCHWEIG, Rev. sc. crim. 1986, p. 643, Crim. 3 juin 1975, Bull. n° 14- 6 mars 1986, Bull. n° 94 ; D. 1986, note Mayer : RSC 1986 p. 643, obs. Braunschweig -20 oct. 1987, B. 357

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Le droit français et le droit vietnamien prescrivent les mêmes conditions de fond, que le magistrat ou l'organe d'enquête doivent vérifier avant de prendre la décision de priver la personne mise en cause de sa liberté. Seule la personne mise en examen peut se voit appliquer la détention provisoire, c'est-à-dire la personne contre laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a commis une infraction d'une certaine gravité. Encore faut-il que cette mesure soit motivée par la nécessité de l'enquête, de l'instruction ou/et par la préservation de la sécurité de la société. Les législateurs français et vietnamien se soucient de protéger la société des infractions susceptibles d'être commises par la personne mise en examen restant en liberté notamment lorsqu'elle a été soupçonnée d'avoir commis un crime ; ils laissent aux autorités compétentes une grande liberté d'appréciation. En droit vietnamien, la mise en détention provisoire en matière criminelle n'est pas soumise à la motivation, sa gravité suffit. Le droit français résiste depuis toujours pour conserver le motif de trouble à l'ordre public qui n'est pas autre chose que la gravité de l'infraction déguisée. Cependant, l'encombrement du système carcéral dans chaque pays oblige les législateurs à trouver des mesures alternatives efficaces pour limiter le placement en détention provisoire. Bien que le droit français et le droit vietnamien imposent les mêmes conditions de détention provisoire, chaque système organise un mécanisme différent de garanties de ses effectivités. Le droit vietnamien, qui croit en « loyauté des agents de l'Etat » édicte très peu de règles de procédure et dans la plupart des cas, elles ne sont pas assorties de sanction. Le droit français, grâce à de multiple réforme réformes, a réussi à instaurer le principe du contradictoire à tous les stades de l'instruction ce qui est profitable aux personnes mise en cause.

DEUXIEME PARTIE. LES DISSEMBLANCES QUANT AUX GARANTIES DE LA DETENTION PROVISOIRE

Les garanties d'une détention provisoire juste constituent d'une part des garanties au moment de la prise de décision et d'autre part la possibilité de recours ultérieurs contre cette décision. De nombreux critères interviennent lors du placement en détention provisoire tel que le choix de l'autorité qui est compétente pour prendre cette décision, la procédure à respecter et le rôle de l'intéressé dans ce processus. Si le législateur accorde davantage de droits de la défense à la personne mise en cause, cela retarde forcément le processus de prise de décision mais il n'affecte en rien l'efficacité de la procédure. Le législateur français a définitivement orienté la procédure pénale française vers une procédure plus contradictoire. Ce principe est garanti à chaque stade de la mise en détention provisoire. Par ailleurs, le Code de procédure pénale français garantit le principe de la double juridiction relative aux décisions de placement en détention, de sa prorogation ou du refus de mise en liberté. En effet, ce sont des décisions juridictionnelles et non de simples décisions de nature administrative. Le législateur vietnamien quant à lui, a une vision très différente de la nature de la privation de la liberté avant le jugement. Il s'agit de décisions non juridictionnelles dans lesquelles le juge ne peut donc pas intervenir. La compétence de prendre une décision relative à la liberté du suspect avant le jugement appartient exclusivement aux enquêteurs sous le contrôle du parquet populaire. Par ailleurs, nous ne pouvons pas dire qu'il existe un réel recours contre la décision relative à la détention provisoire. ***En effet, la personne fait l'objet de la détention provisoire ne peut simplement faire un recours gracieux. Le droit français et le droit vietnamien est dissemblant tant aux garanties lors du placement en détention provisoire (Chapitre 1) que garanties posteriori (Chapitre 2)***

CHAPITRE 1. LES DISSEMBLANCES QUANT AUX GARANTIES LORS DU PLACEMENT EN DETENTION PROVISOIRE

Le placement en détention provisoire est un moment clé de l'instruction. Cette décision marque l'orientation que l'autorité compétente donne àl'affaire. Sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le législateur français a multiplié les garanties en faveur de la personne mise examen. En effet, le magistrat ne peut prendre sa décision qu'après avoir organisé un débat contradictoire pour lequel l'avocat de l'intéressé doit avoir accès au dossier pour préparer effacement la défense. Par ailleurs, le magistrat qui décide la détention provisoire n'est plus le juge d'instruction mais un autre juge, le juge des libertés et de la détention. Désormais, le droit français a séparé au moins sur le plan théorique la question de la détention provisoire et celle de l'instruction. Le législateur français a donc renforcé les garanties accordées à la personne mise en examen lors du placement en détention provisoire (Section 1). En droit vietnamien, la personne qui risque d'être privée de sa liberté dispose de très peu de droits. Face au pouvoir puissant de la police, il est urgent de réformer les règles en la matière (Section 2)

Section 1 : Le renforcement des garanties en droit français

L'objectivité des décisions relatives à la détention provisoire consiste d'une part à la qualité indépendante et impartiale de la personne qui prend la décision et d'autre part à élaborer un processus pour atteindre cette objectivité. Autrement dit, ce sont des règles de compétence et de procédure qui permettent de garantir qu'une décision soit juste. La détention provisoire est exceptionnelle, elle n'est justifiée que si elle est strictement nécessaire au regard d'un des motifs prévus par l'article 144 du Code de procédure pénale. Le droit français confie depuis son origine la compétence de placement en détention provisoire à l'autorité judicaire en raison de son

indépendance[326], elle est gardienne de la liberté (§1). L'histoire de la détention provisoire a démontré que l'indépendance de l'autorité judiciaire ne suffit pas à éviter la détention abusive. Ainsi, il faut élaborer de nouvelles règles qui renforcent les droits de la défense (§2).

§1. La compétence exclusive de l'autorité judicaire

Après un long débat et de nombreuses réformes relatifs à l'autorité compétente pour prendre des décisions en matière de détention provisoire, le législateur, par la loi du 15 juin 2000, a décidé de confier cette compétence à un tiers juge, le juge des libertés et de détention. La genèse du titre de « juge des libertés et de la détention » reflète elle-même l'importance et la nature du rôle assigné à ce magistrat. L'Assemblée nationale souhaitait retenir l'appellation de « juge de la détention provisoire », mais le Sénat s'y opposa au motif que l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, il fallait donc ajouter le terme « le juge des libertés ». Les parlementaires ayant décidé de confier à ce juge d'autres prérogatives, sans lien avec la détention provisoire, à savoir celles exercées par le président du tribunal de grande instance en matière de libertés. Le juge des libertés et de la détention est un tiers juge, il n'intervient au dossier que sur la question de la détention provisoire de la personne mise en examen (I). Puisque la décision relative à la détention provisoire est une décision juridictionnelle, ce magistrat ne peut pas placer en détention provisoire ou prolonger cette mesure sans être saisi soit par le juge d'instruction soit par le procureur de la République (II).

I. La prise de décision par un tiers juge : Le Juge des libertés et de détention

Depuis la loi du 15 juin 2000, le juge des libertés et de la détention décide seul le placement en détention provisoire et sa prolongation[327]. Pour répondre aux demandes de mise en liberté, il partage sa compétence avec le juge d'instruction et la chambre de l'instruction. La création du statut du juge des libertés et de la détention est le résultat de nombreuses propositions de réformes et d'expériences en matière de détention

[326] L'indépendance est la qualité d'une personne ou d'une institution qui ne reçoit d'ordres, ou même de suggestion, d'aucune sorte, qui est donc seule à prendre les décisions qu'elle rend et qui, en outre n'a pas à rendre compte puisque rendre compte évoque la critique. L'indépendance suppose l'absence de subordination donc de lien avec un tiers. PRADEL (Jean) , *« La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français »*, RSC, 1990 p. 692

[327] DOURNEAU-JOSETTE (P) « Juge des libertés et de la détention » *Répertoire pénal* D. 2006

provisoire. Sur le plan théorique, la création du juge des libertés et de la détention est une avancée afin de garantir l'impartialité des décisions relatives à la détention provisoire (A). Cependant, la pratique démontre que de nombreux éléments empêchent le juge des libertés et de la détention d'assurer réellement sa mission. Il faut donc améliorer le statut du juge des libertés et de la détention et non le supprimer comme le proposent certains auteurs (B).

A. La création du juge des libertés et de détention

La question de la compétence de la mise en détention fait partie de grands débats en matière pénale. A travers plusieurs réformes, le législateur français est à la recherche d'un ou plusieurs juges qui pourraient garantir l'impartialité des décisions relatives à la détention provisoire. A l'origine, le juge d'instruction disposait d'entière compétence en matière de détention provisoire. Il est vrai que le juge d'instruction connait très bien le dossier et il est le mieux placé pour apprécier la nécessité de la détention provisoire. Cependant, étant enquêteur, le statut du juge d'instruction ne garantit pas son impartialité, il est souvent soupçonné d'avoir recours à la détention provisoire de manière excessive. Le législateur a épuisé plusieurs fois des recherches de solution dans la formation d'une collégialité avec la participation du juge d'instruction[328] ou sans sa présence[329]. Il est exact que la collégialité limite la subjectivité, l'impartialité et donc les erreurs ; mais une réelle collégialité suppose que les acteurs disposent d'égales connaissances du dossier de sorte que les uns n'influent pas sur les autres. Aucun des deux systèmes de collégialité n'a fonctionné. D'une part, la personne qui décide réellement de la détention restait le juge d'instruction s'il fait partie de la collégialité et d'autre part la collégialité demande des moyens financiers importants dont la justice ne dispose pas.

Après l'échec de la collégialité pour les décisions relatives à la détention provisoire, la question de la compétence de placement en détention provisoire est de nouveau évoquée dans la loi du 15 juin 2000 qui a finalement choisi de la confier à un juge unique: le juge des libertés et de la détention. En effet, cette loi n'a fait qu'améliorer le statut du juge délégué crée par la loi du 4 janvier 1993 qui était

[328]La chambre de l'instruction instaurée par loi du 10 décembre 1985

[329]La chambre des demandes de mise en détention instaurée par la loi 30 décembre 1987

seulement compétent pour statuer sur la demande de placement en détention provisoire du juge d'instruction. A la différence du juge délégué, le juge des libertés et de la détention dispose également de la compétence de prolonger la détention provisoire et de statuer sur la demande de mise en liberté lorsque le juge d'instruction la refuse (art. 137-1 du Code de procédure pénale). Le juge des libertés et de la détention est en outre le seul compétent pour ordonner ou prolonger la détention provisoire d'un mineur en application des dispositions de l'article 11 de l'ordonnance du 2 févier 1945. En cas de dessaisissement du juge d'instruction au profit d'un autre, le juge des libertés et de la détention initialement désigné reste compétent pour statuer sur les demandes de mises en libertés[330]. Par contre, c'est le juge des libertés et de la détention du tribunal auquel appartient le magistrat instructeur nouvellement désigné qui aura qualité pour statuer sur la prolongation de la détention[331].

En ce qui concerne la mise en liberté du détenu, le juge des libertés et de la détention n'a pas de compétence exclusive. Cette décision peut provenir du juge instructeur ou de la chambre de l'instruction. En effet, le juge des libertés et de détention n'intervient que si le magistrat instructeur ne donne pas droit à la demande de mise en liberté. Par ailleurs, la compétence du juge des libertés et de la détention connait quelques limites. D'une part, sa décision peut être neutralisée par le mécanisme de référé-détention utilisé par le ministère public qui suspend immédiatement exécution la mise en liberté du détenu. D'autre part, la personne détenue peut saisir directement la chambre de l'instruction dès lors qu'un délai de quatre mois s'est écoulé depuis sa dernière comparution devant le juge d'instruction et tant que l'ordonnance de règlement n'a pas été rendue (art. 148-4 C.P.P.F).

Le mécanisme du « double regard » instauré par la loi du 15 juin 2000 sur la détention provisoire semble cohérent au regard de l'ensemble du système pénal français et le contexte d'unification des règles européennes en matière de protection des droits fondamentaux. En droit interne, la création du juge des libertés et de la détention est un « compromis » entre la nécessité de corriger l'excès de pouvoir du juge d'instruction et

[330] Crim. 5 nov. 2002, Bull. crim., n° 199, obs. COMMARET (D-N), Rev.sc.crim 2004. p. 374

[331] Crim. 8 juin 2005, Bull. crim., n° 175

l'attachement français à la tradition inquisitoire, c'est à dire conserver l'instruction[332] . La création du juge des libertés et de la détention permet d'une part de séparer les deux fonctions du juge d'instruction (enquêteur et juge), et d'autre part de limiter la lourdeur de la collégialité. Néanmoins, si la collégialité de l'instruction est mise en place, nous devrons revoir le statut du juge des libertés et da la car son maintien dans le nouveau contexte risque d'allonger et compliquer la procédure.

Dans le contexte européen, la création du juge des libertés et de la détention fait partie de la tendance de plusieurs pays européens d'instaurer un juge dédié à la protection des droits individuels (Allemagne, Italie…). Le fait de regrouper la protection des droits individuels dans une seule et même main assure une meilleure protection. En effet, l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme a réellement fait évoluer les systèmes pénaux européens et la protection des droits individuels dans tous les pays européens signataires de la Convention. La protection des droits individuels devient peu à peu une matière autonome qui demande du personnel spécialisé. Cependant, certains auteurs soupçonnent la création du juge des libertés et de la détention comme un « prétexte » pour « bouleverser » des pouvoirs des acteurs du procès pénal[333]. Selon ces auteurs, les réformes récentes ont diminué le pouvoir du juge d'instruction pour lui faire disparaitre.

Concernant le statut du juge des libertés et de la détention, le législateur a élaboré quelques règles qui permettent de garantir l'impartialité de ses décisions. L'article 137-1 du Code de procédure pénale a initialement disposé que « *le juge des libertés et de la détention est un magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président* ». Il est désigné par le Président du tribunal de grande d'instance. En raison du manque des magistrats satisfaisant aux conditions initialement prévues, l'article 137-1 modifié a permis de désigner le magistrat du siège le plus ancien dans le grade le plus élevé comme juge des libertés et de la détention. Le législateur a souhaité confier la lourde tâche de prononcer sur la liberté du mis en examen à un magistrat ayant acquis de l'expérience professionnelle et qui dispose d'une

[332] LE MONNIER DE GOUVILLE (Pauline), Le Juge des libertés et de détention, Thèse paris 2, 2011, p. 40

[333]MARTIN (Elise) Le rôle du juge des libertés et de détention, Mémoire Master II, Université de Grenoble 2006, p. 15

certaine autorité[334]. L'expérience et la maturité d'esprit du juge des libertés et de la détention paraissent comme une solution contre la jeunesse critiquée du magistrat instructeur[335].L'expérience professionnelle que le législateur veut entendre ici n'est pas forcément l'expérience en matière pénale mais plutôt l'expérience au sens large, l'expérience de la vie judiciaire. Le législateur recherche aussi un regard « neuf » sur la détention provisoire, autre que le regard des magistrats qui ont l'habitude de la matière pénale. Ce sont souvent des juges civils qui occupent les fonctions de juge des libertés et de la détention ; ils ne sont pas forcément expérimentés en matière pénale mais ils ont un esprit plus ouvert sur la question.

En ce qui concerne l'impartialité objective du juge des libertés et de la détention, le Code de procédure pénale ne censure pas vraiment le fait que ce dernier statue sur la détention provisoire alors qu'il a connu l'affaire avec une autre fonction. L'article 137-1 dudit Code interdit simplement le juge des libertés et de la détention ne peut participer au jugement des affaires pénales qu'il a connues[336]. Ainsi, la Cour de cassation a estimé qu'il n'a pas d'incompatibilité, pour un magistrat, à exercer successivement les fonctions de conseiller à la chambre de l'instruction ayant confirmé une ordonnance de placement en détention provisoire, puis juge des libertés pour se prononcer sur la prolongation de cette mesure dans la même affaire[337]. Au cas d'espèce, la chambre de l'instruction a refusé d'annuler l'ordonnance de prolongation de la détention provisoire du détenu rendue par le juge des libertés et de la détention qui avait déjà, dans la même affaire et à l'égard du même mis en examen, statué en tant que conseiller rapporteur de la chambre de l'instruction ayant confirmé l'ordonnance de placement en détention. L'appelant a invoqué la violation de l'article 137-3 du Code de procédure pénale et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme devant la chambre de l'instruction d'AIX-EN- PROVENCE mais elle a rejeté l'appel au motif que « *d'une part, l'incompatibilité n'est nullement prévue par la loi ; que, d'autre part, s'agissant du*

---

[334] L'idée selon laquelle une décision aussi grave que le placement en détention provisoire doit être prise par un magistrat « expérimenté » est apparue très tôt dans le projet H. Donnedieu de Vabres en 1949.

[335] BERANGER « Faut-il réformer l'instruction ? », Rev. Pénit.dr. pén.1990, p.12

[336] Pour combler cette lacune législative, le Ministère de la justice a souhaité que le juge des libertés et de la détention ne puisse statuer le contentieux de la détention provisoire dans une affaire qu'il avait instruite antérieurement en tant que le juge d'instruction et notamment d'une affaire dans laquelle la personne mise en examen était détenue. Circulaire du 20 décembre 2000

[337] Crim. 12 févr. 2003, Bull.crim n° 36

seul contentieux de la détention, la chambre de l'instruction ou le juge des libertés et de la détention n'abordent pas le fond du dossier »[338] La chambre criminelle a rejeté le pourvoi du détenu au motif que *« le grief allégué n'est pas encouru dès lors que le magistrat concerné n'a pas connu, au sein de la chambre de l'instruction comme dans ses nouvelles fonctions, l'appel de sa propre décision »*. Dans un autre arrêt, La Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence même si la situation a été renversée. En effet, la Haute Juridiction a admis que le conseiller de la chambre de l'instruction peut statuer sur le contentieux de la détention alors qu'il a refusé la demande de mise en liberté dans la même affaire en tant que juge des libertés et de la détention[339]. Cette jurisprudence ne garantit pas une réelle impartialité du juge des libertés et de détention, elle a été adoptée en raison difficultés d'organisation dans les tribunaux. Le manque de personnel est la cause principale de ce problème. Néanmoins, nous pouvons améliorer le statut du juge des libertés et de la détention pour qu'il puisse assurer mieux sa fonction.

B. L'amélioration du statut du juge des libertés et de la détention

Actuellement, le juge des libertés et de la détention assume plusieurs missions qui l'empêchent de consacrer son temps à la détention provisoire. Sans donner une liste exhaustive, nous citons quelques missions principales. Il auditionne, sous le régime de l'anonymat, un témoin dont la vie peut être en danger[340]. Il s'est vu confier le pouvoir d'autoriser et de contrôler des visites domiciliaires en matière fiscale[341], en matière de concurrence[342] ou en matière douanière (art. L. 64 c. douanes). En matière du droit des étrangers, le juge des libertés et de la détention a compétence pour retenir en zone d'attente un étranger demandant à entrer en France ou pour se prononcer sur la rétention d'un étranger en situation irrégulière[343]. Il peut aussi décider du gel de biens ou d'éléments de preuve, en application de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005, suite à une

[338] C.A d'AIX-EN-PROVENCE du 6 novembre 2002, J.C.P 2003 IV 1603.

[339] Cass. Crim 21 juillet 2005

[340] art. 706-58 CPPF

[341] art. L. 16 B Livre de procédure fiscale

[342] art. L. 450-4 c. com

[343] art. L. 222-1 code de l'entrée et du séjour des étrangers

décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 22 juillet 2003[344]. Il faut donc redéfinir sa mission pour qu'il devienne un véritable juge de la détention provisoire.

Par ailleurs, le mode de désignation et la durée de la fonction peut fragiliser son statut. Le législateur n'a pas prévu le mode de désignation du juge des libertés et de détention. Il est donc désigné conformément au droit commun, avant le début de chaque année judicaire par le Président du tribunal de grande instance dont il fait partie conformément aux dispositions de l'article L. 710-1 du Code de l'organisation judiciaire. La durée très courte de sa fonction ne semble pas suffisante pour que le juge des libertés et de la détention puise s'y investir. Le renouvellement de sa fonction dépend uniquement de la volonté du Président du TGI. Par ailleurs, cette nouvelle fonction est encore peu connue des magistrats et elle ne les attire pas forcément elle est souvent attribuée au dernier arrivant au tribunal[345].

En théorie, le juge des libertés et de la détention prend se décisions en toute autonomie en matière de détention provisoire. En pratique, ses décisions sont très influencées par l'avis du juge d'instruction. Cette défaillance s'explique notamment par le fait que le juge des libertés et de la détention ne dispose pas des moyens suffisants pour exercer un véritable contrôle sur la légitimité de la détention et pour en apprécier l'opportunité. Il statue souvent dans l'urgence, sans avoir la possibilité de prendre connaissance du dossier dans son entier. Il ne peut participer à certains actes de la procédure pouvant l'éclairer sur quelques points délicats de l'affaire, tels que les interrogatoires, les auditions ou les confrontations effectués par le juge d'instruction. Pour ces raisons, le juge des libertés et de la détention fait confiance à son collègue, magistrat instructeur qui maîtrise son dossier et sait pourquoi il demande un placement en détention provisoire. Néanmoins, le juge des libertés et de la détention peut demander au juge d'instruction d'effectuer des vérifications nécessaires notamment sur la personnalité de la personne mise en examen. En bref, le rôle du le juge des libertés et de la détention est assez effacé et quand il y a une erreur relative à la détention provisoire,

[344] art. 695-9-10, al. 2, c. pr. pén.).

[345] MARTIN (Elise) *Op. cite* p. 55

l'opinion publique même les spécialistes critiquent en premier le magistrat instructeur[346].

En ce qui concerne le débat contradictoire organisé sous l'égide du le juge des libertés et de la détention avant le placement en détention provisoire, il semble impossible pour lui d'évoquer le fond de l'affaire. A aucun moment, les faits discutés devant le magistrat instructeur ne pouvaient être évoqués, encore moins remis en cause. En pratique, son travail durant le débat contradictoire consiste à faire comprendre à la personne mise en examen la procédure de mise en détention provisoire. Le débat contradictoire était alors « tronqué », selon Monsieur Maurice MALIERE, premier vice-président du tribunal de grande instance de Boulogne sur Mer, juge des libertés et de la détention, auditionné par la Commission qui enquête sur l'affaire Outreau[347].

Le statut du juge des libertés et de la détention a révélé des imperfections lors du scandale de l'affaire d'Outreau. Le « double regard » sur la détention provisoire n'a pas fonctionné. Suite à ce constat, il existe deux courants de pensée, l'un réclame sa suppression, l'autre propose son amélioration. La commission Viout[348], après avoir à nouveau regardé du côté de la collégialité, a conclu que la valorisation de la fonction de juge des libertés et de la détention passerait par quelques modifications. La Commission estime que le juge des libertés et de la détention devait avoir un meilleur statut. La fonction de juge des libertés et de la détention devrait être une fonction permanente. C'est-à-dire qu'au sein de chaque juridiction, un seul magistrat sera désigné pour occuper ces fonctions et bénéficiera d'une décharge de ses autres fonctions. De cette manière, ce magistrat pourra se concentrer sur le contentieux de la détention provisoire et suivre de façon permanente l'instruction préparatoire. Ainsi, il aura une meilleure connaissance du dossier lorsqu'il sera saisi d'une demande de mise en détention provisoire ou même d'une demande de prolongation. Il sera possible dans les juridictions de grandes tailles de désigner plusieurs juges des libertés et de la détention mais les exigences de permanence exposées ci-dessus

[346] L'Affaire d'Outreau

[347]Commission VIOUT, du nom du Procureur Général près la Cour d'appel de Lyon qui a présidé la Commission instaurée par le Ministère de la justice chargée de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau. Ministère de la Justice, février 2005

[348] idem

devront également être respectées. Par ailleurs, la Commission propose de garantir aux juges des libertés et de la détention une meilleure formation dès l'entrée en fonction et durant l'exercice de ses fonctions.

Décidément, l'affaire d'Outreau a fait réfléchir et fait couler beaucoup d'encre. Le Parlement a créé de son côté une commission d'enquête parlementaire, chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'« Outreau ». Elle a auditionné plusieurs personnes concernées dans cette affaire. La commission parlementaire quant à elle propose de supprimer le juge des libertés et de détention et de transférer la compétence du juge des libertés et de détention au collège d'instruction[349]. De cette manière, la fonction de magistrat instructeur et celle de juge des libertés et de la détention seraient toutes dévolues à un seul collège au premier degré. Cette collégialité offrirait la possibilité d'avoir « des regards croisés » sur les orientations des enquêtes, d'instaurer des débats sur la nécessité de priver une personne de sa liberté d'aller et venir. Cette collégialité devrait être associée au système de « tutorat » permettrait de résoudre les difficultés liées à la jeunesse et à l'in expérimentation des magistrats instructeurs sortant de l'Ecole Nationale de la Magistrature[350].

Le juge des libertés et de détention ne peut en aucun cas décider la détention provisoire de la personne mise en examen sans être préalablement saisi par le juge d'instruction ou par le procureur de la République

[349] Il existe déjà des pôles de l'instruction

[350] cf, Rapport de la commission d'enquête parlementaire, p. 372

II. La saisine préalable du juge d'instruction ou du ministère public

En règle générale, seul le juge d'instruction est compétent pour saisir le juge des libertés afin de placer une personne en détention provisoire ou prolonger sa détention (A). Le ministère public peut simplement requérir le juge d'instruction afin de placement en détention provisoire. Ce dernier est libre de faire droit ou non aux réquisitions du ministère public. Exceptionnellement, la loi autorise le parquet à saisir directement le juge des libertés et de la détention alors que le juge d'instruction estime que la détention provisoire n'est pas nécessaire (B).

A. La saisine préalable du juge d'instruction

L'article 137-1 du Code de procédure pénale dispose que « Hors le cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 137-4, il (le juge des libertés et de la détention) est saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction, qui lui transmet le dossier de la procédure accompagné des réquisitions du procureur de la République ». C'est donc bien une saisine écrite que le législateur exige du juge d'instruction. Les réquisitions du procureur doivent être également écrites. Néanmoins, la Cour de cassation a admis que le juge des libertés et de la détention peut convoquer les parties au débat contradictoire avant d'être saisi par le juge d'instruction[351]. En ce qui concerne les mineurs, c'est le juge des enfants qui saisit le juge des libertés et de la détention afin de placement en détention provisoire en appliquant les conditions de l'article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

L'ordonnance du juge d'instruction doit être motivée au regard des dispositions de l'article 144 du Code de procédure pénale qui énumère les motifs pouvant justifier une mise en détention provisoire. Ces motifs doivent être analysés en fonction des éléments concrets du dossier. En pratique, la saisine pour la détention provisoire intervient souvent juste après la mise en examen. Une fois la première comparution du suspect terminée, le magistrat instructeur rédige son ordonnance de mise en examen et de saisine ; il communique le dossier au juge des libertés et de la détention ainsi que copie du procès-verbal de première comparution. La saisine du juge d'instruction ordonnance est versée au dossier pénal auquel l'avocat a accès de manière permanente. Il est important pour la défense de connaitre le contenu de l'ordonnance de saisine du juge d'instruction car le juge des libertés et de la

[351] Cass. crim 14 février 2012,, Maron, Haas « Un JLD qui tire plus vite que son ombre » droit pénal 1/5/2012 p. 37

détention se fonde souvent sur les motifs invoqués par ce dernier pour prendre sa décision. Si l'on s'appuie sur les statistiques, le taux de confirmation par les juges des libertés et de la détention des demandes de placement en détention provisoire présentées par les juges d'instruction reste très élevé. Il n'y a environ que 9 % de cas dans lesquels le juge des libertés et de la détention ne suit pas l'avis du magistrat instructeur[352]. Bien que la loi n'oblige pas le juge d'instruction à notifier son ordonnance à la défense, la circulaire du 20 décembre 2000 lui « suggère » de le faire pour respecter les droits de la défense.

A partir de janvier 2014, la saisine de mise en détention provisoire sera ordonnée seulement par un collège d'instruction composé de trois juges. L'idée d'introduire la collégialité au premier degré de l'instruction n'est pas nouvelle. Trois lois votées successivement en 1985, 1987 et 1993, avaient créé la formation collégiale composée de plusieurs juges à laquelle était confiée certaines des prérogatives du juge d'instruction. Elles ont toutes, sur ce point, été abrogées avant leur entrée en vigueur, faute des moyens nécessaires[353]. Nous ne savons pas si en 2014, le collège d'instruction existera réellement étant donné que sa mise en place a été repoussée à plusieurs reprises[354]. Néanmoins, le collège d'instruction existe déjà dans les tribunaux où il y a un pôle d'instruction. Par ailleurs, le président de tribunal d'instance ou la président de la chambre de l'instruction peut désigner un ou plusieurs juges d'instructions adjoints pour instruire l'affaire avec le juge d'instruction chargé de l'information[355]. Dans ces cas, seul le juge d'instruction chargé de l'information est compétent pour saisir le juge des libertés et de détention (art. 83-2 Code de

[352]MATSOPOULOU Haritini, « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? » D. 2008 p. 1494

[353] LEBLOIS-HAPPE (Jocelyne), « *Quelle collégialité pour l'instruction en 2013* », Recueil Dalloz 2008 p.2101

[354] La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a organisé une réforme de l'instruction préparatoire en deux temps. La première période correspondait à la mise en place de pôles de l'instruction et au développement de la co-saisine, dans le but de rompre l'isolement des juges d'instruction et de favoriser le travail en équipe en présence d'affaires revêtant une certaine gravité (art. 52-1, 83-1, 83-2 CPP). Dans un second temps, précisément à compter du 1 janvier 2010 (repousser au 1 janvier 2014), la loi a prévu le remplacement du juge d'instruction par un collège de trois magistrats, le « collège d'instruction » (art. 83 CPP) qui exercent les prérogatives confiées au juge d'instruction. Certaines décisions devront impérativement être prises de manière collégiale (*mise en examen, octroi du statut de témoin assisté, placement sous contrôle judiciaire, saisine du juge des libertés et de la détention en vue du placement en détention provisoire, mise en liberté du mis en examen, émission de l'avis de fin d'information, prononcé de l'ordonnance de règlement*) les autres actes pouvant être délégués à l'un des membres du collège.

[355] La co-saisine est possible soit sur la demande du juge d'instruction chargé de l'information, soit par les réquisitions du ministère public, soit sur requête des parties soit d'office.

procédure pénale). Cependant, dans un arrêt du 27 février 2007, la Cour de cassation a jugé que le juge adjoint peut saisir le juge des libertés en substituant le juge chargé de l'information en raison de son indisponibilité[356].

En ce qui concerne les mineurs, la saisine du juge des libertés et de la détention doit s'accompagner de formalités. L'article 12 de l'ordonnance du 2 février 1945 dispose que le service de la protection judiciaire de la jeunesse compétent doit établir à la demande du procureur de la République, du juge des enfants ou de la juridiction d'instruction un rapport écrit contenant tous renseignements utiles sur la situation du mineur ainsi qu'une proposition éducative. Ce service est saisi avant toute réquisition ou décision de placement en détention provisoire du mineur ou de prolongation de la détention[357]. Cette formalité s'applique également à la chambre de l'instruction lorsqu'elle place un mineur en détention provisoire ou prolonge sa détention. Néanmoins, la chambre de l'instruction n'a pas à consulter à nouveau le service de la protection judiciaire de la jeunesse si un rapport a été établi préalablement à la présentation du mineur au juge d'instruction[358].

Pour les majeurs de moins de vingt et un ans au moment de la commission des faits et lorsque la peine encourue n'excède pas cinq ans d'emprisonnement, une enquête sociale rapide sur la situation matérielle familiale et sociale de la personne mise en examen doit être prescrite lorsque le juge d'instruction envisage le placement en détention (art.81 al.6 C.P.P.F). Cette exigence n'est prévue que pour les placements et non pour les prolongations. Par ailleurs, l'enquête n'est obligatoire que lorsque la peine encourue n'excède pas cinq ans. Dans tous les cas, le juge d'instruction ne peut pas prendre en compte la récidive pour détermine la peine[359].

La proposition de suppression du juge d'instruction a été formulée par la Commission Léger, cette proposition semble être motivée par des raisons plus politiques que juridiques[360].

---

[356]Cass. Crim 27 fév. 2007 Bull. crim. n° 62 ; Gaz. Pal. 25-26 avr. 2007, 13

[357]Cette formalité obligatoire existe depuis la loi du 30 décembre 1985. Néanmoins, elle ne concernait que le placement en détention provisoire. Depuis la loi 1er juillet 1996, la prolongation de la détention est également soumise à cette formalité.

[358] Crim. 13 avr. 1999, n° 99-80.698 , Bull. crim. n° 76.

[359] Crim. 23 janv. 2007, n° 06-88.259 , Bull. crim. n° 12.

[360] La Commission Léger préconise de supprimer l'instruction, son juge et sa chambre aux motifs suivants : 1°) le juge d'instruction, cumulant les fonctions d'un juge avec celles d'un enquêteur, ne serait pas totalement juge et pas totalement enquêteur ; 2°) cette ambiguïté montrerait qu'un juge responsable d'une enquête pénale ne

Nous estimons que le statut du juge d'instruction est tout à fait cohérent dans un système pénal dont l'objectif est la recherche de la vérité. Lors que le juge d'instruction est saisi pour instruire une affaire, son travail consiste à enquêter de manière méthodique et en toute indépendance du parquet. Les juristes du système Common law voient l'instruction comme un point fort dans la procédure pénale française car l'Etat se charge de rechercher de la vérité. Cette procédure de recherche de la vérité appelée « instruction » est organisée et méthodique ; la police est surveillée par une personne extérieure, c'est-à-dire un magistrat. L'instruction n'existe pas dans la procédure pénale anglaise ce que regrettent certains juristes anglais[361]. Il est vrai que dans plusieurs pays européens, le juge d'instruction a été supprimé et le ministère public se voit attribuer la compétence d'enquête mais ce dernier a acquis de l'indépendance par rapport au pouvoir politique[362].

B. La saisine directe du ministère public

En principe, le ministère public ne peut saisir directement le juge des libertés et de la détention. Il ne peut le faire que par l'intermédiaire du juge d'instruction. Les réquisitions du parquet doivent être écrites et motivées par référence aux seules dispositions de l'article 144 du Code de Procédure pénale (art. 82. al. 2)[363]. Si le juge d'instruction ne suit pas les réquisitions du procureur de la République, il doit rendre une ordonnance motivée sans délai (art. 137-4 du C.P.P.F). Cette disposition, origine de la loi du 9 mars 2004, a renforcé le rôle du ministère public en matière de détention provisoire. Avant cette loi, si le juge d'instruction n'entendait pas faire droit à la réquisition du ministère public, il n'avait pas à rendre une

---

pourrait agir avec une stricte neutralité et ne serait pas totalement un juge ; 3°) le fait qu'une enquête puisse être menée tantôt par un juge d'instruction, tantôt par le parquet, tantôt par la police judiciaire agissant sous l'autorité du juge d'instruction ou du parquet, révélerait une confusion des rôles qui ne serait pas lisible pour le citoyen ; 4°) l'instruction préparatoire, même collégiale, ne permettrait pas un véritable travail d'équipe, alors que le parquet serait rompu à ce travail avec la police judiciaire, selon des principes de hiérarchisation interne, d'indivisibilité et d'indépendance ; 5°) l'instruction préparatoire ne serait souvent qu'un moyen d'obtenir des mesures privatives de droits ou intrusives, mais pour le reste elle ajouterait peu au travail de la police judiciaire ; 6°) l'instruction, en raison de sa lenteur, allongerait de manière déraisonnable la phase préparatoire du procès et donc la durée de la détention provisoire

[361] John Spencer, John Spencer « la procédure pénale française vue par un Anglo-saxon », La procédure pénale en quête de cohérence, D. 2007 p. 233

[362] Cristina Mauro, la suppression du juge d'instruction : « éléments du droit comparé », AJ pénal 2010 p. 433

[363] La méconnaissance de cette obligation ne saurait avoir d'incidence sur la régularité de l'ordonnance du juge d'instruction Cass. Crim 3 déc. 1997, Bull.crim n°. 411

ordonnance motivée[364]. La jurisprudence n'a jamais imposé une telle obligation au juge d'instruction.[365] Si nous considérons que la liberté du mis en examen est la règle avant que sa culpabilité soit établie, il est logique que cette liberté ne doive pas être motivée. Cette disposition s'applique également au juge des enfants s'il n'envisage pas, malgré les réquisitions du parquet en ce sens, de saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement en détention provisoire ou de prolongation de la détention. La disposition de l'article 137-4 du C.P.P.F ne s'applique qu'aux réquisitions tendant le placement en détention, écartant celles qui tendent sa prolongation. Pourtant La circulaire 02-16-E8 du 8 novembre 2002 a dit le contraire[366]. A défaut d'ordonnance motivée du juge d'instruction, le procureur de la République pourra saisir la chambre de l'instruction dans un délai de dix jours (art. 82 al. 5 C.P.P.F).

Exceptionnellement, en cas de crime ou de délit punis au moins de dix ans d'emprisonnement, le ministère public peut, par ordonnance motivée, saisir directement le juge des libertés et de détention (art. 137-4 C.P.P.). Néanmoins, les motifs de la détention provisoire requis par le ministère public doivent de se limiter aux motifs des alinéas 4 à 7 de l'article 144 du Code de procédure pénale[367]. Cette nouvelle disposition a été introduite par la loi du 9 mars 2004 qui a modifié symboliquement les règles traditionnelles qui régissaient le rôle du ministère public en matière de détention provisoire. Désormais, une personne peut être placée en détention provisoire, au premier degré de l'instruction, sans que le juge d'instruction le souhaite. La crainte d'une haute qualification de l'infraction par le ministère public pour faire jouer cette disposition a été émise par quelques auteurs[368]. Mais il faut que le juge d'instruction conserve cette qualification lors de la mise en examen[369].

---

[364] La loi du 24 août 1993 a disposé clairement que le juge d'instruction ne devait pas rendre une ordonnance motivée s'il ne donnait pas droit à la réquisition du ministère public.

[365]Crim. 30 oct. 1990 Bull. crim. 364, D.1991. somm. p.292 note Mayer ; Crime 17 oct. 1991, Bull crim. n° 355 Gaz. Pal. 1992 chron. p. 45

[366]BOMJ n° 88

[367] Les motifs : Protéger la personne mise en examen ; Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ; Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ; Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle.

[368]GUERY Christian, « *Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable* », AJ Pénal 2004 p. 238

[369] Ibidem

Le procureur de la République doit préciser au juge d'instruction dans ses réquisitions son intention de mettre en œuvre de procédure prévue par l'article 137-4 du Code de procédure. Dans ce cas, la personne mise en examen ne peut être libérée mais elle est «retenue» en attendant que le parquet saisisse le juge des libertés et de la détention. Cette rétention ne devrait pas poser de problèmes juridiques nouveaux puisque la présentation devant le juge des libertés et de la détention nécessite que la personne soit retenue avant de comparaître. Néanmoins, il n'est pas facile pour le mis en examen de comprendre pourquoi il n'est pas libéré alors que le juge d'instruction ne s'y oppose pas[370]. Le justiciable ne comprend pas forcément la divergence entre le ministère public et le juge d'instruction.

La saisine directe du juge des libertés et de la détention par le procureur de la République a fait l'objet d'une question prioritaire de la Constitutionalité aux motifs qu'elle crée une inégalité de traitement. Le Conseil constitutionnel a donné une réponse négative en considérant que cette possibilité reconnue au magistrat du parquet n'affecte en rien les compétences du juge des libertés et de la détention. Il reconnait qu'il y a une discrimination mais elle est justifiée par « l'urgence » et fondée sur des « *critères objectifs et rationnels, inspirés par un motif d'intérêt général* » en rapport direct avec l'objet de la loi[371]. Pour certains auteurs, la saisine directe du ministère public a créé le mécanise d'un « double appel »[372]. En effet, le ministère public peut faire appel contre l'ordonnance du juge des libertés et de détention si ce dernier ne donne pas droit à sa saisine.

La saisine directe du juge des libertés et de la détention par le procureur, bien qu'elle soit très critiquée, répond à une nécessité. Sans cette disposition, le procureur de la République n'a pas d'autre voie que de saisir la chambre de l'instruction dans un délai de 10 jours à compter de l'avis de notification de l'ordonnance du refus de transmettre ses réquisitions au juge des libertés et de détention provisoire. Pendant ce temps, l'intéressé peut prendre la fuite ou commettre d'autres infractions. Devant le refus de saisir le juge des libertés et de la détention provisoire, le procureur de la République a le choix, entre soit renoncer à ses réquisitions et en informer le juge d'instruction par écrit, soit saisir le juge des libertés et de la

[370] Ibidem

[371] Cons. Const., déc. N° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *J O* du 9 mars, p. 4637, consid. N° 121

[372] Christian Guéry, « *Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable* », p. 238

détention et faire déférer devant lui sans délai la personne mise en examen. Toutefois, il faut un minimum de consensus entre les magistrats instructeurs et le ministère public pour éviter des confits car ces derniers ont toujours la compétence de remettre en liberté la personne placée en détention provisoire. Rien n'empêche le juge d'instruction de mettre en liberté l'intéressé si le placement en détention provisoire était contraire à son avis. Par ailleurs, le juge d'instruction peut faire déjouer cette prérogative du parquet en attribuant le statut de témoin assisté, la question de la détention provisoire ne se pose donc plus.

Si la proposition de la Commission Léger relative à la suppression du juge d'instruction aboutit, la demande de placement en détention provisoire reviendra exclusivement au ministère public. Le procureur de la République acquerrait ainsi les pouvoirs d'enquête antérieurement dévolus au magistrat instructeur. Il deviendrait le directeur de toutes les enquêtes. Il serait également la seule autorité de poursuite au sens où il clôturerait toute enquête, y compris criminelle, par une décision de classement sans suite ou de renvoi. La procédure pénale serait profondément bouleversée. Lors de la publication du pré rapport de la commission Léger, plusieurs auteurs se sont penchés sur la question : le ministère public est-il indépendant du pouvoir politique pour se voir attribuer un rôle de plus en plus important dans la procédure pénale ? [373]. La plupart des auteurs ont répondu par la négative. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme ne considère pas le ministère public français comme l'autorité judicaire. La CEDH indique dans son arrêt **MEDVEDYEV c/ France** au § 61 que *« le procureur de la République n'est pas une "autorité judiciaire" au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion : comme le soulignent les requérants, il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié »*[374].

§ 2. L'accroissement du droit de la défense

Le droit de la défense, une notion importante en matière pénale. Il est étonnant de constaté qu'il ne soit pas clairement défini. En matière pénale, la défense est comprise dans le sens strict, c'est la défense de l'intérêt de la personne soupçonné d'avoir commis une infraction face à l'accusation du ministère public[375]. Le droit de la défense évolue

[373]Thomas Meindl, CERCOP, Université Montpellier I, « Juge d'instruction », Rev.sc.crim 2010 p. 395

[374] CEDH, 10 juill. 2008 *MEDVEDYEV c/ France*, n° 3394/03 ; AJDA 2010 p. 648

[375]Néanmoins, pour certains auteurs, la partie civile bénéficie également du droit de la défense. Voir BOLZEL (P), droit à la preuve contraire de droit pénal, Thèse Nancy 2, 2010 p. 67

parallèlement avec le principe du contradictoire. En effet, le principe du contradictoire est un moyen pour exercer le droit de la défense et un composant du droit de la défense. Les réformes récentes de l'instruction renforcent son caractère contradictoire notamment lors des décisions relatives à la détention provisoire (I). Ce changement associe au mouvement du renforcement du droit de la défense dans la procédure pénale (II).

I. Le renforcement du principe du contradictoire

A l'origine l'instruction était secrète. C'est-à-dire que les informations détenues par le magistrat d'instruction ne devront pas être diffusées ni à la personne suspecte, ni au tiers. Jusqu'à l'audience, l'accusé n'avait pas le droit de savoir quels arguments seraient invoqués contre lui. L'instruction était donc non contradictoire. Le caractère secret de l'instruction était absolu, il s'appliquait également à l'égard des tiers qui pouvaient alerter la personne poursuivie s'ils avaient eu connaissance du dossier. C'est pourquoi, l'instruction était secrète vis-à-vis des tiers, elle était non-contradictoire, vis-à vis des parties[376]. Dans le passé, le secret absolu de l'instruction était justifié par la recherche de la vérité, évitant subornations. A l'heure actuelle, la doctrine a reconnu que le contradictoire est un moyen atteindre la vérité[377].

La loi du 8 décembre 1897 a reconnu un véritable droit de communication du dossier pénal à l'avocat de la personne poursuivie. Son attribution découlait naturellement de son droit d'accès au cabinet du juge d'instruction[378]. Le principe du contradictoire implique, le droit de prendre connaissances et discuter des pièces produites par l'adversaire[379]. Le principe du contradictoire et l'accès au dossier sont liés, l'un ne peut être effectif sans l'autre. Nous allons étudier ces droits dans un ordre chronologique, tout d'abord l'accès au dossier pénal (A) et ensuite le débat contradictoire (B).

---

[376] POUPON (J-P), De la contradiction dans la procédure pénale, thèse de Paris 1973 p. 18

[377] Le contradictoire est qualifiée de « méthode de vérité judiciaire ». Voir Martin (R) « de la contradiction à la vérité juridique » Gal. Pal. 1981, 1, doc. P. 209

[378] RBEYRE (C), op. cit, p. 149

[379] CEDH, 16 février 2000, Fitt c. Royaume-Uni, requête n° 29777/96, CEDH, 20 février 1996, Lobo Machado c. Portugal, requête n° 15764/89

A. L'accès au dossier pénal

L'accès au dossier pénal n'est pas spécialement organisé devant le juge des libertés et de détention[380]. Autrement dit, il n'existe pas de disposition propre à l'accès au dossier pénal avant le débat contradictoire précédé le placement en détention provisoire. Il faut se référer à l'article 114 du Code de procédure pénale relatif à l'accès au dossier pénal en cours d'instruction prévues. En effet, l'avocat dispose d'un droit d'accès permanent au dossier dès l'interrogatoire de première comparution du suspect.

Nous estimons indispensable d'étudier l'accès au dossier qui permet de mieux préparer le débat contradictoire. Les réformes à venir permettront probablement à la défense de discuter des indices de culpabilité de la personne mise en examen lors du débat contradictoire devant le juge des libertés et de détention. Pour une défense efficace, le Code de procédure pénale instaure le principe de l'accès à l'intégralité du dossier pénal (1) qui connait quelques exemptions pour de diverses raisons (2).

1. Le principe de l'accès à l'intégralité au dossier pénal

Les pénalistes anglo-saxons voient l'instruction écrite à la française comme une une procédure sécurisée et méthodique, contrairement à l'enquête policière en Angleterre[381]. Néanmoins, le caractère écrit de l'instruction peut représenter des inconvénients tels qu'une possible déformation du sens des déclarations ou une interprétation erronée des faits constatés[382]. Ainsi, la procédure écrite doit s'entourer de garanties nécessaires, de transparence et d'accessibilité pour les personnes concernées. L'accessibilité au dossier pénal est essentielle au droit de la défense car il contient des indices, des charges et des preuves, à partir desquels, les procureurs, les magistrats prennent des décisions relatives à la procédure. Le juge des libertés et de la détention décide la détention provisoire de la personne mise en examen à partir des éléments du dossier. Pour aller plus loin dans la protection des droits de la défense, le professeur Danièle Mayer estime qu'« aucune des deux parties au débat sur la

[380] Cass. Crim. 1er févr. 2011, pourvoi n° 10-87.875 Gal. Pal 27-29 mars 2011, p. 20, note S. Raoult

[381] SPENCER Spencer, op.cit, p. 234

[382] RIBEYRE, La communication du dossier pénal, Presse Universitaire d'Aix Marseille, 2007 p.20

détention n'est admise à apporter des arguments que l'autre ne serait pas en mesure d'entendre »[383].

Afin de permettre à l'avocat de la personne mise en examen d'exercer pleinement sa mission, l'article 114 du code de procédure pénale prévoit, d'une part, que la procédure est mise à la disposition des avocats des parties quatre jours ouvrables au plus tard avant une confrontation ou un interrogatoire et, d'autre part, qu'après la première comparution de la personne mise en examen, la procédure est également mise à tout moment à la disposition des avocats durant les jours ouvrables et « *sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction* ». En droit français, l'accès à la procédure pénale est donc permanant. Dans certains pays, l'avocat ne peut consulter le dossier pénal que si son client risque d'être placé en détention provisoire[384]. La plupart des auteurs utilisent indifféremment l'expression « *communiquer le dossier pénal* » et « *l'accès au dossier pénal* ». Nous estimons qu'il existe une nuance entre ces deux expressions. Selon l'article 114 du Code de procédure pénale, la procédure est mise à disposition de l'avocat et il doit aller lui-même le consulter; l'autorité judiciaire ne lui transmet pas le « dossier pénal ».

Depuis le début du 20e siècle, la chambre criminelle a donné une définition complète du dossier pénal « *tous les actes par lesquels le juge cherche une preuve, soit qu'il accomplisse ces actes lui-même, soit qu'il les fasse exécuter par un tiers ou qu'il délègue ses pouvoirs* »[385]. Le dossier pénale peut se présenter sous forme papier ou sous forme numérique, il contient l'ensemble des documents, supports, informations recueillies par l'autorité de poursuite et de l'instruction. Exceptionnellement, l'enregistrement des vidéos et audio peuvent être autorisés et faire partie du dossier pénale[386]. En effet, toutes les informations et les décisions prises sont consignées par écrit et réunies dans un dossier. Tous les actes doivent être constatés par les procès-verbaux avec l'assistance d'un greffier (art. 81 al 2 et 3, 92 al. 2 102, 106, et 107 du CPPF)[387]. Le nombre de pièces dépend de la complexité

[383] MAYER, note sous Cass. crim., 19 sept. 1990, D. 1992 jur. p. 92

[384]TULKEN (Françoise), La procédure pénale en quête de cohérence, op.cit. p.

[385] Conclusion de l'Avocat général Feuilloley, sous Crime., 5 janv 1901, D.P 1901, 1, P. 113

[386] Audition d'une victime de certaines infractions prévues à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, es interrogatoires des mineurs placés en garde à vue visés à l'article 64 du Code de procédure pénale

[387] Toutes les pièces du dossier sont cotées par le greffier au fur et à mesure de leur rédaction ou de leur réception par le juge d'instruction. Toutefois, si les copies peuvent être établies à l'aide de procédés photographiques ou similaires, elles sont exécutées à l'occasion de la transmission du dossier. Il en est alors

et de l'état d'avancement de la procédure. Il va de soi que la procédure mise à la disposition du conseil doit être complète et porter sur toutes les pièces de la procédure en l'état où elle se trouve au moment où a lieu la consultation[388]. Il existe un dossier pénal unique pour chaque affaire, le juge d'instruction ne peut constituer un dossier parallèle confidentiel destiné au Procureur de la République[389].

En droit français, seul l'avocat est autorisé à consulter l'original des pièces de la procédure. La personne mise en examen n'y a pas accès, elle ne peut l'exercer que par l'intermédiaire de son avocat. Cette règle se justifie par des raisons de sécurité telles que la protection des témoins, le secret des informations auquel la personne mise en examen n'est pas soumise[390]. La jurisprudence soutient solidement le refus de l'accès direct de la personne mise en examen au dossier pénal au stade de l'instruction[391]. Elle argumente que « *la possibilité d'avoir d'accès à un avocat commis d'office supprime l'atteinte au contradictoire* »[392]. En bref, la personne mise en examen n'est pas titulaire du droit d'accès au dossier pénal, même si le Code de procédure pénale permet à une personne de se défendre elle-même.

Cette question a été évoquée devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Menet c/ France. La Cour a admis le secret d'instruction comme justificatif du refus de l'accès direct au dossier pénal en droit français, et a donc conclu qu'il n'y avait pas de violation au principe du contradictoire[393]. Pourtant dans un autre arrêt, la même juridiction a précisé que la personne mise en examen doit pouvoir bénéficier de garanties d'une procédure

---

établi autant d'exemplaires qu'il est nécessaire à l'administration de la justice. Le greffier certifie la conformité du dossier reproduit avec le dossier original. L'absence de classement des pièces d'un dossier d'information par ordre chronologique, l'absence de cotation, constituent des violations de l'article 81 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Crim. 30 nov. 1981, n° 81-90.160 , Bull. crim. n° 315.

[388] Crim., 28 juillet 1958, *Bull. crim.* 1958, n° 589, pourvoi n° 92-725.58.

[389] Cour d'Appel de Rennes 3 novembre 1903 Gaz. Pal. 1903 p. 238.

[390] En matière civile, le législateur français a modifié l'article 1187 du code de la famille permettant aux parties d'accéder au dossier sans l'intermédiaire de l'avocat.

[391] La chambre criminelle est revenue sur sa position en acceptant le communiquer au prévenu le procès verbal constatant l'infraction lorsque la juridiction de jugement a été saisie. Cass. Crim 12 juin 1996 B. n° 248.

[392]Verges (E) Les principes directeurs du procès judicaire Thèse n° 101, Etude d'une catégorie juridique, thèse Aix Marseille, 2000 p. 132.

[393]CEDH, 14 juin 2005 MENET C : France req . N° 39553/02 , JCP G 2005, I, 159, chron. N° 5, obs. F. Sudre concernant le refus à la partie civile d'accéder au dossier personnellement . Voir également CEDH, 21 septembre 1993, Kremzow c. Autriche, requête n° 12350/86, point 52.

contradictoire même si elle renonce à l'assistance d'un avocat[394]. Par ailleurs, quelques mois avant l'arrêt Menet, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'impossibilité pour la partie civile, qui n'est pas assistée par un avocat, d'avoir accès au dossier d'instruction est contraire au principe de l'égalité des armes[395]. La Cour semble faire une distinction entre le principe d'égalité des armes et le principe du contradictoire. En état actuel du droit français, il est difficile de justifier ce refus à partir du moment où le personne mise en examen peut recevoir les copies de la procédure par l'intermédiaire de son avocat. Il existe donc plusieurs arguments pour autoriser l'accès direct au dossier de la personne mise en examen si elle décide de se défendre elle-même. Certes, il pourra y avoir certaines restrictions pour assurer le respect du secret d'instruction et la sécurité des victimes et des témoins. La personne mise en examen pourra simplement consulter les documents qui intéressent sa défense et non l'intégralité du dossier. Nous attendons les nouvelles réformes sur cette question.

L'accès au dossier pénal consiste également à se faire délivrer une copie de tout ou partie des pièces et actes du dossier. On le voit, l'exercice de la défense s'organise donc autour de deux droits : celui de consulter sur place le dossier et celui d'en obtenir une copie. Il est exact que la qualité de l'information n'était pas satisfaisante lors de la consultation de l'original du dossier ; l'avocat ne peut prendre note ou se souvenir des documents. Il existait la pratique des copies qui a été acceptée par la jurisprudence avant d'être légalisée par la loi du 10 juin 1983. Matériellement, il appartient au greffier du cabinet d'instruction produire les copies demandées par l'avocat. Après plusieurs sollicitations des barreaux, la Chancellerie a accepté de délivrer gratuitement la première production de chaque acte à l'avocat[396]. La personne mise en examen qui décide de se défendre seule ne peut pas obtenir directement la copie des pièces de procédure du fait des dispositions de l'article 114 du Code de procédure pénale[397].

Les dispositions en vigueur permettent également à la personne mise en examen d'obtenir une copie des pièces de la procédure par l'intermédiaire de son avocat. Avant la loi du 30 décembre 1996, il était interdit de transmettre la copie des pièces à la personne mise en

[394] CEDH Vosine c/ France § n° 32 D. 2000 Jur. p. 651 note J. Thierry

[395] CEDH, 1er févr. 2005 Frangy s/ France req n° 42270/98

[396] Décret du 31 juillet 2001 art. 2 a ajouté un alinéa second à l'article R. 165 du CPP.

[397] Circulaire du 3 août 2001 BOMJ, 2001 n°83, I. 2

examen. Le législateur est intervenu en 1996[398]pour infléchir cette position et autoriser les avocats à transmettre une reproduction des copies du dossier à leur client, sous réserve cependant que le juge d'instruction, informé de cette volonté, ne s'y oppose pas par une ordonnance spécialement motivée au regard des risques de pression sur les victimes, des personnes mises en examen, de leurs avocats, des témoins, des enquêteurs, des experts ou de toute autre personne concourant à la procédure (nouvel alinéa 8 de l'article 114 du code de procédure pénale).

L'accès au dossier pénal est essentiel pour le droit de la défense. En pratique, les avocats rencontrent de sérieux obstacles qui tiennent à l'insuffisance des moyens accordés à notre justice. Les difficultés sont souvent liées à la distance du lieu de la consultation du dossier, de la disponibilité du juge d'instruction ou son greffier, ou des relations parfois tendues avec le juge d'instruction. Ces obstacles doivent être dépassés par la voie de communication numérique. La numérisation des documents récemment pratiquée facilite grandement l'accès au dossier pénal. Le décret du 15 novembre 2007 relatif à l'utilisation des nouvelles technologies a introduit dans le Code de procédure pénale un nouvel article D. 15-7 qui dispose que « *La copie des actes du dossier d'instruction prévue par l'article 81 peut être réalisée sous forme numérisée, qui est conservée dans des conditions garantissant qu'elle n'est accessible qu'aux personnes autorisées à la consulter* ». À chaque transmission ou remise d'une copie numérisée, le greffier délivre une attestation indiquant qu'elle est conforme à l'original. La procédure reste toujours écrite ce qui garantit l'authenticité et la fiabilité des pièces. Le nouveau mode de communication doit respecter les délais de mise à disposition de l'avocat et le principe de communication de l'intégralité du dossier pénal. Quel que soit le mode de communication, l'avocat est soumis au secret professionnel, il ne doit pas consulter les fichiers numérisés avec son client.

2. Les exceptions de la communication de l'intégralité du dossier pénal

Le principe de communication intégrale du dossier connait quelques exceptions : actes en cours d'exécution, enregistrements audiovisuels des mineurs, documents couverts par le secret de la défense, pièces révélant l'identité d'un témoin anonyme. En ce qui concerne les actes en cours d'exécution, la jurisprudence a admis que le juge d'instruction a la faculté de

[398] Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996.

différer leur apparition dans le dossier pénal[399]. Ainsi, la Cour de cassation a admis la régularité du placement en détention provisoire d'une personne alors que les interceptions téléphoniques sur lesquelles elle est poursuivie n'ont pas été versées au dossier pénal[400]. Il est vrai que les écoutes téléphoniques, pour être efficaces doivent rester à l'insu du suspect. Ainsi, les procès-verbaux transcrivant les enregistrements téléphoniques ne seront versés au dossier qu'à la fin de l'opération. En principe, les écoutes téléphoniques ne sont pas versées au dossier s'ils ne donnent pas de résultat et la personne mise en examen n'est pas au courant qu'elle a été mise sous l'écoute[401] .

Pour d'autres preuves, la communication à la défense est soumise à quelques précautions. C'est l'enregistrement audiovisuel de l'audition d'un mineur, victimes d'infractions sexuelles. Son visionnage doit être autorisé par le juge d'instruction et doit se dérouler en présence du juge d'instruction ou d'un greffier. La raison de ce régime spécial tient de la confidentialité particulière et la sensibilité des informations contenues dans l'enregistrement.

