THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et Sciences criminelles

École doctorale de Droit et Science Politique

Centre d'études et de recherches comparatives, constitutionnelles et politiques (CERCOP)

LA DÉFENSE PAR L'AVOCAT DES PERSONNES PRIVÉES DE LIBERTE

Présentée par Madame Laura MARGALL

Le 6 janvier 2023

Sous la direction de Madame Anne PONSEILLE et de Monsieur François-Xavier FORT

Devant le jury composé de

Madame Muriel GIACOPELLI
Professeur, Université d'Aix-Marseille **Rapporteur**

Monsieur Antony TAILLEFAIT
Professeur agrégé, Université d'Angers **Rapporteur**

Madame Julia SCHMITZ
Maître de conférences, Université de Toulouse **Examinatrice**

Monsieur Christophe ALBIGES
Professeur, Université de Montpellier **Examinateur**

Maître Gérard CHRISTOL
Ancien Bâtonnier du barreau de Montpellier, ancien vice-président du CNB **Membre invité**

Madame Anne PONSEILLE
Maître de conférences, Université de Montpellier **Directrice de thèse**

Monsieur François-Xavier FORT
Maître de conférences, Université de Montpellier **Directeur de thèse**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

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

À mes trois mousquetaires,

Remerciements

Je tiens, avant tout, à adresser mes remerciements à Madame Anne PONSEILLE et à Monsieur François-Xavier FORT pour avoir accepté de diriger ma thèse et, surtout, pour m'avoir dirigée avec une grande patience, une disponibilité sans égale et une délicate bienveillance. Qu'ils trouvent dans ces quelques lignes le témoignage de ma plus profonde reconnaissance.

Je remercie bien sincèrement Mesdames Muriel GIACOPELLI et Julia SCHMITZ, Messieurs Antony TAILLEFAIT et Christophe ALBIGES ainsi que Monsieur le Bâtonnier Gérard CHRISTOL pour avoir accepté d'examiner mon étude.

J'adresse mes remerciements aux membres du CERCOP, enseignants et doctorants pour leur gentillesse. Je les adresse également à mesdames Habiba ABBASSI, Iwona BROUSSE et Sophie SEGUI.

J'adresse mes sincères remerciements à l'ensemble des magistrats, greffiers et agents administratifs des services de l'instruction et de l'application des peines du Tribunal judiciaire de Montpellier pour leurs chaleureux encouragements.

Enfin, je remercie toutes celles et tous ceux – membres de ma famille, amis, collègues – qui m'ont soutenue, même par un simple mot, pendant ces sept années de doctorat. Un merci tout particulier à mes parents pour leur soutien indéfectible, à mon frère pour ses mots réconfortants, à Marie, Camille, Mathilde L. et Mathilde P. pour leur amitié si chère à mes yeux.

Sommaire

Une table des matières détaillée figure à la fin de la thèse

INTRODUCTION

Partie I – L'effectivité partielle de la défense des personnes privées de liberté

Titre I – La consolidation de la défense des personnes privées de liberté

Chapitre I – Les fondements juridiques de la défense

Chapitre II – L'intervention étendue de l'avocat

Titre II – Une effectivité affaiblie par un manque d'unité

Chapitre I – Une préparation de la défense à parfaire

Chapitre II – Les missions de l'avocat à harmoniser

Partie II – L'efficacité recherchée de la défense des personnes privées de liberté

Titre I – La rationalisation de la défense des personnes privées de liberté

Chapitre I – La rationalisation interne : la justification du manque d'unité

Chapitre II – La rationalisation externe : la comparaison avec les législations européennes

Titre II – L'optimisation de la défense des personnes privées de liberté

Chapitre I – L'optimisation des missions de l'avocat

Chapitre II – L'optimisation de l'intervention de l'avocat

CONCLUSION

Liste des principales abréviations

Actu.	Actualité
Aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ pénal	Actualité juridique de droit pénal
Al.	Alinéa
Anc.	Ancien
Bull. crim.	Bulletin criminel
C/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 1ère	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 2ème	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. déf.	Code de la défense
C. douanes	Code des douanes
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGLPL	Contrôleur général des lieux de privation de liberté
Ch.	Chambre
CHAP	Chambre de l'application des peines
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire

CJA	Code de la justice administrative
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CJPM	Code de la justice pénale des mineurs
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Com.	Commentaire
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Consid.	Considérant
Conv. EDH	Convention Européenne des droits de l'Homme
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
C. pénit.	Code pénitentiaire
CPP	Code de procédure pénale
CRPC	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision
Dir.	Sous la direction de –
Dr. pénal	Revue de droit pénal
DUDH	Déclaration Universelle des droits de l'Homme
Éd.	Éditions
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	La Gazette du palais
Gr. Ch.	Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme
Ibid.	Ibidem
In	Dans
CRPC	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
J.Cl.	Juris Classeur périodique
JA	Juris Associations
JAP	Juge de l'application des peines

JCP G	Juris Classeur périodique édition générale
JLD	Juge des libertés et de la détention
JORF	Journal Officiel de la République française
JNRS	Juridiction nationale de rétention de sûreté
JRRS	Juridiction régionale de rétention de sûreté
LGDJ	Librairie générale de droit de jurisprudence
N°	Numéro ou numéros
Obs.	Observation
OIP	Observatoire international des prisons
Op. cit.	Opere citato
Ord.	Ordonnance
P.	Page
PIDCP	Pacte international des droits civils et politiques
Préc.	Précité
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rép. Ctx Adm. **Dalloz**	Répertoire de contentieux administratif
Rép. droit civ. **Dalloz**	Répertoire de droit civil
Rép. droit euro. **Dalloz**	Répertoire de droit européen
Rép. pénal Dalloz	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale de Dalloz
Rép. proc. civ. **Dalloz**	Répertoire de procédure civile
Req.	Requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RSC	Revue de sciences criminelles
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des Droits de l'Homme
S.	Suivant
Sect.	Section
Somm.	Sommaire

Spéc.	Spécialement
TA	Tribunal administratif
UHSA	Unité hospitalière spécialement aménagée
V.	Voir
Vol.	Volume

Introduction

1. « *Milords, je suis l'avocat désespéré et je plaide la cause perdue* »[1]. Gwynplaine, le héros défiguré de « L'Homme qui rit » de Victor HUGO, tient ces propos lors de son discours délivré à la Chambre des Lords en Angleterre. Par son discours, Gwynplaine espère émouvoir les Lords sur la situation précaire des gens du peuple mais son discours « *reste lettre morte* »[2]. Victor HUGO dépeint, dans ce plaidoyer, un « avocat » désespéré de savoir sa cause perdue d'avance mais qui n'hésite pas, malgré son désespoir, à prendre la défense des plus démunis.

L'avocat revêt en effet, dans l'opinion publique, l'image d'un défenseur prêt à prendre la parole pour les plus vulnérables et à plaider leurs intérêts devant les juges. S'il est admis que l'avocat soit présent aux côtés d'un justiciable libre, sa présence est d'autant plus importante auprès d'une personne privée de liberté. En effet, cette personne se trouve en situation de vulnérabilité du fait de la privation de liberté dont elle fait l'objet car cette privation de liberté peut produire un effet néfaste sur l'exercice des droits de la défense.

2. La simple présence de l'avocat auprès d'un accusé, lors de l'audience de jugement, n'a pas toujours été acquise, même quand la peine privative de liberté n'était pas encore encourue[3]. Sous François Ier, l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 excluait formellement les avocats de la procédure pénale[4]. L'accusé comparaissait seul lors de la phase de jugement. « *C'est alors qu'il peut présenter sa défense et faire valoir d'éventuels faits justificatifs. Mais peut-il présenter une défense utile ? Rappelons que l'accusé est seul, et qu'il n'a pu recevoir pendant l'instruction aucune visite d'avocat. Cette exclusion totale des conseils est motivée par un souci d'équité : seuls les puissants pourraient se faire défendre par de bons (et donc coûteux) avocats, et non les faibles* »[5]. Il est assez ironique de lire que l'avocat a été exclu de la procédure par souci d'équité alors que de nos jours, la présence de l'avocat participe au contraire à assurer l'équité globale de la procédure[6]. En 1791, le premier code pénal français[7] est créé et prévoit trois différentes peines privatives de liberté : la réclusion dans la maison de force[8], la gêne[9] et

---

[1] V. HUGO, *L'Homme qui rit*, Paris, Pocket, 2012, p. 685.

[2] S. BALLESTRA-PUECH, « *Le droit mutilé dans l'Homme qui rit* », Revue droit et littérature – Victor HUGO et le droit n°2, éd. Lextenso, 2018, p. 80.

[3] V. TOUREILLE, *Crime et châtiment au Moyen-Âge*, Paris, éd. Du Seuil, coll. L'univers historique, 2013, p. 264 : « *Le lecteur s'étonnera sans doute, à ce moment de l'exposé, de ne rien avoir lu sur la prison. C'est parce que la peine d'emprisonnement, qui est devenue le cœur de notre système pénal, demeurait une exception dans le droit laïque médiéval. Utilisée dans les conflits pour tenir les ennemis dont on attendait rançon, la prison, dans laquelle on avait enfermé les premiers chrétiens, était d'abord la peine des hommes d'Église. […] La prison ne vaut que pour garder les accusés, et parfois même les accusateurs, dans l'attente de leur procès* ».

[4] J.-M. CARBASSE, P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, 3e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2014, p. 216 : « *La voie extraordinaire est purement pénale. Outre le secret et la possibilité de la torture, cette dernière se caractérise aussi par l'exclusion des avocats* ».

[5] J.-M. CARBASSE, P. VIELFAURE, *op. cit.*, p. 220.

[6] Cela sera détaillé aux paragraphes § n°67 et s.

[7] J.-M. CARBASSE, *Les 100 dates du droit*, 3ème éd., Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2022, p. 95.

[8] Peine prévue à l'encontre des femmes : Art. 10, Code pénal 1791.

[9] Art. 14, Code pénal 1791 : « *Tout condamné à la peine de la gêne sera enfermé seul dans un lieu éclairé, sans fers ni liens ; il ne pourra avoir pendant la durée de sa peine, aucune communication avec les autres condamnés ou avec des personnes du dehors* ».

la détention[10]. Or, sous la Révolution française, l'avocat peut assister l'accusé lors de son premier interrogatoire[11]. Puis, avec le code d'instruction criminelle de 1808, l'avocat peut assister son client devant la cour d'assises[12]. Ainsi, progressivement, l'avocat a pu intervenir au cours de la procédure pénale lorsqu'une mesure privative de liberté était encourue ou exécutée.

Cette intervention a été confirmée en 1897 avec « *son entrée dans le cabinet du juge d'instruction* »[13], elle n'a cessé de croître « *dans les décennies 1990-2000 […] sous l'influence du droit de la Convention européenne des droits de l'homme* »[14] et ne s'est pas étendue seulement à la matière pénale. En effet, l'intervention de l'avocat s'est généralisée à l'ensemble des procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté, au-delà de la matière pénale.

3. Qui, sous l'Ancien régime, défendait les accusés ? Les premiers à endosser ce rôle étaient des ecclésiastiques. En effet, « *le développement d'une profession de défenseurs fut constamment favorisé et, afin de pouvoir s'exprimer librement durant leurs plaidoiries, ceux-là s'organisèrent progressivement en ordres chargés de les protéger contre les représailles éventuelles de leurs adversaires. Ce furent d'abord des ecclésiastiques, puis des laïcs, ayant prêté serment de ne défendre diligemment et fidèlement que des causes justes et s'étant engagés, en outre, à limiter leurs honoraires à des sommes précisées et à ne rien prendre au-delà* »[15]. L'intervention de l'avocat a donc connu une évolution, tout comme la profession d'avocat elle-même.

L'intervention plus fréquente de l'avocat s'explique par la reconnaissance progressive de droits processuels[16], notamment des droits de la défense. Cette reconnaissance a été insufflée par diverses sources, qu'elles soient supranationales ou nationales. De ce fait, les droits de la défense sont, peu à peu, devenus fondamentaux – et incontournables – dans les procédures civiles, pénales ou administratives. Enfin, la reconnaissance des droits de la défense au bénéfice des personnes privées de liberté s'est faite progressivement et s'est étendue à toutes les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté.

4. La définition des termes de l'étude (I) permettra de délimiter clairement le champ de cette dernière (II). Puis, les divers intérêts de ce travail seront présentés (III). Enfin, la réflexion sur les termes et le champ de l'étude permettra de faire émerger une problématique (IV) à laquelle nous apporterons une réponse (V).

---

[10] Art. 20, Code pénal 1791 : « *Les condamnés à la peine de la détention seront enfermés dans l'enceinte d'une maison destinée à cet effet* ».

[11] J.-M. CARBASSE, P. VIELFAURE, *op. cit.*, p. 436.

[12] J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 104 : « *Devant la cour d'assises, les débats sont publics, oraux, contradictoires, et l'accusé a droit à l'assistance d'un avocat* ».

[13] J. ALIX, « La lente réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », *Archives de politique criminelle – Droits de la défense n°37*, éd. PEDONE, 2015, p. 29.

[14] *Ibid*.

[15] A. DAMIEN, « Avocats », », in D ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., Paris, Lamy PUF, coll. Quadige-Dicos poche, 2003 p. 116.

[16] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel- Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°5, p. 6 : « *Dans « processuel », il y a procès et le droit processuel, c'est, tout naturellement et brièvement parlant, le droit du procès, de tous les procès* ».

I- L'objet de l'étude

5. Notre étude porte sur la défense par l'avocat des personnes privées de liberté. Cette défense trouve son fondement dans la reconnaissance de droits processuels (A) comme le droit à un procès équitable et, surtout, les droits de la défense. Ces droits de la défense peuvent être exercés par un avocat. Il est donc essentiel de présenter cette profession. La détermination de la notion de droits de la défense et la présentation de l'avocat nous permettront de définir « la défense » (B). Enfin, la dernière notion que nous aborderons sera celle des personnes privées de liberté (C).

A. Les droits de la défense érigés en droits fondamentaux du procès

6. Une présentation des droits de la défense (b) implique tout d'abord une définition du droit au procès équitable (a) car les droits de la défense s'inscrivent dans ce droit « fleuve ».

a) À l'origine des droits de la défense : le droit à un procès équitable

7. « *L'accès au droit et à la justice se trouve au cœur de la protection des droits fondamentaux. Sans cette garantie, les autres droits ne seraient que des vœux pieux, faute de pouvoir être mis en œuvre devant la justice* »[17]. En effet, l'exercice du droit d'accès au droit et à la justice – que nous allons appeler droit d'accès au juge – permet de faire reconnaître par une autorité judiciaire une éventuelle violation de droits et d'en obtenir, le cas échant, une réparation. De plus, ce droit assure l'existence de l'État de droit, où l'ingérence du pouvoir exécutif est limitée et où la protection des droits individuels est assurée[18]. Mais le droit d'accès au juge serait limité dans ses effets si le droit à un procès équitable n'était pas garanti. En effet, à quoi bon saisir un juge si la procédure n'est pas équitable ? Dès lors, le droit à un procès équitable est tout aussi important que le droit d'accès au juge dans la protection des droits fondamentaux.

Ce droit à un procès équitable a été consacré au Moyen-Âge au sein d'un texte britannique : la *Magna Carta* de 1215[19]. Ce droit sera réaffirmé en 1354 dans le *English Liberty of Subject Act 1354* déclarant que *« nul, quel que soit son état ou sa condition, ne sera privé de ses terres*

---

[17] R. BOFFA, M. MEKKI, « L'accès au droit et l'accès à la justice », R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, p. 590.

[18] P. SÉGUR, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n° 47, p. 16.

[19] Art. 39 Magna Carta : « *No free man is to be arrested, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land* » (« *Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelque manière que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays* »).

ou de ses biens, ni déshérité ou mis à mort sans qu'il soit jugé conformément au due process of law »[20]. La notion de *due process of law* a été également inscrite dans le cinquième Amendement de la Constitution américaine de 1791 : nul ne peut être privé de vie, de liberté ou de propriété sans le *due process of law*[21]. Ainsi, le droit américain, dès la fin du XVIIIème siècle, garantit le droit au procès équitable. Ce droit doit être particulièrement respecté lorsqu'une privation de liberté est envisagée.

À l'inverse, le droit français n'a consacré que très tardivement ce droit au procès équitable[22]. Dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les propos introductifs de cette Déclaration ne faisaient référence qu'aux droits de l'Homme[23] dans une élégante formule : « *L'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements* »[24]. Cependant, le droit au procès équitable n'était pas reconnu comme droit de l'Homme dans cette Déclaration.

8. Il faudra attendre le milieu du XXème siècle pour que le droit au procès équitable soit garanti. Le milieu du XXème siècle symbolise la fin de la Seconde Guerre mondiale. À l'issue de ce conflit, les gouvernements et institutions internationales prennent conscience[25] de l'importance de garantir les droits fondamentaux des individus et décident de les consacrer au sein de textes[26] supranationaux, afin de s'assurer du respect de ces droits sur toute une région précise – comme l'Europe. S'ensuit alors une période très riche pour la consécration des droits fondamentaux[27] qui seront protégés par de nombreux textes constitutionnels, régionaux[28] et internationaux[29]. Or, ces textes consacrent en leur sein le droit à un procès équitable, ce qui démontre le caractère fondamental de ce droit.

Parmi les différents textes supra législatifs, la Convention européenne des droits de l'Homme marque un tournant dans la garantie des droits attachés au procès, d'une part, par son contenu, d'autre part, par sa valeur normative. En effet, l'article 6 de la Convention est intitulé

---

[20] « *No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken nor disherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law* ».

[21] « *No one shall be deprived of life, liberty or property without due process of law* ».

[22] S. GUINCHARD, « Procès équitable », *Rép. pénal Dalloz*, mars 2017 actualisation juill. 2020, n°1 : « *On chercherait vainement l'expression dans les anciens codes de procédure, qu'ils soient de procédure civile ou d'instruction criminelle, sans parler des textes qui régissaient le contentieux administratif. Le mot qui était davantage utilisé sous l'empire des grandes ordonnances royales, civile et criminelle, de 1667 et 1670, était celui d'équité, celle de nos Parlements, bien sûr, dont Dieu devait nous garder… à côté de leur arbitraire* ».

[23] Les droits de l'Homme peuvent être définis comme « *les facultés inhérentes à tout individu en tant qu'être humain* » (M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant Nemesis, coll. Droit et justice, 2010, p. 54).

[24] Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789.

[25] Préambule de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, 1948 : « *Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité […]* ».

[26] G. LEVASSEUR, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *RSC* 1991, p. 9 : « *Au sortir des années d'oppression, la liberté individuelle était apparue plus chère que jamais et un souci nouveau passait au premier plan, confirmant les idées fondamentales de Gramatica, celui de la protection de la dignité humaine et du respect de la personne, si effroyablement méconnu par les régimes totalitaires* ».

[27] S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30e éd., Dalloz, 2022, p. 421 : « *Droits fondamentaux : Ensemble évolutif de droits englobant actuellement pour l'essentiel les droits de l'homme classiques et des droits économiques et sociaux comme le droit de grève* ».

[28] Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales signée à Rome en 1950.

[29] Déclaration Universelle des droits de l'Homme signée à Paris en 1948.

« droit à un procès équitable ». Ce droit au procès équitable semble être un droit « fleuve » duquel découlent d'autres droits tels que le droit d'accès à un juge, le droit à un tribunal impartial et indépendant, la publicité des audiences, le principe de présomption d'innocence et les droits de la défense[30]. L'on pourrait également évoquer le droit à un recours effectif qui, bien qu'il soit consacré à l'article 13 de la Convention, s'inscrit aussi dans le large domaine du droit à un procès équitable.

Ainsi, le droit au procès équitable semble précéder les droits de la défense : ces derniers ne peuvent prendre toute leur ampleur que s'il existe un procès équitable. Ce raisonnement est également tenu par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juillet 1989 : « *le principe du respect des droits de la défense […] implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »[31]. Par conséquent, la première des conditions à la garantie et au respect des droits de la défense est l'existence d'une procédure équitable.

Signée en 1950, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – nommée plus succinctement Convention européenne des droits de l'Homme – n'a été ratifiée par la France que 24 ans plus tard[32], le 3 mai 1974. Le recours individuel devant cette juridiction n'a été reconnu en droit interne qu'en 1981. Depuis sa ratification, la Convention s'impose au droit interne comme le dispose l'article 55 de la Constitution de 1958[33]. L'applicabilité de cette Convention est donc directe[34]. « *Étant d'applicabilité directe, les dispositions protectrices de la Convention bénéficient par conséquent d'un effet direct, traditionnellement défini comme la capacité d'une norme internationale à produire directement des droits et des obligations dans le patrimoine juridique des particuliers, droits et obligations que ces derniers seront habilités à invoquer devant le juge interne à l'encontre d'une norme nationale contraire ou en l'absence de norme nationale pertinente* »[35]. Ainsi, les droits présents dans la Convention européenne des droits de l'Homme sont garantis à toute personne se trouvant sur le territoire français. S'ils sont atteints d'une quelconque manière, le justiciable peut les invoquer devant une juridiction. De plus, le juge doit veiller à faire respecter ces droits, autrement, l'État pourrait être condamné par la Cour européenne des droits de l'Homme. Or, « *la condamnation d'un État signataire de la Convention a […] pour incidence d'inciter celui-ci à adapter sa législation aux exigences de la Cour européenne* »[36].

9. Le terme « accusé » présent dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme revêt une acception large. En effet, il ne faut pas le circonscrire à son sens pénal

---

[30] G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droits de la défense », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 1ère éd., Paris, PUF, 2004, p. 366 : « *"Les droits de la défense", qui, comme l'égalité des armes, la contradiction, sont "des éléments de la notion plus large de procès équitable"* ».

[31] Consid. 4, Cons. constit, 28 juill. 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n° 89-260 DC, *JORF* 1er août 1989, p. 9676.

[32] D. SZYMCZAK, « Convention européenne des droits de l'homme : application interne », *Rép. droit euro. Dalloz*, juill. 2017, § 10.

[33] Art. 55, Constitution 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

[34] J.-F. RENUCCI, *Introduction générale à la Convention européenne des droits de l'Homme – Droits garantis et mécanismes de protection*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2005, p. 6.

[35] D. SZYMCZAK, *op. cit.*, § 13.

[36] C. ALBIGES, *Introduction au droit*, 6e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2019, n°77, p. 63.

français qui vise toute personne soupçonnée d'avoir commis un crime et traduite de ce fait devant une cour d'assises, une cour criminelle départementale ou une cour d'assises statuant en appel afin d'y être jugée[37]. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *ENGEL et autres contre Pays-Bas*[38], énonce les trois critères retenus pour l'application du volet pénal de l'article 6 : la qualification en droit interne, la nature de l'infraction et la sévérité de la peine que la personne risque d'encourir. Ainsi, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, « l'accusé » désigne toute personne soupçonnée, après la notification officielle d'une autorité compétente, d'avoir commis une infraction pénale, qu'il s'agisse d'un crime ou non[39]. Le terme « accusé » peut également désigner une personne faisant l'objet de poursuites disciplinaires en détention[40]. Les droits prévus à l'article 6 sont donc garantis aux personnes qui ne font pas nécessairement l'objet d'une procédure pénale.

Ajoutons que la formulation de l'arrêt *DAYANAN* contre Turquie, rendu en 2009, traitant de la garde à vue, nous laisse supposer que la Cour européenne des droits de l'Homme semble considérer les personnes privées de liberté comme une « catégorie » d'accusés dont les droits doivent être particulièrement protégés : « « *[…] Un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit […]* » [41]. Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas circonscrire ce droit à la mise en œuvre d'une garde à vue mais à la privation de liberté.

10. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme doit être lu conjointement à l'article 5 du même texte, relatif au droit à la liberté et à la sûreté, car ces deux stipulations contiennent « *la substance même des droits de la défense dans le procès pénal moderne* »[42]. En effet, l'article 5 garantit des droits visant à protéger les personnes privées de liberté. Certains de ces droits complètent même les droits de la défense tel que le droit de connaître les raisons de l'arrestation – prévu à l'article 5 – qui complète le droit de connaître l'accusation – prévu à l'article 6. Ainsi, nous nous référerons très fréquemment à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme mais nous ne pourrons pas écarter l'article 5 qui complète les droits de la défense.

Enfin, le Conseil constitutionnel a également garanti le droit à un procès équitable, bien que son apport soit moins important que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme[43]. Dans une décision de 2006, le Conseil constitutionnel, se fondant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen[44], a garanti « *le droit des personnes*

---

[37] « Accusé », S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 16.
[38] CEDH, 8 juin 1976, ENGEL et a. c/ Pays-Bas, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Série A n° 22 ; *Cah. dr. eur.* 1978, p. 364, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, p. 481, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1978, p. 695, obs. P. ROLLAND.
[39] CEDH, 27 février 1980, DEWEER c/ Belgique, n°6903/75, §46, Série A n° 35 ; *Cah. dr. eur.* 1982, p. 196, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1981, p. 286, obs. R. PELLOUX ; JDI 1982, p. 197, obs. P. ROLLAND.
[40] CEDH 28 juin 1984, CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni, n° 7819/77 ; 7878/77, §102 : Série A n° 80 ; *Cah. dr. eur.* 1986, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1986, p. 1058, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.
[41] CEDH, 13 oct. 2009, DAYANAN c/ Turquie, n°7377/03, §32.
[42] F. SAINT-PIERRE, « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 206.
[43] S. GUINCHARD, « Procès équitable », *Rép. droit civil Dalloz*, mars 2017 actualisation déc. 2019, n°9 : « *Nous mêlerons sources internationales (essentiellement européennes) et sources constitutionnelles, sachant que ce sont les premières qui, jusqu'à présent, ont le plus apporté de principes directeurs au droit du procès […]* ».
[44] Art. 16 Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition »[45]. Cette solution est quelque peu maladroite car le Conseil semble restreindre le droit au procès équitable à la matière pénale, là où le juge de Strasbourg souhaite étendre ce droit à l'ensemble des procédures existantes.

L'influence du Conseil constitutionnel a été plus importante sur la garantie des droits de la défense que sur celle du droit au procès équitable.

b) La valeur fondamentale des droits de la défense

11. Avant de déterminer la valeur normative des droits de la défense, il convient de définir ces derniers. Les droits de la défense font partie des droits garantis au « *justiciable* »[46]. Il est difficile de donner une définition précise de ceux-ci. Ce qui peut être affirmé est leur nature multiple, comme le démontre l'emploi du pluriel[47] pour désigner « les » droits de la défense. Ils sont donc composés de différents droits.

Les textes qui les garantissent ne les définissent pas nécessairement, à l'instar de l'article 48, alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui déclare simplement : « *Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé* ».

Donner une définition des droits de la défense n'est pas un exercice facile[48]. Monsieur Yannick CAPDEPON, auteur d'une thèse exposant une théorie générale des droits de la défense, propose une définition de ces derniers : le droit pour le plaideur de soutenir ou de contester la prétention, objet de la procédure[49].

La définition à laquelle nous nous rattachons dans cette étude ne vient pas de la doctrine mais de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, l'article 6 de ce texte liste les droits qui composent les droits de la défense : « *Tout accusé a droit notamment à : a) 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 ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d)*

---

[45] Consid. 11, Cons. Constit., 27 juill. 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n°2006-540 DC, *JORF* 3 août 2006, p. 11541, texte n° 2.

[46] Titre de la « Partie 4 : Le justiciable », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, 2022, p. 589 et s.

[47] M. A. FRISON-ROCHE, « Les droits de la défense en matière pénale », in R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1996, n°560, p. 309 : « *Le pluriel est légitime car il s'agit d'un véritable florilège de droits particuliers, se déclinant tout au long du procès et dont il serait vain de vouloir épuiser la liste* ».

[48] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°775, p. 662 : « *Est-il une notion plus difficile à définir ?* » ; J. DANET, *Les droits de la défense*, Paris, Dalloz, coll. À savoir, 2020, p.53 : « *Il n'est pas sûr qu'on puisse donner une définition satisfaisante et* a fortiori *consensuelle des "droits de la défense"* ».

[49] Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Th., Université Montesquieu Bordeaux IV, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013.

interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ». Ainsi, « *contrairement à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne contient pas la formule « droits de la défense ». Une lecture comparée de ces deux instruments juridiques européens révèle toutefois que la CESDH est en réalité plus précise que la CDFUE sur le contenu de ces derniers* »[50]. Les droits composant les droits de la défense étudiés dans cette recherche sont donc ceux inscrits à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à l'exception du droit de se défendre soi-même. En effet, notre étude portant sur la défense apportée par l'avocat, le droit de se défendre soi-même sera donc écarté de notre étude.

12. En dépit du caractère composite des droits de la défense, il se dégage une certaine unité de ces derniers[51] car l'ensemble de ces droits permet d'atteindre deux objectifs. Le premier vise à garantir la défense effective de la personne[52]. Une défense effective signifie une défense réelle, tangible. Ce n'est pas le seul objectif des droits composant les droits de la défense : « *il ressort que ce sont les droits, que toute personne possède pour se protéger de la menace, que constitue pour elle, le procès pénal* »[53]. Cette idée de protection d'un individu face à une menace est reprise par plusieurs auteurs dont Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE[54] et le Professeur PRADEL[55]. Bien plus qu'une protection face à la partie adverse, le second objectif des droits de la défense est d'assurer l'équité de la procédure. Cela signifie que les parties au procès doivent bénéficier des mêmes droits. De plus, l'équité de la procédure assure à celles-ci de ne pas se trouver dans une situation de désavantage vis-à-vis de l'autre.

13. La valeur normative des droits de la défense n'a cessé d'augmenter en droit interne. Tour à tour reconnus comme principe général du droit par le Conseil d'État[56] et par la Chambre criminelle[57], ils étaient considérés comme « *"une règle générale de procédure", c'est-à-dire une*

---

[50] D. ROETS, « Quelques réflexions sur la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière des droits de l'Homme en matière de droits de la défense », *Archives de politique criminelle – Droits de la défense n°37*, Paris, éditions PEDONE, p. 15.

[51] J. DANET, *Les droits de la défense*, Dalloz, coll. À savoir, 2020, pp. 57-58 : « *Les "droits de la défense" pour être exprimés au pluriel n'en présentent pas moins une sorte d'unité qui les dépasse […]* ».

[52] Les objectifs des droits de la défense seront davantage développés en paragraphes § 66 et suivants.

[53] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.*), Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°775, p. 663.

[54] M.- A. FRISON- ROCHE, « Les droits de la défense en matière pénale », in R. CABRILLAC, M.- A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.*), Droits et libertés fondamentaux*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 539 : Les droits de la défense sont « *l'une des prérogatives les plus puissantes qu'un individu puisse opposer à autrui et à l'État* ».

[55] J. PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, 19e éd. Cujas, 2017, n° 47, p.75 : Les droits de la défense constituent « *l'ensemble des prérogatives accordées à une personne impliquée dans une affaire pénale pour lui permettre d'assurer la protection de ses intérêts tout au long du procès face aux actes d'investigation, de poursuite ou de juridiction d'une autorité publique qui portent atteinte à sa situation* ».

[56] CE, 5 mai 1944, Dame Veuve TROMPIER-GRAVIER, n°69751 GAJA.

[57] Cass. Crim., arrêt *Imbert*, 12 juin 1952, Bull. n° 153, JCP 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT : « *Attendu que l'opération exécutée dans de telles conditions doit être considérée comme nulle ; qu'en effet elle a eu pour but et pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense ; […] un principe général, celui du respect des droits de la défense* ».

règle qui s'impose en l'absence de texte, mais que le pouvoir réglementaire peut écarter »[58]. Puis, après un arrêt du Conseil d'État de 1968[59], les droits de la défense ont été vus « *comme un principe général du droit dont le pouvoir réglementaire ne peut s'émanciper* »[60]. Désormais, le pouvoir réglementaire ne peut donc plus écarter le respect des droits de la défense.

Enfin, le Conseil constitutionnel a érigé les droits de la défense au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République[61] – il s'agit du deuxième principe fondamental reconnu par les lois de la République reconnu par le Conseil constitutionnel après la liberté d'association[62]. Le principe du respect des droits de la défense est donc, depuis lors, une norme à valeur constitutionnelle[63]. Les juges de la rue Montpensier ont également reconnu un « *fondement textuel* »[64] à ce principe, à savoir l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen[65]. Cet article a été pris comme fondement car il a une portée large[66].

Les droits de la défense ont ainsi connu un « *progrès hiérarchique* »[67] important, passant d'un principe général de droit que l'on peut écarter à un droit trouvant son fondement au sein de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Les droits de la défense revêtant une valeur constitutionnelle, il est indispensable pour le législateur de les garantir dans chaque procédure. Ceci explique pourquoi les droits de la défense ont été reconnus progressivement dans les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. Les droits de la défense ayant une valeur constitutionnelle, aucune procédure ne peut les écarter.

---

[58] S. GUINCHARD, *Droit processuel- droits fondamentaux du procès*, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2017, n°458, p. 1132.

[59] CE, 13 déc. 1968, Ass. syndicale des propriétaires de Champigny- sur- Marne, *RD publ.* 1969, p. 512, note M. WALINE.

[60] S. GUINCHARD, *Droit processuel- droits fondamentaux du procès*, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2017, n°458, p. 1132.

[61] Consid. 2, Cons. Constit., 2 déc. 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail, n°76-70 DC, *JORF* 7 déc. 1976, p. 7052 : « *Considérant que ces dispositions, desquelles il peut résulter une mise à la charge de l'employeur du paiement, en totalité ou en partie, des amendes et des frais de justice, ne portent atteinte, sous réserve du respect des droits de la défense, tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, à aucune disposition de la Constitution ni à aucun autre principe de valeur constitutionnelle applicable en matière pénale ;* » ; Cons. Constit., 2 févr. 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, n° 95-360 DC, *JORF* 7 févr. 1995, p. 2097, *D.* 1995. Chron. 171, J. PRADEL ; *D.* 1995. Chron. 201 J. VOLFF ; *D.* 1997, Somm. 130, obs. T. S. RENOUX ; *RFDC* 1995, p. 405, note T. S. RENOUX : « *Le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958* ».