Dans d'autres cas, l'intérêt de la Nation commande de ne pas diffuser le secret de la défense nationale. Le Code de justice militaire interdit formellement la communication des documents couverts par le secret défense (art. L. 225-5). Cette interdiction n'est pas formulée en droit commun. Elle résulte du statut du magistrat qui fait partie des personnes dépositaires du secret-défense au sens de l'article 413- 10 du Code pénal ; il ne doit pas divulguer les éléments couverts par le secret défense. La Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Fitt c/ Royaume- Uni a admis cette exception à condition que la juridiction de jugement puisse contrôler les éléments de preuve non communiqués[402]. Dans ce même arrêt, la Cour a ajouté que la dispense de communication doit faire l'objet d'un débat contradictoire.

La dernière exception est la non communication des pièces révélant l'identité d'un témoin anonyme. Lorsqu'un témoin bénéficie de l'anonymat de son l'identité dans les conditions prévues par les articles 706-58 à 706-63 et R. 53-27 à R.53-32 du Code de procédure pénale, celle-ci ne doit pas être révélée aux parties. Néanmoins, la personne mise

[399]Cass. Crim 16 mai 1972 Bull. n° 169, les pièces qui se trouvent entre les mains des experts au moment de l'interrogatoire.

[400]Cass.crim., 10 février 2004, Juris-Data n° 2004-023044

[401] RIBEYRE (C), op. cit p. 180

[402] CEDH, 16 février 2000, Fitt c/ Royaume- Uni et Jasper c/ Royaume- Uni

en examen a la possibilité de contester devant le président de la chambre de l'instruction l'anonymat du témoin dans un délai de dix jours à compter du moment où elle est au courant de son existence. Ce dernier rend alors une décision insusceptible de recours qui doit être motivée au vu des pièces du dossier de l'instruction et des procès-verbaux d'audition écartés du dossier. Le président de la chambre de l'instruction peut alors ordonner l'annulation de l'audition ou la levée de l'anonymat si l'intéressé y consent.

L'ensemble des pièces ne font pas partie des exceptions ci-dessus citées, doit être mis à la disposition de l'avocat de la personne mise en examen. Il existe une présomption simple selon laquelle le juge d'instruction met à la disposition de l'avocat l'intégralité du dossier[403]. Si ce n'est pas le cas, l'avocat soit prouver le contraire. Le non-respect de ces règles peut être sanctionné par la nullité de la procédure ultérieure à condition qu'il porte atteinte aux intérêts du requérant (art. 802 du Code de procédure pénale). Il arrive que la Cour de cassation présume l'existence du préjudice notamment l'absence de la communication d'une pièce jugée essentielle [404]. La jurisprudence s'attache davantage à la réalité de l'information des avocats davantage qu'au strict respect des formalités. Il n'y a donc pas lieu d'annuler la procédure si l'avocat a eu connaissance des pièces manquantes et il ne conteste pas au moment de l'interrogatoire car son silence présume l'absence de grief pour le mis en examen[405] .

B. Le débat contradictoire avant le placement détention provisoire

La loi de n°84-576 du 9 juillet 1984 a instauré pour la première fois le débat contradictoire avant le placement en détention provisoire[406]. Les avis sont très partagés sur l'utilité du débat contradictoire. Pour les magistrats, cela représentait une perte de temps ; pour les avocats, il était inutile de venir plaider une cause perdue. Par contre, certains auteurs voient dans le débat contradictoire une avancée pour le droit de la défense au moins sur le

[403] Cass. Crim 3 août 1935, D. 1937 p. 94 note G. Leloir

[404] Cass. Crim 25 janvier 2003 B. n° 22

[405] Cass. Crim 30 octobre 2001 B. n° 223

[406] La loi n°84-576 du 9 juillet 1984 pour la détention provisoire en matière correctionnelle et ° 89-461 du 6 juillet 1989 pour la détention provisoire en matière criminelle. Néanmoins, dès 1975, le législateur a accordé le droit à l'avocat de la personne arrêté de présenter des observations devant le juge d'instruction avant que celui-ci prenne la décision sur la détention provisoire (loi du 9 aout 1975 art. 135-1 du Code de procédure pénale).

plan théorique[407]. Le « contradictoire » signifie que les positions antagonistes ont toutes pu s'exprimer et répliquer à leur adversaire. Ainsi, la présence effective de l'avocat de la défense est la condition *sine qua none* pour garantir le caractère contradictoire du débat (1). Le « contradictoire » est le contraire du secret ; la transparence du débat doit être également assurée vis-à-vis du public. Ainsi, depuis quelques temps, le principe de la publicité du débat a été instauré (2).

1. La présence effective de l'avocat

Le débat contradictoire n'est pas la première rencontre entre le juge des libertés et de la détention et la défense (personne mise en examen et son avocat). En effet, le législateur du 15 juin 2000 a organisé une rencontre entre la défense et le magistrat avant ce débat[408]. Lors de cette première rencontre, le juge des libertés et de la détention recueille simplement des observations de la personne mise en examen et de son avocat, il ne peut pas procéder à des interrogatoires. Suite à cette rencontre, le magistrat fait connaître à la personne mise en examen son intention de la placer en détention provisoire et le délai pour préparer sa défense avant le débat contradictoire. Cette première rencontre est une manière de « faire connaissance » avec ce magistrat ; elle est humainement utile.

Lors du débat contradictoire avant le placement en détention provisoire, la personne mise en examen a le droit d'être assistée par un avocat. Pendant longtemps, la loi n'a pas imposé une présence effective de l'avocat. La personne mise en examen pouvait refuser l'assistance d'un avocat sauf si elle était mineure[409]. Cependant, la loi du 5 mars 2007 a imposé une présence effective de l'avocat lors du débat contradictoire. Les pratiques entre juridictions sont évidemment différentes, mais on peut dire qu'aujourd'hui qu'il est

---

[407] GUERY, Détention provisoire, D. 2001 p. 68.

[408] L'article 145 du Code de procédure pénale est ainsi rédigé. « *Le juge des libertés et de la détention saisi par une ordonnance du juge d'instruction tendant au placement en détention de la personne mise en examen fait comparaître cette personne devant lui, assistée de son avocat si celui-ci a déjà été désigné, et procède conformément aux dispositions du présent article. Au vu des éléments du dossier et après avoir, s'il l'estime utile, recueilli les observations de l'intéressé, ce magistrat fait connaître à la personne mise en examen s'il envisage de la placer en détention provisoire.*

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

[409] Crim.29 janv. 1985, Bull. crim. no 47.

exceptionnel qu'une personne comparaisse devant le juge des libertés et de la détention sans avocat[410].

La loi du 5 mars 2007 a modifié l'article 145 du Code de procédure pénale en rédigeant ainsi son cinquième alinéa : « *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. L'avocat choisi ou, dans le cas d'une commission d'office, le bâtonnier de l'ordre des avocats en est avisé par tout moyen et sans délai. Si l'avocat choisi ne peut se déplacer, il est remplacé par un avocat commis d'office. Mention de ces formalités est faite au procès-verbal*». Ce texte rend obligatoire la présence de l'avocat lors du débat contradictoire. Il semble que la personne mise en examen ne peut plus refuser l'assistance d'un avocat lors du débat contradictoire. Nous n'étudions pas ici la jurisprudence concernant validité du refus de l'assistance d'un conseil car elle est inutile avec cette nouvelle disposition. L'assistance obligatoire de l'avocat au débat permet de mieux assurer la défense car seul avocat peut avoir l'accès au dossier pénal. Les règles actuelles ne permettent pas à l'intéressé d'assurer seule sa défense alors que le placement en détention provisoire est un moment clé de l'instruction. Par ailleurs, l'assistance obligatoire de l''avocat « protège » l'Etat contre une éventuelle « critique » de l'intéressé de la violation du principe du contradictoire. La présence de l'avocat et son accès permanant au dossier pénal garantir le caractère du contradictoire de la procédure. Si la personne mise en examen ne souhaite pas être assistée par un avocat après le débat contradictoire, il suffit de ne pas demander son assistance après que sa mission soit accomplie.

Avant la loi du 5 mars 2007, le débat contradictoire sans l'assistance d'un avocat restait valable dès lors que toutes les formalités légales ont été accomplies en vue de faire respecter les droits de la défense. Si l'avocat choisi était absent à l'audience à cause de son indisponibilité, ou de force majeure, le juge des libertés et de la détention pouvait organiser ce débat en constatant son absence dans le procès-verbal. Avec la nouvelle loi, le juge des libertés et de la détention doit proposer un avocat commis d'office ou reporter débat contradictoire si le délai autorisé par la loi n'est pas dépassé.

L'avocat doit être régulièrement convoqué dans un délai de cinq jours avant la date du débat (art. 114 du C.P.P.F)[411]. Le législateur a pris des précautions de préciser que la vocation

[410]GUERY (C) « la mise en examen par le juge d'instruction après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 » op. cit n° 23.

doit être faite soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télécopie avec récépissé ou verbalement avec émargement au dossier de la procédure (art. 114 al. 2 CPP). La Chambre criminelle juge de manière constante que l'absence de la convocation de l'avocat qui l'empêche d'assister le demandeur, porte nécessairement atteinte aux intérêts de celui-ci[412]. S'il y une erreur dans l'objet de la convocation, cela vaut une absence de convocation. C'est le cas d'un avocat qui est convoqué devant le juge d'instruction pour un interrogatoire sur le fond alors qu'il devait être convoqué pour assister au débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention. La Cour de cassation a jugé nul le débat et a décidé la mise en liberté de l'intéressé[413].

En principe, le magistrat doit prouver qu'il a bien envoyé la convocation au bon avocat. Cependant, la Chambre criminelle n'est pas toujours très rigoureuse en ce qui concerne la preuve de l'envoi de la convocation. Ainsi, elle a jugé que même en l'absence de tout récépissé postal justifiant de l'envoi de la lettre recommandée, la mention de la convocation dans le procès-verbal suffit[414]. C'est donc à l'avocat de la défense de prouver qu'il n'a pas été convoqué. Il est quasiment impossible pour l'avocat de prouver une preuve par la négation. Si le mis en examen désigne un nouvel avocat après l'envoi de la convocation à son ancien avocat, le juge n'a pas à réitérer cette convocation[415].

Pour l'instant, l'avocat ne peut discuter sur la vraisemblance de culpabilité de son client lors du débat précédant le placement en détention provisoire. Néanmoins, un avocat a estimé que si la question de la culpabilité est vraiment douteuse, il faut essayer de porter le débat sur ce terrain[416]. Pour ce dernier, des contradictions, des actes d'enquête bâclés par la police, des éléments matériels de l'infraction qui ne sont pas caractérisés sont des arguments à faire valoir parce que le juge des libertés et de la détention sera toujours réticent à envoyer un mis en examen en détention s'il a un doute sérieux sur sa culpabilité. Sur cette question, la commission d'enquête parlementaire a proposé que les avocats puissent déposer les mémoires

---

[411] Ce délai de 5 ne s'applique pas au débat contradictoire différé puisque l'incarcération provisoire ne peut pas excéder quatre jours ouvrables aux termes de l'article 145 du Code de procédure pénale. Crim. 25 nov. 2003, Bull. crim. no 220; D. 2004. IR 734; JCP 2004. IV. 1094; AJ pénal 2004. 74.

[412] Cass. Crim 4 décembre 2007, Bull. crim n° 297.

[413] Cass. Crim 20 mai 2008n, Bull.crim n° 35.

[414] C. Crim. 1er fév. 1995, Bulle. Crim n° 45 ; Cass. Crim 6 décembre 2005 Bull. crim n° 318.

[415] Cass. Crim 26 février 2008, Recueil Dalloz 2008 p. 854.

[416] http://www.maitre-eolas.fr/post/2010/04/21/JLD.

de défense et ils peuvent discuter sur le fond de l'affaire, c'est-à-dire la vraisemblance de culpabilité de l'intéressé[417]. Selon Monsieur Yves BOT, procureur général près la Cour d'appel de Paris, lors du débat contradictoire, le magistrat devrait examiner les charges en même temps qu'il statuerait sur la liberté. Le débat porterait sur les charges, la détention, la nécessité de la détention par rapport aux charges. Il a également précisé que le contenu du débat contradictoire risque de bousculer le principe de la présomption d'innocence[418].

2. La publicité du débat contradictoire

La possibilité de demander la publicité du débat contradictoire existe depuis loi du 15 juin 2000. Néanmoins, les avocats, par habitude ou par crainte de réponse négative, ne sollicitent pratiquement jamais l'application de cette mesure[419]. Aucun texte de la Constitution ou de la Convention européenne des droits de l'homme n'impose la publicité du débat contradictoire au stade de l'instruction[420]. Pour une meilleure transparence de la justice, l'article 12, I, de la loi du 5 mars 2007 modifiant l'article 199 du Code de procédure pénale a instauré le principe de publicité des débats en matière de détention provisoire lorsque la personne mise en examen est majeure. Il existe des avis très divers sur l'utilité de la publicité du débat contradictoire. Néanmoins, il existe plusieurs arguments favorables à la publicité du débat contradictoire. L'audience publique et les magistrats en robe donnent à la décision relative à la détention provisoire la solennité et la lisibilité. Cette publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les Cours et les tribunaux. Certains auteurs perçoivent la publicité comme une garantie supplémentaire permettant de renforcer indirectement le contrôle de la motivation de la détention provisoire[421].

Le juge des libertés et de détention peut décider du débat en audience de cabinet si la personne mise en examen ou le ministère public s'oppose à la publicité du débat. Etant

[417] Rapport de la commission d'enquête parlementaire, p. 349-350

[418] idem

[419]VOULAND (Ph) « Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense » AJ pénal 2007 p. 117.

[420]Les articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme relatifs à la publicité d'une décision de justice s'imposent seulement au stade de jugement.

[421] NORD-WAGNER (M), « La détention provisoire : un équilibre renforcé? », AJ pénal 2007. 113

l'exception au principe, l'opposition à la publicité doit être justifiée par un des motifs suivants : l'enquête porte sur les crimes commis en bande organisée[422] ; la publicité du débat est de nature à entraver les investigations ; elle porte atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité du débat ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers (art. 145 al. 4 CPPF). La décision juge des libertés et de la détention sur cette opposition est motivée et n'est pas susceptible de recours[423]. Les exceptions étant définies dans des termes suffisamment larges, elles permettent de relativiser la portée du nouveau principe de publicité institué par le législateur[424].

En matière de justice des mineurs, les règles sont renversées. En effet, l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit une publicité restreinte du débat contradictoire (art. 14) ; l'audience se tient en chambre de conseil. Dans le cas où il a y lieu un débat public, la publicité doit être constatée dans le procès-verbal[425]. La règle de l'article 14 de ladite ordonnance est considérée comme un principe d'ordre public[426], de sorte que la violation des dispositions concernant les modalités des débats devant les juridictions pour mineurs (chambre du conseil, publicité restreinte), « *porte nécessairement atteinte aux intérêts du mineur* »[427]. La Chambre criminelle rappelle dans un arrêt très récent que la publicité restreinte est instaurée pour protéger l'identité du mineur et que sa violation fait nécessairement grief aux intérêts de celui-ci[428]. En définitive, ces décisions ont le mérite de rappeler, d'une part, que la mise en détention d'un mineur ou son maintien en détention obéit à une règle spécifique quant au déroulement des débats contradictoires et au prononcé de la décision. D'autre part, elles précisent que le non-respect des formalités concernant la publicité particulière emporte une nullité d'ordre public.

---

[422] Art. 706-73 CPP

[423]Cass. Crim 15 mars 2005 Bull. crim. n° 87 ; D. 2005. IR. 1049. L'ordonnance de refus de publicité des débats rendue par le juge des libertés et de la détention dans le cadre d'une procédure de prolongation de la détention provisoire n'étant susceptible d'aucun recours, le prévenu n'est pas recevable à critiquer les motifs de l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant refusé d'annuler cette décision.

[424]C. GUERY, NORD-WAGNER (M), VOULAND (P), « *La loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires* », AJ pénal 2007. 105

[425] Crim. 13 févr. 1946, Bull. crim. n° 53 ; 22 nov. 1955, Bull. crim. n° 504

[426] Crim. 6 janv. 1993, Bull. crim. n° 10 ; RSC 1993. 781, obs. G. Levasseur et 798, obs. A. Braunschweig

[427] Crim. 18 sept. 1996, Bull. crim. n° 323

[428] BOULOC (Bernard), « Le non-respect de la publicité restreinte : une atteinte aux droits du mineur », Recueil Dalloz 2010 p. 1058

Le législateur a pris soin de préciser son déroulement de l'audience comme suivant : le juge des libertés et de la détention « *entend le ministère public qui développe des réquisitions (…) puis les observations de la personne mise en examen et, en cas échéant, celle de son avocat* » (art. 145 al. 6 CPPF). De ce texte, il résulte que la dernière parole appartient à la personne mise en examen ou son avocat. Nous avons remarqué que l'article cité ci-dessus ne fait pas référence à la présence du juge d'instruction. La jurisprudence estime que le magistrat instructeur n'était pas tenu de présenter un exposé préalable au débat pour informer des raisons pour lesquelles il envisageait le placement en détention provisoire, par conséquent, sa présence n'était pas indispensable[429]. La contradiction s'organise au travers de trois acteurs : le juge des libertés et de détention, le procureur de République, l'avocat de la défense et son client.

Cependant, le rôle du juge des libertés et de la détention nous parait assez passif, parce qu'il « écoute » les parties. La question est de savoir si le juge des libertés et de la détention peut poser des questions sur les faits. Il semble que ceci ne soit pas envisageable. Néanmoins, selon le juge Guéry, des échanges informels entre le juge des libertés et de la détention et la personne mise en examen est possible[430]. Un juge des libertés et de la détention a témoigné devant la commission parlementaire suite au scandale de l'affaire d'Outreau que le débat contradictoire avait été « tronqué » parce qu'il ne pouvait pas poser de questions sur les faits afin d'avoir éléments concrets du dossier. Le juge des libertés et de la détention provisoire peut lire le dossier mais en pratique, les dossiers sont très abondants et il n'a pas de temps pour tout lire, il décide souvent de suivre l'avis du juge d'instruction.

Devant cette réalité, certains auteurs proposent de rendre la compétence au juge d'instruction et ses décisions seraient alors contrôlées par un vrai tribunal des libertés et de la détention[431] ; d'autres pensent qu'il faudrait améliorer le statut du juge des libertés et de la détention pour que ce dernier consacre plus de temps pour examiner le dossier et la nécessité de la détention provisoire. La constitution d'un tribunal des libertés reste très hypothétique en raison du manque de moyen et l'alourdissement de la procédure. Après le débat

[429]Crim. 22 mai 1985 Bull. n°199

[430] GUERY-CHAMBON, *op. cit* n° 143.61

[431]GUERY, op. cit p. 359

contradictoire, le juge des libertés et de la détention sera tenu da statuer par ordonnance motivée quel que soit le sens de sa décision[432].

La présence du procureur de la République est indispensable. C'est lui qui prend la parole en premier avant que la personne mise en examen ne fournisse ses explications et le cas échéant, son avocat. L'article 145, alinéa 6 du Code de procédure pénale énonce que le juge entend « le ministère public qui développe ses réquisitions prises conformément au troisième alinéa de l'article 82 »[433]. En effet, les réquisitions du ministère public relatives à la détention provisoire doivent être à la fois écrites et orales. Les réquisitions orales sont indispensables à peine de nullité[434]. Après les réquisitions orales, le ministère public peut quitter l'audience sans attendre qu'elle se termine.

La présence du procureur à l'audience du débat contradictoire est strictement encadrée. En effet, le principe du contradictoire doit être garanti avant, pendant et après le débat contradictoire. La jurisprudence est très exigeante sur la question de garantir la transparence de la justice. La Haute juridiction a jugé que le fait que le procureur de la République se trouve « seul » avec le juge d'instruction avant que ce magistrat ne statue sur la détention provisoire, porte atteinte au principe du contradictoire sans que la preuve de l'influence effective soit apportée [435]. Nous ne pouvons qu'approuver cette jurisprudence audacieuse car la transparence de la justice ne doit pas être entachée de doute.

Nous avons vu que la présence de l'avocat est obligatoire au débat. La personne mise en examen a le droit de comparaitre personnellement à l'audience. Après la plaidoirie de son avocat, elle a la parole en dernier si elle la souhaite. Sa comparution peut être dématérialisée par l'intermédiaire de moyen de communication audiovisuelle. En effet, depuis la loi du 9 mars 2004, le débat contradictoire au placement en détention d'une personne détenue pour une autre cause peut se dérouler à distance par le moyen de la télécommunication audiovisuelle (art. 706-71 al. 3 CPP). Néanmoins, la personne détenue peut refuser

[432] Art.137-3 CPPF ; Lors de la discussion sur le projet de loi du 15 juin 2000, les sénateurs ont souhaité la demande de cette motivation par la nécessité de faire connaître au juge d'instruction les raisons conduisant le juge des libertés et de la détention à écarter sa demande.

[433] Réquisitions écrites et motivées par référence à l'article 144 du Code de procédure pénale. Avant la loi du 30 décembre 1996, les réquisitions écrites du ministère public n'étaient pas obligatoire dès lors que sa présence au débat contradictoire, et donc ses réquisitions orales étaient obligatoires.

[434] Crim. 22 mai 1985, n° 85-91.521, Bull. crim. n° 199 ; JCP 1986. II. 20620, note E. Bloch.

[435] Cass. crim 19 sept 1990 Bull. n° 317 et Cass. Crim 4 juin 2009 Bull. Crim n° 113

l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport doit être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion. Il a le droit de s'entretenir avec son avocat de manière confidentielle. L'ordonnance est adressée par télécopie ou par un moyen de communication électronique au chef de l'établissement pénitentiaire, qui la notifie à la personne détenue et lui en remet une copie contre émargement. La lecture de l'ordonnance prise par le juge des libertés et de la détention est donnée à la personne par le moyen de communication audiovisuelle doit être mentionnée dans le procès-verbal du débat contradictoire[436].

Dans certaines circonstances, la jurisprudence a admis que le débat contradictoire peut se dérouler sans la présence de la personne mise en examen. Il faut d'une part, une circonstance insurmontable faisant obstacle à la comparution du demandeur et, d'autre part, l'impossibilité de reporter l'audience en raison des délais s'imposant au juge. En cas d'espèce, l'existence de barrages routiers empêchant la circulation et occupant les gendarmes à des tâches de maintien de l'ordre alors que le débat ne pouvait, en raison des légaux, être reporté à une date ultérieure[437]. Constitue une circonstance insurmontable le fait d'apprendre le jour du débat contradictoire, qui est le dernier jour pour statuer sur la détention provisoire, que le mis en examen, qui est hospitalisé, est soudainement intransportable[438].

Le caractère contradictoire du débat doit être constaté dans le procès-verbal. Doit être annulée l'ordonnance de placement en détention provisoire rendue après un débat qui, selon les mentions du procès-verbal établi, ne s'est pas déroulé contradictoirement[**439**]. En raison de changement du formulaire fourni par la Chancellerie, le procès-verbal du débat contradictoire ne détaille plus les réquisitions du procureur de la République et la plaidoirie de l'avocat[440]. La Chambre criminelle a estimé que le juge des libertés et de la détention n'a pas à faire transcrire toutes ses questions qui étaient posées lors du au procès-verbal [441]. En effet, le procès-verbal du débat contradictoire n'est pas soumis aux prescriptions de l'article 429 du

---

[436] Art. D. 47-12-4, Décret n°2007-1620 du 15 novembre 2007

[437] Crim. 28 avr. 1998: Bull. crim. n° 143; Procédures 1998. Comm. 224, obs. Buisson; Dr. pénal 1998. Chron. 29, par Lesclous et Marsat.

[438] Crim. 25 oct. 2000: *Bull. crim. n° 314*

[439] Crim. 19 sept. 1990: Bull. crim. n° 317; D. 1991. 91, note D. Mayer; RSC 1991. 117,obs. Braunschweig.; Cass. Crim 4 juin 2009 Bull. Crim n° 113 ; RSC 2009 . 863 obs. Finielz; Droit penal. Chron. 1 obs. Guérin

[440] Pas d'espace dans l'imprimé

[441]Cass. Crim 30 janvier 2007**,** AJ Pénal 2007 p. 144

Code de procédure pénale qui ne concerne que l'interrogatoire et l'audition[442]. Néanmoins, les observations de la personne mise en examen sont très généralement consignées au procès-verbal, bien que le texte ne le mentionne pas expressément.

II. Les autres droits de la défense

Le contenu du droit de la défense est large. Pour pouvoir se défendre, il faut tout d'abord disposer d'informations nécessaires. Le droit à l'information est une partie indispensable du droit de la défense, il est corolaire également du principe du contradictoire. L'ensemble des règles forment un tout afin que la personne mise en examen puisse se défendre efficacement contre l'accusation de l'autorité compétente. Etant donné que le suspect a le droit de se défendre lui-même, les informations nécessaires à sa défense doivent lui être destinées en premiers (A). Dans certains cas, l'assistance d'un interprète est indispensable pour la transmission des informations nécessaires à la défense (B).

A. Le droit à l'information destinée au suspect

L'information est définie, *lato sensu* comme « *un renseignement ou un événement porté à la connaissance d'une personne tendant à éclairer la détermination du comportement »*[443]. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 aucun droit à l'information n'était textuellement consacré par le Code de procédure pénale. Avec les réformes récentes et l'élaboration de la directive européenne relative au droit à l'information, celui-ci se forme peu à peu comme un droit autonome. Le droit à l'information consiste, d'une part, à l'information des charges contre le suspect (1) et, d'autre part, à l'information obligatoire de ses droits (2)

1. L'information des charges contre le suspect

En droit français, la qualité de l'information des charges contre le suspect se différencie en fonction du stade de l'enquête ou de l'instruction. Au stade de l'enquête, l'obligation d'information des charges est quasiment inexistante. La police peut contrôler l'identité d'une personne sans donner aucune explication (art. 78-3 CPPF). Quant à la garde à vue, l'officier de la police judiciaire ne doit informé l'intéressé que sur la « nature » et la «

[442] Crim. 30 janv. 2007, n° 06-88.284, Bull. crim. n° 22 ; Gaz. Pal. 30-31 mars 2007, 22 note M.B ; AJ pénal 2007. 144

[443]Dictionnaire Robert V. Information

date présumée » de l'infraction (art.63-1 CPPF). La personne gardée à vue n'est pas informée des faits matériels qui lui sont imputés.

La qualité de l'information des charges au stade de l'enquête en droit français ne semble pas satisfaisant au regard de l'exigence de l'article 6§3 a de la Conv. E.D.H. En effet, la Convention reconnaît à tout accusé le droit d' « *être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* » (art. 6, § 3, a)[444]. Il ressort de l'article art. 6, § 3, a de la Conv. E.D.H deux obligations distinctes : d'une part, l'information doit porter sur la nature de l'infraction et, d'autre part, elle doit viser la cause de l'accusation. Par « nature », il faut entendre la qualification juridique de l'accusation ; et par « cause », il faut entendre les faits matériels que l'on reproche à l'accusé[445]. Par ailleurs, la C.E.D.H interprète la notion d'accusation de manière assez large : toute notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale est considérée comme une accusation[446]. A notre connaissance, aucune affaire n'a été portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme contre la France concernant la qualité de l'information des charges au stade de l'enquête policière. Pour les pénalistes français, un tel impératif est difficile à satisfaire dans les premiers temps d'une enquête.

Dans ce même esprit, la Directive européenne 2012/13 UE du 25 mai 2012 relative au droit à l'information rappelle de nouveau que l'information donnée à la personne soupçonne ou poursuivie sur les charges contre elle doit être détaillée. Les informations données doivent porter sur « *la description des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, y compris le moment, le lieu et le degré de participation à l'infraction de la personne* », ainsi que sur « *la nature et la qualification juridique de l'infraction* ». L'objectif est ici de permettre à la personne soupçonnée ou poursuivie de préparer sa défense et d'être en mesure de contester les décisions prises dans la phase préparatoire du procès. Avec la

[444] Brozicek c/ Italie, arrêt du 19 décembre 1989, A n° 167, §38, la Cour a estimé que la « communication judiciaire » en droit italien - acte par lequel l'autorité judiciaire informe de l'ouverture d'une instruction la personne soupçonnée d'avoir commise une infraction – est une accusation au sens de l'article 6, § 3, a de la CEDH.

[445] V. Kamasinski c/ Autriche, arrêt du 19 déc. 1989, A n° 168 § 79

[446] Brozicek c/ Italie, arrêt du 19 décembre 1989, A n° 167, §38, la Cour a estimé que la « communication judiciaire » en droit italien - acte par lequel l'autorité judiciaire informe de l'ouverture d'une instruction la personne soupçonnée d'avoir commise une infraction est une accusation au sens de l'article 6, § 3, a de la CEDH.

promulgation de la Directive européenne relative au droit à l'information, il aura certainement des ajustements sur la cette question.

Au stade de l'instruction, le Code de procédure pénal français garantit l'information détaillée les charges contre le suspect. En effet, l'information des faits reprochés doit être à fois écrite et orale précédemment à la décision de mise en examen. Tout d'abord, le juge d'instruction informe la personne par lettre recommandée, qu'elle sera convoquée pour la première comparution dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours ni supérieur à deux mois (art. 80-2 CPPF). Pour trouver un équilibre entre le temps de préparer la défense et la gestion du cabinet du juge du juge d'instruction, le législateur a prolongé délai de comparution de la personne mise en cause[447]. La lettre du juge doit donner connaissance à la personne de « *chacun des faits dont le magistrat est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée, tout en précisant leur qualification juridique* ». (art. 80-2 CPP). Néanmoins, la qualification initiale est provisoire et une requalification peut intervenir selon les résultats de l'information. Le juge d'instruction n'est saisi que des faits par le réquisitoire du procureur dont les qualifications ne le lient pas[448]. Jusqu'à la décision de renvoi, les inculpations purement indicatives peuvent être modifiées sans réquisitoire supplétif dès lors qu'il n'est rien ajouté aux faits[449].

Lors de l'interrogatoire de la première comparution, le juge d'instruction doit faire connaître de nouveau à la personne *« expressément, en leur précisant leur qualification juridique, chacun des faits dont il est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée »* (art. 116 CPPF). Ce n'est pas une simple répétition des faits imputés et de leur qualification juridique mais une notification orale. Ceci est très important si le juge d'instruction est saisi de faits nouveaux pour lesquels la mise en examen est envisageable. En pratique le juge avait pour habitude de notifier non pas les faits eux même mais leur qualification juridique alors que la jurisprudence exige que l'information doive porter sur tous les événements de la cause (circonstances aggravantes) susceptibles d'être retenus à la charge de l'intéressé[450]. Suite à l'interrogatoire de première comparution, si le juge d'instruction met en examen le suspect

[447] L'ancienne rédaction de l'article 80 - 2 énonçait que le délai de la première comparution ne pouvait supérieur à un mois.

[448] Cass. crim., 13 mars 1984, Bull. crim., n° 107; 23 janv. 1990, Bull. crim., n° 43.

[449] Cass. crim., 29 janv. 1985,Bull. crim., n° 46; 11 févr. 1992, Bull. crim., n° 63.

[450]Cass. Crim. 11 avril 1933, Bull. n°86; Cass. Crim. 2 juillet 1991, Bull. crim. n° 290.

pour d'autres faits que ceux qu'il a envisagés initialement, il doit lui faire connaître "*expressément (...) chacun des faits* » (art. 113-8 CPPF). L'emploi de ces termes repris de l'ancien article 114 du Code de procédure pénale montre que le législateur a voulu que le juge d'instruction informe de façon précise la personne du ou des divers faits dont il est saisi à son égard. Il n'y a guère de difficulté en cas de fait unique, mais lorsque les poursuites concernent des faits multiples, le juge, pour les distinguer, doit indiquer leurs circonstances, leur date, leur lieu de commission ainsi que les personnes qui en ont été victimes sans qu'il y ait lieu d'entrer dans le détail des procès-verbaux joints au réquisitoire.

L'information des faits et leur qualification juridique doit être portée au procès-verbal (art. 116 al. 1 CPPF). Cependant, la Chambre criminelle n'est pas très exigeante en ce qui concerne son contenu. Ainsi, la Haute juridiction a jugé suffisante la mention suivante : « *le juge d'instruction a fait connaître à l'intéressé chacun des faits dont il est saisi, ainsi que leur qualification juridique* »[451]. Elle a ajouté qu'« *aucun texte n'exige que soient explicités par écrit les faits et circonstances qui motivent la mise en examen* »[452]. Il est exact que l'expression « *faire connaitre expressément* » prévue par l'article 116 du Code de procédure pénale ne signifie pas qu'il y ait de notification écrite. Néanmoins, la solution de la Cour de cassation est bien regrettable[453]. D'une part, en lisant le procès-verbal, la personne ne peut avoir une connaissance détaillée des faits qui lui sont imputés, ceci est important parce que la personne pouvait être perturbée pendant l'interrogatoire de la première comparution. D'autre part, il est quasiment impossible pour la personne mise en examen de prouver, plus tard, que cette information n'a pas été réalisée ou qu'elle n'a pas été complète ou qu'elle n'a pas été exacte.

2. L'information des droits du suspect

L'information des droits de la personne soupçonnée ou poursuivie d'une infraction est garantie par la protection des textes internationaux[454] et par la Convention européenne des droits de l'homme. Ces textes s'appliquent à la personne soupçonnée ou poursuivie sans

[451] Crim. 18 juin 1998, Procédures 1999 comm. 14 obs. J. Buisson

[452] Crim. 8 oct. 1998 Bull. n° 250 ; 18 juin 1998 Bull. n° 200; Procédure 1999. Comm. 14 Obs. Buisson

[453] PORTERON *op. cit* n° 130 e s.

[454]Déclaration des droits de l'homme de 1789, 14-3 g du pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques du 19 décembre 1966.

distinction des stades de la procédure : l'enquête ou l'instruction. L'information des droits de la personne mise en examen est associée au droit de la défense. Le droit de la défense étant entendu dans le sens large c'est-à-dire du droit d'être défendu par un avocat et du droit de se défendre soi-même. C'est sous l'angle du droit de se défendre soi-même que le droit à l'information veut former un droit autonome[455]. Les informations destinées personnellement à la personne mise en examen lui permettent de participer davantage à l'instruction. Il est important d'analyser le droit à l'information de la personne mise en examen indépendamment du droit de la défense car le suspect n'a pas d'accès direct à certaines informations, seul son avocat y a droit.

L'évolution vers un droit autonome est confirmée par l'élaboration une directive relative au droit à l'information dans les procédures pénales du 20 juillet 2010 par le Parlement européen et le Conseil de l'Europe[456]. Selon ces deux institutions, la Conv.E.D.H et son mécanisme d'application n'offrent pas une protection suffisante de ce point de vue car « *les droits à l'information prévus par les articles 5 et 6 de la Conv. EDH ne vont pas assez loin et [...] les recours devant la Cour [...] peuvent prendre des années [...]. [Ils] peuvent seulement conduire à une réparation ex post d'une efficacité limitée* »[457]. Le droit à l'information s'applique tant à la personne soupçonnée qu'à la personne poursuivie pour une infraction pénale. Cette directive prévoit qu'en cas d'arrestation la personne doit recevoir « *rapidement des informations sur ses droits procéduraux par écrit (déclaration de droits)* ». Elle doit être « *mise en mesure de lire la déclaration de droits et (être) autorisée à la garder en sa possession pendant toute la durée où elle est privée de liberté* » (art. 4 § 1er). Le Conseil de L'Europe estime toutefois que l'information doit également porter sur « le droit de connaître la durée de la privation de liberté dans le pays concerné avant la comparution devant une autorité judiciaire à la suite d'un arrestation. En droit français, le contenu des informations diffèrent selon chaque stade de la procédure, enquête, ou l'instruction, selon le statut de la personne mise en cause.

---

[455] PORTERON *op. cit* n° 130 e s.

[456] Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », JOUE C 54/48 du 19 févr. 2011.

[457] Résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, SEC(2010) 908, p. 2, 3. Cité par Jocelyne Leblois-Happe, « La proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et le droit français, AJ pénal 2011 n° 10, p. 446

L'information des droits de la personne mise en cause au stade de l'enquête policière est très importante car elle concerne la plupart des affaires pénales[458]. Par ailleurs, l'information obligatoire des droits du suspect lui permet de mieux se protéger contre la pression policière Au stade de l'enquête, toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue (art. 63-1 du CPPF). Les droits prévus par les articles 63, 63-2, 63-3 et 63-4 du Code de procédure pénale sont le droit d'être assisté par un avocat dès le début de la procédure[459], le droit d'être examinée par un médecin, droit à faire prévenir un proche et son employeur, le droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire. La directive européenne prévoit également la preuve de l'information des droits. C'est un formulaire précisant de façon simple ces droits car la forme écrite facilite au demeurant le contrôle *a posteriori* effectué par le juge. En droit français, depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, la traduction des droits du suspect dans une langue qu'il comprend peut en effet se faire « *au moyen de formulaires écrits* » (art. 63-1, al. 3 CPPF). Dans tous les cas, l'information des droits doit être constaté dans le procès-verbal (art. 64, 78-3 al. 6, 137-3, 695-27 al. 3 CPPF). Au stade de l'instruction, avant l'interrogatoire de la première comparution, le juge d'instruction doit informer le suspect de son droit d'être assisté par un avocat.

Parmi les droits du suspect, nous allons analyser le droit de se taire qui est un sujet controverse en droit français. A l'origine, le droit au silence n'a pas été formulé en tant que tel mais comme corollaire du principe de la présomption d'innocence et du droit de ne pas *« être forcé de témoigner contre soi- même ou de s'avouer coupable »* (Déclaration des droits de l'Homme de 1789, 14-3 g du pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques du 19 décembre 1966 et l'article 6§1 et 3 de la Cov.EDH)[460].

Le Code de procédure pénale a consacré le droit se taire pour la personne gardée à vue par l'article 63-1 et pour la personne mise en examen par l'article 116 . En effet, l'article 63-

[458] L'instruction ne concerne que 5% des affaires pénales

[459] L'avocat peut s'entretenir avec son client pendant 30 minutes, consulter les procès-verbaux d'audition et assister à tous les interrogatoires.

[460] Le texte est ratifié par la France par le Décret n°81-76 du 29 janvier 1981

1, origine de la loi du n°2011-392 du 14 avril 2011 dispose que le l'officier de la police judiciaire doit informer le « *droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ». L'ancienne rédaction de l'article, origine de la loi du 15 juin 2000 a formulé différemment ce droit, c'était le droit de « *ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs* ». La disposition en vigueur formule de manière plus explicite le droit de garder le silence. Au stade de l'instruction, le juge d'instruction doit avertir le suspect, lors de l'interrogatoire de première comparution, son « *choix de se taire* » (art. 116 CPPF). Ces deux formulations expriment la même idée selon laquelle la personne mise en cause peut choisir librement de ne pas communiquer avec les enquêteurs et les juges. Le même avertissement est fait par le procureur de la République qui veut interroger la personne qui est déférée suite à un mandat d'emmener ou d'arrêt (arts. 128 et 133 al. 2 CPPF). L'application du droit de se taire interdit l'audition sous serment d'une personne soupçonnée ou poursuivie d'une infraction car celle-ci est assimilable à une « pression » exercée à son encontre.

Malgré la reconnaissance textuelle du droit de garder le silence, dans la pratique son effectivité reste très restreinte car il est impossible d'interdire au juge d'instruction de déduire un indice à charge consécutif au silence du suspect. L'incertitude réside dans l'interprétation par le juge de ce silence, il est difficile pour la personne mise en cause de prévoir les conséquences de ses actes. Il arrive qu'avec une certaine franchise, un magistrat explique les conséquences de la présomption de culpabilité qu'il accorde au silence de la personne mise en cause[461]. Un autre magistrat aurait mis un suspect en détention provisoire au motif qu'il n'avait donné aucune précision permettant d'identifier ces complices ; dès lors, du fait de la nécessité de l'investigation, la détention était l'unique moyen de conserver des preuves ou des indices matériels[462]. Il est vrai que dans le système pénal où l'Etat recherche activement la vérité, la collaboration du suspect est appréciable !

La CEDH, n'interdit pas elle non-plus la présomption de culpabilité découlant du silence du suspect. Ainsi, elle a estimé que « *le silence gardé tout au long de la procédure, ne saurait ne pas avoir de conséquences sur la décision du juge lorsqu'il devra apprécier la*

[461]Le silence du suspect peut être interprété comme s'il n'a pas pris de conscience de la gravité de sa situation BARON (Christophe), « le droit au silence : une révolution silencieuse » D. 2000 point de vue III

[462] BOULOC (B) « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention provisoire ? » D. 1995, Chr. P. 315

valeur des éléments à charges »[463]. Si nous considérons que le silence du suspect est un véritable droit subjectif, le juge se trouvera dans l' « *impossibilité de tenir compte du seul silence de la personne poursuivie pour fonder des indices et encore moins des preuves de culpabilité* »[464]. En effet, il semble que la parole du suspect soit plus préférable à son silence. Le législateur français présume que l'intéressé parle systématiquement car l'article 80-1 du Code de procédure pénale dispose que le juge « *ne peut procéder à la mise en examen qu'après l'avoir préalablement entendu* ». C'est le droit de s'expliquer qui est mis en avance. En bref, l'information obligatoire du droit au silence n'a qu'une portée très limitée compte tenu de l'ensemble du système actuel.

B. Le droit à l'assistance d'un interprète- traducteur

L'assistance d'un interprète concerne les personnes qui ne comprennent pas le français soit en raison de son handicape (personne atteinte de surdité) soit en raison des difficultés de compréhension de la langue française[465]. Pendant longtemps, l'assistance d'un interprète se limitait aux personnes traduites devant une juridiction de jugement. Actuellement, elle est possible à la phase de l'instruction[466]. Néanmoins, en droit français, l'assistance d'un interprète n'est pas formulée comme un droit subjectif, mais comme un simple moyen pour faciliter la communication(1). Par conséquent, ce sont les autorités compétentes (la police, les juridictions de l'instruction et les juridictions de jugements) qui apprécient de sa nécessité. Néanmoins, l'assistance d'un interprète-traducteur évolue vers un droit autonome sous l'égide du droit européen (2).

1. L'assistance d'un interprète comme un moyen pour faciliter la communication

Au stade de l'enquête, l'assistance d'un interprète ne fait pas partie des droits visés par l'article 63-1 du Code de procédure pénale relatif à la garde à vue. Cet article prévoit simplement que « *si la personne est atteinte de surdité et qu'elle ne sait ni lire, ni écrire, elle doit être assistée par un interprète en langue des signes ou par toute personne qualifiée*

[463]CEDH, 08/02/1996 *John Murray c/ Royaume –Uni* , Urie req. n° 18731/91

[464]NICOLOPOULOS (P), « La procédure devant les juridictions répressives et principe du contradictoire » Rev.sc.crim 1989 p. 1

[465]Le fait d'être étranger ne suffit pas pour demander l'assistance d'un interprète.

[466]L'ordonnance criminelle de 1670 faisait déjà obligation au juge de nommer un interprète lorsque l'accusé n'entendait pas la langue française. Le Code d'instruction criminelle le code de procédure pénale de 1958 continue à conserver ce droit au profit de la personne traduite devant une juridiction de jugement. V. Bonis p. 9

maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec elle » et « *si la personne ne comprend pas le français, ses droits doivent lui être notifiés par un interprète, le cas échéant après qu'un formulaire lui ait été remis pour son information immédiate* ». Ce texte ne requiert la présence d'un interprète que pour notifier les droits de l'intéressé. Par contre, les interrogatoires peuvent se dérouler sans l'assistance d'un interprète assermenté si l'officier de la police judiciaire parle la langue de l'intéressé. Ainsi, la Chambre criminelle a jugé valable l'audition dans le cadre d'une enquête préliminaire d'une personne qui ne connaissait pas la langue française ; l'interrogatoire et la traduction simultanée avaient été faits par un gendarme de la brigade parlant l'allemand. En effet, les dispositions de l'art. 102 du Code de procédure pénale relatives à l'assistance d'un interprète ne sont pas applicables à l'enquête préliminaire[467].

La nouvelle formulation de l'article 63-1 du Code de procédure pénale semble exiger la présence physique de l'interprète[468]. L'ancienne rédaction de cet article, plus vague, permettait de communiquer les informations avec la personne gardée à vue à distance. En effet, l'article 63-1 dans son ancienne rédaction prévoyait simplement que « *les informations doivent être communiquées à la personne gardée à vue dans une langue qu'elle comprend* ». Cependant, la Chambre criminelle a jugé que l'absence physique de l'interprète n'était pas une cause de nullité substantielle ou automatique[469]. S'il ressortait de la procédure ultérieure que les droits avaient été effectivement exercés, c'est qu'ils avaient été nécessairement compris[470]. Néanmoins, il faut prouver l'impossibilité de se déplacer[471].

Au stade de l'instruction, c'est le juge d'instruction qui décide d'avoir recours ou non à un interprète lors des interrogatoires et des confrontations (art. 121 CPPF). La demande à l'assistance d'un interprète est assimilée à la demande d'actes d'instruction (art. 407 CPPF). En effet, il n'existe aucune disposition spécifique au droit d'assistance d'un interprète durant l'instruction. Pour les personnes qui ne maîtrise pas le français, la loi ne prévoit pas le droit automatique à l'assistance d'un interprète ; le juge d'instruction apprécie

[467] Crim. 27 nov. 2001: Bull. crim. n° 245; D. 2002. IR 257; Dr. pénal 2002. Comm. 18, obs. J.-H. Robert.

[468] "notifié par l'interprète"

[469] Cass. 2e civ., 10 oct. 2002, n° 01-50.060 : JurisData n° 2002-015762 ; Bull. civ. 2002, II, n° 215

[470] CA Versailles, 3 mai 2000 : JurisData n° 2000-112981 ; JCP G 2000, IV, 1032 ; Dr. pén. 2000, comm. 94, obs. A. Maron

[471] Cass. 1re civ., 12 mai 2010, n° 09-12.923, note Anne-Sophie CHAVENT-LECLERE, Procédures n° 7, Juillet 2010, comm. 289

souverainement le niveau de compréhension du français de l'intéressé et la nécessité d'une telle assistance. En pratique, le juge d'instruction n'a recours à un interprète que dans les cas où il se trouve dans l'impossibilité de communiquer avec l'intéressé ou que la communication est difficile. Si le juge d'instruction, régulièrement saisi d'une requête du suspect lui demandant l'assistance d'un interprète, conformément à l'article 8, alinéa 10 du Code de procédure pénale, n'y fait pas droit, il lui appartient de la rejeter par une ordonnance motivée, susceptible d'appel dans les conditions prévues par l'article 186-1 dudit Code[472].

L'appréciation du juge d'instruction de la nécessité de l'assistance d'un interprète échappe au contrôle de la Cour de cassation[473]. Dans le même sens, la Chambre criminelle a jugé que « *c'est, en application de l'article 272 du Code de procédure pénale, au président de la Cour d'assises qu'il appartient d'apprécier si l'accusé doit être assisté d'un interprète au cours de l'interrogatoire préalable* »[474]. Par ailleurs, la Haut juridiction a estimé que le suspect ne peut pas réclamer le droit d'être assisté par un interprète s'il a déclaré préalablement qu'il comprenait le français, peu importe son niveau de compréhension[475]. Cette jurisprudence nationale sera certainement modifiée car la directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales. Celle-ci exige, d'une part, que les Etats membres doivent mettre un place une procédure ou un mécanisme permettant de vérifier ce besoin de l'assistance d'un interprète et d'autre part, que le refus de l'assistance d'un interprète doit être entourée de certaines formalités[476].

La question est de savoir si le suspect peut demander l'assistance gratuite d'un interprète lors des entretiens avec son avocat. En pratique, les juridictions d'instruction refusent de manière systématique l'assistance gratuite d'un interprète lors des entretiens avec un avocat au motif qu'elle n'entre pas dans le champ d'application des articles 81, al. 9 ; 82-1 ; 156 al 1er et 173 al. 3 du Code de procédure pénale[477]. La Chambre criminelle a censuré ce refus au regard du principe de la liberté de communication entre l'accusé et son avocat (art

[472] Cass. crim., 6 déc. 1994 : Bull. crim. 394 ; Dr. pén. 1995, n° 74, obs. A. Maron

[473] Cass. crim., 30 juin 1981 : Bull. crim. 1981, n° 225

[474] Cass. crim., 27 nov 1974 : Bull. crim. 1974, n° 353. – Cass. crim., 16 déc. 1976 : Bull. crim. 1976, n° 370. – Cass. crim., 21 déc. 1977 : Bull. crim. 1977, n° 409. – Cass. crim., 4 janv. 1980 : Bull. crim. 1980, n° 5.

[475] Cass. crim., 3 mai 2007, Droit pénal n° 11, Novembre 2007, comm. Marron n° 147

[476] Art. 3.8 de la directive

[477]PRADEL Jean, « Recevabilité de la demande d'assistance d'un interprète et obligation pour le juge d'instruction de motiver son ordonnance de rejet » D. 1995 Somm. 147

116 CPPF)[478]. La Haute juridiction a tiré la conclusion de l'article 116 et 145-3 du Code de procédure pénale et de l'article 6, paragraphe 3, e de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui, en infirmant le droit de communication entre l'intéressé et son défenseur, implique une possibilité de communication donc la possibilité de chacune des deux personnes de comprendre la langue de l'autre. Cette disposition n'a pas de sens si on ne peut dépasser l'obstacle linguistique. Le droit interne ne permet pas expressément avoir une assistance d'un interprète lors des entretiens avec l'avocat, l'intéressé peut cependant invoquer l'application de l'article 6 §3 e de la Conv.E.D.H. Il arrive que la Cour de cassation censure le refus d'accorder l'assistance d'un interprète pour violation de la Conv.E.D.H[479]

2. Le devenir d'un droit à l'assistance d'un interprète

L'article 6§3 de la Conv.E.D.H dispose que « *tout accusé a droit […] de se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* ». Contrairement à ce qui a pu être soutenu, ce droit à l'assistance d''interprète n'est pas limité à l'audience, malgré les termes utilisés par les rédacteurs du texte. La jurisprudence de la Cour européenne va dans ce sens en considérant que l'assistance d'un interprète s'étend à tous les actes de la procédure ; « l'accusé » devant être à même de comprendre les éléments du procès à toutes les étapes de la procédure afin de réfuter les arguments de l'accusation[480] d'autant que la préparation de la défense comprend la possibilité de consultations préalables entre l'accusé et son avocat[481]. Ainsi, la C.E.D.H a a condamné l'Italie pour ne pas avoir traduit la « communication judicaire » à un étranger dans la langue qu'il comprenait. La « communication judiciaire » est l'acte par lequel l'autorité judicaire informe de l'ouverture d'une instruction la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction et l'invite à désigner un défenseur de son choix ainsi qu'à indiquer le domicile où il faudra lui notifier les pièces de la procédure. Cette communication précise les dispositions législatives méconnues et la date du fait reproché équivaut l'accusation dans le sens de

[478]Cass. crim. 6 déc. 1994 , Bull. n° 394 ; JCP I 3861n° 14 obs. Maron CA DIJON 2 juin 1993, Dr. Pénal. 1993 n° 205, note Maron.

[479] Cass. crim 29 juin 2005 Bull. crim n° 35

[480] CEDH, 10 mars 1980, *Luedicke, Belkacem et Koc c/ Allemagne*, série A, n° 36, § 42

[481] CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume Uni*

l'article 6 §3 de la Conv.E.D.H[482]. La Cour a précisé que l'assistance prêtée en matière d'interprétariat doit permettre à l'accusé non seulement de savoir ce qu'on lui reproche mais encore de lui permettre de se défendre et notamment en se livrant à la juridiction sa version des événements[483] . Autrement dit , l'assistance d'un interprète doit être mise en perspective de la défense, ce qui implique qu'elle ne doit pas se limiter à la communication avec le juge d'instruction lors des interrogatoires ou des confrontations ; elle doit s'élargir aux entretiens avec l'avocat. La C.E.D.H estime souvent que la non-assistance d'un interprète viole le principe du procès équitable, et celui de l'égalité entre les citoyens[484].

Le Code de procédure pénale français doit améliorer les dispositions relatives à l'assistance d'un interprète-traducteur car l'Etat français devra transposer avant le 27 octobre 2013 la directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative à l'interprétation et à la traduction dans le cadre de la procédure pénale.[485] Cette directive fixe les règles permettant aux personnes soupçonnées ou poursuivies dans un État dont elles ne parlent pas ou ne comprennent pas la langue d'être en mesure de se défendre. Elle confirme expressément le droit de s'entretenir avec le conseil juridique par l'intermédiaire d'un interprète lorsque ces entretiens sont nécessaires pour préparer sa défense (art. 2 .2)[486]. Dans l'objectif de garantir un procès équitable, la directive dispose que les documents essentiels ou au moins les passages pertinents de ces documents doivent être traduits pour le suspect ou la personne poursuivie[487] (art. 3). Les autorités compétentes décident au cas par cas le caractère essentiel des documents à traduire. En droit français, le Code de procédure pénale ne parle que de la traduction des documents nécessaires versés au débat devant la juridiction de jugement (art. 407 CPPF). En fin d'instruction, aucune disposition ne prévoit la traduction de l'acte le plus

[482] Appliquer cette jurisprudence en droit français permet de demander au juge d'instruction de faire traduire la lettre de convocation à la première comparution dans une langue que comprend l'intéressé (art. 80-2CPPF).

[483] CEDH 19 déc. 1989, *Kamasinski c/ Autriche*, req. n° 9783/82 série A n° 168, § 77

[484] CEDH, *Kamassinski c/ Autriche*. Op.cit La Cour a estimé que « […] *un accusé à qui la langue employée par le tribunal n'est pas familière peut en pratique se trouver désavantagé si on ne lui délivre pas aussi une traduction de l'acte d'accusation, établie dans un idiome qu'il comprenne* »

[485] JOUE L 280/1 du 26 oct. 2010.

[486] Pour expliquer au conseil la version des faits, ses contestations, ces réclamations etc.

[487] Toute décision de privation de la liberté, toute charge, toute accusation, tout jugement sont considérés comme documents essentiels

significatif, l'ordonnance de non-lieu, de renvoi devant le tribunal de police ou correctionnel ou de l'ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assise[488].

La directive affirme à nouveau le principe de gratuité de l'assistance d'un interprète ou d'un traducteur. Selon l'article 4 de la directive, les Etats membres prennent en charge les frais d'interprétariat et de traduction quelle que soit l'issue de la procédure. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà jugé que « *l'obligation de payer les frais pourrait faire hésiter un accusé à demander la désignation d'un interprète* »[489]. La gratuité de ce service permet d'assurer l'affectivité du droit à l'assistance d'un interprète.

L'Etat membre devrait également garantir la qualité de l'interprète et du traducteur en prévoyant une procédure de sélection qui permet d'avoir des traducteurs, des interprètes procédant des qualifications requises. Ces derniers doivent être neutres vis-à-vis des juges qui les désignent et vis-à-vis des justiciables. Pour la neutralité de l'interprète, le législateur a recours aux règles classiques : l'incompatibilité et la récusation. Certaines personnes, en raison de leur rôle particulier dans le procès pénal, ne peuvent être désignées comme interprètes[490]. Chaque Etat doit permettre au suspect ou la personne poursuivie la possibilité de contester cette décision ainsi que la qualité de la traduction (art.3. 5 de la directive). En droit français, les interprètes et les traducteurs lorsqu'ils assistent à la procédure judiciaire, ils prêtent serment d'apporter son concours à la justice en son honneur et en sa conscience ; le non-respect de cette formalité entraînera la nullité de la procédure ultérieure (art. 102, al. 2 CPPF)[491].

---

[488] LAVIELLE Bruno « *Une réforme pénale impérieuse : la traduction des actes de procédure pénale aux parties civiles, mis en examen ou prévenus étrangers* », AJ pénal 2009 n° 11.

[489] CEDH, 10 mars 1980, König c/ Allemagne no 6232/73

[490] Ce sont les juges, les jurés, le greffier, les portées et les témoins (art. 344 al. 3 du CCPF)

[491] Cass. crim. 2 fév. 1994 Bull. n° 49 ; Dr. Pén. 1994 n° 147 obs. Maron

Section 2 : Les garanties lacunaires de la détention en droit vietnamien

Pour que la décision de mise en détention provisoire soit une décision juste, elle doit satisfait à plusieurs critères, d'une part, l'impartialité de la personne qui prend la décision et d'autre part, un ensemble de règles procédurales pour lui garantir un caractère contradictoire. Le législateur vietnamien ne semble pas donner une attention particulière à cette mesure si attentatoire à la liberté individuelle. Il existe dans le Code de procédure pénale un seul article qui règle directement les conditions de fond du placement détention provisoire et la compétence en la matière. Néanmoins, nous avons trouvé des dispositions relatives à la détention provisoire dispersées dans différents textes tels que l'Ordonnance, le décret et la circulaire. La législation très sommaire, dispersée et contradictoire en matière de détention provisoire a crée de réelles difficultés pour les praticiens et les chercheurs. Par ailleurs, il n'existe dans le Code de procédure pénale aucune règle de procédure avant le placement en détention provisoire. En effet, la détention provisoire est conçue par le législateur vietnamien comme un acte et non un processus.

Au stade de l'enquête, la compétence en matière de détention provisoire est partagée entre l'organe d'enquête et le parquet populaire. Après l'envoi du dossier devant le tribunal compétent, la détention provisoire est de la compétence du président ou vice-président du tribunal. Le partage de compétence entre le parquet et l'organe d'enquête au stade de l'enquête est textuellement très confus et ses conséquences sont accentuées dans un contexte où la police a un pouvoir omniprésent dans la société vietnamienne (§1). Par ailleurs, l'absence de règles de procédure assurant le respect du contradictoire et des droits de la personne mise en cause rend la situation encore plus alarmante (§2).

§ 1. La confusion des compétences en matière de détention provisoire

Le Code de procédure pénale vietnamien réserve un seul article à la détention provisoire, l'article 88. Après avoir exposé les conditions de placement en détention provisoire, cet article règle la question de la compétence du placement en détention provisoire. Il renvoie à la disposition de l'article 80 du Code de procédure pénale : « *les personnes qui sont compétentes pour décerner un mandat d'arrêt sont compétentes pour décider la détention provisoire* ». C'est-à-dire, le procureur en chef ou son adjoint ; le président ou le vice-président du tribunal ; le président ou le vice-président de la Cour

suprême ; le jury ; le Commissaire ou le commissaire adjoint de l'organe d'enquête. Dans ce dernier cas, la décision de placement en détention doit être approuvée par le ministère public.

La question est de savoir quelle autorité décide réellement le placement en détention provisoire, l'organe d'enquête ou le parquet populaire. La première lecture de l'article 88 du Code de procédure pénale laisse penser que c'est le ministère public qui est le maître en la matière car il peut approuver comme ne pas approuver la requête de l'organe d'enquête. Cependant, une étude approfondie de l'ensemble des textes et le contexte au Vietnam prouve le contraire. En effet, l'organe d'enquête et le parquet exercent une compétence concurrentielle en matière de détention provisoire (I). Pourtant, cette situation ne doit pas exister parce que le ministère public est une autorité judiciaire indépendante qui devrait être pleinement compétente en la matière. Ainsi, nous proposons de transférer l'entière compétence en matière de détention provisoire au ministère public (II).

I. Les compétences concurrentes entre la police et le parquet populaire

Le parquet populaire ne peut pas décider de sa propre initiative le placement en détention provisoire sauf dans des cas exceptionnels. C'est l'hypothèse où il dispose de la compétence d'enquête qui est limitée aux infractions commises par les enquêteurs, les juges dans l'exercice des activités judicaires. En principe, le ministère public doit être saisi par l'organe d'enquête, il va donner son accord ou non par le mécanisme d'approbation. Cette saisie doit être qualifiée grammaticalement « une demande ». L'ambigüité du droit vietnamien est qu'elle n'est pas qualifiée comme « une demande » mais une « décision » (A), ce qui veut dire que l'approbation du ministère public n'est qu'une simple formalité (B).

A. La décision de mise en détention provisoire par l'organe d'enquête

La procédure de placement en détention provisoire est simple, il est très proche de la procédure de la mise en examen. Lorsque les enquêteurs estiment que la détention provisoire du mis en examen est nécessaire, par référence aux conditions de l'article 88 du Code de procédure pénale, ils demandent à leur chef qu'il prenne la décision et signe lui-même le placement en détention provisoire. Ensuite, le commissaire envoie le dossier au parquet pour demander son approbation. En effet, l'enquêteur ne peut pas envoyer lui-même la demande d'approbation, seul le commissaire est habilité à le faire. Nous pouvons qualifier cette décision de décision collective. Elle est le résultat de la réflexion d'au moins deux personnes,

l'enquêteur et le commissaire. La procédure pénale est une procédure écrite, elle a l'avantage de laisser une trace mais elle reste très secrète à l'égard de la personne mise en cause.

Au Vietnam, l'organisation de l'enquête criminelle fonctionne comme n'importe quelle administration. C'est-à-dire que le chef du service dispose de l'ensemble des compétences que la loi attribue à son service. Il est la seule personne compétente pour signer tous les actes émanant de son service et il en est responsable en théorie. Ce système est critiquable car le chef de service est la seule personne habilitée à prendre des décisions alors qu'il ne connait pas forcément le dossier. Il existe deux hypothèses, la première est peu réaliste, le chef contrôle tous les actes du dossier et décide en fonction de ses appréciations. Dans la seconde hypothèse, il fait confiance à ses subordonnés et il prend une décision en fonction de ce que ces derniers lui ont suggéré. Lorsqu'il y a des erreurs, il est très difficile d'identifier les vrais fautifs et de les juger. Le commissaire se défend de ne pas être au courant des faits et les enquêteurs ne sont pas responsables de leurs « suggestions ». Ainsi, certains pénalistes vietnamiens propose une réforme qui limitera la compétence des chefs de services aux simples tâches administratives et confiera aux enquêteurs la compétence de prendre des décisions importantes[492]. Ces derniers seraient responsables de leurs propres décisions y compris la requête de placement en détention provisoire. Cependant, cette proposition ne résout le problème de la pression que les enquêteurs peuvent exercer sur les suspects.

Le Code de procédure pénale reste silencieux sur les conditions de la requête de l'organe d'enquête. Ainsi, Le ministère de la police, le ministère de la défense et le parquet populaire suprême ont élaboré ensemble une circulaire du 7 septembre 2005, n° 05/2005/TTLT-VKSTC-BCA-BQP dans l'objectif de mieux détailler la procédure d'approbation. Selon, l'article 5 de cette circulaire, le dossier de demande d'approbation de la détention provisoire se compose des documents suivants[493] :

-La demande d'approbation de la détention provisoire ;

-La décision de garde à vue ;

- La décision d'ouverture d'une enquête pénale ;

[492]TRAN VAN DO « Pour la distinction des compétences en procédure pénale vietnamienne", site web http://www.luatviet.org/Home/nghien-cuu-trao-doi/hinh-su-to-tung-hinh-su/2010/8808.

[493] L'article 5 de la Circulaire du 7 septembre 2005, n° 05/2005/TTLT-VKSTC-BCA-BQP

-La décision de mise en examen ;

- Le procès-verbal de la mise en examen

-Les procès-verbaux des déclarations du suspect, des témoins et des victimes ; les procès-verbaux des interrogatoires

-Les preuves de la culpabilité de la personne mise en examen

-Bordereaux des pièces numérotées par l'organe d'enquête

Le parquet a la possibilité de demander à l'organe d'enquête du lui fournir des pièces complémentaires s'il estime que le dossier n'est pas complet. L'organe d'enquête qui a décidé le placement en détention provisoire doit vérifier l'identité des détenus et informer immédiatement la famille du détenu et les autorités des communes, quartiers, villes ou organismes ou organisations où le détenu réside ou travaille (art 88 al. 4).

Lors que le suspect est en garde à vue, l'organe d'enquête doit envoyer la demande d'approbation de la mise en détention provisoire dans un délai de 12 heures avant la fin de sa garde à vue (circulaire n° 05/2005 du 7 septembre 2005). Les difficultés se posent lorsque la garde à vue atteint le délai maximum[494]. En attendant la décision du ministère public, le suspect reste en rétention et il n'y a pas de qualification juridique pour cette rétention. Le Parquet populaire est tenu de répondre à la requête de l'organe d'enquête dans les trois jours à compter du moment de la réception de la demande, soit par une approbation soit par le refus de placement en détention provisoire. Le délai d'approbation de trois jours prévu par l'article 126 alinéa 1 est assez long. En réalité il peut être encore plus long en raison de l'ambiguïté du dit article qui dispose que « *le parquet populaire doit répondre dans les trois jours à compter de la date de réception de la demande d'approbation de la mise en examen* ». Il y peut avoir un « temps mort » indéterminé entre le moment où l'organe d'enquête envoie sa demande et le moment où le parquet prend connaissance réellement de celle-ci. Le dépassement de ces délais n'est pas sanctionné, il est donc impossible pour l'intéresse de faire respecter ce délai. il faudrait légiférer que passé ce délai, la personne est mise en liberté.

[494] La durée maximale de la garde à vue est de 9 jours (art. 87 CPPVN)

Pendant longtemps, la compétence de l'organe d'enquête en matière de détention provisoire n'a pas suscité de critiques particulières. Cette « confiance » s'expliqué par plusieurs raisons. La confiance de la société en moralité de toutes les administrations de l'Etat sans aucune distinction. L'organe d'enquête, comme n'importe administration, est soumis à un double "contrôle" qui est à la fois vertical et horizontal[495]. Vertical parce que c'est un contrôle hiérarchique du commissaire de l'organe d'enquête supérieur[496]. Horizontal parce que c'est le contrôle du Parti communiste au même niveau provincial ou du district. Pour les postes clés dans les administrations notamment la police, leur chef est obligatoirement membre du parti communiste[497]. Le Parti communiste a créé et entretenu le mythe relatif à la moralité exemplaire des personnes à qui il a confié la pouvoir. Au Vietnam, pour être membre du Parti communiste, il faut être une personne exemplaire (compétente dans son travail et de bonne moralité). Il existe des sanctions au sein du Parti communiste à l'encontre de ses membres lorsqu'ils ont commis une faute professionnelle.

Par ailleurs, pendant longtemps, les professionnels l'arrêtaient simplement à la première lecture artificielle du Code de procédure pénale qui laisse penser que le parquet populaire garde le contrôle en la matière. Ils croyaient également que l'organe d'enquête était réellement soumis à cette autorité. L'ouverture du Vietnam vers l'économie de marché (en 1986), a profondément changé la société vietnamienne au moins sur le plan idéologique. La volonté de s'enrichir a remplacé le rêve d'une société juste où il y a le partage des biens. La concentration de la population dans les grandes villes a bouleversé les traditions et les règles bien établies. La société devient plus complexe, la criminalité a donc de multiformes. La corruption est née avec la soif de richesse dans un contexte de pauvreté. La moralité des membres du Parti communistes s'est détériorée avec le temps. La population ne croit plus à la moralité des hauts fonctionnaires. Le contrôle du Parti communiste sur les administrations reste ineffectif. Ce contrôle devient aussi un écran pour protéger les membres du parti qui sont souvent de hauts fonctionnaires. Plusieurs personnalités ont échappé aux sanctions judiciaires. Lorsqu'un membre du Parti communiste a commis une infraction ou une faute professionnelle, les inspecteurs du Parti interviennent en premier pour déterminer la faute et

---

[495] Ce contrôle n'est pas prévu dans le Code de procédure pénale.

[496] La responsabilité disciplinaire est hiérarchique au Vietnam. Le Ministère de l'intérieur dirige et contrôle directement les organes d'enquête de la province ; ces derniers contrôlent et dirigent les organes d'enquêtes du district. Les organes inférieurs sont sous la direction des organes supérieurs.

[497] C'est une coutume, elle n'est écrite nulle part

les sanctions disposées dans les statuts du Parti. Les inspecteurs décident d'envoyer l'affaire aux enquêteurs ou non. Il n'y pas de recours possible contre les discisions des inspecteurs du Parti, ce qui est logique par ce que le Parti communiste dirige le pays. Parfois, ils se voient infligé simplement des sanctions disciplinaires.Plusieurs affaires scandaleuses ont été étouffées dans cette manière. L'autorité judicaire a un pouvoir faible face à un système très complexe.

Les abus et violations des droits sont de plus en plus nombreux. Il est vrai que la criminalité au Vietnam a beaucoup augmenté depuis une quinzaine d'années, ce qui demande une intervention très fréquente de la police. La population vietnamienne, en contact plus facilement avec d'autres systèmes judicaires, accepte de plus en plus difficile les abus commis par la police. L'idée de la protection des libertés fondamentales a fait sa place petit à petit dans cette société. Ainsi, la question de la compétence de la police en matière de détention provisoire est remise en cause. Il est vrai que dans une société démocratique, le rôle de la police est de maintenir l'ordre, elle ne doit pas prendre des décisions de nature judiciaire[498].

Par ailleurs, une certaine liberté d'expression semble habiter les paroles des professionnels, notamment les procureurs, qui crient fort leur impuissance face à la police et leur contrôle inefficace en matière pénale notamment pour ce qui concerne la détention provisoire. Une relecture des textes pénaux montre qu'ils sont assez confus. Plusieurs dispositions du Code de procédure pénale sont en effet des recommandations et non des textes législatifs, c'est-à-dire qu'elles ne prévoient pas de sanctions en cas de violation. Depuis quelques années, le Vietnam s'est fixé l'objectif de construire un Etat de droit ; le Gouvernement n'a pas d'autres choix que de suivre l'évolution de la société vietnamienne qui réclame davantage de protection des droits individuels. Dans ce contexte, le rôle de la police dans la procédure pénale et la relation entre celle-ci et le ministère public suscitent de nombreuses questions.

[498] Au Vietnam, l'enquête pénale fait partie des activités judicaires, voir supra n°

B L'approbation par le parquet de la mise en détention

Selon les articles 80 et 88 du Code de procédure pénale, lorsque l'organe d'enquête décide le placement en détention provisoire, cette décision doit être soumise à l'approbation du ministère public avant son exécution. La prolongation de la détention provisoire est également soumise à l'approbation du ministère public (art. 120 al. 2 CPPVN). Lorsque le ministère public approuve la décision de placement en détention provisoire, il n'a pas à motiver son approbation. En effet, aucun texte ne l'exige. Par contre, lorsqu'il refuse de l'approuver, il doit indiquer les raisons de son refus (art. 112 al. 4 du CPPVN). Cette disposition démontre que la détention est la règle, la liberté du suspect est l'exception. Le système pénal vietnamien est « obnubilé » par l'idée de trouver le coupable. Cette disposition correspond à l'esprit général du système répressif au Vietnam selon lequel « il vaut mieux condamner un innocent que laisser en liberté un coupable »[499]. Par ailleurs, elle démontre que le ministère public n'a pas vrai de pouvoir de contrôle en la matière, il doit motiver son refus. Néanmoins, le ministère public, lorsqu'il n'approuve pas la mise en détention provisoire, peut immédiatement annuler la mise en examen et mettre en liberté l'intéressé.

La question est de savoir si le parquet populaire peut décider lui-même le placement en détention provisoire sans être saisi par l'organe d'enquête. La lecture de l'article 36 du Code de procédure pénale et l'article 13 alinéa 1 de la loi de 2002 laisse pense penser que le ministère public peut prendre une telle décision de sa propre initiative. En effet, l'article 36 du Code de procédure pénale dispose que *« le ministère public peut décider d'ouvrir une enquête pénale, de mettre en examen le suspect et mettre en détention provisoire ou l'annuler* ». L'article 13 alinéa 1 de la loi de 2002 confirme ce principe. Cette disposition nous parait logique car le ministère public a la compétence de surveillance générale de l'ensemble de la procédure pénale, il devrait pourvoir prendre ces décisions s'il l'estime nécessaire. Cependant, la lecture de l'ensemble des textes en la matière montre que la compétence du parquet est assez limitée. En effet, il ne peut dans aucun cas décider le placement en détention provisoire sans être saisi par l'organe d'enquête. Si le parquet estime que le placement en

[499] Dinh The Hung, "les relations entre le parquet populaire et l'organe d'enquête »
http://dinhthehung.wordpress.com/2011/05/03

détention provisoire est nécessaire, il doit d'abord demander à l'organe d'enquête de le faire. Le parquet ne prendra cette décision que si l'organe d'enquête refuse sa demande. La loi impose une courtoisie entre le parquet et l'organe d'enquête. L'article 112 du Code de procédure pénale énonce que l'organe d'enquête doit exécuter impérativement certaines demandes du parquet telles le demande de modifier les mesures de prévention, d'annuler les décisions illégales de l'organe d'enquête, d'annuler la mise en examen et de classer l'affaire sans suite. Cette disposition reste un « conseil », elle n'est assortie à aucune sanction.

C'est la même règle en ce qui concerne la compétence d'ouverture d'enquête et la mise en examen. Le parquet populaire ne peut pas décider d'ouvrir une enquête de son propre initiative, il ne peut le faire qu'après avoir demandé à l'organe d'enquête et celui-ci y refuse (art. 114 CPPVN). De même, le parquet populaire ne peut décider lui-même la mise en examen, il doit demander à l'organe d'enquête de le faire. La seule hypothèse où il peut décider la mise en examen c'est lorsqu'il examine le dossier pénal au moment du règlement de l'enquête où il découvre un suspect qui n'est pas encore n'a pas encore mis en examen (art. 126 al. 5 CPPVN). C'est une sorte de mise en examen complémentaire. En bref, la législation concernant le partage des compétences entre le parquet populaire et l'organe d'enquête est très confuse. Cette confusion a des conséquences graves parce qu'elle concerne les décisions de nature juridictionnelle et qu'elle se place dans un contexte où la police a un pouvoir omniprésent dans la société vietnamienne.

Pendant longtemps les pénalistes vietnamiens ont admis que le mécanisme d'approbation du ministère était une bonne garantie des droits des justiciables En effet, toutes les mesures portant atteinte à la liberté d'aller et de venir telle que le mandat d'arrêt (art. 80 CPPVN), l'arrestation d'urgence (art. 81 CPPVN), la garde à vue (art. 86 CPPVN), la détention provisoire (art. 88 CPPVN), la perquisition au domicile (art. 141 CPPVN) et la saisie de biens (art. 146 CPPVN) sont soumises à l'approbation du parquet populaire si elles ont été décidées par la police. Pour différentes raisons, ni les professionnels, ni les chercheurs n'ont relevé l'imperfection de ce mécanisme de contrôle. Il est vrai que la critique ne fait pas partie de la culture vietnamienne, cela peut être très mal interprété par l'autorité. Cependant, depuis quelques années, les professionnels notamment le ministère public font part de leurs difficultés à appliquer la loi face à la puissance de la police.

La pratique a démontré que le mécanisme d'approbation n'est qu'une simple formalité, cela ne permet pas au ministère public de contrôler de manière efficace la légalité

du placement en détention provisoire décidée par la police. En effet, le Parquet populaire n'a pas de réel pouvoir sur la police. Le partage de compétence entre la police et le ministère public au stade de l'enquête est très délicat. Théoriquement, le ministère public a un pouvoir de surveillance de l'ensemble du système judiciaire vietnamien et de l'enquête pénale, mais en réalité, il a des difficultés à faire face à un réel pouvoir de la police. Dans la société vietnamienne, le réel pouvoir se trouve aux mains des autorités qui peuvent prendre des décisions et qui sont en contact direct avec la population parce qu'elles peuvent faire pression sur celle-ci. Le contrôle entre les administrations et les organes de l'Etat, sous quelque forme que ce soit reste très difficiles, il existe toujours un compromis entre eux.

En pratique, le parquet approuve systématiquement la demande de placement en détention provisoire des enquêteurs. Il arrive que l'organe d'enquête fasse du chantage au ministère public pour obtenir son approbation. Le refus d'approbation de la détention provisoire par le parquet reste exceptionnel. Les statistiques du Parquet populaire suprême démontrent que la proportion entre le nombre de détentions provisoires approuvées et le nombre de refus reste stable[500]. En 2005, il y a eu 92.368 personnes placées en détention provisoire et il y a eu 329 refus d'approbation ; en 2006 ces chiffres étaient de 105.094 et 350, en 2007 107.999 personnes mises en détention provisoire et 341 refus, en 2008, 110.939 personnes mises en détention provisoire et 334 refus. Par contre en 2009, le nombre de personnes placées en détention a considérablement augmenté (135.012 personnes) alors que le parquet a refusé seulement 190 demandes de l'organe d'enquêteur. Ces statiques démontrent que l'organe d'enquête est l'autorité qui décide réellement le placement en détention provisoire. Par ailleurs, le ministère public n'a aucun moyen de placer en détention provisoire la personne mise en examen lorsque l'organe d'enquête ne le souhaite pas.

Face à la police, le pouvoir du parquet est affaibli pour différentes raisons. Avant la réforme de 2004, le ministère public pouvait effectuer lui-même des enquêtes dans plusieurs types d'infractions. A ce titre, il pouvait prendre toutes les décisions nécessaires y compris la mise en détention provisoire. La réforme récente a supprimé ces services d'enquête dans l'objectif de renforcer sa fonction de poursuite et son contrôle des enquêtes pénales. Les

[500] Hoàng Thị Minh Sơn, « la protection des droits des personnes arrêtés, placées en garde à vue et détenue dans la procédure pénale vietnamienne », Revue du droit n° 3/2011, p. 54 – 61.

pénalistes ont approuvé cette réforme qu'ils croient renforcer la position du parquet populaire face à la police mais lorsque nous analysons bien la situation, son pouvoir est malencontreusement affaibli. Cependant, dans la structure du système juridique vietnamien, le parquet populaire présente des garanties statuaires en matière de détention provisoire. Pour cela, il faut supprimer totalement la compétence de la police et transférer l'entière compétence au parquet populaire.

II . Le transfert de l'entière compétence au parquet populaire

A partir des analyses ci-dessus, nous proposons de transférer la compétence de placement en détention provisoire au parquet populaire. Dans le système judicaire et politique du Vietnam, le ministère public offre suffisamment de garanties pour être un pilier de la procédure pénale au stade de l'enquête. Nous allons donc tout d'abord décrire le statut du parquet dans le système judicaire du Vietnam (A) avant de présenter des propositions concrètes (B).

A. Le statut du parquet populaire dans le système judicaire du Vietnam

Pendant longtemps, l'Etat communiste a refusé d'adopter le principe de séparation des pouvoirs. Pour les pays communistes, tout le pouvoir se trouve à l'assemblée nationale qui représente le peuple. Cependant, depuis quelques années, la doctrine a reconnu qu'il existe trois types de pouvoir dans un Etat : le pouvoir législatif, le pouvoir d'exécution et le pouvoir judiciaire sans pour autant reconnaitre le principe de la séparation de pouvoirs et le contre-pouvoir. La théorie du communisme affirme que la concentration de pouvoir est le meilleur moyen pour la démocratie car l'Assemblée nationale est élu au suffrage universel. Ainsi, l'Assemblée nationale élit à son tour le Premier ministre, le Procureur général, le président de la Cour populaire suprême. La majorité de la doctrine vietnamienne classe le parquet populaire dans le pourvoir judiciaire au même rang que les tribunaux[501]. Le parquet populaire au Vietnam n'a pas de problème de hiérarchie avec le Gouvernement mais il n'est pas totalement indépendant non plus. Il doit suivre les recommandations du Parti communiste.

Dès sa création en 1960 par la Constitution de 1959 le parquet populaire a été doté d'une organisation indépendante dans l'appareil étatique du Vietnam. Cette Constitution a repris le modèle d'organisation étatique de l'ex URSS alors que la première Constitution du

[501] Vo Phuoc Long, Revue de la recherche de la législation n° 173 juin 2010

Vietnam en 1945 votée après l'indépendance ressemblait davantage à la Constitution française. Récemment, la question du rôle du parquet populaire dans l'ensemble de l'organisation étatique et dans le système judiciaire vietnamien revient au centre des débats.

En effet, les Constitutions successives et les textes de loi lui confèrent trop de fonctions mais en réalité, le pouvoir du ministère public est très limité. La Constitution de 1959 et suivantes ont confié au ministère public le rôle de contrôle général du respect de la loi. Il exerce ce contrôle sur l'ensemble de l'administration. En pratique, ce contrôle ressemble plutôt à une surveillance de l'application de la loi. Lorsqu'il y a la violation de la loi par l'administration, le ministère public la relève et propose à celle-ci de rectifier les « erreurs ». Il n'a ni le pouvoir de contrainte ni la possibilité de les poursuivre directement devant la justice. La surveillance générale du ministère public se révèle inefficace, ses fonctions sont trop éparpillées. La tendance est de concentrer les compétences du ministère public sur ses fonctions de poursuite et surveillance des actions judicaires (enquête, jugement et exécution du jugement). C'est ce qui a été confirmé dans la Résolution n°49-NQ/TW de 2005 de la Direction politique relative à la réforme judicaire jusqu'en 2020.

En matière pénale, le parquet populaire exerce la compétence de poursuite et de surveillance de la bonne application de la loi tout au long de la procédure. En effet, l'article 23 du Code de procédure dispose que « *le ministère public surveille l'application de la loi durant la procédure pénale, il a la responsabilité de découvrir à temps la violation des lois commise par les organes compétentes, des personnes compétentes et personnes participant à la procédure, il doit écarter ces violations par les moyens autorisés par le Code de procédure pénale* ».

Comme d'autres dispositions du Code de procédure pénale, celles de cet article restent assez générales. La loi relative à l'organisation du parquet populaire n° 34/2002/QH10 du 2 avril 2002 a essayé de mieux détailler les fonctions de surveillance du parquet de la procédure pénal. Ainsi, l'article 14 de cette loi dispose qu'afin d'exercer sa fonction de surveillance, le ministère public a la responsabilité et les compétences suivantes :

-Surveiller la mise en examen, les activités d'enquête et la constitution des dossiers des organes d'enquête;

-Surveiller l'application de loi aux participants à la procédure (la personne mise en examen, la personne détenue provisoirement, l'accusé, la partie civile, la victime, le témoin, le défenseur, l'expert, l'interprète (art. 48 -61 CPPVN) ;

-Régler les conflits de compétence d'enquête conformément à la loi ;

-Demander aux organes d'enquête de réparer des violations de la loi ; demander aux commissaires de sanctionner les enquêteurs qui ont commis des violations de la loi ;

-Proposer aux organismes concernés les solutions pour prévenir les infractions et les violations de la loi.

Pour exercer la compétence de poursuite, l'article 13 de la loi 34/2002/QH10 du 2 avril 2002 dispose que le parquet populaire a la responsabilité et les compétences suivantes : -Ouvrir une information pénale[502], mettre en examen, demander aux organes d'enquêtes d'ouvrir une information pénale ou mettre en examen, ou bien modifier le contenu de ces décisions ; Demander aux enquêteurs d'effectuer des actes ; effectuer directement des actes d'enquête conformément à la loi ;

-Demander aux commissaires de changer les enquêteurs ; ouvrir une enquête pénale contre un enquêteur s'il y a des indices laissant penser qu'il a commis une infraction pendant l'exercice de sa fonction ;

-Décider, modifier, annuler les mesures d'empêchements (arrestation, garde à vue, détention provisoire) ; approuver ou ne pas approuver les décisions des organes d'enquête ;

-Annuler les décisions illégales des organes d'enquête ;

-Mettre fin à l'enquête ou la suspendre;

Une partie des compétences du parquet ci-dessus citées est également prévue par les articles 36 et 37 du Code de procédure pénale qui sont plus complets. Le Code de procédure

[502] Une enquête pénale est ouverte lorsqu'il existe des indices qu'une infraction a été commise (art. 100 du Code de procédure pénale). En principe, les organes d'enquêtes prennent la décision d'ouvrir ou non l'enquête pénale. Le ministère public décide l'ouverture d'une enquête pénale lorsqu'il annule la décision de non- ouverture d'une enquête pénale de l'organe d'enquête ou lorsque le jury le requiert (art. 104 du CPPVN)

pénale a été modifié en 2003 alors que la loi a été promulguée en 2002[503]. Nous ne comprenons pas pourquoi les auteurs du Code de procédure pénale n'ont pas repris la méthode de la loi de 2002 qui nous parait plus clair. C'est-à-dire, distinguer les actions du ministère public selon la nature de son intervention, exercice de la poursuite ou surveillance des enquêtes. Les articles 36 et 37 du Code de procédure pénale ont tout mélangé sans reprendre la méthode établie par la loi de 2002. Quoi qu'il en soit, le parquet populaire n'exerce ses compétences ci-dessus citées en toute autonomie, il doit concerter avec l'organe d'enquête chaque fois où son avis est différent de celui de l'organe d'enquête

Néanmoins, le parquet populaire a un statut indépendant dans le système judicaire du Vietnam. Contrairement au système occidental où le ministère public est placé sous la hiérarchie du Ministère de la justice, dans les pays communistes, le Parquet est indépendant du Gouvernement mais il est soumis, comme n'importe quel organisme, au contrôle du Parti. Le parquet populaire est présent dans chaque district, chaque province, il est dirigé par le Parquet populaire suprême. Le chef du Parquet populaire suprême est élu, au même titre que le Président de la Cour populaire suprême par l'Assemblée Nationale selon la proposition du Président de la République socialiste pour un mandat renouvelable de 5 ans[504]. Par cette élection, le Parquet est indépendant du Ministère de la justice mais nous ne pouvons pas dire que le Parquet est indépendant du pouvoir politique car la plupart des membres de l'Assemblée Nationale sont des membres du Parti communiste. Le pouvoir de diriger l'Etat et la société du Parti communiste est un pouvoir constitutionnel (art. 4 de la Constitution de 1992).

Par ailleurs, il nous semble que le parquet populaire est placé, sous certains points de vue, à un rang supérieur au tribunal. Il est le seul qui est l'habilité pour enquêter sur les infractions commises par les enquêteurs et les juges dans l'exercice de leur fonction[505]. Par ailleurs, la loi n° 03/L-CTN du 08 octobre 1992 relative à l'organisation du parquet populaire lui a attribué une nouvelle compétence de contrôle de l'activité des tribunaux alors que cela n'a pas été prévu par la Constitution de 1992 (art. 137). Cette loi a été promulguée dans le but

[503] L'article 36 du Code de procédure pénale dispose que le ministère public peut prolonger les délais d'enquêtes, prolonger la détention provisoire, ouvrir à nouveau une enquête ; ces compétences ne sont pas prévues par la loi de 2002.

[504] Article 84 alinéa 7 de la Constitution de 1992

[505] L'article 3 §2 de la loi relative à l'organisation du ministère public n° 34/2002/QH10 du 2 avril 2002. Les infractions liés aux activités de jugement sont : jugement illégal, falsifier les preuves, laisser fuir le détenu ect.

de mieux protéger les justiciables d'éventuelles erreurs des tribunaux. L'article 137 de la Constitution de 1992 a été ensuite modifié en ajoutant la nouvelle compétence du ministère public. A ce titre, le ministère public est chargé de l'enquête lorsqu'un fonctionnaire judiciaire a commis une infraction dans l'exercice de sa mission.

B. La compétence exclusive du parquet populaire en matière de détention provisoire

Dans la plupart des pays européens, la détention provisoire est décidée par le juge. Il arrive que la détention provisoire soit décidée par le ministère public si celui-ci est suffisamment indépendant du pouvoir politique. Au Vietnam, à l'heure actuelle, il impensable de confier cette compétence à un juge. En effet, les fonctions des magistrats sont attachées à celles du tribunal, ils n'interviennent pas avant le jugement[506]. Depuis la création du Code de procédure pénale, il n'a jamais été la question d'intervention des magistrats avant le jugement. Le Tribunal reçoit des dossiers préparés par les enquêteurs et le Parquet, si les dossiers ne sont pas complets, le juge renvoie le dossier aux enquêteurs, ils ne peuvent pas requérir des actes de ces derniers. Le principe de la séparation de la poursuite et du jugement est strictement observé dans le système pénal du Vietnam.

Pour que le parquet populaire puisse contrôler réellement l'enquête, il faut que les organes d'enquête soient détachés des Ministère de la police et de la défense. Il existe deux propositions, soit rattacher au Ministère de la justice soit au Parquet populaire suprême.

L'idée de créer une police judicaire a son origine dans les débats sur la réforme de l'exécution des jugements pénaux en 2005. Le Ministère de la justice a proposé de rattacher le service d'exécution des jugements à son ministère qui serait nommé « service de protection et d'assistance à la justice ». Actuellement, l'exécution des jugements est un service spécialisé de la police. Ces vœux de réformes s'étendent également à la direction des prisons, Des maisons d'arrêt. En effet, le Ministère de la justice ne peut diriger le service d'exécution des jugements étant donné qu'il est attaché administrativement au Ministère de la police. A partir de cette idée, certaines juristes ont proposé également de créer un service d'enquête indépendant de la police rattaché au Ministère de la justice. Les Ministères de la police et de la défense contestent vivement cette proposition. L'enjeu de cette proposition est très important car si elle aboutit cela veut dire que le pouvoir de la police va reculer et que la société sera gérée autrement que par la force et la peur. L'autorité judiciaire retrouverait son pouvoir face à la police. Cependant, cette proposition a peu de chance d'aboutir.

D'autres opinions plus audacieuses proposent rattacher les organes d'enquêtes au ministère public pour qu'il puisse contrôler réellement les activités d'enquête. Cette opinion se justifie par le fait que l'enquête est une activité judicaire, elle doit être contrôlée par une

[506] Le président de la Cour populaire suprême a proposé de créer le juge d'instruction au mais son avis est très peu partagé.

autorité judicaire. Le seul contrôle efficace dans le système vietnamien est la hiérarchie. Mais le Ministère de la police qui a une compétence très large en matière d'enquête refuse également cette proposition. Cette scission risque d'être lourde au niveau de l'organisation du personnel. Les enquêteurs de la police souhaitent-il vraiment être rattachés au Parquet populaire? Etant donné que le Ministère de la police est contre cette indépendance, les officiers de la police judicaire pourront-ils demander l'aide de leurs collègues de la police qui disposent de beaucoup plus de moyens pour enquêter ? Nous savons que ce transfert de compétence s'il se réalise risque d'être très long.

Devant le refus systématique des Ministères de la police et de la défense, le Parquet populaire suprême propose de conserver les organes d'enquêtes au sein des Ministère de la police et de la défense mais élargir sa compétence d'enquête pour certains types d'infractions telles que les infractions portant atteinte aux droits fondamentaux, les infractions liées à la corruption. Nous avons supprimé les services d'enquête au sein des parquets populaires en 2004, il faudra peut-être les restaurer dans l'avenir.

En attendant une réforme très longue et complexe de la procédure pénale, nous estimons qu'il est urgent de transférer les compétences juridictionnelles au stade de l'enquête au parquet populaire. Ce dernier sera entièrement compétent pour prendre des décisions de nature juridictionnelles telles que l'ouverture de l'enquête, la mise en examen, les mesures attentatoires à la liberté individuelle (arrestation, garde à vue, détention provisoire, perquisitions) et le règlement d'enquête. Nous donc supprimons le mécanisme d'approbation dont nous avons démontré qu'il est inefficace. Pour éviter toute pression de l'organe d'enquête sur le parquet populaire, la requête de l'organe d'enquête en matière de détention provisoire sera également supprimée. Le parquet populaire prend la décision de placer l'intéressé en détention provisoire ou de le laisser en liberté en fonction des critères légaux et de ses propres appréciations. De toute évidence, la décision de placement en détention provisoire du ministère public doit être motivée. En l'état actuel du sytème pénal vietnamien, le seul recours contre une telle décision reste le recours gracieux. Mais dans l'avenir, nous pouvons envisager un recours juridictionnel. Le chemin est encore très long pour réaliser un jour cet objectif.

La deuxième étape de la réforme sera de clarifier le contrôle du ministère public sur les activités des enquêteurs. Le rôle des enquêteurs consistait simplement à ressembler les preuves. Il faudrait que le parquet populaire ait un pouvoir de direction sur l'enquête

policière. Cela consisterait à initier, stimuler, orienter et contrôler les enquêtes effectuées pas la police. Il donnerait l'instruction de faire tel ou tel enquête en désignant tel ou tel service. Par ailleurs, son pouvoir de surveillance devrait lui permettre de s'assurer de l'aptitude des enquêteurs et de contrôler la qualité de leur contribution. Le dossier de chaque enquêteur sera tenu en permanence au Parquet populaire. Le procureur lui donnera l'habilitation ou la lui retirera. Lors de la discussion sur la réforme de l'enquête policière au Vietnam, les juristes français ont apporté l'expérience de la France en la matière[507]. Les juristes vietnamiens peuvent étudier l'organisation de la police judiciaire française pour enrichir leur réflexion.

La compétence, la hiérarchie entre le parquet populaire et l'organe d'enquête ne sont qu'un aspect de la détention provisoire. La réforme à venir doit certainement intégrer la question des droits de la personne mise en cause notamment les droits de la défense.

§ 2. L'absence des règles garantissant l'effectivité des droits du suspect

Jamais le droit pénal, notamment la procédure pénale, n'a autant passionné les juristes et la société vietnamienne entière. C'est une matière qui intéresse directement les questions fondamentales de la société, la liberté, la violence, la peur. La contestation des détentions provisoires abusives devient de plus en plus vive. Ainsi, les droits de la défense se trouvent au centre du débat de la procédure pénale (I). Les droits de la défense de la personne placée en détention est très limités parce qu'elle n'a pas l'occasion de discuter sur l'opportunité de cette mesure (II).

[507] Documentaire de la conférence sur les enquêtes policières organisé par la Maison du droit vietnamo-française, p. 14

I. Les droits de la défense

En droit vietnamien, bien qu'il existe de nombreuses règles protégeant les droits du suspect, elles ne sont pas toujours effectives soit par ce qu'elles sont neutralisées par d'autres règles contradictoires soit parce que l'organe d'enquête, le ministère public, ou le tribunal ne les appliquent pas. Lorsqu'il y une contradiction entre deux textes, le texte qui est moins favorable au droit de la défense s'applique car c'est l'interprétation de l'autorité compétente qui compte. Le Code de procédure pénale reconnait le droit de la personne mise en cause d'être assistée par un défenseur dès le début de l'enquête (A) mais l'application de ce droit est tout autre (B)

A. L'existence du droit à l'assistance d'un défenseur

L'article 132 de la Constitution du Vietnam reconnait le droit de l'accusé de se défendre lui-même ou d'être assisté d'un défenseur. Les droits de la défense sont donc un droit protégé par la Constitution. Dans le projet de réforme de la Constitution, les avocats proposent de créer un chapitre relatif aux droits naturels parmi lesquels figureront les droits de la défense. Actuellement, les droits de la défense se trouvent dans le chapitre relatif aux oranges judicaires (tribunal et parquet populaire). Les articles 49 et 50 Le Code de procédure pénale précisent que la personne mise en examen doit être informée de la raison de sa mise en examen et de ses droits notamment le droit de se défendre lui-même ou d'être assistée par un défenseur. Cependant, la personne mise en examen est simplement informée de la qualification juridique des faits qui lui ont reprochés, le Code de procédure pénale n'impose pas une information détaillée relative aux faits.

En droit vietnamien, la notion de défenseur est plus large que celle d'avocat. En effet, le défenseur peut être un avocat, un représentant légal de la personne mise en examen ; le défenseur populaire. Le défenseur populaire est un membre d'une association sociopolitique (Comité de rassemblements du peuple) qui a des connaissances en droit et s'inscrit sur une liste des défenseurs populaires (art 57 al. 3 CPPVN). Ce statut a été créé juste après l'indépendance du Vietnam afin d'assurer la défense à titre gratuit des personnes qui n'ont pas d'avocat[508]. Le défenseur populaire est désigné d'office par le président du tribunal sur la demande du suspect. Le statut de défenseur populaire a été créé dans une période très

[508] L'Ordonnance n° 69/SL du 18/6/1949, et Décret 01/NĐ du12/01/1950 du ministère de la justice relatif aux conditions d'être défenseur populaire.

particulière dans l'histoire du Vietnam, après l'indépendance du Vietnam du Nord et en pleine guerre d'Indochine. Après l'indépendance du Vietnam et la déclaration du régime communiste, les avocats qui travaillaient sous le régime colonial sont partis dans le Sud du Vietnam, pour ceux qui restaient dans le Nord, la plupart d'entre eux ils n'ont pas été « invité s » à exercer leur métier sous le nouveau régime[509]. En attendant d'instaurer et former les avocats communistes, Ho Chi Minh a décidé de créer le statut du défenseur populaire. Cette vieille institution persiste jusqu'à maintenant mais elle ne fonctionne que de manière très peu efficace.

Depuis les années 80, avec le développement de la profession d'avocat, le défenseur populaire participe au procès pénal de manière exceptionnelle. Il exerce la défense, plutôt l'accompagnement des personnes mises en causes notamment dans les régions très éloignées où il n'y a pas de barreau. La plupart des juristes proposent supprimer ce statut en raison d'une part, de la professionnalisation de la défense, d'autre part, parce qu'aucun texte n'organise les conditions, les compétences du défenseur populaire. En effet, le défenseur populaire n'est pas une profession mais simplement une activité complémentaire de certaines personnes membre de l'association de rassemblement du peuple. Le fondement de l'existence du défenseur populaire est d'assurer une assistance juridique gratuite aux accusés. A l'heure actuelle, la gratuité de la défense peut être assurée les avocats qui travaillent en tant que fonctionnaire dans les centres d'aide juridictionnelle[510]. Les personnes pauvres, les personnes âgées, les minorités, les victimes de la violence conjugale, les victimes des infractions sexuelles, les familles qui ont contribué à la victoire du Vietnam pendant la guerre bénéficient de l'aide juridictionnelle. En matière pénale, l'assistance d'un avocat n'est obligatoire que pour les personne qui risquent d'être condamnées à la peine de mort, pour les mineurs et pour les personnes handicapés physiques ou mentales (art 57 al. 2 CPPVN). Dans ce cas, l'organe d'enquête, le ministère public ou le tribunal, demande au barreau de désigner un avocat commis d'office. Il arrive que les avocats décident de défendre à titre gratuit des personnes sans que cela soit obligatoire.

L'assistance de l'avocat est régie essentiellement par l'article 58 du Code de procédure pénale et les dispositions de la loi n° 65/2006/QH11 du 29 juin 2006 relative à la profession d'avocat. L'article 58 du Code de procédure pénale affirme le principe selon lequel la

[509] Sous le régime colonial, il y avait des barreaux que dans les grandes villes.

[510] Un organisme de l'Etat, rattaché au Ministère de la justice.

personne mise en examen a le droit d'être assistée par un avocat dès sa mise en examen. Ce dernier peut « participer à la procédure » dès l'arrestation ou la garde à vue si ces mesures ont été prises à l'encontre du suspect. Pour les infractions portant atteinte à la sécurité nationale, sur la décision du ministère public, l'assistance d'un avocat n'est possible qu'après la clôture de l'enquête. L'expression « participer à la procédure » est assez vague, elle se compose de plusieurs types d'actes :

a) Être présent lors des déclarations de personnes en garde à vue et des interrogatoires des personnes mises en examen, ils peuvent interroger ces dernières avec l'accord des enquêteurs ; être présent dans les actes d'enquête ; consulter les procès-verbaux lorsqu'ils y participent et d'autres décisions concernant leurs clients ;

b) Proposer aux enquêteurs de les informer de la date et de l'endroit de l'interrogatoire pour y être présent

c) Demander de changer les enquêteurs, les procureurs, les experts et les interprètes;
d) recueillir des documents, des objets et des éléments relatifs à la défense des personnes mises en causes sauf si cela porte atteinte au secret d'Etat ou au secret professionnel ;
e)Fournir des documents, des objets et émettre des demandes;
g)Entretenir avec la personne en garde à vue ou la personne mise en détention provisoire ;

h) Lire, prendre des notes et copier les documents du dossier nécessaire à la défense à la clôture de l'enquête ;

i) Poser des questions et participer à des discussions lors du procès;

j) Faire des recours gracieux contre les décisions et les actes des enquêteurs et des procureurs ;

k) Interjeter l'appel des jugements ;

Le Code de procédure pénale de 2003 a gardé l'essentiel du rôle de l'avocat dans la procédure pénale organisé par l'ancien Code de procédure pénale de 1988 (article 36). La réforme de 2003 a ajouté le droit de l'avocat de consulter les procès-verbaux des actes de procédures. Néanmoins, il ne peut consulter que des procès-verbaux des actes effectués en sa

présence. Il ne peut donc pas consulter des procès-verbaux des actes effectués en son absence. Cette disposition est très regrettable car elle limite vraiment le droit de la défense. Par ailleurs, le Code de procédure pénale ne précise pas la nature des actes d'enquête auxquels les avocats peuvent être présents. Cela dépend de la décision des enquêteurs.

Il est important de retracer l'historique de la profession d'avocat au Vietnam pour comprendre leur place dans l'ensemble du système judiciaire. C'est une profession à la fois très jeune et ancienne. Ancienne parce que le premier Décret régissant cette profession a été promulgué le 26 novembre 1876 sous la colonisation française pour défendre des Français et des Vietnamiennes naturalisés françaises devant le tribunal français en Cochinchine[511]. En 1884, le Gouverneur général de l'Indochine a signé un Décret instituant les barreaux de SaiGon et de Hanoi. Pendant cette période, les avocats exerçaient leur profession seulement devant les tribunaux français. Par contre, les tribunaux vietnamiens continuaient à fonctionner comme avant la colonisation, c'est-à-dire sans les défenseurs. En 1930, le Gouverneur d'Indochine a publié un Décret du 25 mai 1930 introduisant l'assistance des avocats dans les tribunaux vietnamiens à Hanoi, Da Nang et Saigon. Dès l'indépendance du Vietnam en 1945, Ho Chi Minh a signé le 10 octobre 1945[512] le Décret numéro 46/SL relatif à l'organisation des barreaux au Vietnam. Ce décret a conservé le principal fonctionnement des barreaux sous le régime français et apporté quelques modifications mineures[513].

La particularité de l'organisation des avocats vietnamiens fait qu'ils ne sont pas réellement indépendants du pouvoir politique. La Constitution confie aux avocats le rôle de défendre l'intérêt légitime des particuliers et la loi socialiste (art. 132). En effet, nous considérons que les avocats sont des auxiliaires de la justice qui assistent les tribunaux dans la réalisation de la justice et la recherche de la vérité. A l'heure actuelle, nous ne pouvons pas encore parler de la réelle indépendance des avocats car ils ne sont pas assez bien organisés pour être indépendants. Le Ministère de la justice garde encore le contrôle sur les barreaux ; il a accompagné la création et le développement des barreaux. Il délivre le certificat pour exercer la profession d'avocat. Par ailleurs, le pouvoir central a mis des personnalités de le l'administration aux postes clés des barreaux. Le président du barreau national était vice-

[511] Le Sud du Vietnam.

[512] La déclaration d'indépendance du Vietnam a été proclamée le 3 septembre 1945.

[513] Ho Chi Minh a été défendu par des avocats étrangers lors de la condamnation à peine de mort prononcée par un tribunal français en 1928.

président de la Cour suprême. Il y a d'autres membres du Ministère de la justice se sont vus attribuer des rôles importants au barreau national. Certains avocats contestent cette immixtion de l'administration dans leur organisation qui est de nature socio professionnelle et non politique tandis que d'autres avocats ne voient aucun inconvénient et se persuadent que l'administration peut porter une aide au barreau. Depuis quelques années, les avocats ne parlent plus de leur métier comme l'auxiliaire de la justice mais comme le défenseur des droits individuels.

Une décision historique a été prise par la Cour populaire suprême, elle a annulé un jugement au motif que les personnes mises en examen n'ont été assistées qu'au moment de l'accusation, c'est-à-dire après la clôture de l'enquête[514]. Cette décision attire l'attention des pénalistes car il est très rare que la Cour d'appel annule le jugement pour ce motif. L'affaire est aussi sensible parce c'est une affaire de corruption. Si cette jurisprudence peut s'appliquer à n'importe quelle infraction, ce sera une avancée du droit de la défense.

B. L'ineffectivité des droits de la défense

Pendant longtemps, les juristes et les politiciens se contentaient de répéter le discours officiel sur la supériorité des textes pénaux du régime communistes sans révéler ses lacunes, ses contradictions. Pour eux, les droits des personnes mises en cause étaient bien indiqués dans le Code de procédure pénale, la détention provisoire était convenablement soumise à des conditions strictes. Mais ils ne se sont jamais posés la question de savoir si ces droits étaient appliqués en réalité et en cas de violation quelle était les moyens de les faire respecter. Dans le passé, il était naturel de croire que dans le régime communisme, il ne pouvait y avoir de la violation de la loi. Après une période de confiance en régime communiste, professionnels du droit notamment les avocats dénoncent l'ineffectivité des droits de la défense

La lecture de l'article 58 du Code de procédure pénale révèle que l'avocat au Vietnam n'est pas seulement un défenseur des droits des personnes mais aussi un collaborateur de la justice[515]. Ils doivent collaborer avec la justice dans la recherche de la vérité. En effet, le

[514] http://www.tand.hochiminhcity.gov.vn (site de la Cour suprême)

[515] Les avocats doivent utiliser toutes les mesures prescrites par la loi pour clarifier les circonstances qui déterminent l'innocence du mis en examen, les circonstances atténuantes de la responsabilité pénale du mis en examen;
b) Assister la personne en garde à vue, la personne mise en examen et les accusés pour défendre leurs droits ;

législateur impose à l'avocat de de remettre aux enquêteurs, au parquet, au tribunal les documents et les objets en sa disposition concernant l'affaire en cours (art. 58 al. 3 a CPPVN). Cette disposition reste assez vague sur la nature des documents et des objets à remettre à la justice. La question est de savoir si l'avocat doit remettre à l'autorité les pièces qui ne sont pas favorables à la défense de son client. Il est difficile d'établir la confiance entre le client et l'avocat lorsque ce dernier est soumis à une telle obligation. Par ailleurs, il n'existe pas encore en droit vietnamien de protections particulières de la confidentialité dans l'exercice de la défense (écoute téléphonique, perquisition, secret de la correspondance…). Il y a seulement environ 18% des affaires pénales qui ont l'assistance de l'avocat[516].

L'assistance d'un avocat dans un procès civil ou pénal n'est pas automatique, elle est soumise à une autorisation de l'organe d'enquête. L'article 56 alinéa 4 du Code de procédure pénale dispose que « dans un délai de 3 jours à partir du moment où l'enquêteur reçoit la désignation d'avocat de l'intéressé et d'autres documents concernant la défense, il doit examiner la demande pour délivrer l'autorisation de défense ». Dans le cas où la personne est en garde à vue, les enquêteurs doivent examiner dans un délai de 24 heures la demande d'assistance d'un avocat. L'enquêteur peut refuser cette demande pour différentes raisons car la loi ne précise pas les motifs du refus. Le personne mise en cause ne peut contester ce refus pourtant il porte atteinte directement à son droit. Seul l'avocat peut faire un recours gracieux. En réalité, il est rare que les avocats fassent un recours gracieux car c'est très long, ils cherchent à trouver un arrangement avec les enquêteurs.

Cette disposition a donné l'occasion aux organes d'enquête d'empêcher l'exercice du droit de la défense. C'est l'expression très vague de l'article 56 ci-dessus cité « d'autres papiers concernant la défense » qui a ouvert à des abus de l'organe d'enquête. Celle-ci exige des documents qui sont absurdes, tel que le KBIS du cabinet d'avocat, la lettre de désignation

---

c) Ne pas abandonner la défense de la personne en garde à vue, la personne mise en en examen et l'accusé sans raison valable;

d) Avoir le respect de la vérité et la loi ; ne pas corrompre, contraindre, ou inciter les autres à faire de fausses déclarations, à fournir de faux documents;

e) Comparaitre à la convocation de la Cour;

e) Ne pas divulguer les informations confidentielles dont ils disposent dans l'exercice du droit de la défense; ne pas utiliser les documents ou des copies du dossier contre l'intérêt de l'Etat, des organismes et des particuliers.

[516]http://moj.gov.vn/ct/tintuc/lists (site du ministère de la justice)

du cabinet d'avocat, la convention d'honoraires. Nous estimons que la désignation du client et la carte professionnelle suffissent. Il arrive que l'organe d'enquête exige une désignation personnelle du suspect, sa famille ne peut le faire à sa place ou bien le suspect doit expliquer par écrit la raison pour laquelle il a choisi l'avocat, comment il a pu le contacter Lorsque le suspect est en garde à vue ou en détention provisoire, une telle désignation est très difficile parce qu'il subit la pression de l'organe d'enquête. Etant donné que l'enquêteur est maître de l'enquête, l'avocat n'a pas d'autres choix que de lui fournir tous les documents qu'il demande en espérant avoir l'autorisation d'assister son client. Puisque ces documents ne sont pas prévus par un texte, la liste des documents à fournir s'allonge avec « l'imagination des enquêteurs ».

Dans chaque réunion de travail avec le Ministère de la police, du Parquet populaire suprême et des responsables politiques, les avocats ont fait part de leur exaspération face aux abus des enquêteurs. Ils réclament la suppression d'une telle autorisation absurde. Ils ont également fait des études comparées dans le monde entier, peu de pays exigent une autorisation de défense. Ils multiplient les conférences pour attirer l'attention du public sur ces questions. Devant la détermination des avocats, le ministère de la police a publié une circulaire le 10 octobre 2011 relative au droit de la défense durant l'enquête. Elle a détaillé des dispositions du Code de procédure pénale en ce qui concerne le droit de la défense.

Tout d'abord, elle donne la liste des documents à fournir pour obtenir l'autorisation de défense : la lettre de désignation de la personne mise en cause ou la désignation par sa famille ou son représentant[517], la carte professionnelle, une lettre de présentation du cabinet d'avocat où travaille l'avocat ou du bureau s'il travaille seul. La lettre de présentation est une formule administrative qui indique au gestionnaire l'identité de la personne, sa fonction et la mission qu'elle doit accomplir. C'est un moyen de contrôler au moment présent l'habilitation de l'avocat. Nous estimons que ce document complique la procédure notamment lorsque l'avocat doit demander au bâtonnier. Bref, si les enquêteurs respectent le contenu de cette disposition, c'est déjà une bonne chose pour les avocats.

Ensuite, la Circulaire indique que les enquêteurs doivent informer la personne mise en garde à vue ou mise en examen de son droit d'être assistée par un avocat au moment où ils lui délivrent ces décisions. L'information doit faire l'objet d'un procès-verbal. La personne mise

[517] Dans ce cas, il faut une lettre du suspect qui demande à sa famille de désigner

en cause indique également dans le procès-verbal son souhait d'être assistée par un avocat ou non. L'article 4 aliéna 2 de cette circulaire dispose que lors de premier interrogatoire de la personne mise en examen ou de la première déposition de la personne gardée à vue, l'enquêteur doit lui demander si elle souhaite être assistée par un avocat. Cependant, cet article ne précise pas si l'enquêteur peut commencer l'interrogatoire ou recueillir la déposition sans la présence de l'avocat ou s'il doit attendre sa présence.

Enfin, l'enquêteur doit informer l'avocat des date et lieu d'interrogatoire au moins 24 heures avant ces actes ou 48 heures en raison de la distance (art.7 Circulaire précitée) L'enquêteur doit également lui transmettre les décisions prises à l'encontre de la personne mise en cause, le mandat d'arrêt, la décision d'ouverture d'enquête, la décision de mise en examen. Par contre, l'avocat ne peut pas consulter l'ensemble du dossier. Néanmoins, à la clôture de l'enquête, l'avocat peut consulter l'ensemble du dossier et demander la copie des pièces (art 11 de la Circulaire précitée). Lors de l'interrogatoire, l'avocat ne peut poser des questions à son client que si l'enquêteur l'autorise. Cette circulaire a clarifié plusieurs points dans l'exercice du droit de la défense face aux abus des organes d'enquête. En réalité, ils conservent l'habitude de ne délivrer l'autorisation de défense que très tardivement ou de la refuser. Nous ne savons pas si ce texte favorable à la défense n'a pas été promulgué dans l'objectif d'apaiser la tension ou si c'était la volonté réelle du Gouvernement de protéger les droits de la défense.

Le droit d'être assisté par un défenseur implique nécessairement le droit de s'entretenir avec lui. Pourtant en droit vietnamien, l'autorisation d'assistance ne donne pas à l'avocat le droit de visite automatique à son client si ce dernier est en garde à vue ou en en détention provisoire. Il faut encore solliciter l'organe d'enquête un permis de visite. L'organe d'enquête peut refuser la visite de l'avocat, il doit motiver son refus par écrit. Dans la plupart des prisons, l'autorisation d'assistance ne permet de voir son client qu'une seule fois. En effet, le gardien de prison garde l'original et si l'avocat veut voir son client une nouvelle fois en prison, il faut qu'il sollicite à nouveau un permis de visite[518]. Par ailleurs, le Décret n° 89/1998/NĐ-CP du 7 novembre 1998 a fixé la durée de l'entretien avec l'avocat à une heure. Nous savons bien que l'obtention de chaque autorisation ou recommandation est un parcours du combattant pour l'avocat. Il est indispensable que la loi intervienne sur cette question. Par

[518]Phan Trung Hoai « *le perfectionnement de la législation afin de garantir la participation de l'avocat à la procédure pénale* » site web http://www.judaca.edu.vn/default.

ailleurs, l'autorisation de défense délivrée par l'organe d'enquête n'est valable que pendant l'enquête. Lorsque l'enquête est clôturée et le dossier renvoyé au parquet populaire ou au tribunal, l'avocat doit solliciter ces derniers une nouvelle autorisation de défense. En principe, l'avocat l'obtient dans un délai convenable devant ces deux institutions.

Les avocats demandent donc de supprimer cette autorisation absurde. Mais la Direction politique de l'Assemblée nationale semble contre cette abrogation au motif qu'il y des infractions complexes qui ne permettent pas une assistance automatique de l'avocat. Nous ne savons pas en quoi consistent les infractions complexes. L'idée sous-jacente de l'autorisation de défense est de retarder la présence de l'avocat. Cette procédure persistera encore au moins pour quelques années.

En l'état actuel du droit vietnamien, les droits de la défense ne sont pas vraiment effectifs. Il est plutôt le droit d'avoir un accompagnement d'un avocat dans le sens strict du terme. En effet, les preuves apportées par la défense sont soumises à la filtration de l'organe d'enquête, du ministère public et du tribunal. Ces derniers peuvent refuser arbitrairement les preuves apportées par la défense. Dans ce cas, les pièces ne peuvent pas être versées au dossier pénal, et elles ne peuvent être évoquées devant le Tribunal. Malgré la gravité et les conséquences du refus des preuves apportées par la défense, la loi ne précise pas les motifs du refus. Il est temps donc d'instaurer le principe de la liberté de la preuve en matière pénale.

II. L'absence de débat contradictoire préalable à la mise en détention provisoire

L'enquête est secrète à l'égard des personnes mises en causes et à l'égard d'un tiers. Il est donc assez facile à comprendre qu'il n'existe pas le principe du contradictoire au stade de le l'enquête. La détention provisoire n'est pas soumise à un débat préalable. Néanmoins, il existe des éléments laissant penser que le principe du contradictoire pourra être instauré en droit vietnamien (A). Ainsi, l'instauration d'un débat contradictoire précédé au placement en détention sera indispensable (B)

A. L'émergence du débat sur le principe du contradictoire en matière pénale

L'enquête pénale au Vietnam est une procédure secrète, nous croyions que c'était le seul moyen efficace pour lutter contre la criminalité et que toutes les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction sont forcément coupables ou indirectement coupables. Ainsi, les personnes mises en causes ne doivent pas être au courant de l'avancement de l'enquête,

elles ne sont informées du résultat de l'enquête qu'après la clôture de celle-ci. L'avocat et son client ne participent pas à la recherche de la vérité, seule les enquêteurs peuvent prétendre à une telle mission. Dans ce contexte, le placement en détention provisoire est une décision unilatérale de l'organe d'enquête et du ministère public. Elle n'est soumise à aucune discussion avec la défense sur la légalité notamment l'opportunité de cette privation de liberté avant jugement. Dans la plupart des cas, le placement en détention provisoire intervient juste après la mise en examen. Si la personne est en garde à vue, théoriquement, l'avocat peut déjà assister son client. En réalité, nous avons démontré que l'avocat assiste son client très tardivement en raison de l'autorisation de défende délivrée par l'organe d'enquête.

Lorsque la personne mise en examen est en liberté, les enquêteurs ne prennent pas de risque de l'informer de leur intention de la placer en détention provisoire de crainte qu'elle prenne la fruite. Il est vrai qu'il est très difficile de rechercher une personne au Vietnam, les organes d'enquête entre les régions n'ont pas forcément une bonne coopération. Par ailleurs, avec les moyens de transport actuel, les personnes peuvent se déplacer du Nord au Sud et à l'étranger assez facilement. C'est pour cela que la police arrête très souvent la personne dès qu'elle en a la possibilité. Si la personne mise en cause est une personne influente, elle peut être au courant de l'intention des enquêteurs et cherche un arrangement avec ces derniers. Tous les systèmes rigides engendrent des moyens détournés et illégaux qui permettant aux personnes riches et influentes de bénéficier de traitements privilégiés.

A l'heure actuelle, il est encore trop tôt pour parler du principe de contradiction au stade de l'enquête. Il y plusieurs éléments permettant de penser qu'une telle procédure sera possible dans l'avenir. En effet, suite à la Résolution n° 88-NQ/TW du 24 mai 2005 et celle de 49-NQ/TW du 2 juin 2005[519], les juristes, les chercheurs notamment les avocats, s'intéressent de près à la procédure contradictoire dans les systèmes occidentaux. En effet, ces Résolutions fixent l'objectif de construire un Etat de droit et un système judicaire plus juste. Le contact avec d'autres modèles de procédure pénale a permis aux professionnels du droit pénal de constater que la procédure pénale doit aussi protéger les droits des individus. C'est un domaine où les droits fondamentaux risquent d'être bafoués. C'est une vision très récente de la procédure pénale[520]. Pendant des années nous répétions sans réflexion que la procédure

[519] relative à la stratégie de la réforme judiciaire

[520] ww.toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet

pénale est un moyen de chercher et punir le coupable. Mais toutes les personnes qui sont mises en examen ne sont pas toutes des coupables. Par ailleurs, nous ne devons plus sacrifier les droits individuels à l'obsession de punir le coupable. Les chercheurs semblent convaincus que le contradictoire, défini comme la confrontation de plusieurs opinons et points de vue est une bonne méthode de recherche de la vérité. Ces opinons sont très novatrices. Avant la promulgation des Résolutions de la Direction politique, une telle idée n'était pas possible.

Si la plupart des auteurs affirme que le principe du contradictoire n'est possible qu'au stade du jugement, une minorité estime que rien n'empêche qu'il soit appliqué dès le stade de l'enquête[521]. Les premiers argumentent que, pour un vrai contradictoire, il faut un arbitre et deux opposants alors qu'au stade de l'enquête, il y a que la personne mise en examen face à l'enquêteur[522]. Il n'y donc pas vraiment un arbitre. Ces derniers sont encore convaincus qu'une enquête secrète assure son efficacité. Les seconds estiment que la procédure pénale est un processus continu, le principe du contradictoire au stade de jugement ne peut être effectif s'il n'est pas assuré en amont[523]. En effet, la procédure pénale est une procédure écrite, la décision du juge se fonde essentiellement sur le dossier pénal. Ce dossier est élaboré pendant au stade de l'enquête, en sorte que le dossier est déterminant pour la suite du procès.