[62] Consid. 2, Cons. constit., 16 juill. 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, n° 71-44 DC, *JORF* 18 juill. 1971, p. 7114 : « *Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association* ».

[63] Valeur confirmée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302 P: *D.* 1995, p. 513, concl. M. JÉOL et note R. DRAGO ; *JCP* 1995. II, p. 22478, concl. M. JÉOL et note A. PERDRIAU : « *Attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel* ».

[64] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHÉVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, *Droit constitutionnel*, 24e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, n°172, p. 158.

[65] Consid. 24, Cons. Constit., 30 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, n° 2006-533DC, *JORF* 24 mars 2006, p. 4446, texte n° 6 : *AJDA* 2006, p. 1961, note C. GESLOT.

[66] Art. 16 DDHC : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

[67] M.- A. FRISON-ROCHE, « Les droits de la défense en matière pénale », in R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 3e éd, Paris, Dalloz, 1996, n°573, p. 317.

À cette valeur constitutionnelle, s'ajoute une valeur conventionnelle car les droits de la défense ont été reconnus dans de nombreuses conventions qu'elles soient européennes[68] ou internationales[69]. Cette consécration unanime des droits de la défense dans des textes constitutionnels et supranationaux en fait un droit fondamental du procès.

La définition des droits de la défense est utile pour définir à présent la « défense ».

B. L'avocat, représentant évident de la « défense »

14. La « défense » employée dans le titre de notre recherche renvoie à une acception précise (b). Avant de la définir, il faut s'intéresser à la profession d'avocat qui est au cœur de notre étude (a).

a) Une profession dédiée à la défense : l'avocat

15. L'étymologie du terme « avocat » (provenant du latin *advocatus,* « celui qui est appelé, convoqué ») désigne le conseiller, le défenseur appelé à la barre pour plaider. « *L'avocat, personnage emblématique du prétoire – notamment pénal – ne se présente plus* »[70]. En effet, toute personne, juriste ou non, connait l'avocat et s'en fait une représentation grâce aux œuvres de la culture populaire[71] et surtout aux articles et ouvrages s'intéressant aux grands procès criminels[72].

La profession d'avocat est notamment connue pour les plaidoiries de ce dernier : « *N'oublions pas que, jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'avocat n'avait pas d'autre droit que de plaider la cause de son client, lors de l'audience de jugement. […] L'avocat ne pouvait qu'être un plaideur, et rien d'autre* »[73] .

L'avocat est qualifié d'auxiliaire de justice par la loi du 31 décembre 1971[74], ce qui signifie qu'il est chargé de participer à la bonne administration de la justice notamment grâce à ses missions auprès des justiciables : « *donner des consultations, rédiger des actes et défendre, devant les juridictions, les intérêts de ceux qui lui confient leur cause, et dont la mission comprend l'assistance (conseil, actes, plaidoirie) et/ ou la représentation (postulation devant*

---

[68] Art. 48 Charte des droits fondamentaux de l'UE : « *Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé* » ; Art. 6 § 3 Conv. EDH.

[69] Article 11 DUDH adoptée le 10 décembre 1948 à Paris : « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. […]* » ; Art. 14 du Pacte international aux droits civiques et politiques « *3. Toute personne accusée a droit (b) à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix* ».

[70] Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Th., Université Montesquieu Bordeaux IV, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, p. 143, §261.

[71] Telles que les films « La vérité » de Henri-Georges Clouzot de 1960, « L'abolition » de Jean-Daniel Verhaege de 2009, « L'hermine » de Christian Vincent de 2015…

[72] M. ARON, *Les grandes plaidoiries des ténors du barreau*, Paris, Pocket, 2015, 448 p.

[73] F. SAINT- PIERRE, « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 260.

[74] Art. 3, al. 1er Loi n° 71-1130 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv. 1972, p. 131.

les juridictions où son intermédiaire est obligatoire) »[75]. Pour certains, il est bien plus qu'un auxiliaire de justice, il est un « *partenaire de justice* »[76]. Cette dénomination est intéressante car elle souligne le lien entre l'avocat et le juge. Les deux ne sont, en effet, pas nécessairement des adversaires. Ces deux professionnels du droit peuvent même travailler de concert pour rechercher la manifestation de la vérité ou pour préserver les intérêts d'une partie – le juge bien entendu doit rester impartial mais doit également s'assurer du respect des droits du justiciable.

Parmi les actes effectués par l'avocat, les consultations sont des avis qu'il donne à son client venu le consulter sur un point en particulier. Lorsque l'avocat rencontre la personne privée de liberté dans le lieu de privation de liberté, cette dernière va avant tout l'entretenir de la procédure en cours. Les consultations juridiques ne seront donc pas abordées dans cette étude. De la même manière, la rédaction d'actes est une mission dépendant davantage du droit civil comme lors de la rédaction d'un acte sous seing privé contresigné par l'avocat[77]. Cette mission sera donc également écartée de cette étude. Les missions qui retiendront notre attention sont celles découlant de la défense du client[78] devant les juridictions et l'administration pénitentiaire : la représentation et l'assistance.

16. De plus, la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose que l'avocat doit exercer ses fonctions « *avec dignité, conscience, indépendance et humanité* » selon les termes de son serment[79]. Ces différents termes viennent éclairer l'avocat sur sa façon d'exercer sa profession. Ainsi, un avocat exerçant ses fonctions avec conscience doit savoir où se situe l'intérêt de son client et doit agir en conséquence. L'avocat doit rester indépendant afin de répondre au mieux aux attentes de son client. Puis, au vu de son lien avec son client, l'humanité est une qualité essentielle chez l'avocat, *a fortiori* quand il se rend dans un lieu de privation de liberté pour rencontrer son client, fragilisé par la privation de liberté dont il fait l'objet. Enfin, la « dignité » employée dans la prestation de serment indique que l'avocat doit se faire respecter comme il doit respecter ses interlocuteurs – qu'il s'agisse de son client ou de l'autorité judiciaire. La dignité peut également s'employer vis-à-vis de la profession que l'avocat représente.

Précisons que dans cette étude, nous ne parlerons que de l'avocat à la Cour et non de l'avocat aux Conseils qui assiste les justiciables devant le Conseil d'État ou devant la Cour de cassation[80]. L'avocat à la Cour sera ainsi désigné par le terme « avocat ». Afin d'éviter une

---

[75] G. CORNU (dir.), « Avocat », *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2022, p. 112.
[76] A. MOLLA, « L'avocat face à son client », *AJ pénal* 2007, p. 308.
[77] Art. 66-3-1 Loi n° 71-1130 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv.1972, p. 131 : « *En contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte* ».
[78] M. A. FRISON-ROCHE, « Ordre et avocat. Être moderne sans se perdre », Avocats et ordres du 21e siècle, ouvrage collectif de la conférence des Bâtonniers, J. L. FROGET, M. A. FRISON-ROCHE (dir.), Dalloz, 2014, coll. Thèmes et commentaires, p. 204 : « *L'avocat a besoin d'être indépendant à l'égard de tous pour protéger son client et pour ne pas collaborer avec les tiers qui menacent celui-ci ; l'avocat exprime ainsi son identité : prendre la défense de son client, sans porter de jugement sur celui-ci, une fois qu'il l'a librement accepté comme client* ».
[79] Art. 3, loi n° 71-1130 31 déc. 1971.
[80] S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 117 : « *L'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation est un officier ministériel, mais non public, qui assiste et représente les plaideurs devant le Conseil d'État et devant la Cour de cassation* ».

redondance, les termes « conseil » ou « défenseur » pourront également être employés de la même manière pour désigner l'avocat.

Pour finir, la commission d'office sera abordée à plusieurs reprises mais nous pouvons d'ores et déjà définir l'avocat commis d'office comme un « *avocat désigné par le Bâtonnier, en matière criminelle ou correctionnelle sur la simple demande de l'inculpé […]* »[81]. Ainsi, en principe, la désignation d'un avocat revient à la personne privée de liberté elle-même. Si elle n'en désigne pas un mais souhaite être assistée d'un conseil, le Bâtonnier se chargera alors de désigner un avocat commis d'office.

L'avocat est donc chargé d'assurer la défense de son client.

b) La définition essentielle de la défense

17. . Dans un arrêt de 1828, la Chambre civile de la Cour de cassation a déclaré que : « *la défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre* »[82]. La défense est donc primordiale car elle conditionne toute condamnation.

Une double définition du terme « défense » est donnée par l'ouvrage *Vocabulaire juridique*. La défense consiste, à la fois, en l'action « *de défendre autrui devant le juge, comme représentant ou assistant d'une partie, de faire valoir ses intérêts* » et celle « *de se défendre en justice, de faire valoir devant le juge ses droits ou ses intérêts soit par soi-même (seul ou avec assistance), soit par représentation selon ce que la loi permet ou ordonne* »[83]. En réalité, ces deux définitions se rejoignent pour désigner la même chose. Il s'agit de prendre la parole devant le juge et de défendre les intérêts de la partie. Notons qu'en procédure civile, la « défense au fond » désigne le « *moyen de défense par lequel le défendeur conteste le bien-fondé de la prétention du demandeur, en fait ou en droit* »[84]. Cette définition sera écartée car la procédure civile ne sera pas abordée.

L'acception de « défense » retenue dans cette étude diffère quelque peu. Le terme « défense » recouvre, en l'occurrence, l'intégralité des droits de la défense. Cela signifie qu'il faudra examiner l'intervention de l'avocat – qui correspond au droit à l'assistance d'un avocat –, la garantie et le respect des droits relatifs à la préparation de la défense et l'exercice des missions de ce dernier – qui peuvent être rattachées au droit de contester l'accusation, de bénéficier d'un droit au recours effectif, etc. – auprès des personnes privées de liberté. À notre sens, ce sont ces différents droits qui composent la défense apportée aux personnes privées de liberté et ils doivent être étudiés dans leur intégralité. En effet, comment assurer une défense effective si l'un de ces droits n'est pas garanti, respecté ou librement exercé ?

Pour finir, notre sujet portant sur les personnes privées de liberté, ces dernières doivent être déterminées.

---

[81] G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 113.
[82] Cass. Civ. 7 mai 1828, S. 1828, 1. 329.
[83] G. CORNU, *op. cit.*, pp. 308-309.
[84] S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 347.

C. La définition indispensable des personnes privées de liberté

18. Notre étude portant sur la défense des personnes privées de liberté, il est indispensable de définir qui sont ces dernières. Le terme de « personne » sera défini (a) puis, la notion de « privation de liberté » le sera (b).

a) La définition de « personnes »

19. Les personnes qui peuvent être privées de liberté ne peuvent être que des personnes physiques. Les personnes morales, correspondant « *à des groupements de personnes ou de biens auxquels le droit confère […] des droits et des obligations* »[85], ne peuvent en aucun cas être privées de liberté. Ces dernières peuvent être condamnées à des peines correctionnelles ou criminelles[86] mais, si certaines peines peuvent représenter une restriction ou une privation de certains droits[87], aucune ne consiste en une privation de la liberté individuelle.

Les mesures privatives de liberté s'appliquent donc ou sont encourues par des personnes physiques et ce, qu'elles soient majeures ou mineures. Concernant les mineurs, il est important de préciser que la procédure pénale relative aux auteurs mineurs a fait l'objet d'un droit spécial[88] par la publication de l'ordonnance du 2 février 1945[89]. Avant cette ordonnance, la loi du 22 juillet 1912[90] sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée – mesure d'observation des mineurs prévenus ou condamnés âgés de 13 à 18 ans – et celle du 27 juillet 1942 relative à l'enfance délinquante[91] ont tenté d'organiser le droit des mineurs.

L'ordonnance de 1945 constituait, jusqu'en 2021, une « charte » en matière de droit pénal des mineurs car elle compilait les différentes règles procédurales, les peines et les mesures éducatives propres dont pouvaient faire l'objet les mineurs. Puis, par une ordonnance du 11 septembre 2019[92], il a été décidé d'abroger cette ordonnance et de consacrer le droit pénal des mineurs au sein d'un code entièrement dédié à cette matière : le code de la justice pénale des mineurs qui est entré en vigueur au 30 septembre 2021. La consécration d'un tel code était

---

[85] C. ALBIGES, *Introduction au droit*, 6e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2019, n° 381, p. 245.
[86] Art. 131-37 et s. CP.
[87] Comme l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, l'exclusion des marchés publics… (J.-Y. MARÉCHAL, « Fasc. 28-75 : PEINES APPLICABLES AUX PERSONNES MORALES. – Peines criminelles et correctionnelles », *JCl. Sociétés Traité*, 2 avr. 2021, n° 59 et s.).
[88] J.-F. RENUCCI, *Le droit pénal des mineurs*, 3e éd., Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998 p.78 : « *La procédure applicable au mineur délinquant tend à prendre en considération la personnalité si particulière de ce jeune justiciable. C'est-à-dire qu'elle se caractérise par une originalité très forte, au point qu'il est de plus en plus difficile d'évoquer un quelconque droit dérogatoire car nous sommes en présence d'un authentique droit spécial* ».
[89] Ord. n° 45-174 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 4 févr. 1945 p. 530.
[90] Loi 22 juill. 1912 sur les tribunaux pour enfants et la liberté surveillée, *JORF* 25 juill. 1912.
[91] Loi n° 683 27 juill. 1942 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 13 août 1942, p. 2778.
[92] Ord. n° 2019-950 11 sept. 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, *JORF* n°0213 13 sept. 2019, texte n° 2.

attendue par une grande partie de la doctrine, l'ordonnance de 1945 apparaissant comme désuète[93].

Ce code prévoit notamment, en son article L. 121-5, la possibilité de prononcer une peine privative de liberté aux mineurs de 13 ans et plus qui doit être « *déterminée en tenant compte de la diminution légale obligatoire ou facultative de peine dont ils bénéficient* »[94]. Les mineurs peuvent également faire l'objet d'une garde à vue[95] - si le mineur est âgé d'au moins 13 ans – ou d'une retenue judiciaire[96] – si le mineur est âgé de 10 à 13 ans et est soupçonné d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Ainsi, un mineur peut être qualifié de personne privée de liberté.

Les personnes de nationalité française, comme les personnes étrangères, peuvent faire l'objet d'une mesure privative de liberté. Certaines mesures ont même pour but de priver de liberté des personnes se trouvant de manière irrégulière sur le territoire français, comme la rétention administrative[97]. Les personnes étrangères peuvent donc aussi être qualifiées de personnes privées de liberté.

Enfin, les textes régissant les différentes procédures n'emploient que le masculin pour désigner « l'étranger », « le suspect », « le mis en examen », « le condamné » etc. Bien entendu, la précision n'est pas faite mais les mesures privatives de liberté s'appliquent à toute personne, peu importe son sexe.

Pour saisir qui sont les personnes privées de liberté, il faut saisir ce qu'est la privation de liberté.

b) La définition de « privation de liberté »

20. « Privatif » vient du latin *privatus*, *privare* qui signifie « mettre à part ». Priver de liberté signifie donc retirer, mettre à part la liberté. La liberté dont il est question est la liberté individuelle.

La définition de cette dernière a connu une importante évolution. Par une décision de 1977, le Conseil constitutionnel érige la liberté individuelle en principe fondamental reconnu par les lois de la République et réaffirme que la garde de cette liberté est confiée à l'autorité judiciaire

---

[93] A. VARINARD, « La justice pénale des mineurs : une justice à réformer », in *Justices et droit du procès- Du légalisme procédural à l'humanisme processuel : Mélanges offerts à Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1012 : « *En dehors de toute polémique dans un domaine qui suscite les passions, il m'a paru important de montrer qu'une réforme s'impose d'abord parce que le texte de l'ordonnance du 2 février 1945 n'apparaît pas toujours, d'un strict point de vue juridique, conforme aux exigences imposées par la protection des droits de l'homme. Ensuite, parce que sur le plan du simple fonctionnement de cette justice, de nombreuses améliorations pourraient assez facilement être apportées sans nullement remettre en cause les fondements du droit pénal des mineurs* » ; » J.-F. RENUCCI, « La justice pénale des mineurs », in *La justice pénale*, Justices 1998, n° 10, p. 121 : « *Il semble que l'abrogation de l'ordonnance de 1945 devienne une nécessité : le texte a vieilli et est trop souvent en décalage avec les réalités nouvelles* ».

[94] P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 3e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°2048, p. 1172.

[95] Art. L. 413-6 et s. CJPM.

[96] Art. L. 413-1 et s. CJPM.

[97] Art. L. 740-1 CESEDA.

sur le fondement de l'article 66 de la Constitution[98]. « *Quoi qu'il en soit, à partir de 1977, au fil des décisions, le Conseil applique naturellement et sans dissidence interne, le régime de protection de l'article 66 de la Constitution, non seulement aux privations de liberté qui relèvent spécifiquement de la « sûreté personnelle », quels qu'en soient la nature et l'objet […] mais aussi à toutes autres restrictions à la liberté individuelle « sous tous ses aspects »* »[99]. Par exemple, par une décision de 1993, le Conseil constitutionnel intègre la liberté du mariage et le droit de mener une vie familiale normale à la liberté individuelle[100]. Puis, par une décision de 2003, la liberté de mariage ne sera plus rattachée à la liberté individuelle mais à la liberté personnelle[101], liberté sauvegardée par les articles 2[102] et 4[103] de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Depuis lors, la liberté individuelle équivaut à la « *liberté physique* »[104]. En effet, « *l'intervention du juge judiciaire requise par l'article 66 de la Constitution n'opère plus que lorsqu'est en cause une privation de liberté, soit une détention, quelle qu'en soit l'appellation, de la personne* »[105].

21. Si la liberté de mariage ne fait plus partie de la liberté individuelle, quelle serait la définition de cette dernière ? La liberté individuelle est-elle identique à la liberté d'aller et venir ? Il est évident qu'une privation de liberté affecte la liberté d'aller et venir car la personne ne peut plus se déplacer comme bon lui semble. Cependant, le Conseil constitutionnel distingue nettement la liberté individuelle de la liberté d'aller et venir : « *Il paraissait donc acquis que la liberté d'aller et venir constituait un corollaire de la liberté individuelle. Mais le Conseil constitutionnel a modifié son analyse, à partir de la décision du 16 juin 1999 […] qui dissocie à nouveau nettement « la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ». C'est désormais sur les dispositions très générales des articles 2 […] et 4 […] de la Déclaration de 1789 que repose*

---

[98] Consid. 1 et 2, Cons. constit., 12 janv. 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, n°76-75 DC, *JORF* 13 janv. 1977, p. 344.

[99] G. CANIVET, « Positions et composition dans la genèse d'une liberté fondamentale - Les contours évolutifs de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Titre VII*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°7, oct. 2021, § 7

[100] Consid. 3, Cons. constit., 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n°93-325 DC, *JORF* 18 août 1993, p. 11722 : « *Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage* ».

[101] Consid. 94, Cons. constit., 20 nov. 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité, n°2003-484 DC, *JORF* n°274 27. nov. 2003, texte n° 2 : « *Considérant, toutefois, que le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé* ».

[102] Art. 2 DDHC : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

[103] Art. 4 DDHC : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

[104] C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, 1ère éd, Paris, Sirey, coll. Université, 2016, n° 267, p. 144.

[105] P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2021, n° 431, p. 655.

la liberté d'aller et venir »[106]. Dans une décision de 2015, le Conseil constitutionnel a confirmé que la liberté d'aller et venir était une « *composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »[107]. Ainsi, « *la liberté d'aller et venir n'est pas fondée sur l'article 7 de la Déclaration de 1789 et ne concerne donc pas la privation de liberté des prisonniers ou des personnes internées administrativement* »[108]. La définition de la liberté individuelle a donc été restreinte : « *[…] Alors que des conflits de compétence avaient surgi entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives, [le Conseil constitutionnel] a resserré l'objet de la liberté individuelle, en reliant les deux alinéas de l'article 66 : la liberté individuelle est le droit de ne pas être arrêté ni détenu de façon arbitraire* »[109]. Par conséquent, « *la liberté d'aller et venir est une composante de la liberté individuelle […]* »[110]. Liberté d'aller et venir et liberté individuelle ne sont donc pas identiques.

En réalité, la liberté individuelle est associée à la liberté et au droit à la sûreté. Ce droit peut être défini de la sorte : « *sûreté garantissant les personnes qui résulte de ce que nul ne peut être arrêté ni incarcéré que dans les cas prévus par la loi et suivant des formes prescrites d'avance et du droit pour chacun de n'être jamais traduit devant d'autres juges que ses juges naturels, désignés par la loi* »[111]. Le droit à la sûreté garantit donc à toute personne de ne pas subir une détention dite « arbitraire », c'est-à-dire décidée en dehors de tout cadre légal. Le droit à la sûreté est garanti dans de nombreux textes : la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen[112], la Convention européenne des droits de l'Homme[113] et le Pacte international des droits civils et politiques[114].

22. Cependant, si ces textes garantissant les droits fondamentaux définissent la liberté ou le droit à la sûreté, ils ne précisent pas ce qu'est une privation de liberté. En effet, l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne fait qu'énumérer, en son premier paragraphe, six mesures privatives de liberté dont peuvent faire l'objet un condamné, un prévenu, un suspect, un mineur, un malade, un aliéné, un alcoolique, un toxicomane, un vagabond et un étranger. Cependant, « *une telle liste est à la fois limitative et d'interprétation étroite* »[115] et ne

---

[106] P. WACHSMANN, *op. cit.*, n° 451, p. 717.
[107] Consid. 4, Cons. constit., 14 oct. 2015, M. Omar K., n°2015-490 QPC, *JORF* n°0240 16 oct. 2015 p. 19327, texte n° 76 : Rec. Cons. const., p. 524 ; Constitutions 2015, p. 585, note O. LE BOT.
[108] A. HEYMANN-DOAT, *50 libertés et droits fondamentaux*, 3e éd., Paris, Dalloz, coll. À savoir, 2022, p. 11.
[109] A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, pp. 144-145.
[110] X. PHILIPPE, « La liberté d'aller et venir », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°504, p. 412.
[111] G. CORNU, *op. cit.*, p. 615.
[112] Art. 7 DDHC : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance* ».
[113] Art. 5, § 1er Conv. EDH : « *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 […]* ».
[114] Art. 9, § 1er PIDCP : « *Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi* ».
[115] L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 8e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°692, p. 725.

saurait constituer une définition de la privation de liberté – le texte ne faisant qu'énoncer des exemples.

La définition la plus précise de la privation de liberté apparait au sein du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 18 décembre 2002. Ce Protocole insiste sur la création d'organismes internationaux nationaux indépendants chargés de visiter régulièrement les lieux de privation de liberté afin de prévenir la torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants[116]. L'article 4 de ce Protocole définit ainsi la privation de liberté : « *Aux fins du présent Protocole, on entend par privation de liberté toute forme de détention ou d'emprisonnement, ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé de surveillance dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonné par une autorité judiciaire ou administrative ou toute autre autorité publique* ».

La privation de liberté est donc le placement dans un « établissement de surveillance », un lieu dédié à la privation de liberté, où la personne est surveillée afin de s'assurer qu'elle ne quitte pas le lieu. Ce critère de placement dans un établissement fermé prévu à cet effet est confirmé dans l'ouvrage de *Vocabulaire juridique*[117]. Ce lieu peut être le domicile d'un particulier – par exemple si une personne exécute une assignation à résidence sous surveillance électronique[118] – ou un lieu privatif de liberté appartenant à l'État[119].

De plus, le critère le plus évident de la privation de liberté est le fait que la personne ne puisse quitter le lieu où elle est enfermée « à son gré ». Dans un arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme[120], il a été décidé d'écarter l'application de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme – relatif au droit à la liberté et à la sûreté – aux motifs que « *s'agissant de la nature et du degré des restrictions imposées aux requérants, la question essentielle pour la Cour est de savoir s'ils pouvaient quitter la zone de transit pour se rendre ailleurs que sur le territoire hongrois. Elle note que […] les requérants pouvaient quitter la zone de transit à pied pour se rendre en Serbie comme l'ont fait d'autres personnes se trouvant dans une situation similaire. […] Au regard des circonstances de l'affaire […] la Cour conclut donc à l'inapplicabilité de l'article 5, § 1, de la Convention* »[121].

Enfin, le dernier critère définissant la privation de liberté est qu'elle doit être ordonnée par une autorité judiciaire, administrative ou publique. Nous complétons ce critère par la lecture de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui exige que la privation de liberté soit strictement encadrée par la loi[122]. La Cour européenne des droits de l'Homme déclare ainsi :

---

[116] Art. 1er Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants.

[117] G. CORNU, *op. cit*., p. 615 : « *[Les mesures privatives de liberté sont des] mesures de sûreté ou peines complémentaires pouvant consister dans le placement de l'intéressé dans un établissement fermé* ».

[118] Nous expliquerons en quoi cette mesure est une mesure privative de liberté au paragraphe § n° 24.

[119] Exemple du centre pénitentiaire de Casabianda-Aléria en Corse qui appartient à l'État : T. confl. 11 mai 2020, EARL Finucchiola, n° C4181 : *JCP Adm*. 2020, nos 21-22, note P. YOLKA.

[120] CEDH, Gr. Ch., 21 nov. 2019, ILIAS ET AHMED c/ Hongrie, n° 47287/15.

[121] L. MILANO, « Droit à la liberté et à la sûreté - Le confinement dans une zone de transit transfrontalière n'est pas constitutif d'une privation de liberté », *JCP G* n° 51, 16 déc. 2019, p. 1342.

[122] Art. 7 DDHC : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres*

« *Toute privation de liberté doit toutefois être opérée « selon les voies légales », dans le cadre d'une procédure répondant à l'exigence de « qualité de la loi », et ne pas être entachée d'arbitraire. […] En outre, la détention d'une personne constitue une atteinte majeure à la liberté individuelle et doit toujours être soumise à un contrôle rigoureux* »[123]. La détention arbitraire est donc rigoureusement interdite et constitue même une infraction en droit pénal français[124]. Un agent des douanes a en effet été condamné pour avoir retenu une personne dans les locaux des douanes « *en s'affranchissant des règles de procédure douanière, [commettant ainsi] un acte arbitraire, attentatoire à la liberté de celle-ci* »[125].

En outre, le fait que la mesure privative de liberté soit prévue par les textes ne suffit pas. La mesure privative de liberté doit également se conformer aux garanties procédurales prévues à l'article 5, paragraphes 2 à 4[126], de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La définition de ces termes nous aidera à préciser le champ de l'étude.

II- Le champ de l'étude

23. Notre étude porte sur la défense par l'avocat des personnes privées de liberté. Ainsi, nous étudierons la garantie et le respect des droits de la défense et nous nous attacherons à vérifier leur exercice au sein des lieux de privation de liberté. Cette défense sera vue uniquement à travers le prisme de l'avocat. Cependant, « *la défense ne peut et ne doit pas se résumer à l'avocat* » [127]. En effet, certaines personnes privées de liberté ont la possibilité de renoncer à leur droit à l'assistance d'un avocat et de se défendre seules mais ce point ne sera pas abordé dans cette étude.

24. La défense étudiée est celle assurée aux personnes faisant l'objet d'une mesure privative de liberté. Il a été fait le choix de désigner comme « personnes privées de liberté » toutes personnes – et uniquement ces personnes – placées dans un lieu de privation de liberté appartenant à l'État et non à des particuliers.

---

arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

[123] CEDH, Gr. ch., 21 nov. 2019, Z. A. et autres c/ Russie, n° 61411/15, § 161.

[124] Art. 432-4, art. 432-5 et art. 432-6 CP.

[125] Cass. Crim. 8 févr. 2012, n° 11-81.259 P : *D. actu*. 24 févr. 2012, obs. M. BOMBLED ; *D*. 2012, p. 723, note S. DETRAZ ; *AJ pénal* 2012, p. 291, obs. G. ROUSSEL ; *Gaz. Pal*. 2012. 2. 2228, obs. E. DREYER ; *RSC* 2012, p. 589, obs. S. DETRAZ.

[126] Art. 5 § 2 à § 4, Conv. EDH : « *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 ».

[127] Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Th., Université Montesquieu Bordeaux IV, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, §263, p. 145.

De ce fait, les personnes placées sous bracelet électronique seront seulement abordées dans cette étude – et non étudiées comme les autres personnes privées de liberté –, bien qu'elles revêtent, en fonction de la mesure exécutée, la qualité de personne privée de liberté. La formule « bracelet électronique » désigne, en réalité, plusieurs mesures.

Il peut s'agir, notamment, de la détention à domicile sous surveillance électronique sous forme de peine ou sous forme d'aménagement de peine – cette double nature est issue de la loi du 23 mars 2019[128]. « *La peine de détention à domicile sous surveillance électronique ne suppose pas une mise sous écrou pour son exécution, s'agissant d'une peine alternative à l'emprisonnement, au contraire de la mise en œuvre de l'aménagement de peine du même nom qui assortit une peine d'emprisonnement ferme* »[129]. Ainsi, bien que le dispositif utilisé soit identique[130], la peine de détention à domicile sous surveillance électronique est une alternative à l'emprisonnement tandis que la détention à domicile sous surveillance électronique, en tant qu'aménagement de peine, est une modalité d'exécution d'une peine privative de liberté[131].

Par ailleurs, une personne mise en examen peut porter un bracelet électronique dans le cadre d'une assignation à résidence sous surveillance électronique. Créée par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, cette mesure est, aux termes de l'article 142-12 du code de procédure pénale, une mesure « *alternative à la détention provisoire* ». Cela signifie-t-elle que, à l'instar de la détention à domicile sous surveillance électronique-peine, l'assignation à résidence sous surveillance électronique n'est pas une mesure privative de liberté ? La Chambre criminelle a répondu par l'affirmative une unique fois, dans un arrêt de 2015, en déclarant que « *l'assignation à résidence avec surveillance électronique, qui peut être ordonnée par un juge d'instruction ou par un juge des libertés et de la détention, est une mesure alternative à la détention provisoire, à laquelle elle ne peut être assimilée au cours de l'information* »[132]. Dans cette affaire, un juge d'instruction a rendu une ordonnance de mise en accusation moins d'un mois après la notification du réquisitoire définitif du Parquet. Or l'article 175 du code de procédure pénale dispose que les parties et leurs avocats disposent d'un délai de dix jours, si la personne est détenue, pour faire part des observations complémentaires. Le texte précise que « *dans les autres cas* », le délai est d'un mois. Ainsi, en ne respectant pas ce délai d'un mois de réponse, les juges du fond ont assimilé, à tort selon la Cour de cassation, l'assignation à résidence sous surveillance électronique à une détention provisoire. Par cette solution, la Chambre criminelle semble, sinon s'opposer à la nature de mesure privative de liberté de

---

[128] Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n°2.

[129] A. PONSEILLE, *Droit de l'exécution des peines*, Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2021, n°354, p. 232.

[130] Art. 723-8, al. 1er CPP : « *Le contrôle de l'exécution de la mesure est assuré au moyen d'un procédé permettant de détecter à distance la présence ou l'absence du condamné dans le seul lieu désigné par le juge de l'application des peines pour chaque période fixée. La mise en œuvre de ce procédé peut conduire à imposer à la personne assignée le port, pendant toute la durée de la détention à domicile sous surveillance électronique, d'un dispositif intégrant un émetteur* ».

[131] J.-P. CÉRÉ, L. GRÉGOIRE, « Peine : nature et prononcé », *Rép. pénal Dalloz*, juin 2020 actualisation juin 2022, § 151 : « *Lorsqu'il prononce une peine d'emprisonnement, le juge conserve une faculté de détermination des modalités d'exécution de cette peine. En effet, afin d'éviter l'incarcération du condamné, il peut procéder à un aménagement* ab initio *de cette peine d'emprisonnement en décidant qu'elle sera accomplie sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou du placement sous surveillance électronique* ».

[132] Cass. Crim. 17 mars 2015, n° 14-88.310, P, n° 55 ; *D.* 2015, p. 735 ; *RSC* 2015, p. 400, obs. D. BOCCON-GIBOD ; *Dr. pénal*, n° 2015, comm. 76, A. MARON et M. HAAS.

l'assignation à résidence sous surveillance électronique, du moins ne pas la qualifier ainsi en matière de délais de l'article 175. En revanche, il existe plusieurs arguments permettant d'affirmer que l'assignation à résidence sous surveillance électronique est une mesure privative de liberté. Ainsi, l'article 142-11 du code de procédure pénale dispose que l'assignation à résidence sous surveillance électronique « *est assimilée à une détention provisoire pour l'imputation intégrale de sa durée sur celle d'une peine privative de liberté* »[133]. La durée de l'assignation à résidence sous surveillance électronique sera donc déduite de la peine privative de liberté ultérieurement – et éventuellement – prononcée, tout comme le serait une détention provisoire. Ainsi, malgré cette solution de la Chambre criminelle, il est possible d'affirmer que l'assignation à résidence sous surveillance électronique est une mesure privative de liberté.

Par souci d'exhaustivité, il nous faut mentionner les autres mesures qui impliquent la pose d'un dispositif de surveillance, bien qu'elles ne puissent être qualifiées de mesures privatives de liberté.

Ainsi, la personne, soupçonnée ou auteure de violences conjugales[134], portant un bracelet anti-rapprochement n'est pas considérée comme une personne privée de liberté car aucun horaire de sortie ne lui est imposé. Le dispositif installé est un dispositif de surveillance mobile qui permet de s'assurer que la personne ne se rapproche pas de la victime des violences conjugales[135].

De manière similaire, le placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté[136] ne sera pas davantage abordé. « *Le placement sous surveillance électronique mobile ne peut être décidé de manière autonome […] il s'agit en réalité d'une obligation particulière qui est décidée dans le cadre d'une autre mesure qui est, soit une peine (la peine de suivi socio-judiciaire), soit un aménagement de peine (la libération conditionnelle), soit enfin d'autres mesures de sûreté (les surveillances judiciaire et de sûreté)* »[137]. Tout comme le bracelet anti-rapprochement, cette mesure n'implique pas le respect d'horaires de sortie. Cette mesure n'est donc pas une mesure privative de liberté.