Certains auteurs sont allé encore plus loin en affirmant qu'il devrait y avoir une égalité des armes entre la personne mise en cause et l'autorité compétente dans la recherche de la vérité. En effet, la mission de recherche de la vérité n'est pas dédiée seulement aux enquêteurs. Pour l'instance, le Code de procédure pénale classe les personnes qui participent à la procédure pénale en deux catégories: les personnes qui mettent en œuvre la procédure pénale : enquêteurs, procureur, juges, et les personnes qui participent à cette procédure (mis en examen, victime, experts, interprètes). Selon ces auteurs, parmi eux, un chercheur pénaliste très renommé et écouté au Vietnam du fait de cette classification, le rôle de la personne mise en examen est très passif, et le Code de procédure pénale confie aux seules autorités la possibilité de la recherche de la vérité[524]. Il propose donc de supprimer cette classification. Il

[521] Nguyễn Đức Mai, Le principe du contradictoire en droit vietnamien, Thème de recherches du Parquet populaire suprême, 1999.

[522] Le Tien Chau, http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index

[523] Lương Thị Mỹ Quỳnh, proprositions de réformes relatives au droit de la défense au stade de l'enquête, *site web* http://www.toaan.gov.vn *(site de la Cour suprême)*

[524] Dao Tri Uc, la réforme judicaire et le problème de l'injustice dans la procédure pénale, Revue l'Etat et le droit, 2005 n° 4 p. 3

propose également que le principe du contradictoire et le principe de présomption d'innocence deviennent des principaux généraux et des piliers de la procédure pénale. Il est vrai que l'instauration du principe de la précomptions d'innocence va modifier fondamentalement la procédure pénale. Nous devrons modifier de nombreuses règles afin de nous conformer à ce principe. Toute atteinte aux droits de la personne avant le jugement exigera une législation plus rigoureuse. La privation de la liberté d'aller et de venir d'une personne présumée innocente sera une exception. Par ailleurs, il est proposé de créer un chapitre relatif aux droits fondamentaux dans la Constitution parmi lesquels figureraient les droits de la défense et la liberté d'aller et de venir. Si ces propositions aboutissent, cela donnerait aux mesures privatives de liberté avant jugement une gravité certaine et ce qui conduit à élaborer d'une procédure particulière.

Bien évidemment, les organes d'enquête et notamment le ministère de la police vont contester ce changement radical. Pour eux, une procédure contradictoire est contraire à l'efficacité de l'enquête. Mais il ne faut pas confondre l'efficacité de l'enquête et la recherche de la vérité. Il est bien évidement plus confortable pour les enquêteurs de prendre une décision en toute liberté sans aucun contrôle. Il est certain que l'exercice des droits du suspect et l'application du principe du contradictoire peuvent ralentir l'avancement de l'enquête mais cela évite des erreurs et de revenir sur les actes de procédure. Le renforcement du droit de la défense entraine forcément l'application du principe du contradictoire.

Les opinions novatrices que nous avons citées ci-dessus laissent penser qu'un débat contradictoire avant le placement en détention provisoire est possible lors des réformes à venir. Il reste à savoir comment le préparer et comment il se déroule pour assurer son caractère contradictoire.

B. L'instauration indispensable d'un débat contradictoire avant la mise en détention

Nous proposons qu'un débat contradictoire soit obligatoire avant toutes les décisions relatives à la liberté de l'intéressé : le placement en détention provisoire, sa prolongation et le refus de mise en liberté. Actuellement, le droit de demander la remise en liberté n'est pas encore instauré dans le Code de procédure pénale, mais rien n'empêche que le détenu formule une telle demande. En ce qui concerne la demande de mise en en liberté, nous sommes en présence de deux hypothèses. Dans la première hypothèse, la personne détenue peut demander la mise en liberté à n'importe quel moment de l'enquête sans aucune condition.

Cette hypothèse est conforme au principe selon lequel la liberté de la personne mise en examen est la règle avant le jugement. Cependant, elle alourdit la procédure, et un débat contradictoire pour chaque refus de mise en liberté semble très difficile à assumer. Par ailleurs, nous craignons que ce débat reste artificiel et in efficace. L'alourdissement de la procédure risque de pénaliser la personne mise en examen. Dans la seconde hypothèse, la personne détenue ne peut demander sa mise en liberté que s'il y des nouveaux éléments du concernant le fond du dossier ou sa situation personnelle. La seconde hypothèse nous parait plus réaliste et le débat contradictoire a vraiment du sens.

En ce qui concerne l'autorité qui arbitre ce débat, quelques difficultés se présentent en raison de l'organisation judiciaire au Vietnam. Dans le cas où le système actuel continue, nous imaginons un débat contradictoire arbitré par le parquet populaire, entre l'organe d'enquête et la personne mise en examen. Nous doutons de l'efficacité de ce débat pour des raisons précédemment analysées. Si la proposition de transfert de l'entière compétence au parquet populaire aboutit, dans ce cas, il existe des hypothèses : La première hypothèse est l'intervention du juge en tant qu'arbitre entre le ministère public et la personne mise en cause lors du débat contradictoire. Cette hypothèse semble cohérente avec la proposition que nous allons aborder plus tard. C'est-à-dire, l'intervention occasionnelle du juge au stade de l'instruction[525]. Dans le cas où l'intervention du juge au stade de l'enquête, il faut donc envisager seconde hypothèse, c'est-à-dire, un débat arbitré par le parquet populaire supérieur de celui qui a pris de la décision de mise en détention. La solution n'est pas parfaite parque l'arbitrage du parquet populaire supérieur n'est pas totalement objectif.

En attendant l'instauration d'un débat contradictoire préalable à la détention provisoire, nous préconisons quelques règles pour assurer le caractère contradictoire au débat. L'avocat doit avoir l'accès au dossier pénal suffisamment tôt avant le déroulement du débat pour préparer la défense de son client. Lors du débat contradictoire, l'avocat doit pouvoir discuter non seulement de la nécessité de la détention mais encore de la vraisemblance de la culpabilité de la personne mise en cause. C'est une occasion de vérifier la légalité de la mise en examen, elle n'est soumise à aucune procédure particulière. Par ailleurs, l'intéressé n'est pas informé des charges pesant contre lui. Au moment de la mise en examen, il est informé seulement de la qualification du fait qui lui est reproché. D'autre part, le contrôle du ministère public de la mise en examen décidée par l'organe d'enquête est bien faible. Selon les

[525] Lors des recours juridictionnel.

statistiques du Parquet populaire suprême, le ministère public approuve environ 99% des mises en examen[526].

[526] http://tapchikiemsat.org.vn/ (Revue du Parquet)

CHAPITRE II. DES DISSEMBLANCES QUANT AUX GARANTIES A POSTERIORI DE LA DETENTION PROVISOIRE

Les garanties que le législateur a attribuées à la détention provisoire au moment du placement en détention provisoire ne sont pas suffisantes. Nous avons vu que certaines garanties restent ineffectives en pratique, en raison des difficultés d'ordre matérielles ou en raison de l'habitude judicaire. Par conséquent, la loi doit prévoir les possibilités pour la personne placée en détention provisoire de contester cette décision. Dans une société démocratique, afin d'éviter un abus, toute décision doit être susceptible d'être contrôlée. Plus nous craignons les éventuels abus, plus nous accumulons les mécanismes de contrôle qui peuvent être des recours juridictionnels ou d'autres formes de contrôle. Il arrive que le contrôle de la nécessité de la détention provisoire s'exerce par une instance supérieure des juridictions nationales. C'est le cas de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Nous avons constaté que dans le système français, il existe une multiplicité de contrôle de la détention provisoire sur le plan interne et européen (Section 1). En droit vietnamien, malgré la gravité de la privation de la liberté avant le jugement, la décision de placement en détention provisoire n'est pas entourée des garanties nécessaires. Plusieurs questions se suscitent concernant l'impartialité et la compétence de police en matière de détention provisoire ainsi que le processus pour élaborer une telle décision. Nous parlerons des garanties lacunaires en droit vietnamien lors du placement en détention provisoire (Section 2).

Section 1 : La multiplié de contrôle en droit français

Du point de vue étymologique, le mot « contrôle » qui vient du mot « contre rôle » signifie « rôle opposé », registre que l'on tenait en double. Il s'agit d'une surveillance, par extension, que la pratique que l'on contrôle est faite comme il convient. Dans le domaine de la détention provisoire, on peut définir le contrôle comme la vérification, par le contrôleur, de l'application effective d'une norme. Ce contrôle aboutira le cas échéant à la censure de la décision prise par le contrôlé en cas de non-conformité à la norme retenue. Le contrôle peut être sous forme juridictionnelle dans le sens strict du terme, c'est-à-dire, le recours ou une autre forme de contrôle plutôt hiérarchique en dehors du recours.

La spécificité et la complexité du système français résident dans la compétence très large de la chambre de l'instruction. Elle a une double casquette : une juridiction d'appel qui lui permet de connaitre les appels contre les ordonnances en matière de la détention provisoire ; une juridiction supérieure de l'instruction qui lui permet de contrôler l'instruction y compris la détention provisoire. En procédure pénale, le contrôle de détention provisoire consiste d'une part en un recours proprement parlé (sous-section 1) et d'autre part en la mise en œuvre d'autres moyens de vérification de la chambre de l'instruction en dehors de la procédure d'appel (sous-section 2).

Sous-section 1. Les recours contre la décision de mise détention

Les décisions relatives à la détention provisoire : le placement, la prolongation et le refus de mise en liberté sont des décisions de nature juridictionnelle. Ainsi, elles sont soumises aux doubles juridictions. C'est-à-dire qu'elles sont susceptibles de faire l'objet d'un appel devant la Cour d'Appel. C'est la chambre de l'instruction de la Cour d'Appel qui examine en appel pour savoir si la détention est légale et nécessaire. Les arrêts de la Chambre de l'instruction peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation. C'est une voie de recours exceptionnelle dont l'objet est le contrôle de la conformité à la loi de la décision attaquée[527]. La Cour de cassation n'apprécie pas le fond de l'affaire qui relève la compétence exclusive des juges de fond. Si la personne détenue

[527]Héritière des principes d'organisation judiciaire de l'Ancien Régime, elle a été parfaitement adaptée au système postrévolutionnaire. On ne peut la comprendre sans faire référence au système de l'Ancien Régime, et à l'œuvre de la Révolution.

estime que les décisions des juridictions nationales ne se conforment pas aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, elle peut déposer une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme afin de faire reconnaitre une telle violation. La requête individuelle devant la Cour est un recours juridictionnel effectif et efficace. Ainsi, les recours contre la détention provisoire sont l'appel devant la Chambre de l'instruction (Paragraphe 1), le pourvoi devant la Cour de cassation (Paragraphe 2) et la requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme (Paragraphe 3).

§ 1. L'Appel devant la Chambre de l'instruction

En droit français, toutes les décisions du juge des libertés et de la détention relatives à la détention provisoire sont susceptibles de faire l'objet d'un appel devant la chambre de l'instruction. Tout d'abord, le droit d'appel a été confié au ministère public car celui-ci représente l'intérêt de la société[528]. Le droit d'appel de la personne placée en détention provisoire est admis plus tardivement et il est plus limité par rapport à celui du ministère public. L'intérêt de la société prime sur l'intérêt d'un individu, d'où l'inégalité du droit d'appel du détenu et du ministère public (I). Cependant, l'appel du ministère public et de la personne mise en examen est examiné par une autorité impartiale, la chambre de l'instruction (II).

I. L'inégalité du droit d'appel du détenu et du ministère public devant la Chambre de l'instruction

Le droit d'appel ne concerne que les ordonnances statuant sur une question déterminée et non les actes d'instruction ayant pour but la recherche de la vérité, tels que les interrogatoires, les auditions de témoins, les perquisitions et saisies auxquels le juge d'instruction décide souverainement de procéder[529]. La personne placée en détention provisoire ne peut faire appel que des ordonnances limitativement indiquées par la loi, son droit est donc exceptionnel (B) alors que le ministère public peut faire appel contre toute ordonnance du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention, son droit est un droit général (A)

[528] A l'origine, le procureur présentait l'intérêt du Roi

[529]Cass. crim., 17 déc. 1898 : Bull. crim. 1898, n° 372; Cass. crim., 14 avr. 1899 : S. 1901, 1, p. 153, note Roux

A. Le droit d'appel général du ministère public

La loi du 17 juillet 1956 a accordé au ministère public le droit d'interjeter appel de toutes les ordonnances du juge d'instruction. Ce droit a été maintenu par le Code de procédure pénale puis étendu aux ordonnances rendues par le juge des libertés et de la détention. Il est la conséquence du pouvoir de contrôle attribué au ministère public sur la marche de l'information. Il convient de relever que l'appel du représentant du ministère public n'est jamais soumis au pouvoir de filtrage du président de la chambre de l'instruction, contrairement à des appels des parties privées.

Le Code de procédure pénale n'est pas précis sur l'étendue du droit d'appel du ministère public. C'est la jurisprudence qui a construit peu à peu le principe du droit d'appel absolu du ministère public[530]. Cette jurisprudence est soutenue par une majorité de la doctrine qui la soutient au motif que le ministère public est « chargé de l'exercice de l'action publique, il doit pouvoir critiquer toutes les décisions qui ne seraient, de nature, à donner à cette action son plein développement»[531]. Ce principe ancien du droit d'appel absolu du ministère public s'applique également en matière de la détention provisoire (1). Par ailleurs, les nouvelles réformes ont élargi le droit d'appel du ministère public en obligeant le juge d'instruction de répondre à ses réquisitions par une ordonnance (2)

1. L'influence du droit d'appel général en matière de la détention provisoire

Selon l'article 185 du Code de procédure pénale, le procureur de la République a le droit d'interjeter appel devant la chambre de l'instruction de toute ordonnance du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention. Dans la plupart des cas, l'appel du ministère public est contre le refus de placement en détention provisoire ou de sa prolongation. Avant la création du juge des libertés et de la détention provisoire en 2000, l'appel du ministère public prévu par l'article ci-dessus cité, se limitait textuellement aux ordonnances du juge d'instruction. Cependant, au nom du principe selon lequel le droit d'appel du ministère public est absolu, la Cour de cassation a admis l'appel du ministère public contre les décisions relatives à la détention provisoire prises par le président du tribunal de grande instance ou du juge délégué alors qu'il n'était pas prévu par l'article 185

[530]Cass. crim., 25 mars 1954 : Bull. crim. 1954, n° 123 ; JCP G 1954, II, 8133, note Chambon; Cass. crim., 15 nov.1956 : Bull. crim. 1956, n° 753; Cass. crim., 19 sept. 1990, Bull. crim. 1990, n° 319

[531] Merle et Vitu, n° 561, p. 641

du Code de procédure pénale[532]. En effet, la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 avait confié au président du tribunal de grande instance ou au juge délégué le pouvoir de prescrire ou de prolonger la détention provisoire d'une personne mise en examen. L'auteur de cette loi n'a pas modifié l'article 185 du code de procédure pénale concernant l'appel du ministère public en matière de détention provisoire qui limitait l'appel du ministère publique aux ordonnances du juge d'instruction. Malgré cette lacune législative, le ministère public pouvait faire appel contre les ordonnances non mentionnées par la loi grâce à son droit d'appel absolu.

Par ailleurs, la jurisprudence a admis la recevabilité de l'appel du ministère public en matière de la détention provisoire de manière indirecte. En effet, la Chambre criminelle a admis que l'appel du ministère public contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention de placement sous contrôle judiciaire a pour effet de saisir la chambre de l'instruction du contentieux de la détention provisoire[533]. En l'espèce, dans le cadre d'une information ouverte pour infractions à la législation sur les stupéfiants, le juge des libertés et de la détention saisi de réquisitions de placement en détention provisoire, avait rendu par deux ordonnances, l'une de refus de mise en détention et l'autre de placement sous contrôle judiciaire. Le procureur de la République ne forme appel que de cette dernière ordonnance. La Chambre de l'instruction saisie de cet appel a refusé de se prononcer sur la détention provisoire au motif que l'ordonnance du refus de placement en détention provisoire ne fait pas l'objet de l'appel. La Chambre criminelle a cassé son arrêt en considérant que l'appel d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire a nécessairement pour effet de saisir la chambre de l'instruction du contentieux de la détention provisoire. Autrement dit, l'appel, émanant du procureur de la République, d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire a pour conséquence, implicite mais certaine, de contester la mise en liberté de la personne concernée et de solliciter la Cour, sauf réquisitions contraires expresses, de se prononcer sur la nécessité alléguée d'une détention provisoire. Bien que la déduction de la Haute juridiction ne soit pas fausse mais manque de rigueur dans le domaine si délicat de la détention provisoire.

Le droit d'appel général du procureur de la République comme celui du procureur général a pour conséquence que "le ministère public a le droit d'interjeter appel de toute ordonnance du juge d'instruction, que cette ordonnance ait été ou non précédée de

[532] Cass. crim. 6 juill. 1993, Bull. crim., n° 241, D. 1993.429, note S. Kehrig

[533]Cass. crim., 3 oct. 2006 ,Procédures n° 4, Avril 2007, comm. 95 Jacques BUISSON

réquisitions, et quel que soit le sens de ces réquisitions"[534]. En effet, le procureur de la République ne doit pas être lié par une prise de position « qui peut se révéler ultérieurement contestable ou que le parquet général lui aura intimé l'ordre d'abandonner »[535]..Le ministère public ne peut en effet être lié par des réquisitions qui se révéleraient erronées (par exemple des réquisitions tendant au placement en détention provisoire alors que la peine encourue est inférieure au minimum prévu par l'article 143-1). Par ailleurs, il n'est pas inutile de se rappeler que le procureur de la République n'est pas libre de requérir, mais il est soumis à la hiérarchie du procureur général qui reçoit, à son tour, des recommandations du Gouvernement. Cette règle permet au ministère public de modifier ses réquisitions dans le sens large en fonction de la politique du Gouvernement.

En dehors des règles de fond, quelques exemplaires en matière de forme démontrent que la Chambre criminelle était assez « tolérante » en présence des appels du ministère public. Aux termes de l'article 185 du Code de procédure pénale, l'appel du procureur de la République doit être formé par déclaration au greffe de la Cour d'Appel et dans un délai de cinq jours qui suivent la notification de la décision[536]. La notification de la décision au procureur est essentielle en la matière, puisque c'est à partir de celle-ci que le délai d'appel commence à courir. Traditionnellement, la Cour de cassation estime que l'irrégularité de la notification fait prolonger le délai de l'appel du ministère public. Cependant, La Cour semble modifier sa jurisprudence dans un arrêt récent du 10 mars 2009, l'irrégularité de la notification ne fait plus prolonger systématiquement le délai d'appel du ministère public[537]. En cas d'espèce, le ministère public a interjeté appel contre une ordonnance du refus de placement en détention provisoire du juge des libertés et de la détention après le délai de 5 jours. La chambre de l'instruction d'Amiens a déclaré recevable l'appel car la notification était irrégulière dans la mesure où, faute pour le greffier d'avoir signé la mention relative à l'avis à partie figurant sur l'ordonnance en question. L'intéressé a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction au motif que l'appel du ministère public a dépassé le

[534]Cass. crim., 14 oct. 1997, n° 97-84.276 : JurisData n° 1997-004572 ; Bull. crim. 1997 n° 332

[535] Merle et Vitu, *loc. cit.*,V. égal. Guinchard et Buisson, n° 1230, p. 977 ; Cass. crim., 15 nov. 1956, V. égal. Cass. crim., 18 janv. 1983, 19 sept. 1990, 6 juill. 1993

[536] En cas d'appel par la personne mise en examen de l'ordonnance de mise en accusation prévue par l'article 181, le procureur de la République dispose d'un délai d'appel incident de cinq jours supplémentaires à compter de l'appel de la personne mise en examen.

[537]Cass. crime 10 mars 2009, Jérôme Lasserre Capdeville, « Précisions sur le point de départ du délai d'appel du procureur de la République contre les ordonnances du JLD » Actualité Juridique Pénal 2009 p. 230

délai. La chambre criminelle a cassé cet arrêt au motif que le procureur est réellement avisé de cette ordonnance et selon l'article 183 alinéa 5 du Code de procédure pénale, les avis destinés au procureur de la République lui sont adressés par tout moyen par le greffier. Ainsi, le délai d'appel du procureur de la République court dès le moment que ce dernier est avisé de l'ordonnance litigieuse, peu importe la forme de cet avis. Cependant, en l'hypothèse où l'ordonnance est conforme aux réquisitions du ministère public, le délai d'appel court à partir où l'ordonnance a été rendue[538].

2. Un nouvel élargissement du droit du ministère public de contester la mise en liberté

Le droit d'appel du ministère public ne concerne que les ordonnances du juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention. Lors que le juge n'a pas l'obligation de rendre une ordonnance consécutive aux réquisitions du ministère public, celui-ci ne peut saisir la chambre de l'instruction que par voie de requête. Avant la loi du 7 septembre 2002, le procureur de la République ne pouvait pas interjeter appel contre la décision du juge d'instruction ne donnant pas droit à ses réquisitions tendant au placement en détention provisoire ou à la prolongation. En effet, le magistrat instructeur ne devait pas rendre une ordonnance s'il estime que la détention provisoire n'était pas nécessaire ; ainsi il omettait simplement de transmettre le dossier au juge des libertés et de la détention. Ce n'est plus le cas à l'heure actuelle car l'article 37 de la loi du 7 septembre 2002 a imposé au juge d'instruction l'obligation de rendre une ordonnance motivée s'il s'oppose aux réquisitions du ministère public (art. 137-4 CPPF). Cette réforme a élargi considérablement le pouvoir du ministère public dans le contentieux de la détention provisoire.

Par ailleurs, les réformes récentes du Code de procédure pénale ont permis au ministère public d'accumuler plusieurs moyens pour contester la liberté de la personne mise en examen en dehors de la procédure d'appel. Il peut dans l'immédiat la constater par la saisine directe du juge des libertés et de la détention (art. 137-4 CPPF). Il peut également avoir recours à la procédure référé-détention en attendant que son appel contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention soit examiné par la chambre de l'instruction. Cette accumulation de procédure fait allonger la procédure et en attendant, le mis en examen reste en détention provisoire alors que le juge d'instruction- personnage clé de l'instruction- estime

[538]Les ordonnances conformes aux réquisitions du ministère public ne lui sont pas notifiées. Crim. 4 mars 2004: Bull. crim. n° 58; D. 2004. IR 10665, JCP 2004. IV. 1772; AJ pénal 2004. 208, obs. Leblois-Happe; Dr. pénal 2004. Comm. 76, obs. Maron.

que cette détention n'est pas nécessaire. En accumulant des moyens du ministère public de contester les décisions du juge d'instruction favorables à la liberté du mis en examen, le législateur manifeste certaines méfiances à son égard. La personne mise en examen quant à elle, n'a que deux possibilités pour contester sa détention, soit par la voie de l'appel soit par la procédure de référé-liberté. Ces nouvelles procédures, origines de la loi du 9 mars 2004 sont motivées par l'équilibre entre le pouvoir du ministère public et le droit de la personne mise en examen, comme si cette dernière en dispose trop.

Bien que la procédure de référé-détention ne soit pas un appel proprement dit, elle renforce le pouvoir du ministère public en matière de la détention provisoire. Le référé-détention, créé par la loi du 9 septembre 2002 permet au Procureur de la République qui fait appel de l'ordonnance de mise en liberté rendue par le juge des libertés et de la détention, dans un délai de quatre heures à compter de sa notification, de demander au premier président de la Cour d'appel de suspendre la mise en liberté jusqu'à l'audience devant la Chambre de l'instruction (art. 187-3 al.1 du CPP)[539]. Pour le différencier de la procédure référé-liberté qui est examiné par le président de la chambre de l'instruction, le législateur a confié la compétence d'examiner le référé-détention au président de la Cour d'Appel alors qu'elle ne connaît aucunement les dossiers d'instruction.

Avant de s'interroger sur le déroulement du référé-détention, nous allons tout d'abord évoquer le champ d'application de cette procédure. Conformément à l'article 187-3 alinéa 1 du Code de procédure pénale, le référé-détention ne s'applique qu'aux appels interjetés contre une ordonnance de mise en liberté. Dans un premier temps, la Cour de cassation a admis le référé-détention sans qu'une ordonnance de mise en liberté soit prise distinctement de l'ordonnance de refus de prolongation de la détention provisoire[540]. En effet, dans l'ordonnance de refus de prolongation de la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention a ajouté les mots « mise en liberté sous contrôle judiciaire ». Le Parquet avait interjeté appel de l'ordonnance de refus de prolongation de la détention provisoire et avait, parallèlement, saisi le premier président de la Cour d'appel d'un référé-détention auquel il a

[539]Défendu comme un moyen de rétablir l'égalité des armes entre le droit de la personne mise en examen et le pouvoir du Ministère Public dans le contentieux de la détention provisoire, le référé-détention a été institué par l'article 38 de la loi du 9 septembre 2002 en tant qu'une procédure parallèle au référé-liberté

[540]Cass. Crim. 6 Août 2003, Note de Jacques Le Calvez, D. 2003 n° 38 ; voir aussi Cass. Crim. 20 juin 2006, Bull. crim. n° 184 ; D. 2006. 2375, note A. Dommier ; AJ pénal 2006. 458 ; André Giudicelli, Revue de science criminelle 2007 p. 117Cass. Crim. 6 Août 2003, Note de Jacques Le Calvez, D. 2003 n° 38

fait droit par une décision de suspension de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention. La Chambre criminelle a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'il existait une décision formelle de mise en liberté. Cette jurisprudence, correspondant à l'esprit du référé-détention qui a pour objectif de ne pas libérer immédiatement la personne détenue. Quelques années plus tard, la Haute juridiction est revenue sur sa position en estimant qu'il fallait une décision distincte de mise en liberté même si elle découlait du refus de la prolongation de la détention provisoire[541]. Pour éviter l'usage du référé-détention, le juge des libertés et de la détention rend simplement une ordonnance de refus de prolongation de la détention, sans se prononcer sur la liberté du détenu. L'intéressé sera alors libéré automatiquement à l'expiration de la durée de sa détention provisoire. Le procureur de la République ne peut simplement faire appel contre l'ordonnance de refus de prolongation de la détention provisoire sans avoir la possibilité d'avoir recours à la procédure de référé-détention.

Le Procureur de la République doit déclarer le référé-détention en même temps que son appel et ce dans un délai de quatre heures à compter de la notification de l'ordonnance de mise en liberté. Passé ce délai, ce denier n'a plus la possibilité de recourir au référé-détention et, par conséquent, la personne détenue est libérée immédiatement. Le Procureur de la République joint à sa demande ses observations écrites justifiant le maintien en détention de la personne mise en examen. Cette dernière et son avocat peuvent présenter à leur tour des observations écrites qu'ils jugeraient utiles. Le défendeur peut également demander de présenter des observations orales devant le magistrat lors de l'audience en cabinet. La comparution personnelle de l'intéressé devant ce magistrat est de droit

Le président de la Cour d'appel doit statuer par une ordonnance motivée lorsqu'il fait droit à la réquisition du Procureur de la République. Le magistrat doit alors, dans sa motivation, justifier le maintien en détention en se référant à deux des critères au minimum de l'article 144 du Code de procédure pénale. L'obligation de motivation d'une ordonnance en matière de référé est peu courante ; a-t-elle été ajoutée par les auteurs pour atténuer les critiques ou pour être en cohérence avec le principe selon lequel la liberté est la règle et la détention l'exception ? Nous n'avons pas de réponse à cette question. Par ailleurs, il n'y a pas de contrôle possible sur la motivation du magistrat car son ordonnance est insusceptible de

[541]Cass. crim. 20 juin 2006, op.cit

recours (art.187-3 CPP)[542]. Si le président de la Cour d'appel rejette la demande du Procureur de la République, le détenu est remis en liberté en attendant que la Cour d'appel statue sur l'appel du Procureur. Quel que soit le sens de l'ordonnance du président de la Cour d'Appel, il ne peut faire partie de la composition de la Chambre de l'instruction qui statuera sur l'appel du ministère public (art. 187-3 al. 2 du CPP).

B. Le droit d'appel exceptionnel du détenu

Contrairement à l'appel du ministère public, le droit d'appel contre les ordonnances relatives à la détention provisoire de la personne détenue est strictement encadré. La limitation du droit d'appel de la personne mise en examen concerne d'une part les conditions de recevabilité de ses appels (1), et d'autre part, l'appelant ne peut invoquer l'objet de son recours autorisé par la loi, c'est-à-dire la motivation de la détention provisoire (2).

1. Les conditions de recevabilité de l'appel

Malgré des extensions successives, le droit d'appel de la personne mise en examen conserve un caractère exceptionnel; il ne peut s'exercer que dans les cas prévus par l'article 186 du CPPF dont l'énumération est limitative. En matière de détention provisoire, ces ordonnances comprennent d'abord celles rendues par le juge des libertés et de la détention prévues par l'article 137-3, c'est-à-dire l'ordonnance de placement en détention provisoire, les ordonnances de prolongation de la détention, rendues en matière correctionnelle dans les conditions de l'article 145-1 ou en matière criminelle dans les conditions de l'article 145-2 ; ordonnances rejetant les demandes de mise en liberté présentées dans les conditions de l'article 148 du Code de procédure pénale. Elles comprennent ensuite l'ordonnance de maintien en détention lors du renvoi de la personne devant le tribunal correctionnel en application de l'article 179, alinéa 3 du Code de procédure pénale ; l'ordonnance du juge des libertés et de la détention statuant sur les réquisitions du Ministère public aux fins de placement en détention provisoire d'une personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt (l'article 135-2 al. 4 CPP)[543]. Actuellement, le mandat de dépôt qui fait corps avec

[542]Cass. crim. , 9 Déc. 2003 D. 2004 IR. 250 ; JCP 2004. IV.1090 ; AJ pénal 2004. 73

[543]Loi du 9 mars 2004

l'ordonnance de placement en détention provisoire est susceptible d'appel comme l'ordonnance elle-même[544].

En revanche, les ordonnances d'incarcération provisoire, rendues par le juge des libertés et de la détention en vertu de l'article 145 al. 7 et celles du président de la chambre de l'instruction ne sont pas susceptibles de recours (art. 201 al. 3 du CPP). Néanmoins, la chambre criminelle a admis que la nullité de l'ordonnance d'incarcération provisoire pouvait être invoquée à l'appui de l'appel contre une ordonnance de placement en détention provisoire[545]. Si le débat contradictoire différé a eu lieu après l'expiration de l'ordonnance de l'incarcération provisoire, la personne mise en examen peut l'invoquer au soutien de son appel contre l'ordonnance de placement en détention[546]. L'appel contre l'ordonnance de mise en liberté semble irrecevable par la personne mise en examen car elle n'a pas d'intérêt à contester une telle ordonnance même lorsque la mise en liberté était suivie d'un arrêté préfectoral d'internement[547]. Par contre, elle peut faire appel contre l'ordonnance de mise en liberté si celle-ci est assortie de mesures de contrôle judiciaire que la personne a intérêt à contester[548] .

La personne mise en examen dispose d'un délai de dix jours pour interjeter appel contre les ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de détention à compter de la date qui suit la notification ou la signification (art. 186 al. 4). Le délai d'appel expire le dernier jour à 24 heures. Cependant, l'article 801 du Code de procédure pénale autorise une prorogation jusqu'au premier jour ouvrable suivant si les délais arrivent à échéance un samedi, un dimanche, un jour férié ou un jour chômé[549]. Le délai d'appel de 10 jours

---

[544]Cass. crim., 1er mars 1994, n° 93-85.745, JCP G 1994, IV, 1340 ; Bull. crim. 1994, n° 81.

[545]Crim. 19 janvier 1987, B. n° 24. L'ordonnance d'incarcération provisoire est nulle si le magistrat n'a pas fixé la durée de l'incarcération provisoire (Cim. 11 juill. 1990, B. n° 283, RSC. 1991, 374 obs. A. Braunscheweig, jurisprudence établie sous l'égide de la loi du 9 juill. 1984 ; depuis la loi du 4 janvier 1993 le délai est de quatre jours ouvrables. Par contre, n'est pas entachée de nullité l'ordonnance prescrivant une incarcération provisoire, dès lors que le mandat à durée déterminée, délivrée conjointement, limite à 5 jours l'incarcération ainsi ordonnée, la décision de placement en détention provisoire intervenue avant l'expiration de ce délai n'est donc pas affectée de vice (Crim 11 juill.1990 op. cit).

[546]Crim. 3 juill. 1985, B. n° 256, JCP G. 1986, II, 20602, note W. Jeandidier, RSC 1986, p. 130 obs. A. Braunscheweig ; Crim. 8 juill. 1992, JCP G 1992, IV 2868

[547]CA Paris, ch. acc., 14 janv. 1955 : JCP G 1955, II, 8517, note Combaldieu

[548]Cass. crim., 21 oct. 1971, Bull. crim. 1971, n° 281, JCP G 1972, II, 16996. – Cass. crim., 28 avr. 1983 : D. 1983, inf. rap. p. 75, obs. Roujou de Boubée

[549]Cass. crim 10 mai 2006 B. n° 124

s'applique également à l'appel contre l'ordonnance de renvoi devant le tribunal avec le maintien en détention provisoire (art. 179 al. 7)[550]. Le délai d'appel de la personne mise en examen est plus long que celui qui est accordé au ministère public. Ceci est justifié par le fait que la notification des ordonnances au ministère public est plus simple étant donné qu'il se trouve au même endroit. Par contre, la notification à la personne mise en examen subit les aléas de la poste car le point de départ du délai d'appel n'est pas le moment de la réception de l'ordonnance religieuse mais le moment de son envoi. Traditionnellement, la jurisprudence était plus flexible pour la prorogation du délai d'appel du ministère public et plus rigide en ce qui concerne le calcul du point de départ de l'appel de la personne mise en examen. Actuellement, sa position semble plus équilibré et plus juste quel que soit l'auteur de l'appel.

Si les dispositions relatives au délai d'appel paraissent claires, la complication consiste en la pratique. En effet, il y a un décalage entre la date de notification mentionnée dans la procédure par les greffiers et la date de la notification réelle. Il arrive que les courriers puissent être remis à la poste quelques jours plus tard que la date marquée sur le dossier de la procédure. Dans un premier temps, la jurisprudence avait admis que le délai d'appel court dès le lendemain de la date marquée par le greffier dans le dossier de procédure quelle que soit la date réelle de la notification[551]. Puis, la Chambre criminelle est revenue sur cette jurisprudence, elle fixe le point de départ du délai d'appel à la date du cachet de la poste apposé lors de la remise effective du pli recommandé[552]. Par ailleurs, si la date de remise de la lettre recommandée de l'appelant est postérieure à l'expiration du délai d'appel, la chambre de l'instruction doit vérifier si c'était une première présentation ou non[553]. Si la présentation est la première, il y a pour la partie un obstacle invincible qui l'a empêchée d'interjeter appel, donc la prorogation du délai s'impose. Dans le cas contraire, il n'y aura pas prorogation du

[550]Crim. 20 juill. 2011, M. Léa « Détermination du délai d'appel contre une décision de renvoi avec maintien en détention », Dalloz actualité 06 septembre 2011

[551]Cass. crim., 30 janv. 1973, Bull. crim.197, n° 46; Cass. crim., 5 juill 197, Bull. crim. 1977, n° 251; Cass.crim., 2 juin 1981, Bull. crim. 1981, n° 182, Cass. crim., 12 janv. 1988, préc; Cass. crim., 12 janv. 1994 : Bull. crim. 1994, n° 18 ; Cass. crim., 6 mai 1996 , Bull. crim. 1996, n° 186 ; Gaz pal 1996, II, chron. de droit criminel p. 164, et la date d'envoi résulte de la mention portée par le greffier au pied de l'ordonnance ,Cass. crim., 22 oct. 1996 , Bull. crim. 1996, n° 368

[552]Cass.crim 28 mai 2008, M. Léna « le point de départ du délai d'appel : le cachet de la poste fait foi » Dalloz actualité 18 novembre 2008

[553]Cass. crim 7 juin 2006

délai car la partie s'est montrée imprudente en ne réagissant pas immédiatement (alors au surplus qu'elle savait qu'une instruction la concernant était en cours).

Bien que la position de la chambre criminelle évolue sur le calcul du point de départ du délai d'appel, elle n'a pas admis que le point de départ court au moment de la remise effective de l'ordonnance au destinataire. Dans un pourvoi du 09-81.366[554], un avocat a tenté de demander à la Chambre criminelle d'aller dans ce sens aux motifs que la remise effective est le seul moyen pour assurer le droit de la défense et le droit à un procès équitable conformément à l'article 6 de la CEDH. Selon le pourvoi, l'exercice d'une voie de recours ne saurait être subordonné à l'aléa d'un acheminement postal. La Chambre criminelle est restée sur sa position, en estimant que ce mode de calcul du point de départ n'est pas contraire à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dès lors que ce délai appel peut être prorogé lors qu'un obstacle insurmontable mettait la partie concernée dans l'impossibilité d'exercer son recours en temps utile[555]. Mais la partie concernée doit prouver qu'elle avait été absolument empêchée, par une circonstance indépendante de sa volonté, de se présenter au greffe ou de constituer un mandataire[556]. Ainsi, ne constituait pas de telles circonstances une grève des postes invoquée par l'appelant, dans un contexte où elle n'était ni totale, ni générale [557] et la difficulté, pour l'avocat, de prendre contact avec son client[558].

Le problème du calcul du délai d'appel se pose moins lorsque la personne est détenue. La notification des ordonnances est faite par le chef de l'établissement pénitentiaire ; le délai de l'appel court du lendemain du jour de la notification. L'appel du détenu peut être fait au moyen d'une déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire. Cette déclaration est constatée, daté et signée par ce dernier. Elle est également signée par l'appelant. Si celui ne peut signer, il en est fait la mention par le chef de l'établissement pénitentiaire. Ce document est adressé sans délai, en originale ou en copie, au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée ; il est transcrit sur le registre public.

[554]Cass. Crim 16 septembre 2009, voir également Cass. Crim. 22 janvier 2003, pourvoi n° 02-80.115

[555]Cass. Crim 16 septembre 2009, précitée

[556]Cass. crim., 22 nov. 1978 : Bull. crim. 1978, n° 326

[557]Cass. crim., 6 mai 1996, préc. Cit

[558]Cass. crim., 24 mars 1998, Bull. crim. 1998, n° 107

Il résulte de la combinaison des articles 186 alinéas 4 et 502 du code de procédure pénale que la déclaration d'appel doit être faite au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée. Ainsi, l'appelant ne peut remplacer cette formalité qualifié de « substantielle » par l'envoi d'une lettre recommandée[559], ni par une lettre adressée au procureur de la République[560], ni par une déclaration verbale d'intention[561]. C'est une formalité dont l'exigence se retrouve dans de nombreuses voies de recours dans le but de limiter autant que possible les recours dilatoires (pour les requêtes en annulation des actes d'instruction, les demandes de mise en liberté, l'appel criminel, l'appel correctionnel, le pourvoi en cassation, pour le choix de l'avocat du mis en examen.)[562]. Elle consiste simplement à remplir un formulaire spécifique qui précise l'objet exact sur lequel porte la requête ou appel. Les juridictions nationales se montrent particulièrement attentives au respect de la déclaration au greffe lorsque celle-ci est exigée. Dans certains cas, cette formalité peut être qualifiée « d'excessive » par la Cour européenne des droits de l'Homme qui prive les parties privées du droit d'accès au tribunal garanti par l'article[563].

L'appel de la personne mise en examen est soumis au filtrage du Président de la chambre de l'instruction, celui-ci peut déclarer l'appel irrecevable. Sa décision n'est pas susceptible de recours. L'appel ne produit pas d'effet suspensif de la décision attaquée[564]. Ainsi, toutes les décisions du juge des libertés et de la détention sont exécutoires immédiatement. La loi du 9 juillet 1984 a instauré seulement l'effet suspensif de l'appel du ministère public contre l'ordonnance de mise en liberté ou une ordonnance refusant de faire droit à ses réquisitions de maintien en détention provisoire afin de maintenir l'inculpé en détention jusqu'à ce qu'il ait été statué sur cet appel. Cette exception a été abrogée, la personne détenue doit être mise en liberté immédiatement si le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention a pris une décision dans ce sens. Pour éviter la mise en liberté immédiate de l'intéressé, le ministère public peut utiliser la technique de « référé-détention »

---

[559] Cass. crim. 29 nov. 1983, Bull. crim., n° 320

[560] Cass. crim. 12 juill. 1962, Bull. crim., n° 245

[561] Cass. crim. 25 nov. 1970, Bull. crim., n° 308

[562]Art.115, alinéa 2, du code de procédure pénale, loi n° 2004-204 du 9 mars 2004

[563]CEDH 26 juillet 2007, Walchli c. France, n° 35787/03, LEA, « La Cour européenne des droits de l'homme condamne le formalisme à la française », Dalloz actualité 30 août 2007

[564] L'instruction continue sauf l'interdiction du président de la chambre de l'instruction en vertu de l'article 187 du Code de procédure pénale

2. L'objet unique de l'appel

Cette théorie signifie que l'appelant doit limiter son recours à l'objet autorisé par la loi et ne peut en profiter pour faire juger autre chose lorsqu'il existe un lien de cause à effet entre l'unique objet et le fait invoqué à son appui[565]. C'est dans l'interprétation restrictive de l'article 206 par la Cour de cassation qu'est née la vieille doctrine dite de "l'unique objet"[566]. En effet, dans l'arrêt du 6 janvier 1961, la Chambre criminelle a formulé cette théorie comme suit : *"En permettant aux inculpés de relever appel des ordonnances prévues par l'article 186 du code de procédure pénale, ce texte, dont les dispositions sont limitatives, leur a attribué un droit exceptionnel qui ne comporte aucune extension et dont ils ne sauraient s'autoriser pour faire juger, à l'occasion d'une de ces procédures spéciales, des fins de non-recevoir étrangères à son unique objet* ». Cette célèbre jurisprudence a été construite lorsque les requêtes en nullités ont été interdites aux parties privées, elle les empêchait de se servir de la voie de l'appel pour présenter les requêtes en nullité de façon détournée. Depuis 1994[567], cette interdiction a été levée mais la règle de l'objet unique n'a jamais été abandonnée et d'innombrables arrêts l'ont réaffirmée avec parfois de légères variantes de rédaction[568]. Contrairement aux appels des parties privées, l'appel du ministère public ne doit pas respecter le principe de l'objet unique ; ainsi la chambre de l'instruction doit statuer sur toutes ses questions[569].

Traditionnellement, la personne détenue ne peut attaquer les ordonnances placement en détention provisoire, de prolongation ou refus de mise en liberté qu'en ce qui concerne la motivation de celle-ci. La tâche est très difficile pour l'appelant de critiquer les motifs de de l'article 144 du Code de procédure pénale car ils sont assez généraux qui permettent de couvrir de différentes situations. Dans la plupart des cas, l'appelant invoque l'absence d'éléments concrets du dossier dans l'ordonnance du juge des libertés et de la détention si

---

[565]Cass. crim., 28 nov.1984, B. crim. 1984, n°373; Cass.crim., 30 sept.1992, B. crim. 1992, n°297; Cass.crim., 26 juill. 1993, B. crim. 1993, n°252; Cass.crim., 26 mars 2003 : B. crim. 2003, n°76; Cass. crim., 7 déc. 2004, B. crim. 2004, n°309

[566]En raison de la formulation des arrêts qui l'expriment

[567] Lois du 4 janvier et 24 aout 1993

[568]Cass. crim., 4 juin 1973 ; Bull. crim. 1973, n°254; RSC 1974, p.610, obs. J. Robert. – Cass. crim., 21 juin 1979 : Bull. crim. 1979, n°293. – Cass. crim., 12 mai 1987 : Bull. crim. 1987, n° 195. – Cass. crim., 19 sept.1989 : Bull. crim. 1989, n° 322. – Cass. crim., 19 nov.1990 ; Bull. crim. 1990, n° 390. – Cass. crim., 10 déc. 1996, cité

[569]*Cass. Crim 2 décembre 2007, Bull. Crim n°213*

celui-ci se contente d'y reproduire simplement des critères abstraits de l'article 144. Conformément à l'article 114 alinéa 1 du Code de procédure pénale « la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée si elle est démontrée, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue un unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs objectifs suivant… ». La rédaction de l'article 144 est sensiblement modifiée ; la chambre criminelle peut donc contrôler la causalité entre les faits invoqués par le juge des libertés et de la détention et les motifs de la détention provisoire car ce dernier doit « démontrer » ce lien.

Il a été jugé notamment que l'appelant d'une ordonnance statuant en matière de détention provisoire n'est pas recevable à contester l'existence des éléments constitutifs de l'infraction[570] ni à invoquer de prétendues nullités de la procédure d'information[571]ou encore l'irrégularité prétendue de la désignation du juge d'instruction par le président du tribunal et celle d'un réquisitoire supplétif[572]. Par ailleurs, à l'occasion d'un appel contre d'une ordonnance refusant sa mise en liberté, l'appelant ne peut invoquer de prétendues nullités d'une ordonnance de prolongation de la détention devenue définitive[573]Toutefois, il en va différemment si la décision définitive est considérée comme inexistante. Ainsi a-t- il a été jugé que, lorsqu'elle est saisie de l'appel contre une ordonnance de refus de mise en liberté, la juridiction du second degré doit mettre d'office la personne en liberté dès lors que la dernière ordonnance de prolongation, bien que non frappée d'appel, était inexistante comme ayant été rendue après l'expiration du délai légal[574].

Exceptionnellement, la chambre criminelle écarte la règle de l'unique objet dans quelques cas. Elle admet d'abord que l'appelant peut invoquer l'incompétence du juge d'instruction. Elle a ainsi censuré un arrêt qui, statuant sur l'appel formé contre une ordonnance de placement en détention provisoire, avait déclaré irrecevable la demande d'annulation du mandat de dépôt fondée sur l'incompétence du juge d'instruction[575]. Elle juge aussi recevables les moyens d'appel invoqués à l'appui d'une demande de mise en liberté et

[570] Cass. crim.,10 déc. 1996, Bull. crim. 1996, n° 458

[571] Cass. crim., 10 déc. 1996, Bull. crim. 1996, n° 458

[572]Cass. crim., 18 mai 1989 Bull. crim. 1989, n° 207.

[573]Cass. crim., 4 avr. 1974 Bull. crim. 1974, n° 149

[574] Bull. crim. 1983, Bull.crim n° 3 note Chambon ; D. 1983, jurispr. p. 562,

[575] Cass. crim., 9 mai 1990, Bull. crim. 1990, n° 176)

fondés sur l'exception de prescription des faits poursuivis, dès lors que pourrait en résulter l'irrégularité du titre de détention[576] ou sur l'illégalité des poursuites résultant de l'abrogation de la loi pénale[577]. Elle admet aussi la recevabilité de conclusions invoquant la nullité de la détention résultant de l'absence de procédure d'extradition[578]à condition que les actes critiqués fassent partie de la procédure dont la chambre de l'instruction est saisie[579].

Faute de pouvoir faire sanctionner des mises en examen prématurées, certaines personnes privées de la liberté ont tenté de faire examiner la vraisemblance de leur culpabilité par la chambre de l'instruction lors des recours formés contre des décisions relatives à la détention provisoire. La chambre criminelle déclarait habituellement ces recours irrecevables en raison de la règle de l'objet unique de l'appel[580]. Cette question reste toujours d'actualité en dépit du fait que la loi n'a pas permis à la personne mise en examen de demander une requête en annulation de sa mise en examen. A l'heure actuelle, la Haute juridiction n'autorise toujours pas à la personne mise en examen de critiquer la vraisemblance de sa culpabilité lors de l'appel contre les ordonnances relatives à la détention provisoire. Malgré les réformes « audacieuses » dans cette matière, le législateur n'intègre pas encore la vraisemblance de culpabilité comme un critère *sine qua non* de la détention provisoire et qui devrait être appréciée tout au long de cette mesure privative de liberté.

Il est exact que la détention provisoire ne peut être appliquée qu' à l'encontre d'une personne mise en examen, c'est-à-dire à la personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction (art. 80-1 CPP). Mais cet élément est apprécié au début de la procédure. Le juge des libertés et de la détention ne l'apprécie pas chaque fois qu'il doit prendre une décision relative à la détention provisoire de l'intéressé. Néanmoins, la personne mise en examen ne peut contester les charges qui pèse contre elle qu' l'audience de contrôle, déroulant devant la chambre de l'instruction.

---

[576]Cass. crim., 26 janv. 1984, Bull. crim. 1984, n° 34

[577]Cass. crim., 14 mars 1988 ,Bull. crim. 1988, n° 124

[578]Cass. crim., 11 oct. 1983, Bull. crim. 1983, n° 239.

[579]*Cass.* crim., 10 janv. 1995; Bulle.crim n° 11

[580]Cass. crim., 25 juin 1959, Bulle crim. n° 334, J.C.P 1959, II, 11288, concl. Gerthoffer, obs. R.Vouin ; Crim. 23 nov.1977, Bull. n° 364 ; Crim. 8 décembre 1993 B. n° 380

En bref, les réformes récentes n'ont pas élargi le droit d'appel proprement dit de la personne détenue en matière de la détention provisoire. Mais il lui attribue d'autres droits tel que la demande de référé-liberté et la demande d'une audience de contrôle devant la chambre de l'instruction. Ainsi, en dehors de la procédure d'appel, le législateur a multiplié les contrôles de plusieurs acteurs (le ministère public, le président de la chambre de l'instruction, la chambre de l'instruction et la personne détenue) en matière de la détention provisoire, ce qui a rendu la procédure pénale très complexe.

II. L'examen de l'appel devant la chambre de l'instruction

L'objectif de l'examen de l'appel est de revoir la légalité et l'opportunité des ordonnances des juges du premier degré (juge de libertés et de la détention et le juge d'instruction). L'ensemble des règles concernant l'appel doit garantir un jugement équitable. Nous allons examiner tout d'abord les règles concernant l'audience devant la chambre de l'instruction (A) avant de se pencher sur les effets de ses arrêts (B).

A. L'audience devant la chambre de l'instruction

La chambre de l'instruction doit juger l'appel contre les ordonnances relatives à la détention provisoire dans un délai de 10 jours si c'est une ordonnance de placement en détention provisoire et de 15 jours dans les autres cas (art.194 al. dernier). Le délai court à compter du lendemain du jour où la déclaration d'appel a été transcrite sur le registre public prévu par les articles 502 et 503 du Code de procédure pénale[581]. Le délai ne se calcule pas de quantième en quantième : si le délai expire normalement un samedi, dimanche, jour férié ou chômé, la prorogation prévue par les dispositions de l'article 801 du code de procédure pénale s'appliquera[582].

Selon l'article 197 du Code de procédure pénale, le Procureur général notifie par lettre recommandée à chacune des parties et à son avocat la date à laquelle l'affaire sera appelée à l'audience. Si la personne est détenue, la notification est faite par le directeur de la maison d'arrêt, qui adresse sans délai le récépissé ou sa copie au Procureur général. La notification est faite, pour les personnes non détenues, à la dernière adresse déclarée au juge d'instruction (art. 197, al. 1er CPP). La notification peut également être faite à l'avocat par télécopie avec

[581]Cass.crimCrim. 8 févr. 1989, Bull. crim. n° 57

[582]Cass.crimCrim. 8 févr. 1989, Bull. crim. n° 56, RSC 1989. 350, obs. A. Braunschweig

récépissé[583].Cette formalité est essentielle aux droits de la défense et doit être observée à peine de nullité[584]. En matière de détention provisoire, un délai minimum de quarante-huit heures[585], doit être observé entre la date d'envoi de la lettre recommandée et celle de l'audience. Ces dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité, et l'inobservation des formalités qu'elles prévoient n'entraîne la nullité que s'il y a eu violation des droits de la défense[586]. Le délai de 48 heures entre l'envoie de la notification et la date d'audience nous parait assez court pour préparer la défense notamment si l'avocat défend son client pour la première fois. Néanmoins, il a été jugé satisfaisant aux critères d'un procès équitable tels que prévu par l'article 6, § 3, b, de la Convention européenne des droits de l'homme[587].

Pendant ce délai de 48 heures, le dossier est mis à la disposition des parties au greffe de la chambre de l'instruction. Aux termes de l'article 197 du Code de procédure pénale, le dossier de la procédure doit être mis à la disposition des avocats des personnes mises en examen et qu'il doit être complet en comprenant tous les actes d'information et toutes les pièces de la procédure. Ainsi, la chambre de l'instruction ne peut-elle fonder sa décision sur les pièces qui ne sont pas jointes au dossier et donc pas communiquées à la défense[588]. De même, elle ne peut fonder sa décision sur les informations fournies à l'audience par le ministère public, sans que la défense soit mise au courant de ces informations[589]. Néanmoins, la Cour de cassation a admis que les parties, publiques ou privées, ont la faculté de produire à l'audience des documents qui n'étaient pas dans le dossier déposé, à la condition que ceux-ci puissent être librement et contradictoirement débattus à l'audience[590].

Ensuite, le Procureur général soumet l'affaire avec son réquisitoire à la chambre de l'instruction. Le dépôt du réquisitoire au dossier peut intervenir jusqu'à la veille de

---

[583]Cass.crim 29 mai 2002, Bull. crim. n° 123, JCP 2002. IV. 2362, Dr. pénal 2002. Comm. 116, obs. Maron

[584]Cass.crim; 18 juin 1998, Bull. crim. n° 198

[585]cinq jours en toute autre matière

[586] Cass.crim. 3 oct. 1974, Bull. crim. n° 273

[587]Cass.crim. 12 juill. 1994, Bull. crim. n° 276

[588]Cass. crim., 19 sept. 2006, Jacques BUISSON, La chambre de l'instruction ne peut fonder ses décisions que sur le dossier de la procédure déposé, Procédures n° 3, Mars 2007, comm. 65

[589] Cass. crim., 16 oct. 1984 : Bull. crim. 1984, n° 301

[590]Cass. crim., 28 mai 1990 : Bull. crim. 1990, n° 213.

l'audience[591]. Si le dépôt des réquisitions écrites intervient le jour même de l'audience et que la chambre de l'instruction ne peut renvoyer l'audience en raison de la prescription du délai ; elle doit statuer après les avoir écartées des débats. Dans le cas contraire, l'intéressé est mis en liberté[592]. Par contre, les parties et leurs avocats sont admis jusqu'au jour de l'audience à produire des mémoires qu'ils communiquent au ministère public et aux autres parties. Ces mémoires sont déposés au greffe de la chambre de l'instruction et visés par le greffier avec l'indication du jour et de l'heure du dépôt. Lorsqu'un avocat n'exerce pas dans la ville où siège la chambre de l'instruction, il peut adresser son mémoire au greffier, au ministère public et aux autres parties par télécopie ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception qui doit parvenir à leurs destinataires avant le jour de l'audience. La personne non assistée par un avocat peut verser à l'audience même les pièces qu'elle juge utiles à la défense[593].

Contrairement aux autres matières, l'audience en matière de détention des majeurs est soumise au principe de publicité (art.199 CPPF). Toutefois, le ministère public, la personne mise en examen ou la partie civile ou leurs avocats peuvent, avant l'ouverture des débats, s'opposer à cette publicité si celle-ci est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction, à porter atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité des débats ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers, ou si l'enquête porte sur des faits visés à l'article 706-73. La chambre statue sur cette opposition après avoir recueilli les observations du ministère public et des parties, par un arrêt rendu en chambre du conseil qui n'est susceptible de pourvoi en cassation qu'en même temps que l'arrêt portant sur la demande principale.

B. Les effets de l'arrêt de la chambre de l'instruction

La chambre de l'instruction peut infirmer ou confirmer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention. Dans le cas où le non-respect n'est pas la cause de nullité, la chambre de l'instruction peut confirmer l'ordonnance litigieuse et la réformer[594]. En raison de

[591] Crim. 20 mars 1989, Bull. crim. n° 135

[592]Crim. 9 mai 2001, D. 2001, IR 2000

[593]Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 06-87.545, Droit pénal n° 4, Avril 2007, comm. 63

[594]L'application erronée des règles des articles 145-1 ou 145-2 relatives à la durée de la prolongation de la détention provisoire, n'est pas une cause de nullité de l'ordonnance du juge. La chambre de l'instruction, saisie de l'appel de cette ordonnance, doit, si elle ne la confirme pas, se borner à la réformer et à prolonger la détention pour une durée qu'elle juge utile, dans les limites fixées par les articles précités (Cass. crim., 8 nov. 1983 Bull. crim. 1983, n° 291. – Cass. crim., 7 oct. 1997, Bull. crim. 1997, n° 326

l'effet dévolutif de l'appel, il appartient à la chambre de l'instruction de substituer, s'il y a lieu, ses propres motifs à ceux du juge qui a rendu l'ordonnance[595]. Ses décisions en matière de détention provisoire sont exécutoires. Lorsque la chambre de l'instruction confirme l'ordonnance des juges du premier, la situation est assez simple. Par contre, la complexité révèle au cas où la chambre de l'instruction infirme leurs ordonnances, c'est-à-dire qu'ils sont en désaccord sur la détention provisoire. En effet, le juge d'instruction conserve toujours la compétence de la mise en liberté et le juge des libertés et de la détention conserve sa compétence de placement en détention et la prolongation. La Cour de cassation a eu plusieurs occasions de se prononcer sur les effets de l'arrêt infirmatif de la chambre de l'instruction.

En cas de désaccord entre les juridictions de première degré de l'instruction détention avec la chambre de l'instruction, le mis en examen risque d'être incarcéré puis libéré à plusieurs reprises. En effet, le juge d'instruction conserve la compétence de mise en liberté de l'intéressé. Par ailleurs, après annulation du titre de détention, aucune disposition de la loi n'interdit au juge des libertés et de la détention de délivrer, au cours d'une même information, un autre titre de détention en raison des mêmes faits lorsque des circonstances nouvelles entrant dans les prévisions de l'article 144 du code de procédure pénale justifient, eu égard aux nécessités actuelles de l'instruction, la délivrance d'un nouveau titre d'incarcération[596].

Pour pallier cette difficulté, la Cour de cassation avait élaboré une jurisprudence qui permettait, en certains cas, à la chambre d'accusation de conserver la connaissance ultérieure du contentieux de la détention provisoire d'une personne inculpée. Dans l'arrêt Pesquet du 22 décembre 1959[597], la chambre criminelle a décidé que la chambre d'accusation, lorsqu'elle infirme la décision du juge d'instruction, reste compétente pour statuer sur les contentieux relatifs à la détention provisoire pour la suite de la procédure. Postérieurement, certains arrêts ont subordonné cette réserve du contentieux à une déclaration expresse de la chambre de l'instruction, d'autres ont admis l'évocation implicite[598].