Ainsi, nous aurions pu traiter des personnes mises en examen assignées à résidence sous surveillance électronique et des personnes condamnées dont l'aménagement de peine est une détention à domicile sous surveillance électronique. Nous avons fait le choix d'exclure ces personnes de notre étude car l'exercice de leurs droits de la défense diffère des autres personnes privées de liberté. En effet, alors que les personnes privées de liberté n'ont pas toujours la possibilité de comparaitre devant leur juge – une visioconférence peut alors être mise en place – les personnes sous bracelet électronique ne rencontrent pas cette difficulté. Qu'il s'agisse de l'assignation à résidence sous surveillance électronique ou de la détention à domicile sous surveillance électronique, la personne peut comparaitre personnellement devant son juge.

---

[133] Art. 142-11 CPP.

[134] Sur décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention (Art. R. 24-14 CPP), du juge aux affaires familiales (Art. 515-11 C.civ.), de la juridiction de jugement ou de la juridiction de l'application des peines (Art. R. 60-1 CPP).

[135] Art. 138-3 CPP : « *Afin d'assurer le respect de l'interdiction [d'entrer en contact avec la victime], [le juge peut] astreindre cette personne au port, pendant toute la durée du placement, d'un bracelet intégrant un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national et si elle s'approche de la victime à qui a été attribué un dispositif électronique permettant également sa localisation* ».

[136] Art. 131-36-9 et s. CP.

[137] A. PONSEILLE, *op. cit.*, n° 674, p. 379.

Enfin, et surtout, la communication entre la personne sous bracelet électronique et son conseil est beaucoup plus libre que celle entre une personne détenue et son avocat. En effet, une personne sous bracelet électronique peut se rendre, durant ses horaires de sortie, au cabinet de son conseil. De plus, la personne peut contacter son avocat avec un portable quand elle le souhaite tandis que dans un établissement pénitentiaire, les téléphones portables sont interdits. Cette importante différence en matière d'exercice des droits de la défense nous a conduit à écarter ces personnes de notre étude.

Pour finir, il a également été choisi de ne pas traiter de l'extradition[138] et de l'arrestation aux fins de remise à la Cour pénale internationale[139]. Ces procédures peuvent conduire à la privation de liberté de la personne recherchée[140] en France mais elles sont initiées par la Cour pénale internationale ou par un pays qui n'est pas membre de l'Union européenne. Nous décidons d'écarter ces procédures car nous étudions seulement les mesures privatives de liberté ordonnées par une juridiction ou une administration française ou européenne si la mesure privative de liberté est exécutée en France – par exemple, lors de l'émission d'un mandat d'arrêt européen.

25. Bien qu'elles ne soient pas placées dans un lieu de privation de liberté, nous avons souhaité intégrer à cette étude les personnes encourant seulement une mesure privative de liberté : les personnes mises en examen devant le juge d'instruction qui peuvent être placées en détention provisoire, les personnes prévenues comparaissant – parfois libres – devant une juridiction de jugement et les personnes condamnées libres comparaissant devant le juge de l'application des peines. Il aurait été difficile d'occulter, par exemple, le contentieux des condamnés libres devant le juge de l'application des peines alors qu'une peine privative de liberté peut être mise à exécution en cas de non-observation des obligations ou interdictions imposées.

De plus, nous avons souhaité étudier les différentes procédures de jugement en matière de délit – comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, convocation par officier de police judiciaire… – car elles représentent un intérêt au regard de l'étude des droits de la défense. Or, lors de ces procédures, la personne n'est pas privée de liberté, elle n'encourt seulement qu'une mesure privative de liberté. Le choix a donc été fait de les intégrer à notre recherche.

26. Ainsi, nous aborderons comment s'exercent les droits de la défense dans les lieux de privation de liberté appartenant à l'État. Pour définir ces derniers, il faut se référer à l'activité du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Celui-ci indique se rendre dans des établissements pénitentiaires, des établissements de santé, des établissements placés sous l'autorité conjointe du ministère de la santé et du ministère de la justice, des locaux de garde à vue, des locaux de rétention douanière, des centres et locaux de rétention administrative des étrangers, des zones d'attente des ports et aéroports, des dépôts ou geôles situés dans les

---

[138] Art. 696 et s. CPP.

[139] Art. 627-4 et s. CPP.

[140] Art. 696-11, al. 2 CPP : « *Le premier président de la cour d'appel ou le magistrat du siège désigné par lui ordonne l'incarcération et le placement sous écrou extraditionnel de la personne réclamée à la maison d'arrêt du siège de la cour d'appel* » ; Art. 627-5, al. 4 CPP : « *S'il décide de ne pas laisser en liberté la personne réclamée, le procureur de la République la présente au juge des libertés et de la détention qui ordonne son incarcération à la maison d'arrêt* ».

tribunaux, des centres éducatifs fermés[141]. Nous étudierons l'ensemble des procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté qui s'exécutent dans ces différents lieux. Nous tenons à préciser que nous ne tiendrons pas compte des règles procédurales applicables en Outre-mer[142].

27. Au vu de cette délimitation, certaines procédures sont, de ce fait, exclues de notre champ d'étude. Tel est le cas des audiences du tribunal de police car les peines privatives de liberté n'y sont pas encourues. De plus, le placement aux arrêts des militaires[143] ne sera pas étudié – car ni le droit d'accès au juge, ni les droits de la défense[144] ne sont garantis et les arrêts des militaires n'ont pas été reconnus comme mesure privative de liberté par le Conseil constitutionnel[145].

Par ailleurs, les mesures n'entrainant pas de privation de liberté ne seront pas étudiées comme les peines d'amende, de travail d'intérêt général, les mesures éducatives encourues par les mineurs… Elles seront cependant abordées[146] car leur inexécution peut entrainer l'exécution d'une mesure privative de liberté. Par ailleurs, les procédures relatives au droit d'asile – comme l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et la Cour nationale du droit d'asile – ne seront pas étudiées mais seulement mentionnées[147] car elles n'entrainent pas de privation de liberté. Ainsi, si les personnes étrangères, placées dans un centre de rétention administrative, présentent une demande d'asile, c'est la mesure de rétention administrative qui sera étudiée car c'est celle-ci qui entraine la privation de liberté. Dans la même optique, nous ne traiterons pas du contentieux du juge administratif en matière de droit des étrangers – dans le cadre par exemple d'une mesure de remise aux autorités d'un État membre de l'Union européenne accompagnée d'un placement en rétention administrative –, nous ne traiterons que du contentieux relatif à la rétention administrative dévolu au juge des libertés et de la détention.

28. Les instruments utilisés au cours de cette étude sont avant tout les textes normatifs et la jurisprudence. Ces sources vont en effet constituer un socle solide nous permettant de connaître les règles procédurales et donc, la garantie des droits de la défense. Les textes normatifs étudiés proviennent du droit interne mais aussi du droit européen – décisions-cadres, directives. Pour ce qui est de la jurisprudence, nous allons étudier les jurisprudences judiciaire et administrative. De plus, au-delà de la jurisprudence française, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme, surtout, enrichiront notre analyse. En effet, la jurisprudence offre un éclairage sur le respect de ces droits ou leur exercice dans les lieux de privation de liberté.

---

[141] Site du CGLPL (https://www.cglpl.fr/missions-et-actions/sa-mission/).
[142] Art. 804 et s. CPP.
[143] Art. L. 4137-2 C. déf. : « *Les sanctions disciplinaires applicables aux militaires sont réparties en trois groupes: 1° Les sanctions du premier groupe sont : […] e) Les arrêts ;* ».
[144] Art. R. 4137-5, al. 1er C. déf. : « *Avant qu'une sanction ne lui soit infligée, le militaire a le droit de s'expliquer oralement ou par écrit, seul ou accompagné d'un militaire en activité de son choix sur les faits qui lui sont reprochés devant l'autorité militaire de premier niveau dont il relève* ».
[145] Consid. 8, Cons. constit., 27 fév. 2015, M. Pierre T. et autre , n° 2014-450 QPC, *JORF* n°0051 1er mars 2015, p. 4021, texte n° 33 : « *Considérant, d'une part, que les dispositions dont le Conseil constitutionnel est saisi n'instituent pas une sanction disciplinaire entraînant une privation de liberté* ».
[146] Aux paragraphes § n°96 et s.
[147] Au paragraphe § n° 377.

« *La multiplicité et l'hétérogénéité des lieux de captivité ainsi que leur dispersion* »[148] représentent un réel enjeu pour s'assurer du respect et du plein exercice des droits de la défense. Pour contrer cette difficulté, des autorités indépendantes ont été créées pour s'assurer du respect de l'ensemble des droits fondamentaux des personnes privées de liberté. Ainsi, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a été créé par la loi du 30 octobre 2007 afin de « *répondre aux standards européens en la matière et de respecter les stipulations du Protocole facultatif à la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, signé par la France le 16 septembre 2005* »[149]. Les avis, rapports et recommandations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté seront une source précieuse pour connaitre l'exercice des droits de la défense dans les lieux de privation de liberté. De plus, créé en 2011[150], le Défenseur des droits est notamment chargé de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État et de défendre et promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant[151]. Cette autorité constitutionnelle indépendante[152] n'a pas pour unique but d'examiner le respect des droits fondamentaux des personnes privées de liberté. Néanmoins, le Défenseur des droits peut être saisi par ces dernières si leurs droits sont atteints. Par ailleurs, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, fondée en 1947[153], a pour rôle de conseiller les pouvoirs publics en matière de droits de l'homme et de contrôler le respect par la France de ses engagements internationaux en la matière[154]. Ainsi, nous pourrons nous référer aux avis de cette Commission ainsi qu'aux décisions du Défenseur des droits.

Des organismes européens et internationaux ont également été créés pour contrôler le respect des droits fondamentaux des personnes privées de liberté : le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants[155] et le Comité international contre la torture[156]. Leurs rapports seront ainsi utiles pour connaitre la situation des personnes privées de liberté dans d'autres pays.

En outre, la doctrine a également été une source de droit importante pour cette étude car l'opinion des auteurs a enrichi notre propre réflexion. En effet, par le biais d'ouvrages généraux ou d'articles spécifiques, la doctrine s'est exprimée sur les droits de la défense, l'intervention de l'avocat lors de la mise en œuvre de mesures privatives de liberté ou son rôle auprès d'une personne privée de liberté. L'apport conséquent de la doctrine a constitué une aide dans la réflexion faite dans cette étude.

Au vu de l'étendue du champ de l'étude, celle-ci a de multiples intérêts.

---

[148] E. SENNA, « Contrôleur des lieux de privation de liberté », *Rép. pénal Dalloz*, avril 2015, n°119.
[149] Exposé des motifs, Loi n° 2007-1545 30 oct. 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *JORF* n°253 31 oct. 2007, texte n° 1.
[150] Loi organique n° 2011-333 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n°0075 30 mars 2011, texte n° 1.
[151] Art. 4, Loi organique n° 2011-333 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n°0075 30 mars 2011, texte n° 1.
[152] Art. 41, Loi constitutionnelle n° 2008-724 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JORF* n°0171 24 juill. 2008, texte n° 2.
[153] Arrêté 17 mars 1947 constituant une commission consultative pour la codification du droit international et de la définition des droits et devoirs des États et des droits de l'homme, *JORF* n°0074 27 mars 1947.
[154] Site internet de la CNCDH : https://www.cncdh.fr/presentation/missions.
[155] Créé en 1989, il fait partie du Conseil de l'Europe.
[156] Relevant du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, ce Comité a été créé en 1987.

III- Les intérêts de l'étude

29. « *L'individu privé de liberté reste en effet, malgré sa privation de liberté, et à l'instar de l'homme libre, un « sujet de droit »* »[157]. À ce titre, ses droits fondamentaux doivent être garantis et respectés. Notre étude présente l'originalité d'étudier en particulier les droits de la défense des personnes privées de liberté.

Tout d'abord, l'étendue du champ de cette étude étant importante, elle permet d'analyser la garantie des droits de la défense au sein de nombreuses procédures. Les différentes procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté seront donc analysées et la garantie des droits de la défense qui y est faite sera détaillée. De plus, il ne s'agit pas de faire un simple « panorama » de cette garantie des droits de la défense. Il conviendra également d'analyser le respect qui en est fait ainsi que la possibilité pour les personnes privées de liberté d'exercer leurs droits de la défense.

De plus, une analyse approfondie des atteintes au respect des droits de la défense nous permettra de mieux cerner les causes de ces atteintes et, donc, de proposer les moyens d'y remédier.

Analyser la défense des personnes privées de liberté participe à s'assurer du respect de la dignité de la personne humaine. En effet, considérer la personne privée de liberté comme un sujet de droit qui doit pouvoir exercer l'ensemble des droits de la défense assure le respect de la dignité humaine[158]. Par ailleurs, une telle étude participe à sauvegarder l'État de droit[159] car « *en soumettant [la personne privée de liberté] à une mesure d'enfermement, l'autorité publique exerce une prérogative qui, dans un État de droit, ne tire sa légitimité que du respect le plus strict du droit et des procédures qui la fondent, la définissent et l'encadrent. Cependant, les droits les plus essentiels comme les procédures les plus protectrices n'ont d'effectivité que dans la mesure où leur en prêtent les juridictions qui en assurent le respect et auxquelles toute personne enfermée doit pouvoir faire appel. Pour que s'exerce pleinement, au sein des lieux d'enfermement, la force du droit contre le droit de la force, il est essentiel de faire des droits de la défense des droits premiers, non pas en importance mais dans l'ordre des moyens* »[160]. Il est donc primordial de respecter les droits de la défense car « *leur respect représente une exigence majeure de tout système de garantie des libertés fondamentales* »[161].

---

[157] B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté – Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Th., Université de Montpellier, 2007, p. 14.

[158] D. VIRIOT-BARRIAL, « Dignité de la personne humaine », *Rép.pénal Dalloz*, juin 2014 actualisation sept. 2020, n° 15 : « La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais elle constitue la base même de ces droits fondamentaux ».

[159] C. MARIE, « Défense (droits de la-) », in *Dictionnaire des droits de l'Homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.- P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, PUF, 2008, p. 258 : « *C'est sûrement dans ce domaine [de droit pénal] que le principe des droits de la défense prend toute son ampleur […] Au-delà du droit pénal, les droits de la défense sont consubstantiels à toute procédure contentieuse ou non-contentieuse (pénale, civile, administrative, disciplinaire, économique) et leur respect représente une exigence majeure de tout système de garantie des libertés fondamentales* ».

[160] Avis du CGLPL relatif à la défense dans les lieux de privation de liberté, 23 avr. 2020, *JORF* 25 juin 2020, texte n°130, p. 1.

[161] C. MARIE, « Droits de la défense », in *op. cit*., p. 258.

La problématique doit être à présent définie.

IV- La problématique

30. En raison de l'étendue de cette étude et de la grande diversité des procédures analysées, la recherche de la problématique a représenté une certaine difficulté. Dès les premières recherches, il a été évident que les droits de la défense ont été progressivement reconnus au sein des procédures mettant en œuvre ou faisant encourir une mesure privative de liberté. Cependant, ces droits n'étaient ni garantis ni respectés de manière homogène entre ces différentes procédures. Il fallait dès lors trouver un moyen d'évoquer ces différences sans faire trop de description. Pour cela, la réflexion sur l'un des objectifs des droits de la défense a été judicieuse.

L'un des objectifs des droits de la défense est la défense effective du justiciable. Le terme « effectif » désigne une chose réelle, tangible[162]. Une défense effective serait donc une défense réelle, concrète. La formule « effectivité du droit » a été discutée par la doctrine. L'effectivité peut être définie comme « *l'utilisation du droit de manière conforme à la volonté du législateur* »[163]. Selon ce raisonnement, l'effectivité dépendrait avant tout du contenu de la loi. Par analogie, une défense serait effective lorsque les dispositions de la loi sont respectées. « *Or, tout particulièrement en matière de droits de l'homme, les énoncés sont le plus souvent imprécis, généraux et abstraits. Il devient alors très délicat d'évaluer l'adéquation de ce que font les acteurs avec la norme, puisque ce que celle-ci prescrit exactement est entouré d'incertitude* »[164]. Cependant, la norme est précise au sein de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui détaille ce que sont les droits de la défense en son paragraphe 3. C'est pourquoi nous estimons que l'effectivité de la défense correspond au respect de chacun de ces droits.

Pourquoi assurer une telle défense aux personnes privées de liberté ? Parce que « *les garanties qu'offrent les droits processuels sont essentielles pour les personnes privées de liberté, afin, précisément, de pouvoir contester leur privation de liberté, mais afin également de pouvoir exercer et assurer la garantie des autres droits* »[165]. Si le Conseil constitutionnel a consacré le caractère constitutionnel des droits de la défense en les rattachant à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[166], il ne s'est pas prononcé sur l'effectivité de la défense. En revanche, à plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de

---

[162] A. REY (dir.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 3e éd., Le Robert, coll. Le Robert micro, 2006, p. 434.

[163] C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* 1998, n° 40, p. 130.

[164] V. CHAMPEIL-DESPLATS « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires Paris Ouest, 2008, p. 17.

[165] S. FUCINI, « L'exercice des droits processuels au sein des lieux de privation de liberté », in E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, Paris, éd. Mare & Martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2016, p. 246.

[166] Cons. Constit., 30 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, n° 2006-533DC, *JORF* 24 mars 2006, p. 4446, texte n° 6 : *AJDA* 2006, p. 1961, note C. GESLOT.

l'Homme a rappelé que le justiciable doit jouir d'une défense « *concrète et effective* »[167] ou, de manière plus large, que la Convention protège « *des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique* » [168]. S'assurer que les personnes privées de liberté bénéficient d'une défense effective s'inscrit donc dans le raisonnement tenu par la Cour européenne des droits de l'Homme.

31. Comment s'assurer de ce caractère concret ? La reconnaissance progressive des droits et de la défense et la manifestation de cette reconnaissance, à savoir l'augmentation de l'intervention de l'avocat au sein des procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté, suffiraient à démontrer que la défense est effective. Toutefois, à notre sens, une défense effective passe par la garantie et le respect de tous les droits composant les droits de la défense et leur libre exercice. La garantie est ce que les textes prévoient, le respect est l'application effectuée par les acteurs de la procédure – service de police, magistrats… – tandis que l'exercice appartient à la personne qui bénéficie des droits en question. Il faut que tous les droits de la défense soient garantis, respectés et librement exercés pour que la défense soit effective car l'effectivité est le « *caractère réel et concret d'un droit, au-delà de sa reconnaissance abstraite dans des textes de loi. Le droit d'accès à un juge, par exemple, n'est effectif que si le justiciable démuni bénéficie d'une aide juridictionnelle* »[169]. Ainsi, « *quelle que soit la définition précise que l'on adopte de l'effectivité, on peut conventionnellement s'accorder sur le fait que cette notion renvoie à la question générale du passage du devoir être à l'être* »[170].

32. Toutefois, est-il possible d'atteindre une défense effective lors de la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté ? Rien n'est moins sûr car le placement dans un lieu privatif de liberté porte nécessairement atteinte au libre exercice des droits de la défense – par exemple, la communication entre la personne privée de liberté et son conseil n'est pas libre.

En revanche, il est plus évident d'affirmer que cette défense, sans être effective, puisse devenir efficace. Le qualificatif « efficace » désigne quelque chose qui a atteint le but poursuivi. Nous nous permettons ainsi de nous opposer à un raisonnement tenu sur le lien entre effectivité et efficacité : « *L'effectivité serait une condition préalable nécessaire, bien que non suffisante, de l'efficacité. Il y a une idée d'antériorité de l'effectivité sur l'efficacité* »[171]. Nous pensons au contraire que l'efficacité précède l'effectivité. Ce n'est que lorsque la défense apportera tous les effets attendus que nous pourrons affirmer qu'elle est effective.

Précisons que le terme « efficience » n'est pas employé ici. Bien que son objectif soit identique à celui du terme « efficacité » – c'est-à-dire produire les effets attendus – ce terme implique que le résultat a été obtenu avec un minimum d'efforts. « *Le droit est ici considéré*

---

[167] CEDH 9 avr. 1984, GODDI c/ Italie, n° 8966/80, §35 : Série A n° 76 ; *Ann. fr. dr. int.* 1985, p. 394, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1986, p. 1055, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER

[168]CEDH, 13 mai 1980, ARTICO c/ Italie, n° 6694/74, § 33 : Série A n° 37; *Cah. dr. eur.* 1982, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1981, p. 288, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. ROLLAND.

[169] Lexiques des termes juridiques 2020-2021, p. 419.

[170] V. CHAMPEIL-DESPLATS « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires Paris Ouest, 2008, p. 15.

[171] C. TZUTZUIANO, *L'effectivité de la sanction pénale*, Th., Université de Toulon, 2015, p. 21.

comme un instrument dont il importe de maîtriser le mode d'emploi afin de l'utiliser au mieux de ses capacités »[172]. Notre but n'est pas la recherche d'une économie de moyens mais bien de tendre le plus possible vers une défense effective. C'est pourquoi nous employons le terme « efficacité » et non « efficience ».

Ainsi, l'effectivité de la défense des personnes privées de liberté est-elle suffisante au point de permettre une défense efficace ?

V- L'exposé de la démonstration

33. L'intervention croissante de l'avocat au sein des procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté ne suffit pas à affirmer que la défense des personnes privées de liberté est effective. Il faut que l'ensemble des droits de la défense soient garantis et respectés. Or, tel n'est pas le cas. L'effectivité de la défense n'est donc que partielle (**Première partie**). Afin d'y remédier, il faudra s'employer à présenter des propositions afin d'optimiser cette défense, à la rendre plus efficace. Bien entendu, aucune proposition ne pourra être faite sans comprendre les raisons de ce caractère partiel. Ce n'est qu'en comprenant pourquoi certaines procédures parviennent à assurer une défense effective, et d'autres non, que les propositions présentées seront pertinentes. Dès lors, l'efficacité de la défense des personnes privées de liberté sera recherchée dans la seconde partie de cette étude (**Seconde partie**).

[172] C. MINCKE, *op. cit.*, n° 40, p. 134.

Première partie : L'effectivité partielle de la défense des personnes privées de liberté

34. Loin de considérer la garantie des droits de la défense comme purement théorique, la Cour de Strasbourg veille au bénéfice du justiciable d'une défense « *concrète et effective* »[173]. Ceci signifie que chaque droit composant les droits de la défense[174] doit être garanti par les pouvoirs législatif et réglementaire et respecté lors de la mise en œuvre de la procédure.

Le droit à l'assistance d'un avocat a ainsi été étendu à toutes les procédures pouvant conduire à la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté. Si la personne est assistée d'un avocat, sa défense est *a priori* effective puisqu'un professionnel est chargé de représenter ses intérêts et de l'assister au cours de la procédure.

35. Cette diffusion du droit à l'assistance d'un avocat dans toutes les procédures pouvant conduire à l'application de mesures privatives de liberté nous laisse penser que la défense des personnes privées de liberté est effective. Toutefois, s'il est certain que la défense de ces personnes a été consolidée ces dernières décennies (titre Ier), il n'est pas encore possible d'affirmer que la défense des personnes privées de liberté est effective. En effet, le droit à être assisté d'un avocat n'est pas le seul droit composant les droits de la défense. Ces droits sont multiples et comprennent notamment le droit à préparer sa défense et le droit à contester l'accusation. Or, l'entièreté des droits de la défense n'est ni garantie ni respectée de manière identique dans les procédures relatives aux mesures privatives de liberté. Ce défaut d'unité affecte l'effectivité de la défense des personnes privées de liberté (titre IIème).

---

[173] CEDH 9 avr. 1984, GODDI c/ Italie, n° 8966/80, §27 : Série A n° 76 ; *Ann. fr. dr. int.* 1985, p. 394, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1986, p. 1055, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER : « *M. Goddi n'a pas bénéficié le 3 décembre 1977 d'une défense "concrète et effective" comme l'eût voulu l'article 6 par. 3 c)* » ; CEDH, 13 mai 1980, ARTICO c/ Italie, n° 6694/74, § 33 : Série A n° 37 ; *Cah. dr. eur.* 1982, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1981, p. 288, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. ROLLAND : « *La Cour rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique* ».

[174] Rappelons qu'ils sont mentionnés à l'article 6, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « *Tout accusé a droit notamment à :*
a. 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 ;
b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
d. interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
e. se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

Titre 1er : La consolidation de la défense des personnes privées de liberté

36. Jusqu'à la fin du XIXe siècle, les missions de l'avocat se concentraient sur la défense apportée lors des audiences de jugement. L'avocat était présent lors de l'audience, construisait sa défense au cours du procès et réfutait les arguments avancés par la partie adverse. Les avocats les plus célèbres étaient connus pour leur rhétorique[175] lors des plaidoiries[176]. Aujourd'hui encore, l'opinion publique connait la profession de l'avocat pour les grandes plaidoiries faites devant les cours d'assises par certains « ténors[177] du barreau ».

37. La première avancée notable en matière de garantie des droits de la défense a eu lieu à la fin du XIXe siècle, par la promulgation de la loi du 8 décembre 1897[178]. Celle-ci prévoyait l'intervention de l'avocat dans les cabinets du juge d'instruction.

Malgré son apport circonscrit à la matière pénale, la loi de 1897 marquait une première avancée des droits de la défense en matière de procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. Dans ces procédures, les droits fondamentaux attachés au procès n'ont été garantis que tardivement. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux ouvrages d'Albert LONDRES, journaliste, qui s'était rendu au début du XXe siècle dans les bagnes de Guyane[179] et dans les « asiles »[180]. Ni les condamnés envoyés au bagne, ni les « aliénés » ne bénéficiaient de droits de la défense. Aucun avocat ne les assistait ou ne présentait de requêtes pour la défense de leurs droits.

38. C'est dans la deuxième moitié du XXe siècle, avec l'accroissement des droits fondamentaux[181], que la situation des personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté va progressivement s'améliorer. L'ensemble de leurs droits fondamentaux vont faire l'objet d'une reconnaissance, dont leurs droits processuels. Afin de se conformer aux exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme, des lois vont se succéder dans le but de garantir une défense effective aux personnes privées de liberté. La défense de ces dernières s'est donc renforcée.

---

[175] F. DOUAY-SOUBLIN, « La rhétorique en France au XIXe siècle à travers ses pratiques et ses institutions : restauration, renaissance, remise en cause », in M. FUMAROLI (dir.), *Histoire de la rhétorique dans l'Europe moderne. (1450-1950)*, Paris, PUF, 1999, p. 1071 : « *Art social de la parole manifestée, [la rhétorique] excelle, surtout si les lettrés sont rares, dans la réécriture, le truchement, la mise en forme de la parole souvent inarticulée de l'autre : l'acteur pour le dramaturge, le traducteur pour l'auteur étranger, l'avocat pour le plaignant […]* ».

[176] Tel Charles LACHAUD connu pour avoir défendu (entre autres) Marie LAFARGE, Jean-Baptiste TROPPMANN...

[177] Le talent oratoire de certains avocats est tel qu'une référence est faite aux chanteurs lyriques masculins.

[178] Loi 8 déc. 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits, *JORF* 10 déc. 1897 p. 6907.

[179] A. LONDRES, *Au bagne*, Paris, Arléa Poche, 2008, 224 p.

[180] A. LONDRES, *Chez les fous*, Paris, Arléa Poche, 2009, 164 p.

[181] Comme cela a été déclaré dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *[…] Le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

Cette consolidation de la défense des personnes privées de liberté puise ses fondements auprès de différents droits et principes relatifs au procès comme le principe du contradictoire, le principe de l'égalité des armes et les droits de la défense.

39. La Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel ont donné une importante valeur normative à ces principes et droits. Ces deux juridictions vont influencer, voire pousser le législateur à modifier les lois en vigueur concernant la défense prévue lors des différentes procédures faisant encourir ou exécutant une mesure privative de liberté (chapitre 1). Enfin, conséquence directe de cette évolution législative, l'intervention de l'avocat est désormais admise dans chacune de ces procédures (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les fondements juridiques de la défense

40. « *L'inquisiteur ne relève d'aucune juridiction régulière, dit Guillaume, et il n'a pas à suivre les normes du droit commun. Il jouit d'un privilège spécial et n'est même pas tenu d'écouter les avocats* »[182]. Par ces mots, le personnage de Guillaume de Baskerville exprime son inquiétude vis-à-vis de l'arrivée de Bernardo Gui, inquisiteur, à l'abbaye où il mène une enquête. Son inquiétude s'exprime par le fait que l'inquisiteur « *ne relève d'aucune juridiction régulière* »[183] et se cristallise surtout dans le fait que l'inquisiteur « *n'est même pas tenu d'écouter les avocats* ». Or, si les avocats ne sont pas entendus, la personne ne pourra pas pleinement se défendre.

Le droit à l'assistance d'un avocat est un droit qui fait partie du large champ des droits de la défense. Si la définition de ces droits a toujours présenté un enjeu complexe, la nécessité de les garantir est établie car le respect des droits de la défense assure un procès équitable[184]. De plus, le Conseil constitutionnel a érigé les droits de la défense en principes fondamentaux reconnus par les lois de la République[185] avant de leur reconnaitre un fondement textuel[186] – à savoir l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[187]. Ils sont également consacrés dans des conventions supranationales comme la Convention européenne des droits de l'Homme.

41. Les droits de la défense ont donc une importante valeur normative et le fait qu'ils soient consacrés dans de nombreux textes européens et internationaux confirme cette valeur ainsi que l'universalité de leur application. Il est donc naturel que la défense des personnes privées de liberté se fonde avant tout sur les droits de la défense (section 1). Les droits de la défense vont ainsi être intégrés progressivement dans chaque procédure au cours de laquelle la personne encourt une mesure privative de liberté ou est privée de liberté (section 2).

Section 1 : L'intérêt de la garantie des droits de la défense

---

[182] U. ECO, *Le nom de la rose*, Paris, Le livre de poche, 2015, p. 528.

[183] Un lecteur juriste ne pourra s'empêcher de penser au droit à un procès équitable et plus précisément au droit à un tribunal impartial.

[184] J. LÉAUTÉ, « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *RSC* 1953, pp. 47-48 : « *Ortolan écrivait en 1855 : « ni autrefois, ni aujourd'hui, le droit de défense n'est formulé en une déclaration générale de principe, mais il est l'âme du système accusatoire ; c'est un droit qui n'a besoin d'être écrit nulle part pour appartenir à tous. Sans ce droit exercé largement et librement, la justice pénale n'est pas justice, elle est oppression* ».

[185] Cons. Constit., 2 déc. 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail, n°76-70 DC, *JORF* 7 déc. 1976, p. 7052.

[186] Cons. Constit., 30 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, n° 2006-533DC, *JORF* 24 mars 2006, p. 4446, texte n° 6 : *AJDA* 2006, p. 1961, note C. GESLOT.

[187] Art. 16 DDHC : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

42. Parmi les droits processuels, « *la garantie la plus souvent revendiquée par les requérants… et la plus souvent violée par les États* »[188] est le droit à un procès équitable. Le domaine du droit à un procès équitable est large[189]. Afin d'éviter toute confusion, le terme « d'équité du procès » sera utilisé car, dans son acception restreinte, il n'englobe que les principes du contradictoire et de l'égalité des armes[190]. Ces deux principes seront étudiés au détriment d'autres droits qui peuvent aussi être intégrés dans le large droit relatif au procès équitable puisque, à l'instar des droits de la défense, les principes du contradictoire et de l'égalité des armes tendent à l'égalité entre les parties devant l'autorité judiciaire[191].

Ainsi, ces principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont nécessaires au bon déroulement de la procédure mais insuffisants pour garantir seuls la défense effective de la personne privée de liberté et l'équité de la procédure (paragraphe 1). Ces objectifs ne seront atteints que par la garantie des droits de la défense (paragraphe 2).

1er paragraphe : La portée insuffisante du principe d'équité dans le procès

43. « *Le mot « équité » vient du latin «* aequus *» qui signifie équilibre* »[192]. « *[…] Toute tentative de détermination d'une définition précise de l'équité s'avère incertaine […] L'équité apparaît alors comme une notion qui a pour finalité d'assurer une égalité entre individus* »[193]. La notion d'équité du procès est ici employée de manière restreinte. Cette conception restrictive de l'équité de la procédure englobe uniquement les principes du contradictoire et de l'égalité des armes[194]. Si ces deux principes sont très proches, ils ne sont pas identiques. Une définition de chacun est donc nécessaire.

Le principe du contradictoire « *interdit au juge de statuer sur une requête sans avoir préalablement mis les parties à même de présenter leurs arguments, de façon égalitaire* »[195].

---

[188] C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, 1ère éd., Paris, Sirey, coll. Université, 2016, n°530, p. 288.

[189] La Cour européenne des droits de l'Homme allant jusqu'à déclarer que les droits d'accès au juge et à l'exécution d'un jugement font partie du droit au procès équitable : CEDH, 21 févr. 1975, GOLDER c/ Royaume-Uni, n°4451/70, §§35-36 et CEDH, 19 mars 1997, HORNSBY c/ Grèce, n°18357/91, §40.

[190] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4e éd., Paris, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2016, n°436, p. 323 : « *L'exigence d'un procès équitable […] implique […] le respect de deux droits fondamentaux : celui du contradictoire et celui de l'équilibre des parties* ».

[191] P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, Paris, éditions Panthéon-Assas, TH. Paris II Panthéon-Assas 2014, 2018, n°786, p. 517 : « *Il est acquis que les droits de la défense sont étroitement liés aux principes d'égalité des armes et de la contradiction* ».

[192] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *op. cit.*, n°614, p. 1146.

[193] C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, Th., Université de Montpellier I, coll. Bibliothèque de droit privé Tome 329, 2000, n°98 et n° 100, pp. 58-59.

[194] C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, 1ère éd., Paris, Sirey, coll. Université, 2016, n°566, p. 305 : « *Appréhendée au sens strict, l'équité de la procédure renvoie en fait à deux sous-exigences distinctes : le principe de l'égalité des armes et le respect du contradictoire* ».

[195] P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, Th., Université de Montpellier I, 2003, p. 16.

Ce principe se rattache donc au débat[196], à la discussion entre les parties. Il est garanti pour tout contentieux, qu'il soit civil[197], pénal[198] ou administratif[199].

Quant au principe de l'égalité des armes entre les parties, reconnu comme faisant partie du principe du procès équitable à l'article 6 paragraphe 1er de la Convention européenne des droits de l'Homme[200], il garantit qu'aucune partie ne se retrouve en situation de net désavantage par rapport à l'autre[201].

Ces principes ont pour objectif de garantir l'équilibre de la procédure. Ainsi leur garantie est essentielle, du fait de leur effets positifs (A). Néanmoins, ils ne permettent pas à eux seuls de garantir une défense effective au justiciable car leur portée reste limitée (B).

A. Les effets positifs des principes

44. Chaque principe du procès équitable a son propre domaine. Ainsi, le principe du contradictoire, applicable lors d'un débat, a des effets positifs dans ce cadre (1). Le principe de l'égalité des armes revêt un effet bénéfique sur le droit au recours (2).

1) L'effet positif du principe du contradictoire sur le débat

45. La définition du principe du contradictoire a été donnée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui déclare que ce principe « *implique […] pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que d'en discuter* »[202]. La définition est claire et simple : ce principe permet à la partie au procès, d'une part, de connaître les arguments de la partie adverse et, d'autre part, de pouvoir y répondre[203]. Ces deux éléments sont toujours évoqués lors de la définition de ce principe[204]. Le principe du contradictoire implique donc que « *les parties et leurs conseils [sont] d'authentiques acteurs au procès et donc [ne sont] exclus de rien de ce qui peut concourir à l'élaboration par les juges*

---

[196] « *Débat : Discussion organisée et dirigée* », *Le Robert micro- Dictionnaire de la langue française*, Paris, Robert, coll. Poche, 2006, p. 329.

[197] Art. 132, al. 1er CPC : « *La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance.* »

[198] Art. 427, al. 2nd CPP : « *Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.* »

[199] CE, Sect., 12 mai 1961, Société la Huta, n°40674, Lebon 313 : « *Le principe général applicable à toutes les juridictions administratives d'après lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire* ».

[200] CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche*, n°1936/63, §22.

[201] Comm. EDH 30 juin 1959, SZWABOWICZ c/ Suède, req. n° 434/58, Ann. II, p. 355 : « *Le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ».

[202] CEDH 24 févr. 1995, Mc MICHAËL c/ Royaume Uni, n° 16424/90, §80 : série A, n° 307- B ; *D.* 1995, p. 449, note M. HUYETTE.

[203] Tant par la production de pièces que par la discussion même de l'argument.

[204] CEDH, 20 févr. 1996, VERMEULEN c. Belgique, n° 19075/ 91, § 33 : « *[Le principe du contradictoire] implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter* ».

de leur décision »[205]. Le Conseil constitutionnel a reconnu le principe du contradictoire comme un principe ayant une valeur constitutionnelle[206].

Le lien entre ce principe du contradictoire et les droits de la défense est très étroit. En effet, plusieurs auteurs de la doctrine s'accordent à dire que le principe du contradictoire fait partie intégrante des droits de la défense[207]. Certains auteurs vont même plus loin : « *le droit à une procédure contradictoire est sans doute le droit de la défense le plus fondamental. […] L'on ajoute que le respect des droits de la défense n'est qu'un aspect ou un corollaire de ce principe [du contradictoire]. Nous serions enclin, pour notre part, à renverser la proposition et à dire que le principe est celui du respect des droits de la défense, et que la faculté de contradiction n'en est qu'une application* »[208]. Ce raisonnement selon lequel le principe du contradictoire « *est au cœur des droits de la défense* »[209] est très juste car certains droits composant les droits de la défense sont très clairement issus du principe du contradictoire comme le droit de connaître l'accusation.

Une illustration de la garantie du principe du contradictoire en matière pénale se trouve au sein de l'article 712-6, alinéa premier, du Code de procédure pénale. Cet article régit l'organisation des débats devant le juge de l'application des peines lorsqu'un jugement concernant une des mesures d'aménagement de peine[210] doit être rendu. Selon les termes de ce texte, les jugements concernant l'une de ces mesures sont rendus, après avis du représentant de l'administration pénitentiaire, à l'issue d'un débat contradictoire tenu en chambre du conseil, au cours duquel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du ministère public et les observations du condamné ainsi que, le cas échéant, celles de son avocat. La garantie du principe du contradictoire se démontre, bien évidemment, par l'emploi de l'adjectif « contradictoire » et par le fait que le juge entende les deux parties au procès : le représentant du Parquet et le condamné, ainsi que son avocat. Le fait que le débat soit contradictoire implique, pour le juge, de veiller à ce que chacune des parties ait accès à tous les éléments portés à sa connaissance, notamment les avis de l'administration pénitentiaire – qu'il s'agisse du service pénitentiaire d'insertion et de probation ou de la direction de l'établissement pénitentiaire. Enfin, lors de l'audience, chaque partie doit pouvoir s'exprimer : le Parquet par ses réquisitions et le condamné, puis son avocat, par ses observations. Chacun peut donc s'exprimer pour défendre sa position.

---

[205] P. WACHSMANN, *op. cit.*, n° 158, p. 165.

[206] Cons. constit. 29 déc. 1989, Loi de finances pour 1990, n° 89-268 DC, *JORF* 30 déc. 1989, p. 16498 : *RFDA* 1990, p. 143, note B. GENEVOIS.

[207] M. A. FRISON-ROCHE, Généralités sur le principe du contradictoire- droit processuel, LGDJ, 2014, thèse Paris II 1988, coll. Anthologies du droit, n°14, p. 16 : « *Toujours est-il qu'en droit processuel, il y a relation d'appartenance du contradictoire aux droits de la défense […]* » ; L. CADIET « Contradictoire », in D ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., Paris, Lamy PUF, coll. Quadige-Dicospoche, 2003, p. 272 : « *Le contradictoire est une garantie des droits de la défense* ».

[208] H. MOTULSKY, *Écrits – études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2010, p. 68.

[209] L. CADIET « Contradictoire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, p. 272 : « *Ainsi conçu, le contradictoire est consubstantiel à la notion de procès. Il l'est, tout d'abord, parce que la contradiction est au cœur des droits de la défense : il n'y a pas de procès digne de ce nom qui ne respecte le principe du contradictoire. Le contradictoire, pour autant, ne se confond pas avec les droits de la défense* ».

[210] Il s'agit du placement à l'extérieur, de la semi-liberté, du fractionnement et de la suspension des peines, de la détention à domicile sous surveillance électronique et de la libération conditionnelle.

46. En outre, en son alinéa second, ce même texte dispose que le juge peut, avec l'accord du ministère public et du condamné, accorder la mesure en l'absence de débat contradictoire. La dérogation à l'organisation d'un débat contradictoire n'est donc possible que lorsque le juge est favorable à un aménagement de peine et si les deux parties ont consenti à cette absence de débat contradictoire. Cette dérogation au respect du principe du contradictoire se justifie par la décision favorable du juge, qui ne porte donc pas atteinte aux intérêts du condamné, et par le fait que cela permette au juge d'éviter l'organisation et la tenue d'un débat. Ce débat n'est, en effet, pas nécessaire étant donné que l'ensemble des parties est favorable à l'aménagement de peine. Par ailleurs, cette absence de débat contradictoire permet de faire gagner du temps et ainsi de mettre en place plus rapidement l'aménagement de peine.

Le principe du contradictoire assure à chaque partie de connaître le contenu du débat et d'en discuter. Il est donc essentiel que ce principe soit garanti pour la bonne tenue des débats lors d'une éventuelle mise en œuvre d'une mesure privative de liberté.

La bonne connaissance du contenu du débat doit être garantie pour toutes les parties, afin de garantir aussi le principe d'égalité des armes.

2) L'effet positif du principe d'égalité des armes sur le droit au recours

47. La définition du principe d'égalité des armes, ou d'équilibre des droits des parties[211], a été énoncée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *DOMBO BEHEER B. V. contre Pays-Bas* du 27 octobre 1993 : « *L'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »[212]. Chaque partie doit donc disposer « *des mêmes droits et des mêmes prérogatives* »[213].

Ce principe revêt une importance au point d'être garanti au sein de la *Magna Carta* des juges européens[214] qui reprend les principes fondamentaux applicables devant les juridictions des États membres du Conseil de l'Europe. Rédigée en 2010 par le Conseil consultatif des juges européens du Conseil de l'Europe, cette *Magna Carta* comporte en son article 11 le principe de l'égalité des armes : « *Les juges doivent assurer l'égalité des armes entre le ministère public et la défense* ». Sa valeur normative est donc importante. En droit interne, le Conseil constitutionnel a « *peu à peu forgé l'équivalent [du principe de l'égalité des armes]* »[215] en déclarant que le principe du respect des droits de la défense « *[impliquait] en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des*

---

[211] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°436, p. 323 : « *[Principe] de l'équilibre des droits des parties, traduction interne- moins guerrière et plus compréhensive- de celui de l'égalité des armes consacré par la Cour de Strasbourg* ».

[212] CEDH, 27 oct. 1993, DOMBO BEHEER B. V. c/ Pays- Bas, n° 14448/ 88, § 33.

[213] F. DEFFERARD, « Pour un service public de la défense pénale », *D.* 2009, p. 1213.

[214] Magna Carta des juges (principes fondamentaux), Conseil consultatif des Juges européens du Conseil de l'Europe, 17 novembre 2010.

[215] J. BARTHÉLEMY, L. BORÉ, « Le principe constitutionnel d'égalité devant la justice depuis le 1er mars 2010 », *Constitutions* 2011, p. 339.

parties »[216]. C'est donc une procédure juste et équitable qui garantit l'équilibre des droits des parties et le respect des droits de la défense. Ce raisonnement correspond à celui de la Cour européenne des droits de l'Homme selon lequel du droit au procès équitable découlent les droits de la défense et le principe d'égalité des armes. En outre, le Conseil constitutionnel[217] veille à ce que ce principe soit garanti « *notamment en matière pénale* »[218].

48. Par ailleurs, ce principe présente une similitude avec le principe du contradictoire car ces deux principes contiennent l'exigence d'égalité entre les parties. Cependant, l'exigence d'égalité est cantonnée au domaine du débat pour le principe du contradictoire, alors que le concept d'égalité est plus prégnant au sein du principe d'égalité des armes, tant dans son appellation que dans son contenu. En effet, comme cela a été évoqué, ce principe implique qu'aucune partie ne soit placée en situation de net désavantage par rapport à une autre partie. Or, le cadre de ce net désavantage n'est pas défini et ne se limite donc pas au champ d'application strict du débat.

Pour preuve, le principe de l'égalité des armes est garanti lors de l'exercice du droit au recours[219]. Ainsi, l'article 185 du Code de procédure pénale régit l'appel qui peut être interjeté par le procureur de la République à l'encontre des ordonnances du juge des libertés et de la détention tandis que l'article 186 régit l'appel qui peut être interjeté par la personne mise en examen. Pour les deux parties, le délai pour interjeter appel est de dix jours à compter de la notification de la décision[220]. Elles disposent du même délai afin qu'aucune partie ne soit avantagée vis-à-vis de l'autre. En outre, en cas de placement en détention provisoire, un recours d'urgence peut être formé[221] et ce, tant par la personne mise en examen que par le procureur de la République auprès du président de la chambre de l'instruction[222]. Ce dernier devra alors examiner le recours sans attendre l'audience de la chambre de l'instruction. Lors de l'exercice de ce recours, le texte indique que l'avocat de la personne mise en examen présente ses observations devant le président de la chambre de l'instruction tandis que le Parquet est avisé de la tenue de l'audience afin d'y présenter ses réquisitions. Par conséquent, ministère public

---

[216] Cons. constit., 23 juill. 2010, Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres, n° 2010-15/23 QPC, *JORF* 24 juill. 2010, p. 13727, texte n° 120, *AJDA* 2010, p. 1553, tribune J.-D. DREYFUS ; *D.* 2010, p. 2686, note C. LACROIX ; *ibid*., p. 2254, obs. J. PRADEL ; *Rev. science Cass. Crim.* 2011, p. 188, obs. B. de LAMY ; *ibid*., p. 193, chron. C. LAZERGES.

[217] Cons. constit., 28 juill. 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n° 89-260 DC, *JORF* 1er août 1989, p. 9676.

[218] R. FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n°44*, Le Conseil constitutionnel et le procès équitable, juin 2014.

[219] J. DANET, *Les droits de la défense*, Paris, Dalloz, coll. À savoir, 2020, pp. 305-306 : « *C'est sous cet angle de l'égalité des armes que la question du possible exercice des voies de recours a été posée à plusieurs reprises dans les dernières années* ».

[220] Délai prévu respectivement aux articles 185, alinéa 2 et 186, alinéa 4 du Code de procédure pénale.

[221] Art. 187-1, al. 1er CPP : « *En cas d'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, la personne mise en examen ou le procureur de la République peut, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention, demander au président de la chambre de l'instruction ou, en cas d'empêchement, au magistrat qui le remplace, d'examiner immédiatement son appel sans attendre l'audience de la chambre de l'instruction* ».

[222] Ce recours d'urgence était autrefois présenté au président de la chambre d'accusation, introduit dans le Code de procédure pénale par la loi du 24 août 1993 : C. ARRIGHI, « Les pouvoirs du président de la chambre d'accusation après la loi du 30 décembre 1996 », *RSC* 1998, p. 687.

et personne mise en examen disposent des mêmes prérogatives pour ce recours d'urgence, le principe de l'égalité des armes est donc garanti.

La garantie de ce principe est d'autant plus importante lorsqu'une personne privée de liberté est partie au débat. En effet, la privation de liberté place d'ores et déjà la personne en situation de vulnérabilité. Il est donc primordial de lui éviter de se retrouver en situation de net désavantage vis-à-vis de son contradicteur.

49. Toutefois, l'on ne peut s'empêcher de penser que ce principe d'égalité des armes n'est respecté dans les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté que par l'intervention et l'assistance d'un avocat. En effet ce dernier, lorsqu'il assiste son client, n'est pas empêché par la privation de liberté et c'est un professionnel du droit qui maîtrise les arguments juridiques avancés au débat. Par son intervention auprès de la personne privée de liberté, cette dernière n'est pas placée en situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Par conséquent, pour être effectif, le principe de l'égalité des armes se combine nécessairement avec les droits de la défense[223] et en particulier avec le droit à l'assistance par un avocat.

Ces principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont fondamentaux et doivent être respectés lorsqu'une mesure privative de liberté est envisagée. Cependant, leurs effets restent limités.

B. Les effets limités des principes

50. Si ces principes doivent être garantis aux personnes privées de liberté pour leur effet positif, ils ne peuvent suffire seuls pour la garantie d'une défense effective. En effet, par leur champ d'application réduit ou par leur objectif différent, ils ne suffisent pas à assurer une défense effective. Leurs effets sont donc limités.

Il sera abordé dans un premier temps les effets limités du principe du contradictoire (1), puis ceux du principe de l'égalité des armes (2).

1) Les effets limités du principe du contradictoire

51. Le principe du contradictoire ne porte que sur le débat. Dès lors, en absence de débat, ce principe ne peut être invoqué (a). De plus, si ce principe garantit la bonne communication entre les parties de leurs arguments respectifs, il ne garantit en aucun cas la compréhension desdits arguments (b).

a) Les effets du principe circonscrits au débat

[223] D. ALLIX, « Le droit à un procès équitable- de l'accusation en matière pénale à l'égalité des armes », in *La justice pénale*, Justices 1998- Revue générale de droit processuel, n° 10, p. 30 : « *Cette égalité des armes […] se conjugue naturellement avec les prérogatives de la défense pénale* ».

52. Le champ d'application du principe du contradictoire est le débat, que celui-ci soit judiciaire ou non. Ce principe est ainsi garanti lors de tout débat, que celui-ci ait lieu devant une autorité judiciaire – il s'agit alors d'une procédure juridictionnelle – ou même devant une autorité administrative indépendante[224] – il s'agit d'une procédure administrative non contentieuse[225].

Néanmoins, si ce principe a vocation à s'appliquer dans le cadre des débats judiciaires et extra-judiciaires, il n'a pas vocation à s'appliquer en dehors des débats. Ce point révèle une difficulté pour une mesure privative de liberté en particulier : la garde à vue. En effet, il n'existe pas de débat à proprement parler lors de la garde à vue. Aucune discussion n'a lieu avant le placement en garde à vue, la mesure ne visant qu'à établir la présence d'éléments démontrant la commission d'une infraction[226]. La personne placée en garde à vue est interrogée par les services de police mais elle n'oppose pas d'arguments à une partie adverse. L'avocat a seulement la possibilité de poser des questions à l'officier ou l'agent de police judiciaire. À l'issue de l'audition, le défenseur peut présenter des observations écrites, qui peuvent contenir les questions éventuellement refusées par l'enquêteur, ou les adresser directement au procureur de la République. Bien que la présentation de ces observations soit bienvenue, elle ne saurait être suffisante pour assurer le respect du principe du contradictoire. En effet, les observations de l'avocat ne seront prises en compte qu'à l'issue de l'audition[227], voire une fois la garde à vue achevée. De plus, les observations seront jointes au dossier ou transmises directement au procureur de la République par l'avocat[228] mais celui-ci ne pourra connaître l'avis du ministère public, étant donné qu'aucun débat n'a lieu en sa présence. Or, si l'avocat ne connait pas le positionnement du Parquet, il lui est impossible d'adapter ses arguments. L'absence de débat lors de la mise en œuvre d'une garde à vue méconnait ainsi le principe du contradictoire.

Par ailleurs, l'avocat n'a qu'un accès restreint au dossier de la garde à vue, il ne peut que consulter les documents relatifs à son client[229]. Au regard de ces deux éléments, il est possible d'affirmer que le principe du contradictoire n'est pas effectif dans le cadre de la garde à vue.

Cette situation est d'autant plus complexe que le régime de la garde à vue est étendu à d'autres retenues effectuées dans les locaux de police ou dans les locaux des douanes[230].

Le principe du contradictoire est donc, par sa nature, limité au domaine du débat. Mais ses effets restent également limités pour ce qui est de la compréhension du débat.

---

[224] Par exemple, lors de la procédure disciplinaire devant le CSA, art. 42-7, al. 3 Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* 1er oct. 1986 p. 11749 : « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel notifie les griefs et le rapport au titulaire de l'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle qui peut consulter le dossier et présenter ses observations écrites dans le délai d'un mois* ».

[225] Distinction retrouvée dans l'article de B. GENEVOIS, M. GUYOMAR « Principes généraux du droit : panorama d'ensemble – Refus d'ériger en principes généraux certaines dispositions d'ordre procédural », *Rép. Dalloz Ctx adm.*, juin 2017, n°185.

[226] Art. 62-2, al. 1er CPP.

[227] En ce sens : F. FOURMENT, « Ne pas confondre assister à l'audition du gardé à vue et assister le gardé à vue « à l'issue » de son audition », com. sous Cass. Crim. 20 nov. 2013, n°13-84280, *Gaz. Pal.* 11 févr. 2014, p. 41.

[228] Art. 61-3, al. 3 CPP.

[229] Ce qui sera traité aux paragraphes § n° 315 et s.

[230] Comme nous le verrons aux paragraphes § n° 121 et s.

b) Les effets du principe insuffisants sur la compréhension du débat

53. Si le principe du contradictoire permet de s'assurer que chaque partie connait les arguments de la partie adverse, il ne garantit cependant pas la compréhension de la teneur de ces arguments.

Or, il convient de rappeler qu'il est plus ardu pour certaines catégories de personnes privées de liberté de saisir toutes les subtilités du débat juridique dont elles font partie. Citons le cas des étrangers placés en zone d'attente[231] ou en rétention administrative[232]. Le principe du contradictoire garantit à l'étranger privé de liberté la connaissance du contenu du débat et lui permet de présenter ses arguments. Néanmoins, ce principe ne permet pas de s'assurer que le débat a lieu dans une langue qu'il comprend. Pour s'assurer de cela, il faut que soit garanti le respect du droit à l'interprète. Or, ce droit à l'interprète ne découle pas du principe du contradictoire mais des droits de la défense, comme cela apparaît dans l'article 6, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme[233].

54. De plus, dans le cas où la personne privée de liberté est francophone, le problème n'est pas davantage résolu, en particulier lors de la tenue d'un débat juridique car « *certains documents, rédigés en langue française, le sont dans une langue juridique si hermétique que la personne ne le comprend pas plus* »[234]. Or, une mauvaise compréhension du contentieux et de ses enjeux est un danger pour une personne *a fortiori* quand une mesure privative de liberté peut être décidée. Il convient de souligner que certaines personnes privées de liberté, même si elles parlent la langue française, telles que les mineurs ou les personnes admises en soins psychiatriques sans consentement, peuvent rencontrer des difficultés à saisir les nuances d'un débat juridique.

Sur ce point, la Commission européenne des droits de l'Homme a retenu[235] qu'un « *défendeur ne peut pas prétendre à une méconnaissance du droit à un procès équitable s'il est assisté d'un avocat qui connaît la langue de la procédure et si la nature de l'affaire ne rend pas indispensable sa participation personnelle* »[236]. Ainsi, la Commission européenne des droits de l'Homme a reconnu que le moyen de remédier à ce défaut de compréhension est l'intervention de l'avocat auprès du justiciable.

En outre, si une personne privée de liberté ne comprend pas le contentieux, un autre principe processuel est atteint : le principe de l'égalité des armes.

2) L'absence d'effet du principe d'égalité des armes sur la défense effective de la personne

---

[231] Art. L. 340-1 et s. CESEDA.
[232] Art. L. 740-1 et s. CESEDA.
[233] Art. 6, § 3 Conv. EDH : « *Tout accusé a droit notamment à : a) 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 ;* ».
[234] M. A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire- droit processuel*, Paris, LGDJ, Th., Paris II 1988, coll. Anthologies du droit, 2014, n°159, p. 170.
[235] Comm. EDH 23 mai 1966, req. n° 1794/63, Annales de la Commission, vol. IX, p. 179.
[236] S. GUINCHARD, « Procès équitable – Garanties institutionnelles », *Rép. proc. civ. Dalloz*, mars 2017 actualisation déc. 2019, n° 496.

55. Le principe d'égalité des armes assure aux parties un accès identique aux « armes juridiques » disponibles, tel que le recours. La garantie de ce principe est essentielle car, autrement, la personne serait en situation de net désavantage par rapport à son adversaire, qu'il s'agisse du Parquet si le débat a lieu dans le cadre d'une procédure pénale ou d'une personne morale de droit public – comme l'État, l'administration pénitentiaire – dans le cadre d'un contentieux administratif[237]. Ces deux « protagonistes » que sont le Parquet et l'État sont des adversaires puissants représentés par des magistrats parquetiers ou rapporteurs publics qui connaissent parfaitement la matière juridique et savent en manier le langage et les recours.

Cependant, ce principe seul ne suffit pas à garantir la défense effective de la personne car, si la personne n'est pas juriste, elle peut saisir avec difficulté la différence entre les recours qu'elle a à sa disposition ainsi que leurs conséquences. Dès lors, pour être concret, le principe de l'égalité des armes doit être combiné avec l'intervention d'un avocat, seul moyen de s'assurer que la personne n'est pas placée dans une situation de net désavantage[238].

56. Si nous prenons comme exemple la procédure disciplinaire en détention, il convient de rappeler que les recours disponibles sont de deux sortes : les recours d'urgence ou les recours sur le fond[239]. La personne détenue peut exercer l'un de ces recours mais, si elle n'en connait ni les conditions, ni les effets, ces recours seront mal formés ou inopportuns. En revanche, l'assistance par un avocat, juriste expérimenté, lui assure un recours adapté, en accord avec sa volonté. Ainsi, si la personne souhaite contester la décision au fond, l'avocat saura qu'il faudra saisir la Direction interrégionale des services pénitentiaires dans un délai de quinze jours[240], recours hiérarchique obligatoire préalable à la saisine du juge administratif pour un recours au fond comme le recours pour excès de pouvoir. En revanche, si la personne détenue souhaite suspendre les effets de la sanction qui a été décidée à son encontre, l'avocat devra saisir le juge administratif par un recours d'urgence, tel que le référé-liberté[241] ou le référé-suspension[242].

Il ressort de cette démonstration que si la garantie des principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont essentiels au bon déroulement de la procédure[243], ils ne sont pas suffisants pour garantir une défense effective à la personne.

---

[237] P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, Th., Université de Montpellier I, 2003, p. 145 : « *L'assistance d'un sachant, avocat ou non, doit en premier lieu être juridiquement et économiquement possible pour chaque partie, en particulier dans le cadre du contentieux administratif où la solution inverse s'avèrerait sans doute favorable à l'administration* ».

[238] T. FOSSIER, « Droits de la défense et personnes vulnérables », *RSC* 1998, n°21, p. 57 : « *L'avocat atténue la disparité économique, culturelle ou technique. La défense professionnelle a pour rôle de placer le plaideur à parité avec les autres acteurs de la procédure* ».

[239] Ces recours feront l'objet d'un plus ample développement au paragraphe § n° 399.

[240] Art. R. 234-43 C. pénit.

[241] Art. L. 521-2 CJA.

[242] Art. L. 521-1 CJA.

[243] Dans une décision de 1993, le Conseil constitutionnel indique que le principe du respect des droits de la défense « *implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* » (Consid. 5, Cons. constit. 2 févr. 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, n° 95-360 DC, *JORF* 7 févr. 1995, p. 2097, *D.* 1995. Chron. 171, J. PRADEL ; *D.* 1995. Chron. 201 J. VOLFF ; *D.* 1997, Somm. 130, obs. T. S. RENOUX), les droits de la défense ne peuvent donc être respectés sans la garantie préalable du principe d'équité du procès.

Pour que la défense de la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté soit effective, il est indispensable que lui soient garantis l'entièreté des droits de la défense.

2nd paragraphe : La nécessité de la garantie des droits de la défense

57. Si les principes du contradictoire et de l'égalité des armes n'ont pas de portée suffisante à eux seuls pour assurer la défense effective de la personne, il faut donc se tourner vers les droits de la défense. Ces derniers sont reconnus dans des traités internationaux[244], européens[245] et par le Conseil constitutionnel[246]. Ainsi, les droits de la défense revêtant une valeur conventionnelle et constitutionnelle, ils s'imposent au législateur qui doit veiller à leur garantie au sein de toute procédure[247].

La garantie de ces droits implique un « *ensemble de droits ou de moyens mis en œuvre dans un État pour prévenir la violation de droits de l'homme par les gouvernants* »[248]. Ainsi, les droits ne sont pas seulement reconnus, des moyens sont mis en œuvre pour en prévenir la méconnaissance[249] ainsi que pour en sanctionner la violation[250].

La garantie des droits de la défense est bienvenue compte tenu du fait, d'une part, de la nature de leur notion (A) et d'autre part, de leurs objectifs (B).

A. Une nécessité justifiée par la nature de la notion des droits de la défense

58. Les droits de la défense, à l'inverse du principe du contradictoire, n'ont pas vocation à s'appliquer dans le seul cadre du débat. En effet, leur champ d'application est plus large que cela. C'est pourquoi les droits de la défense sont également exercés au cours d'une procédure mettant en œuvre une mesure privative de liberté effectuée dans les locaux de police ou de gendarmerie. Dans le cadre de ces procédures, il n'y a pas de débat à proprement parler étant

---

[244] Art. 11, § 1 DUDH adoptée le 10 décembre 1948 à Paris : « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. […]* » ; Art. 14 du Pacte international aux droits civiques et politiques adopté le 16 décembre 1966 à New-York : « *3. Toute personne accusée a droit (b) à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix* ».

[245] Art. 48 Charte des droits fondamentaux de l'UE : « *Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé* » ; Art. 6 § 3 Conv. EDH.

[246] Cons. Constit., 30 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, n° 2006-533DC, *JORF* 24 mars 2006, p. 4446, texte n° 6 : *AJDA* 2006, p. 1961, note C. GESLOT.

[247] Cons. constit., 15 avr. 2021, Nature juridique de certaines dispositions des articles 11, 12 et 12-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, n° 2021-292 L, *JORF* n°0090 16 avr. 2021, Texte n° 76, § 2 : « *Aux termes du même article, « La loi fixe les règles concernant … les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Les droits de la défense sont garantis par cette disposition* ».

[248] S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, pp. 513-514.

[249] Comme la notification écrite ou traduite par un interprète des droits à la personne privée de liberté, évoquée aux paragraphes § n° 228 et suivants.

[250] Voir paragraphe § n° 230.

donné que le policier ou le gendarme n'est pas le contradicteur de la personne. Il ne fait que suivre les ordres de l'autorité judiciaire et pose simplement des questions à la personne gardée à vue ou retenue afin de constater la commission d'une infraction ou le non-respect d'obligations et interdictions. Le champ d'application des droits de la défense est ainsi plus étendu puisqu'il ne nécessite pas la présence d'un débat pour leur exercice.

La notion des droits de la défense est également vaste au vu de la composition des droits de la défense. En effet, l'emploi de l'article défini « les » révèle le caractère pluriel de ces derniers.

Ainsi, il est bienvenue pour le législateur de garantir les droits de la défense au vu du caractère vaste de la notion (1). De plus, cette notion ne cesse de s'enrichir (2).

1) Une notion vaste

59. La notion des droits de la défense est large car elle recouvre à la fois la phase de préparation de la défense et la phase de discussion de l'accusation.

Ainsi, la phase de préparation de la défense est protégée par les droits suivants : celui d'être informé dans le plus court délai, dans une langue comprise par la personne, de l'accusation portée à son encontre[251], celui de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense[252] et celui d'obtenir la comparution de témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge[253].

De plus, les droits de la défense comprennent des droits relatifs à la discussion de l'accusation comme le droit de se défendre soi-même[254], le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge[255], le droit de bénéficier de l'assistance d'un interprète[256] et surtout le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat[257].

60. Ce droit à l'assistance d'un avocat apparaît comme « *un élément essentiel des droits de la défense* »[258], si ce n'est le plus essentiel à notre sens. En effet, l'assistance d'un avocat constitue à la fois un droit mais également une garantie des autres droits. Un avocat est à même de savoir si son client a pu exercer l'entièreté de ses droits de la défense et, dans le cas contraire, saisir l'autorité judiciaire compétente. Certains auteurs estiment même qu'« *ayant légalement pour mission de défendre, l'avocat semble ne faire qu'un avec la notion de défense au point parfois de ramener entièrement à lui cette dernière notion* »[259]. Une décision du Conseil constitutionnel du 10 décembre 2010 semble donner raison à un tel raisonnement. En l'occurrence, une requérante contestait la conformité à la Constitution des dispositions relatives

---

[251] Art. 6, § 3, a) Conv. EDH ; Art. 14, § 3, a) Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Art. préliminaire CPP, al. 6 : « *[Toute personne suspectée ou poursuivie] a le droit d'être informée des charges retenues contre elle […]* ».

[252] Art. 6, § 3, b) Conv. EDH ; Art. 14, § 3, b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[253] Art. 6, § 3, d) Conv. EDH ; Art. 14, § 3, e) Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[254] Art. 6, § 3, c) Conv. EDH ; Art. 14, § 3, d) Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[255] Art. 6, § 3, d) Conv. EDH ; Art. 14, § 3, e) Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[256] Art. 6, § 3, e) Conv. EDH ; Art. 14, § 3, f) Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[257] Art. 6, § 3, c) Conv. EDH ; Art. 14, § 3, d) Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[258] M. A. FRISON-ROCHE, « Les droits de la défense en matière pénale », in R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 3e éd, Paris, Dalloz, 1996, n°568, p. 314.

[259] Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Th., Université Montesquieu Bordeaux IV, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, § 262, p. 144.

à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Selon elle, ces dispositions méconnaissaient les droits de la défense. Or, le Conseil constitutionnel a estimé qu'au contraire, « *l'exercice des droits de la défense [était] en particulier garanti, dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, par les articles 495-8 et 495-9 du code de procédure pénale* »[260]. Ces articles disposent notamment que la personne comparaissant dans le cadre d'une telle procédure reconnait les faits, se voit présenter des peines par le procureur de la République et accepte la ou les peines proposées en présence de son avocat. En outre, ces dispositions prévoient un entretien entre l'avocat et son client. Il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel a affirmé que l'exercice des droits de la défense était « *particulièrement* » garanti dans une procédure où l'assistance d'un avocat est obligatoire. La seule présence d'un avocat, surtout si elle est imposée, assurerait ainsi le plein exercice des droits de la défense.

61. Toutefois, si l'assistance d'un avocat est un droit central des droits de la défense, il ne peut suffire à lui seul pour assurer le plein exercice de l'entièreté des droits de la défense. Chaque droit composant les droits de la défense ne doit pas nécessairement être pris individuellement. Étant tous rattachés aux droits de la défense, il faut aborder chaque droit comme faisant partie d'un ensemble. Les droits ne sont donc pas étanches voire sont interdépendants. Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, ce droit de connaître l'accusation « *doit être envisagé à la lumière du droit pour l'accusé de préparer sa défense [car] il existe un lien entre les alinéas a) et b) de l'article 6 § 3* » [261]. De la même manière, « *la Cour est souvent amenée à examiner une requête sous l'angle des alinéas b) et c) simultanément* »[262].

Les contours de la notion des droits de la défense sont donc suffisamment étendus pour assurer la défense effective de la personne dès la phase de préparation de la défense. Par ailleurs, le caractère interdépendant des différents droits composant cette notion contraint le législateur à les garantir dans leur entièreté. Une discussion de l'affaire ne saurait être effective si les droits relatifs à la préparation de la défense n'étaient pas pleinement exercés.

De plus, la notion des droits de la défense ne cesse de s'enrichir, assurant ainsi un peu plus la défense effective du justiciable.

2) Une notion extensible

62. Les droits de la défense ne se limitent pas aux droits énoncés plus haut. Les droits évoqués peuvent ainsi être précisés, des corollaires peuvent également être créés, de nouveaux droits peuvent même être rattachés à cette notion de droits de la défense.

---

[260] Consid. 6, Cons. Constit., 10 déc. 2010, Mme Barta Z., n° 2010-77 QPC, *JORF* 11 déc. 2010, p. 21711, texte n° 82 : P.- J. DELAGE, « Résistances et retournements », *RSC* 2010, p. 831.

[261] CEDH, 25 mars 1999, PÉLISSIER et SASSI c/ France, n° 25444/94 54 : *D.* 2000, p. 357, note D. ROETS ; *RTDH* 2000, p. 281, obs. G. FLÉCHEUX et T. MASSIS.