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la du 9 mars 2004 en complétant le premier alinéa de l'article 207, elle a prévu que « lorsque la chambre de l'instruction décerne mandat

---

[595]Cass. crim., 5 mai 1997, Bull. crim. 1997, n° 162

[596] Cass. crim. 3 sept. 2003, n° 03-83.068 , Bull. crim., n° 152

[597]Cass. crim., 22 déc. 1959 : Bull. crim. 1959, n° 569 ; JCP G 1962, II, 12857, note P. Chambon

[598] V. J. Pradel : D. 2003, p. 32, note ss Cass. crim., 19 févr. 2002, n° 01-88.028.

de dépôt ou qu'elle infirme une ordonnance de mise en liberté ou de refus de prolongation de détention provisoire, les décisions en matière de détention provisoire continuent de relever de la compétence du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention sauf mention expresse de la part de la chambre de l'instruction disant qu'elle est seule compétente pour statuer sur les demandes de mise en liberté et prolonger le cas échéant la détention provisoire ». Cette disposition a fait l'objet d'une question prioritaire constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a donc déclaré que les deuxième et troisième phrases du 1er alinéa de de l'article 207 sont déclarées contraires à la Constitution. En effet, elles sont contraires au principe d'égalité prévus par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme. Il a rappelé que « *si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales* »[599]. Pour le Conseil constitutionnel, l'éventuelle divergence entre les propositions des juridictions de première instance et d'appel sur la nécessité ultérieure d'une détention provisoire ne peut justifier qu'il soit porté atteinte aux droits de la personne en cause. La décision du Conseil constitutionnel a mis fin à une ancienne pratique de la chambre de l'instruction. Désormais, lorsqu'elle infirme l'ordonnance du juge de premier degré, elle n'a plus le droit de se prononcer ultérieurement sur le contentieux de la détention provisoire telle que les demandes de mises en libertés.

L'arrêt de la chambre de l'instruction qui infirme une ordonnance de mise en liberté n'a pas à délivrer un nouveau mandat de dépôt ; il rend son plein et entier effet au titre de détention initial qui avait été décerné par le juge[600]. Cet arrêt doit être exécuté sans délai par le procureur général, conformément aux prescriptions du premier alinéa de l'article 207 du CPPF lesquelles font obstacle à l'effet suspensif du pourvoi en cassation[601]. Le mandat de dépôt délivré par le juge, auquel l'arrêt infirmatif redonne vie, permet, puisqu'il a été notifié,

[599] Véronique Tellier-Cayrol, Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 7 Février 2011, 144

[600] Dans l'ancienne jurisprudence, si la chambre de l'instruction décernait elle-même le mandat de dépôt suite à l'infirmation de l'ordonnance du premier degré, elle réservait donc le contentieux de la détention provisoire. Par contre, si elle faissait revivre le mandat de dépôt du juge d'instruction, celui-ci restait compétent en la matière. Il n'y a plus de distinction à l'heure actuelle car la chambre de l'instruction ne peut plus réserver du contentieux de la détention provisoire.

[601] Cass. crim., 7 nov. 1989, Bull. crim. 1989, n° 397 ; Rev. sc. crim. 1990, p. 367, obs. A. Braunschweig

de rechercher et d'arrêter, si elle est en liberté, la personne à laquelle il s'applique (CPP, art. 122, al. 4)[602].

La chambre de l'instruction qui infirme une ordonnance de mise en liberté du juge d'instruction peut, dans le même temps, statuer sur la prolongation de la détention provisoire[603]. En l'espèce, le mis en examen est placé sous mandat de dépôt le 29 février 2008, sa détention provisoire fut successivement prolongée jusqu'au 28 février 2011. À cette date, le juge d'instruction, saisi de réquisition du procureur de La République aux fins de saisine du juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne une nouvelle prolongation, fit savoir qu'il refusait la transmission et décidait de remettre le mis en examen en liberté sous contrôle judiciaire. La chambre de l'instruction infirma son ordonnance et prescrit la prolongation de la détention pour une durée de six mois. Le mis en examen a formé un pourvoi en cassation au motif d'absence d'examen au premier degré de la prolongation de la détention. La chambre criminelle a jugé au contraire que la question de la détention avait bien été examinée par deux juridictions successives, et a rejeté le pourvoi.

Pourtant dans un arrêt plus ancien, Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que la chambre de l'instruction qui infirme une ordonnance de mise en liberté rendue par le juge d'instruction, ne peut ordonner la prolongation de la détention sans s'être réservé, par une mention expresse de l'arrêt, le contentieux de la détention provisoire[604]. Etant donné que la chambre de l'instruction ne peut plus se réserver du contentieux de la détention provisoire suite à la déclaration de l'inconstitutionnalité d'une partie de l'article 207 d u Code de procédure pénale, nous estimons que la Chambre de l'instruction ne peut plus prolonger la détention provisoire lorsqu'elle infirme l'ordonnance de mise en liberté

Lorsque détention provisoire a atteint les délais de quatre mois en matière correctionnelle, si l'intéressé ne fait pas l'objet d'une décision de prolongation de la chambre de l'instruction, il doit être libéré[605]. Le temps écoulé entre la mise en liberté et la réincarcération ne compte pas dans le calcul des délais prévus par lesdits articles[606]. L'arrêt de

[602]Cass. crim., 9 juill. 2003 ; Bull. crim. 2003, n° 136).

[603]Crim. 28 juin 2011,M. Léa , Dalloz actualité 08 septembre 2011

[604]Cédric Porteron, Infirmation d'une ordonnance de mise en liberté : la chambre de l'instruction peut-elle prolonger la détention provisoire ? Actualité Juridique Pénal 2007 p. 127

[605]Cass. crim., 2 juin 1987 : Bull. crim. 1987, n° 230

[606]Cass. crim., 27 janv. 1993; Bull. crim. 1993, n° 4

la chambre de l'instruction qui infirme l'ordonnance de mise en liberté rendue par le juge et qui prescrit à nouveau la mise en détention ne constitue pas une décision de prolongation de la détention provisoire au sens des articles 145-1 et 145-2 du Code de procédure pénale.

§ 2. Le pourvoi en cassation en matière de détention provisoire

La Cour de cassation trouve son origine du « conseil des parties » instauré sous l'Ancien Régime qui peut prononcer l'annulation des décisions de justice contraires aux ordonnances et édits royaux. Le conseil a, en principe, une compétence limitée à l'examen des questions de droit, sans pouvoir juger au fond des affaires qui lui sont soumises : après avoir cassé un arrêt de parlement, il renvoie la cause devant une autre juridiction souveraine. Le système de la justice retenue impliquait en effet la possibilité pour le monarque de faire respecter lui-même ses édits et ordonnances, y compris en annulant les décisions de justice dont il estime qu'elles les ont violés. Le fondement du fonctionnement de la Cour de cassation reste le même. C'est-à-dire elle ne juge que le droit et non les faits.

Le pourvoi en cassation en matière de la détention provisoire est jugé par la chambre criminelle qui est l'une des six chambres de la Cour de Cassation. Les articles 576 et suivants du Code de procédure pénale donnent compétence à la chambre, d'une part, pour statuer sur les pourvois formés contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions pénales[607] ; d'autre part, pour statuer comme Cour de révision sur les demandes dont elle est saisie par l'intermédiaire de la commission prévue à l'article 622. La mission de la Cour est de contrôler la légalité des décisions des juridictions de fonds et de donner une interprétation uniforme de la loi. L'interprétation de la loi par la Cour de cassation sous forme de la jurisprudence crée les normes en droit interne. La CEDH a reconnu à la jurisprudence de la Cour de cassation la qualité de "loi" au sens de l'article 8-2 de la Conv.EDH[608].

I. Les formalités du pourvoi

Le pourvoi en cassation est un recours extraordinaire régit par des formalités particulières. Ces dernières sont très techniques et très différentes des formalités en appel. La recevabilité du pourvoi est strictement règlementée (A). Etant donné que le pourvoi en

[607] y compris les jugements des juridictions des forces armées (article 263 du Code de justice militaire)

[608] CEDH, 24 avr. 1990, aff. Kruslin et Huvig n° A 176-A

cassation est une procédure écrite, tous les moyens du pourvoi doivent être exprimés dans le mémoire qui sont soumis également aux règles strictes (B).

A. La recevabilité du pourvoi

En matière de la détention provisoire, le pourvoi en cassation ne concerne que les arrêts de la Cour d'appel. Autrement dit, il n'est ouvert que si l'arrêt attaqué est susceptible d'une voie de recours ordinaire, c'est-à-dire d'un appel ou d'une opposition. Aux termes de l'article 567-1 « si le président de la chambre criminelle constate qu'il a été formé un pourvoi contre une décision qui n'est pas susceptible de voie de recours, il rend une ordonnance de non-admission du pourvoi. Sa décision n'est pas susceptible de recours ». Cette ordonnance de non-admission se distingue nettement des décisions de non-admission rendues par la chambre car elle est motivée.

De la même manière qu'en matière d'appel, seuls le ministère public et la personne mise en examen sont autorisés à former un pourvoi devant la Cour de cassation[609]. Le pourvoi de la partie publique n'est soumis à aucune limitation autre que celle résultant de son intérêt à agir. Le Ministère public peut attaquer toute décision pénale illégale puisqu'il a la charge de défendre les intérêts de la société. Il importe peu que l'illégalité qu'il dénonce soit profitable au prévenu ou qu'elle lui nuise. Par contre, l'action du Ministère public se limitant à la sauvegarde des intérêts commis à sa garde, elle ne peut s'exercer dans l'intérêt des parties. Ainsi, son pourvoi est irrecevable au motif que le prévenu n'a pas été informé de la date de l'audience de la Chambre de l'instruction, appelée à statuer sur une demande de mise en liberté[610].

Le demandeur ne peut attaquer, faute d'intérêt, la décision qui fait droit à ses conclusions. Autrement dit, la décision attaquée doit causer au demandeur le grief. De même devient sans objet le pourvoi contre l'arrêt confirmatif de rejet d'une demande de mise en liberté, dès lors qu'est intervenue une ordonnance de règlement qui a rendu caduc le titre initial de détention, même si l'intéressé a fait l'objet d'une ordonnance de maintien en détention. *A fortiori* le demandeur ne peut attaquer les dispositions concernant un co-inculpé

[609] En matière de détention provisoire, la partie civile ne peut ni faire appel ni former un pourvoi devant la Chambre criminelle. En vertu de l'article 618 du code de procédure pénale, lorsqu'une demande en cassation a été rejetée, la partie qui l'avait formée ne peut plus se pourvoir en cassation contre le même arrêt ou jugement, sous quelque prétexte ou par quelque moyen que ce soit.

[610] Cass. Crim 15 févr. 2005, Bull. crim., n° 54

ou un civilement responsable, même si elles ont pour effet de faire peser sur lui la charge totale de la réparation. Le grief doit être causé par l'illégalité de la décision attaquée.

Le pourvoi doit être formé dans les cinq jours francs à compter du prononcé de la décision attaquée (art. 568, al. 1er CPPF). Néanmoins, il résulte de la combinaison des articles 217, alinéa 3, et 568, alinéa 2 du CPPF que le délai ne court qu'à compter de la notification de l'arrêt par lettre recommandée, ou par les soins du chef de l'établissement pénitentiaire si la personne est détenue, tant que le juge d'instruction n'a pas clôturé son information[611]. À l'égard du mis en examen et de la partie civile, seule la signification ou la notification de l'arrêt à la partie elle-même, prévue par l'article 217, et non celle faite à son avocat, fait courir le délai du pourvoi[612]. Passé ce délai de cinq jours, le pourvoi est irrecevable. Néanmoins, le demandeur peut échapper à cette irrecevabilité en faisant prononcer la nullité de la signification qui a fait courir le délai du recours[613] ou en établissant qu'un événement de force majeure l'a empêché de se présenter au greffe en temps utile ou d'y envoyer un fondé de pouvoir spécial. À l'égard du Ministère public, au contraire, le délai du pourvoi court du jour du prononcé de la décision. Le Ministère public, en effet, ne saurait bénéficier de l'article 217 puisque l'arrêt lui est parfaitement connu.

Depuis la suppression de l'amende de cassation et de sa consignation, l'introduction du pourvoi n'exige plus que l'accomplissement de deux formalités : la déclaration de pourvoi et la notification du recours aux défendeurs[614]. La déclaration du pourvoi est faite oralement au greffier de la juridiction qui a rendu la décision attaquée selon les prescriptions de l'article 576 du code de procédure pénale ou, lorsque la personne est détenue, au moyen d'une déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire selon les termes de l'article 577 du code de procédure pénale. La déclaration de pourvoi est faite oralement devant le greffier par le demandeur ou par le mandataire spécial qui le représente. Il n'est pas nécessaire que la déclaration énonce les moyens de cassation qui seront invoqués. Le procès-verbal de déclaration doit être signé du greffier et du demandeur. L'article 578 du code de procédure pénale impose à tout demandeur de notifier son pourvoi au Ministère public par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dans les trois jours de l'introduction du

[611] Cass.crim Crim. 4 mars 1997, Bull. crim. n° 8

[612] Cass. crim. 3 oct. 1973, Bull. crim., n° 343; 15 févr. 2005, Bull. crim., n° 54

[613] Cass. crim. 5 déc. 1973, n° 451 ; 21 nov. 1989 n° 429

[614] Par l'article 3 de la loi n° 81-759 du 6 août 1981

recours[615]. La loi n'a pas précisé si le ministère public doit respecter la même obligation de notifier le pourvoi à la personne mise en examen lors qu'il est l'auteur du pourvoi. Nous estimons que cette règle doit lui appliquer afin d'assurer le caractère contradictoire de la procédure.

La Chambre criminelle saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction rendu en matière de détention provisoire doit statuer dans les trois mois qui suivent la réception du dossier à la Cour de cassation, faute de quoi l'intéressé est mis d'office en liberté (art. 567-2, al. 1er). Le point de départ de ce délai de trois mois est celui de « la réception du dossier à la Cour de cassation ». Il en résulte que ce délai ne peut courir si le dossier adressé par le greffe de la cour d'appel est incomplet et ne permet pas de vérifier la régularité de la procédure antérieure à l'arrêt attaqué, le délai légal n'ayant pu courir[616].

[615] Quant au défaut de notification, il n'entraîne pas non plus l'irrecevabilité du pourvoi (Cass. crim. 20 oct. 1964, ibid., n° 268) mais ouvre seulement au défendeur, aux termes de l'article 579, le droit de former opposition à l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans les cinq jours de la notification de cet arrêt prévue à l'article 614

[616] Cass. crim. 7 oct. 1988, Bull. crim., n° 330

B. Les mémoires du pourvoi en cassation

Le demandeur[617] en cassation ou son avocat doit, à peine de déchéance, déposer son mémoire signé par lui, exposant les moyens de cassation dans le délai d'un mois à compter de la réception du dossier (art. 584 CPPF)[618]. Les moyens ne doit viser que le dispositif attaqué. De même, la discussion de questions étrangères à la détention est irrecevable à l'appui d'un pourvoi contre un arrêt statuant sur la détention provisoire. Il appartient au demandeur de s'enquérir lui-même de la date d'arrivée de son dossier à la Cour de cassation afin de respecter ce délai[619]. Cependant, le président de la chambre criminelle peut proroger ce délai, à titre exceptionnel, pour une durée de huit jours. À l'issue de ce délai, l'intéressé ne peut plus ni déposer un mémoire ni soulever des moyens nouveaux (art. 567-2, al. 2). Une demande d'aide judiciaire ne peut suspendre ou interrompre ce délai[620]. Dès le dépôt du mémoire, le président fixe la date de l'audience. De surcroît, en matière de détention provisoire et en cas de renvoi devant les assises, les articles 567-2 et 574-1 du Code de procédure pénale ont imposé au demandeur de déposer son mémoire ampliatif dans le mois de la déclaration de pourvoi, à peine de déchéance du droit de produire, sauf prorogation de huit jours par le président de la Chambre criminelle.

Le demandeur n'a pas l'obligation de notifier son mémoire au défenseur. Par contre, le mémoire du défenseur doit être signé par l'avocat de la Cour de cassation et notifié à l'avocat du demandeur. En pratique, les parties se notifient mutuellement des mémoires car le principe du contradictoire du procès doit être observé. Les parties doivent respecter également le délai pour déposer les mémoires additionnels (art.590 CPPF). Passer le délai pour déposer le mémoire, aucun moyen nouveau peut être soulevé par le demandeur. Par contre, rien ne s'oppose donc, en principe, à ce que le défendeur invoque un nouveau moyen de défense jusqu'à la clôture des débats à l'audience.

Ces mémoires font l'objet d'une analyse d'un conseiller - rapporté qui peut être un conseiller ou un conseiller référendaire de la Cour de cassation. Le rapport rappelle les faits de la cause, les moyens de cassation invoqués, les principes juridiques applicables et les

[617] Devant la Cour de cassation, le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire.

[618] Crim. 11 juill. 1990, Bull. crim. n° 281, Crim. 5 févr. 1985, Bull. crim. n° 57.

[619] Crim. 14 nov. 2001, Bull. crim. n° 237, D. 2002, IR 133

[620] Crim. 20 févr. 1990, Bull. crim. n° 83

conséquences qu'il y a lieu d'en tirer pour le jugement du pourvoi. Il est déposé au greffe. Ces rapports ne peuvent être communiqués aux parties ou à leurs avocats. Mais ils sont lus à l'audience publique. Le dossier, rétabli au greffe par le conseiller-rapporteur, avec le rapport et le projet d'arrêt, est transmis à l'un des avocats généraux de la Chambre criminelle que le procureur général désigne pour conclure dans l'affaire considérée. L'avocat général étudie le dossier et rédige des conclusions écrites qui peuvent s'écarter éventuellement de la position prise par le rapporteur, si la solution du problème juridique posé par le pourvoi peut donner lieu à controverse. Devant la Cour de cassation, en effet, le procureur général et les avocats généraux n'agissent pas comme partie poursuivante, mais comme des commissaires du droit, dont la mission est de conclure en toute indépendance sur les problèmes juridiques soulevés par le recours. Une fois l'affaire en état d'être jugé, l'avocat général l'inscrit au rôle d'audience de la semaine[621].

Le dossier rétabli au greffe est examiné par le président de la chambre et par le conseiller doyen qui rédigent une note de dimensions variables pour faire connaître leurs avis motivés. Ces avis sont communiqués au conseiller-rapporteur pour qu'il puisse les discuter au cours du délibéré. Et une conférence se réunit quelques jours avant l'audience, qui est composée du président de la Chambre criminelle, des trois conseillers les plus anciens présidant les trois autres sections et de l'avocat général de service. Au cours de cette conférence, toutes les affaires inscrites au rôle seront examinées librement et chacun des participants indique s'il s'écarte ou non de l'avis du conseiller-rapporteur. Grâce à cette conférence préparatoire, l'arrêt de la Chambre criminelle est rendu le jour même de l'audience publique (art. 601 CPPF).

La comparution du demandeur devant l'audience de la Cour de cassation n'est pas un droit. La Cour accepte la comparution du demandeur s'il se défend personnellement. La CEDH a jugé que le refus de comparution à l'audience de la Cour de cassation ne constituent pas une violation de l'article 6 de la Convention, dès lors qu'un avocat peut représenter le demandeur[622]. Contrairement au principe suspensif du pourvoi en cassation, le pourvoi en matière de la détention provisoire ne suspend pas l'exécution de l'arrête attaqué. En effet, l'article 207, alinéa 1er, du code de procédure pénale fait échec à l'effet suspensif du pourvoi

[621] Les rôles sont fixés non par jour mais par semaine.

[622] CEDH 21 sept. 1993, Bull. inf. C. cass. janv. 1994, n° 1 ; 26 juill. 2002, Meftah c/ France, n° 32911-96, D. 2003. 593, obs. N. Fricero

lorsque la chambre de l'instruction statue, sur l'appel de l'ordonnance en matière de détention provisoire, soit qu'elle confirme, soit qu'elle infirme.

II. Le contrôle de régularité de la détention provisoire

Traditionnellement, le contrôle de la Chambre criminelle se limitait à la conformité de la détention provisoire aux dispositions du Code de procédure pénale. Nous parlons du contrôle de légalité de la détention provisoire dans le sens strict du terme (A). La réforme récente du contrôle a posteriori de la Constitutionalité des lois, par le mécanisme de « questions prioritaires de la Constitutionalité » a apporté une nouvelle perspective au recours en matière de la détention provisoire. A l'accusation du recours contre une ordonnance relative à la détention provisoire, la personne détenue peut non seulement invoquer la violation de la loi mais encore invoquer l'inconstitutionnalité des dispositions législatives appliquées en la matière. Rien n'empêche que le requérant invoque l'inconventionalité de la détention provisoire lors du pourvoi en cassation mais le mécanisme de la question prioritaire de la Constitution semble plus efficace [623](B).

A. Le contrôle de la légalité

L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire interdit au juge de cassation de connaître le fond des affaires et l'autorise seulement à vérifier si la loi a été correctement appliquée aux faits souverainement constatés par la décision attaquée ; ce que l'on exprime habituellement en disant que la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de pleine juridiction et qu'elle juge les arrêts, et non les procès. Le pourvoi en cassation est, d'autre part, un recours en annulation. Il ne constitue, ni une voie de réformation, ni une voie de révision. Cour de cassation est effectivement liée par les faits souverainement établis par la chambre d'accusation, elle ne vérifie pas la véracité de ces faits. Ainsi, elle refuse de trancher les questions de fait appartiennent à la compétence des juges du fond. Ce contrôle, qui ne s'exerce qu'en droit, aboutit à la cessation immédiate de la détention provisoire se traduisant par la remise en liberté de la personne détenue lorsqu'il est constaté que, en raison de

[623] Le législateur a considéré qu'il convenait, pour replacer la Constitution au sommet de l'ordre juridique français, d'imposer aux juridictions saisies de se prononcer d'abord sur la question de constitutionnalité avant de se prononcer sur la conformité de la disposition législative contestée aux traités internationaux et notamment au droit de l'Union européenne.

l'irrégularité relevée, le titre de détention peut être considéré comme inexistant et la détention dépourvue de fondement légal[624].

L'obligation pour le juge de motiver sa décision est un principe d'ordre public qui gouverne la procédure pénale aussi bien que la procédure civile. Elle est formulée par les articles 485 et 593 du code de procédure pénale. Aux termes de ce dernier texte, « les arrêts de la Chambre de l'instruction ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls, s'ils ne contiennent pas de motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée par le dispositif. Les vices de motivations des arrêts de la chambre de l'instruction revêtent quatre formes principales : défaut de motif, contradictoire des motifs, l'insuffisance de motifs constitutive du défaut de base légale.

Dès que l'exigence de la motivation de la détention provisoire est imposée par le Code de procédure pénale, la Cour de cassation exerce son contrôle sur la qualité de cette motivation des juges du fond. L'article 144 énonce expressément les motifs admissibles de la détention provisoire, l'article 145 exige une ordonnance motivée du juge d'instruction par référence à l'article 144 pour justifier de la nécessité du placement en détention provisoire, tandis que l'article 148 impose la même motivation pour l'ordonnance du juge d'instruction répondant à une demande de mise en liberté.

Néanmoins, la Chambre criminelle vérifie simplement que ces motifs sont bien mentionnés et qu'ils sont exempts d'insuffisance ou de contradiction. Dès lors que le refus de liberté, ou la prolongation de la détention, est argumenté au regard des circonstances de l'espèce, la Chambre criminelle rejette les pourvois[625]. En revanche, elle n'hésite pas à casser les arrêts insuffisamment motivés ou qui ne répondent pas à un moyen. Il est en fait assez rare

[624]Par ailleurs, en dehors de la procédure de pourvoi en cassation, la Cour de cassation peut être saisie pour avis sur des nouvelles questions du droit. La saisie pour avis de la Cour de cassation est tout d'abord écartée en matière pénale puis admis par la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001[624]. En effet, l'article l'article L.151 de Code de l'organisation judiciaire permet aux juridictions de l'ordre judiciaire, lorsqu'elles ont à statuer sur une nouvelle question de droit, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, de solliciter l'avis de la Cour de cassation, qui se prononce dans les trois mois de sa saisine. Néanmoins, les juridictions d'instruction et la Cour de d'assises ne sont pas autorisées à saisir la Cour de cassation pour avis. Aucune demande ne peut être présentée lorsque, dans l'affaire concernée, une personne est placée en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire (arts. 706-64 à 706-70 CPPF). La raison de cette exclusion est liée au délai de prononcer de la Cour assez long qui n'est pas compatible à promptitude qu'exige la détention provisoire.

[625] Renée Koering-Joulin, La Chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme à l'« accusé » avant jugement, Mélanges offerts à Georges Levasseur, Paris, Litec, 1992, p. 222.

que les juges omettent purement et simplement toute justification par référence à l'article 144 du code de procédure pénale. Dans l'hypothèse où ils motivent leur décision, la Cour de cassation exige que cette motivation soit précise. C'est ainsi, par exemple, que la Chambre criminelle a cassé, toujours pour manque de base légale, un arrêt d'une chambre d'accusation qui s'était bornée à énoncer que les faits reprochés avaient gravement et durablement troublé l'ordre public fondé sur le respect de l'intégrité physique[626].

Le Code de procédure pénale fixe le délai maximum de la détention en fonction de la gravité de l'infraction, la nature de l'infraction, le passé pénal de la personne mise en examen[627]. En matière correctionnelle, la détention provisoire ne peut excéder quatre mois si la personne mise en examen n'a pas déjà été condamnée pour crime ou délit de droit commun soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et lorsqu'elle encourt une peine inférieure ou égale à cinq ans (art.145-1 al. 1er). Dans les autres cas[628], à titre exceptionnel, le juge des libertés et de la détention peut décider de prolonger la détention provisoire pour une durée qui ne peut excéder quatre mois par une ordonnance motivée conformément aux dispositions de l'article 137-3 et rendue après un débat contradictoire (art.145-1 al. 2). Cette décision peut être renouvelée selon la même procédure, sous réserve des dispositions de l'article 145-3, la durée totale de la détention ne pouvant excéder un an.

La durée totale de la détention provisoire dans l'hypothèse de délits punis de plus de cinq ans d'emprisonnement est donc très sensiblement réduite par rapport à ce que prévoyait l'ancien article 145-1 qui permettait alors une détention de deux ans, voire une détention sans durée maximale, si le délit était puni de dix ans d'emprisonnement. Désormais, quelle que soit leur nature, le maximum de celles-ci limité à un an. Il en est en principe de même des délits punis de dix ans, pour lesquels la durée de la détention n'était pas limitée. Néanmoins, le deuxième alinéa de l'article 145-1 prévoit deux exceptions permettant de prolonger la

[626] Crim. 7 août 1990, Bull.crim n° 296, D. pén. 1999, CPI 11, Claire Marsat.

[627] Le délai de comparution devant le tribunal et la Cour d'assisse n'est pas compris dans les délais de la détention provisoire

[628] Si la personne a déjà été condamnée pour crime ou délit de droit commun soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an ou si la personne encourt une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement.

détention provisoire au-delà d’un an. Tout d’abord, les délits dont l’un des faits constitutifs a été commis à l’étranger. Ensuite, les affaires de trafic de stupéfiants, de terrorisme, d'association de malfaiteurs, de proxénétisme, d'extorsion de fonds ou dans les dossiers relatifs à des infractions commises en bande organisée dont la peine encourue est de minimum 10 ans. L’extranéité et la complexité des affaires permettent une détention de son auteur jusqu’à deux ans.

En matière criminelle, en principe la personne mise en examen ne peut être maintenue en détention au-delà d'un an. Le juge des libertés et de la détention peut, à l'expiration de ce délai, prolonger la détention pour une durée qui ne peut être supérieure à six mois après un débat contradictoire par une ordonnance motivée aux mêmes motifs du placement en détention provisoire. Ce délai peut être renouvelé une fois (art. 145-2 al. 1). Lors que la peine encourue est supérieure à 20 ans de réclusion ou détention criminelle, la personne mise en examen peut être détenue jusqu’à trois ans. Ces délais sont portés jusqu’à quatre ans de détention provisoire lorsque l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national ou lorsque la personne est poursuivie pour plusieurs crimes mentionnés aux livres II et IV du code pénal, ou pour trafic de stupéfiants, terrorisme, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour un crime commis en bande organisée.

A titre exceptionnel, lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité, la chambre de l'instruction peut prolonger pour une durée de quatre mois les durées ci-dessus citées (3 ans ou 4 ans). Cette prolongation peut être renouvelée une fois pour la même durée. La chambre l’instruction doit être saisie par une ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention. Elle statue sur cette prolongation après un débat contradictoire (art. 145-2 al. 3 CPPF).

Selon l’article 145-3 du Code de procédure pénale, lorsque la détention provisoire excède un an en matière criminelle ou huit mois en matière correctionnelle, les décisions ordonnant sa prolongation ou rejetant les demandes de mise en liberté doivent comporter les indications particulières qui justifient, en l’espèce, la poursuite de l’information et le délai prévisible d’achèvement de la procédure. En conséquence, doit être cassé l’arrêt qui, s’il

précise le délai prévisible d'achèvement de la procédure, ne comporte pas les indications particulières justifiant, en l'espèce, la poursuite de l'information[629].

Bien que la durée de la détention provisoire ne dépasse pas les limites fixées par la loi, le maintien en détention provisoire peut être déclarée illégal par la Chambre criminelle si elle dépasse le délai raisonnable. En effet, la loi du 30 décembre 1996 a introduit l'exigence du délai raisonnable à l'article 144-1 du Code de procédure pénale permet désormais de se fonder sur ce texte pour contester la « durée » de la détention. Selon ses dispositions : « *la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité* » sans quoi, la personne doit être remise en liberté. La personne détenue peut demander la mise en liberté devant le juge d'instruction ou devant la Cour d'appel au motif que sa détention dépasse le délai raisonnable.

Avant la promulgation de cette loi, la Cour de cassation a refusé de contrôle le caractère raisonnable de la détention lors que le mis en examen invoquait la violation de l'article 5, § 1er de la Convention européenne des droits de l'Homme[630]. Elle refuse toujours d'apprécier le caractère raisonnable ou non du délai qui est la compétence du juge du fond. Cependant, il lui arrive de casser un arrêt de la Chambre de l'instruction parce que le délai raisonnable n'est pas justifié. En effet, dans un arrêt du 2 septembre 2010, après avoir déclaré que toute personne détenue a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure, la Haute Cour a estimé que le délai de la détention provisoire ne peut pas être justifié au regard des *« difficultés récurrentes de fonctionnement de la juridiction appelée à statuer au fond* »[631]. Par ailleurs, la Chambre criminelle a estimé que la durée de la détention provisoire doit également être justifiée sans insuffisance ni contradiction quant au caractère raisonnable des délais[632]. La durée raisonnable, selon l'article 144-1 du code de procédure pénale, s'apprécie au regard de la gravité des faits reprochés et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité. La Chambre de l'instruction ne

[629]Crim. 22 févr. 2011, C. Girault, Motivation et « surmotivation » des décisions de prolongation de la détention provisoire, Dalloz actualité 22 mars 2011

[630] Crim. 21 août 1986, D. 1987, somm. 81, obs. J. Pradel ; contra : Crim. 3 janv. 1986, D. 1986. 137, note R. Koering-Joulin ; V. aussi W. JEANDIDIER, Détention provisoire, Convention européenne des droits de l'homme et code de procédure pénale, ou valse-hésitation de la chambre criminelle, Rev.sc.crim 1986. 711

[631] Cass. crim 2 septembre 2010 n° de pourvoi: 09-83950.

[632] Cass. crim. 20 oct. 1987, Bull. crim, n° 356.

saurait, pour justifier la durée de la détention provisoire, se borner à se référer à une mesure d'expertise étrangère aux conditions de droit et de fait prescrites par ce texte[633].

Dans un autre arrêt[634], en présence d'un cas de détention provisoire assez long (4 ans) dont trois depuis sa condamnation devant la cour d'assises de première instance et plus d'un an depuis le renvoi ordonné par la cour d'assises d'appel pour qu'il soit procédé à des vérifications. La Chambre criminelle a cassé l'arrêt de maintien en détention provisoire sous le visa de l'article 593 du code de procédure pénale ; reprochant la Chambre de l'instruction de ne pas avoir sa décision avec « diligence particulière ». L'utilisation de cette notion de « diligence particulière » permet ainsi un accroissement du contrôle sur les décisions des juges du fond sans aller jusqu'à remettre en cause leur appréciation souveraine[635].

B. Le pré-contrôle de la constitutionalité des lois

Lors du pourvoi devant la Cour de cassation, le demandeur peut lui poser les questions prioritaires de Constitutionalité. La Cour de cassation est compétente pour examiner ces questions et décide ou non de les envoyer devant le Conseil Constitutionnel. En effet, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un nouvel article 61-1 dans la Constitution, par lequel est instauré le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, entrant en vigueur du 10 mars 2010[636]. Aux termes de cet article, lorsqu'à l'occasion d'une instance en cour devant une juridiction, si le justiciable soutient qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. En effet, l'article 61-1 de la Constitution introduit dans notre système juridique un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, l'initiative appartient potentiellement à tout justiciable, dont les droits et libertés constitutionnellement garantis, auraient été méconnus par une disposition législative.

---

[633] Cass. crim. 22 juill. 1997, n° 97-82.854 , Bull. crim., n° 277

[634] Cass. crim 7 mars 2012, Durée de la détention provisoire et diligences particulières.

[635] Ibid

[636]FOSSIER, Comprendre les refus de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, Constitutions 2012, p. 9.

Tout d'abord, la chambre criminelle a été très réticente en ce qui concerne le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité. Cependant, l'esprit de la réforme constitutionnelle de 2008 réside dans la possibilité d'un contrôle *a posteriori*, dans impliquant l'examen de la conformité d'une disposition telle qu'appliquée concrètement. Le Conseil constitutionnel a donc invité la Cour de cassation de revoir sa politique. En effet, le Conseil constitutionnel ne peut exercer le contrôle de la constitutionalité des lois, s'il est saisi. La Chambre criminelle a fini par d'intégrer ce mécanisme dans sa fonction[637]. Elle pré-examine l'inconstitutionnalité de la disposition sous trois conditions : la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites ; la disposition contestée ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans le dispositif ou dans les motifs d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux. En général, la Cour refuse d'envoyer les questions prioritaires devant le Conseil Constitutionnel au motif que la question ne représente pas de caractère sérieux.

Pour apprécier le caractère sérieux de la question posée, nous allons apprécier la possibilité de l'atteinte, soit en raison de la disposition elle-même soit en raison de l'insuffisance des garanties apportées par les textes relevant du même ensemble. Lorsqu'à l'évidence le grief est injustifié et que la disposition ne saurait porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux, la question ne présente pas un caractère sérieux et doit donc logiquement être rejetée.

Dans un pourvoi n° 10-90.122, le requérant a posé QPC concernant l'article 179 du code de procédure pénale, en ce qu'elles permettent au juge d'instruction, au moment où il prend son ordonnance de règlement, de décider, sans débat contradictoire préalable, par une ordonnance distincte spécialement motivée, de maintenir le prévenu en détention provisoire portent-elles atteinte aux droits de la défense, au droit d'accès effectif à un juge et à un procès équitable, principes qui résultent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ? [638] La Chambre criminelle considère que la question ne présente pas ici de caractère sérieux car le mis en examen peut, de sa propre initiative ou après les réquisitions du

[637] La Chambre criminelle en examine 200 par an soit une moyenne de quatre ou cinq par semaine. Les questions portent principalement sur le sens et la portée des articles 5 et 7 à 13 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ; ce sont précisément des textes qui influent de manière très directe sur la procédure pénale, sur le droit pénal général et sur le droit pénal spécial. Voir Thierry Fossier, op. cit

[638] Cass. crim 15 février 2011 Recueil Dalloz 2011 p. 754

procureur, présenter des observations et soumettre son argumentation au juge avant que celui-ci se prononce sur le maintien en détention.

Par contre, la Cour de cassation a transmis la question prioritaire de la Constitutionalité devant le Conseil constitutionnel concernant l'article 148 du Code de procédure pénale en ce qu'il prévoit que le juge des libertés et de la détention, saisi d'une demande de mise en liberté, statue par ordonnance au vu du dossier, sans audience et donc sans débat[639]. Il est intéressant de relever ce cas où la question prioritaire de la Constitutionnalité a été d'abord posée devant la Chambre de l'instruction lors d'un appel contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant rejeté sa demande de mise en liberté. Dans sa décision du 21 mai 2010, considérant que la requête en question prioritaire de constitutionnalité devait faire l'objet d'une mise en état permettant de recueillir les observations du Ministère public et des parties avant son examen, la Chambre de l'instruction de la Cour d'Appel de Paris refusa de procéder audit examen et reporta ce dernier à une décision ultérieure[640]. Mais observant qu'il s'agissait d'une requête relative à une procédure comportant une mesure de détention provisoire, la Chambre de l'instruction refusa de sursoir à statuer et confirma l'ordonnance du juge d'instruction. C'est donc ce non-respect du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité qui était ici contesté devant la Chambre criminelle. Le non-respect d'autant plus préjudiciable aux yeux du requérant que, dans sa décision du 15 juin 2010 portant sur la question de constitutionnalité soulevée, la même Chambre de l'instruction a accepté de transmettre à la Cour de cassation ladite question relative à la constitutionnalité de l'article 148[641].

Saisi par la Cour de Cassation, le Conseil constitutionnel n'annule pas l'article 148 du Code de procédure pénale au motif que la personne mise en détention provisoire a le droit de demander à tout moment la mise en liberté et que les décisions de placement en détention provisoire, de prolongation, ainsi que l'appel rejetant les demandes de mises en liberté sont prises à l'issue d'un débat contradictoire. Le Conseil Constitutionnel conclue que « l'article 148 du Code de procédure pénale assure une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la

[639] Contestant une ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant rejeté sa demande de mise en liberté,

[640] L. Priou-Alibert Absence de débat contradictoire lors d'une demande de mise en liberté: renvoi de la QPC, Dalloz actualité 04 octobre 2010.

[641] *Ibid*

justice et les exigences qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Cependant, les sages de ce Conseil ont émis une réserve d'interprétation dans les termes suivants :

« *Considérant, toutefois, que l'équilibre des droits des parties interdit que le juge des libertés et de la détention puisse rejeter la demande de mise en liberté sans que le demandeur ou son avocat*[642] *ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du Ministère public ; que, sous cette réserve d'interprétation, applicable aux demandes de mise en liberté formées à compter de la publication de la présente décision, l'article 148 du Code de procédure pénale ne méconnaît pas les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789* »[643]. Suite à cet arrêt, la Cour de cassation doit prendre en compte les réserves du Conseil constitutionnel lorsqu'elle interprète l'article 148 du Code de procédure pénale.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 24 mai 2011 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 186 du code de procédure pénale[644]. En effet, le droit d'appel du mis en examen est un droit exceptionnel contrairement au droit d'appel absolu du Ministère public. A ce titre, la personne mise en examen ne peut faire appel que des ordonnances énumérées dans l'article 186 du Code de procédure pénale. L'ordonnance du juge de libertés et de la détention énoncé par l'article 146 du Code de procédure pénale n'est pas susceptible d'appel par la personne mise en examen[645].

Le Conseil Constitutionnel a en effet d'abord posé le principe selon lequel les différences de traitement résultant de l'application de règles de procédure propres à chacune des parties privées et Mu ministère public ne méconnaissaient pas nécessairement l'équilibre des droits des parties dans la procédure, cette juridiction précisant au contraire qu'il était

---

[642]M. Léna, « Validation avec réserve de la procédure des demandes de mise en liberté provisoire », Dalloz actualité 07 janvier 2011.

[643] Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-62 QPC, AJ pénal 2011. 136, obs. J.-B. Perrier ; Constitutions 2011. 531, obs. E. Daoud et A. Talbot ; AJ pénal 2011. 193, chron. C. Lazerges.

[644]Conseil Constitutionnel du 13 juillet 2011 Lionel Ascensi, n° 2011-153-QPC « Constitutionnalité des restrictions au droit d'appel du mis en examen », AJ Pénal 2012 p. 44

[645] Art. 146 CPPF s'il apparaît, au cours de l'instruction, que la qualification criminelle ne peut être retenue, le juge d'instruction peut, après avoir communiqué le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions, soit saisir par ordonnance motivée le juge des libertés et de la détention aux fins du maintien en détention provisoire de la personne mise en examen, soit prescrire sa mise en liberté assortie ou non du contrôle judiciaire ».

loisible au législateur, afin d'éviter, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les recours dilatoires provoquant l'encombrement des juridictions et l'allongement des délais de jugement des auteurs d'infractions. Par ailleurs, la personne mise en examen peut à tout moment de la procédure demande de sa mise en liberté et faire appel en cas de refus.

Il est arrivé que le Conseil Constitutionnelle déclare l'inconditionnalité de la loi en matière de détention provisoire[646]. En effet, l'article 207 du Code de procédure pénale, dans sa deuxième et troisième phrases exposent que la Chambre de l'instruction, une fois saisie en appel, peut de façon expresse se déclarer seule compétente pour statuer sur les demandes de mise en liberté et prolonger le cas échéant la détention provisoire. L'atteinte aux droits de la défense, selon le Conseil Constitutionnel ? résulte de ce que : « ... *ces dispositions confèrent à la Chambre de l'instruction le pouvoir discrétionnaire de priver une personne mise en examen, durant toute la procédure d'instruction, des garanties prévues par les articles 144-1 et 147 du Code de procédure pénale qui prescrivent au juge d'instruction ou au juge des libertés et de la détention d'ordonner sa mise en liberté immédiate dès que les conditions légales de la détention ne sont plus remplies, de celles prévues par l'article 148 du même code pour l'examen des demandes de mise en liberté en première instance et du droit à un double degré de juridiction instauré pour toute décision en matière de détention provisoire ; que l'éventuelle divergence entre les positions respectives des juridictions de première instance et d'appel relativement à la nécessité ultérieure de la détention de la personne mise en examen ne peut toutefois justifier qu'il soit ainsi porté atteinte aux droits qui sont accordés par la loi à toute personne placée en détention provisoire ; que, par suite, les deuxième et troisième phrases du premier alinéa de l'article 207 du code de procédure pénale méconnaissent les exigences résultant des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution* ». La décision du Conseil Constitutionnel a conduit à l'abrogation avec effet immédiat des deuxièmes et troisièmes phrases du texte. L'article 207 concerne la Chambre de l'instruction, juge en appel des ordonnances rendues en matière de détention provisoire.

[646] Conseil constitutionnel, décision du 17 décembre 2010

C. Le contrôle de la conventionalité

A l'occasion d'un appel ou un pourvoi en cassation, le requérant peut demander aux juges de se prononcer sur la conformité des dispositions en questions et les Conventions européennes et les traités internationaux signées par la France notamment la Conv. EDH. En effet, Conv. EDH la fait partie de l'ordre juridique français et hiérarchiquement supérieur à la loi interne. Ainsi, les juridictions françaises doivent interpréter la loi interne dans le sens compatible avec les dispositions de la cette Convention. En matière de détention provisoire, dans la plupart des cas, le requérant évoque la violation de l'article 5 relatif au délai raisonnable et l'article 6 relatif au procès équitable de la Convention européenne. Les notions contenues dans ces articles sont assez générales, elles exigent souvent une appréciation à la fois de droit et de fait. La Cour de cassation a souvent écarté l'application de ses dispositions en raison de la spécificité de son contrôle. Autrement dit, elle ne peut que vérifier s'il y a une erreur de droit.

La Cour de cassation est emmenée à prononcer sur les conditions de détention. Le demandeur s'appuie sa requête notamment sur une violation des articles 3 et 5 de la Conv. EDH, 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 144 et 198 du Code de procédure pénale pour demander sa mise en liberté au motif que nul ne devant être détenu dans des conditions constituant un traitement inhumain et dégradant. Selon le moyen de cassation, le juge des libertés et de la détention provisoire ne peut rejeter une demande motivée par ces caractères sans se prononcer sur l'existence des traitements invoqués, ni se déterminer sur les moyens d'y mettre fin en cas de nécessité du maintien en détention[647]. L'avocat général considère également, dans ses conclusions, qu'il s'agit d'un moyen péremptoire auquel la Chambre de l'instruction était tenue de répondre. Bien que le pourvoi soit rejeté, on notera cependant que la Chambre criminelle n'a pas dénié toute compétence aux juridictions de la détention provisoire quant aux conditions de détention. La possibilité de fonder une demande de mise en liberté sur des conditions de détention constitutives de traitements inhumains et dégradants semble néanmoins ouverte, à condition d'alléguer des « éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou morale ». La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de connaître des mauvaises conditions de détention à Nouméa mais au sein des cellules de garde à vue du commissariat de la ville. Elle a relevé que celles-ci pouvaient éventuellement caractériser une

[647]Crim. 29 févr. 2012, M. Léna, « Les motifs de la mise en liberté », Dalloz actualité , 17 mars 2012.

violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme seulement susceptible d'engager la responsabilité de l'État pour dysfonctionnement du service public sans être une cause de nullité de la procédure d'enquête[648].

La Haute Juridiction qui a déjà jugé de la conventionalité du dispositif semble être en adéquation avec sa jurisprudence. En effet, elle avait jugé l'article 148 du CPPF conforme à la Convention européenne, notamment à son article 5, §4, aux termes duquel « *toute personne privée de sa liberté […] a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention* »[649]. L'article 148 organise, sans conteste, une telle procédure dès lors que la personne détenue provisoirement peut déférer à la Chambre de l'instruction toute ordonnance rejetant une demande de mise en liberté, laquelle peut être renouvelée à tout moment. En revanche, dans cet arrêt, les juges du quai de l'Horloge ont jugé inopérant le moyen tiré de l'article 6 de la Convention, texte étranger à la détention provisoire. Or, dans la question prioritaire de constitutionnalité, sont justement mis en cause les principes liés au procès équitable et sur lesquels la Cour n'avait pas statué, alors que la procédure peut paraître effectivement problématique au regard de ces principes. En effet, l'absence de débat contradictoire dans cette hypothèse implique notamment que le prévenu ne prend pas connaissance des réquisitions du parquet et n'a pas la possibilité d'y répondre, ce qui entrave l'exercice des droits de la défense. En pratique, l'organisation d'un débat contradictoire alourdit l'instruction d'autant plus que le prévenu peut former régulièrement des demandes de mise en liberté. La décision est désormais du ressort du Conseil constitutionnel.

§ 3. La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme

Le système de protection des droits et libertés fondamentaux mis en place par la Conv.EDH se fonde sur le principe de subsidiarité. Il incombe en premier lieu aux Etats parties la Convention d'en garantir l'application, la CEDH ne devant intervenir que là où les Etats ont manqué à leur devoir. Le contrôle essentiel de l'application de la Convention dans les Etats signataires de la Convention est constitué de requêtes individuelles. La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale

[648] Crim. 22 juin 2010, n° 09-86.658, Eric Senna, "des conditions de détentions indignes ne peuvent fonder une remise en liberté, AJ Pénal 2012 p. 471

[649] Crim. 26 févr. 2003, Bull. crim. n° 55 ; D. 2003. Somm. 1728, obs. Pradel ; RSC 2003. 883, obs. Renucci ; JCP 2003. IV. 1763

ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles (art. 34 de la Convention). La requête devant la Cour E.D.H est une requête qui vise à faire reconnaît la violation d'une des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme par les juridictions nationales.

La France a ratifié la Convention en 1974 mais la requête individuelle devant la Cour n'a été possible qu'à partir de 1981. La plupart des requêtes en matière de la détention provisoire invoque la violation de l'article 5 relatif au droit à la liberté et la sureté [650] et l'article 6 relatif au procès équitable de la Convention. En raison des conditions de recevabilité des requêtes très contraintes, il y a très peu de requêtes qui ont abouti à un arrêt

[650] *Droit à la liberté et à la sûreté.* 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:

a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;

b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;

d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 *c* du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. 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.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

de fond[651]. Ainsi, Nous décidons étudier tout d'abord les conditions de la recevabilité des requêtes individuelles devant la Cour (I) avant de d'étudier sa jurisprudence et son influence en droit français en matière de la détention provisoire (II).

I. Les conditions de recevabilités des requêtes individuelles

L'idée de mettre la disposition des requérants potentiels des informations objectives et complètes relatives à la procédure de dépôt des requêtes et des critères de recevabilité figure explicitement au point C-6 a) et b) de la Déclaration d'Interlaken[652]. Les conditions de recevabilité sont exprimées par l'article 35 de la Convention. La pratique démontre la complexité dans l'interprétation de ces conditions de la recevabilité car elle doit s'adapter d'une part à l'afflux des requêtes et d'autre part, les éléments concrets de chaque dossier. Ce qui explique la souplesse de la Cour dans son interprétation des dispositions de la Convention. La première condition de recevabilité est l'épuisement du recours interne (A) et les autres conditions liées à la spécificité des requêtes devant la Cour (B).

A. L'épuisement du recours interne

La première condition pour pouvoir déposer une requête est l'épuisement des voies de recours en droit interne. En effet, le principe de souveraineté des Etats reconnu par le droit international public constitue le fondement de la règle de l'épuisement des recours internes. Selon l'article 35-1 de la Convention, la Cour n'intervient qu'après l'épuisement des voies des voies de recours interne. Ce qui permet à l'État de prévenir ou redresser les violations alléguées contre lui avant qu'elles ne soient soumises à une instance internationale. Très tôt, la Cour a estimé que la règle de l'épuisement des recours internes doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif[653]. Ainsi, la Cour vérifie l'ensemble des textes et la pratique judiciaire et politique dans lequel se situe la voie de recours et la situation personnelle des requérants pour savoir si le recours est effectif accessible et efficace. Elle

---

[651] Pour s'en tenir aux 35 460 requêtes jugées en 2009, moins de 7 % d'entre elles ont donné lieu à un arrêt au fond, alors que 88 % ont été déclarées irrecevables ou rayées du rôle par un comité de trois juges ou selon la nouvelle procédure à juge unique. La recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme par Philippe Roublot - 12/02/2010, AJ Pénal 2010 p. 63 ; plus de 149 000 étaient pendantes au 31 mars 2011, plus de 95 % est rejetée, Jurisprudence Analyse jurisprudentielle Guide sur la recevabilité, www.echr.coe.int

[652] Le 19 février 2010, les représentants des quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe, tous li s par la Convention, se sont r unis Interlaken en Suisse pour discuter de l'avenir de la Cour et notamment de son engorgement de l'afflux de requêtes irrecevables.

[653] CEDH 6 nov. 1980, § 72: req. n° 7367/76.

rappelle qu'il appartient à l'Etat défendeur de démontrer ces caractères d'effectivité et d'accessibilité des recours internes. Si l'Etat défenseur ne réussit pas à démontrer l'accessoiriste et l'efficacité du recours interne, la Cour peut accepter que la requête soit recevable sans que le recours interne soit épuisé.

La question du recours en droit français ont fait l'objet des discussions devant la CEDH. Elle a prononcé sur l'accessibilité et l'effectivité du recours interne contre le délai déraisonnable de la détention provisoire. En effet, l'article L 781-1 du code de l'organisation judiciaire français dispose que « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice). Lorsque les personnes placées en détention provisoire ont subi une longue détention avant le jugement, ils ont saisi directement la Cour au motif de la violation de l'article 5, § 4, de la Convention selon lequel ils doivent obtenir la décision relative à la légalité de leur détention dans un bref délai. A la fin des années 1980, le Gouvernement français demandait systématiquement l'exception de l'épuisement de recours interne[654]. La Commission avait rejeté systématiquement l'exception en estimant que le gouvernement ne démontrait pas que le recours en question était accessible et effectif. En effet, la responsabilité de l'Etat français ne peut être engagée que par le faute lourde du magistrat ou par le déni de justice (L 781-1du dit Code). La décision de la Cour a été basée sur une étude de la jurisprudence française très restrictive en la matière.

[654] CEDH, 23 nov. 1993, Navarra c/ France, série A, n° 273-B, p. 27, § 24, RSC 1994. 364, obs. R. Koering-Joulin. Dans l'affaire Navarra, le requérant invoquait la violation de l'article 5, § 4, de la Convention (droit à une décision à bref délai sur la légalité de la détention M. Navarra a saisi la Commission le 31 juillet 1987[654]. Il se plaignait de ce que son appel du 25 mars 1986 contre une ordonnance de refus de mise en liberté, jugé en 24 octobre 1986 par la chambre de l'instruction n'eût pas été examiné au fond "à bref délai" comme le prescrivait l'article 5 par. 4 de la Convention. Le Gouvernement français soutient que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes, faute d'avoir intenté contre l'État une action en réparation en vertu de l'article L 781-1 du code de l'organisation judiciaire[654]. La Cour a écarté cet argument du Gouvernement français au motif que le requérant ne se prétendait victime ni d'un déni de justice, ni même d'une faute lourde. Par ailleurs, le droit d'obtenir une décision à bref délai sur la légalité d'une détention se distingue de celui de recevoir un dédommagement pour une telle détention. Néanmoins, la Cour a constaté que le retard de la procédure est lié également aux comportements du requérant et la spécificité du système français. D'une part, il existe en droit français le double degré de juridiction pour l'examen de la légalité de la détention et celui des demandes d'élargissement et d'autre part, la personne placée en détention provisoire a le droit de demande la mise en liberté à tout moment de la procédure. Ainsi, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas de violation de l'article 5 par. 4 de la Convention.

Toutefois, la Cour a changé sa position sur cette question en raison de l'évolution de la jurisprudence française. En effet, les juridictions françaises reconnaissent plus facilement la responsabilité de l'Etat en cas de la durée excessive de la détention provisoire et de l'instruction. Dans l'affaire Gauthier, le tribunal de grande instance de Paris avait fait droit à une demande d'indemnisation au titre de la durée excessive d'une procédure judiciaire, en interprétant la notion de déni de justice au sens de l'article L. 781-1, comme étant « tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu qui comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable ». D'autres jugements ont suivi ce jugement. Vu l'évolution de la jurisprudence française, la Cour a admis que le recours interne en la matière est effectif et efficace, ainsi le requérant doit épuiser le recours interne avant de faire une requête devant elle[655].

Dans un autre arrêt, l'affaire Civet c. France, rendu le 28 septembre 1999 par la grande chambre de la CEDH, elle a eu l'occasion de discuter sur la nature du pourvoi en cassation en droit français. Avant de discuter sur le fond de l'affaire, la France a demandé l'exception de non épuisement de recours en droit interne car le requérant n'a pas porté son pourvoi relatif à la durée excessive de sa détention provisoire devant la Cour de cassation. La grande chambre a accepté la demande l'exception du Gouvernement français par la majorité des juges. Néanmoins, les juges dissidents ont posé des réserves concernant la nature du pourvoi en cassation sur la question du délai raisonnable. Selon eux, le pourvoi en cassation fondé sur une durée de détention provisoire excessive apparaît donc inefficace, puisqu'il se heurte à l'appréciation souveraine des juges du fond échappant au contrôle de la Cour de cassation, et inadéquat dans la mesure où il ne permet pas de constater une violation directe de l'article 5 § 3 de la Convention. Ainsi, pour les avis dissidents, le pourvoi en cassation ne semble pas être considéré comme une voie de recours à épuiser avant de saisir les organes de Strasbourg[656]. La question de fait ou de droit parait dans certains cas impossible aux jeux des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Il n'est pas nécessaire que le droit consacré par la Convention soit explicitement invoqué dans la procédure interne. Il suffit au requérant d'avoir soulevé le grief en substance pour que sa requête soit jugée recevable. Cela signifie que, si le requérant n'a pas invoqué les

[655] CEDH 12 juin 2001 Giummarra et autres c. France (req. 61166/00) ; CEDH 11 septembre 2002, Mifsud c. France (req. 57220/00).

[656] http://www.credho.org/cedh/session06/session06-08.htm#_ftn1

dispositions de la Convention, il doit avoir soulevé des moyens d'effet équivalent en drpit droit interne, afin d'avoir donné l'occasion aux juridictions nationales de remédier en premier lieu à la violation alléguée. Ainsi, un requérant ayant manifesté sa volonté, devant les juges du fond, qu'il soit procédé à l'audition de témoins, avant d'invoquer expressément l'article 6 § 3 d) de la Convention dans son pourvoi, est considéré comme ayant satisfait, s'agissant de cette disposition, à l'épuisement des voies de recours internes[657].

B. D'autres critères de la recevabilité

La Convention permet à toute personne physique ou morale d'exercer son droit de recours individuel sans que la nationalité, le lieu de résidence, l'état civil, la situation ou la capacité juridique entrent en ligne de compte. Néanmoins, l'article 34 de ladite Convention ne permet pas les plaintes in abstracto d'une violation de la Convention. On ne saurait se plaindre d'une disposition de droit interne uniquement parce qu'elle semble contraire à la Convention. Autrement dit, la prétention de la violation de la Convention doit soulever lors d'une affaire concrète. Le requérant a la possibilité de présenter la requête lui-même devant la Cour ou par l'intermédiaire un représentant. Dans ce cas, le pourvoir de représentation doit être durement rempli afin de garantir le représentant démontre avoir reçu des instructions spécifiques et explicites de la personne victime de la violation de la Convention[658].

La compétence de la Cour s'étend toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47 (art. 32 de la Convention). Le principe de la compétence *ratione loci veut que* la violation alléguée de la Convention doit avoir lieu dans la juridiction de l'Etat contractant ou sur le territoire contrôle effectivement par cet Etat. Néanmoins, un Etat peut être tenu pour responsable de violations des droits, au titre de la Convention, des personnes qui sont sur le territoire d'un autre Etat mais qui s'avèrent être sous l'autorité ou le contrôle du premier de ces Etats.

En raison de très nombreuses requêtes individuelles, la Cour a élaboré une nouvelle procédure afin d'examiner rapidement la recevabilité de la requêtes. Ainsi, les Etats ont adopté le protocole n° 14 prévoyant la possibilité que des requêtes manifestement irrecevables

[657] CEDH, GC, 21 janv. 1999, Fressoz et Roire c/ France, n° 29183/95, § 37, CEDH 1999-I ; CEDH 18 oct. 1995, Commission Kemmache c/ France [décis.], n° 22513/93

[658] *Aliev c. Géorgie,* n° 522/04, 13 janvier 2009

puissent désormais être traitées par un juge unique assisté de rapporteurs non judiciaires et non plus par un comité de trois juges. Il institue également un nouveau critère de recevabilité lié l'importance du préjudice subi par le requérant. Ce préjudice doit être signifiant. Ainsi, le requérant doit être victime d'une violation de la Convention. L'acte ou l'omission litigieuse doit affecter de manière directe le requérant. Dans le cas de la détention provisoire, seule la personne qui a subi cette mesure peut faire une requête individuelle devant la Cour et non sa famille et ses proches[659]. En cas de décès du requérant durant la procédure , les membres de la famille du requérant originaire peuvent maintenir la requête à conditions qu'ils ont in intérêt suffisants. Si le requérant décède avant la saisine de la Cour, elle va apprécier l'opportunité de poursuivre l'examen de l'affaire ou non. Sa décision est subordonnée à l'existence d'une question d'intérêt général notamment lorsque la requête concerne la législation ou un système ou une pratique juridique de l'Etat défendeur[660] .

Selon l'article 35-1 de la Convention, la Cour ne peut être saisie [que] dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive. La règle des six mois a pour finalité de servir la sécurité juridique et de veiller à ce que les affaires soulevant des questions au regard de la Convention soient examinées dans un délai raisonnable, tout en évitant aux autorités et autres personnes concernées d'être pendant longtemps dans l'incertitude. En outre, cette règle fournit au requérant potentiel un délai de réflexion suffisant pour lui permettre d'apprécier l'opportunité d'introduire une requête. Si la notification ou la signification de la décision est prévue par le droit interne, le délai de 6 mois court à partir de cette date. Dans le cas contraire, ce délai se calcule à partir de la date où les parties peuvent réellement prendre connaissance de son contenu. Le requérant ou son avocat doivent faire preuve de diligence pour obtenir une copie de la décision interne définitive.