[262] L.- A. SICILIANOS et M.-A. KOSTOPOULOU, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Garanties particulières concernant la protection de l'accusé », *Rép. droit euro. Dalloz*, janv. 2018, actualisation janv. 2020, n°140.

Par exemple, l'un des corollaires issus du droit de contester l'accusation est que l'accusé et son avocat doivent toujours avoir la parole en dernier[263] car « *interdire à [ces derniers] de répliquer aux arguments de l'accusation revient à interdire à la défense de s'exercer* »[264]. Plusieurs textes le prévoient en procédure pénale[265] et si les textes sont muets, la jurisprudence veille à garantir ce droit[266], même en matière disciplinaire[267], tant qu'il s'agit d'une « *procédure contradictoire* »[268]. La Chambre criminelle n'impose toutefois pas l'application de cette règle lors d'une audience criminelle statuant sur la recevabilité d'une constitution de partie civile[269], lorsque « *seuls des intérêts civils sont en jeu* »[270], ou lorsque le ministère public ou les avocats des parties civiles posent des questions à l'accusé[271]. En dehors de ces rares exceptions, « *la voix de l'accusé est ainsi sublimée par ce dernier acte de l'audience* »[272].

63. Il est également possible d'évoquer le droit de se taire et le droit de ne pas s'auto-incriminer, découlant du droit de contester l'accusation. La Cour européenne des droits de l'Homme consacre ce droit sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme[273].

---

[263] Cass. Crim. 20 févr. 1913 et 21 mars 1913, *D.* 1916. 1, p. 181 : « *Règle fondamentale qui domine tous les débats* » cité dans C. BENELLI- de BÉNAZÉ, « L'accusé n'a pas toujours la parole en dernier », com. sous Cass. Crim. 2 déc. 2015, F-P+B, n° 14-85.581, *D. actu.* 18 déc. 2015.

[264] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°532, p. 391.

[265] Art. 346, al. 3 CPP (sur les audiences en cours d'assises) : « *[…] l'accusé ou son avocat auront toujours la parole les derniers* » ; Art. 460, al. 2 CPP (lors d'une audience correctionnelle) : « *Le prévenu ou son avocat auront toujours la parole les derniers* » ; Art. 513, al. 4 CPP (devant la cour d'appel statuant en matière correctionnelle) : « *Le prévenu ou son avocat auront toujours la parole les derniers* ».

[266] Comme cela est le cas pour les audiences devant la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel (Cass. Crim, 19 oct. 2021, n° 21-82.230) ou devant le juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire (Cass. Crim. 10 nov. 2021, n° 21-85.182). La Chambre criminelle estime que ce droit se déduit des art. 6 de la Conv. EDH, 199 CPP et des principes généraux du droit (Cass. Crim., 2 mars 2010, n°09.88-452, Bull. Crim. n°42). V. aussi Cass. Crim. 3 mars 2015, n° 14-86.498, *D. actu.*, 7 avril 2015, obs. C. FONTEIX ; *AJ pénal* 2015, p. 378, obs. G. PITTI ; Cass. Crim. 26 juin 2019, n° 19-82.779, D. GOETZ, « Procédure applicable aux mineurs : des rappels bienvenus », *D. actu*., 16 juillet 2019. Le condamné et son avocat doivent aussi avoir la parole en dernier devant la Chambre de l'application des peines : Cass. Crim. 3 mai 2007, n° 06-86.420 : *AJ pénal* 2007, p. 446, obs. HERZOG-EVANS.

[267] Cass. Civ. 1ère, 20 févr. 2019, n° 18-12.298, P ; *D.* 2019, p. 438.

[268] Le réquisitoire définitif du procureur de la République transmis au juge d'instruction n'est pas considéré comme une « procédure contradictoire », le juge d'instruction n'est donc pas tenu de procéder à une nouvelle audition de la personne mise en examen après réception du réquisitoire définitif (Cass. Crim. 24 janv. 1984, n° 83-94.417 P).

[269] Cass. Crim. 12 janv. 2010, n° 09-82.171, *D. actu.*, 8 mars 2010, obs. M. LÉNA ; *AJ pénal* 2010, p. 250, obs. G. ROYER.

[270] J. LARGUIER, P. CONTE, *Procédure pénale*, 25e éd., Paris, Dalloz, coll. Les mémentos Dalloz, 2019, p. 332.

[271] Cass. Crim. 2 déc. 2015, F-P+B, n° 14-85.581 : *D. actu.* 18 déc. 2015.

[272] A. BOLZE, « Procédure disciplinaire et procès équitable : droit d'avoir la parole en dernier », *D. actu.*, 14 mars 2019, sous Cass. Civ. 1ère, 20 févr. 2019, F-P+B, n° 18-12.298.

[273] CEDH 25 févr. 1993, FUNKE c/ France, n° 10828/84, § 44 : Série A n° 256-A ; *D.* 1993, p. 457, note J. PANNIER ; *D.* 1993. Somm. p. 387, obs. J.-F. RENUCCI ; *Cah. CREDHO* 1994/2, p. 115, obs. R. GOY ; *RSC* 1994, p. 362, obs. R. KOERING-JOULIN et 1993, p. 581, obs L.-E. PETTITI ; *RUDH* 1993, p. 217, obs. F. SUDRE.

En droit pénal français, le suspect était autrefois soumis à une obligation de prêter serment de dire la vérité[274]. Cette disposition fut jugée contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme par l'arrêt *BRUSCO contre France*[275] et fut supprimée par la loi du 9 mars 2004[276].

Tenant compte des exigences européennes, le Code de procédure pénale dispose désormais que la personne mise en examen, lors de l'interrogatoire de première comparution devant le magistrat instructeur, bénéficie du droit « *de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* »[277]. Cela semble logique car la personne dispose non pas d'une obligation mais d'un droit de contester l'accusation. Dès lors, il lui est également possible de ne pas contester l'accusation portée à son encontre soit en reconnaissant les faits qui lui sont reprochés, soit en se taisant.

Or, il a été récemment souligné que le droit de se taire n'était pas garanti lors de la comparution de la personne mise en examen devant la chambre de l'instruction statuant sur une demande relative à la détention provisoire. La Chambre criminelle a en effet estimé, de manière laconique, que la méconnaissance de l'obligation d'informer l'intéressé du droit de se taire lui faisait nécessairement grief[278]. Elle ne précisait pas davantage son raisonnement. Cette précision n'est arrivée qu'ultérieurement. Par un arrêt du 24 février 2021[279], la Chambre criminelle indique que le droit de se taire doit être porté à la connaissance de la personne devant la Chambre de l'instruction. L'information de ce droit est indispensable car les juges doivent estimer s'il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable la commission des infractions par la personne mise en examen et permettant le placement en détention provisoire. Pour ce faire, la juridiction peut donc poser des questions à la personne sur son implication dans l'affaire. Or, étant donné que le droit de se taire n'a pas été porté à la connaissance de la personne, la Chambre criminelle ne remet pas en cause la régularité de la détention provisoire mais enjoint fermement aux autres juridictions[280] de ne pas utiliser les déclarations de la personne, faites lors de l'audience à la Chambre de l'instruction, à son encontre. La Chambre criminelle a repris ce raisonnement dans des arrêts ultérieurs[281] et a renvoyé des questions prioritaires de constitutionnalité remettant en cause ces dispositions qui ne prévoient pas le droit de se taire devant le Chambre de l'instruction[282]. Le Conseil constitutionnel a ainsi déclaré ces dispositions contraires à la Constitution du fait de ce défaut d'information du droit de se taire[283]. Par ailleurs, la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a confirmé la nécessité d'informer le prévenu de son droit de se taire. Toutefois, si cette information se fait après la

---

[274] A. CAPPELLO, « Question prioritaire de constitutionnalité – Impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur la matière pénale », *Rép. pénal Dalloz*, juin 2015 actualisation déc. 2017, n°271 : « *Il faut reconnaître qu'il s'accordait mal avec l'obligation pour le suspect de prêter serment de dire la vérité* ».

[275] CEDH 14 oct. 2010, BRUSCO c/ France, req. n° 1466/07 , *D.* 2010, p. 2950, note J.-F. RENUCCI; *Dr. pénal* 2010, p. 6, n° 12, obs. C. MAURO ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 290, p. 18, obs. M. BOUGAIN.

[276] Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 p. 4567.

[277] Art. 116, al. 4 CPP.

[278] Cass. Crim., 14 mai 2019, n° 19-81.408, P : *JCP* 2019, n° 705, obs. RIBEYRE ; *D. actu*. 6 juin 2019, obs. S. FUCINI ; *AJ pénal* 2019, p. 390 obs. D. MIRANDA.

[279] Cass. Crim. 27 janvier 2021, n°20-85.990, P : *D. actu*. 27 janv. 2021, obs. M. DOMINATI.

[280] Qu'il s'agisse du juge d'instruction ou d'une juridiction de jugement.

[281] Cass. Crim. 2 mars 2021, n°20-86803 ; Cass. Crim. 17 mars 2021, n°20-87192.

[282] Cass. Crim. 12 janv. 2021, n°20-85841 ; Cass. Crim. 10 février 2021, n° 20-86327.

[283] Cons. constit., 9 avr. 2021, M. Francis S. et autres, n° 2021-895/901/902/903 QPC, *JORF* n°0085 10 avr. 2021, texte n° 84 : *D*. 2021, p. 699 ; *D. actu*. 27 avr. 2021, obs. D. GOETZ.

tenue de débats liminaires au cours desquels le prévenu n'a pas pris la parole, la censure n'est encourue que si le prévenu démontre en quoi ce défaut d'information a « *porté atteinte à ses intérêts* »[284]. La Cour de cassation étend ainsi l'information du droit de se taire à la personne prévenue. Tout comme la personne mise en examen, le prévenu sera interrogé sur des faits qu'il a éventuellement commis ou tenté de commettre, il est donc nécessaire de l'informer de son droit de se taire.

De manière analogue, dans une décision du 4 mars 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire les dispositions issues de la loi du 23 mars 2019 relatives au placement en détention provisoire de la personne attendant la réunion du tribunal dans le cadre d'une comparution immédiate. Le requérant soulevait la méconnaissance des droits de la défense car lors de sa comparution devant le juge des libertés et de la détention, ce dernier ne lui indiquait pas son droit de se taire. Or, « *les observations du prévenu sont susceptibles d'être portées à la connaissance de ce tribunal lorsqu'elles sont consignées dans l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ou le procès-verbal de comparution* »[285]. Le même raisonnement a ainsi été étendu au placement en détention provisoire en attente de la réunion du tribunal dans le cadre d'une comparution immédiate[286].

Enfin, le Conseil constitutionnel a également relevé l'inconstitutionnalité de l'article 145 du code de procédure pénale[287] qui ne prévoyait pas de notification au droit de se taire à la personne mise en examen quand elle comparaissait devant le juge des libertés et de la détention dans le cadre d'une éventuelle détention provisoire. Le législateur a rétabli cette notification par la loi du 22 décembre 2021[288]. L'information du droit de se taire, faisant partie des droits de la défense, est ainsi étendu à toute audience au cours de laquelle la personne peut être amenée à s'exprimer sur la commission des faits. Notons que ce droit de se taire a été garanti dans le code de procédure pénale au bénéfice de la personne gardée à vue depuis la loi du 14 avril 2011[289]. Ainsi, tout justiciable présumé innocent doit être informé de ce droit.

À l'inverse, la Chambre criminelle estime que le droit de se taire n'a pas être notifié à la personne condamnée qui comparait devant les juridictions de l'application des peines. En effet, « *les dispositions relatives au droit de se taire devant les juridictions pénales, qui ont pour objet d'empêcher qu'une personne prévenue d'une infraction ne contribue à sa propre incrimination, ne sont pas applicables devant les juridictions de l'application des peines, qui se prononcent seulement sur les modalités d'exécution d'une sanction décidée par la juridiction de jugement* »[290]. Par conséquent, le droit de se taire, lié au droit de ne pas s'auto-incriminer, ne s'applique que lorsque la personne n'a pas encore été reconnue coupable par une juridiction – selon le principe de présomption d'innocence.

L'intérêt de ces corollaires est qu'ils précisent le droit dont ils sont issus et ils peuvent même le renforcer. Par ailleurs, de nouveaux droits peuvent s'ajouter à la notion. Ainsi, l'avantage de

---

[284] Cass. Ass. plén., 4 juin 2021, n° 21-81.656 (n° 655 P+R), *D.* 2021, p.1136.
[285] Cons. constit., 4 mars 2021, M. Oussama C., n° 2020-886 QPC, *JORF* n°0055 5 mars 2021, texte n° 96.
[286] Cons. constit., 30 sept. 2021, M. Djibril D., n° 2021-934 QPC, *JORF* n°0229 1er oct. 2021, texte n° 74.
[287] Cons. constit., 30 sept. 2021, M. Rabah D., n° 2021-935 QPC, *JORF* n°0229 1er oct. 2021, texte n° 75.
[288] Loi n° 2021-1729 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* n°0298 23 déc. 2021, texte n°2.
[289] Loi n° 2011-392 14 avr. 2011 relative à la garde à vue, *JORF* n°0089 15 avr. 2011 p. 6610, texte n°1.
[290] Cass. Crim., 14 sept. 2022, n° 21-86.796, § 9 : *D.* 2022, p. 1599.

garantir les droits de la défense réside dans la nature expansive de la notion. Cette dernière n'est ni immuable, ni composée de droits fixes mais s'enrichit au fil du temps, permettant ainsi d'assurer un peu plus la défense effective de la personne.

La défense effective de la personne est d'ailleurs l'un des objectifs des droits de la défense.

B. Une nécessité justifiée par les objectifs des droits de la défense

64. Les droits de la défense ont pour objectif d'assurer la défense effective de la personne (1). En plus de cet objectif évident, ils participent à assurer l'équité globale de la procédure (2).

1) Assurer la défense effective de la personne

65. Les termes de « défense effective » se retrouvent surtout dans les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour de Strasbourg veille à ce que les droits compris dans la Convention européenne des droits de l'Homme ne soient pas garantis de manière abstraite mais fassent l'objet d'une application réelle. Les droits de la défense n'y font pas exception et la Cour emploie souvent la formule « *défense concrète et effective* »[291].

L'emploi de ces deux adjectifs – qui pourrait caractériser un pléonasme – démontre l'insistance de la Cour de Strasbourg sur le caractère réel de cette défense. À notre sens, le qualificatif « concret » renverrait à la mise en place de moyens comme le fait de pouvoir accéder au dossier de la procédure, le fait d'assurer des moyens de communication entre la personne privée de liberté et son avocat… Tandis que le qualificatif « effectif » reflèterait la réalité de ces moyens. Ainsi, si un accès au dossier est prévu, s'agit-il d'un accès à l'entier dossier ou à certaines pièces seulement du dossier ? Pour ce qui est des moyens de communication, garantissent-ils la confidentialité des échanges ? Sont-ils limités dans le temps ou la personne privée de liberté et son avocat disposent-ils de tout le temps nécessaire pour s'entretenir ?[292]

66. Veiller à la défense effective n'est pas l'apanage de la Cour européenne des droits de l'Homme, le Conseil d'État l'a hissé au rang de liberté fondamentale à plusieurs reprises[293] sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative régissant le référé-

---

[291] CEDH 9 avr. 1984, GODDI c/ Italie, n° 8966/80, §35 : Série A n° 76 ; *Ann. fr. dr. int.* 1985, p. 394, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1986, p. 1055, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER : « *Il y a pourtant lieu de considérer que la Cour d'appel de Bologne a fortement aggravé la peine infligée en première instance ; il aurait pu ne pas en aller de la sorte si M. Goddi avait joui d'une défense concrète et effective* » ; CEDH, 13 mai 1980, ARTICO c/ Italie, n° 6694/74, § 33 : Série A n° 37; *Cah. dr. eur.* 1982, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1981, p. 288, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. ROLLAND : « *La Cour rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique* ».

[292] Ces différentes interrogations seront développées au sein du titre II de la présente partie (aux paragraphes § n° 325 et s.).

[293] CE, ord., 3 avr. 2002, Min. Intérieur c/ M. KURTARICI, req. n° 244686 , Lebon T. 871 ; CE, ord., 18 sept. 2008, Benzineb, req. n° 320384 , Lebon T. 861 : « *Considérant que la possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge a le caractère d'une liberté fondamentale* ».

liberté[294]. Assurer de manière effective sa défense devant le juge étant considéré comme une liberté fondamentale par le Conseil d'État, le juge des référés est ainsi compétent pour statuer sur une éventuelle atteinte à cette liberté.

La défense effective apparait ainsi comme un objectif des droits de la défense. C'est la garantie, le respect et le libre exercice des droits de la défense qui permettra d'atteindre cet objectif. Il ne s'agit cependant pas du seul objectif des droits de la défense. En effet, assurer l'équité de la procédure est aussi un objectif des droits de la défense.

2) Participer à assurer l'équité de la procédure

67. Le second objectif des droits de la défense est de participer à assurer l'équité de la procédure. Cela est évident car les droits de la défense sont intégrés dans le droit plus global du procès équitable. L'idée de garantir l'équité de la procédure est donc comprise dans les deux droits.

Toutefois, l'équité de la procédure n'est pas le seul but recherché par le droit à un procès équitable, il est aussi recherché par les droits de la défense. En effet, les droits de la défense sont assimilés à « *l'une des prérogatives les plus puissantes qu'un individu puisse opposer à autrui et à l'État* »[295]. Le fait de pouvoir opposer cette prérogative à l'adversaire, quel qu'il soit, assure ainsi une certaine équité de la procédure. Que signifie assurer l'équité de la procédure ? « *Qu'il s'agisse des droits de la défense ou du principe du contradictoire, l'objectif demeure identique : assurer un équilibre entre les parties au litige ou, en d'autres termes, corriger un déséquilibre constaté au cours du procès* »[296].

La Cour européenne des droits de l'Homme, fait souvent référence à l'équité de la procédure à travers le prisme des droits de la défense. En effet, dans son arrêt *SALDUZ contre Turquie* de 2008, elle souligne que « *l'article 6 – spécialement son paragraphe 3 – peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès* »[297]. Par ailleurs, pour s'assurer du respect des droits de la défense, la Cour examine « *l'équité de la procédure dans son ensemble* »[298]. Ce même raisonnement a été appliqué dans l'arrêt *CORREIA DE MATOS* contre Portugal de 2018[299]. Dans cette affaire, la législation portugaise imposait l'assistance d'un avocat. Cette assistance obligatoire par un défenseur professionnel a fait conclure à la Cour de Strasbourg

---

[294] M. de MONSEMBERNARD, « Référés d'urgence : le référé-liberté – Atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale », *Rép. Dalloz ctx adm*., fév. 2020, n°62.

[295] M.- A. FRISON- ROCHE, « Les droits de la défense en matière pénale », in R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 539.

[296] C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, Th., Université de Montpellier I, coll. Bibliothèque de droit privé Tome 329, 2000, n° 421, p. 277.

[297] CEDH, Gde ch., 12 nov. 2008, SALDUZ c/ Turquie, n° 36391/02, § 50 : *JCP* 2009. I. 104, obs. F. SUDRE.

[298] CEDH, 15 déc. 2011, AL-KHAWAJA ET TAHERY c/ Royaume-Uni, n° 26766/05 et 22228/06, § 143.

[299] CEDH, Gr. ch., 4 avr. 2018, CORREIA DE MATOS c/ Portugal, n° 56402/12, § 160 : « *Il reste à la Cour à rechercher si la procédure pénale ayant visé le requérant, dans laquelle les juridictions nationales ont appliqué la règle litigieuse de l'assistance obligatoire par un avocat, peut être tenue pour globalement équitable* ».

que l'équité de la procédure était garantie. Le respect des droits de la défense permet donc d'atteindre l'équité de la procédure.

68. À ce sujet, un récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme a attiré notre attention. Cette juridiction a récemment infléchi sa jurisprudence *SALDUZ-DAYANAN*[300]. Cette jurisprudence reconnaissait notamment aux personnes gardées à vue et même à toutes personnes privées de liberté le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat. Par l'arrêt *IBRAHIM* et autres contre Royaume-Uni[301], la Cour indiquait que la restriction du droit à l'accès d'un avocat n'était pas contraire à la Convention si elle était fondée sur des raisons impérieuses. En l'occurrence, les personnes gardées à vue étaient mises en cause pour des infractions terroristes et l'intervention de leur avocat était différée[302]. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'Homme est allée plus loin dans l'arrêt *BEUZE* contre Belgique de 2018[303]. En l'espèce, elle a admis que la privation de l'accès à l'avocat n'était pas nécessairement contraire à l'article 6 de la Convention, même en l'absence de raisons impérieuses, si l'équité globale de la procédure était respectée[304]. Pour vérifier l'équité globale de la procédure, elle énonce de nombreux critères[305]. L'analyse de ces différents critères [306] l'a conduite à conclure à la violation des paragraphes 1, relatif au procès équitable et 3 c), relatif au droit à l'assistance d'un avocat, de l'article 6. Cette solution est bienvenue mais le raisonnement de la Cour faisant dépendre l'atteinte aux droits de la défense à l'absence d'équité globale de la procédure se démarque très fortement de ses anciennes jurisprudences. À un tel point que quatre juges de la Cour ont exprimé leur « *désaccord sur une partie essentielle du raisonnement* »[307]. Le raisonnement de la Cour est en effet assez déconcertant. L'équité de la procédure ne peut, à notre sens, être garantie lorsque la personne a été privée de son exercice du droit à l'assistance, surtout en l'absence de raisons impérieuses. Une analyse de l'équité de la procédure dans ces circonstances est donc, au mieux, inutile[308] et au pire, comporte le risque d'estimer une procédure globalement équitable malgré la privation du droit à l'assistance d'un avocat.

Cet arrêt *BEUZE* contre Belgique semble être une exception dans la jurisprudence européenne qui a toujours encouragé les États à garantir le droit à l'accès à l'avocat surtout en cas de privation de liberté. Cette position a ainsi conduit le législateur français à ajuster l'ensemble des procédures pouvant conduire au prononcé d'une mesure privative de liberté.

---

[300] Que nous évoquerons de manière plus détaillée aux paragraphes § n°109 et suivants.
[301] CEDH, Gr. ch., 13 sept. 2016, IBRAHIM et a.c/ Royaume-Uni, n° 50541/08 : *D. actu*. 15 sept. 2016, obs. A. PORTMANN.
[302] D. ROETS, « Le droit d'accès à un avocat phagocyté par le droit à une procédure pénale « globalement » équitable », *RSC* 2019, p. 174.
[303] CEDH, Gr. ch., 9 sept. 2018, n° 71409/10, BEUZE c/ Belgique, *AJ pénal* 2019, p. 30, note E. CLÉMENT.
[304] CEDH, Gr. ch., 9 sept. 2018, n° 71409/10, BEUZE c/ Belgique, § 145, *AJ pénal* 2019, p. 30, note E. CLÉMENT.
[305] Ils figurent au paragraphe 150 de l'arrêt : vulnérabilité particulière du requérant, possibilité ou non pour le requérant de contester l'authenticité des preuves recueillies et de s'opposer à leur production, l'existence dans le droit et la pratique internes d'autres garanties procédurales…
[306] CEDH, Gr. ch., 9 sept. 2018, n° 71409/10, BEUZE c/ Belgique, § 194 : « *La conjonction des différents facteurs précités et non chacun d'eux pris isolément qui a rendu la procédure inéquitable dans son ensemble* ».
[307] Opinion concordante commune aux juges YUDKIVSKA, VUČINIĆ, TURKOVIĆ ET HÜSEYNOV, § 1.
[308] La Cour concède elle-même, en son paragraphe 145, que « *une telle absence [d'avocat] pèse lourdement dans la balance lorsqu'il s'agit d'apprécier globalement l'équité du procès et elle peut faire pencher la balance en faveur d'un constat de violation* ».

69. La Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas la seule juridiction à reconnaitre cet objectif d'équité de la procédure aux droits de la défense. Le Conseil constitutionnel a ainsi souligné que des garanties doivent être assurées aux justiciables « *notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »[309]. Le raisonnement tenu en l'espèce est légèrement différent de celui de la Cour européenne des droits de l'Homme : la procédure juste et équitable précède le respect des droits de la défense et c'est cette procédure qui garantit l'équilibre des droits des parties. L'équilibre des droits des parties peut être assimilé à l'équité de la procédure. Ainsi, qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'Homme ou du Conseil constitutionnel, ces deux juridictions reconnaissent que les droits de la défense participent à assurer l'équité de la procédure.

70. Conclusion de la section 1 : La défense effective des personnes privées de liberté n'est possible que par la garantie de droits procéduraux. Si les principes relatifs à l'équité du procès, que sont le principe du contradictoire et de l'égalité des armes, sont essentiels au bon déroulement de la procédure, ils ne suffisent pas à garantir une défense effective. Pour ce faire, il faut que les différents droits composant les droits de la défense soient garantis. Cela est en effet nécessaire au vu du caractère « multiple » des droits de la défense, du caractère vaste de leur notion. De plus, l'avantage de garantir les droits de la défense est que cette notion n'est pas immuable et peut ainsi s'enrichir avec le temps. Cet enrichissement participe ainsi aux objectifs des droits de la défense : assurer une défense effective et participer à l'équité globale de la procédure.

C'est pourquoi le législateur a introduit progressivement les droits de la défense dans les procédures relatives aux mesures privatives de liberté.

[309] Consid. 4, Cons. constit, 28 juill. 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n° 89-260 DC, *JORF* 1er août 1989, p. 9676.

Section 2 : La reconnaissance progressive des droits de la défense

71. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les droits fondamentaux ont été progressivement garantis à tous les citoyens d'Europe. Les droits fondamentaux rattachés à la justice n'ont pas fait exception. Ainsi, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme a servi de socle pour étendre le principe du procès équitable à tous les contentieux auxquels étaient confrontés les justiciables.

Les droits de la défense, faisant partie intégrante du droit du procès équitable, ont aussi été consacrés à chaque contentieux[310]. Ainsi, ils ont été étendus à toutes les procédures pouvant conduire à une mesure privative de liberté[311], y compris celles ne relevant pas du droit pénal[312]. Mieux encore, ces droits ont été consolidés par des garanties[313] procédurales comme la notification écrite des droits en procédure pénale[314].

Les droits de la défense devraient en effet faire l'objet d'une protection plus importante lorsque, à un stade de la procédure, une mesure privative de liberté est envisagée ou exécutée. Les personnes, pour lesquelles la privation de liberté est envisagée, doivent voir leurs droits de la défense reconnus car une défense effective leur permettrait d'éviter une atteinte à leur liberté individuelle : l'exécution d'une mesure privative de liberté. Quant aux personnes privées de liberté, la reconnaissance des droits de la défense est tout aussi importante car elles sont vulnérables du fait de leur privation de liberté. L'enfermement peut les restreindre dans l'exercice de leurs droits de la défense, ce qui les place dans une situation de net désavantage face à leur adversaire.

72. À travers cette section, sera retracée l'évolution de la reconnaissance progressive des droits de la défense au bénéfice de toutes les personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté.

Il sera ainsi évoqué, dans un premier temps, la reconnaissance des droits de la défense dans les procédures pouvant conduire au prononcé d'une privation de liberté (1er paragraphe) et dans un second temps, la reconnaissance des droits de la défense pour les personnes faisant déjà l'objet d'une privation de liberté (2nd paragraphe).

---

[310] L. E. PETTITI, « L'évolution de la défense et du droit de la défense à partir de la DUDH », *RTDH* 2000, pp. 5-6 : « *Mais après la nuit de 1939-1945 la prise de conscience a été universelle. Il devenait possible enfin d'instrumentaliser la défense. […] Désormais, au sein de chaque peuple, quelle que soit sa culture, il est admis et reconnu qu'on ne peut juger sans témoins ni défenseur* ».

[311] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, p. 662 : « *[La] caractéristique essentielle [des droits de la défense] est sans nul doute leur extension permanente, aussi bien dans leur contenu que dans leur domaine d'application* ».

[312] M.- A. FRISON-ROCHE, « Les droits de la défense en matière pénale », in R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 3e éd, Paris, Dalloz, 1996, p. 323, n°586 : « *On peut donc en conclure, par l'observation des évolutions récentes du droit positif et celles que l'on peut présager, que les droits de la défense présents depuis longtemps dans la procédure répressive en deviennent aujourd'hui le point d'ancrage et les premiers des droits processuels, en compagnie bien sûr du droit d'accès à la justice* ».

[313] S. GUINCHARD, T. DEBARD, (dir.), *op. cit.*, p. 521 : « *Garantie des droits : Ensemble des dispositions ou moyens mis en œuvre dans un État pour prévenir la violation des droits de l'homme par les gouvernants* ».

[314] Ce point sera développé en paragraphe § n° 228.

1er paragraphe : Les droits de la défense reconnus au bénéfice des personnes encourant une mesure privative de liberté

73. Les procédures au cours desquelles une personne encourt une mesure privative de liberté relèvent de la matière pénale. En effet, il s'agit de la phase d'instruction au cours de laquelle la personne mise en examen peut être placée en détention provisoire[315], la phase sentencielle devant une juridiction de jugement au cours de laquelle la personne peut encourir une peine d'emprisonnement ou de réclusion et la phase post-sentencielle. Pour cette dernière phase, il sera seulement abordé dans cette section une partie du contentieux du juge de l'application des peines pouvant conduire à une incarcération.

La Cour européenne des droits de l'Homme affirme, dans son arrêt *KATRITSCH* contre France, que lorsqu'une privation de liberté est encourue, le droit à l'assistance d'un avocat doit être reconnu : « *La Cour relève que le requérant a été déclaré coupable et condamné à un an d'emprisonnement par la cour d'appel. Or, elle rappelle que, selon sa jurisprudence, dans des affaires où l'assistance gratuite d'un défenseur fait défaut et lorsqu'une privation de liberté se trouve en jeu, les intérêts de la justice commandent en principe d'accorder l'assistance d'un avocat* » [316].

Ainsi, il sera abordé dans un premier temps la garantie des droits de la défense en phase pré-sentencielle (A) et, dans un second temps, la garantie de ces droits en phase sentencielle et post-sentencielle (B).

A. La reconnaissance essentielle des droits de la défense en phase pré-sentencielle

74. Notons que « *l'accentuation actuelle des droits de la défense tend à combler l'infériorité historique des parties privées (personne poursuivie et partie civile notamment) face au ministère public qui, de tout temps, a disposé des droits précités. Apparaît ainsi aujourd'hui une sorte d'égalité des armes* »[317]. La reconnaissance progressive des droits de la défense en phase pré-sentencielle a été ainsi essentielle. En effet, la personne mise en examen – alors présumée innocente – est opposée au ministère public. La reconnaissance de prérogatives permettant de rétablir l'équilibre de la procédure, ainsi que d'assurer sa défense effective, était donc nécessaire. Il sera ainsi abordé la reconnaissance des droits de la défense devant le juge d'instruction (1), devant le juge des libertés et de la détention (2) et devant la chambre de l'instruction (3).

---

[315] Détention provisoire qui peut également être décidée en phase de jugement. Par exemple, lorsque le procureur de la République envisage de renvoyer la personne devant une audience de comparution immédiate mais que la réunion du tribunal est impossible le jour-même (Art. 396, al .3 CPP), comme cela sera étudié au paragraphe § n° 93.

[316] CEDH, 4 nov. 2010, KATRITSCH c/France, n° 22575/08, §31 : « *La Cour relève que le requérant a été déclaré coupable et condamné à un an d'emprisonnement par la cour d'appel. Or, elle rappelle que, selon sa jurisprudence, dans des affaires où l'assistance gratuite d'un défenseur fait défaut et lorsqu'une privation de liberté se trouve en jeu, les intérêts de la justice commandent en principe d'accorder l'assistance d'un avocat (voir, parmi d'autres, Benham c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, § 61, Recueil des arrêts et décisions 1996-III, et Shabelnik c. Ukraine, no 16404/03, § 58, 19 février 2009)* ».

[317] J. PRADEL « Droits de la défense », in D ALLAND, S. RIALS (dir.), *op. cit.*, p. 539.

1) La reconnaissance ancienne des droits de la défense devant le juge d'instruction

75. Aux termes de l'article 49 du code de procédure pénale, « *le juge d'instruction est chargé de procéder aux informations* ». Instruisant à charge et à décharge, son rôle n'est pas de trancher sur la culpabilité de la personne mais de rassembler tous les éléments qui permettront d'éclairer la juridiction de jugement en cas de renvoi[318].

Si sous l'Ancien Régime, la procédure pénale « *se [caractérisait par] l'exclusion de l'avocat [et la possibilité de la torture]*»[319], les droits de la défense sont aujourd'hui reconnus lors de la phase d'instruction. En effet, un droit à l'information est garanti : la personne, qu'elle soit mise en examen ou témoin assisté, doit connaitre les faits qui lui sont reprochés ainsi que leur qualification juridique[320]. Il lui est également accordé un délai nécessaire pour préparer sa défense avant chaque interrogatoire[321].

Le droit à l'assistance d'un avocat a également été reconnu lors de la phase d'instruction. La loi ayant ouvert la porte du cabinet du juge d'instruction à l'avocat est ancienne. Elle a été promulguée sous la IIIe République, le Code d'instruction criminelle napoléonien était alors encore en vigueur. Il s'agit de la loi du 8 décembre 1897 « *qui, développant la contradiction, permit à l'inculpé d'être assisté d'un conseil lors de ses interrogatoires par le juge d'instruction et à ce conseil de consulter le dossier la veille de chaque interrogatoire* »[322]. Le droit à l'assistance d'un avocat a été reconnu très tôt car il était important d'apporter une assistance de la part d'un défenseur professionnel à une personne présumée innocente[323].

Puis, peu à peu, l'avocat a « *grignoté le droit d'être présent et actif à l'instruction* »[324] bien que « *la défense [soit] perçue comme une « gêne », une entrave au bon déroulement de l'instruction* »[325]. En effet, l'intervention de l'avocat lors de la défense d'une personne mise en

---

[318] L. BELFANTI, « Juge d'instruction – L'institution du juge d'instruction », *Rép. pénal Dalloz,* oct. 2015, actualisation janv. 2019, n°68 : « *De ce travail rigoureux découle la confirmation, la modification ou encore l'infirmation de la qualification juridique des faits donnée par le parquet au moment de l'ouverture de l'information judiciaire. Ainsi, le juge d'instruction éclairera-t-il, non seulement les parties à la procédure, mais aussi et surtout la juridiction de jugement en cas de renvoi* ».