Selon la pratique des organes de la Cour et l'article 47-5 du règlement de la Cour, la requête est en règle générale réputée introduite à la date de la première communication exposant sommairement son objet. Il doit remplir un formulaire de requête et envoyer l'original à la Cour dans un délai fixé par celle-ci. Le formulaire doit être signé par requérant. Néanmoins, un formulaire de requête non signé contenant tous les détails personnels suffisant

[659] Néanmoins, la Cour a admis la requête sur la base de l'article 3, le recours de la mère d'un homme disparu pendant sa détention mais pas son frère ; *Çakici c. Turquie*, 8 juillet 1999 n° 23657/94 , http://hudoc.echr.coe.int

[660] *Léger c/France*, 30/03/2009, 19324/02, http://hudoc.echr.coe.int

à lever tout doute sur l'identité du requérant suivi d'une correspondance dure ment signée par le requérant, n'est pas considéré comme une requête anonyme, elle est donc recevable.

Dans la requête, le requérant ou son avocat doit indiquer sommairement la nature de la violation alléguée au regard de la Convention. La notion de grief s'analyse comme l'objet ou le fondement juridique de la demande. Un grief se caractérise par les faits dénoncés et non par les simples moyens de fait ou de droit invoqués. Des griefs formulés après l'expiration du délai de six mois ne peuvent être examinés que s'ils touchent des aspects particuliers des griefs initiaux soulevés dans le délai.

II. La jurisprudence de la C. E.D.H en matière de la détention provisoire

Grâce à la jurisprudence de la Cour et sa vision globale de la protection des droits de l'Homme, le droit français a dépassé ses schémas traditionnels. Désormais, le droit de la défense, le principe du contradictoire s'applique à l'ensemble de la procédure pénale y compris au stade de l'instruction. L'introduction des principes fondamentaux de la procédure pénale dans le Code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000 est une preuve de l'influence de la Convention et la jurisprudence de la Cour en droit français. L'étude de la jurisprudence de la Cour démontre que c'est une protection très concrète des droits de l'Homme contre le risque d'une détention provisoire arbitraire car elle apprécie de manière *in concerto* l'ensemble des éléments du dossier (A). Après une certaine résistance aux solutions de Strasbourg, la jurisprudence de la Cour de cassation et la législation française en matière de la détention provisoire évolue dans un sens plus protecteur des droits des personnes mises en cause (B).

A. L'appréciation *in concerto* de la Cour

En matière de détention provisoire, la plupart des requêtes individuelles devant la Cour contre les jugements des juridictions françaises concerne la notion du « délai » raisonnable. En effet, la Convention ne formule pas littéralement l'exigence du délai raisonnable de la détention provisoire mais plutôt le droit des personnes détenues[661] d'être jugées dans un délai raisonnable (art. 5§3 Cov.EDH). En pratique, la personne placée en détention reste souvent en détention jusqu'à son audience. Ainsi, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable semble très proche de la notion du délai raisonnable de la détention

[661] En vue d'être conduite devant une autorité judiciaire compétente

provisoire. Il ne faut pourtant pas confondre le « délai raisonnable » de l'article 5 § 3, qui s'attache à la durée de la détention provisoire, avec celui de l'article 6 § 1er, qui concerne la durée d'un contentieux en général[662]. Une autre partie des requêtes concerne la violation de l'article 6 § 1 relatif au procès équitable qui a considérablement fait évoluer le droit de la défense au stade de l'instruction.

En ce qui concerne le caractère raisonnable de la détention provisoire, la Cour recommande aux Etats d'examiner eux-mêmes les éléments concrets du dossier. Elle annonce qu' « Il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales de veiller à ce que, dans un cas donné, la durée de la détention provisoire d'un accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable. À cette fin, il leur faut examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement »[663]. Tout d'abord, la Commission a proposé de définir 7 critères pour apprécier le caractère raisonnable ou non de la détention provisoire mais la Cour n'a pas suivi cette proposition[664]. Finalement, la Cour a retenu la méthode de l'examen au cas par cas, selon les particularités de l'espèce. C'est dans ce cadre qu'elle a été amenée à prendre des décisions de conformité ou non au texte de la Convention des détentions provisoires décidées dans les Etats membres. Contrairement au pourvoi en cassation en droit français, la Cour apprécie le fait et le droit pour conclure s'il y a ou non la violation de la Convention qu'elle a autorité d'interpréter. Il importe donc d'être prudent à la lecture de ses arrêts et dans leur utilisation, notamment de ne pas dresser hâtivement un tableau des durées à partir desquelles la détention provisoire cesserait d'être raisonnable.

La notion du délai raisonnable de la détention est une notion assez imprécise. Elle s'apprécie en fonction de la réalité des motifs de la prolongation de cette mesure et la proportionnalité entre les objectifs à atteindre et sa durée. Dans la plupart des arrêts, la Cour constate que certains des motifs exprimés par les juridictions ayant prolongé la détention ou refusé d'y mettre fin étaient à la fois pertinents et suffisants, mais ils ont perdu en grande partie ce caractère au fil du temps. Elle apprécie en sorte la conduite de la procédure par

---

[662] Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable

[663] CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c/ Allemagne* n° de la requête 2122/64, http://hudoc.echr.coe.int

[664] CEDH op.cit

l'autorité compétente et l'attitude du requérant[665]. L'arrêt Debboub est tout à fait classique a le mérite de démontrer, par la rigueur avec laquelle sont appréciés les motifs justifiant la détention et la persistance de leur existence, qu'il n'existe pas pour la Cour de détention provisoire déraisonnable du seul fait de sa durée ; celle-ci doit toujours être mise en regard des éléments la justifiant et des diligences accomplies pendant qu'elle existe par les autorités judiciaires. La Cour condamne les juridictions internes lorsque « la pertinence initiale des motifs retenus par les juridictions d'instruction à l'appui de leurs décisions relatives au maintien de l'intéressé en détention ne résiste pas à l'épreuve du temps »[666].

La Cour a eu l'occasion de prononcer sur les motifs de la détention provisoire et la durée la détention. En ce qui concerne la gravité des faits et l'ordre public. Selon elle, l'existence et la persistance d'indices graves de culpabilité constituent sans doute des facteurs pertinents, mais elles ne légitiment pas à elles seules une longue détention provisoire[667]. La Cour reconnaît que par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur égard, certaines infractions provoquent un trouble social justifiant, pour un certain temps, la détention provisoire. Dans des circonstances exceptionnelles et si, comme c'est le cas pour l'article 144 du code de procédure pénale, le droit intègre la notion de trouble à l'ordre public, cet élément peut donc être pris en compte ; il importe alors que les juges explicitent en quoi l'ordre public reste menacé, afin de ne pas travestir une détention provisoire en une peine anticipée[668]. En tout état de cause, le trouble à l'ordre public ne doit pas être abordé abstraitement[669], mais nécessite d'être suffisamment démontré par les autorités pour constituer une motivation substantielle de la détention[670].

En ce qui concerne le danger de fuite, la Cour estime que la gravité de la peine peut être légitimement retenue mais qu'elle ne suffit pas, après un certain temps, à justifier la

---

[665]CEDH 09/11/1999 *Debboub alias Husseini Ali c. France*, n° de la requête 37786/97, http://hudoc.echr.coe.int

[666] CEDH 26 sept. 2006, Bernard c/ France, n° 27678/02.

[667] Arrêts Tomasi du 27 août 1992, préc., p. 35, § 89 et Van Der Tang c/ Espagne du 13 juill. 1995, série A, n° 321, p. 19, § 63

[668] Arrêts Letellier c/ France du 26 juin 1991, préc., p. 21, § 51 ; Kemmache c/ France du 27 nov. 1991, préc., p. 25, § 52 ; Tomasi du 27 août 1992, préc., p. 36, § 91 ; I. A. c/ France du 23 sept. 1998, préc., § 104

[669] Bouchet c/ France du 20 mars 2001, n° 33591/96, § 43

[670] Dumont-Maliverg du 31 mai 2005, préc., § 64

mesure, ce risque diminuant nécessairement avec le temps[671]. En outre, la Cour a pris soin de préciser que le danger de fuite ne peut s'apprécier uniquement sur la base de la gravité de la peine, mais qu'il doit s'analyser en fonction d'un ensemble de données supplémentaires propres soit à en confirmer l'existence, soit à le faire apparaître à ce point réduit qu'il ne peut justifier une détention provisoire [672]. Les circonstances de l'arrestation, des transferts de fonds, des voyages et des relations du requérant à l'étranger peuvent accréditer l'idée d'un tel danger[673]. Le manque d'intégration sociale du requérant et ses contacts avec l'étranger, la gravité de la peine encourue et le risque de récidive, justifient le maintien en détention. Le danger de fuite ne résulte pas de la simple possibilité ou facilité pour l'accueil de passer la frontière : il faut qu'un ensemble de circonstances, notamment la lourde peine à prévoir, l'intolérance particulière de l'accusé pour la détention, ou le manque d'attaches solides dans le pays permettent de présumer que les conséquences et risques de la fuite lui apparaîtront comme un moindre mal que l'emprisonnement[674]. La Cour peut censurer la pauvreté de la motivation des juges internes qui auraient pourtant examiné les garanties de représentation du requérant et fait référence à l'insuffisance du contrôle judiciaire s'agissant d'un ressortissant français ayant de fortes attaches en France[675].

Le risque de renouvellement de l'infraction, des éléments concrets comme la continuation très prolongée d'actes répréhensibles, l'énormité du dommage subi et la nocivité de l'inculpé peuvent influencer les décisions des juges[676]. La différence de nature et de gravité des charges passées et actuelles et la nécessité d'une prise en charge psychiatrique peuvent rendre le motif pris du danger de répétition injustifié ; mais le danger de récidive et le caractère adéquat de la mesure sont susceptibles d'être confirmés par les circonstances de la cause, notamment les antécédents et la personnalité de l'intéressé[677]. L'existence de condamnations précédentes pour des délits similaires peut conduire les autorités à redouter

---

[671] arrêts Wemhoff c/ Allemagne du 27 juin 1968, préc., p. 25, § 14, et Neumeister, préc., p. 39, § 120

[672] *Letellier c/ France* du 26 juin 1991, préc., p. 19, § 43 ; *Tomasi c/France* du 27 août 1992, préc., p. 37, § 98, et *Muller c/ France* du 17 mars 1997, préc., p. 389-390, § 43

[673] *Matznetter c/ Autriche* du 10 nov. 1969, p. 34, § 11 requête n° 2178/64

[674] *Stögmüller c/ Autriche* du 10 nov. 1969, p. 44, § 15 requête n° 8917/05; *Van Der Tang c/ Espagne* du 13 juill. 1995, p. 20, § 67, requête n° 19382/92

[675] *Gombert et Gochgarian c/ France* du 13 févr. 2001, § 43, requête n° 39781/98

[676] *Matznetter c/ Autriche* op.cit

[677] *Clooth c/ Belgique* du 12 déc. 1991, préc., p. 15, § 40 requête n° 12718/87

raisonnablement que l'inculpé ne se livrât à de nouveaux agissements délictueux[678], quoique la référence aux antécédents ne puisse suffire à justifier le refus de mise en liberté[679]. Le danger de renouvellement de l'infraction peut cesser lorsque l'intéressé abandonne la profession dans le cadre de laquelle il commettait les infractions pour exercer un nouveau métier[680].

En ce qui concerne le besoin de l'enquête et risques de collusion, les « nécessités de l'instruction disparaissent nécessairement au fil de l'instruction, outre qu'elles renvoient aux diligences du juge d'instruction ; à compter de l'avis aux parties de la fin de l'information, ce motif n'est plus pertinent »[681]. Quant aux risques de collusion, un tel argument peut paraître acceptable à l'origine mais devenir critiquable au bout de plusieurs mois, alors que de nombreux témoignages sont rassemblés et que de multiples constatations sont opérées[682]. À compter de la date du renvoi devant la Cour d'assises du requérant et de ses complices, le risque de collusion doit avoir disparu[683]. La raison tirée du danger de collusion ne résiste pas à l'examen lorsqu'il apparaît que l'intéressé, après avoir été interrogé par le juge, avait été laissé en liberté pendant cinq mois, qu'il aurait pu mettre à profit pour corrompre les témoins, à supposer que le juge d'instruction ait projeté d'en entendre[684]. La personnalité et les antécédents du requérant, mais aussi et surtout la circonstance que d'après le dossier celui-ci avait, dans le cadre d'autres poursuites, antidaté des documents et manipuler des témoins, justifient d'asseoir sur le danger de collusion la détention litigieuse.

Avant la réforme de 1996, plusieurs arrêts célèbres ont eu l'occasion d'affirmer que la durée de détentions provisoires était dépourvue du caractère raisonnable exigé par l'art. 5, paragr. 3, Conv. EDH : les arrêts *Letellier* du 26 juin 1991, *Kemmache* n° 1 du 27 nov. 1991, *Tomasi* du 27 août 1992, *Muller* du 17 mars 1997 auxquels il convient d'ajouter l'arrêt *Birou* du 27 févr. 1992. Après ces condamnations, le législateur français a intégré la notion du délai raisonnables en matière de la détention provisoire (art. 144) mais la France est continué être

---

[678] *Toth c/ Autriche* du 12 déc. 1991, p. 19, § 70 requête n° 11894/85

[679] Muller c/ France du 17 mars 1997, préc., p. 390, § 44 et Richet c/ France du 13 févr. 2000, n° 34947/97, § 64

[680] *Stögmüller c/ Autriche* op.cit

[681] *Dumont-Maliverg c/France* du 31 mai 2005, requête n° 57547/00

[682] *Clooth c/ Belgique* op.cit

[683] *Kemmache c/ France* p. 26, § 54 et *Muller c/ France* p. 389, § 40

[684] *Ringeisen c/ Autriche*, du 16/07/1971 p. 43, § 106 requête n° 2614/65

condamnée par la Cour sur ce motif car la Cour de cassation refuse d'apprécier concrètement cette notion.

La longue durée la détention provisoire en droit français est non seulement liée à la longue durée de l'instruction mais encore la préparation de l'audience de la Cour d'assise. La Cour a jugé dans une série de cinq affaires contre la France que les motifs de la détention provisoire étaient pertinents jusqu'à l'ordonnance de mise en accusation[685]. Mais la détention des accusés pendant presque deux ans à compter de l'ordonnance de mise en accusation à l'audience de la Cour d'assise ne peut être justifiée par l'encombrement de la cour d'assise spéciale de Paris. Les États, rappelle la Cour, sont tenus d'agencer leur système judiciaire pour permettre à leurs tribunaux de répondre aux exigences de l'article 5§3de la Convention[686]. Parfois, le requérant invoque la violation l'article 6§1 relatif au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. La France a été condamnée sous le visa de ce texte pour avoir jugé d'un prévenu devant le tribunal correctionnel de Paris pour complicité après 5 ans de procédure[687].

B. L'influence de la jurisprudence européenne en droit français

Le caractère obligatoire des arrêts de la Cour est exprimé par l'art. 46§ 1er de la Convention selon lequel les hautes parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. Cela signifie que la Cour ne traite que d'une affaire précise et la décision de la Cour ne s'applique qu'au cas spécifique mais en réalité l'influence de la Cour est beaucoup plus large car les énoncés sont beaucoup plus généraux. L'exécution des arrêts de la CEDH peut impliquer pour l'Etat condamné l'adoption de deux types de mesures : des mesures individuelles, qui visent à réparer et redresser la violation subie par le requérant, et des mesures générales, dont l'objectif est d'éviter la répétition de la violation.

---

[685] *Esparza Luri c/ France*, req. n° 29119/09 ; *Guimon Ep. Esparza c/ France*, req. n° 29116/09 ; *Sagarzazu c/ France*, req. n° 29019/09 *; Soria Valderrama c/ France*, req. n° 29101/09,

[686] *Gosselin c/ France*, 13 sept. 2005 cité dans « *Durée excessive de la détention provisoire de terroristes présumés : violation de la Convention européenne* » AJ Pénal 2012 p. 231

[687] *Donsimoni c/ France*, 5 oct. 1999, req. n° 36754/97

Le paragraphe 2 de l'article 46 porte sur la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour par le Comité des ministres. Cette procédure est encore mal connue et elle est politique vu que le Comité des ministres est un organe politique où siègent les représentants des gouvernements. Dès qu'un arrêt est transmis au Comité, il est inscrit à l'ordre du jour et celui-ci invite l'État à l'informer des mesures prises. L'affaire est ensuite inscrite, en principe, à chaque réunion des droits de l'homme du Comité, et au plus tard tous les six mois, jusqu'à adoption d'une résolution finale, après avoir conclu que l'État concerné a pris toutes les mesures nécessaires[688]. En cas d'inexécution partielle ou totale, le Comité peut adopter des résolutions intérimaires afin d'interpeller les autorités étatiques. Les règles de fonctionnement du Comité ont évolué depuis dix ans en vue d'assurer plus de transparence dans les travaux[689]. Depuis mai 2006, le Comité a décidé d'accorder la priorité à la surveillance des arrêts révélant un problème structurel. La procédure demeure collective et multilatérale, les États devant répondre de la mauvaise exécution des arrêts non seulement devant le secrétariat du Comité des ministres et de la Direction des droits de l'homme, mais aussi devant les autres États. Cette discussion collective permet l'émergence de bonnes pratiques. La procédure demeure strictement interétatique. En effet, une des grandes lacunes du système européen (par rapport au système inter-américain) réside dans le fait que le bénéficiaire de l'arrêt et des réparations, ou son avocat, est absolument absent de ce processus. Néanmoins, depuis 2007, le Comité remet chaque printemps un rapport annuel, ce qui, en plus des documents disponibles sur le site dédié à l'exécution, permet aux intéressés de connaître le devenir de chaque affaire.

A l'heure actuelle, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a également commencé à développer un système de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour. Son action a été déterminante ces dernières années. L'intérêt de cette intervention réside dans les visites de terrain du rapporteur spécial, puis dans la capacité des parlementaires nationaux à faire ensuite pression sur leurs autorités nationales. Le dernier rapport est alarmant puisque le rapporteur dénonçant la mauvaise exécution des arrêts pour 36 des 47 États parties (dont la France) à la Convention européenne des droits de l'homme, annonce un recentrage des activités de l'Assemblée sur deux catégories d'arrêts, des arrêts soulevant des problèmes importants et ceux visant des violations d'une grande gravité.

[688] Elisabeth Lambert Abdelgawad, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, AJ Pénal 2010 p. 67

En principe, lors que le Comité des ministres suggère une réforme du droit interne, c'est en effet aux pouvoirs législatif et règlementaire qu'il revient naturellement d'y procéder. Mais une telle réforme législative risque d'être longue. Ainsi, dès les années 18080, il s'est posé la question de la prise en compte immédiatement par les juridictions internes des arrêts de la CEDH. Ce mouvement sera ensuite encouragé par l'arrêt rendu, en 1991, par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Vermeire c. Belgique*[690]. Elle y affirme l'effet direct de ses arrêts et la nécessité pour les juridictions nationales de tenir compte de sa jurisprudence, avant même la survenance d'éventuelles réformes législatives ou réglementaires adoptées au titre des mesures générales d'exécution.

En droit français, les condamnations par la Cour ont des impacts directs sur la jurisprudence de la Chambre criminelle. En effet, la Chambre criminelle est en mesure de s'adapter rapidement à la jurisprudence de la Cour. La réaction du législateur demande plus de temps. Les réactions de la Cour de cassation à l'égard des arrêts de la Cour de Strasbourg en matière de procédure pénale ne sont pas toujours hostiles. Pour la première période avant 1993, elle a pris en compte les condamnations de la Cour[691]. Après cette période, la Chambre criminelle semble plus résistante aux condamnions de la Cour. En effet, dans un arrêt du 3 février 1993[692], la Chambre criminelle a estimé que « *un arrêt de la CEDH constatant le non-respect du délai raisonnable au sens de l'art. 6, paragr. 1, s'il permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation, est sans incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne* ». Par conséquent, une juridiction statuant sur le renvoi après cassation peut encore

[690] CourEDH, *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991

[691] Dès son arrêt *Randhawa* du 12 janv. 1989, elle avait anticipé l'arrêt *Delta* de 1990 en décidant que, en vertu de l'art. 6, paragr. 3, d), Conv. EDH, les juges d'appel sont tenus, lorsqu'ils sont légalement requis, d'ordonner, sauf impossibilité, l'audition contradictoire des témoins à charge qui n'ont été confrontés avec le prévenu à aucun stade précédent de la procédure. De même, les critiques de l'arrêt *Foucher* avaient été largement désamorcées par l'arrêt du 12 juin 1996 suivant lequel le prévenu est en droit d'obtenir, en vertu de l'art. 6, paragr. 3, Conv. EDH, non pas communication directe des pièces de la procédure mais la délivrance à ses frais des pièces du dossier. Plus récemment, par ses arrêts *Landry* du 6 mai 1997 et *Mathoulin* du 21 mai 1997 , elle a provoqué l'abrogation par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 de l'art. 546, al. 5, c. pr. pén., qui réservait au seul procureur général un droit d'appel général en matière de police, en le déclarant contraire au principe de l'égalité des armes déduit de l'art. 6 Conv. EDH, en l'absence de condamnation effective ou même prévisible de la France. Il lui est arrivé aussi de faire évoluer les règles applicables après un arrêt de condamnation de la Cour de Strasbourg. Ainsi, trois semaines après les arrêts *Kruslin et Huvig*, a-t-elle, par son arrêt *Bacha Baroudé* du 15 mai 1990, aménagé sa jurisprudence relative aux écoutes téléphoniques dans le sens indiqué par la Cour de Strasbourg. Seulement, à partir de 1993, on a assisté à un changement de l'attitude de la Chambre criminelle moins encourageant que celui observé un an plus tôt dans un article bien connu. Voir Jean-Pierre Marguénaud, « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », Recueil Dalloz 2000 p. 249

[692] *Kemmache* D. 1993, Jur. p. 515, note J.-F. Renucci

prendre une décision définitive en s'appuyant sur une procédure viciée par une violation des droits de l'homme dûment et préalablement constatée par la Cour de Strasbourg. Cette solution, consolidée par l'arrêt *Saïdi* du 4 mai 1994[693] accentue le caractère déclaratoire des arrêts de la CEDH. Sur d'autres questions en procédure pénale, la Chambre criminelle a également manifesté son hostilité à la jurisprudence de la Cour[694] .

Il est vrai que le rôle de la chambre criminelle est très délicat. Elle doit interpréter la loi dans le sens de la Convention car celle-ci est hiérarchiquement supérieure à la loi (art. 55 de la Constitution). Mais le juge doit également interpréter strictement la loi, dans un système de séparation des pouvoirs, il ne doit pas aller au-delà de sa compétence. Dans l'intégration de la Convention dans le système interne, la Cour de cassation doit assurer la cohérence d'un système établi depuis longtemps. Ce qui explique la réticence de la Cour de cassation des solutions de la Cour européenne des droits de l'homme. Finalement, le législateur français a a réformé la procédure pénale à plusieurs reprises afin de se conformer à la jurisprudence de la Cour. Ainsi, la loi du 30 décembre 1996 a modifié la rédaction de l'alinéa 1 de l'article 145 du CPPF : les décisions de placement en détention ainsi que de prolongation de celles-ci doivent "comprendre l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant du contrôle judiciaire". Par ailleurs, la durée de la détention provisoire ne doit pas dépasser le délai raisonnable (art 144-1 CPPF). La loi du 15 juin 2000 a apporté des changements radicaux à la procédure pénale française notamment au stade de l'instruction. Ces réformes créent également de l'instabilité et l'incohérent dans le système français que les professionnels dénoncent avec vivacité. En dehors des réformes législatives, peu à peu les professionnels du droit changent d'état d'esprit par rapport aux droits intégrés par la Convention, ils prennent l'habitude de considérer que la Conv. EDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sont en réalité des éveilleurs de conscience juridique qui, en ce domaine comme dans beaucoup d'autres, peuvent aider la France à rester fidèle à ses valeurs essentielles[695].

[693] D. 1995, Jur. p. 80, note J.-F. Renucci ; JCP 1994, II, n° 22349.

[694] Voir Jean-Pierre Marguénaud, op.cit

[695] Jean-Pierre Marguénaud, La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes, Recueil Dalloz 2000 p. 24

Sous-section 2 : Les autres formes de contrôles relevant de la Chambre de l'instruction

La chambre de l'instruction est une chambre de la Cour d'appel. Il existe au moins une Chambre de l'instruction au sein de chaque Cour d'appel[696]. Cette institution a un rôle primordial dans le contrôle de la détention provisoire[697]. La chambre de l'instruction se compose d'un président et des Conseillers. Le Code de procédure pénale a investi le président de la chambre de l'instruction de pouvoirs propres indépendants de ceux de la juridiction qu'il préside. Les compétences du président se sont accrues au fil des réformes de la détention provisoire. L'intervention de celui-ci répond à un souci de contrôler rapidement la légalité de la détention en attendant la réunion de la Chambre pour juger l'affaire. L'élargissement des compétences du président n'a pas pour conséquences de limiter celles de la Chambre, elles sont complémentaires. ***Les réformes récentes ont renforcé le rôle de la Chambre de l'instruction non seulement dans le contrôle de la détention provisoire mais encore dans celui de l'instruction. Nous allons étudier tout d'abord le contrôle du président de la chambre de l'instruction (§1) et ensuite la compétence de la chambre de l'instruction en matière de la détention provisoire (§2)***

§ 1. Le contrôle du président de la Chambre de l'instruction

En matière de détention provisoire, le président de la Chambre de l'instruction exerce une surveillance générale. Dans l'objectif de sauvegarder la liberté de la personne mise en examen faisant l'objet d'une ordonnance de placement en détention provisoire, le législateur a introduit dans le Code de procédure pénale un contrôle accéléré par la procédure nommée référé-liberté (I)[698]. Par ailleurs, le président de la chambre de l'instruction exerce un contrôle général en matière de la détention provisoire (II).

I. Le contrôle immédiat favorable à la liberté : requête référé-liberté

La requête en référé-liberté est une procédure exercée parallèlement à l'appel contre l'ordonnance de placement en détention provisoire. Elle peut être demandée par la personne mise en examen ou par le procureur de la République (art. 187-1 CPPF). Elle lui permet de

[696] Art. L.612-1 du Code de l'organisation judicaire.

[697] A. BESSON, Esquisse d'une réforme de notre procédure pénale, D. 1995 ; Chr. p.55.

[698] La loi n° 93-1013 du 24 août 1993

demander au président de la Chambre de l'instruction ou au magistrat qui le remplace, d'examiner en urgence la légalité et la nécessité de sa détention sans attendre l'audience de la Chambre de l'instruction. Malgré une apparence ressemblante, nous ne devons pas confondre la décision du président avec l'appel qui est examiné par la Chambre de l'instruction. D'une part, l'appel ne peut être examiné par un seul juge, et d'autre part, l'ordonnance du président de la Chambre de l'instruction n'est pas motivée et insusceptible de recours. Après l'examen du référé-liberté, ce magistrat confirme ou infirme l'ordonnance de placement en détention provisoire. L'infirmation de l'ordonnance de placement en détention provisoire a pour effet de libérer immédiatement le détenu. Dans le cas contraire, la Chambre de l'instruction examinera l'appel selon la procédure ordinaire[699]. En disposant ainsi, la loi a placé le pouvoir du président, juge unique, sur le même plan que celui de la Chambre - formation collégiale.

A l'origine, le référé-liberté permettait simplement au président de la chambre de l'instruction de déclarer l'effet suspensif de l'appel s'il estimait que la détention de la personne mise en examen n'était pas « manifestement nécessaire ». Dans cette hypothèse, il ordonnait la suspension du mandat de dépôt ayant pour conséquence la remise en liberté de l'intéressé. En effet, le contrôle effectué par le président était très limité car il ne se prononçait pas sur la légalité de la détention provisoire mais seulement sur la liberté provisoire de l'intéressé en attendant le jugement de la Chambre de l'instruction. Avéré peu efficace et peu utilisé, le mécanisme du référé-liberté a été considérablement modifié par de multiples réformes. Désormais, la personne mise en examen a la possibilité de demander un « référé-liberté » devant le président de la Chambre de l'instruction [700] ou bien devant la Chambre elle-même. Le déroulement de ces deux référés-liberté est quasiment similaire sauf que l'un est jugé en formation collégiale et l'autre par un juge unique. Dans les deux cas, les référés-liberté sont des procédures indépendantes de l'appel.

Les réformes récentes ont profondément modifié le référé-liberté notamment dans le fond. La compétence du président de la Chambre de l'instruction sur la détention provisoire est considérablement élargie. La loi en vigueur lui permet de statuer non seulement sur la légalité de la détention provisoire mais encore sur l'opportunité de cette mesure. Autrement dit, ce magistrat apprécie tous les aspects de la pertinence de la motivation de l'ordonnance de

[699]Le référé-liberté est soumis aux conditions d'existence d'un appel contre une ordonnance de placement en détention provisoire.

[700] La loi n°2000-516 du 15 juin 2000

placement en détention provisoire, il peut alors infirmer l'ordonnance de placement en détention provisoire si elle n'est pas justifiée au regard des conditions prévues par l'article 144 du Code de procédure pénale puis ordonner la libération du détenu.

Le référé-liberté est soumis aux conditions d'existence d'un appel contre une ordonnance de placement en détention provisoire. Par contre, cette procédure ne s'applique pas aux appels interjetés contre une ordonnance de prolongation de la détention provisoire ni même contre une ordonnance refusant la demande de mise en liberté. Le caractère d'urgence du référé-liberté exige que sa demande soit formulée en même temps que l'appel qui doit lui-même être interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention provisoire (art. 187- 1 al. 1 CPPF). Le président de la Chambre de l'instruction doit statuer au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la demande (art. 187-1 al. 2 CPPF). Néanmoins, aucune sanction n'est d'ailleurs prévue lorsqu'il y aurait eu une violation du délai. À l'origine, le référé-liberté avait pour but d'éviter l'exécution du mandat de dépôt, cependant, il est matériellement impossible que le président de la Chambre de l'instruction examine dans la journée même le référé-liberté pour éviter l'incarcération de l'intéressé. Le Code de procédure pénale lui a donc attribué un délai de trois jours pour statuer sur la demande du référé-liberté. Le mis en examen est placé en maison d'arrêt en attendant la décision du président de la Chambre de l'instruction sur le référé-liberté.

Le président de la Chambre de l'instruction ou le magistrat qui le remplace statue en audience de cabinet par une procédure contradictoire[701]. A l'origine, le législateur ne prenait pas beaucoup de précaution pour garantir un réel contradictoire au débat devant le président de la Chambre de l'instruction. Ni la présence d'un greffier, ni la présence de l'intéressé et de son avocat n'était requis. La personne mise en examen et son avocat pouvaient simplement joindre des observations écrites lors de la demande du référé-liberté. Actuellement, l'avocat de la personne placée en détention provisoire peut demander de présenter oralement ses observations et il a la parole en dernier (art. 187-1 CPPF). Cette disposition n'a pas prévu la comparution de la personne placée en détention provisoire qui semble regrettable mais justifié par le délai assez court pour statuer le référé-liberté. La comparution personnelle de l'intéressé aurait pour conséquence d'allonger le délai car il faut organiser l'escorte. Le procureur de la République doit être avisé de l'audience pour qu'il puisse présenter des réquisitions.

[701] La loi du n° 96-1235 du 30 décembre 1996 ;

Toutefois, la violation de ces formalités n'a pas d'incidence sur la légalité de l'ordonnance du président de la Chambre de l'instruction parce que celle-ci n'est pas susceptible de recours. Ainsi, la personne mise en examen ne peut faire appel contre l'ordonnance du président même lorsque la chambre de l'instruction soulève *a posteriori* la nullité du référé-liberté pour absence de convocation de l'avocat[702]. Pourtant l'ordonnance du président de la Chambre de l'instruction sur le référé-liberté est une décision à caractère juridictionnelle car elle tranche une question précise. Il se pose donc la question de savoir si la Cour de cassation devrait exercer un minimum de contrôle de légalité afin de rendre effective la garantie des droits du justiciable. La Haute Cour ne s'est pas prononcée sur cette question. Le référé-liberté est une procédure exceptionnelle, elle déroge donc à certaines règles de la procédure pénale.

Bien que la procédure du référé-liberté nous paraisse simple, elle évoque néanmoins des questions relatives à la nature juridique de la décision du président de la Chambre de l'instruction. En effet, celui-ci peut confirmer ou infirmer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention alors que cette compétence appartient aux juges en appel. En cas d'infirmation de l'ordonnance de placement en détention provisoire, la personne est mise en liberté immédiatement ; la Chambre de l'instruction est donc dessaisie de l'appel. Quel que soit la décision du président de la Chambre de l'instruction, il peut faire partie de la formation collégiale qui jugera l'affaire à nouveau. Il se pose donc la question de l'impartialité du président à la formation collégiale de la Chambre d'instruction statuant en appel. Il y une donc forte présomption qu'elle confirme la décision de son président ce qui priverait l'intéressé d'être jugé réellement par une formation collégiale. C'est la raison pour laquelle les avocats décident de recourir au référé-liberté avec beaucoup de prudence car l'exercice prématuré de ce recours peut constituer une sorte de pré jugement nuisible lors de l'examen de l'appel par la Chambre[703]. Avant le vote de la loi du 1996, le Sénat a posé un amendement confiant l'examen du référé-liberté au président du Tribunal de Grande d'instance qui ressouderait la question d'impartialité de ce magistrat au sein de la formation collégiale[704].

---

[702] Cass.crim., 3 décembre 2002, note Jacques Buisson, Juris-Class. mars 2003 p. 23

[703] Me François-Antoine CROS, avocat au barreau de Tours (entretien du 25 juillet 1996), cf. M. Vincent BRAULT : « les pouvoirs du président de la chambre d'accusation », Mémoire de D.E.A (1995-96) , Faculté de droit de Poitiers, annexe IV.

[704] J.O- Sénat-Débats, séance du 30 Mai 1996, p. 3093.

Mais cet amendement se heurtait à un double critique. D'abord, un point de vue théorique, une telle solution contrevient au principe du double degré de juridiction puisque le président du T. est une autorité judiciaire du même niveau que le juge d'instruction et de niveau inférieur au juge des libertés et de la détention. Ensuite, d'un point de vue pratique, cette proposition risque de présenter les mêmes inconvénients que le juge délégué institué par la loi du 4 janvier 1993 et supprimé par la loi du 24 août 1993, à savoir la méconnaissance, voire l'incompréhension du dossier[705] .

Le référé-liberté est une procédure parallèle à l'appel permettant de réexaminer la détention en urgence. Les procédures du référé-liberté devant le président Chambre de l'instruction ou la Chambre restent les même. La seule différence est l'allongement du délai pour statuer passant à cinq jours ouvrables pour statuer à compter de la demande (art. 187- 2 CPPF). L'intéressé doit expressément indiquer qu'il demande l'examen de son référé-liberté par la Chambre de l'instruction, à défaut de quoi il sera appliquée la procédure ordinaire (art. 187- 1 CPPF). Si la chambre estime que le placement en détention provisoire est illégal, elle ordonne la remise en liberté. Dans le cas contraire, l'appel doit alors être à nouveau examiné, c'est-à-dire dans les cinq jours. La loi ne précise pas quelle sera la formation de la chambre de l'instruction pour examiner l'appel. Si ce sont les mêmes magistrats qui statuent sur le référé-liberté et sur l'appel contre l'ordonnance de placement en détention provisoire, nous ne voyons pas comment ils peuvent changer d'avis en cinq jours. Cette nouvelle procédure est-il moyen de corriger quelques imperfections de l'examen décidé par un seul juge ou tout simplement accélérer le délai pour que la Chambre de l'instruction puisse statuer. Il y a de grandes chances qu'elle confirme son jugement en appel par rapport à la décision du référé-liberté. Il y une confusion entre le référé-liberté et l'appel contre le placement en détention provisoire. Pour les partisans de cette procédure, c'est une chance pour l'intéressé de plaider de nouveau sa cause devant la Chambre de l'instruction.

II. Le contrôle général du président de la Chambre de l'instruction

Soucieux de soustraire les juges d'instruction à la tutelle du Parquet, les rédacteurs du Code de procédure pénale de 1958 ont transféré au président de la Chambre de l'instruction la charge de contrôler le fonctionnement des cabinets d'instruction qui incombait auparavant au Procureur général et à ses substituts. Pour que le président de la Chambre de l'instruction

[705] Vincent BRAULT-JAMIN op.cit n°17

puisse exercer dans sa plénitude les pouvoirs importants qui lui sont attribués, le législateur a effectué différentes réformes. Ceci a eu pour conséquence de renforcer l'indépendance et l'autonomie du président de la Chambre de l'instruction par rapport à la Cour d'appel. Tout d'abord, l'article 191 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 30 décembre 1987, a imposé le principe d'exclusivité de fonction du président de la Chambre de l'instruction. C'est-à-dire, le président de la Chambre de l'instruction consacre entièrement son travail à cette fonction[706]. Ensuite, depuis cette loi le président de la Chambre de l'instruction est désigné par décret après avis du Conseil supérieur de la magistrature et non pas par l'Assemblé générale de la Cour d'Appel. En cas d'absence ou d'empêchement du président de la Chambre de l'instruction, le premier président de la Cour d'appel désigne un autre président de Chambre ou un conseiller pour le remplacer à titre temporaire (Art. 191 al.2 CPPF).

La mission confiée à cet égard au président de la Chambre de l'instruction consiste essentiellement à veiller à ce que la durée des informations ne soit pas excessive et à éviter les détentions provisoires abusives ou les prolongations excessives (art. 220 CPPF). Ces deux pouvoirs sont proches car la durée de la détention provisoire est en pratique conditionnée par celle de l'instruction. Pour être en mesure d'exercer sa surveillance, le président de la Chambre de l'instruction est régulièrement informé par cabinets d'instruction de l'état d'avancement de toutes les affaires en cours, portant mention pour chacune d'elles du dernier acte d'instruction accompli. Par ailleurs, chaque juge d'instruction du ressort est tenu d'adresser semestriellement au président de la Chambre de l'instruction l'état d'avancement de ses dossiers (art. 221. al. 1 CPPF). Pour assurer l'effectivité de ces pouvoirs, l'article 221-1 du CPPF permet au président de la Chambre de l'instruction de saisir cette juridiction lorsqu'un délai de quatre mois s'est écoulé depuis la date du dernier acte du juge d'instruction. La Chambre de l'instruction peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, soit évoquer l'affaire dans les conditions prévues par les articles 201, 202, 204 et 205 du Code de procédure pénale, soit la renvoyer devant le même juge ou à un autre juge d'instruction afin de poursuivre l'information.

Indépendant des pouvoirs qualifiés de « propres » définis par les articles 219 à 223 du Code de procédure pénale, le président de la Chambre de l'instruction est investi d'autres

[706] Par exception, un décret pourra prévoir que le président de la Chambre de l'instruction d'une Cour d'Appel comptant moins de trois chambres assura à titre exceptionnel le service d'une autre Chambre de la même Cour.

pouvoirs dits « personnels ». Il peut décider qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une demande de mise en liberté qui serait manifestement irrecevable (art. 148-1 al. 1 et al.8 CPPF). En cas d'urgence, le président de la Chambre de l'instruction ou le conseiller désigné par lui peut décerner un mandat de dépôt, d'amener, d'arrêt ou de recherche. Son président, sur réquisitions du Procureur général, peut également ordonner l'incarcération provisoire de la personne pendant une durée déterminée qui ne peut en aucun cas excéder quatre jours ouvrables jusqu'à la réunion de la Chambre de l'instruction. A l'origine, cette incarcération provisoire n'était possible que lorsqu'il y avait eu la réouverture d'une information précédemment clôturée par un arrêt de non-lieu pour la découverte de nouvelles charges. Par la suite, les auteurs de la loi du 9 mars 2004 ont élargi l'incarcération provisoire à toutes les situations où l'urgence ne permet pas de réunir immédiatement la Chambre de l'instruction lorsqu'elle instruit elle-même une affaire après avoir fait usage de son pouvoir d'évocation (art. 201 al.2 CCPF)[707]. Malgré l'accroissement du pouvoir de président de la Chambre de l'instruction, celle-ci conserve son rôle clé en matière de détention provisoire.

§ 2. L'intervention de la chambre de l'instruction en tant que juridiction supérieure de l'instruction

Avant d'acquérir la compétence de la juridiction d'appel par la loi du 17 juillet 1856, la Chambre de l'instruction était avant tout une juridiction supérieure de l'instruction. Son ancêtre était « le jury d'accusation » dont la fonction première consistait à la mise en accusation des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction de nature criminelle et à envoyer l'affaire devant la Cour d'assises pour y être jugées. Le Code d'instruction criminelle de 1808 supprima le jury d'accusation et lui substitua une section de Cour d'appel en donnant le nom de « Chambre des accusations » dont la fonction resta la même que le jury d'accusation. Par la suite, elle est devenue « la Chambre de mise en accusation » par la loi du 17 juillet 1856. Le Code de procédure pénale de 1958 et les lois pénales postérieures ont apporté de nombreuses modifications à l'organisation et au fonctionnement de cette Chambre dans l'objectif de renforcer son autonomie et son impartialité afin qu'elle puisse exercer pleinement ses pouvoirs.

Dans la procédure pénale française, la Chambre de l'instruction se voit attribuer de nombreuses prérogatives. Elle intervient à l'instruction à double titre, entant que juridiction

[707] Doc Senat, ss. 2002-2003, n° 441, p. 263

d'appel que nous avons étudié précédemment et en tant que juridiction supérieure de l'information. A ce dernier titre, elle peut réviser l'ensemble de l'instruction, parfaire l'information, exercer le contrôle sur les faits et apprécier les charges[708]. La Chambre de l'instruction peut directement être saisie par le détenu en raison d'inaction du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention (I). La nouvelle réforme confie à la Chambre de l'instruction le pouvoir de réviser l'ensemble de l'instruction par une audience de contrôle qui lui permet de mettre en liberté le suspect (II)

I. Statuer sur les demandes de mises en liberté directement émis par le détenu

Le législateur distingue deux cas où la personne mise en examen détenue peut saisir directement la Chambre de l'instruction sans passer par le juge des libertés et de la détention et le juge d'instruction. Dans le premier, lorsque le juge des libertés et de la détention omet de statuer sur la demande de mise en liberté (A) dans le second, au cas d'inaction prolongée du juge d'instruction justifient l'intervention de la Chambre de l'instruction (B). La saisine directe de la Chambre de l'instruction d'une demande de mise en liberté est soumise au contrôle préalable de son président. En effet, ce dernier peut déclarer, par une ordonnance motivée et non susceptible de recours, irrecevable la saisine s'il constate qu'elle est manifestement irrecevable.

[708] La doctrine explique que le pouvoir de révision est la possibilité pour la chambre de l'instruction de « compléter la procédure qui lui est soumise, de réparer les omissions commises par le juge d'instruction, de redresser les qualifications données aux faits délictueux, de statuer sur tous les chefs de crime, de délits ou de contraventions résultant du dossier de la procédure, d'inculper des personnes qui n'ont pas été renvoyées devant elle, et, à la fin de son examen, de renvoyer les individus poursuivis devant la juridiction compétente, Merle et Vitu, Traité de droit criminel, t. II, Procédure pénale, 5e éd., Cujas, 2001, n° 569.

A. En cas d'omission du juge des libertés de statuer sur une demande de mise en liberté.

L'article 148 du Code de procédure pénale érige en principe selon lequel toute personne placée en détention provisoire ou son avocat peut demander à tout moment sa mise en liberté. La demande de mise en liberté est adressée au juge d'instruction ou au collège d'instruction qui communique immédiatement le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions. Sauf si le magistrat instructeur donne droit à la demande, il doit dans les cinq jours suivant la communication au procureur de la République, transmettre la demande avec son avis motivé au juge des libertés et de la détention. Ce dernier doit statuer dans les trois jours ouvrables à compter de la notification de l'avis du juge d'instruction.

Faute d'avoir statué dans ce délai, la personne mise en détention provisoire peut saisir directement la Chambre de l'instruction ; ce droit appartient également au procureur de la République (art. 148 al. 5 CPPF). Pour respecter le délai imparti, le juge des libertés et de la détention doit prendre sa décision dans les trois jours à partir de la réception du dossier[709]. Néanmoins, le retard de la notification de son ordonnance n'a pas pour effet de permettre au demandeur de saisir la Chambre de l'instruction[710]. Le troisième alinéa de l'article 148 du Code de procédure pénale ajoute que lorsque les juridictions d'instruction n'ont pas encore statué sur une précédente demande de mise en liberté, les délais précités ne commencent à courir qu'à compter de la décision rendue par la juridiction compétente. En cas de pluralité de demandes de mise en liberté formées le même jour dans la même procédure et dans les mêmes termes, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention n'est tenu de statuer que sur l'une d'entre elles, les autres étant sans objet. C'est donc de bon droit que la Chambre de l'instruction déclare irrecevable une demande de mise en liberté qui lui est adressée directement par le mis en examen, sur le fondement de l'article 148 CPPF, faute pour le juge d'instruction d'avoir statué dans le délai légal sur l'une de ces demandes réitérées[711].

[709] Le jour de la saisine doit être compris dans le calcul des jours ouvrables pour statuer.

[710] Cass. Crim. 12 avr ; 2005 B. n° 124.

[711] Cass. crim.,15 févr. 1995, Bull. crim. 1995, n° 7.

La plupart des contentieux sont liés au calcul des délais car le retard du juge des libertés et de la détention permet à l'intéressé de saisir directement la Chambre de l'instruction. Il résulte de la rédaction du cinquième alinéa de l'article 148 du Code de procédure pénale que c'est la transmission de la demande par le juge d'instruction au juge des libertés et de la détention qui constitue le point de départ du délai à l'expiration duquel la personne mise en examen et le procureur de la République sont recevables pour saisir directement la Chambre de l'instruction. Mais le point de départ de ce délai de trois jours dépend lui-même de celui du délai de cinq jours dans lequel le juge d'instruction doit transmettre la demande au juge des libertés et de la détention, lequel est fonction du moment auquel le juge d'instruction communique la demande au procureur de la République. Conformément à l'article 148 al. 1 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction doit effectuer cet acte « immédiatement » après avoir reçu la demande de mise en liberté. Le terme « immédiatement » désigne un laps de temps sans préciser un délai concret. La Cour de cassation a refusé de contrôler le terme « immédiatement » en estimant que « *la loi ayant confié à la conscience du juge le soin d'ordonner cette communication dans les plus brefs délais* »[712]. Néanmoins la Chambre d'accusation de Paris, dans un arrêt du 20 juin 1990 a jugé que le fait que le juge d'instruction ait communiqué au procureur de la République la demande de mise en liberté quinze jours après l'avoir reçue méconnaît l'article 5.4 de la Conv.EDH qui prescrit un bref délai entre le recours sur la légalité de la détention et décision sur ce recours, de sorte que la personne soit recevable à saisir la Chambre de l'instruction[713].

Le fait que le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention ne réponde pas à la demande de mise en liberté ne permet pas à la personne détenue de saisir directement la Chambre de l'instruction si sa demande n'a pas respecté la formalité prévues par les articles 148-6 et 148-7 du Code de procédure pénale[714]. C'est-à-dire que la personne détenue ou son avocat doit le faire sous forme d'une déclaration au greffe du juge d'instruction. Néanmoins, lorsque la personne mise en examen ou son avocat ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente, la déclaration au greffe peut être faite au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

[712] Cass. Crim. 25 mars 1985 B. n° 122

[713] Ch. D'acc. Paris 20 juin 1990 : D. 1991, Somm. p. 212, obs. J. PRADEL.

[714]Cass. crim., 19 nov. 2002, Bull. crim. 2002, n° 208.

La saisine directe de la Chambre de l'instruction doit également respecter la formalité prévue par l'article 148-6 du Code de procédure pénale. La déclaration de la saisine doit être signée par le greffier et par le demandeur ou son avocat. La Chambre criminelle a jugé à plusieurs reprises que ces formalités sont substantielles et s'il ne peut y être suppléé par l'envoi d'une lettre, elle devrait être adressée au président de la Chambre de l'instruction, au procureur général ou au greffier[715]. La Chambre de l'instruction doit statuer sur la demande de mise en liberté dans un délai de vingt jours à compter de la déclaration au greffe, faute de quoi le détenu est mis en liberté d'office sauf si les vérifications concernant sa demande ont été ordonnées (art. 140 al.3). La procédure pour statuer sur une demande directe de mise en liberté reste la même que celle pour statuer sur les appels en matière de détention provisoire. C'est-à-dire que la Chambre de l'instruction statue en audience publique après l'audition du ministère public, de la personne mise en examen et son avocat (art. 148-2). L'avocat est convoqué au moins 48 heures avant l'audience. La comparution personnelle du détenu est de droit sauf s'il a comparu devant la chambre de l'instruction moins de quatre mois auparavant.

L'examen de la demande de mise en liberté devant la Chambre de l'instruction entoure davantage de garanties. Devant le juge des libertés et de la détention, l'examen en cabinet et sans débat contradictoire préalable. L'absence du débat contradictoire a fait l'objet d'une question prioritaire de la Constitution au motif qu'elle porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et relatifs au recours juridictionnel effectif, au procès équitable et au respect des droits de la défense[716]. Le Conseil constitutionnel n'a pas admis ce motif et il a répondu que le placement en détention provisoire et sa prolongation sont déjà soumis à un débat contradictoire. La Cour de Cassation, quant à elle, a estimé que l'absence du débat contradictoire ne porte pas atteinte au droit de la défense car l'intéressé peut faire appel contre le refus de mise en liberté[717].

[715] Cass. Crim. 17 juin 1986 B. n° 210, RSC . 1986, p. 874, obs. A. BRAUNSCHWEIG ; 22 juin 1986 B. n° 239, D. 1987, Somm. 79, obs. PRADEL ; 14 mars 1989 B. n° 124

[716] Décision n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, AJ pénal 2011. 136, obs. J.-B. Perrier ; RSC 2011. 193, chron. C. Lazerges ; Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-81 QPC, D. 2011. 2231, obs. J. Pradel

[717] Crim., 26 févr. 2003, n° 02-88.131, D. 2003. 1728, obs. J. Pradel ; RSC 2003. 883, obs. J.-F. Renucci

B. En cas d'inaction prolongée du juge d'instruction

L'article 148-4 du Code de procédure pénale permet à la personne placée en détention provisoire ou son avocat de saisir directement la Chambre de l'instruction d'une demande de mise en liberté lorsque l'ordonnance de règlement n'a pas été rendue à l'expiration d'un délai de quatre mois depuis sa dernière comparution devant le juge d'instruction ou le magistrat délégué. La comparution devant le juge des libertés et de détention rentrait dans la catégorie de la comparution énoncée par l'article 148-4 du Code de procédure pénale. La saisine directe de la Chambre de l'instruction est irrecevable si la dernière comparution devant le juge d'instruction est moins de quatre mois[718]. Mais que faut-il entendre par l'expression « dernière comparution » ? La Chambre criminelle a jugé que toutes comparutions faites devant le juge d'instruction rentrent dans le champ d'application de l'article 148-4 du CPPF, peu importe si cette comparution porte sur un interrogatoire au fond ou non[719].

En introduisant cette disposition au Code de procédure pénale, le législateur a entendu parer à des détentions prolongées non accompagnées d'actes d'instruction. La lenteur de l'instruction entraine forcément la prolongation de la détention provisoire. Il faut obliger le magistrat instructeur à agir sous peine de voir l'intéressé remis en liberté. Pour respecter l'esprit de cette disposition, il est nécessaire que le mis en examen soit entendu lors de sa comparution[720]. Une simple « apparition » du détenu devant le juge d'instruction ne justifie pas le prolongement d'un délai de quatre mois. La personne détenue qui a déjà exercé le droit que lui confère l'article 148-4 du CPPF demeure recevable à adresser à la Chambre de l'instruction une nouvelle demande de mise en liberté tant que le juge d'instruction ne l'a pas entendue[721].

Un prévenu ou un accusé en état de détention provisoire doit, en tout état de cause, trouver un juge pour statuer sur sa demande de mise en liberté. Pour garantir ce droit, l'article 148-1 alinéa 4 du Code de procédure pénale érige le principe selon lequel la chambre de l'instruction connaît Des demandes de mise en libertés en absence de juridiction compétente.

---

[718]Crim. 6 mars 2002, B 57

[719]Comparution pour notification des conclusions d'un rapport expertise (Cass. Crim. 20 fév. 1985, B. n° 80) ; pour renouveler la détention provisoire (Cass. crim. 8 janv. 1992, B n° 3); pour une « parade d'indentification (Cass.Crim. 13 janv. 1993 B. n° 17).

[720] Cass.Crim. 13 janv. 1993 B. n° 17, D. 1993 Somm.205 obs. J. Pradel

[721] Cass. Crim. 3 déc. 1984 B. n° 379

Par ailleurs, elle est compétente pour examiner les demandes de mise en liberté de l'accusé lorsque celles-ci ont été formées en dehors de la session de la Cour d'assisses. En matière criminelle, la Cour d'assises n'est compétente que lorsque la demande est formée durant la session au cours de laquelle elle doit juger l'accusé ; dans les autres cas, la demande est examinée par la chambre de l'instruction (art.148-1 al.2 CPPF). Après l'ouverture de la session de la Cour d'assises, la Chambre de l'instruction demeure compétente pour examiner la demande de mise en liberté déposée antérieurement[722]. Cette nouvelle répartition de compétences permet d'éviter la désorganisation entre les sessions de la Cour d'assises. En cas de pourvoi en cassation formé contre un arrêt de condamnation de la Cour d'assises, la demande de mise en liberté est également examinée par la chambre de l'instruction (art.148-1, al.3). La Chambre de l'instruction peut regrouper les demandes de mise en liberté successives qui ont été présentées par un accusé renvoyé devant la Cour d'assises à condition qu'elle se soit prononcée sur la première d'entre elles et cela dans le délai de vingt jours (art. 148-2 al.2 du CPPF).

Traditionnellement, la révocation de l'affaire dans sa totalité permet à la Chambre de l'instruction d'être seule compétente pour rendre les décisions de caractère juridictionnel imposées pour le déroulement ultérieur de l'information, notamment en matière de détention provisoire. Dans le cas de révocation partielle de l'affaire, le juge d'instruction et le juge des libertés et de détention restent entièrement compétents en matière de la détention provisoire. Suite à l'arrêt du 17 décembre 2010 du Conseil Constitutionnel qui déclare l'inconstitutionnalité de la réserve du contentieux en matière de la détention provisoire, nous estimons que la Chambre de l'instruction ne peut plus s'emparer du pouvoir du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention même si elle révoque l'affaire. C'est-à-dire qu'elle ne peut pas placer en détention provisoire une personne ou prolonger la détention provisoire dans le cadre de la révocation. Les demandes de mises en libertés doivent être soumises au juge d'instruction.

La Chambre de l'instruction garde toujours son pouvoir de surveillance en matière de la détention provisoire. Ainsi, rien ne lui interdit de s'informer plus complètement sur la situation du détenu lorsqu'elle l'estime nécessaire, par exemple, lorsqu'il s'agit de vérifier la compatibilité de cette mesure avec l'état de santé de la personne détenue[723]. Si la personne

[722] Cass. crim. 17 mars 1998, Dr. pén. 1998, chron. 25, Lesclous et Marsat

[723] Cass. crim. 1er oct. 1984, n° 84-93.806, Bull. crim., n° 276

mise en examen lui fait connaître expressément qu'elle exerce l'autorité parentale sur un enfant de moins de seize ans ayant chez elle sa résidence habituelle, mais que l'enquête prévue par l'article 145-5 du Code de procédure pénale n'a pas été effectuée, la Chambre de l'instruction sera tenue de faire procéder à cette enquête s'il est justifié que la personne remplit les conditions prévues par cet article[724]. En effet, l'article 201 du Code de procédure pénale donne à la Chambre de l'instruction le pouvoir de prononcer dans tous les cas la mise en liberté d'office d'une personne mise en examen. L'exercice de cette faculté relève de sa seule initiative et n'est pas subordonné à une saisine de son président ou de l'intéressé. Ainsi, elle peut prononcer la mise en liberté d'office d'une personne mise en examen alors qu'elle est saisie d'une demande de mise en liberté par une autre dans la même procédure[725].

II. L'audience de contrôle

Un nouveau motif de la saisine de la Chambre de l'instruction a été ajouté par la loi du 5 mars 2007 afin de renforcer le contrôle de celle-ci lorsque le mis en examen est en détention provisoire. En effet, l'article 221-3 du Code de procédure pénale issu de ladite loi dispose que « *lorsqu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis le placement en détention provisoire de la personne mise en examen, que cette détention est toujours en cours et que l'avis de fin information prévu par l'article 175 n'a pas été livré, le président de la Chambre de l'instruction peut, d'office ou à la demande du ministère public ou de la personne mise en examen, décide de saisir cette juridiction afin que celle-ci examine l'ensemble de la procédure* ». C'est une procédure exceptionnelle (A) qui permet un examen de l'ensemble du dossier y compris la question de la détention provisoire et la vraisemblance de culpabilité du suspect (B).

A. Une procédure exceptionnelle

L'audience de contrôle est une procédure exceptionnelle visant l'instruction qui dure longtemps et qui implique la détention provisoire de l'intéressé. Ainsi, la personne mise en examen n'est autorisée à saisir la chambre de l'instruction qu'à partir d'un certain délai et sous certaines conditions. La saisine n'est possible qu'après trois mois à partir du placement en détention provisoire, que si cette détention soit toujours en cours et que si l'avis de fin

[724] Cass. crim. 18 sept. 2001 , Bull. crim., n° 181

[725] Cass. crim. 26 sept. 1995 Bull. crim., n° 282, Rev. sc. crim. 1996. 139, obs. J.-P. Dintilhac

d'information prévu par l'article 175 du CPPF n'ait pas été délivré[726]. Lorsque l'instruction a déjà donné lieu à une audience de contrôle, le dernier alinéa de l'article 221-3 du CPPF prévoit qu'une nouvelle saisine n'est possible que six mois après que l'arrêt de la Chambre de l'instruction soit devenu définitif dans les mêmes conditions de la première saisine.

La requête d'une audience de contrôle doit être motivée et doit faire l'objet d'une déclaration au greffier du juge d'instruction saisi du dossier qu'il va transmettre au président de la Chambre de l'instruction dans les meilleurs délais. La procédure de requête ressemble à celle de l'appel[727]. Comme en matière d'appel, la requête est soumise au filtrage du président. Dans un délai de huit jours de la réception de la requête, le président de la chambre de l'instruction doit statuer sur la recevabilité de la requête par une ordonnance non susceptible de recours. Si le président de la Chambre de l'instruction estime que l'audience de contrôle est nécessaire, il saisit la Chambre qui doit statuer dans un délai de trois mois à partir de sa saisine, à défaut de quoi les personnes détenues seront mises en liberté. Ce délai de trois mois résulte d'un amendement parlementaire, le projet initial prévoyant deux mois pour statuer aux motifs qu'il permette l'organisation d'une audience suffisamment à l'avance afin que le dossier de la procédure ait pu être examiné de façon aussi approfondie que possible par le président ou le conseiller rapporteur. La comparution personnelle de la personne détenue n'a pas pour effet de prolonger les délais de trois mois.

En absence d'audience de contrôle dans un délai de trois mois à partir de la saisine du président de la Chambre de l'instruction, la personne détenue est mise en liberté. La question est de savoir si la sanction du non-respect du délai de trois mois concerne les autres personnes détenues pour la même affaire mais qui n'avaient pas émis une demande initiale. La circulaire du ministère de la justice DACG n° 2007-09 du 25 mai 2007 suggère que la mise en liberté peut s'appliquer aux personnes détenues au moment de la saisine de la Chambre de l'instruction et elle ne s'applique pas aux personnes qui auraient été placées en détention

[726]Dans la circulaire de la DACG (Direction des affaires criminelles et des grâces) n° 2007-09 du 25 mai 2007 relative à la présentation des dispositions concernant la chambre de l'instruction résultant de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance et du décret n° 2007-699 du 3 mai 2007 relatif au renforcement de l'équilibre de la procédure pénale et à la prévention de la délinquance , le ministère public propose de considérer que, si une personne placée en détention puis libérée a été ensuite à nouveau placée en détention – par exemple à la suite d'une révocation d'un contrôle judiciaire – le délai de trois mois court à compter de la nouvelle période de détention

[727] Art. d. 43-4 de la circulaire n° 2007-09 du 25 mai 2007

provisoire ultérieurement. Rien n'empêche que la Chambre de l'instruction ordonne la comparution personnelle de toutes les personnes mise en examen dans l'affaire portée devant l'audience de contrôle. Suite à cette audience, elle pourra ordonner la mise en liberté « d'une ou plusieurs personnes mises en examen, même en absence de leur demande » (art. 221-3 II-1 DACG n° 2007-09).

La Chambre de l'instruction statue en principe en audience publique sauf si elle décide de le faire en cabinet à la demande du ministère public ou des parties privées (art. 221-3 al. 3 CCP). L'audience de contrôle se déroule avec des mêmes principes que les audiences de la Chambre de l'instruction hormis quelques variantes. Le délai de convocation des parties sont plus long, c'est-à-dire, cinq jours avant l'ouverture de l'audience, au lieu de deux jours (art. 221-3 al. 2). En raison de la complexité de l'examen, ce délai est nécessaire aux avocats pour préparer la défense[728]. La comparution de la personne détenue est de droit, le refus de sa comparution doit être motivé. L'article 221-3 du Code de procédure pénale exige que le mis en examen doive préciser dans sa requête s'il demande à comparaître devant la Chambre mais rien lui est interdit de formuler se demande ultérieurement. Si la personne mise en examen est majeure, les débats se déroulent en audience publique, sauf opposition du ministère public, de la personne mise en examen, de la partie civile ou de leurs avocats dans certaines hypothèses et selon des modalités exactement similaires à ce qui est prévu à l'article 199 du CPPF sur les audiences consacrées à la détention provisoire.

Le cinquième alinéa de l'article 221-3 I al. 5 du CPP dispose que deux jours ouvrables au moins avant la date prévue pour l'audience, les parties peuvent déposer des mémoires consistant soit en des demandes de mise en liberté, soit en des demandes d'actes[729], soit en des demandes tendant à constater la prescription de l'action publique. Le texte ne mentionne pas la demande de devenir ou redevenir témoin assisté. Compte tenu de la nature de l'audience de contrôle est de réviser l'ensemble de l'affaire, nous estimons que toutes les demandes qui ont lien un lien avec cette affaire doit être admise.

[728] 48 heures en matière de détention provisoire

[729] y compris s'il s'agit d'une demande ayant été précédemment rejetée en application de l'article 186-1, soit en des requêtes en annulation (sous réserve des art. 173-1 et 174 relatifs notamment à la purge des nullités)

B. Le réexamen de la vraisemblance de culpabilité et la nécessité de la détention provisoire

Les parties peuvent donc, à l'occasion de cette audience particulière, aborder trois domaines différents : le contentieux de la liberté, celui des demandes d'acte, et celui des nullités. L'intérêt des audiences de contrôle est de permettre un examen simultané, en une seule audience, des différents aspects de la procédure. L'audience de contrôle permet à la personne mise en examen de demander pendant l'instruction d'examiner à nouveau les indices de culpabilité qui pèsent contre elle. Tout au long de la procédure, la personne mise en examen a deux occasions de demander l'annulation sa mise en examen. Tout d'abord, elle peut faire une requête en annulation de la décision de mise en examen (art. 173 CPPF), et ensuite, au cours de l'information, elle peut demander au juge d'instruction de revenir sur sa décision en lui octroyant le statut du témoin assisté (art. 80-1-1 CPPF)[730]. Cependant, la personne détenue n'a pas eu davantage d'occasion de discuter sur les charges qui pèse contre contre elle. L'objet unique lors l'appel contre les ordonnances relatives à la détention provisoire lui interdit de faire apprécier l'intensité des charges contre elle par la juridiction supérieure de l'instruction, à savoir la Chambre de l'instruction. Cette nouvelle disposition a pallié à ces difficultés que nous rencontrons depuis longtemps en la matière.

La personne détenue peut demander l'examen le fond du dossier, c'est à dire les indices ou les charges contre elle. Les nouvelles dispositions présentent un intérêt tout particulier pour les affaires dans lesquelles l'invraisemblance des indices persiste et dans lesquelles les personnes poursuivies nient les faits reprochés. A cette occasion, la Chambre de l'instruction peut ordonner la mise en liberté d'office assortie ou non du contrôle judiciaire, d'une ou plusieurs des personnes mises en examen (art. 221-3 CPPF). A défaut de rendre un arrêt dans les trois mois après la saisine du président de la chambre de l'instruction, la personne mise en examen détenue est mise en liberté d'office (art. 221-3 CPPF)

---

[730] Cette demande peut être faite à l'issue dans délai de 6 mois après la mise en examen et tous les six mois suivant. Elle peut également être faite dans les dix jours qui suivent la notification d'une expertise ou un interrogatoire. Si le collège d'instruction fait droit à sa demande, la personne est mise en liberté immédiatement sauf si elle est détenue pour une autre cause. Dans le cas contraire, ce dernier statue par ordonnance motivée faisant état des indices graves ou concordants justifiant sa décision. S'il ne répond pas dans un délai d'un mois, la personne mise en examen peut saisir directement le président de la chambre de l'instruction (art. 81 al. dernier du CCP).

À la fin de ce débat contradictoire, la Chambre de l'instruction dispose de pouvoirs très étendus. En particulier, elle peut ordonner la mise en liberté assortie ou non du contrôle judiciaire ; prononcer la nullité d'un ou plusieurs actes non effectués conformément aux règles du Code de procédure pénale ; évoquer le dossier et achever l'instruction en se substituant au juge d'instruction ; évoquer partiellement le dossier, avant de le renvoyer au juge d'instruction ; renvoyer le dossier au juge d'instruction, après lui avoir prescrit de procéder à certains actes dans un délai déterminé ; recourir à la cosaisine de plusieurs juges d'instruction ; procéder au dessaisissement du juge d'instruction et à la désignation d'un ou plusieurs juges ; ordonner le règlement total ou partiel de la procédure, notamment en prononçant un ou plusieurs non-lieux.

En Allemagne, dès que la prolongation de la détention provisoire au-delà d'un délai de six mois s'avère nécessaire, le juge des enquêtes est dans l'obligation de transmettre son dossier à une juridiction du second degré, le tribunal supérieur régional, qui procède à son examen approfondi. A défaut, le prévenu est remis en liberté d'office. Il semble que cet examen soit conçu comme assez exceptionnel et solennel, en tout cas de nature à accélérer le règlement des procédures comportant un ou des détenus[731].

[731] http://prison.eu.org/spip.php?article9399

Section 2 : L'imperfection du régime du recours contre la détention provisoire en droit vietnamien

La personne placée en détention provisoire peut être mise en liberté d'office, soit à l'initiative du l'organe d'enquête soit à l'initiative du ministère public (art. 120 §6 C.P.P.V.N). En cas de suspension définitive de l'enquête, la personne est remise en liberté immédiatement[732]. La personne placée en détention provisoire peut contester cette décision par un recours gracieux. Il n'existe pas de recours juridictionnel en droit vietnamien (§1). Le législateur vietnamien semble vouloir combler l'absence du recours juridictionnel par la volonté d'indemniser toutes les personnes dont la détention provisoire sont injustifiées (§2).

§ 1. L'absence du recours juridictionnel contre la détention provisoire

Le droit vietnamien ne connaît pas de recours juridictionnel au stade de l'enquête. Seul le jugement est considéré comme une décision juridictionnelle. En dehors de cette hypothèse, toute contestation d'une décision des organes de l'État est soumise au régime du recours gracieux quel que soit son auteur : l'administration, l'organe d'enquête ou le parquet populaire. L'organe d'enquête et le parquet sont des organes de l'État, ils sont dénommés « les organismes participant à la procédure ». Leur organisation et leur fonctionnement sont presque les mêmes que ceux des administrations. Ainsi, la décision de placement en détention provisoire et sa prolongation représente les critères d'une décision administrative, elles font donc l'objet d'un recours gracieux (I). Mais cette procédure est inefficace d'où la nécessité d'instaurer du recours juridictionnel (II).

I. Le recours gracieux contre la détention provisoire

Pour des raisons historiques et idéologiques, le recours gracieux a un rôle symbolique dans le système judico-politique du Vietnam (I) mais il s'avère inefficace en matière de détention provisoire (B)

[732] Correspondre au classement sans suite en droit français

A. Le rôle du recours gracieux dans le système juridico-politique du Vietnam

Dès la création de la République socialiste du Vietnam, le droit au recours gracieux et le droit de dénoncer les agissements contraires à la loi ont été protégés par la Constitution. A l'origine, ces droits ont fait partie des principes de l'organisation politique du régime communiste, selon laquelle l'État appartient au peuple, il est soumis donc à la surveillance du peuple. A l'heure actuelle, ces droits attirent toujours l'attention particulière du Gouvernement, ils se hissent au rang des droits fondamentaux, droits naturels aux yeux des chercheurs[733]. Pour eux, rien n'est plus naturel que le droit de contester la violation de la loi que l'on soit victime ou non comme si le respect de la loi est le fondement de la société. L'article 72 de la Constitution de 1992 dispose que « le Citoyen a le droit au recours gracieux, et de dénoncer aux autorités compétentes les agissements contraires à la loi de tout agent de l'État, toute organisme étatique, social et des particuliers. Les autorités compétentes doivent être répondre aux recours gracieux et aux dénonciations dans les délais fixés par la loi ». Dans le système vietnamien, le recours gracieux et la dénonciation font partie d'un couple inséparable. Si le recours gracieux ne peut être tenté que par une personne destinataire d'un acte commis par un agent de l'État, la dénonciation peut être faite par tous les citoyens. Il est étonnant de constater que le même article de la Constitution permet que le recours gracieux et la dénonciation puissent porter contre n'importe quel individu. Tout acte portant atteinte aux droits de recours gracieux et de dénonciation est condamné par le Code pénal (art. 132).

Au Vietnam, le recours gracieux a une longue histoire. Il existait déjà sous le régime féodal et colonial mais il n'était pas vraiment institutionnalisé. Dès l'indépendance du Vietnam en 1945, Hô Chi Minh a instauré un Comité d'Inspection afin de recevoir les recours gracieux et les dénonciations des citoyens[734]. Dans cette période de transition, juste après la guerre et pendant l'instauration du régime communiste, le Gouvernement souhaitait être informé des agissements des agents de l'État, ceux-ci devaient se montrer exemplaires. Par ailleurs, il fallait montrer la supériorité du régime communiste par rapport aux régimes précédents que le Vietnam avait connus et prouver que l'État appartenait au peuple. Ce droit a été donc énoncé pour la première fois dans la Constitution de 1959. Ensuite, l'Ordonnance du 27 novembre 1981 du Conseil de l'État et la loi n° 09/1998/QH10 du 2 décembre 1998 ont

[733] http://moj.gov.vn/ct/tintuc/lists/nghin cu trao (site du ministère de la justice)

[734] Le 23 novembre 1945, Hô Chi Minh a signé le Décret 64/SL instaurant un comité d'inspection des organes du Gouvernement.

détaillé l'exercice de ce droit ainsi que la procédure de l'examen du recours gracieux. Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises. Le recours gracieux et la dénonciation est un domaine où il y a plus de textes, il existe environ une quarantaine de textes de toute nature : lois, ordonnances, décrets, circulaires, etc.

Pourquoi le Vietnam a donné autant d'importance au recours gracieux et à la dénonciation. L'objectif est-il de protéger les citoyens contre les abus de pouvoirs des agents de l'État ? A la lecture des textes et les déclarations du Gouvernement, la réponse positive semble s'imposer. Néanmoins, l'idée sous-jacente semble autre que cette apparence. L'objectif le plus important du recours gracieux est l'exercice du contrôle de l'administration supérieur vis-à-vis de l'administration inférieure. Au Vietnam, chaque administration est organisée à trois niveaux : district, province et central (les ministères). Le mécanisme du recours gracieux permet l'examen par l'administration supérieure des actes commis par l'administration inférieure. La première peut infliger les sanctions disciplinaires et reconnaître les responsabilités personnelles de ses subordonnés. C'est un moyen de contrôle redoutable instaurant une dépendance des administrations locales au niveau central. Tout le système étatique du Vietnam est construit sur le principe de centralisation des pouvoirs.

Par ailleurs, le recours gracieux et la dénonciation permet à l'administration de garder le contrôle sur le règlement du conflit écartant l'intervention des tribunaux. Ce qui permet également de « résoudre » le problème au sein des administrations évitant l'intervention du juge administratif. En dehors du mécanisme de recours gracieux, il existe un Service d'Inspection au niveau central et provincial dont la compétence est d'inspecter toutes les administrations dans leurs activités et leur façon de résoudre les recours gracieux et les dénonciations. Ce service d'inspection peut également recevoir ces derniers directement contre toutes les administrations. C'est un réseau de contrôle assez sophistiqué mais peu efficace. Les services d'inspection sont également une administration, elle trouve toujours un arrangement avec elle, mettant à l'écart le droit de regard des citoyens.

Dans ce contexte, le recours juridictionnel contre les décisions de l'administration devant un tribunal administratif a été instauré par l'Ordonnance n°9/2006/PL-UBTVQH11 du 5 avril 2006 dans le but de remédier aux défauts du recours gracieux. Sous l'égide de cette Ordonnance, le particulier ne peut pas tenter le recours juridictionnel qu'après épuisement du recours gracieux. L'Administration a tout fait pour bloquer l'accès au recours juridictionnel.

La loi relative au recours devant le tribunal administratif n° 64/2010/QH12 entrant en vigueur le 1 juillet 2011 a abrogé cette condition. Désormais, le particulier a le choix entre le recours gracieux et la recours juridictionnel[735]. La nouvelle loi 02/2011/QH13 du 11 novembre 2011 permet l'assistance de l'avocat lors de la procédure de recours gracieux. Celui-ci peut apporter les preuves aux autorités compétentes et avoir l'accès au dossier. Ils ont les mêmes droits que devant une procédure juridictionnelle. Quoiqu'il en soit, l'administration garde toujours le contrôle dans le règlement des conflits parce que le recours juridictionnel est long et inefficace en raison de la dépendance des tribunaux administratifs vis-à-vis des administrations locales[736]. Ainsi, le recours gracieux reste la voie de recours courant.

B. L'inefficacité du recours gracieux contre la détention provisoire

En matière pénale, la personne placée en détention provisoire peut contester toutes les décisions relatives à sa détention par le recours gracieux. L'article 49 du C.P.P.V.N concernant les droits de la personne mise en examen dispose de manière générale qu'elle « peut déposer un recours gracieux contre toutes les décisions et les actes effectués par les autorités compétentes pendant la procédure pénale ». Ce recours emprunte les principales caractéristiques du recours gracieux du droit commun mais il est différent sur certains points. Le Code de procédure pénale consacre les articles 329 et 330 aux recours gracieux contre les décisions du parquet et du tribunal. Par ailleurs, le Parquet populaire suprême, la Cour populaire suprême, le Ministère de la police, le Ministère de la justice et le Ministère de l'armée ont promulgué une circulaire n°02/2005 afin de mieux détailler le recours gracieux en matière pénale.

Le recours gracieux porte sur la décision de placement en détention provisoire et la décision de prolongation de celle-ci. En droit vietnamien, le recours gracieux ne peut porter sur une décision de refus de mise en liberté. En effet, l'organe d'enquête et le parquet ne sont pas obligés de répondre à la demande de mise en liberté par une décision écrite. La personne placée en détention provisoire n'a pas vraiment le droit de demander sa mise en liberté. Les articles 49 et 50 du C.P.P.V.N relatifs aux droits des personnes mises en examen et des

[735] La personne placée en détention provisoire ne peut pas faire une action juridictionnelle devant le tribunal administratif car cette action ne concerne que les administrations. Les organes d'enquête et les parquets populaires ne sont pas les administrations ; pourtant dans l'ensemble ils sont organisés et fonctionnent de la même façon qu'une administration. Cette confusion organique reflète une intervention de l'État.

[736] Pour résoudre le problème de l'influence de l'administration sur les tribunaux, la Direction du Parti communiste a proposé de modifier l'organisation des tribunaux afin de les détacher des administrations.

accusés ne font aucune référence au droit de demande de mise en liberté. Nous n'avons pas trouvé d'autres renseignements dans les autres textes.

L'examen du recours gracieux en matière de détention provisoire relève de la compétence du ministère public parce que celui-ci a l'approuvée. Le processus de ce recours reste le même en droit commun. C'est-à-dire la chef du parquet examine le recours contre la détention provisoire lorsqu'elle a été approuvée par l'adjoint chef. Si le requérant n'est pas d'accord avec la décision de ce dernier, il peut former un recours gracieux devant le parquet populaire supérieur[737]. Cette hypothèse assure de principe du double degré de recours gracieux. Cependant, lorsque la détention provisoire est approuvée par le chef du parquet lui-même, le recours n'est possible qu'une seule fois. C'est-à-dire que la décision du parquet supérieur est la décision définitive. Il existe donc bien une inégalité en fonction de la personne qui a approuvé la détention provisoire. Lorsque l'adjoint chef du parquet approuve la détention provisoire, la personne mise en examen bénéficie de deux degrés de recours gracieux. Par contre, lorsque le chef du parquet approuve la détention provisoire, elle ne bénéfice que d'un seul degré de recours. Néanmoins, ce n'est qu'une inégalité théorique, il y a peu de différence en réalité, puisque que l'adjoint chef ne décide jamais sans consulter l'avis de son supérieur. Ainsi, l'examen du recours gracieux par le chef du parquet reste artificiel car son avis a été déjà donné en amont. Il existe donc réellement un seul degré de recours gracieux. Toutefois, il est rare que le parquet supérieur infirme la décision de ses subordonnés.

Dans un délai de 3 jours après la réception du recours gracieux, le chef du parquet doit l'examiner (art. 333 C.P.P.V.N). Par contre, ce délai est porté à 7 jours lorsque le recours est porté devant le parquet supérieur de celui qui a pris la décision litigieuse. En matière de détention provisoire, les délais d'examen du recours gracieux sont plus cours qu'en droit commun[738]. Dans le cas où le parquet n'a pas besoin d'autres informations, le délai d'examen du recours peut être réduit à 24 heures (art. 2.2, II de la circulaire de 02/2005). Ces délais s'appliquent également aux recours contre les décisions relatives à la détention provisoire

[737] L'article 36 du Code de procédure pénale dispose que la détention provisoire peut être approuvée soit par le chef adjoint soit par le chef du parquet populaire.

[738] En procédure pénale, les délais d'examen du recours gracieux est de 7 jours en premier degré et de 15 jours en second degré. Pour les actes administratifs, ces délais sont de 30 jours en premier degré et 45 jours en second degré.

ordonnées par le tribunal. Pour examiner ce recours, le Ministère public peut demander à l'organe d'enquête de lui fournir des informations et des documents nécessaires concernant la détention provisoire. Dans un délai de 12 heures, à partir de la réception de la demande, l'organe d'enquête doit communiquer des informations demandées (art. 2.2, II du circulaire n° 02/2005). Néanmoins, cette obligation n'est assortie d'aucune sanction.

Bien que les délais prévus par l'article 330 du C.P.P.V.N soient relativement courts, cela ne signifie pas que la personne détenue obtienne rapidement la réponse à sa demande. En effet, ce sont les délais à partir desquels le parquet doit commencer à examiner le recours et non les délais à partir desquels il doit prendre une décision. En pratique, la personne placée en détention provisoire doit attendre assez longtemps pour obtenir la réponse de l'autorité compétente. Si les délais de réponse sont contrôlables, le délai pour commencer à examiner le recours, est incontrôlable. L'intéressé ne peut pas savoir à partir de quel moment le parquet populaire examinera réellement son recours. Il ne peut pas non plus exiger de délai de réponse. Par ailleurs, le retard du parquet n'est assorti d'aucune sanction. Il est regrettable que le législateur ne fixe pas de délais pour rendre la décision. Ainsi, l'affaire peut rester en instance d'examen très longtemps.

En ce qui concerne la détention provisoire décidée par le tribunal, seuls les présidents, les vices présidents des tribunaux et des Cours d'Appel peuvent placer le prévenu en détention provisoire. La procédure de recours reste la même que celle devant le parquet. C'est-à-dire que le président du tribunal examine en premier degré le recours contre la décision du vice-président. Si la personne détenue n'est pas d'accord avec cette décision, elle peut demander au président du tribunal supérieur de réexaminer la question (art. 331 C.P.P.V.N). Lorsque la détention provisoire est décidée par le président du tribunal, le recours gracieux est examiné en une seule fois par le président du tribunal supérieur.

II. La nécessité d'instaurer un recours juridictionnel en matière de détention provisoire

Nous avons vu que le recours gracieux n'est pas efficace et n'est pas adapté en matière de détention provisoire. Il est donc nécessaire d'instaurer un recours juridictionnel pour lequel l'examen serait assuré par une autorité indépendante. Nous estimons que le parquet ne présente pas assez de garanties d'impartialité pour examiner le recours contre les mesures relatives à la détention provisoire. Bien que le tribunal n'intervienne pas au stade de

l'enquête, un juge peut être désigné pour assurer l'examen du recours (A). Il faut en même temps instaurer le principe du contradictoire applicable au recours juridictionnel (B)

A. L'intervention du juge dans le recours juridictionnel

Il est indispensable que le juge intervienne au stade de l'enquête, ce qui renforcera en même temps le rôle du tribunal au stade du jugement. Au Vietnam, l'enquête a un rôle très important, le juge ne peut juger que sur le dossier constitué, orienté par les enquêteurs. Ces derniers font eux-mêmes le filtre laissant le coupable impuni ou punissant l'innocent. Il arrive que le dossier d'enquête envoyé devant le tribunal contienne des éléments contradictoires ou très peu d'éléments à charge. Le tribunal est contraint de renvoyer le dossier à l'organe d'enquête pour des compléments d'enquête. Cela veut dire que le contrôle du parquet n'est pas efficace. En principe, le parquet ne doit pas poursuivre un individu devant le tribunal si l'affaire n'est pas en état d'être jugée mais il arrive fréquemment que le tribunal renvoie l'affaire pour être enquêtée de nouveau. Par ailleurs, si les enquêtes sur la même affaire ne respectent pas les règles de procédure, son jugement peut être annulé.

Le président de la Cour suprême a estimé qu'il est nécessaire de créer un juge d'instruction ou au moins une surveillance judiciaire au stade de l'enquête. Le pouvoir du tribunal est très limité étant donné qu'il ne maîtrise pas l'enquête. Si cette idée enthousiasme les juges et les avocats, les députés demeurent réticents. Ils se méfient du pouvoir et de l'indépendance du juge à l'occidental. Il ne faut pas oublier que la plupart des députés sont de hauts fonctionnaires. Ils préfèrent conserver le pouvoir de l'administration. De ces analyses, nous estimons que l'instauration du juge d'instruction au Vietnam reste hypothétique. Il ne pourra pas ordonner aux enquêteurs de suivre ses instructions si ceux-ci sont toujours attachés à la police. Il faudrait donc créer des services d'enquêtes sous l'autorité du juge d'instruction. Le Ministère de la police contestera surement cette réforme. Il est peut-être plus réaliste d'imaginer que le juge intervienne comme arbitre pour juger les différends entre la partie accusatrice et l'accusé à propos de certaines décisions importantes au stade de l'enquête.

Cette intervention est nécessaire aussi parce que la durée de la détention est très longue et parfois illimitée. Le Code de procédure pénale distingue deux catégories de détention provisoire : la détention provisoire nécessaire à l'enquête (art. 119 et 120 C.P.P.V.N) et la détention provisoire en attente d'audience (176, 177 C.P.P.V.N). Le vrai

problème de la durée de la détention provisoire concerne celle qui est effectuée pendant l'enquête. La première lecture des articles 119 et 120 du C.P.P.V.N laisse penser que les délais de la détention provisoire sont relativement courts : au maximum 3 mois lorsque l'infraction est peu grave[739] ; 6 mois lorsque l'infraction est grave[740] ; 9 mois lorsque l'infraction est très grave[741] et 16 mois lorsque l'infraction est particulièrement grave[742]. Cependant, la détention provisoire peut être prolongée à plusieurs reprises à la fois par l'organe d'enquête et par le parquet. Les dispositions relatives à la prolongation de la détention provisoire sont dispersées dans le C.P.P.V.N et elles sont très peu lisibles. Même les pénalistes ne se mettent pas toujours d'accord sur le calcul de la durée maximale de la détention provisoire, ce qui montre à quel point la loi est peu lisible. Lorsque la détention provisoire est prolongée par l'organe d'enquête, celui-ci doit demander l'approbation du parquet.

En droit vietnamien, la prolongation de la détention provisoire est systématique. Dans tous les cas, les motifs de la prolongation sont simples : « il n'y a pas de raisons de mettre fin à la détention provisoire » (arts. 120, 121 C.P.P.V.N). A vrai dire, il n'existe pas de motif de la prolongation de la détention provisoire. Pour le législateur vietnamien, les motifs du placement en détention provisoire conservent leurs effets tout au long de l'enquête sauf si de nouveaux éléments exceptionnels se produisent. Ainsi, il est très difficile de recouvrer sa liberté après avoir été placé en détention provisoire sauf dans le cas du classement sans suite. En droit vietnamien, les délais de l'enquête coïncident avec ceux de la détention provisoire. Cela laisse penser que la personne placée en détention provisoire devrait rester en détention jusqu'à la fin de l'enquête. Elle ne peut être libérée que dans les cas exceptionnels.

Nous allons dresser ci-dessous un tableau de la durée éventuelle de détention provisoire pendant l'enquête ; elle s'arrête au moment où le tribunal fixe la date d'ouverture de l'audience. A partir de cette décision, la détention provisoire ordonnée par le parquet continue à produire des effets mais elle a pour objectif d'attendre que le jugement soit prononcé. La date d'audience, calculée à partir de cette décision doit respecter les délais

---

[739] Délai initial de 2 mois, prolongation maximum d'un mois.

[740] Délai initial de 3 mois, prolongation de 2 mois la première fois, et d'un mois la deuxième fois.

[741] Délai initial de 4 mois, prolongation de 3 mois la première fois, et de deux mois la deuxième fois.

[742] Délai initial de 4 mois, renouvelable 3 fois, maximum 4 mois chaque renouvellement.

suivants : 45 jours pour les infractions peu graves, 60 jours pour les infractions graves, deux mois et 15 jours pour les infractions très graves et 3 mois et 15 jours pour les infractions particulièrement graves. Ces délais sont renouvelables de 15 jours pour les deux premières catégories d'infractions et 30 jours pour les deux dernières catégories d'infractions (art. 176 C.P.P.V.N).

Ce tableau décrit la durée possible d'une détention provisoire dans les cas ordinaires. Dans les affaires complexes, elle peut être beaucoup plus longue. L'insécurité du système pénal vietnamien consiste dans le fait que chaque instance de jugement a la possibilité de renvoyer l'affaire à l'organe d'enquête pour un complément d'enquête ou pour enquêter de nouveau[743]. Il existe 4 degrés d'instances en droit pénal vietnamien : la première instance, l'appel,[744] le réexamen[745] et la révision[746]. Les deux dernières instances sont des procédures spéciales, elles ne concernent que les jugements «entrant en vigueur»[747], et seuls les présidents des tribunaux et les chefs des parquets peuvent engager une telle procédure. Les motifs pour engager ces procédures sont la découverte des violations graves de la procédure (273 C.P.P.V.N) pour le réexamen et la découverte des nouveaux éléments pour la révision (art. 290 C.P.P.V.N). Quelle que soit l'instance, l'affaire est jugée dans son ensemble sur les faits et sur le droit. Lorsqu'il y a des violations graves de la procédure, la Cour d'Appel, le Comité de réexamen et le Comité de révision peuvent décider d'annuler le jugement pour refaire l'enquête ou pour rejuger l'affaire. Cela dépend si la violation a été commise au stade de l'enquête ou au stade de jugement.

La spécificité du système pénal vietnamien se trouve dans la possibilité de rejuger une affaire à plusieurs reprises. Cette possibilité crée une réelle insécurité juridique pour les justiciables notamment des conditions pour rejuger une affaire, restent très confuses. Le motif

---

[743] En pratique, le jury, pendant l'audience, décide de renvoyer le dossier à l'organe d'enquête alors que cela n'est pas prévu par la loi. Cette possibilité n'est prévue qu'avant l'ouverture de l'audience (art. 121§2 C.P.P.V.N).

Nguyen Thi Hai Chau, « quelques suggestions pour modifier les dispositions relatives au renvoi du dossier à l'organe d'enquête », site web http://phaply.net.vn/dien-dan

[744] Les délais en appel : 15 jours à partir du prononcé de jugement (art.234 C.P.P.V.N).

[745] Le délai du réexamen est d'un an après l'entrée en vigueur du jugement, c'est-à-dire un an après le prononcée de l'arrêt en appel s'il y a l'appel si non à l'expiration du délai d'appel du jugement en première instance. Cependant, il n'y pas de délai de révision lorsque ce recours est favorable aux condamnés (art.278 CPPVN).

[746] Les délais de la révision sont très longs, ils correspondent aux délais de prescription de l'article 23 du Code pénal, à savoir 5 ans pour les infractions peu graves, 10 ans pour les infractions graves, 15 ans pour les infractions très graves et 25 ans pour les infractions particulièrement graves.

[747] Le jugement entre en vigueur après l'instance de l'Appel, ce qui correspond à la notion de jugement définitif en droit français. Néanmoins, la traduction de jugement définitif ne serait pas vraiment exacte dans le contexte du droit vietnamien.

principal est la violation grave de la procédure qui n'est défini par aucun texte. Est-ce que c'est la violation des principes fondamentaux de la procédure pénale ? Le paradoxe est que le Code de procédure pénale permet de refaire l'enquête ou de rejuger l'affaire lorsqu'il y avait des violations graves de la procédure. Les conséquences d'une telle décision sont graves pour le suspect. Dans le cas du renvoi du dossier à l'organe d'enquête, la détention provisoire du suspect peut être prolongée selon les délais communs, s'il est toujours en détention provisoire. Le calcul de sa détention repart à zéro[748] (art. 252 287, 300 C.P.P.V.N). Nous pouvons nous référer au tableau ci-dessus pour avoir une idée de la durée d'une nouvelle détention provisoire. Si le suspect est en liberté, il peut être arrêté et détenu à nouveau. Ceci peut se produire des années après la première instance car la prescription de la révision correspond à la prescription de l'infraction. Les justiciables sont pénalisés lorsque les autorités compétentes ont commis des erreurs.

Le droit pénal vietnamien n'admet pas l'idée qu'un coupable puisse rester en liberté. Il crée donc toutes les raisons possibles pour rejuger une affaire et donc arrêter et détenir le suspect s'il n'était pas encore détenu ou s'il était remis en liberté.

En ce qui concerne la détention provisoire des mineurs, le Code de procédure pénale reste silencieux sur la durée de leur détention. Nous ne savons pas s'il s'agit d'un oubli du législateur ou simplement si celui-ci estimait que la détention provisoire des mineurs devait être exceptionnelle et la laissait à la libre appréciation des autorités compétentes. En pratique, la question ne se pose pas car l'organe d'enquête décide de prolonger ou non la détention provisoire en fonction de la nécessité de l'enquête, aucun contrôle n'est possible.

[748] Cela dépend si l'affaire doit faire l'objet d'une nouvelle enquête ou si elle a juste besoin d'être rejugée.

B. L'instauration de quelques règles du recours juridictionnel

Il faut tout d'abord déterminer quelles sont les décisions susceptibles de recours juridictionnel en raison de leur importance au stade de l'enquête. Nous estimons que la décision de mise en examen, de placement en détention provisoire, la prolongation de la détention et le refus de demande de remise en liberté, et les décisions au moment du règlement de l'enquête doivent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Afin d'éviter de multiples recours, nous pensons que l'objet de chaque appel peut porter à la fois sur la détention provisoire et sur les indices de culpabilité. Lors de l'appel contre la décision de placement en détention provisoire, l'intéressé doit pouvoir faire appel en même temps de la décision de mise en examen si celle-ci n'a pas fait l'objet d'appel. A cette occasion, le juge va examiner à la fois la vraisemblance de culpabilité et la nécessité de la détention provisoire. Le juge apprécie librement la nécessité de maintenir la personne en détention provisoire ou non malgré la vraisemblance de culpabilité. La personne détenue doit pouvoir faire appel contre toutes les décisions de prolongation de sa détention. De même, l'appelant doit pouvoir discuter la vraisemblance de sa culpabilité et la nécessité du maintien en détention provisoire.

Nous estimons nécessaire d'instaurer pour la personne placée en détention provisoire le droit de demander sa remise en liberté. Le Code de procédure pénale vietnamien reste silencieux sur ce droit. Cette demande serait adressée directement au parquet, la décision de ce dernier serait susceptible de recours. Pour ne pas alourdir la procédure, la demande de mise en liberté devrait être soumise à la condition qu'il existe de nouveaux éléments dans le dossier mettant en cause la nécessité de la détention provisoire. Ces éléments peuvent être ceux qui rendent invraisemblable la culpabilité du suspect, et ceux concernant la situation personnelle de la personne mise en examen. Si nous établissions la règle selon laquelle, la personne mise en examen peut demander sa remise en liberté à n'importe quel moment de l'enquête, elle se conformerait à l'idée selon laquelle la liberté est la règle et la détention, exceptionnelle, mais ceci n'est pas réaliste. Le parquet refuserait systématiquement la demande de mise en liberté s'il y avait des éléments nouveaux. Ce serait une perte de temps pour les parties et cette procédure aurait pour effet de prolonger l'enquête, ce qui pénaliserait directement la personne mise en examen.

Par ailleurs, il est nécessaire d'instaurer le recours juridictionnel contre les décisions du parquet au moment du règlement de l'enquête. En effet, après avoir reçu le dossier d'enquête, le parquet a le choix de renvoyer l'affaire devant le tribunal, de classer l'affaire sans suite ou de renvoyer le dossier pour un complément d'enquête lorsque les éléments de l'enquête sont contradictoires ou incomplets et que les éléments sont contradictoires. L'organe d'enquête dispose donc encore d'un délai de 4 mois pour compléter l'enquête (art. 121 C.P.P.V.N). Pendant le complément d'enquête, il est très probable que le détenu reste en détention provisoire. Nous nous posons la question de savoir s'il est opportun d'imposer une libération automatique du suspect au motif que l'enquête est incomplète et que les éléments sont contradictoires. Cela ne signifie pas systématiquement que les charges contre le suspect disparaissent. Dans certains cas, le renvoi du dossier est en faveur de la personne mise en cause parce que le parquet estime que les éléments à décharge ne sont pas bien étayés. Si nous imposions la libération automatique du suspect, le parquet éviterait le renvoi pour le complément d'enquête et enverrait le dossier devant le tribunal même si l'enquête est bâclée. Le droit d'appel contre les décisions ci-dessus citées doit être ouvert également aux victimes sauf la décision de remise en liberté.

Il faut instaurer un contrôle en amont pour chaque stade de la procédure, pour chaque décision clé de la procédure. Ce contrôle n'est pas autre que le droit de contester des parties aux procès et le mécanisme de purge des vices de procédure. Le droit français sécurise chaque étape de la procédure par des règles très précises. Le principe du double degré de juridiction en droit français est un principe qui permet de bien assurer le fonctionnement de l'instruction. Néanmoins, en raison de la lourdeur procédurale qu'engendre ce principe, le législateur français a simplifié plusieurs règles. Ainsi, l'intervention de la chambre de l'instruction n'est plus systématique à la fin de l'instruction[749]. L'ordonnance de règlement et de mise en accusation doit être motivée par des charges suffisantes pour l'envoi de la personne mise en examen devant le tribunal correctionnel ou devant la Cour d'assises et elles font l'objet des appels. Lorsqu'elles deviennent définitives, elles couvrent, s'il y a en, des vices de procédure (art. 181 C.P.P.F). Cela évitera une annulation du jugement en première instance par la Cour d'appel ou un procès en révision au motif de violation de la loi ou d'insuffisants éléments. Il faut encore modifier cette règle dans le sens plus favorable à l'accusé, c'est-à-dire de le relaxer si les éléments sont insuffisants.

[749] Elle rend des arrêts de mise en accusation qu'en cas d'appel.

Pour qu'un recours juridictionnel soit efficace, il faut respecter certaines règles notamment le principe du contradictoire. Il faut donc une assistance obligatoire de l'avocat qui a le droit de consulter le dossier un certain temps avant l'audience pour préparer la défense. Il doit pouvoir également s'entretenir librement avec son client et pendant autant de temps qu'il le souhaite. Actuellement, l'entretien de l'avocat avec son client est soumis à une autorisation de l'organe d'enquête, il se limite à 30 minutes. Bien que l'article 58 du C.P.P.V.N permette à l'avocat le droit de s'entretenir avec la personne détenue, la Circulaire du Ministère de la police autorise l'organe d'enquête à refuser l'entretien avec l'avocat[750]. Évidemment, l'organe d'enquête doit indiquer les motifs de son refus mais il est très difficile pour l'avocat de contester ce refus.

C'est le parquet populaire qui représente l'accusation à l'audience, elle doit être publique de préférence. Ce débat contradictoire obligerait le parquet à ne pas approuver la mise en examen et la détention provisoire à la légère. L'avantage de cette procédure devant le juge est que l'avocat et la personne placée en détention peuvent apporter des preuves de l'innocence. A l'heure actuelle, les preuves apportées par ces derniers ne peuvent être prises en compte que si l'organe d'enquête l'accepte. Ainsi, la défense de l'avocat consiste simplement à une défense passive, c'est-à-dire de trouver les failles dans le dossier constitué par l'organe d'enquête. Il n'est pas difficile d'imaginer que celui-ci accepte difficilement les preuves qui mettent en cause sa décision. L'audience devrait se dérouler au tribunal pour donner une certaine solennité. Nous devrions prévoir également des règles concernant le déroulement de l'audience. L'avocat et la personne détenue doivent avoir la parole en dernier. La comparution du détenu à l'audience doit être un droit, sauf des cas exceptionnels.

§ 2. La réparation de préjudice aux personnes innocentés

Le droit français et le droit vietnamien reconnait le droit d'indemnisation aux personnes placées en détention provisoire et reconnues innocentes. Une personne peut être reconnue innocentes par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement. Autrement cette décision peut être prononcée au stade de l'enquête ou de jugement. A l'heure actuelle dans les deux systèmes, l'indemnisation n'est soumise aucune condition particulière[751].

[750] La Circulaire n° 70 du 10 octobre 2011 du Ministre de la police.

[751] En droit français, sous le régime de l'indemnisation de la détention provisoire, issu de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 l'indemnisation de la détention provisoire d'une personne innocentée n'était pas automatique, elle

Néanmoins, en droit français la procédure d'indemnisation reste une procédure judicaire. En droit vietnamien, c'est une simple procédure administrative. En apparence, l'indemnisation est très simple mais elle cache en réalité système très complexe (I). Bien que la réparation de la détention provisoire ne soit pas soumise à la faute des enquêteurs, des procureurs et des juges, l'Etat peut exercer une action récursoire contre ceux-ci (II).

I. La simplification apparente de la réparation de la détention provisoire d'une personne innocente

La détention provisoire est justifiée aux yeux du législateur vietnamien si la personne est définitivement condamnée. Seule la reconnaissance de son innocence lui ouvre le droit d'indemnisation. Pour eux, le mal de la détention provisoire est qu'elle s'applique aux personnes innocentes ou reconnue comme tel. La loi relative 35/2009/QH12 à la responsabilité d'indemnisation de l'État a instauré le principe de réparation automatique de la détention provisoire injustifiée. Cette réparation consiste d'une part à indemniser la personne détenue injustement et d'autre part à la réparation de sa réputation. Ainsi le terme de réparation a un sens plus large que celle d'indemnisation. La victime de la détention provisoire ou de la justice doit répondre aux conditions en apparence très simplifiées mais très difficiles à appliquer. La réparation de la détention provisoire n'est pas soumise à une faute commise par les autorités compétentes (A) ouvrant au droit de réparation des préjudices (B).

A. Les conditions de la réparation

Le droit à la réparation suite à une détention injustifiée est un droit constitutionnel. En effet, l'article 72 de la Constitution de 1992 dispose que « les personnes arrêtées, détenues, poursuivies et jugées contrairement à la loi ont droit à une indemnisation pécuniaire et une réparation de sa réputation ». Cette disposition de la Constitution est très large, elle couvre tous les cas où il y a une violation de la loi. Comme toutes des dispositions de la Constitution, ce droit a un effet plutôt déclaratif que réel. Au Vietnam, il n'existe pas encore le contrôle de la Constitutionalité.

était soumise aux conditions que le détenu ait subi un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité. Une commission d'indemnisation, composée de magistrats de la Cour de cassation, avait la faculté, dont elle ne devait aucun compte, d'accorder une indemnité ou non. La loi du 15 juin 2000 a modifié en profondeur le régime d'indemnisation de la détention provisoire.

Le premier Code civil de 1995 a reconnu la responsabilité de l'État envers les citoyens lorsque la justice est défectueuse (art. 623 et 624). Le nouveau Code civil de 2005 a repris les mêmes principes du précédent Code. L'article 619 de ce Code dispose de la responsabilité de l'État de manière générale. L'article 620 du Code civil régit la responsabilité de l'État dans l'activité judicaire, dispose que « les autorités qui participe à la procédure judicaire doivent indemniser les victimes de leurs actes contraires à la loi effectués pendant la procédure ». Dans le système vietnamien, la notion de la procédure judicaire est très large, elle se compose de l'activité de l'enquête policière, du contentieux administratif, du contentieux en matière civil et pénal ».

Cette disposition s'applique à l'ensemble des procès civil et pénal. Cependant, il est très difficile de l'appliquer car elle ne cible pas les personnes qui peuvent demander une telle indemnisation et la nature des actes de procédure qui peuvent être considérées comme fautives. Seulement des personnes dont les tribunaux prononcent l'innocence peuvent demander l'indemnisation. Par contre, de nombreuses personnes qui sont placées en détention mais l'organe d'enquête ou le Ministère public décide de suspendre l'enquête au stade de l'enquête sans envoyer du dossier devant le tribunal, ne peuvent pas réclamer l'indemnisation. Étant donné qu'il n'y a pas de jugement définitif, les autorités responsables refusent d'indemniser les personnes détenues lorsque la procédure s'arrête au stade de l'enquête. Le Gouvernement a promulgué le Décret n° 47/CP du 3 mars 1997 afin de mieux détailler les conditions et le mécanisme d'indemnisation pour des dommages causés par les agents de l'État mais ce décret reste une lettre morte.

C'est dans ce contexte qu'intervient la Résolution n°388/2003/NQ-UBTVQH11 de l'Assemblée Nationale. Dans le projet de la Résolution du comité permanent de l'Assemblée nationale, il était prévu d'indemniser également les personnes victimes des actes contraires à la loi commis par les autorités compétentes. Lors de la discussion sur le projet, les auteurs de cette Résolution se sont rendu compte qu'il était très complexe de déterminer les actes illégaux, car les textes de lois sont souvent contradictoires ou absents dans certains domaines. Finalement, cette Résolution limite à deux les catégories de personnes placées en détention provisoire qui bénéficient des indemnisations : les détenus déclarés innocentes par un jugement définitif et les personnes dont la détention provisoire a été annulée au stade de l'enquête parce qu'elles n'ont pas commis une infraction (art. 10 de la Résolution 388/2003/NQ -UBTVQH).

Malgré l'existence de nombreux textes de nature différente, l'indemnisation de la détention injustifiée et d'autres victimes de la justice rencontre de réels obstacles. Les statistiques montrent que les textes n'ont pas réellement d'effet en réalité. Pendant 10 ans, depuis 1997 à 2007, il y a seulement 170 personnes qui ont été indemnisées. En matière pénale, il faut attendre la Résolution de 388 pour que les demandes soient recevables alors que le Code civil permettait déjà une telle indemnisation. Le problème de l'application de la loi au Vietnam, les textes restent la lettre morte s'ils ne sont pas assez détaillés, s'il n'y pas de recommandation politique du Parti communiste. Il n'y a pas de déni de justice dans le système vietnamien. Ainsi, les députés, avec le guide de la Direction politique du Parti, ont estimé que la raison principale de l'ineffectivité des textes est due à leur éparpillement et qu'une loi détaillée de la réparation des victimes de la justice va résoudre le problème[752] . Ainsi en 2009, l'Assemblée nationale promulgué une loi 35/2009/QH12 relative à l'indemnisation par l'État. Cette loi a repris les mêmes conditions de fond prévue par la résolution n°388/2003/NQ-UBTVQH11 (art. 26 al. 2). L'article 26 alinéa 2 dispose que : « L'État doit réparer les préjudices causés aux personnes placées en détention provisoire, aux personnes emprisonnées, aux personnes commandées à mort lorsqu'une des autorités compétentes de la procédure pénale déclare que elles n'ont pas commis une infraction ».

La condition de fond de la réparation est la reconnaissance de l'innocence de la personne qui a été placée en détention provisoire. Par contre, si la personne a commis une infraction, est-elle déclarée irresponsable pénalement et cela ne rentre pas dans les champs d'application de cette loi. Les personnes pénalement irresponsables sont quand même coupables sous les yeux du législateur vietnamien. Ces personnes bénéficient tout simplement de l'excuse d'irresponsabilité pénale car la sanction pénale n'a pas d'effets bénéfiques pour elles. En effet, le droit vietnamien a une conception bien spécifique de la notion culpabilité.

Bien que le droit français n'ait pas le même concept de culpabilité qu'en droit vietnamien, le législateur français exclut également la réparation de la détention provisoire, soit en cas de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement. Ce qui ont pour seul fondement la reconnaissance de l'irresponsabilité du demandeur au sens de l'article 122-1 du code pénal, soit en cas d'amnistie postérieure à la mise en détention provisoire ou encore la prescription de l'action publique, si celle-ci est intervenue après la libération de la personne ; soit lorsque la personne a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être librement et volontairement

[752752] http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT

accusée ou laissé accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites ; soit lorsque la personne était dans le même temps détenue pour autre cause.

En droit vietnamien, la personne mise en examen peut être reconnue innocente au stade de l'enquête et au stade du jugement. Au stade de l'enquête, l'organe d'enquête (art. 105, 107 C.P.P.V.N) ou le Ministère public (art. 112 al. 6 et 164 al.4, 166 C.P.P.V.N) peut déclarer la personne innocente suite à la décision de mettre fin à l'enquête si elle est la seule personne mise en examen. Dans le cas où il y a plusieurs personnes mises en examen, les autorités ne mettent fin à l'enquête qu'à l'égard de la personne reconnue innocente. L'enquête peut être arrêtée lorsque la personne mise en examen n'a pas commis d'infraction (art. 107 al. 2 C.P.P.V.N ou lorsque la prescription, la minorité de l'infracteur, un retrait de la plainte de la victime surviennent (art.105 C.P.P.V.N). Seul le motif de non commission de l'infraction par la personne mise en examen permet à celle-ci de demander des indemnités si elle a été placée en détention provisoire. Le Ministère public, étant le surveillant de la procédure pénal, peut infirmer la décision de mettre fin l'enquête prise par l'organe d'enquête (art. 164 al. 4 C.P.P.V.N).

Si la reconnaissance de l'innocence de la personne mise en examen paraît simple au stade de l'enquête, elle est beaucoup plus complexe au stade de jugement. L'article 26 de la loi du 35/2009/QH12 dispose tout simplement que l'innocence de l'accusé peut être reconnue par un jugement ou une décision du tribunal sans préciser quelle est la nature de ce jugement, à quel degré, en appel, en réexamen ou en révision[753]. Cette imprécision est dommageable en raison de la spécificité du système pénal vietnamien. En effet, une affaire pénale peut être en instance de jugement pendant 25 ans (pour une infraction particulièrement grave, art. 295 C.P.P.V.N et art. 23 du Code pénal vietnamien)[754]. Il n'existe pas de notion de l'autorité de la chose jugée en droit vietnamien. Par ailleurs, le Code de procédure pénale n'utile pas le terme de jugement définitif mais le jugement rentre en vigueur.

Nous estimons que la personne placée en détention provisoire doit pouvoir demander la réparation de préjudice dès qu'elle est « relaxée » en appel. Les juges en appel ont quatre possibilités : soit ils déclarent l'appel irrecevable confirmant le jugement en première instance, soit ils modifient son contenu[755], soit ils annulent le jugement et déclare l'affaire

[753] Il existe 4 degré de jugement en droit vietnamien.
[754] Les délais de révision correspondent aux délais de prescription des infractions pénale.

[755] La Cour d'appel peut condamner une peine plus sévère en cas d'appel du parquet et de la victime.

classée sans suite, soit ils annulent le jugement au motif qu'il y a des violations graves de la procédure lors de l'enquête ou du jugement en première instance (art. 248 C.P.P.V.N). Dans ce dernier cas, les juges envoient l'affaire pour être enquêtée de nouveau ou pour être rejugée de nouveau. L'innocence ou la culpabilité de l'accusé n'est donc pas prononcée, elles restent à être rejugées. L'affaire redémarre selon le droit commun. En droit vietnamien, lorsque l'innocence de la personne mise en examen n'est pas clairement déterminée, l'enquête peut continuer. Le doute ne bénéficie pas à l'accusée. Nous ne pouvons pas dire que le principe de la présomption d'innocence existe réellement en droit vietnamien. Lorsque la Cour d'Appel renvoie l'affaire afin de compléter l'enquête, la personne reste toujours en détention provisoire. Étant donné que le nombre de renvoi de Cour d'Appel n'est pas limité par la loi, une affaire complexe dans laquelle des intérêts importants peuvent durer des années.

La lecture des conditions d'indemnisation de la détention provisoire injustifiée énoncées par la loi n°35/2009/QH12 laisse penser qu'elles sont simples. La loi a dégagé le principe selon lequel toute personne innocente doit être indemnisée en raison des mesures répressives qui lui ont été appliquées : la mise en examen, les mesures attentatoires à la liberté, la poursuite, la commanditons. Par ailleurs, cette indemnisation des personnes innocentes est automatique, elle n'est pas soumise à la faute de service des agents de l'État. Cependant, la portée de cette loi est très limitée car elle permet un blocage de la procédure. En effet, l'article 26 exige que la personne innocentée fournisse un document de « l'autorité responsable » justifiant qu'elle rentre dans les catégories des personnes indemnisables. L'obtention de ce document est très difficile parce que nous ne savons pas exactement quelles sont les autorités responsables. Est-ce l'autorité qui a innocenté l'intéressé[756], l'autorité qui est responsable de l'indemniser, c'est-à-dire le parquet ? Si c'est la dernière, elle est possible qu'elle fasse tout pour ne pas délivrer ou délivrer tardivement ce document. En effet, la loi lui permet ainsi, la délivrance de ce papier n'est soumise à aucun délai. Cette disposition est absurde, elle a pour but de prolonger la procédure de réparation de préjudice. Il n'est donc pas nécessaire de demander un tel document, dès que la décision de non-lieu, de relaxe est définitive, la personne précédemment placée en détention provisoire déposer immédiatement sa demande de réparation de préjudice.

[756] L'organe d'enquête, le parquet ou le tribunal.

B. La réparation des préjudices

La personne indemnisable doit déposer sa demande auprès du parquet populaire. En droit français c'est le premier président de la Cour d'Appel dans le ressort de laquelle a été prononcé le jugement ou l'arrêt d'où résulte l'innocence du détenu, qui statue, à l'issue d'une procédure publique et contradictoire, par décision motivée susceptible de recours devant la commission nationale de réparation des détentions placée auprès de la Cour de cassation.

Dans un délai de 2 ans à compter de la décision de non-lieu ou du jugement déclarant l'innocence de l'accusé, elle doit déposer sa demande d'indemnisation auprès du Ministère public. Dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de la réception de la demande, le parquet doit décider si elle est recevable. Dans un délai de 20 jours ou 40 jours pour les affaires complexes, le parquet doit estimer les dommages à indemniser. Dans un délai de 30 jours ou 45 jours pour les affaires complexes après la fin de l'examen des dommages, le parquet doit organiser une réunion avec l'intéressé pour négocier le montant de l'indemnisation. L'avocat du demandeur ne peut participer à cette négociation. Seul le demandeur ou son représentant légal peut y être présent (art. 19 de la loi). La négociation doit faire l'objet d'un procès verbal. Dans un délai de 10 jours à partir de la date de la négociation, l'autorité compétente doit prendre une décision relative à l'indemnisation. Si le demandeur n'est pas d'accord avec cette décision, il a 15 jours pour porter l'affaire devant un tribunal civil compétent. Passé ce délai, la décision d'indemnisation est devenue définitive (art. 22 de la loi°35/2009/QH12).

Le principe de réparation des préjudices nous paraît assez simple. D'une part, elle n'est pas conditionnée par la faute des agents de l'État, ce qui évite une procédure très longue et coûteuse. D'autre part, cette indemnisation est décentralisée, c'est-à-dire que l'organisme payeur est celui qui a pris la décision qui cause les dommages à la personne. Ainsi, le Ministère public doit indemniser les personnes placées en détention provisoire (art. 31 loi °35/2009/QH12), ceci parce que le Ministère public approuve la détention provisoire. Néanmoins, il doit payer des indemnités pour la détention injustifiée même si c'est le tribunal qui a décidé une telle mesure (art 31 al. 3 loi n°35/2009/QH12). En effet, pendant la période de la préparation de l'audience, le tribunal peut placer en détention provisoire la mise en examen restant en liberté. Le Ministère public accepte mal cette disposition au motif qu'il n'est pas à l'origine de la décision dans ce cas. Quoiqu'il en soit le ministère public ne peut refuser d'indemniser pour ce motif parce que la loi l'impose.

Dans la demande de réparation, le demandeur doit bien indiquer les noms, prénoms, les motifs de la demande, les dommages estimés par la victime. Il faut joindre à sa demande, le jugement ou la décision de non-lieu et la décision d'une autorité compétence qui certifie que le demandeur fait partie des personnes indemnisables (art. 26 et 31 n°35/2009/QH12). Cette loi reconnaît les dommages réels subis par la victime. Quant à la perte de revenus, si la personne n'a pas de revenus réguliers, l'indemnisation mensuelle se base sur la moyenne des revenus des trois mois précédant à sa détention provisoire. Si le demandeur ne peut justifier ses revenus, les indemnités se calculent selon le moyen des revenus des travailleurs dans le même secteur ou le smic dans le secteur administratif[757] (art.46 n°35/2009/QH12). En général, les gens sont très peu indemnisés car beaucoup travaillent dans les secteurs informels, les petits commerçants, il n'y pas de registre ni de comptabilité, il est impossible de justifier leurs revenus.

La loi reconnaît également le dommage moral. Pour simplifier le calcul, la loi dispose que chaque jour de détention est indemnisé par une somme qui correspond à 3 jours de salaires minimum (art. 47 n°35/2009/QH12)[758]. Par contre, pour les personnes ont subi une rétention administrative ou dans des centres de rééducation, l'indemnisation de chaque jour en rétention correspond à 2 jours de salaires minimums. Si la personne détenue est décédée pendant sa détention ou après sa libération, sa famille recevra un montant d'indemnisation qui correspond à 360 mois de salaires minimum. Il est étonnant de constaté que malgré une précision dans la législation des indemnités, la loi a disposé que le principe de la réparation des dommages est la négociation entre les autorités compétentes et la victime. Il paraît que le taux d'indemnisation cité ci-dessus est le taux maximum, les autorités responsables de l'indemnisation peuvent négocier à la baisse l'indemnisation.

Les auteurs de cette loi sont allés très loin en permettant l'indemnisation des personnes reconnues innocentes même si elle n'a pas été placée en détention provisoire[759]. La période de l'indemnisation se calcule à partir du moment de la prise de décision jusqu'au moment son innocence est reconnue par une autorité compétente. Chaque jour de la procédure est

[757] Environ 50 euros par mois.
[758] Environ 5 euros.

[759] Plusieurs spécialistes trouvent que cette loi est irréaliste. Le fonctionnement de la justice n'est pas forcément défectueux s'il n'y a pas une faute commise par un Agent de l'État. Par ailleurs, la procédure pénale a pour but de rechercher à vérité, l'erreur fait partie sa nature, elle n'est punissable que si elle est fautive. Les conséquences des dispositions de cette loi sont très graves si elle est réellement appliquée. Elle paralyse tout un système judicaire.

indemnisé d'une journée de salaire minimum. Par ailleurs, l'organe d'enquête doit indemniser la personne placée en garde à vue si le Ministère public annule la garde à vue (art 30 loi n°35/2009/QH12). De même, une personne mise en examen peut demander des indemnisations auprès des enquêteurs lorsque sa mise en examen n'est pas approuvée par le Ministère public. Ce dernier doit indemniser l'accusé lorsqu'il est acquitté par le tribunal. De même le tribunal de la première instance doit indemniser le condamné s'il est relaxé en appel. L'indemnisation de l'erreur de la mise en examen, la poursuite, ou de condamnation est cumulable avec l'indemnisation de la détention provisoire injustifiée.

En dehors des indemnisations pécuniaires, cette loi permet à toute personne innocentée de demander aux autorités de réparer sa réputation. Cette réparation consiste en ce que les autorités doivent s'excuser et rectifier l'information publiquement (art.51, loi n°35/2009/QH12). Dans un délai de 30 jours à compter de la date de la décision d'indemnisation, la personne concernée doit demander aux mêmes autorités des mesures de réparation pour sa réputation. Les autorités doivent effectuer des mesures de réparation dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la demande. Le représentant de l'autorité qui a commis des actes portant préjudice aux personnes innocentes doit s'excuser publiquement en déplaçant leur domicile ou sur leur lieu de travail en présence des autorités administratives ou de leur employeur. Si la personne le demande, les autorités doivent publier l'excuse dans au moins un journal central et un journal local pendant trois numéros consécutifs. Dans le cas où la victime décède, sa famille peut demander la réparation de sa réputation liée. Cette disposition relève de la société traditionnelle dans laquelle l'honneur est la première valeur de chaque individu.

Bien que le mécanisme de l'indemnisation de la détention soit injustifié et paraisse simple, il est très difficile de l'appliquer. Après 3 ans d'application de la loi, il y a seulement 168 demandes déclarées recevables, parmi lesquelles 54 affaires en matière administrative, 90 affaire en matière pénale, 24 affaires en matière civile. Parmi les demandes recevables, 126 affaires ont été réglées. Les autorités compétentes ont indemnisé environ 16 milliards de VND[760] . Dans beaucoup de cas, les autorités compétentes ne répondent pas à la demande de réparation des personnes innocentées. Parmi elles, plusieurs personnes ne réclament pas la réparation pour éviter une procédure longue et épuisante ; elles ont compris le rouage de la justice !

[760]Environ 800.000 euros.