[319] *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, 3e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2014, n° 103, p. 216.

[320] Art. 116, al. 2 CPP : « *Après l'avoir informée, s'il y a lieu, de son droit d'être assistée par un interprète, le juge d'instruction constate l'identité de la personne et lui fait connaître expressément, en précisant leur qualification juridique, chacun des faits dont il est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée. Mention de ces faits et de leur qualification juridique est portée au procès-verbal* ».

[321] Art. 114, al. 3.

[322] J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375.

[323] Le principe de présomption d'innocence ayant valeur constitutionnelle selon le Conseil constitutionnel (Cons. constit., 20 janv. 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, n° 80-127, *JORF* 22 janv. 1981, p. 308 : *JCP* 1981, II p. 19701, note C. FRANCK ; *D.* 1981, p. 101, note J. PRADEL ; *D.* 1982, p. 441, note A. DEKEUWER ; *AJDA* 1981, p. 275, note J. RIVERO, et p. 278, note C. GOURNAY) et faisant partie du bloc de constitutionnalité au vu de sa proclamation au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Art. 9 : « *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'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* »).

[324] J. DANET, *Défendre, pour une défense pénale critique*, 2e éd., Paris, Dalloz, coll. États de droit- regards sur la justice, 2004, p. 54.

[325] *Ibid*.

examen ne se limite plus à la défense lors des interrogatoires seulement. Désormais, l'avocat a un rôle actif devant le magistrat instructeur. La procédure étant inquisitoire et non accusatoire[326], seul le juge est chargé d'instruire à charge et à décharge. Mais il est possible pour le défenseur du mis en examen de participer à l'enquête en présentant une demande d'actes d'investigations[327] ou de contre-expertise. De plus, depuis la loi du 30 décembre 1996[328], l'avocat peut transmettre à son client la copie du dossier de la procédure[329]. Ce qui, comme le remarquait le Professeur PRADEL, « *permet une meilleure défense, notamment lorsque le débat porte sur des expertises complexes que seul le client de l'avocat peut comprendre, s'il est lui-même technicien (médecin, architecte, ingénieur...)* »[330]. Le fait que le défenseur ait la possibilité de présenter des demandes d'actes démontre le plein exercice du droit de discuter l'accusation.

76. Cet accroissement des pouvoirs de l'avocat, qui correspond à une consolidation des droits de la défense, devant le juge d'instruction peut s'expliquer par le fait que la personne mise en examen peut être placée en détention provisoire[331]. Or, la détention provisoire s'exécute dans un établissement pénitentiaire alors même que la personne n'a pas été reconnue coupable par une juridiction de jugement. Une défense effective se justifie par l'application du principe de présomption d'innocence et permettrait à la personne mise en examen de disposer de toutes les prérogatives nécessaires pour s'opposer, voire éviter, le placement en détention provisoire. Par la même occasion, reconnaitre le droit à l'assistance d'un avocat à une personne mise en examen assurerait, par la même occasion, un respect du principe de l'égalité des armes. En effet, une personne mise en examen placée en détention provisoire peut exercer plus facilement ses droits par le biais de son avocat – comme le droit au recours – car ce dernier n'est pas contraint par une mesure privative de liberté. Dès lors, le droit à l'assistance de l'avocat permet de s'assurer que la personne détenue ne se trouve pas en situation de net désavantage.

En outre, lorsqu'il a été envisagé de supprimer le juge d'instruction, la Commission Justice pénale et droits de l'homme prévoyait, dans son rapport de juin 1990, de contrebalancer cette suppression par un renforcement des droits de la défense[332]. Ceci démontre une fois encore que les droits de la défense permettent véritablement de rétablir l'équilibre global de la procédure.

---

[326] J. HILAIRE, *Histoire du droit*, 14e éd., Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2017, p. 190 : « *Les juristes distinguent très généralement la procédure de type accusatoire (publique, orale et contradictoire, reposant sur un système de preuve ayant un caractère légal et formel) et la procédure de type inquisitoire (écrite et non contradictoire, secrète et reposant sur l'enquête et l'intime conviction d'un juge professionnel).* ».

[327] Art. 167, al. 3 CPP.

[328] Loi n° 96-1235 30 déc. 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, *JORF* n°1 1er janv. 1997, p. 9.

[329] Art. 114, al. 5 CPP : « […] *Lorsque la copie a été demandée par les avocats, ceux-ci peuvent en transmettre une reproduction à leur client, à condition que celui-ci leur fournisse au préalable cette attestation* ».

[330] J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375.

[331] La décision du placement ou du maintien en détention provisoire revient au juge des libertés et de la détention. Le code de procédure pénale permet toutefois au juge d'instruction de décider de la prolongation de la détention provisoire avant la réunion de la juridiction de jugement.

[332] J. PRADEL, « La mise en état des affaires pénales », *D.* 1990, p. 301.

En toute logique, les droits de la défense ont aussi été reconnus devant le juge des libertés et de la détention lorsque ce dernier doit statuer sur un placement ou un maintien en détention provisoire.

2) La reconnaissance indispensable des droits de la défense devant le juge des libertés et de la détention

77. Avec la promulgation de la loi du 17 juillet 1970[333], la « *détention préventive* »[334] est devenue la détention provisoire. Elle consiste en l'incarcération d'une personne qui n'a pas encore comparu devant une juridiction de jugement. La particularité de cette mesure est qu'elle place dans un établissement pénitentiaire une personne présumée innocente. Or, par définition, un établissement pénitentiaire est un établissement dans lequel des personnes reconnues coupables, par une juridiction de jugement, exécutent des peines privatives de liberté. La décision du placement en détention provisoire incombait auparavant au juge d'instruction. Les anciennes versions de l'article 145 du code de procédure pénale prévoyaient l'intervention de l'avocat lors de ce contentieux[335].

Puis, « *figure emblématique de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 « Présomption d'innocence », le juge des libertés et de la détention a été créé il y a bientôt 20 ans* »[336]. Désormais, le juge des libertés et de la détention est le seul compétent pour trancher en matière de détention provisoire. En effet, lorsque le juge d'instruction estime qu'une telle mesure est nécessaire, il renvoie le débat devant le juge des libertés et de la détention. Le débat sur la mise en liberté de la personne placée en détention provisoire relève aussi de la compétence du juge des libertés et de la détention. La détention provisoire ne peut être envisagée qu'en matière criminelle ou pour les délits punis de 3 ans au moins d'emprisonnement délictuel[337]. La détention provisoire peut également être ordonnée, à titre de sanction[338], lorsque le mis en examen n'a pas respecté les conditions de son contrôle judiciaire[339] ou de son assignation à résidence sous surveillance électronique.

78. Le juge des libertés et de la détention est saisi par le juge d'instruction. L'article 145 du code de procédure pénale dispose qu'il est tenu d'informer la personne mise en examen qu'elle « *a le droit de demander un délai pour préparer sa défense* »[340]. Ce délai est nécessaire car il

---

[333] Loi n°70-643 17 juill. 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *JORF* 19 juill. 1970, p. 6751.
[334] B. BOULOC, *Procédure pénale*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 926, p. 837.
[335] Art. 145, al. 2 et 3 CPP (version issue de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale (rectificatif)) : « *Le juge d'instruction qui envisage de placer en détention la personne mise en examen l'avise de son droit de disposer d'un délai pour préparer sa défense.*
Si cette personne n'est pas déjà assistée d'un avocat, il l'avise qu'elle a droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office. L'avocat choisi ou, dans le cas d'une demande de commission d'office, le bâtonnier de l'ordre des avocats en est avisé par tout moyen et sans délai ; mention de cette formalité est faite au procès-verbal ».
[336] « Dossier : Le juge des libertés et de la détention », *AJ pénal* 2019, p. 119.
[337] Art. 143-1 CPP.
[338] Art. 141-2, al. 1er et art. 142-8, al. 2 CPP.
[339] Ensemble d'obligations imposé au mis en examen par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention selon l'article 138 du code de procédure pénale.
[340] Art. 145, al. 4 CPP.

permet à la personne et à son défenseur de trouver des arguments pour empêcher la détention provisoire. De plus, il peut arriver que ce débat ait lieu à l'issue d'un interrogatoire de première comparution devant le magistrat instructeur et ce même interrogatoire peut se tenir après une garde à vue. La personne mise en examen peut se trouver dans un état de fatigue important. Un délai supplémentaire lui permet de préparer sa défense et de mieux appréhender le débat avec le juge des libertés et de la détention. Le droit de bénéficier d'un délai nécessaire pour la préparation de la défense est donc garanti.

Toutefois, il est important de préciser que l'alinéa 8 du même article 145 indique que dans le cas d'une telle demande de délai supplémentaire, le juge des libertés et de la détention a la possibilité de prescrire l'incarcération provisoire de la personne pour un délai ne pouvant excéder quatre jours. Cette incarcération provisoire est prévue pour remplir un ou plusieurs des objectifs de la détention provisoire[341]. La jurisprudence a précisé que dans ce délai de quatre jours, seuls les jours ouvrables étaient comptés, à l'exclusion des samedis, dimanches et jours fériés ou chômés[342], allongeant, de ce fait, le temps passé en milieu carcéral. Cette incarcération provisoire est ordonnée par ordonnance non susceptible d'appel. La difficulté de cette incarcération est que le mis en examen semble devoir faire un choix entre sa liberté individuelle et l'exercice de ses droits à la défense. Il n'est donc pas certain que la personne mise en examen souhaite exercer ses droits relatifs à la préparation de la défense.

En outre, l'article 145 du code de procédure pénale prévoit un dernier cas où l'incarcération provisoire peut être décidée. Le juge des libertés et de la détention peut décider d'office de prescrire l'incarcération provisoire de la personne afin de procéder aux vérifications nécessaires relatives à sa situation personnelle[343]. Lorsque cette incarcération est ordonnée d'office par le juge des libertés et de la détention, elle peut faire l'objet d'un recours.

Il est regrettable qu'un tel recours ne soit pas envisageable lorsque la personne décide d'exercer ses droits de la défense et demande un délai supplémentaire pour préparer sa défense. Cette absence de recours s'explique par la volonté de préserver le bon déroulement des investigations en cours, comme l'illustre le renvoi fait vers l'article 144 du code de procédure pénale qui liste les objectifs recherchés par la détention provisoire. Ces mêmes objectifs sont donc recherchés lorsqu'une incarcération provisoire est décidée.

79. Le débat qui se tient devant le juge des libertés et de la détention est un « débat contradictoire » au cours duquel sont entendus le ministère public, le mis en examen et son avocat. Le mis en examen est nécessairement assisté d'un avocat[344]. Chaque partie est entendue dans ses arguments. Le droit de discuter l'accusation, découlant du principe du contradictoire, est donc garanti, ainsi que le droit à l'assistance d'un avocat. Les droits de la défense sont ainsi

---

[341] Ces objectifs sont énumérés à l'article 144 du code de procédure pénale : Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité, empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille, empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices, 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.

[342] Cass. Crim. 11 juill. 2012, n° 12-82.980 P.

[343] Art. 145, al. 9 CPP.

[344] Art. 145, al. 1er CPP.

garantis lors d'un éventuel placement en détention provisoire mais également lors de la demande de mise en liberté[345].

Les droits de la défense sont donc intégralement reconnus – et garantis – lors du débat devant le juge des libertés et de la détention car la personne mise en examen dispose du droit de bénéficier d'un temps nécessaire pour préparer sa défense, du droit de discuter l'accusation ainsi que du droit d'être assisté d'un avocat.

Notons que, aux termes de l'article 148 du code de procédure pénale, lorsque la personne détenue souhaite obtenir une mise en liberté, elle adresse cette demande au juge d'instruction qui, s'il n'y fait pas droit, communique le dossier au ministère public aux fins de réquisitions. Puis, le juge d'instruction transmet la demande au juge des libertés et de la détention qui doit statuer dans un délai de trois jours ouvrables. Néanmoins, l'article 148 ne mentionne pas la tenue d'un quelconque débat avec la personne détenue ou son avocat devant le juge des libertés et de la détention. Ainsi, tant le juge d'instruction que le juge des libertés et de la détention rendent leur décision sur la demande de mise en liberté sans faire comparaitre la personne détenue ou son avocat.

80. Ces dispositions s'appliquent lorsque la personne mise en examen est majeure. Lorsque la personne mise en examen est mineure, la détention provisoire est possible, tout comme le placement en centre éducatif fermé. En effet, à l'instar des majeurs, un placement sous contrôle judiciaire est envisageable pour les mineurs mis en examen âgés de 13 à 18 ans. Or, parmi les obligations du contrôle judiciaire pour les mineurs, il existe le placement en centre éducatif fermé[346]. La présence de l'avocat lors de la notification des obligations est obligatoire[347]. Puis, pour ce qui est de la détention provisoire, les règles tenant au débat sont identiques étant donné que les articles L. 433-3 à L. 433-5[348] du code de la justice pénale des mineurs, entré en vigueur le 30 septembre 2021[349] après la promulgation de la loi du 26 février 2021[350], opèrent un renvoi vers l'article 145 du code de procédure pénale.

Les droits de la défense sont donc garantis qu'il s'agisse d'un majeur ou d'un mineur en matière de détention provisoire.

---

[345] Art. 148-2, al. 1er CPP.

[346] Le placement en centre éducatif fermé peut également être décidé dans le cadre d'une obligation d'un sursis probatoire, d'un placement extérieur ou d'une libération conditionnelle, selon l'article 33 de l'ordonnance du 2 février 1945 (Ord. n° 45-174 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 4 févr. 1945 p. 530) et l'article L. 113-7 du code de la justice pénale des mineurs.

[347] Art. L. 331-3, al. 1er CJPM : « *Le juge des enfants, le tribunal pour enfants, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention notifie oralement au mineur les obligations qui lui sont imposées, en présence de son avocat […]* ».

[348] Art. L. 433-3 CJPM : « *En matière correctionnelle, la détention provisoire ordonnée à l'égard d'un mineur âgé d'au moins seize ans, dans les conditions prévues par l'article L. 334-5, ne peut excéder :*
1° Un mois, lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à sept ans. […] ;
2° Quatre mois, lorsque la peine d'emprisonnement encourue est supérieure à sept ans. […] ».

[349] P. BONFILS, « Ratification de l'ordonnance portant création de la partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *JCP*, n° 14, 6 Avril 2021, doctr. 391 : « *La loi n° 2021-218 du 26 février 2021 a ratifié l'ordonnance du 11 septembre 2019 portant création de la partie législative du Code de la justice pénale des mineurs. Elle y a aussi apporté un certain nombre de modifications, et repoussé son entrée en vigueur au 30 septembre 2021. C'est donc à cette date que sera abrogé l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante* ».

[350] Loi n° 2021-218, 26 févr. 2021 ratifiant l'ordonnance no 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, *JORF* 27 févr. 2021, texte n° 1.

81. Le juge des libertés et de la détention est également compétent pour se prononcer sur l'éventuelle détention provisoire de la personne condamnée faisant l'objet de la procédure mentionnée aux articles 728-10 et suivants du code de procédure pénale. Ces articles régissent l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté en application de la décision-cadre du 27 novembre 2008[351]. « *Elle vise à simplifier les conditions permettant qu'une personne condamnée dans un État membre dit « État de condamnation » exécute sa peine dans un autre État membre dit « État d'exécution » à la condition, toutefois, que cette mesure puisse favoriser sa « réinsertion sociale »* »[352]. Ainsi, cette décision-cadre, transposée par la loi du 5 août 2013[353], permet de faire exécuter en France une condamnation à une peine ou à une mesure de sûreté privative de liberté prononcée dans un autre État membre[354].

Dans l'attente de la décision sur la reconnaissance et l'exécution de la décision de condamnation[355], la personne condamnée peut faire l'objet d'une détention provisoire. Elle comparait alors devant le juge des libertés et de la détention, saisi préalablement par le procureur de la République. Devant le juge des libertés et de la détention, la personne peut être assistée d'un avocat[356]. Il s'agit d'un simple droit, elle peut donc y renoncer. Ce droit à l'assistance d'un avocat devant le juge des libertés et de la détention a été reconnu dès la loi du 5 août 2013.

Pour finir, s'il est décidé de faire exécuter en France la peine ou la mesure privative de liberté prononcée par l'État membre, le droit français, notamment celui de l'exécution des peines, s'applique alors.

82. Une difficulté est apparue avec la crise sanitaire due à la pandémie de covid-19[357]. L'ordonnance du 25 mars 2020, appliquant les dispositions de la loi du 23 mars 2020[358], prévoyait en effet un allongement de plein droit des délais de détention provisoire de deux mois quand la peine encourue en matière correctionnelle était inférieure ou égale à cinq ans, de trois mois pour les autres infractions en matière correctionnelle et de six mois en matière

---

[351] Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil, 27 nov. 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, *JOUE* 5 déc. 2008, L. 327/27.

[352] N. LE COZ, « L'entraide pénale dans l'Union européenne », *AJ pénal* 2013, p. 523.

[353] Loi n° 2013-711 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* n°0181 6 août 2013, texte n° 4.

[354] Nous ne traiterons que de ce cas car les condamnations prononcées par les juridictions françaises seront exécutées dans un autre État et seront régies par les lois de ce dernier (Art. 728-28 CPP : « *L'exécution de la peine est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel elle est exécutée* »).

[355] Décision rendue par le procureur de la République (art. 728-42 CPP) ou par le président du tribunal judiciaire si le procureur de la République a proposé d'adapter la peine prononcée par l'État de condamnation (art. 728-46 et 728-47 CPP).

[356] Art. 728-67 CPP.

[357] T. WICKERS, « Avocat », *D.* 2021, p. 104 : « *L'activité judiciaire a été paralysée successivement par le mouvement de grève le plus dur qu'ait connu le barreau français à l'époque moderne, puis par un confinement qui a révélé les insuffisances de la numérisation des juridictions* ».

[358] Loi n° 2020-290 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n°0072 24 mars 2020, texte n°2.

criminelle[359]. Cette prolongation étant de plein droit, un débat n'était pas tenu, ce qui portait nécessairement atteinte aux droits de la défense[360].

Le Conseil d'État, dans le cadre d'un référé-liberté, devait se prononcer sur la légalité de ces dispositions, notamment vis-à-vis de l'atteinte grave et manifestement illégale au droit d'accès au juge et aux droits de la défense. Cependant, il n'a pas reconnu cette atteinte en soulignant que l'ordonnance ne faisait qu'allonger les délais, sans modifier les règles du code de procédure pénale. En outre, cet allongement des délais n'intervenant qu'une fois dans la procédure, le Conseil d'État n'a pas constaté d'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées « *eu égard […] à la situation sanitaire et aux conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, sur l'action des auxiliaires de justice et sur l'activité des administrations* »[361].

La Cour de cassation n'a pas tenu le même raisonnement que celui du Conseil d'État. En effet, la Chambre criminelle a estimé[362] que l'article 16 de l'ordonnance du 5 mars 2020 n'était pas « *compatible avec l'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme* »[363], ne reconnaissant la régularité de cette prolongation que si la juridiction compétente se prononçait dans un court délai sur le bien-fondé du maintien en détention.

Le Conseil constitutionnel a reconnu la non-conformité de ces dispositions à la Constitution[364] en se fondant sur l'article 66 de la Constitution[365]. Il convient de préciser que la décision du Conseil constitutionnel a été rendue alors que les dispositions n'étaient plus en vigueur depuis la promulgation de la loi du 11 mai 2020[366]. Cette loi du 11 mai 2020 a d'ailleurs ajouté un article dans l'ordonnance du 25 mars 2020 qui dispose que les prolongations de détention provisoire ne peuvent intervenir que « *par une décision de la juridiction compétente prise après un débat contradictoire* »[367]. L'article 19 de cette même ordonnance dispose que le débat contradictoire peut être tenu grâce à un moyen de télécommunication audiovisuelle ou

---

[359] Art. 16, Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, Portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0074 26 mars 2020, texte n°3.

[360] A. HAZAN, « Les droits fondamentaux des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire », *AJ pénal* 2020, p. 200 : « *Enfin, le gouvernement a décidé de proroger de plein droit l'ensemble des mesures de détention provisoire en cours et non seulement celles qui arrivent à expiration. Ce caractère systématique, sans débat contradictoire (a minima en visioconférence), porte atteinte aux droits de la défense. À cet égard, l'ordonnance est porteuse d'une régression importante*. ».

[361] CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894, 439877, 439887, 439890, 439898, § 19 P : *D. actu*. 9 avr. 2020, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2020, n° 103, obs. A. MARON et M. HAAS.

[362] Cass. Crim. 26 mai 2020, n° 20-81.971 et n° 20-81.910, *D.* 2020, p. 1109 et 1274, note J.-B. PERRIER ; *AJ pénal* 2020, p. 346, étude E. RASCHEL.

[363] M. VERPEAUX, « État d'urgence sanitaire et procédure pénale », *AJDA* 2021, p. 810.

[364] Contrairement à sa précédente décision du 3 juillet 2020 qui avait reconnu la conformité des dispositions de la loi du 23 mars 2020 à la Constitution (Cons. constit., 3 juill. 2020, M. Sofiane A. et autre, n° 2020-851/852 QPC, *JORF* n°0164 4 juill. 2020, texte n° 102).

[365] Cons. constit. 29 janv. 2021, M. Ion Andronie R. et autre, n° 2020-878/879 QPC, *JORF* n°0026 30 janv. 2021, texte n° 82 : *D. actu*. 2 mars 2021, obs. F. ENGEL.

[366] Loi n° 2020-546 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF* n°0116 12 mai 2020, texte n° 1.

[367] Art. 16-1, Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, Portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0074 26 mars 2020, texte n°3.

par écrit si ce moyen n'est pas possible[368]. Le pouvoir exécutif n'a donc pas maintenu cette prorogation des délais de détention provisoire.

83. Par conséquent, la reconnaissance des droits de la défense devant le juge des libertés et de la détention est indispensable car elle permet en effet d'éviter que l'État y porte atteinte, y compris en état d'urgence sanitaire.

Les droits de la défense ont-ils été reconnus devant la Chambre de l'instruction ?

3) La reconnaissance bienvenue des droits de la défense devant la Chambre de l'instruction

84. La chambre de l'instruction est compétente, entre autres, pour les appels interjetés à l'encontre des ordonnances des juges d'instruction et des juges des libertés et de la détention – portant sur la phase qui précède le jugement pénal. La comparution de la personne mise en examen devant la juridiction autrefois appelée « *Chambre d'accusation* »[369] a été prévue dès la création du code de procédure pénale par la loi du 31 décembre 1957[370]. La comparution était alors décidée par la Chambre elle-même.

Une particularité a vu le jour avec la loi du 6 juillet 1989[371]pour ce qui est du contentieux portant sur la détention provisoire. En effet, il a alors été décidé que la comparution de la personne mise en examen était de droit si cette dernière ou son conseil en faisait la demande. La jurisprudence a ensuite précisé que cette demande devait être faite dans des termes non équivoques en même temps que la déclaration d'appel ou de la demande de mise en liberté adressée à la Chambre de l'accusation[372].

85. La loi du 15 juin 2000[373] a modifié le nom de la juridiction en « chambre de l'instruction » mais cette comparution de droit sur demande de l'intéressé ou de son avocat demeure[374]. Cette comparution n'est pas pour autant un droit absolu. Le président de la chambre peut ainsi refuser la comparution de la personne mise en examen, par une ordonnance qui n'est susceptible d'aucun recours, si cette dernière a déjà comparu devant la chambre au cours des quatre derniers mois, y compris par le biais de la visioconférence[375]. Un tel refus permettrait à la juridiction de gagner du temps en ne faisant pas comparaitre la personne qui a déjà saisi la Chambre de l'instruction il y a peu. Cela éviterait aussi les extractions entre le palais de justice et un établissement pénitentiaire. Néanmoins, ce refus semble se heurter à la directive

---

[368] Le recours à la télécommunication audiovisuelle en période de crise sanitaire sera développé en paragraphes § n° 330.
[369] B. BOULOC, *Procédure pénale*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 615, p. 570.
[370] Loi n° 57-1426 31 déc. 1957 instituant un code de procédure pénale, *JORF* 8 janv. 1958, p. 258.
[371] Loi n°89-461 6 juill. 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire, *JORF* 8 juill. 1989, p. 8536.
[372] Crim 2 avr. 1990, Bull. n°140.
[373] Loi n° 2000-516 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n° 0138 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.
[374] Les parties doivent être entendues lorsque la Chambre de l'instruction ordonne leur comparution personnelle : Cass. Crim. 29 janv. 2014, n° 13-82.785 P : *Dr. pénal* 2014, p. 47, note A. MARON et M. HAAS.
[375] Cass. Crim. 9 juill. 2003, n° 03-82.273 P : *AJ pénal* 2003, p. 29.

européenne du 9 mars 2016[376] qui prévoit, au premier alinéa de son article 8, le principe selon lequel la personne a le droit d'assister à son propre procès. L'alinéa 2 de cet article prévoit une exception si la personne est représentée par un avocat mandaté désigné par l'inculpé ou par l'État en cas de commission d'office. L'alinéa 5 de cet article 8 confirme que la personne inculpée peut ne pas être présentée « *pour autant que les droits de la défense soient respectés* »[377]. Le droit européen ne reconnait pas non plus ce droit de comparaitre devant la juridiction comme un droit absolu.

Par ailleurs, le refus par la Chambre de l'instruction de faire comparaitre la personne ne signifie pas que cette dernière n'est jamais entendue par la juridiction. Il est en effet prévu que la Chambre ait recours à la télécommunication audiovisuelle, considérée comme « *une modalité de la comparution* »[378]. Le refus de faire comparaitre la personne par le biais de la visioconférence ne peut être justifié que par l'existence d'une circonstance imprévisible et insurmontable ayant rendu cette comparution par visioconférence impossible[379]. La jurisprudence veille donc à ce que la personne inculpée comparaisse devant la chambre de l'instruction, au moins par visioconférence. Cependant, le recours à cette technologie pour entendre une personne qui souhaitait comparaitre devant ses juges porte nécessairement atteinte au respect des droits de la défense car la personne ne comparait pas personnellement devant son juge. Le recours à ce moyen ne peut être justifié par le seul gain de temps, même si ce gain de temps peut être assimilé au principe d'une bonne administration de la justice[380].

Le Conseil constitutionnel a dû s'exprimer sur ce défaut de présentation devant la chambre de l'instruction une première fois en 2019. En l'occurrence, la juridiction de second degré avait dû maintenir l'accusé en détention provisoire avant la réunion de la cour d'assises après une première prolongation de la mesure décidée par le juge d'instruction[381]. Le Conseil constitutionnel avait ainsi relevé que la personne pourrait être privée pendant une année de la possibilité de se présenter physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire. Le Conseil rappelait l'importance de la garantie de la présentation physique et concluait qu'il en résultait une atteinte excessive aux droits de la défense[382]. En 2021, en se référant expressément à cette décision, le Conseil constitutionnel a réaffirmé sa position et a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 706-71 du code de procédure pénale relatives au recours à la visioconférence en matière de détention provisoire[383]. La loi du

---

[376] Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* 11 mars 2016, I. 65/1.

[377] Art. 8, al. 5 Directive 2016/343 9 mars 2016 : « *Le présent article s'entend sans préjudice des règles nationales qui prévoient que le juge ou la juridiction compétente peut exclure temporairement du procès un suspect ou une personne poursuivie si nécessaire dans l'intérêt du bon déroulement de la procédure pénale, pour autant que les droits de la défense soient respectés* ».

[378] Cass. Crim. 27 févr. 2018, n° 17-87.133 P : *D. actu*. 22 mars 2018, obs. W. AZOULAY ; *Dr. pénal* 2018, n° 89, obs. A. MARON et M. HAAS.

[379] Cass. Crim. 2 févr. 2016, n° 15-86.596 P : *AJ pénal* 2016, p. 273, obs. C. GIRAULT.

[380] Reconnu comme objectif à valeur constitutionnelle depuis une décision de décembre 2009 : Cons. constit., 3 déc. 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 2009-595 DC, *JORF* n° 028711 déc. 2009, texte n° 2.

[381] Art. 181, al. 9 CPP.

[382] Cons. constit., 20 sept. 2019, M. Abdelnour B., n° 2019-802 QPC, *JORF* n°0220 21 sept. 2019, texte n° 81.

[383] Cons. constit. 30 avr. 2020, M. Maxime O., n° 2020-836 QPC, *JORF* n°0107 2 mai 2020, texte n° 40.

24 décembre 2020[384] a ainsi modifié le quatrième alinéa de l'article 706-71. Désormais, une personne détenue en matière criminelle n'ayant pas personnellement comparu, sans recourir à un moyen de communication audiovisuelle, devant la chambre de l'instruction depuis au moins six mois et interjetant appel d'un refus de mise en liberté peut refuser l'utilisation de la visioconférence. De cette manière, la personne détenue pourra comparaitre devant ses juges.

86. Le Conseil constitutionnel veille ainsi scrupuleusement à ce que la personne mise en examen, qui peut donc être privée de liberté, puisse exercer librement ses droits de la défense devant la Chambre de l'instruction. Ce contrôle est d'autant bienvenu que le rôle de la Chambre ne cesse de s'accroître. En effet, la Chambre criminelle a estimé que le juge des libertés et de la détention et la Chambre de l'instruction, lorsqu'ils doivent statuer sur le manquement aux obligations ou interdictions du contrôle judiciaire doivent aussi tenir compte de l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la commission de l'infraction par la personne mise en examen si cette dernière conteste l'existence de ces indices[385]. Cette position de la Cour de cassation, s'inscrivant dans un vrai courant jurisprudentiel[386], révèle une « *volonté affichée de fixer une jurisprudence forte* »[387] selon laquelle la chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit s'assurer, que cela soit soulevé au fond ou non devant elle, que les conditions légales de la détention provisoire sont réunies. Ce contrôle, encore une fois, est justifié par le fait que la détention provisoire implique l'enfermement d'une personne qui n'a pas été reconnue coupable par une juridiction de jugement. Une vigilance particulière est ainsi apportée au respect du principe de la présomption d'innocence.

Les droits de la défense ont ainsi été reconnus en phase pré-sentencielle. Cette reconnaissance s'est également faite en phase sentencielle et post-sentencielle.

B. La reconnaissance nécessaire des droits de la défense en phase sentencielle et post-sentencielle

87. Les droits de la défense ont également été progressivement reconnus lors des étapes suivant la phase d'instruction : la phase sentencielle et post-sentencielle. Ces phases renvoient aux juridictions de jugement (1) et aux juridictions de l'application des peines (2).

1) La reconnaissance ancienne en phase sentencielle

---

[384] Loi n°2020-1672 24 déc. 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *JORF* n°0312 26 déc. 2020, texte n° 4.

[385] Cass. Crim. 27 janv. 2021, n° 20-85.990 P : *D. actu*. 27 janv. 2021, obs. M. DOMINATI ; *AJ pénal* 2021, p. 154.

[386] Cass. Crim. 14 oct. 2020, n° 20-82.961, *AJ pénal* 2021, p. 27, note J. BOUDOT ; *RSC* 2020, p. 967, obs. J.-P. VALAT ; Cass. Crim. 27 janv. 2021, n° 20-85.990 P : *D. actu*. 27 janv. 2021, obs. M. DOMINATI ; Cass. Crim. 9 février 2021, n° 20-86.339.

[387] J. BOUDOT, « Un prérequis à toute détention : l'existence d'indices graves ou concordants », com. sous Cass. Crim. 27 janv. 2021, *AJ pénal* 2021, p. 154.

88. La phase sentencielle correspond à la phase au cours de laquelle est prononcée une peine. Il est donc évident de traiter des peines privatives de liberté encourues devant une juridiction de jugement (b). Mais il faudra traiter également d'une procédure de jugement particulière à l'issue de laquelle une peine privative de liberté peut être prononcée : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (a).

a) Le cas particulier de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

89. Lorsque le procureur de la République décide de poursuivre une personne qui a commis ou tenté de commettre un délit, plusieurs choix s'offrent à lui. Parmi ces choix, il peut renvoyer la personne en audience correctionnelle. Mais, au vu de la surcharge des audiences correctionnelles, le législateur a créé une autre procédure de jugement qui permet d'apporter une réponse pénale à la commission d'une infraction tout en évitant la réunion du tribunal correctionnel. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité peut aboutir au prononcé d'une peine d'emprisonnement[388] dont le quantum a augmenté depuis la loi du 23 mars 2019[389] en passant d'un an à trois ans d'emprisonnement délictuel – si ce quantum n'excède pas la moitié de la peine encourue[390]. Créée par la loi du 9 mars 2004[391], « *cette nouvelle procédure vise […], à alléger les audiences correctionnelles, à diminuer les délais de jugement et à conduire au prononcé de peines mieux adaptées et plus efficaces car acceptées par l'auteur du délit* »[392].

Cette procédure peut être envisagée lors du défèrement devant le procureur de la République à l'issue d'une garde à vue – la personne est alors privée de liberté – si l'intéressé reconnait les faits qui lui sont reprochés ou lorsque la personne est convoquée devant le procureur de la République[393]. Elle peut aussi être demandée par l'intéressé ou son avocat[394].

La première des conditions de cette procédure est la reconnaissance préalable de la culpabilité. Cette reconnaissance implique une connaissance des faits reprochés. En effet, la personne ne saurait reconnaître sa culpabilité pour des faits qu'elle ne connait pas. Le droit à l'information est donc garanti.

90. Pour ce qui est du droit à l'assistance d'un avocat, il fait l'objet d'une garantie particulière car la présence de ce dernier est obligatoire durant la comparution sur

---

[388] L. DESESSARD, « L'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » in M. DANTI-JUAN (dir.), *Quelle place pour les alternatives à la prison au seuil du XXIème siècle ?*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ, 2017, p. 33 : « *Toute peine d'emprisonnement n'est, déjà, pas nécessairement exclue par le procureur de la République lorsqu'il décide de recourir à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ».