II . L'action récursoire l'Etat contre les agents

En droit vietnamien, il existe plusieurs textes concernant l'action récursoire de l'Etat contre ses agents. Le contenu de ces textes est confus et parfois contradictoire. Dans certains textes, la loi exige une une faute de l'agent (art. 620 Code civil), ce qui n'est pas le cas dans la loi n° 22/2008/QH12 du 13 janvier 2008 relative au statut des fonctionnaires. Par ailleurs, si le Code civil exige une indemnité intégrale de la somme que l'Etat a versée à la victime, la loi 22/2008/QH12 parle d'une indemnité partielle. La loi n° 35/2009/QH12 relative à l'indemnisation de l'Etat clarifie ces questions. En raison de la spécificité de la procédure pénale, l'Etat ne peut qu'exercer l'action récursoire si l'agent a commis une faute et il ne paie qu'une partie de la somme que l'Etat a versé à la victime (A)[761]. L'action récursoire est une procédure interne de chaque organisme, elle est purement administratives (B).

A. La condition de la faute intentionnelle

L'État peut exercer une action récursoire contre les agents administratifs ou les agents exécutant le contentieux civil (tribunaux civils) alors qu'ils n'ont pas commis une faute intentionnelle. Une faute simple suffit, qui est souvent présumé lorsqu'il y a la violation de la loi (art. 56 de la loi n°35/2009/QH12 et art.16 du décret n°16/2010/NĐ-CP du 03 mars 2010). En matière pénale, les auteurs de cette loi veulent rassurer les enquêteurs, les procureurs et les juges dans l'exercice de leur fonction. En effet, ils craignent un certain immobilisme des ces personnes si la loi leur impose trop de responsabilité[762]. La priorité de la procédure pénale vietnamienne reste la recherche et la punition des coupables.

A l'heure actuelle, aucun spécialiste n'a analysé la notion de faute retenue dans cette loi. Nous nous posons la question de savoir comment apprécier la faute des personnes qui participe à la procédure pénale. En effet, en droit vietnamien, la notion de faute n'est pas la même en matières pénale, civile et administrative. Bien que le législateur n'indique pas expressément ses intentions, nous estimons que la notion de la faute doit être interprétée en matière administrative. En effet, en matière pénale, nous ne parlons de la faute qu'en présence de l'infraction alors que la faute commise par les enquêteurs, procureurs ou les juges ne constituent pas forcément une infraction. En matière civile, la notion de faute en matière civile est trop large, elle ne régit que la relation entre les particuliers. En droit administratif, la faute est définie comme l'attitude de l'agent qui est conscient de ses obligations de service

[761] Pour les administrations, la faute de l'agent n'est pas requis, le non respect de la loi suffit.
[762] legal.moit.gov.vn/default.asp

mais qui ne les respectent pas ou les respecte mal. Ainsi, la loi exclut la responsabilité de l'agent en cas de force majeur, d'état de nécessité, de légitime défense.

En matière de responsabilité de l'État, le droit français distingue également la faute simple et la faute lourde. Dans certains cas, la faute lourde est toujours requise ; il s'agit des cas dans lesquels les difficiles conditions de travail rendent nécessaire cette exigence afin que tous les actes ne fassent pas l'objet d'une mise en cause de la responsabilité de l'administration. C'est le cas des services de police : auparavant considérés irresponsables, ces services ont connu une importante évolution. La faute lourde est toujours requise dans les opérations particulièrement difficiles (opérations sur le terrain), et non pas les mesures basiques (activités juridiques de police telles que la règlementation) effectuées par les agents. Cependant, le juge prend en compte les circonstances et peut décider de la nécessité d'une faute lourde, même pour une opération juridique (et inversement, décider qu'une faute simple suffit pour des actes difficiles.

Par ailleurs, la Responsabilité de l'État pour le fonctionnement défectueux du service public de la justice n'est ouverte qu'en cas de faute lourde ou déni de justice[763]. Pendant longtemps, la notion de la faute lourde a été interprétée de manière très restrictive par la jurisprudence, ouvrant très peu de cas de réparation Depuis quelques temps, la Cour de cassation a donné une interprétation plus assouplie de cette notion. Rentre alors dans la définition de la faute lourde «celle qui a été commise sou l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entrainé »[764] ou celles qui « implique des méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentielles du juge dans l'exercice de ses fonctions »[765]. Ces définitions fondées sur les critères subjectifs, supposant une appréciation d'ordre psychologique, nuit au droit à la réparation des victimes du dysfonctionnement de la justice. Ainsi, dans une formation solennelle, la Cour de cassation a donné une définition plus objective de la faute lourde comme « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public au regard de la justice de la mission dont il est investi »[766].

Le droit vietnamien ne fait pas la différence entre la faute de service et la faute personnelle. En droit français, on distingue la faute personnelle et la faute de service. La faute

[763] Art. L. 141-1 al 2 COJ
[764] Cass.civ. 1er 20 fév. 1996 , Bull civ. I. n° 94.
[765] Cass.civ. 1er 10 mai 1995, Bull civ. I. n° 202.
[766]Cass. Ass.Plein 23 fév 2001 Bull. n° 5.

de service est commise par les agents de l'administration dans le cadre de leur exercice. Ils ne sont donc pas personnellement responsables des fautes qu'ils ont commises dans l'exercice de leur activité. La faute est alors imputable au service et non à l'agent (à l'inverse de la faute personnelle), selon la distinction établie par l'arrêt *Pelletier*[767]. Les agents sont donc protégés, bien qu'ils puissent être sujets à des sanctions administratives. Dans le cas d'une responsabilité pour faute de service, seule la responsabilité de l'administration peut être engagée. La responsabilité de l'administration est ainsi seule mise en cause, même si l'agent qui se trouve à l'origine du dommage a bien été identifié, ce qui a été dit dans l'arrêt *Pelletier*. Si la victime a exercé son action contre l'agent lui-même, l'administration doit élever le litige devant le tribunal des conflits, qui décidera de l'incompétence de la juridiction judiciaire et renverra le litige devant les tribunaux administratifs, qui statueront.

Nous avons remarqué qu'en droit vietnamien les magistrats ne sont pas mieux protégés que les autres agents de l'État. Ils assument les mêmes responsabilités que les enquêteurs et les procureurs. Il est vrai que dans le système du droit continental, le statut du magistrat est souvent assimilé à celui d'un fonctionnaire car son rôle consiste simplement à interpréter la loi. Dans le système de Common Law, en raison du prestige du statut du magistrat, il n'est pas concevable de penser qu'il puisse commettre une faute. En droit vietnamien, il est très dommageable qu'il ait manqué d'analyses approfondies et de réflexions sur la question de la responsabilité des procureurs et des juges avant la promulgation de cette loi notamment au moment où le Gouvernement souhaite renforcer l'Indépendance de l'autorité judicaire. Les auteurs de cette loi, voient cette sanction seulement sous l'angle pécuniaire sans penser aux conséquences d'une telle législation. Nous avons démontré que les magistrats ont un pouvoir très faible en matière pénale, ils ne peuvent juger que les dossiers préparés et orienté par la police. Une telle responsabilité personnelle est très lourde à supporter par les juges. Néanmoins, comme beaucoup de textes qui ont un effet plus déclaratif qu'autre chose, les dispositions relatives à l'action récursoire ne sont pas effectives. Depuis la promulgation de la loi en 2009, aucun cas enquêteur, aucun procureur et aucun juge n'a été fait l'objet de condamnation.

En droit français, l'État peut se retourner contre les magistrats en cas de faute personnelle (Ordonnance du 22 décembre 1958 portant sur le statut de la magistrature, art. 11-1). Par faute personnelle, il faut entendre faute intentionnelle ou faute d'une particulière

[767] Tribunal des Conflits du 30 juillet 1987, Rec. Lebon, p. 117.

gravité. L'action récursoire est limitée dans ses effets en considération de divers éléments d'appréciation. Cette loi exclut la réparation de la totalité de la somme que l'État a versé à la victime. La somme est réduite à proportionnalité de la faute commise, de la capacité financière de l'agent condamné. Dans certains pays (Estonie, Italie) où l'action récursoire existe, la loi prévoit des effets très limités et en réalité cette action n'est très rarement voire jamais engagée.

En bref, la faute intentionnelle qu'énonce l'article 56 de la loi n°35/2009/QH12 est à la fois une faute de service et personnelle. Faute de service parce que le justiciable ne peut demander directement la réparation de dommage aux personnes participants à la procédure pénale. L'État assume cette responsabilité. Faute personnelle par ce que ces personnes peuvent être condamnées à rembourser l'État.

B. La procédure interne de l'action récursoire

Selon l'article 58 de la loi n°35/2009/QH12, dans un délai de 20 jours après le paiement des indemnités aux justiciables, l'autorité responsable d'indemnisation doit instaurer un Comité exerçant l'action récursoire de l'Etat contre son agent. Cette loi a prescrit tout simplement que c'est une procédure interne au sein d'un organisme (administration, l'organe d'enquête, parquet, tribunal…). Ce n'est donc pas une procédure judiciaire. Cette loi ne prescrit pas de règles concernant la composition du Comité laissant le Gouvernement et les ministères d'organiser eux-mêmes une telle procédure. En principe, aucune sanction n'est possible s'il n'y pas de texte de loi prévoyant la création et la composition du Comité.

Depuis la promulgation de la loi n°35/2009/QH12, il n'existe pas encore de Comité d'examen en matière pénale. La loi laisse à la Cour suprême et au Parquet populaire suprême la compétence de prévoir la composition du Comité d'examen de remboursement. Ces deux instances supérieures ont promulgué la circulaire n° 1/2012/TTLT-TANDTC du 18 septembre 2012 prévoyant la composition du Comité exerçant l'action récursoire contre un agent de l'Etat. En principe, le Comité se compose du chef du service qui est aussi son président, d'un représentant syndical, d'un représentant du personnel, d'un comptable, d'un expert en économie, technique ou juridique si nécessaire. Mais en matière judiciaire, c'est le chef du service qui prend la décision qui est donc fautive. De même, en matière de la détention provisoire, seul le chef du ministère public peut signer l'approbation du placement en détention provisoire ou sa prolongation, il est donc le seul responsable. Dans ce cas, il ne doit

pas faire partie du Comité. Dans ce cas, c'est l'adjoint chef qui le remplace. Il est difficile d'imaginer que le Comité puisse être composé de manière objective car ses membres sont des subordonnés de la personne qui fait l'objet de la condamnation. Il est donc inimaginable que le chef de service soit condamné à payer une somme d'argent par ses subordonner. C'est la raison pour laquelle la loi n° 35/2009/QH12 n'a pas attribué la compétence de décision au Comité. Celui-ci ne peut que faire une proposition, c'est l'administration supérieure qui prend la décision finale.

Néanmoins, la Circulaire 1/2012/TTLT-TANDTC du 18 septembre 2012 relative à la composition du Comité ne s'applique qu'aux contentieux administratifs et civils. En matière pénale, il n'y toujours pas de texte. En attendant la promulgation de texte, nous pouvons décrire la compétence du Comité. Le Comité va examiner le faute de l'agent, les dommages causés et sa situation financière. En cas de faute intentionnelle mais ne constituant pas une infraction pénale, l'indemnisation ne doit pas dépasser 36 mois de salaire de l'agent (art. 16 décret n°16/2010/NĐ-CP du 03 mars 2010). Par contre si cette faute constitue une infraction pénale, l'agent de rembourser la totalité de la somme que l'Etat a versée à la victime. Dans ce cas, le Comité doit remettre l'affaire devant un tribunal car le Comité n'a pas de compétence pour prononcer sur la nature pénale ou non de l'acte. Seul le tribunal peut déclarer une personne coupable d'une infraction pénale.

La personne sanctionnée peut contester cette décision par un recours gracieux et/ou un recours judicaire devant le tribunal administratif. Depuis la loi de 2009, il y a aucun cas qui doit payer des dédommagent à l'Etat.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

L'autorité compétente en matière de détention provisoire: L'un des critères pour garantir l'objectivité de la détention provisoire est le statut de la personne qui décide cette mesure. L'autorité qui prend les décisions relatives à la détention provisoire doit être indépendante du pouvoir politique et son impartialité doit être également assurée afin que sa décision ne soit pas entachée de préjugés. Le niveau de garanties que les législateurs français et vietnamien accordent à la détention provisoire lors de son placement n'est pas le même. En droit français, seule l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté, peut décider de la privation de la liberté de la personne mise en examen avant jugement. Cette mission a été pendant longtemps confiée au juge d'instruction. Le débat en droit français est axé davantage sur la question de la séparation des fonctions du juge d'instruction (enquêteur et juge). Après plusieurs réformes, le législateur a décidé de transférer cette compétence à un juge qui n'instruit pas le dossier.

Le Vietnam, comme tous les pays communistes, ne reconnait pas la séparation des pouvoirs, l'autorité judicaire n'existe pas réellement, nous parlons plutôt d'activités judicaires et d'organes qui participent aux activités judicaires : l'organe d'enquête, le parquet populaire, le tribunal. Ainsi, l'organe d'enquête, rattaché à la police, est placé au même rang que le parquet et le tribunal. La détention provisoire est décidée par l'organe d'enquête et approuvée par le parquet populaire qui exerce la compétence de contrôle en matière pénale. Pour les juristes vietnamiens, le mécanisme de l'approbation est une bonne méthode de contrôle. Cependant, nous avons démontré que le contrôle du parquet populaire est très limité en raison de la puissance écrasante de la police dans la société vietnamienne.

Les droits de la personne mise en examen et le principe du contradictoire : Les réformes récentes en droit français, sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH, ont accru l'attribution de droits à la personne mise en examen. En effet, l'application des principes du procès équitable et de l'égalité énoncés garantis par la Conv. EDH ont réellement fait évoluer la procédure pénale française. Nous avons abordé de nombreux droits qui sont liés aux droits de la défense : le droit d'accès au dossier, le droit à l'information, le droit à l'assistance d'un interprète. Le principe du contradictoire doit également renforcer les droits de la défense. Il est néanmoins regrettable que le débat contradictoire avant le placement en détention ne permette pas encore de discuter le fond du dossier. Ce débat reste

artificiel étant donné que le juge des libertés et de la détention ne connait pas bien le dossier, il peut se laisser influencer par l'avis du juge d'instruction.

Le Code de procédure pénale énonce que la personne mise en examen a le droit d'être assistée par un avocat dès le début de l'enquête mais en réalité ce droit est ineffectif. En effet, l'assistance de l'avocat est soumise à une autorisation de l'organe d'enquête qui peut empêcher l'exercice de ce droit. Il est temps de supprimer une telle procédure absurde. Cette situation est aggravée par le fait que la détention provisoire n'est pas soumise à un débat contradictoire.

Le recours contre les décisions relatives à la détention provisoire: Une fois placée en détention provisoire, l'intéressé doit disposer de moyens juridiques pour contester cette décision. Il existe en droit français une multiplicité de contrôle : l'appel, le pourvoi en cassation et la requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme si la personne détenue estime que juridictions nationales n'ont pas respecté la Conv. E.D.H. En dehors, de ces contrôles strictement juridictionnels, la chambre de l'instruction intervient en matière de détention provisoire en tant que juridiction supérieure de l'instruction. Néanmoins, malgré la multiplicité de contrôles en droit français, ces recours ne sont pas toujours efficaces. Le droit vietnamien quant à lui a des lacunes fragrantes en ce qui concerne les garanties *a priori* de la détention provisoire. Seul le recours gracieux est possible contre les décisions relatives à la détention provisoire. Pour compenser ces lacunes, le législateur vietnamien a « misé » sur un régime de réparation des préjudices subis par les personnes innocentées et sur la responsabilité personnelle des chefs du parquet populaire.

CONCLUSION GENERALE

Limitation de l'usage de la détention provisoire

Quel que soit le système pénal, libéral ou autoritaire, quel que soit le régime de la détention provisoire, sophistiqué ou simpliste, le risque de la détention provisoire des personnes innocentes est bien réel. Les scandales de l'affaire d'Outreau et d'autres ont révélé les failles d'un système aussi sophistiqué et sécurisant que le système français. Il y aura toujours des personnes innocentes injustement privées de liberté tant que la détention provisoire existera. Cependant, il n'est pas question de supprimer cette institution qui a fait preuve de son utilité par son existence à travers les siècles. Il est par contre indispensable de limiter son usage par des mesures alternatives notamment avec les moyens techniques modernes dont nous disposons afin de garantir la présence du suspect à disposition de la justice.

La durée excessive de la détention provisoire

La durée de la détention provisoire est étroitement liée à la durée de l'instruction ou de l'enquête. Les raisons de ces durées sont différentes en droit français et en droit vietnamien. En droit français, l'instruction est longue en raison de la complexité des affaires traitées, du manque de moyens, de la surcharge de travail du juge d'instruction, de la multiplicité des garanties procédurales, etc....

En droit vietnamien, les délais de la détention provisoire sont relativement courts. Cependant, elle peut être très longue voire indéterminable dans certains cas. En effet, il existe quatre degrés d'instance: la première instance, l'appel, le réexamen et la révision. Chaque instance de jugement a la possibilité de renvoyer l'affaire à l'organe d'enquête pour un complément d'enquête ou pour enquêter à nouveau au motif qu'il y avait eu une violation grave de la procédure durant l'enquête. Qui dit enquête dit détention provisoire. Les personnes innocentées par les instances inférieures peuvent être arrêtées et détenues de nouveau pour les nécessités de la nouvelle enquête. Ceci peut se produire des années après la première instance car la prescription de la révision correspond à la prescription de l'infraction. Les justiciables sont pénalisés lorsque les autorités compétentes ont commis des erreurs. Le législateur n'admet pas qu'un coupable potentiel puisse rester en liberté.

La détention provisoire et la vraisemblance de culpabilité

Seule la personne mise en examen peut se voit appliquer la détention provisoire, c'est-à-dire la personne contre laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a commis une infraction. Traditionnellement, le droit français sépare la nécessité de la détention provisoire et la vraisemblance de culpabilité, ne permettant pas d'invoquer la question des indices de culpabilité lors de l'appel contre les décisions de la mise en détention provisoire. Néanmoins, cette rigidité a été atténuée avec l'instauration de l'audience de contrôle qui permet à la personne détenue de discuter de l'ensemble du dossier, des charges et de la détention provisoire. L'accroissement des droits de la défense et la participation de la personne mise en examen à l'instruction semble être la cause de l'évolution de la vision à l'égard de l'instruction. Ainsi, l'instruction est perçue dans son ensemble, évolutive et dynamique. Néanmoins, Il est regrettable que la loi n'offre pas au juge des libertés et de la détention la possibilité d'apprécier les indices de culpabilité au moment du placement en détention provisoire, de sa prolongation et du rejet de la demande de mise en liberté.

Le droit vietnamien exige également que la détention provisoire ne s'applique qu'aux personnes dont la culpabilité est vraisemblable mais il ne prévoit aucune garantie pour que ces conditions soient réellement effectives ni au moment du placement en détention provisoire, ni après cette décision.

La détention provisoire des mineurs

En raison du traumatisme que la détention provisoire peut provoquer, le recours à cette mesure à l'encontre d'un mineur n'est possible que dans des cas particuliers. L'infraction commise par le mineur doit présenter une certaine gravité pour que la privation de sa liberté soit possible. Le régime de la détention provisoire se différencie également en fonction de l'âge du mineur. La plupart des pays fixe l'âge en dessous duquel la détention est interdite, ce seuil est de treize ans en France et de quatorze ans au Vietnam. Nous avons constaté que les règles applicables pour les mineurs de 16 ans à 18 ans sont très proches de celles des majeurs tant aux conditions de placement en détention provisoire que sur la durée. Néanmoins, en pratique, le juge français et l'enquêteur n'ont recours à cette mesure qu'exceptionnellement.

Indemnisation de la détention provisoire injustifiée

La détention provisoire de la personne innocentée est indemnisée en droit français et en droit vietnamien. En droit français, la procédure d'indemnisation est une procédure judicaire jugée en audience publique et contradictoire. En droit vietnamien, c'est une simple procédure administrative, qui est en apparence très simple mais qui en réalité est très difficile à appliquer, car elle dépend de la volonté du parquet populaire. Le droit vietnamien a instauré le principe selon lequel l'organisme payeur est celui a commis l'erreur. Puisque le parquet a la compétence d'approuver la détention provisoire, c'est lui qui indemnise la personne innocentée. En dehors de l'indemnisation pécuniaire, le parquet doit s'excuser publiquement en présence de l'intéressé.

En droit français, le principe de la réparation de l'intégralité du préjudice matériel et moral permet de différencier le montant d'indemnisation en fonction de la situation de chaque individu. La liberté de chacun n'a pas la même « valeur » si celle-ci peut s'estimer par une somme d'argent. En droit vietnamien, la « valeur » de la liberté semble plus égalitaire puisque le législateur détermine par avance et forfaitairement la somme d'indemnisation quel que soit l'individu mis en cause.

BIBLIOGRAPHIE

1) Ouvrages Généraux

CABASSE Jean-Marie, L'histoire du droit pénal et de la justice criminelle, éd. Puf, 2000.

CABASSE Jean-Marie, L'histoire du droit pénal et de la justice criminelle, éd. Puf. , 2000.

CABASSE J-M., L'histoire du droit pénal et de la justice criminelle, éd. Puf. , 2000.

CAPERLLER W. Introduction aux cultures juridiques non- occidentales, ed. Bruylant 1999.

CARBONNIER Jean, Sociologie juridique, PUF 2004.

CORNU Gérard, Vocabulaire juridique ed. PUF 2001.

ESMEIN A, Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nous jours, Librairie Edourd Duchemin, Paris 1978.

HELIE Faustin , Traité d'instruction criminelle, tome IV, *De l'instruction écrite,* H. Plon, 2ème éd. 1866.

LITRE, Dictionnaire de la langue française, Gallimard/ Hachette 1966,

2) Ouvrages spéciaux

ALLIX Dominique, Les droits fondamentaux dans le procès pénal, Montchrestien, 1997.

ARNAUD Coche, La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français, presse-universitaire d'Aix- Marseille 2005.

AUBRY (Ch) et RAU (Ch) , Cours de droit civil français, Tome XII, 5 ed par E. Bartin, Juris-Classeur, Paris, 1922, § 749 ; F. Gény, Science et technique du droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Tome III, Sirey, Paris, 1921

BOULOC Bernard, Observations sur les nullités en matière de procédure pénale, Presse Universitaire de France, Paris 2001.

CABRILLAC Remi, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 1999.

CARBONNIER Jean, Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française, Prix Odilon, Paris 1937.

CIMANMONTI (S), « l'ordre public à la fin du XX siècle » in l'ordre public en droit pénal, Dalloz Paris 1996.

CIMANMONTI Sylvie, « L'ordre public à la fin du XX siècle » in l'ordre public en droit pénal, Dalloz Paris 1996.

COLLIARD, Libertés publiques Précis Dalloz. 8e éd 2005

CONSTANTINESCO L-J Traité de droit comparé, la méthode comparative, 1971.

CONTE (Ph) et Maistre du Chambon (P), Procédure pénale, 4e ed. A. Colin, Dalloz, Paris, 2002.

CHAMBON Pierre, Le juge d'instruction Théorie et pratique de la procédure, Dalloz. 4éd.1997.

DAYEZ Bruno, A quoi sert la justice pénale, éd. Petite fugues, Bruxelles 1999.

DE GASTINES (L), Les présomptions en droit administratif, Paris, LGDJ, 1991.

DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, Le droit de la police, Litec 1991.

DEFFERAND Fabrice, La suspicion légitime, L.G.D.J 2000.

DEFFRRARD Fabrice, Le crime et le soupçon, « Réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale », Dalloz 2001.

FOIRRIER, Présomptions et fiction, in PERELMAN (C) FORIERS (P) dir., Les présomptions et les fictions en droit, Bruylant, 1974.

GARAPON Antoine et PAPADOPOULOS Iaonnis, Juger en Amérique et en France, Odile Jacob 2003.

GARRAND Pierre, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, t. 2.

GHESTION J et GOUBEAUX G. avec le concours de M. Fabre-Magnan, Traité de droit civil, Introduction, L.G.D.J. 1998.

GUERY (Ch) et CHAMBON (P), Droit et pratique de l'instruction préparatoire, 2011.

GUERY Christian, Détention provisoire, Ed. Dalloz, Paris 2001.

GUILLEMAIN Caroline, Le trouble en droit privé, Presses Universitaire D'Aix – Marseille, 2000.

LEMAITRE R, Quelques aspects des relations entre police et justice dans le cadre de la garde à vue : l'exemple de Lyon, Archives de politique criminelle science criminelle 1995.

LEMONDE Marcel, Les propositions de la commission justice pénale et doits de l'homme revisitées, éd. Litec 2003.

LENOIR Rémi, Processus pénal et la mise détention provisoire, Droit et société 1995.

LUMBROSO (P) et SERANOT (Ch), La légitimité des juges d'instruction, Ed. du Rocher 2001.

MERLAND (L) Recherche sur le provisoire en droit privé, Presse universitaires d'Aix-Marseille 2001.

MERLE R et A. VITU, Traité de droit criminel, procédure pénale, Tome I, 7ème éd. Cujas 1979.

PARRA Charles, Traité de procédure pénale policière, étude théorique et pratique, Librairie Aristide Quillet, Paris 1960.

PRADEL Jean, L'instruction préparatoire, Cujas, 1990.

PRADEL Jean, Droit pénal comparé 2e éd. Dalloz , Paris 2002.

RASSAT Michèle Laure, Traité de procédure pénale, PUF, 2001.

RIBEYRE Cédric La communication du dossier pénal, Presse Universitaire d'Aix Marseille, 2007

ROBERT Jacques, *Les violations de la liberté individuelle commise par l'administration*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1956.

ROUSSEAU J. - J , Du contrat social, « De l'état civil », éd. Politique 1977.

RUSEN Ergec, Maintien de l'ordre et droit de l'Homme, Bruylant 1987.

3) ouvrages collectifs

ALSTOL Philippe (dir.) L'union européenne et les Droits de l'Homme éd. BRUYANT, Bruxelles 2001.

BEAUVALLET d'Olivier Pratique du contentieux judicaire des libertés sous la direction, ed. Berger Levrault Paris 2010 n° 226, p. 121

BENEZECH (M), FORZAN-JORISSEN (S), et GROUSSIN (A), «*Le concept* d'*état dangereux* en psychiatrie médico- légale. Journal de Médecine Légale, Droit Médical, 1997

Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales, arrestations, classements, déferrements, jugements suivi d'une cohorte d'affaires pénales de la police à la justice, Bruno AUBUSSON de CAVARLAY, Marie- Sylvie HURE, 1995 n° 72

CROUZATIER Jean Marie (dir., Mutations du droit public en Asie du Sud-Est : influences extérieures et adaptations, sous direction de, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2001

Institut de Science criminelle de Bordeaux I, Les atteintes à la liberté de l'inculpé : détention provisoire et Contrôle judiciaire, VII congrès de la section française de l'association internationale de droit pénal, Ed. Bergeret Bordeaux 1985.

Institut de Science criminelle de Potiers, Les atteintes à la liberté avant le jugement en droit pénal comparé, éd. Cujas 1992

LEVASSEUR (G), (dir.)« La régime de la preuve en droit répressif français », dans *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, 3ème colloque du département des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 9 sq., spéc. p. 30

Louis- Edmond PETTIT, Emmanuel DECAUX, Pierre- HENRI IMPERT (dir) « L'*Article 5 § 1*, La Convention européenne des droits de l'homme », Économica, Paris 1999

Ministère de la Justice Rapport de la commission d'enquête parlementaire, affaire d'Outreau

Ministère de la justice, « La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme », La documentation française, Paris 2001

Ministère de la justice, La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, La documentation française, Paris 2001

PRADEL Jean Les atteintes à la liberté avant jugement en droit comparé, Institut de science criminelle de Poitiers, s. dir J. éd. Cujas 1991.

PRADEL Jean (dir), Les atteintes à la liberté avant jugement en droit comparé, Institut de science criminelle de Poitiers, éd. Cujas 1991.

ROLLAND (Dir.) Détention provisoire, contrôle judicaire et garde à vue » XII Journées Franco- Belges- Luxembourgeoises de droit pénal, PUF 1971 Paris

4) Thèses

AMBROISE-CASTEROT Caroline, De l'accusation et de l'inquisition dans l'instruction préparatoire, thèse, Bordeaux IV, 2000.

BOLZEL (P), Droit à la preuve contraire de droit pénal, Thèse Nancy 2, 2010 p. 67

BOLZEL (P), droit à la preuve contraire de droit pénal, Thèse Nancy 2, 2010 p. 67

BOULOC Bernard, L'acte d'instruction, Thèse Paris, LGDJ, 1965

BRAULT : « les pouvoirs du président de la chambre d'accusation », Mémoire de D.E.A (1995-96) , Faculté de droit de Poitiers.

CONTE Philippe, L'apparence en matière pénale, Thèse Grenoble 1989.

LE MONNIER DE GOUVILLE (Pauline), Le Juge des libertés et de détention, Thèse paris 2, 2011, p. 40

LEVY R, Pratiques policières et processus pénal : le flagrant délit, Thèse Bordeaux 1984.

MALABAT Valérie, Appréciation in abstracto et *in concreto* en droit pénal, Thèse, Bordeaux IV, 1999.

MARTIN (Elise) Le rôle du juge des libertés et de détention, Mémoire Master II, Université de Grenoble 2006, p. 15

NAGOUAS Marie Cécile, Le doute en matière pénale, Thèse, Bordeaux IV, 2000.

POUPON Jean De la contradictoire dans l'instruction préparatoire, Thèse, Paris 1973. G.

PHAM Quang Bach , Essai sur l'idée de loi dans le code Gia Long , Thèse Paris 1935, Giran. T, De la responsabilité pénale en droit annamite, Hanoi, 1908.

VALETTE Vanessa, La personne mise en cause en matière pénale, Thèse, Bordeaux IV, 2001.

VERGES (E) Les principes directeurs du procès judicaire Thèse n° 101, Etude d'une catégorie juridique, thèse Aix Marseille, 2000 p. 132.

5) Articles, notes

ASCENSI Lionel, « Constitutionnalité des restrictions au droit d'appel du mis en examen », AJ Pénal 2012 p. 44.

AUBERT Laura , « Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement », Rev. sc. crim 2012 p. 454.

AYDALOT (M), « La liberté et la détention provisoire dans la jurisprudence de la Cour de cassation » in Mélange Ancel p. 271.

AYDALOT(Maurice), La liberté et la détention provisoire dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, Mélange Marc ANCEL, Ed. A. Pedone, Paris 1975, p. 272.

BARON (Christophe), « le droit au silence : une révolution silencieuse » D. 2000 point de vue III .

BEBIN (X), « peut-on prédire le risque de la récidive criminelle ? » Note de synthèse de l'institut pour la justice, avril 2009.

BELIN (P), PONS (Th) – « Juge d'instruction et avocat : vous avez dit contradictoire », AJ Pénal 2007 p. 315.

BERANGER « Faut-il réformer l'instruction ? », Rev. Pénit.dr. pén.1990, p.12

BLAGOJEVIC (T) « *Le droit comparé, méthode ou science* », *Rev.internat.dr.pén 1953 p. 69-657*

BONIS-GARCON Evelyne "La détention provisoire pour manquement au contrôle judiciaire », Recueil Dalloz 2002 p. 227

BORE Louis, Le délai raisonnable et l'épuisement des voies de recours internes, J C P. 14 mars 2001 n° 11, p. 553.

BOULOC (Bernard) « *Le non-respect de la publicité restreinte : une atteinte aux droits du mineur* », Recueil Dalloz 2010 p. 1058.

BOULOC (Bernard) « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention provisoire ? » D. 1995, Chr.p. 315.

BOULOC (Bernard), "Le témoin, le témoin assisté, le mis en examen" in Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2003, n° 4, p. 649-658.

BOULOC (Bernard), « *Le non-respect de la publicité restreinte : une atteinte aux droits du mineur* », Recueil Dalloz 2010 p. 1058.

BOULOC Bernard, « Aperçus sur les projets en cours en procédure pénale » Revue pénitentiaire et de droit pénal n° 2 juin 2003 p. 253.

BOULOC Bernard, « Le silence de la personne mise en examen peut- il justifier sa mise en détention ? » Recueil Dalloz. 1995, Chronique 4 .

BOULOC Bernard, « Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », Rev.sc.crim janvier 2002 p. 135.

BOULOC Bernard, chronique législative, Rev.sc.crim septembre 1995, p. 611

BOURDIN Jean- Claude, La critique du droit et de la politique chez Marx : l'idée d'émancipation.

BRAULT -AMIN, « La réforme de la procédure dite du « référé- liberté » (art. 11 de la loi du 30 décembre 1996), chronique d'un échec peut – être remédiable, Revue pénitentiaire et de droit pénal, n° avril – juin 1997, p. 159.

BUISSON Jacques, comm. Cass. crim., 3 oct. 2006, **Procédures n° 4, Avril 2007, n° 95**

BUISSON Jacques, note sous Cass.crim., 3 décembre 2002, note Juris-Class. mars 2003 p. 23.

CAPDEVILLE Jérôme Lasserre , « Précisions sur le point de départ du délai d'appel du procureur de la République contre les ordonnances du JLD » Actualité Juridique Pénal 2009 p. 230

CARBONNIER (J), Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française, Paris 1937 p. 71.

CHANTRAINE G, « la sociologie carcérale, approches et débats théoriques en France » *Déviance et société 2000*, vol. 24 n° 3 pp. 297- 318.

CHAVENT-LECLERE, Anne-Sophie Cass. 1re civ., 12 mai 2010, n° 09-12.923, note Procédures n° 7, Juillet 2010, comm. 289.

COMMARET (D-N); « l'indemnisation de la détention provisoire » R S C 2001 p. 117 et s.

COMMARET (D-N); obs. Crim. 5 nov. 2002, Bull. crim., n° 199, Rev. sc.crim 2004. 374,

CONTE Philippe, « Pour en finir avec une présentation caricaturale de la présomption d'innocence », G.P, des 2 et 3 juin 1995, p. 21.

CONTE Philippe, « Une personne mise en cause par la partie civile peut-elle bénéficier des dispositions de l'article 104 du Code de procédure pénale relatif au témoin assisté ?» JCP. éd. G 2002 II. 10069.

CONTE Philippe, un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale, R. S. C 1985 p.476.

DANJAUME Géraldine, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », Recueil Dalloz, 1996 chronique 18e cahier p.154.

DEFFERAND Fabrice, « Le crime et le soupçon, réflexion sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale », D. 2001, n° 33, Doctrine p. 2693.

DIDIER Jean, Détention provisoire, Convention européenne des droits de l'homme, ou val-hésitation de la chambre criminelle, R.S..C 1986 p.714.

DINTILHAC J.-P obs.Cass. crim. 26 sept. 1995 Bull. crim., n° 282, Rev. sc. crim. 1996. 139.

DORSNER-DOLIVET Annick, « Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire », Droit pénal, Décembre 2000, Chroniques n° 39.

DOURNEAU-JOSETTE (P) « Juge des libertés et de la détention » *Répertoire pénal* D. 2006.

FOIRRIER, Présomptions et fiction, in PERELMAN (C) FORIERS (P) dir., Les présomptions et les fiction en droit, Bruylant, 1974 p. 7 .

GAGNOUD Pierre, « Les nullités de la garde à vue : essai d'un bilan », Gaz. Pal, doctrine mercredi 6, jeudi 7 décembre 2000 p.3.

GIRAULT, Motivation et « surmotivation » des décisions de prolongation de la détention provisoire, Dalloz actualité 22 mars 2011.

GIUDICELLI André, « le témoin assisté et la personne mise en examen ; vers un nouvel équilibre ? » Rev. Sc.crim 2001P. 43 et s.

GOLOVKO Léonid « le nouveau Code de procédure pénale russe de 2002 : quel modèle de procès pénal pour la Russie ? », Revue d'études comparatives Est-Ouest, Année 2007, Volume 38, n° 2 pp. 31-44.

GORPHE François, « La valeur probante des indices », R.S.C 1937, p.419.

GORPHE François, « Variétés et difficultés dans l'appréciation des indices », R S.C 1938, p.216 .

GUERRIN Murielle, Les changements opérés par la loi à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal.

GUERY Christian , « La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire », AJ Pénal 2007 p. 105.

GUERY Christian, « *Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable* », AJ Pénal 2004 p. 238.

GUERY, NORD-WAGNER (M), VOULAND (P), « *La loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires* », AJ pénal 2007. 105.

GUYERY Christian, Les pallier de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire, JCP .G. 1998 n° 24 p. 1031in Droit et liberté selon Marx, publié sous la direction de Guy Planty – Bonjour, 1986, p.154.

GUYON Gérard, « *L'information criminelle et la détention avant jugement du Moyen- Age au XVIII è siècle* », Les atteintes à la liberté de l'inculpé : Détention provisoire et contrôle judiciaire, Institut de sciences criminelles de l'université de Bordeaux I, éd. Bergeret.

JEAN- LUC, « Le changement pour un peu plus de retard : la détention provisoire », Gaz. Pal 22. oct. 1998, Doctrine p. 1379.

JEANDIDIER W. Détention provisoire, Convention européenne des droits de l'homme et code de procédure pénale, ou valse-hésitation de la chambre criminelle, Rev.sc.crim 1986. 711.

JESCHECK Hans- Heinrich, « La réforme de la détention préventive en Allemagne et en France », *Mélange offert à Marc ANCEL*, p. 388.

JONQUERES, Jean « inculpation et mise en cause, Gaz. Pal. 3 juillet 1973

JOSSERAND (S), L'impartialité du juge, op. cit. n° 136.

KOERING-JOULIN Renée, « La Chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme à l'« accusé » avant jugement », Mélanges offerts à Georges Levasseur, Paris, Litec, 1992, p. 222.

KUTY Franklin, « Dépassement du délai raisonnable, peine inférieure au minimum légal et irrecevabilité des poursuites », Journal des tribunaux 20 janvier 2000, p. 42.

LAMBERT ABDELGWAD Elisabeth, 3L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme3, AJ Pénal 2010 p. 67.

LANGROD, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », cité par A. J. Van Der Helm et V.M Meyer, *Comparer en droit*, éd. Cerdic, Strasbourg, 1999, p. 70.

LANGROD, *Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique*, Revue Internationale du droit comparé 1957, Volume 9

LARGIUER Jean, « Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de 'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction », *Mélange offerts à André VITU*, éd. Cujas , Paris 1989 p. 289.

LARGUIER Jean, « Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction », Mélanges *offerts à André VITU*, Ed. Cujas Paris 1989, p. 288.

LAVASSEUR Georges, « Les nullités de l'instruction préparatoire », *Mélange offerts à Maurice PATIN*, éd. Cujas. p.471.

LAVIELLE B et LEBUR F, « le juge des libertés et de la détention ; béni- oui- oui ou terminator » Gal. Plais 2001 p. 1168.

LAVIELLE Bruno « Une réforme pénale impérieuse : la traduction des actes de procédure pénale aux parties civiles, mis en examen ou prévenus étrangers », AJ pénal 2009 n° 11.

LAZERGES C. note sous Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-62 QPC, AJ pénal 2011. .193

LAZERGES Christine, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes », R.S.C janv. – mars 2001 p. 8.

LE CALVEZ (J) « l'article 80-1, alinéa 1er, du code de procédure pénale et la nullité de la mise en en examen » D. 2002, Chron. p. 2277.

LE CALVEZ Jacques, « l'article 80- 1, alinéa 1er du Code de procédure pénale et la nullité de la mise en examen », D. 2002 Chronique p. 2277- 2279.

LEBEN CHARLES, « Y- a- t- il une approche européenne des droits de l'homme », p. 75 (71- 99) L'union européenne et les Droits de l'Homme. dir. Philip Alstol , éd. BRUYANT, Bruxelles 2001.

LEBLOIS-HAPPE (Jocelyne), « *Quelle collégialité pour l'instruction en 20103 »*, Recueil Dalloz 2000.

LECLERC Henri, « La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes » Gaz. Pal vendredi 29 et samedi 30 septembre 2000, page 3.

LEMONDE « Le juge des libertés et de la détention ; une réelle avancée » Rev.sc.crim 2001 p. 51 et s.

LENA, « Validation avec réserve de la procédure des demandes de mise en liberté provisoire », Dalloz actualité 07 janvier 2011.

LESCLOU et MARSAT note sous Cass. crim. 17 mars 1998, Dr. pén. 1998, chron. 25.

LEVASSEUR Georges, « Les nullités de l'instruction préparatoire », *Mélanges offerts à Maurice PATIN*, Ed. Cujas p. 471.

MARANGE Céline , « les faux- semblants du réforme du droit pénal vietnamien » (1985-2005), Revue critique internationale, 2006/4 n° 33 p. 80-108.

MARGUENAUD Jean-Pierre, La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes, Recueil Dalloz 2000 p. 24.

MARON Albert, « Témoin assisté et personne mise en examen, nouveaux coupables ou nouveaux innocents » Revue Pénitentiaire et de droit pénal, n ° 1, avril 2001 p. 12.

MARON Hass « *Un JLD qui tire plus vite que son ombre* » note sous Cass. crim 14 février 2012, droit pénal 1/5/2012 p. 37.

MARRON A. "La détention nouvelle est arrivée", Droit penal, décembre 1997 p. 4

MARRON comm.Cass. crim., 3 mai 2007, Droit pénal n° 11, Novembre 2007, comm. n° 147

MARSAT Claire, « La flagrance, la liberté et la loyauté de la preuve », Droit pénal, octobre 1999 n° 24.

MARTIN (R) « De la contradiction à la vérité juridique » Gal. Pal. 1981, 1, doc. p. 209

MATSOPOULOU, « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? » D. 2008 p. 1494

MAURO Cristina, la suppression du juge d'instruction : « éléments du droit comparé », AJ pénal 2010 p. 433.

MEINDL Thomas « Juge d'instruction », Rev.sc.crim 2010 p. 395.

MEINDL Thomas, CERCOP, Université Montpellier I, « Juge d'instruction », Rev.sc.crim 2010 p. 395.

MERLE Roger, « La Convention européenne des droits de l'homme et la justice pénale française », Recueil Dalloz. 1981, Chronique XXXII.p. 228

MERLE Roger, « Les leçons de l'histoire législative en matière de détention préalable au jugement », Mélanges offerts à Roger Merle, Cujas 1993 p.176.

MERLE Roger,, *L'inculpation*, Recueil d'études en l'hommage de Hugueney, *Sirey* Paris 1964.

MICHEL Claude, « On n'ajoute pas la liberté pour la plein application au 1er janvier 2001 de la loi sur la présomption d'innocence », Gaz. Pal, chronique vendredi 24, samedi 25 novembre 2000 p.3.

NADAL (J-L), intervention lors de la conférence sur le thème « La procédure pénale en quête de cohérence », D. 2007 p. 15.

NICOLOPOULOS (P), « La procédure devant les juridictions répressives et principe du contradictoire » Rev.sc.crim 1989 p. 1.

NORD-WAGNER (M), « La détention provisoire : un équilibre renforcé? », AJ pénal 2007. 113.

OCQUETEAU et PEREZ DIAZ, « Comment les français réprouvent-ils le crime aujourd'hui ? » Revue Déviance et sociétés 1990, Vol XIV, n° 3 p. 253.

PHILIP Loïc, « Les internements administratifs », Recueil Dalloz. 1962, Chronique XXII.p. 138.

PORTERON (Cédric), « Infirmation d'une ordonnance de mise en liberté : la chambre de l'instruction peut-elle prolonger la détention provisoire » ? Actualité Juridique Pénal 2007 p. 127.

PRADEL (Jean), « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », Rev.sc.crim, 1990 p. 692

PRADEL Jean, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 évolution ou révolution », D. 2001 Chronique p. 1039 - 1124

PRADEL Jean, « Recevabilité de la demande d'assistance d'un interprète et obligation pour le juge d'instruction de motiver son ordonnance de rejet » D. 1995 Somm. 147

REMPLON V. L, « la rétention du suspect », JCP 1978 I. 2916.

RENAUT M- H, « La détention provisoire et le juge de la détention », Dr. Pénal 1999 chron. 26.

ROBERT Jaques-Henri, « Les investigations des fonctionnaires investis de certaines fonctions de police judiciaire », *Mélanges offerts à André VITU*, éd. Cujas, Paris 1989 p.433.

ROBERT J-H Comm. Crim. 27 nov. 2001, Dr. pénal 2002. Comm. 18.

ROGER Merle, Mélanges Hugueney, p.111

ROSENCZVEIG Jean- Pierre, « La loi d'orientation et de programmation sur la justice, une promesse tenue ? Pas évident », Dalloz, 2002, n° 30 p. 2339.

SAMET Catherine, « La présomption d'innocence », Revue Pénitentiaire et de droit pénal, n°1, avril 2001 p. 12.

SPENCER John « la procédure pénale française vue par un Anglo-saxon », La procédure pénale en quête de cohérence, D. 2007.

STEFANI Gaston, « L'acte d'instruction, in Mélange Louis HUGUENEY », Sirey, Paris 1964, p.136.

SYR Jean – Hervé, « Présomption d'innocence et présomption de culpabilité », R.S.C, 2000 p.60.

TAQUET François, « Les règles en matière de garde à vue issues de la loi n° 2002 – 516 du 4 mars 2002 ou l'art de réformer une réforme », Gaz. Pal, dimanche 28 au mardi 30 juillet 2002, p. 3.

THOMAS Didier, « Le concept du procès pénal », *Mélanges offerts à Pierre COUVRANT*, Presse Universitaire de France, Paris 2001, p. 402- 427.

THOMAS Didier, « Le suspect en quête d'un statut procédural », Mélanges offerts à Michel *CABRILLAC*, Litec 1999, p. 823- 838.

VARINARD André « La justice pénale des mineurs: une justice à réformer» Mélange Serge Guinchard, D. 2010 p. 998 s.

VERIN Jean, « La détention provisoire et la criminologie » RSC 1969, p. 818-819.

VOUIN Robert, « La détention provisoire », Recueil Dalloz, 1970, 42e cahier, Chronique XL, p. 42.

VOULAND (Ph) « Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense » AJ pénal 2007 p. 117.

6) Bibliographie en vietnamien

BUI NGOC SON, « législation dans un Etat de droit » Revue de la recherche législative n° 1/2005 p. 71 Lập pháp hướng tới pháp quyền, Tạp chí nghiên cứu lập pháp số 1 năm 2005, tr. 71.

DAO TRI UC, « la réforme judicaire et le problème de l'injustice dans la procédure pénale », Revue l'Etat et le droit, 2005 n° 4 p. 3

DICTIONNAIRE VIETNAMIEN –CHINOIS-FRANÇAIS Ed. YOU- FENG, Paris 2002 V. "Bi can"

DINH THE HUNG, "les relations entre le parquet populaire et l'organe d'enquête »

ĐỖ NGỌC QUANG, « le perfectionnement de la poursuite, la mise en examen conformément à l'exigence de la réforme judicaire », Revue de la Poursuite n° 8/2012

HOANG DIEP, « il faut détailler les conditions de la détention provisoire », http://m.tuoitre.vn/tin-tuc/Chinh-tri-Xa-hoi

HOANG THI MINH SON, « la protection des droits des personnes arrêtés, placées en garde à vue et détenue dans la procédure pénale vietnamienne », Revue du droit n° 3/2011, p. 54 – 61 ;

LE DUC KHANH, "discussions relatives à la procédure d'approbation de la mise en examen », Revue du parquet populaire n° 12/2012 ; « Ban ve thu tuc de nghi phe chuan khoi to bi can », Tap chi kiem sat, thang 12/2004.

LUONG THI MY QUYNH, Proprositions de réformes relatives au droit de la défense au stade de l'enquête, (*Hoàn thiện quy định về bảo đảm quyền có người bào chữa trong pháp luật Tố tụng hình sự Việt Nam, http://www.toaan.gov.vn*)

MINH ANH , « les droits de l'Homme sont attachés au peuple et à la souveraineté », (quyền con người gắn liền với chủ quyền dân tộc và quốc gia) site web du Parti communiste http://dangcongsan.vn/cpv/Modules/News/NewsDetail.aspx

NGO HUY CUONG, La démocratie et la loi relative à la démocratie, Maison d'édition Tu phap, 2006, p. 65 *Dân chủ và pháp luật về dân chủ*, Nhà Xuất bản Tư pháp, 2006, tr.65

NGUYEN DUC MA, Le principe du contradictoire en droit vietnamien (Vấn đề tranh tụng hình sự, Kỷ yếu đề tài khoa học cấp Bộ của Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Hà Nội 1999) Parquet populaire suprême 1999

NGUYEN MAI BO, NGUYEN SI DAI, « les mesures d'empêchement et la perquisition », Ed. Politique nationale, Hanoi 2002, p. 62 et suivantes ; « Nhung bien phap ngan chan et kham xet, thu giu, tam giu, ke bien tai san » Nha xuat ban chinh tri quoc gia, Hanoi 2002 p. 62 va tiep theo

NGUYEN MAI BO, NGUYEN SI DAI, « les mesures de prévention et la perquisition », Ed. Politique nationale, Hanoi 2002, p. 62 et suivantes

NGUYEN THI HAI CHAU « quelques suggestions pour modifier les dispositions relatives au renvoi le dossier à l'organe d'enquête » site web http://phaply.net.vn/dien-dan

NGUYEN TRONG PHUC, «la pratique de l'application des mesures d'empêchements la détention provisoire, la garde à vue par la police, le parquet populaire de la province Thua Thien Hue », Mémoire du Master II, Faculté de droit de Ha noi 2002 p. 42, « Bien phap ngan chan tam giu, tam giam va thuc tien ap dung cua co quan dieu tra, vien kiem sat nhan dan cac cap tinh thua thien hue », Hanoi 2002 tr. 42)

PHẠM KHẮC VỰC, « les motifs de la détention provisoire », Revue de la science juridique n° 2/2004

PHẠM KHẮC VỰC, « les motifs de la détention provisoire », Revue de la science juridique n° 2/2004

PHAN TRUNG HOAI « le perfectionnement de la législation afin de garantir la participation de la l'avocat à la procédure pénale » **http://www.judaca.edu.vn/default.**

Site web : http://dinhthehung.wordpress.com/2011/05/03

THANH TUNG "*il faut limiter les catégories de personnes susceptibles d'être placées en détention provisoire* » site web : luathinhsu.wordpress.com/2012/05/04/

TRAN VAN DO **«** Pour la distinction des compétences en procédure pénale vietnamienne" , site web (Phân định thẩm quyền trong luật tố tụng hình sự) « Tạp chí nghiên cứu lập pháp điện tử »

VO PHUOC LONG « les garanties pour les personnes arrêtées et détenues, Revue de la recherche de la législation n° 173 juin 2010.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION **1**

PREMIÈRE PARTIE. DES EXIGENCES COMPARABLES QUANT AUX CONDITIONS DU PLACEMENT EN DÉTENTION PROVISOIRE **23**

CHAPITRE 1 : LA DETENTION PROVISOIRE, UNE MESURE UNIQUEMENT APPLICABLE AUX PERSONNES MISES EN EXAMEN *25*

Section 1 : La mise en examen par l'autorité judiciaire en droit français 27

§ 1. Les indices de vraisemblance de culpabilité 27

I. La notion d'indices graves ou concordants 28

II. L'appréciation souveraine du juge d'instruction des indices de culpabilité 33

§ 2. Les différentes voies pour contester l'état de mis en examen 38

I. La requête en nullité de la mise en examen 39

II. La demande de « démise en examen » 42

Section 2 : La mise en examen par l'organe d'enquête en droit vietnamien 45

§ 1. Les indices « suffisants » en droit vietnamien 47

I. La notion d'indices « suffisants » 47

II. L'appréciation des indices de culpabilité par l'organe d'enquête 50

§ 2. Les sanctions pour l'insuffisance des indices de culpabilité 56

I. La mise en examen soumise à l'approbation du parquet populaire 57

II. L'annulation de la mise en examen 60

CHAPITRE 2 : LA JUSTIFICATION DE LA NECESSITE DE LA DETENTION PROVISOIRE *65*

Section 1 : Les motifs personnalisés de la détention provisoire en droit vietnamien 66

§ 1. Les motifs de la détention provisoire des cas ordinaires 66

I. L'absence de motifs de la détention provisoire en matière criminelle 67

II. La motivation de la détention provisoire en matière correctionnelle. 72

A. Les motifs de la détention provisoire en matière correctionnelle 73

B. L'absence de motivation de l'insuffisance des mesures alternatives à la détention provisoire en matière correctionnelle 77

§ 2. Les motifs de la détention provisoire pour des cas particuliers 82

I. En raison de l'état de faiblesse physique 82

II. En raison de l'état de faiblesse mentale 85

Section 2 : Les motifs diversifiés de la détention provisoire en droit français 89

§ 1. La détermination de la nécessité de la détention provisoire par le législateur 89

I. A l'égard des majeurs 90

II. A l' égard des mineurs 92

§ 2. L'appréciation souveraine par le juge français de la nécessité de la détention provisoire 96

I. La motivation de l'insuffisance des mesures alternatives 97

A. L'insuffisance des obligations du contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence sous surveillance électronique 97

B. La détention provisoire pour violation des mesures alternatives 102

II. La motivation des objectifs de la détention provisoire 106

A. Les objectifs se référant à la nécessité de l'instruction et à la vraisemblance de l'infraction commise 108

1. La nécessité de conserver des preuves et des indices matériels 109

2. Empêcher une concertation frauduleuse 110

3. Les garanties de présentation de la personne en justice 113

4. Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes et leur famille ... 115

B. Les objectifs se référant à la sécurité et la probabilité de commettre une autre infraction 117

1. Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement 117

2. La protection de la personne mise en examen 125

C. Le motif de trouble à l'ordre public en matière criminelle 126

1. La notion de trouble à l'ordre public 127

2. L'application de la notion de trouble à l'ordre public 129

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 136

DEUXIEME PARTIE. LES DISSEMBLANCES QUANT AUX GARANTIES DE LA DETENTION PROVISOIRE..... 137

CHAPITRE 1. LES DISSEMBLANCES QUANT AUX GARANTIES LORS DU PLACEMENT EN DETENTION PROVISOIRE..... 138

Section 1 : Le renforcement des garanties en droit français..... 138

§1. La compétence exclusive de l'autorité judicaire 139

I. La prise de décision par un tiers juge : Le Juge des libertés et de détention.. 139

A. La création du juge des libertés et de détention 140

B. L'amélioration du statut du juge des libertés et de la détention 144

II. La saisine préalable du juge d'instruction ou du ministère public 148

A. La saisine préalable du juge d'instruction 148

B. La saisine directe du ministère public 151

§ 2. L'accroissement du droit de la défense 154

I. Le renforcement du principe du contradictoire 155

A. L'accès au dossier pénal..... 156

1. Le principe de l'accès à l'intégralité au dossier pénal 156

2. Les exceptions de la communication de l'intégralité du dossier pénal 160

B. Le débat contradictoire avant le placement détention provisoire..... 162

1. La présence effective de l'avocat 163

2. La publicité du débat contradictoire 166

II. Les autres droits de la défense 171

A. Le droit à l'information destinée au suspect..... 171

1. L'information des charges contre le suspect 171

2. L'information des droits du suspect 174

B. Le droit à l'assistance d'un interprète- traducteur 178

1. L'assistance d'un interprète comme un moyen pour faciliter la communication 178

2. Le devenir d'un droit à l'assistance d'un interprète 181

Section 2 : Les garanties lacunaires de la détention en droit vietnamien 184

§ 1. La confusion des compétences en matière de détention provisoire 184

I. Les compétences concurrentes entre la police et le parquet populaire..... 185

A. La décision de mise en détention provisoire par l'organe d'enquête . 185

B L'approbation par le parquet de la mise en détention..... 190

II . Le transfert de l'entière compétence au parquet populaire 193

A. Le statut du parquet populaire dans le système judicaire du Vietnam 193

B. La compétence exclusive du parquet populaire en matière de détention provisoire..... 198

§ 2. L'absence des règles garantissant l'effectivité des droits du suspect 200

I. Les droits de la défense..... 201

A. L'existence du droit à l'assistance d'un défenseur..... 201

B. L'ineffectivité des droits de la défense..... 205

II. L'absence de débat contradictoire préalable à la mise en détention provisoire 209

A. L'émergence du débat sur le principe du contradictoire en matière pénale..... 209

B. L'instauration indispensable d'un débat contradictoire avant la mise en détention 212

CHAPITRE II. DES DISSEMBLANCES QUANT AUX GARANTIES A POSTERIORI DE LA DETENTION PROVISOIRE *215*

Section 1 : La multiplié de contrôle en droit français..... 216

Sous-section 1. Les recours contre la décision de mise détention 216

§ 1. L'Appel devant la Chambre de l'instruction..... 217

I. L'inégalité du droit d'appel du détenu et du ministère public devant la Chambre de l'instruction 217

A. Le droit d'appel général du ministère public 218

1. L'influence du droit d'appel général en matière de la détention provisoire 218

2. Un nouvel élargissement du droit du ministère public de contester la mise en liberté 221

B. Le droit d'appel exceptionnel du détenu 224

1. Les conditions de recevabilité de l'appel 224

2. L'objet unique de l'appel 229

II. L'examen de l'appel devant la chambre de l'instruction 232

A. L'audience devant la chambre de l'instruction 232

B. Les effets de l'arrêt de la chambre de l'instruction 234

§ 2. Le pourvoi en cassation en matière de détention provisoire 238

I. Les formalités du pourvoi 238

A. La recevabilité du pourvoi 239

B. Les mémoires du pourvoi en cassation 242

II. Le contrôle de régularité de la détention provisoire 244

A. Le contrôle de la légalité 244

B. Le pré-contrôle de la constitutionalité des lois 249

C. Le contrôle de la conventionalité 254

§ 3. La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme 255

I. Les conditions de recevabilités des requêtes individuelles 257

A. L'épuisement du recours interne 257

B. D'autres critères de la recevabilité 260

II. La jurisprudence de la C. E.D.H en matière de la détention provisoire 262

A. L'appréciation *in concerto* de la Cour 262

B. L'influence de la jurisprudence européenne en droit français 267

Sous-section 2 : Les autres formes de contrôles relevant de la Chambre de l'instruction 271

§ 1. Le contrôle du président de la Chambre de l'instruction 271

I. Le contrôle immédiat favorable à la liberté : requête référé-liberté 271

II. Le contrôle général du président de la Chambre de l'instruction 275

§ 2. L'intervention de la chambre de l'instruction en tant que juridiction supérieure de l'instruction 277

I. Statuer sur les demandes de mises en liberté directement émis par le détenu . 278

A. En cas d'omission du juge des libertés de statuer sur une demande de mise en liberté. 279

B. En cas d'inaction prolongée du juge d'instruction 282

II. L'audience de contrôle 284

A. Une procédure exceptionnelle 284

B. Le réexamen de la vraisemblance de culpabilité et la nécessité de la détention provisoire 287

Section 2 : L'imperfection du régime du recours contre la détention provisoire en droit vietnamien 289

§ 1. L'absence du recours juridictionnel contre la détention provisoire 289

I. Le recours gracieux contre la détention provisoire 289

A. Le rôle du recours gracieux dans le système juridico-politique du Vietnam 290

B. L'inefficacité du recours gracieux contre la détention provisoire 292

II. La nécessité d'instaurer un recours juridictionnel en matière de détention provisoire 294

A. L'intervention du juge dans le recours juridictionnel 295

B. L'instauration de quelques règles du recours juridictionnel 300

§ 2. La réparation de préjudice aux personnes innocentés 302

I. La simplification apparente de la réparation de la détention provisoire d'une personne innocente 303

A. Les conditions de la réparation 303

B. La réparation des préjudices 308

II . L'action récursoire l'Etat contre les agents..... 311

A. La condition de la faute intentionnelle 311

B. La procédure interne de l'action récursoire 314

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE..... 316

CONCLUSION GENERALE 318

BIBLIOGRAPHIE 321

TABLE DES MATIERES 338