[389] Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n°2.

[390] Art. 495-8, al. 2 CPP.

[391] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* n°59 10 mars 2004, texte n°1.

[392] Circ. CRIM n° 2004-12 E8, 2 sept. 2004, p. 5.

[393] Art. 495-7 CPP.

[394] Art. 495-7 CPP.

reconnaissance préalable de culpabilité et ce, depuis la création de cette procédure[395]. En outre, les textes prévoient que la personne dispose d'un temps de réflexion avec son avocat et peut même demander un délai supplémentaire de dix jours. À l'instar du débat devant le juge des libertés et de la détention en vue du placement en détention provisoire, la demande d'un délai supplémentaire conduit à la saisine du juge des libertés et de la détention. Ce dernier peut alors ordonner le placement de la personne sous contrôle judiciaire, l'assignation à résidence sous surveillance électronique, voire le placement en détention provisoire à titre exceptionnel[396]. Le droit à disposer d'un délai nécessaire pour préparer sa défense est donc garanti car la personne dispose d'un temps de réflexion avec son avocat et peut même demander un délai de dix jours avant de donner sa réponse[397]. Cependant, ce délai de dix jours peut entraîner l'exécution d'une détention provisoire. L'individu doit, encore une fois, choisir entre l'exercice de ses droits de la défense et la privation de sa liberté individuelle. Par conséquent, l'exercice des droits de la défense n'est pas, malheureusement, libre.

Le droit de discuter l'accusation semble écarté dans cette procédure. En effet, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité implique la reconnaissance des faits par la personne mise en cause et donc une auto-incrimination qui ne laisse pas de place à la discussion – au risque de voir la procédure échouer. Les droits de contester l'accusation et de ne pas s'auto-incriminer ne sont pas absolus, ce ne sont pas des devoirs, c'est pourquoi ils sont écartés lors de cette procédure. La personne poursuivie est en effet libre de reconnaitre ou non les faits qui lui sont reprochés[398] avant que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne soit mise en œuvre.

Le législateur a veillé à instaurer une certaine équité dans cette procédure avec l'assistance obligatoire de l'avocat. Cependant, le rôle de ce dernier est assez limité : « *à la lecture des textes aucune négociation autour de la peine proposée n'est possible mais il semble que le parquet puisse proposer plusieurs peines avant acceptation* »[399]. Si le Parquet peut poser plusieurs peines, rien n'assure que l'avocat puisse en faire de même.

À l'issue de cette procédure, la personne mise en cause peut accepter ou refuser la peine proposée par le ministère public. Dans le cas d'une acceptation, un juge du siège est saisi afin d'homologuer l'ordonnance et dans le cas contraire, la personne est renvoyée devant le Tribunal correctionnel ou le juge d'instruction est saisi pour qu'une instruction préparatoire soit diligentée.

Devant les juridictions de jugement, les droits de la défense ont également été reconnus.

b) L'évidente reconnaissance devant une juridiction pénale de jugement

[395] Art. 495-8, al. 5 CPP, version issue de la loi du 9 mars 2004 : « *[…] La personne ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat […]* ».
[396] Art. 495-10 CPP.
[397] Art. 495-8, al. 6 CPP.
[398] Tout en étant précisé que lors d'une audience correctionnelle, la reconnaissance des faits n'est pas une condition pour établir la culpabilité de la personne et prononcer une peine.
[399] G. ROUSSEL, « Tableau synthétique du déroulement de la procédure de CRPC », *AJ pénal* 2005, p. 442.

91. Les juridictions pénales de jugement de droit commun de première instance sont au nombre de trois : le tribunal de police compétent pour statuer sur les contraventions[400], le tribunal correctionnel compétent pour juger les délits[401] et la cour d'assises[402] ou la cour criminelle départementale pour les crimes.

Les juridictions de jugement correctionnelles et criminelles peuvent prononcer des peines privatives de liberté : la peine d'emprisonnement en matière délictuelle et la peine de réclusion ou de détention en matière criminelle.

92. L'audience devant un juge répressif apparait dès les premières procédures juridiques. Dès l'Antiquité romaine, l'*advocatus*[403]donne des conseils et plaide, une véritable profession voit ainsi le jour[404]. Ainsi, l'assistance d'un avocat devant un juge répressif a été admise très tôt, rendant la reconnaissance des droits de la défense par le législateur contemporain français évidente.

L'ensemble des droits de la défense sont ainsi reconnus lors de la comparution du prévenu à une audience correctionnelle. La personne est informée des charges portées à son encontre et ce, quelle que soit la manière dont elle est convoquée devant le tribunal correctionnel. L'ordonnance de renvoi devant une juridiction de jugement rendue par le juge d'instruction[405], la citation portée à son encontre[406], la convocation par procès-verbal[407] et la convocation à délai différé[408] comporte l'information des charges retenues à l'encontre de la personne prévenue. Pour les mineurs poursuivis, ils sont également informés des faits reprochés quand le juge des enfants ou le tribunal pour enfants est saisi[409].

Ce droit à l'information des charges est également garanti lors des audiences criminelles car la personne accusée a été auparavant une personne mise en examen par un juge d'instruction et connait les infractions retenues à son encontre grâce à l'ordonnance de règlement[410]. À l'inverse, l'instruction se conclut par une ordonnance de non-lieu si l'auteur des faits n'a pas été identifié, s'il n'existe pas de charges suffisantes ou si les faits ne constituent ni un crime, ni un délit, ni une contravention[411].

---

[400] Art. 521 CPP.
[401] Art. 381, al. 1er CPP.
[402] Art. 231 CPP.
[403] Étymologiquement, « celui qui est appelé ».
[404] A. CASTALDO, Y. MAUSEN, *Introduction historique au droit*, 5e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2019, p. 129, n° 364.
[405] Art. 179, al. 1er CPP : « *Si le juge estime que les faits constituent un délit, il prononce, par ordonnance, le renvoi de l'affaire devant le tribunal correctionnel* ».
[406] Art. 551 CPP : « *La citation énonce le fait poursuivi et vise le texte de la loi qui le réprime* ».
[407] Art. 394, al. 1er CPP : « *Le procureur de la République peut inviter la personne déférée à comparaître devant le tribunal dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours, sauf renonciation expresse de l'intéressé en présence de son avocat, ni supérieur à six mois. Il lui notifie les faits retenus à son encontre ainsi que le lieu, la date et l'heure de l'audience. […] Cette notification, mentionnée au procès-verbal dont copie est remise sur-le-champ au prévenu, vaut citation à personne* ».
[408] Art. 397-1-1, al. 3 CPP : « *L'ordonnance […] énonce les faits retenus et saisit le tribunal* ».
[409] Art. 5, al. 4 Ord. n° 45-174 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 4 févr. 1945: « *La convocation énoncera les faits reprochés, visera le texte de loi qui les réprime et indiquera le nom du juge saisi ainsi que la date et le lieu de l'audience* » ; Art. L. 423-7 CJPM et art. L. 423-8 CJPM : « *La convocation devant le juge des enfants ou le tribunal pour enfants et le procès-verbal établi par le procureur de la République lors du défèrement mentionnent : […] 2° Le fait poursuivi ainsi que le texte de loi qui le réprime ;* ».
[410] Art. 181 CPP.
[411] Art. 177, al. 1er CPP.

De plus, les audiences correctionnelles se tiennent dans un délai permettant la préparation de la défense de la personne. Les textes disposent que l'audience devant le juge des enfants ou le tribunal pour enfants ne peut être inférieur à dix jours ni supérieur à trois mois[412]. Pour les majeurs, les audiences se tiennent dans un délai compris entre dix jours et six mois[413], sauf renonciation expresse du prévenu en présence de son défenseur. En effet, si les faits sont punis d'au moins deux ans d'emprisonnement et que l'affaire est en état d'être jugée, le prévenu peut être traduit aussitôt devant la juridiction de jugement dans le cadre d'une comparution immédiate[414].

Enfin, l'assistance d'un avocat lors des audiences, qu'elles soient correctionnelles ou criminelles, est admise depuis longtemps[415]. En effet, dès la création du code de procédure pénale en 1958, les articles 417[416] et 274[417] prévoyaient l'assistance d'un avocat pour les prévenus et les accusés. La présence de l'avocat aux côtés du prévenu ou de l'accusé garantit également la discussion de l'accusation car « *l'avocat doit être mis en mesure d'exercer la plénitude des moyens légalement à sa disposition pour assurer la défense de son client* »[418].

93. Dans un cas exceptionnel, le tribunal correctionnel peut également être appelé à se prononcer sur la détention provisoire, après une prolongation décidée par le juge d'instruction dans une ordonnance distincte de son ordonnance de renvoi.

Cela peut paraitre antinomique car seuls le juge des libertés et de la détention et la chambre de l'instruction sont compétents en matière de détention provisoire, le tribunal étant par essence compétent pour juger des délits. Toutefois, l'avant-dernier alinéa de l'article 179 du code de procédure pénale dispose que si la réunion du tribunal n'est pas possible dans la prolongation de la détention provisoire de deux mois décidée par le juge d'instruction, c'est au tribunal correctionnel d'ordonner la prolongation de la détention provisoire pour une nouvelle durée de deux mois. Le texte met en avant le caractère « exceptionnel » de la décision du tribunal correctionnel et ajoute que la comparution du prévenu est « de droit » si ce dernier ou son avocat en font la demande. Le prévenu, ou son avocat, fait donc le choix d'exercer ou non ses droits de la défense.

Cette décision est d'autant plus exceptionnelle qu'elle n'est pas prévue en matière de comparution devant le tribunal correctionnel à délai différé. Une telle comparution est mise en

---

412 Art. 8-3, Ord. n° 45-174 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 4 févr. 1945 p. 530.

413 Art. 394, al. 1er CPP : « *Le procureur de la République peut inviter la personne déférée à comparaître devant le tribunal dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours, sauf renonciation expresse de l'intéressé en présence de son avocat, ni supérieur à six mois* ».

414 Art. 395 CPP.

415 Puisque sous la Révolution française, l'assistance des avocats a été supprimée lors de l'audience : « *[Par le décret du 3 Brumaire an II soit le 24 octobre 1973], les avocats ayant déjà été éliminés, les avoués devenaient simples défenseurs officieux désormais seuls auxiliaires de justice pour venir en aide aux justiciables* » (J. HILAIRE, *Histoire du droit*, 14e éd., Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2017, p. 191).

416 Art. 417, al. 1 et 2 CPP, version en vigueur au 2 mars 1959 : *« Le prévenu qui comparaît a la faculté de se faire assister par un défenseur. S'il n'a pas fait choix d'un défenseur avant l'audience et s'il demande cependant à être assisté, le président en commet un d'office* ».

417 Art. 274 CPP, version en vigueur au 2 mars 1959 : « *L'accusé est ensuite invité à choisir un conseil pour l'assister dans sa défense. Si l'accusé ne choisit pas son conseil, le président ou son délégué lui en désigne un d'office. Cette désignation est non avenue si, par la suite, l'accusé choisit un conseil* ».

418 D. CARON, « Art. 406 à 417 - Fasc. 20 : TRIBUNAL CORRECTIONNEL. – Débats. – Comparution et citation », *JCl. Procédure pénale*, nov. 2018, n°78.

œuvre, selon l'article 397-1-1 du code de procédure pénale, lorsqu'il existe contre la personne des charges suffisantes pour la faire comparaître devant le tribunal correctionnel mais que l'affaire n'est pas en état d'être jugée selon la procédure de comparution immédiate parce que n'ont pas encore été obtenus les résultats d'actes d'enquête déjà sollicités. Or, dans le cadre de cette procédure, c'est bien le juge des libertés et de la détention qui est saisi afin de se prononcer sur le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou la détention provisoire de la personne[419]. De la même façon, dans le cadre de la comparution immédiate, si la réunion du tribunal est impossible le jour même « *et si les éléments de l'espèce lui paraissent exiger une mesure de détention provisoire* »[420], le procureur de la République peut traduire le prévenu devant le juge des libertés et de la détention.

94. La loi du 14 mars 2011[421] a inséré un alinéa à l'article 706-71 qui régit le recours au moyen de télécommunication audiovisuelle en procédure pénale. Cet alinéa dispose qu'un tel recours est possible pour la comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel s'il est détenu.

Toutefois, là où le législateur prévoyait, dès 2011, que le recours à ce moyen était soumis à l'accord du prévenu, la crise sanitaire due au covid-19 a dû écarter le recueil de cet accord. « *La loi du 23 mars 2020 […] a permis, pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire et pendant un mois après la fin de celui-ci, de recourir à un moyen de communication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, sauf les juridictions criminelles, et cette fois sans l'accord des parties, dans tous les cas où celui-ci est exigé en application de l'article 706-71. Elle permettait ainsi la comparution du prévenu qui est détenu devant le tribunal correctionnel ou devant la cour d'appel sans son accord* »[422]. L'état d'urgence sanitaire a contraint l'ensemble de la population à limiter le nombre de ses déplacements, cela vaut également pour les prévenus détenus. Bien que la comparution par visioconférence soit un moyen d'assurer un semblant de respect du principe du contradictoire, elle ne saurait être une solution satisfaisante. Pour preuve, le juge des référés du Conseil d'État a estimé que le recours à la visioconférence, sans l'accord de l'accusé, autorisé par l'ordonnance du 18 novembre 2020, portait une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et au droit à un procès équitable[423]. « *Grâce [aux] mesures de freinage [du virus] et aux progrès de la campagne vaccinale menée depuis janvier dernier, la situation tend aujourd'hui à s'améliorer* »[424], le premier ministre a ainsi présenté un projet de loi de sortie de la crise sanitaire en Conseil des ministres le 28 avril 2021. Puis, une loi du 30 juillet 2022 a mis fin aux régimes d'exception créés durant l'état d'urgence sanitaire[425]. L'état d'urgence sanitaire a donc conduit à écarter le respect des droits de la défense.

---

[419] Art. 397-1-1, al .2 CPP.
[420] Art. 396, al. 1er CPP.
[421] Loi n° 2011-267 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JORF* n°0062 15 mars 2011, texte n° 2.
[422] M. VERPEAUX, « État d'urgence sanitaire et procédure pénale », *AJDA* 2021, p. 810.
[423] CE 27 nov. 2020, n° 446712, Association des avocats pénalistes, *AJDA* 2020, p. 2345.
[424] « Crise sanitaire (gestion de la sortie) : présentation d'un projet de loi », *D.* 2021, p. 847.
[425] Loi n° 2022-1089 30 juill. 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19, *JORF* n°0176 31 juill. 2022, texte n° 1.

Pour finir, les juridictions pénales de jugement de seconde instance garantissent également les droits de la défense. Dès la création du code de procédure pénale, il était prévu que le prévenu comparaisse devant ses juges et ait la parole en dernier avec son conseil devant la chambre des appels correctionnels[426].

2) La récente reconnaissance en phase post-sentencielle

95. Pendant de nombreuses années, l'Administration pénitentiaire contrôlait seule l'exécution des peines prononcées[427]. Il a fallu attendre l'entrée en vigueur d'un nouveau code de procédure pénale en 1958 pour qu'un magistrat soit exclusivement chargé de cette fonction : le juge de l'application des peines[428]. La création de ce juge était motivée par le respect de l'article 66 de la Constitution, récemment promulguée, qui dispose que l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle[429]. Cette prérogative de l'administration pénitentiaire était transférée à l'autorité judiciaire.

Le juge de l'application des peines intervient ainsi en phase post-sentencielle, une fois que la peine a été prononcée par une juridiction de jugement. On pourrait penser que le juge de l'application des peines s'adresse exclusivement à une personne détenue, c'est-à-dire une personne privée de liberté. Or, toutes les peines prononcées ne sont pas nécessairement privatives de liberté[430]. Il sera par conséquent traité ici des condamnés libres qui comparaissent devant le juge de l'application des peines.

96. La notion de « condamnés libres » apparait dans le code de procédure pénale dans la section relative aux procédures simplifiées d'aménagement de peines. Elle désigne les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement ou exécutant une peine sous le régime de la semi-liberté, du placement extérieur ou de la détention à domicile sous surveillance électronique dont le quantum n'excède pas un an[431]. La notion de « condamnés libres » employée dans cette section renvoie à une notion plus large qui correspond à toute personne condamnée relevant du milieu ouvert. Le milieu fermé regroupe les personnes incarcérées ou exécutant un aménagement de peine après une incarcération. *A contrario*, le milieu ouvert comprend toutes les personnes condamnées à une peine autre que l'emprisonnement ou condamnées à une peine d'emprisonnement sans être incarcérées. Si les condamnés libres ne respectent pas les obligations inhérentes à leur peine ou à leur aménagement de peine, ils risquent d'être incarcérés.

---

[426] Art. 346 et 513 CPP.
[427] B. BOULOC, *Droit de l'exécution des sanctions pénales*, 6e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020, p.107, n°141 : « *Jusqu'en 1945, en effet, on a considéré que le rôle du juge prenait fin, une fois qu'il avait rendu sa décision de condamnation et que celle- ci était devenue définitive. C'est alors que commençait le rôle de l'administration à qui il appartenait d'assurer, dans le cadre des règles légales et réglementaires, l'exécution de la peine prononcée* ».
[428] B. BOULOC, *op. cit.*, p.108, n°142 : « *C'est en effet le Code de procédure pénale de 1958 qui a institué le juge de l'application des peines (anc. art. 721 et art. 712- 2 act., C. pr. pén.), chargé de suivre l'exécution des peines* ».
[429] Art. 66, Constitution 1958 : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».
[430] À titre d'exemples non exhaustifs, il est possible d'évoquer le travail d'intérêt général, la peine d'amende, ou la sanction-réparation (art. 131-3 CP).
[431] Art. 723-15 CPP.

Ainsi, en plus d'aménager ou de convertir les peines, le juge de l'application des peines chargé du milieu ouvert est tenu de vérifier que le condamné libre respecte les obligations ou interdictions qui lui ont été imposées.

En effet, depuis la loi du 9 mars 2004[432], l'article 723-15 du code de procédure pénale dispose que les personnes non incarcérées ou exécutant une peine sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou de la détention à domicile sous surveillance électronique dont le quantum est inférieur ou égal à un an[433] bénéficient d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'une détention à domicile sous surveillance électronique, d'un fractionnement ou d'une suspension de peines, d'une libération conditionnelle ou de la conversion prévue à l'article 747-1 du code de procédure pénale. Si toutefois la personne condamnée ne respecte pas les obligations inhérentes à sa mesure, le juge de l'application des peines pourra révoquer cette mesure, ce qui conduira à l'incarcération de la personne.

97. De plus, l'article 712-19 du code de procédure pénale prévoit pour le juge de l'application des peines la possibilité de procéder à l'incarcération provisoire de la personne si cette dernière ne respecte pas les obligations de la détention à domicile sous surveillance électronique, du sursis probatoire, du sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, du suivi socio-judiciaire, de la surveillance judiciaire, de la suspension ou du fractionnement de peine ou de la libération conditionnelle dont elle fait l'objet. Un débat, selon les dispositions de l'article 712-6, doit alors se tenir dans un délai de 15 jours ou d'un mois si la réunion du tribunal de l'application des peines est nécessaire. Le débat visé à l'article 712-6 du code de procédure pénale est un débat contradictoire au cours duquel le juge de l'application des peines entend le procureur de la République en ses réquisitions, le condamné et, le cas échéant, son avocat en leurs observations.

Concernant l'incarcération provisoire, aucun recours n'est prévu à l'encontre de l'ordonnance qui en décide la mise en œuvre, ce qui a été relevé dans un arrêt de 2019[434], « *l'intéressé [serait] certes mieux inspiré de contester la décision prise au fond relativement au sort réservé à sa peine en milieu ouvert* »[435].

98. Le juge de l'application des peines peut donc recevoir aussi en son cabinet les personnes condamnées à une peine pécuniaire. Il peut s'agir d'une peine d'amende ou de jours-amendes prononcée par la juridiction de jugement. Les jours-amendes peuvent aussi être décidés après la conversion d'une peine d'emprisonnement au sens de l'article 747-1 du code de procédure pénale.

Si la personne condamnée à une peine d'amende ne s'exécute pas, une contrainte judiciaire pourra être ordonnée[436]. Le procureur de la République pourra requérir le juge de l'application des peines de prononcer la contrainte judiciaire dans les conditions prévues par l'article 712-6

---

[432] M. HERZOG-EVANS, « Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement. Plaidoyer pour un artisanat judiciaire » *AJ pénal* 2008, p. 274 : « *Si l'article 723-15 constitue l'élévation législative de l'ancien article D. 49-1, trop souvent ignoré, la loi l'a rendu obligatoire pour les courtes peines d'emprisonnement* ».

[433] Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 du 24 mars 2019.

[434] Cass. Crim. 15 janv. 2019, n° 18-86.247, Bull. Crim. n° 13.

[435] M. HERZOG- EVANS, « Exécution des peines », *D*. 2020, p. 1195.

[436] Art. 749 CPP.

du code de procédure pénale[437]. Pour ce qui est des jours-amendes, qu'il s'agisse d'une peine ou d'une conversion de peine, une peine d'emprisonnement peut être prononcée en cas de défaut de paiement[438]. Les textes prévoient qu'il est procédé « *comme en matière de contrainte judiciaire* », ce qui signifie qu'un débat contradictoire, au sens de l'article 712-6 du code de procédure pénale, doit avoir lieu.

99. Le juge de l'application des peines est également chargé du contrôle des personnes soumises à une surveillance électronique dans le cadre d'une détention à domicile sous surveillance électronique. Nouveauté apportée par la loi du 23 mars 2019[439], cette mesure a la particularité de constituer à la fois une peine[440] et un aménagement de peine[441]. La nature est identique à celle de l'ancien placement sous surveillance électronique : la personne doit porter un bracelet électronique qui est en réalité un émetteur permettant de détecter si la personne se trouve ou non dans le lieu désigné par le juge de l'application des peines[442]. Le contrôle de cette mesure, qu'elle soit prononcée à titre de peine ou d'aménagement de peine, est dévolu au juge de l'application des peines.

Si ce dernier constate que la personne ne respecte pas les horaires imposés ou les obligations décidées par l'autorité judiciaire, ou si la personne commet tout simplement de nouveaux faits, le juge de l'application des peines peut décider de prononcer l'incarcération de la personne à l'issue du débat visé à l'article 712-6 du code de procédure pénale.

100. Enfin, d'autres peines sont composées d'obligations ou d'injonctions comme le travail d'intérêt général, le sursis probatoire – remplaçant les sursis avec mise à l'épreuve et avec obligation d'exécuter un travail d'intérêt général depuis la loi du 23 mars 2019 – ou le suivi socio-judiciaire. De la même manière, si la personne condamnée ne respecte pas les obligations, un débat contradictoire pourra être organisé selon les termes de l'article 712-6 du code de procédure pénale pour qu'une incarcération soit ordonnée[443].

La réapparition fréquente de l'article 712-6 dans ces différentes procédures démontre que le débat organisé devant le juge de l'application des peines est contradictoire. Au cours de ce débat, le condamné peut être entendu, ainsi que « *le cas échéant* » son avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat est donc admis aux personnes condamnées libres.

101. L'assistance de la personne par un avocat devant le juge de l'application des peines n'a pas toujours été une évidence[444]. Cette carence de l'avocat avait conduit à poser une

---

[437] Art. 754, al. 3 CPP.

[438] Art. 131-25, al. 2 CPP : « *Sous réserve des dispositions de l'article 747-1-1 du code de procédure pénale, le défaut total ou partiel du paiement de ce montant entraîne l'incarcération du condamné pour une durée correspondant au nombre de jours-amende impayés. Il est procédé comme en matière de contrainte judiciaire. La détention ainsi subie est soumise au régime des peines d'emprisonnement* ».

[439] Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, Texte n°2.

[440] Comme le prouve sa place au sein de l'article 131-3 du code pénal listant les différentes peines correctionnelles.

[441] Art. 723-7 et s. CPP.

[442] Art. 723-8 CPP.

[443] À titre d'exemple, il faut se référer à l'article 763-5, al. 1er du code de procédure pénale en cas de non-respect de la peine de suivi socio-judiciaire.

[444] S. MAIL-FOUILLEUL, « Les droits de la défense et le juge de l'application des peines », *Dr. pénal n° 2*, Février 2001, chron. 7, n°1 : « *Les droits de la défense devant le JAP étaient très souvent malmenés* ».

question au Garde des Sceaux par le sénateur François AUTIN en 1998[445]. Le Garde des sceaux avait alors convenu que « *les dispositions actuelles [n'étaient] pas pleinement satisfaisantes* »[446].

Puis, les lois du 15 juin 2000[447] et du 9 mars 2004[448] ont permis de garantir les droits processuels de la personne comparaissant devant le juge de l'application des peines. De cette manière, la loi du 15 juin 2000 a qualifié les mesures prises par le juge de l'application des peines de décisions de nature juridictionnelle et non de mesures d'administration judiciaire[449]. Les décisions juridictionnelles sont donc susceptibles de recours et sont prises à l'issue d'un débat au cours duquel la personne condamnée peut être assistée d'un avocat[450].

102. Ainsi, les droits processuels du condamné libre comparaissant devant le juge de l'application des peines sont reconnus car dès la première audition, il est possible d'être assisté d'un avocat. Cette intervention de l'avocat assure une assistance de la personne dans le rassemblement de divers justificatifs demandés afin de « *déterminer les modalités d'exécution de [la] peine les mieux adaptées à sa personnalité et à sa situation matérielle, familiale et sociale* »[451]. L'assistance de l'avocat auprès de la personne condamnée est aussi reconnue lors de la tenue d'une audition initiale devant le juge de l'application des peines au cours de laquelle il sera discuté d'un éventuel aménagement de peine. Le droit à l'assistance d'un avocat est donc reconnu également en l'absence de débat contradictoire.

Ainsi, les droits de la défense sont garantis à la personne qui encourt une mesure privative de liberté. Qu'en est-il lorsque ces mesures privatives de liberté sont mises en œuvre ?

2nd paragraphe : Les droits de la défense reconnus au bénéfice des personnes privées de liberté

---

[445] F. AUTAIN, Question écrite avec réponse n° 7463, 9 avr. 1998, « Pouvoirs du juge d'application des peines », JO Sénat 9 avr. 1998 : « *Les décisions du juge d'application des peines sont souveraines. Elles ne sont ni motivées, ni susceptibles d'appel. Les intéressés n'ont pas droit à l'avocat* ».

[446] F. AUTAIN, Question écrite avec réponse n° 7463, 9 avr. 1998, « Pouvoirs du juge d'application des peines », JO Sénat 9 avr. 1998 : « *Les décisions du juge d'application des peines sont souveraines. Elles ne sont ni motivées, ni susceptibles d'appel. Les intéressés n'ont pas droit à l'avocat* ».

[447] Loi n° 2000-516 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n° 0138 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.

[448] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* n°59 du 10 mars 2004, p. 4567, texte n° 1.

[449] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°784, pp. 668-669.

[450] Art. 722, version en vigueur après la loi du 15 juin 2000, al. 6 CPP : « *Les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle sont accordées, ajournées, refusées, retirées ou révoquées par décision motivée du juge de l'application des peines saisi d'office, sur la demande du condamné ou sur réquisition du procureur de la République. Cette décision est rendue, au vu des observations écrites du condamné ou de son avocat, après avis de la commission de l'application des peines […]* » ; S. MAIL-FOUILLEUL, « Les droits de la défense et le juge de l'application des peines », *Dr. pénal n° 2*, Février 2001, chron. 7, n°10 : « *La loi du 15 juin 2000 clarifie cette situation en visant expressément la présence - éventuelle - de l'avocat pour toutes les procédures contradictoires engagées devant le JAP* ».

[451] Art. 723-15, al. 3 CPP.

103. Après avoir analysé les droits de la défense garantis au bénéfice des personnes concernées par une procédure pouvant conduire à une mesure privative de liberté, il est temps de se consacrer à l'étude de cette reconnaissance au bénéfice des personnes privées de liberté.

Il sera abordé, tout d'abord, la reconnaissance des droits de la défense au bénéfice des personnes placées en garde à vue (A), puis au bénéfice de celles placées en détention (B). Enfin, les droits de la défense ont été reconnus dans les procédures récemment judiciarisées conduisant au prononcé de mesures privatives de liberté (C).

A. La garantie progressive des droits de la défense des personnes placées en garde à vue

104. Les droits de la défense au cours de la garde à vue ont connu une évolution progressive depuis notamment la loi du 24 août 1993[452] (1). Le régime de la garde à vue va même servir de modèle à d'autres retenues policières ou douanières (2).

1) Le renforcement des droits de la défense en garde à vue

105. Les droits de la défense de la personne placée en garde à vue ont connu un renforcement auprès des majeurs (a) avant que ce ne soit le cas pour les mineurs (b). Précisons qu'il ne sera pas évoqué ici la distinction entre le régime de droit commun de la garde à vue et les régimes dérogatoires prévus aux articles 706-88 et 706-88-1 du code de procédure pénale[453].

a) Le renforcement des droits de la défense au bénéfice des majeurs placés en garde à vue

106. La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour traitements inhumains et dégradants commis par les forces de police à l'encontre du requérant TOMASI lors de sa garde à vue[454].

Moins d'un an plus tard, par la promulgation de deux lois en 1993[455], les droits de la défense vont connaitre un essor grâce à la garantie du droit à l'assistance d'un avocat lors d'une garde à vue. Toutefois, cette assistance est assez limitée. Certains la qualifient même de « *demi-mesure* »[456] : en effet, la loi du 24 août 1993 dispose que l'avocat n'intervient qu'à la vingtième

---

[452] B. DUMONTET, « L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques », *AJ pénal* 2004, p. 275 : « *En 1958 et ce jusqu'aux lois des 4 janvier 1993 et 24 août 1993 la garde à vue était seulement considérée comme une des prérogatives dont disposait la police pour mener à bien ses investigations. Aucune intervention de l'avocat dans le cadre de la garde à vue n'était donc notamment prévue* ».

[453] Cette distinction sera faite aux paragraphes § n° 234 et s.

[454] CEDH, 27 août 1992, TOMASI c/ France, n° 12850/87, *D.* 1993, p. 383, obs. J.-F. RENUCCI ; *AJDA* 1993, p. 105, chron. J.-F. FLAUSS ; *RSC* 1993, p. 33, obs. F. SUDRE, et 142, obs. L.-E. PETTITI.

[455] Loi n° 93-2 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n°0003 4 janv. 1993, p. 215 ; Loi n° 93-1013 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n° 0196 25 août 1993 p. 11991.

[456] J. DANET, *Défendre, pour une défense pénale critique*, 2e éd., Paris, Dalloz, coll. États de droit- regards sur la justice, 2004, p. 43.

heure et non dès le début de la mesure[457]. La loi prévoit même que cette intervention est reportée à trente-six heures lorsque l'enquête porte sur des faits de participation à une association de malfaiteurs, de proxénétisme aggravé ou d'extorsion de fonds ou d'une infraction commise en bande organisée.

Saisi par les parlementaires sur la constitutionnalité de cette loi du 24 août 1993, le Conseil constitutionnel s'est exprimé dans une décision du 11 août 1993. Ainsi, il déclare que « *le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue, constitue un droit de la défense qui s'exerce pendant la phase d'enquête de la procédure pénale* »[458] et il censure par la même occasion le report de trente-six heures de l'entretien avec l'avocat pour les infractions précédemment évoquées[459].

Cette avancée législative « *était pensée moins comme un acte de défense que pour s'assurer du bon déroulement de la garde à vue* »[460] au point qu'une commission de réflexion sur la justice suggérait plusieurs évolutions du régime de la garde à vue en février 1997[461]. L'une de ces suggestions était notamment que l'avocat intervienne dès la première heure de garde à vue[462].

107. Cette intervention et l'entretien dès le début de la garde à vue sont consacrés par la loi du 15 juin 2000[463]. Cette même loi prévoit la notification à la personne « *de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête* »[464], le suspect connaît donc les raisons de sa privation de liberté et pourra s'en défendre plus facilement, conformément au droit à connaître l'accusation portée à son encontre. Le suspect conserve également le bénéfice de l'entretien avec son avocat de la vingtième heure[465]. De plus, « *la loi du 15 juin 2000 avait encore prévu, la notification au gardé à vue de son droit de ne pas répondre aux questions posées* »[466]. Grâce à ces lois successives, « *en particulier depuis la loi du 15 juin 2000 […] les droits afférents à cette mesure sont de plus en plus étoffés* »[467].

---

[457] Art. 3, Loi n° 93-1013 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n° 0196 25 août 1993 p. 11991

[458] Consid. 12, Cons. constit. 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, n° 93- 326 DC, *JORF* 15 août 1993, p. 11599 : *D.* 1993, p. 299, note J. PRADEL ; *JCP* 1993.I, p. 3720, note F. LE GUNEHEC ; *Rev. fr. dr. constit.* 1993, p. 849, note T. S. RENOUX ; *Petites Affiches* 5 janv. 1994, note B. MATHIEU et M. VERNEAUX.

[459] Consid. 9 à 15, Cons. constit. 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, n° 93- 326 DC, *JORF* 15 août 1993, p. 11599.

[460] J. DANET, *Défendre, pour une défense pénale critique*, 2e éd., Paris, Dalloz, coll. États de droit- regards sur la justice, 2004, p. 44.

[461] J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375.

[462] Rapport de la Commission de réflexion sur la justice, *Doc. fr.*, juill. 1997, p. 63.

[463] Loi n° 2000-516 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n° 0138 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.

[464] Art. 63-1, al. 1er CPP, version issue de la loi du 15 juin 2000 : « *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, (L. no 2000-516 du 15 juin 2000, art. 7-I, en vigueur le 1er janv. 2001) «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 prévues par l'article 63* ».

[465] Art. 63-4, al. 1er CPP, version issue de la loi du 15 juin 2000 : « *Dès le début de la garde à vue ainsi qu'à l'issue de la vingtième heure, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat* ».

[466] A. GIUDICELLI, « La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004, p. 261.

[467] R. GAUZE, « Enquête de flagrance Pén. », *Rép. pénal Dalloz*, novembre 2005 actualisation mai 2020, n°112.

Ce ne sont pas les seuls droits dont bénéficie le gardé à vue. En effet, les lois de 1993 ont garanti à celui-ci le droit de faire prévenir un proche de la mesure dont il fait l'objet, d'être examiné par un médecin et d'être assisté d'un avocat à la vingtième heure[468]. La loi du 15 juin 2000 a garanti le droit à l'interprète aux étrangers, ainsi qu'un interprète en langue des signes pour les personnes atteintes de surdité et ne sachant ni lire et écrire. L'information de ces droits incombe aux services de police[469].

108. Cependant, les droits de la défense de la personne gardée à vue vont connaître un nouveau recul avec la loi du 9 mars 2004[470] car « *a été supprimée la possibilité d'un entretien à l'issue de la vingtième heure. Dorénavant le second entretien n'a lieu qu'en cas de prolongation, dès le début de celle-ci, si l'intéressé le réclame* »[471]. Ce qui signifie que le second entretien avec l'avocat n'a lieu qu'en cas de prolongation de la garde à vue, au bout de 24 heures[472]. La future intervention de l'avocat lors de la prolongation de la garde à vue est par conséquent prévue. Néanmoins, si la garde à vue n'est pas prolongée, la personne placée en garde à vue ne bénéficie désormais que d'un unique entretien avec son conseil, au lieu de deux, et si la garde à vue est prolongée, la personne ne peut bénéficier que d'un entretien par tranche de 24 heures. L'entretien avec l'avocat étant moins fréquent au cours de la garde à vue, qu'elle soit prolongée ou non, un recul dans les droits de la défense est donc net.

Ainsi, au lendemain de la loi du 9 mars 2004, le rôle de l'avocat est assez restreint. Notons qu'il n'est pas prévu une notification à la personne de ses droits, dont le droit d'être assisté d'un avocat[473]. Par ailleurs, la loi ne prévoit ni que l'avocat puisse consulter les procès-verbaux concernant son client, ni qu'il puisse assister aux auditions et confrontations. Or, sans la consultation des procès-verbaux, la défense ne peut être convenablement préparée, étant donné que des éléments de la procédure sont inconnus du gardé à vue et de son conseil. Le fait que l'avocat ne puisse pas assister aux auditions et confrontations de son client l'empêche de connaitre la suite de la procédure mais également d'assister son client lors de ces actes.

109. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme va apporter un nouveau souffle à la consolidation des droits de la défense. En effet, la Cour de Strasbourg n'a cessé d'affirmer le respect des droits de la défense lors de l'enquête, notamment lors d'une mesure de contrainte comme la garde à vue. Si en 1993, elle ne reconnaissait qu'implicitement

---

[468] Respectivement les articles 63-2 à 63-4 du code de procédure pénale dans leur version issue de la loi du 24 août 1993.

[469] J. -B. PERRIER, « Notification au gardé à vue de la désignation d'un avocat par un proche » obs. sous Cass. Crim. 4 oct. 2016, *AJ Pénal* 2016, p. 598 : « *Pour solliciter le bénéfice d'un droit, encore faut-il le connaître* ».

[470] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* n°59 du 10 mars 2004, p. 4567, texte n° 1.

[471] A. GIUDICELLI, « La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004, p. 261.

[472] Art. 1.1 Circ. CRIM n°04-16 E8 21 sept. 2004 (BOMJ 2004, no 95), p. 5 : « *L'article 85 de la loi a ainsi modifié le premier et le sixième alinéas de l'article 63-4 pour substituer à l'intervention de l'avocat à la 20ème heure puis, en cas de prolongations, à la 36ème heure de la garde à vue, une unique deuxième intervention au moment de la prolongation* ».

[473] Art. 63-1 CPP, version issue de la loi du 9 mars 2004.

au gardé à vue le droit d'être assisté par un avocat[474], en 2005, ce droit était reconnu de manière explicite[475].

Mais c'est par l'influence des arrêts *SALDUZ* de 2008 et *DAYANAN* de 2009 que le changement allait se faire[476], « *l'arrêt SALDUZ [marquant] le début d'un processus qui conduira à une modification profonde des règles régissant la garde à vue en France* »[477]. En effet, par son arrêt *SALDUZ* , sur le fondement de l'article 6 paragraphes 1 et 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg affirme que pour que le droit à un procès équitable « *demeure suffisamment concret et effectif, il faut en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police […] Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6* »[478]. Par cette solution, la Cour réaffirme que la notion de procès équitable regroupe plusieurs droits fondamentaux processuels comme les droits de la défense. En outre, même si l'accès à l'avocat peut être suspendu pour des raisons impérieuses – comme les besoins de l'enquête – la Cour affirme de manière péremptoire que cela ne doit pas empêcher l'exercice des autres droits garantis par l'article 6. Cette position se comprend car en l'absence de l'avocat, la personne privée de liberté perd un moyen de vérifier le respect de ces droits processuels. Cette tâche incombera donc à l'autorité chargée de l'exécution de la garde à vue : les forces de police, sous l'autorité du ministère public.

Par ailleurs, par l'arrêt *DAYANAN*[479], la Cour « *enfonce le clou* »[480] en détaillant les différentes missions qui constituent les droits de la défense : la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi repris les droits relatifs à la préparation de la défense – recherche des preuves, préparation des interrogatoires –, à la discussion de l'accusation – application du principe du contradictoire – et à la mission d'assistance de l'avocat – soutien moral du gardé à vue et contrôle des conditions de détention[481]. Ce dernier point indique que l'assistance de l'avocat porte non seulement sur l'affaire ayant conduit à la privation de la liberté de la personne mais aussi sur le respect des droits de la personne lors de l'exécution de la mesure privative de liberté.

---

[474] CEDH, 24 nov. 1993, IMBRIOSCIA c/ Suisse, n°13972/88, §36 : « *Certes, l'article 6 [de la Convention] a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un tribunal compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation, mais il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement.* ».

[475] CEDH, Gr. ch. 12 mai 2005, ÖCALAN c/ Turquie, n° 46221/99, § 148, *AJDA* 2006, p. 466, chron. J.-F. FLAUSS ; *RFDA* 2006, p. 308, étude H. LABAYLE ; *RSC* 2006, p. 431, obs. F. MASSIAS : « *Dès lors, le requérant n'a pas bénéficié d'un procès équitable pour les raisons suivantes : il n'était pas assisté par ses avocats lors de son interrogatoire durant la garde à vue […]* ».

[476] J. DANET, *Les droits de la défense*, Paris, Dalloz, coll. À savoir, 2020, p. 210.

[477] P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2021, n° 442, p. 675.

[478] CEDH, Gr. ch., 12 nov. 2008, SALDUZ c/ Turquie, n° 36391/02, §55 : *JCP* 2009. I. 104, obs. F. SUDRE.

[479] CEDH, 13 oct. 2009, DAYANAN c/ Turquie, n°7377/03 : *JCP* 2009. Actu. 382 ; *Gaz. Pal*. 2-3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJP* 2010, p. 27, étude C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 231, obs. D. ROETS.

[480] J. DANET, *op. cit.*, p. 211.

[481] L'entièreté donc des droits composant les droits de la défense.

Enfin, l'année suivante, la Cour de Strasbourg confirmera sa position en reconnaissant à la personne gardée à vue son droit de bénéficier du droit de ne pas s'auto-incriminer et de bénéficier d'un avocat[482].

110. Peu de temps après la publication de ces arrêts, sur transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité par un arrêt de la chambre criminelle[483], le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions relatives à la garde à vue.

Le Conseil constitutionnel, tenant compte de la récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, a rendu une décision le 30 juillet 2010 dans laquelle il estime que les dispositions du Code de procédure pénale ne permettent pas à la personne « *retenue contre sa volonté* » de bénéficier du « *droit à l'assistance effective de l'avocat* »[484]. Les dispositions étant déclarées non conformes à la Constitution, le Conseil savait que ce « *véritable séisme [obligerait] le législateur à entreprendre une réforme globale de la garde à vue* »[485]. C'est la raison pour laquelle il a décidé que la déclaration d'inconstitutionnalité ne prendrait effet qu'au 1er juillet 2011.

111. Le 14 avril 2011 est ainsi promulguée la loi relative à la garde à vue[486]. L'amélioration majeure de cette loi porte, bien entendu, sur les droits de la défense. Auparavant, un seul article du code de procédure pénale[487] régissait le droit à l'assistance d'un avocat. La loi de 2011 insère trois nouveaux articles qui traitent des missions de l'avocat[488]. L'entretien dès le début de la mesure est, bien entendu, inchangé. De plus, l'avocat peut consulter les procès-verbaux qui concernent son client[489]. Enfin, il peut assister son client lors des auditions et confrontations[490]. La loi prévoit même que les auditions ne peuvent débuter en l'absence de l'avocat. Ces nouvelles dispositions se conforment davantage aux exigences des droits de la défense, bien qu'elles demeurent perfectibles, en particulier pour ce qui est de l'accès au dossier[491].

Ces différentes dispositions se trouve au sein du Chapitre Ier « des crimes et des délits flagrants » qui régit l'enquête de flagrance. Cela ne signifie pas pour autant que la garde à vue est impossible lors d'une enquête préliminaire. Elle est bien entendu possible, selon l'article 77 du code de procédure pénale. Cet article opère un renvoi à tous les articles de l'enquête de

---

[482] CEDH 14 oct. 2010, BRUSCO c/ France, req. n° 1466/07, §§44-45 , *D.* 2010, p. 2950, note J.-F. RENUCCI ; *Dr. pénal* 2010, p. 6, n° 12, obs. C. MAURO ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 290, p. 18, obs. M. BOUGAIN.

[483] Cass. Crim., 31 mai 2010, n°05-87745 09-86381 10-81098 10-90001 10-90002 10-90003 10-90004 10-90005 10-90006 10-90007 10-90008 10-90009 10-90010 10-90011 10-90012 10-90013 10-90014 10-90015 10-90016 10-90017 10-90018 10-90019 10-90020 10-90023 10-90024 10-90028.

[484] Consid. 28, Cons. constit, 30 juill. 2010, M. Daniel W. et autres, n°2010-14/22 QPC, *JORF* 31 juill. 2010, p. 14198, texte n° 105.

[485] A. CAPPELLO, « Question prioritaire de constitutionnalité – Impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur la matière pénale », *Rép. pénal Dalloz*, juin 2015 actualisation déc. 2017, n°261.

[486] Loi n° 2011-392 14 avr. 2011 relative à la garde à vue, *JORF* n°0089 15 avr. 2011 p. 6610, texte n°1.

[487] Art. 63-4 CPP, issu de la loi du 9 mars 2004.

[488] Art. 63-3-1 à 63-4-2 CPP, issu de la loi du 14 avril 2011.

[489] Art. 63-4-1 CPP, issu de la loi du 14 avril 2011.

[490] Art. 63-4-2 CPP, issu de la loi du 14 avril 2011.

[491] Comme cela sera évoqué aux paragraphes § n° 315 et suivants.

flagrance relatifs à la garde à vue. Le régime de la garde à vue ne diffère donc pas selon le cadre de l'enquête.

112. Enfin, le 15 avril 2011, l'Assemblée plénière a dû se prononcer sur la régularité de la garde à vue vis-à-vis de la Convention européenne des droits de l'Homme[492]. Elle constate l'irrégularité des dispositions sur le fondement du « *principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice* ». Fort de ce nouvel arrêt, la Chancellerie a transmis une circulaire aux chefs de juridiction et membres du parquet afin qu'ils tiennent compte de cette jurisprudence, ce qui permettait une application anticipée de la loi qui devait entrer en vigueur au 1er juin 2011[493].

L'évolution des droits de la défense garantis au bénéfice des majeurs placés en en garde à vue est ainsi retracée. Les droits de la défense garantis aux mineurs suivent-ils la même évolution ?

b) Le renforcement des droits de la défense auprès des mineurs au stade de l'enquête

113. Notre analyse portera sur les deux mesures privatives de liberté applicables aux mineurs au stade de l'enquête : la garde à vue et la retenue.

« *Le droit antérieur à 1993 ne distinguait pas la garde à vue des majeurs et celle des mineurs en sorte que les mineurs impliqués dans une infraction étaient traités comme les majeurs* »[494]. En effet, l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 énonçait les différentes règles relatives à la garde à vue du mineur de plus de 13 ans[495] depuis les lois des 4 janvier[496] et 24 août 1993[497]. Ces mêmes lois modifiaient le régime de la garde à vue des majeurs, permettant notamment l'intervention de l'avocat à compter de la vingtième heure.

Ainsi, l'article 4 de l'ordonnance de 1945 prévoyait les conditions et les modalités de la garde à vue des mineurs âgés de plus de 13 ans. Autrefois, seul le mineur âgé d'au moins 16 ans bénéficiait d'un droit à l'avocat auquel il pouvait déroger[498]. L'emploi du verbe « pouvoir » dans la disposition suivante : « *le mineur de seize ans peut demander à s'entretenir avec un avocat* » démontre que le mineur bénéficiait d'un simple droit à l'assistance d'un avocat, ce droit ne lui était alors pas imposé. Puis, ce droit à l'assistance d'un avocat a été étendu à tous

---

[492] Cass. Ass. plén., 15 avr. 2011, 4 arrêts (n° P 10-17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242), *D.* 2011, p. 1080, et les obs. ; *ibid*. p. 1128, entretien G. ROUJOU de BOUBÉE ; *JCP* 2011, n° 17, p. 483, S. DÉTRAZ.

[493] A. GIUDICELLI, « Droit à l'assistance effective d'un avocat au cours de la garde à vue : l'Assemblée plénière rappelle au respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 2011, p. 410.

[494] M.- L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3e éd., Paris, Ellipses, 2017, n°617, p. 638.

[495] Encore aujourd'hui, les mineurs de 13 ans ne peuvent être placés en garde à vue. Les mineurs âgés de 10 à 13 ans peuvent faire l'objet d'une retenue par les services de police, comme cela sera évoqué *infra*.

[496] Loi n° 93-2 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n°0003 4 janv. 1993, p. 215.

[497] Loi n° 93-1013 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n° 0196 25 août 1993 p. 11991.

[498] Art. 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 dans sa version en vigueur après les lois de 1993 : « *IV - Dès le début de la garde à vue, le mineur de seize ans peut demander à s'entretenir avec un avocat. Il doit être immédiatement informé de ce droit. Lorsque le mineur n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat, cette demande peut également être faite par ses représentants légaux qui sont alors avisés de ce droit lorsqu'ils sont informés de la garde à vue en application du II du présent article* ». L'emploi du verbe « pouvoir » démontre qu'il n'y a aucune obligation pour le mineur de bénéficier de cette assistance.

les mineurs placés en garde à vue par la loi du 15 juin 2000[499]. Cette même loi modifiait le régime de garde à vue des majeurs en garantissant le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue[500]. Le législateur ne faisait donc aucune distinction entre un majeur et un mineur placé en garde à vue. Cette position n'a pas été maintenue par le législateur qui a dû se conformer aux exigences européennes. De plus, le fait que le mineur puisse renoncer au droit à l'assistance d'un avocat porte atteinte aux principes du procès équitable et de l'égalité des armes. En effet, il n'est pas certain qu'un mineur âgé d'au moins 13 ans puisse se défendre seul sans se retrouver dans une position de net désavantage.

Pour pallier cette difficulté, l'ordonnance de 1945 prévoyait que d'autres personnes pouvaient également demander l'assistance d'un avocat pour le compte du mineur placé en garde à vue : ses représentants légaux[501]. En effet, une fois ces derniers avertis de la garde à vue du mineur dont ils ont la charge, ils pouvaient demander que le mineur soit assisté d'un avocat s'il ne l'avait pas demandé lui-même. Cette demande effectuée par les représentants légaux se justifiait car ceux-ci représentaient les intérêts du mineur. Or, si ce dernier n'envisageait pas de solliciter l'assistance d'un défenseur, les représentants légaux, s'ils pensaient le contraire, pouvaient solliciter une telle assistance. Cependant, bien que justifiée, cette demande faite par les représentants légaux n'était pas suffisante pour garantir la protection des droits du mineur. En effet, dans l'éventualité où ni le mineur, ni ses représentants légaux n'estimaient nécessaire qu'un avocat intervienne, l'enfant devait assurer seul sa défense. Ce qui ne garantissait pas une protection suffisante de ces droits.

114. C'est pourquoi la loi du 18 novembre 2016 a modifié le régime de la garde à vue en profondeur : le mineur placé en garde à vue doit désormais être assisté d'un avocat[502]. Cette évolution avait été vivement recommandée par le Comité européen de prévention de la torture lors d'une visite des lieux de privation de liberté en France[503]. Ajoutons que la disposition

---

[499] Art. 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 dans sa version en vigueur après la loi du 15 juin 2000 : « *IV - Dès le début de la garde à vue, le mineur peut demander à s'entretenir avec un avocat. Il doit être immédiatement informé de ce droit. Lorsque le mineur n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat cette demande peut également être faite par ses représentants légaux qui sont alors avisés de ce droit lorsqu'ils sont informés de la garde à vue en application du II du présent article* ».

[500] Art. 11, Loi n° 2000-516 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n° 0138 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.

[501] Les représentants légaux, à savoir les parents ou le tuteur du mineur non émancipé, ont pour vocation de représenter le mineur en justice : « *Dans la mesure où les mineurs (non émancipés) sont incapables d'agir en justice, ils doivent être représentés. Le principe est alors que les actions en justice des mineurs sont exercées en leur nom par leurs représentants légaux. Concrètement, les mineurs doivent alors être représentés par leur administrateur légal ou par leur tuteur* » (P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 3e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°1627, p. 899).

[502] Art. 4, IV de l'ordonnance du 2 février 1945 dans sa version en vigueur après la loi du 18 novembre 2016 : *« IV- Dès le début de la garde à vue, le mineur doit être assisté par un avocat, dans les conditions prévues aux articles 63-3-1 à 63-4-3 du code de procédure pénale* ».

[503] Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 15 au 27 novembre 2015, 7 avr. 2017, p. 5 : « *Toutefois, des mesures devraient être prises pour garantir le droit d'être assisté d'un avocat en toute circonstance dès le début de la garde à vue et afin d'assurer qu'un mineur privé de liberté ne puisse jamais être soumis à un interrogatoire ni contraint de faire des déclarations ou de signer un document relatif à l'infraction dont il est soupçonné sans la présence d'un avocat* ».

prévoyant le droit imposé à l'avocat au mineur placé en garde à vue est retranscrite à l'identique au sein du code de la justice pénale des mineurs[504].

Outre le droit à l'assistance d'un avocat, d'autres droits étaient garantis au mineur et ce, dès 1993. Ainsi, l'officier de police judiciaire était tenu de prévenir les représentants légaux du mineur[505] tandis que le magistrat en charge de l'affaire devait désigner un médecin afin qu'il examine le mineur[506]. Enfin, la loi du 15 juin 2000 a intégré une disposition à l'article 4 de l'ordonnance de 1945 prévoyant l'enregistrement audiovisuel des auditions du mineur placé en garde à vue[507].

115. La désignation de l'avocat par le mineur, par ses représentants légaux, par l'autorité judiciaire en charge du dossier ou par l'officier de police judiciaire était également exigée en cas de retenue judiciaire d'un mineur[508] et ce, dès 1994[509]. En effet, alors que les mineurs de plus de 13 ans placés en garde à vue ont bénéficié jusqu'en 2017 d'un simple droit à l'avocat, ceux placés en retenue se voyaient imposer dès 1994 l'assistance d'un avocat. Cette exigence est aujourd'hui insérée dans le code de justice pénale des mineurs[510].

Cette assistance imposée pour les mineurs placés en retenue peut se justifier par l'âge des personnes concernées. En effet, la retenue judiciaire est décidée pour les mineurs âgés de 10 à 13 ans, qui ne peuvent être placés en garde à vue du fait de leur jeune âge, soupçonnés d'avoir commis un crime ou un délit puni d'au moins sept ans d'emprisonnement – ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement depuis la loi du 9 septembre 2002[511]. Néanmoins, ces jeunes mineurs sont également contraints et ne peuvent sortir librement des locaux de police. Afin de s'assurer une défense effective de ces jeunes mineurs, il a été décidé de leur imposer l'assistance d'un défenseur professionnel.

---

[504] Art. L. 413-9 CJPM.

[505] Art. 4, II de l'ordonnance du 2 février 1945 dans sa version en vigueur après les lois de 1993 ; disposition reprise à l'art. L. 413-7 CJPM.

[506] Art. 4, III de l'ordonnance du 2 février 1945 dans sa version en vigueur après les lois de 1993 : « *III - Dès le début de la garde à vue d'un mineur de seize ans, le procureur de la République ou le juge chargé de l'information doit désigner un médecin qui examine le mineur* » ; disposition reprise à l'article L. 413-8 CJPM.

[507] Art. 4, VI de l'ordonnance du 2 février 1945 dans sa version en vigueur après la loi du 15 juin 2000 ; enregistrement des auditions du mineur prévu désormais aux art. L. 413-12 et s. CJPM.

[508] P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 3e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°2136-2137, p. 1264 : « *La retenue judiciaire des mineurs est une mesure coercitive réservée aux seuls mineurs, ayant pour objet de maintenir un mineur sous le contrôle des enquêteurs, le temps nécessaire à la déposition de ce mineur et à sa présentation devant le magistrat compétent ou à sa remise aux personnes en ayant la charge. […] La retenue judiciaire présente ainsi avec la garde à vue une proximité évidente, sous la réserve de conditions et de modalités moins rigoureuses que la garde à vue […] C'est donc une mesure destinée à pallier, dans des conditions exceptionnelles, l'impossibilité de mettre un mineur âgé entre 10 et 13 ans en garde à vue. […] La retenue n'est donc possible que pour les mineurs âgés entre 10 et 13 ans. Pour les mineurs âgés de moins de 10 ans, seule l'audition en qualité de témoin est possible* ».

[509] Art. 4, al. 2 Ord. n° 45-174 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 4 févr. 1945, version en vigueur du 2 février 1994 au 1er janvier 2001: « *Les dispositions des II, III et IV du présent article sont applicables. Lorsque le mineur ou ses représentants légaux n'ont pas désigné d'avocat, le procureur de la République, le juge chargé de l'instruction ou l'officier de police judiciaire doit, dès le début de la retenue, informer par tout moyen et sans délai le bâtonnier afin qu'il commette un avocat d'office* ».

[510] Art. L. 413-3, al. 3 CJPM ; Art. L. 413-5 CJPM.

[511] Loi n° 2002-1138 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* 10 sept. 2002, p. 14934.

Enfin, le mineur placé en retenue bénéficie également des droits garantis au mineur placé en garde à vue à savoir l'obligation d'avertir les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié le mineur[512] et l'examen obligatoire du mineur par un médecin[513].

Ce régime de la garde à vue a été étendu à d'autres régimes similaires à la garde à vue.

2) La diffusion du régime de la garde à vue

116. Le régime de la garde à vue constitue un régime « modèle ». En effet, plusieurs mesures privatives de liberté s'alignent sur ce régime. Ceci peut s'expliquer par la similitude de ces différentes mesures avec la garde à vue, tant dans leur nature comme la retenue douanière (a) que dans le lieu d'exécution de la mesure privative de liberté comme les retenues pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire et de la peine (b).

a) Un régime appliqué à la rétention douanière

117. La rétention douanière est une rétention décidée par les agents de douanes lorsqu'une personne a commis, en état de flagrance, un délit douanier puni d'une peine d'emprisonnement[514]. Comme pour la garde à vue, la rétention douanière suppose la commission d'une infraction punie d'une peine d'emprisonnement. Cette mesure constitue donc une « garde à vue » douanière, ce qui justifie l'application du régime de la garde à vue.

118. Rappelons que par sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel déclarait le régime antérieur de la garde à vue contraire à la Constitution. Près de deux mois après cette décision, le Conseil constitutionnel a déclaré le régime de la rétention douanière non conforme à la Constitution[515].

Il est intéressant de remarquer qu'au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité, les requérants se fondent uniquement sur la méconnaissance des droits de la défense. Cette méconnaissance des droits de la défense est retenue par le Conseil constitutionnel qui remarque que les personnes placées en rétention douanières ne bénéficient pas d'un droit à l'assistance d'un avocat et ne se voient pas non plus notifier leur droit à conserver le silence[516]. En outre, cette carence du droit à l'assistance d'un avocat n'est pas justifiée par « *des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes* »[517]. Par un raisonnement *a contrario*, il est possible de comprendre que le Conseil constitutionnel accepterait cette carence si elle était motivée par les nécessités de l'enquête. Cependant, la méconnaissance des droits de la défense étant généralisée, le Conseil a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution, notamment au

---

[512] Art. L. 413-3, al. 1er CJPM.
[513] Art. L. 413-4 CJPM.
[514] Art. 323-1 C. Douanes.
[515] Cons. Constit. 22 sept. 2010, M. Samir M. et autres, n° 2010-32 QPC, *JORF* 23 sept. 2010, p. 17291, texte n° 40.
[516] Consid. 7, Cons. Constit. 22 sept. 2010, M. Samir M. et autres, n° 2010-32 QPC, *JORF* 23 sept. 2010, p. 17291, texte n° 40.
[517] Consid. 7, Cons. Constit. 22 sept. 2010, M. Samir M. et autres, n° 2010-32 QPC, *JORF* 23 sept. 2010, p. 17291, texte n° 40.

regard des articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacrant respectivement le droit à la sûreté et le principe de présomption d'innocence. Le Conseil s'est aussi fondé sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 dont la formulation large lui sert de fondement pour établir la valeur constitutionnelle des droits de la défense.

119. La loi du 14 avril 2011[518] modifie le régime de la garde à vue et par la même occasion celui de la retenue douanière, à l'article 19 de cette loi. Ces deux régimes comportent des conditions identiques comme la durée[519] ou l'information dès le début de la mesure, et par tout moyen, du procureur de la République[520]. Ces conditions sont prévues dans des articles propres à chaque code. Toutefois, le code des douanes se réfère aux articles du code de procédure pénale, que ce soit pour les dispositions relatives au droit à l'assistance d'un avocat[521] ou celles du respect de la dignité de la personne humaine[522].

La rétention douanière s'inspire donc du modèle de la garde à vue, soit en en reprenant des conditions identiques, soit en renvoyant expressément à des dispositions du code de procédure pénale. « *En alignant le régime de la "retenue douanière" sur celui de la garde à vue prévue au code de procédure pénale, [la loi du 14 avril 2011] a eu pour effet de renforcer les droits des personnes placées en retenue douanière* »[523].

Cet « alignement » du régime de la rétention douanière sur celui de la garde à vue s'est confirmé avec l'apport des lois successives. Ainsi, les lois du 27 mai 2014[524], du 10 juillet 2014[525] et du 3 juin 2016[526] ont modifié simultanément, et de manière identique, les régimes de la garde à vue et de la rétention douanière.

120. Cependant, cet alignement n'est pas total car certaines lois ne modifient que les dispositions du code de procédure pénale – et non le code des douanes – telles que la loi du 23 mars 2019 modifiant l'article 63 du code de procédure pénale qui prévoit désormais que la présentation du gardé à vue au procureur de la République peut se faire par l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle. Le système de renvoi du code des douanes vers le

---

[518] Loi n° 2011-392 14 avr. 2011 relative à la garde à vue, *JORF* n°0089 15 avr. 2011, p. 6610 texte n° 1.

[519] Initialement de 24 heures selon l'art. 323-2, al. 1er C. Douanes et selon l'art. 63 II CPP dans leur version issue de la loi du 14 avril 2011. La durée peut être prolongée à nouveau de 24 heures sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République selon les mêmes textes.

[520] Art. 323-3, al. 1er C. Douanes ; Art. 63, al. 2 CPP dans leur version issue de la loi du 14 avril 2011.

[521] Art. 323-5, al. 1er C. Douanes dans sa version issue de la loi du 14 avril 2011 : « *La personne placée en retenue douanière bénéficie du droit de faire prévenir un proche ou son curateur ou son tuteur, de faire prévenir son employeur, d'être examinée par un médecin et de l'assistance d'un avocat dans les conditions et sous les réserves définies aux articles 63-2 à 63-4-4 du code de procédure pénale* ». Dans sa rédaction actuelle, l'article 323-5 place le droit à l'assistance d'un avocat en seconde position de la liste des droits énoncés, après celui d'être examiné par un médecin.

[522] Art. 323-7, al. 1er C. Douanes : « *Les articles 63-5 et 63-6 et le premier alinéa de l'article 63-7 du code de procédure pénale sont applicables en cas de retenue douanière.* » ; Art. 63-5, al. 1er CPP : « *La garde à vue doit s'exécuter dans des conditions assurant le respect de la dignité de la personne* ».

[523] É. BELFAYOL, *Le contentieux pénal douanier*, Paris, Économica, coll. Pratique du droit, 2016, p. 188.

[524] Loi n° 2014-535 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JORF* n°0123 28 mai 2014, p. 8864, texte n° 2.

[525] Loi n° 2014-790 10 juill. 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, *JORF* n°0159 11 juill. 2014, p. 11496, texte n° 3.

[526] Loi n° 2016-731 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* n°0129 4 juin 2016, texte n° 1.

code de procédure pénale ne nécessite pas toujours que la loi modifie les articles du code des douanes. Ainsi, l'article 323-2, alinéa 3 du code des douanes renvoie directement à l'article 63 du code de procédure pénale et donc vers la possibilité de présenter la personne retenue au procureur de la République par l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle.

Le régime de la garde à vue s'applique aussi à certaines retenues effectuées dans les locaux de police.

b) Un régime appliqué aux mesures privatives de liberté exécutées dans les locaux de police

121. Parmi les lieux de privation de liberté, il existe les locaux de police ou de gendarmerie. Dans ces locaux, d'autres mesures privatives de liberté que la garde à vue ou la retenue des mineurs peuvent être mises en œuvre. Il peut s'agir de la retenue pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire, de la retenue en cas de non-respect des obligations prononcées dans le cadre d'une condamnation ou de la retenue judiciaire.

122. Il existe tout d'abord la retenue pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire prévue à l'article 141-4 du code de procédure pénale. Le contrôle judiciaire consiste en une série d'obligations ou d'interdictions pesant sur la personne mise en examen et ordonnée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention[527]. La personne mise en examen doit respecter les différentes obligations ou interdictions qui lui sont imposées comme ne pas sortir des limites territoriales imposées par l'autorité judiciaire, ne pas se rendre en certains lieux, remettre au greffe de l'instruction ou aux forces de l'ordre le passeport, respecter l'interdiction de s'approcher de la victime en portant un bracelet anti-rapprochement[528]…

Dans le cas où le mis en examen ne respecterait pas une de ses obligations, il pourrait être appréhendé par les forces de l'ordre et placé en retenue pour une durée n'excédant pas vingt-quatre heures dans leurs locaux[529]. À l'issue de la retenue, s'il estime qu'il y a suffisamment d'éléments, le juge d'instruction peut décider de renvoyer la personne devant le juge des libertés et de la détention afin d'ordonner la révocation du contrôle judiciaire et de procéder ainsi au placement en détention provisoire. La personne bénéficiera alors des droits évoqués lors des débats avec le juge des libertés et de la détention.

123. Le code de procédure pénale prévoit également une retenue en cas de non-respect des obligations prononcées dans le cadre d'une condamnation pour une durée de vingt-quatre heures au plus[530]. Ces obligations peuvent être issues de la peine – tel que le sursis probatoire – ou de l'application des articles 131-9 alinéa deuxième ou 131-11 alinéa second du code pénal. L'article 131-9 du code pénal dispose que la juridiction peut assortir des peines de stage[531], des peines prévues à l'article 131-6 du code pénal ou de travail d'intérêt général[532] d'une peine d'emprisonnement. En cas d'inexécution de ces peines, la peine d'emprisonnement peut être

[527] Art. 138, al. 1er CPP.
[528] Art. 138, 1° à 18° CPP.
[529] Art. 141-4, al. 1er CPP.
[530] Art. 709-1-1 CPP.
[531] Art. 131-5-1 CP.
[532] Art. 131-8 CP.

portée à écrou. De la même manière, l'article 131-11 du code pénal prévoit en son alinéa second qu'une peine d'emprisonnement peut être portée à écrou en cas d'inexécution des peines complémentaires.

La retenue de l'article 709-1-1 du code de procédure pénale permet ainsi de retenir les personnes concernées par ces articles du code pénal et de vérifier leur situation. S'il s'avère que la personne n'a pas respecté les obligations ou interdictions qui lui étaient imposées, elle sera renvoyée devant le juge de l'application des peines pour qu'un débat ait lieu sur la mise à exécution de la peine d'emprisonnement prévue. Ce débat se tiendra selon les dispositions de l'article 712-6 du code de procédure pénale. L'intéressé bénéficiera ainsi d'un droit à l'avocat. Le juge de l'application des peines est également compétent pour ordonner l'incarcération provisoire[533] des personnes condamnées qui n'ont pas observé les obligations inhérentes aux peines de détention à domicile sous surveillance électronique, de sursis probatoire ou d'aménagements de peine comme le fractionnement ou la suspension de peine ou la libération conditionnelle.

124. Qu'en est-il du droit à l'assistance d'un avocat lors des retenues ayant lieu dans les locaux de police ? Qu'il s'agisse de l'article 141-4 relatif à la retenue en cas de non-respect des obligations du contrôle judiciaire ou de l'article 709-1-1 relatif à la retenue en cas non-respect des obligations de la condamnation, la lettre de ces textes est identique. La seule différence réside dans l'autorité judiciaire qui encadre cette mesure : le procureur de la République ou le juge de l'application des peines s'il s'agit d'une personne condamnée, le juge d'instruction s'il s'agit d'une personne mise en examen. Ces deux articles s'inspirent en effet du régime de la garde à vue notamment pour le déroulement de la mesure : prévenir l'autorité judiciaire dès le début de la mesure, informer la personne, dans une langue qu'elle comprend, des droits dont elle dispose. En outre, ces deux articles comportent de nombreux renvois aux articles relatifs à la garde à vue, notamment sur l'exercice des droits[534].

L'article 709-1-1 a été créé par la loi du 15 août 2014[535] et n'a pas été modifié depuis lors. Tandis que l'article 141-4 a été créé par la loi du 9 juillet 2010[536] et a été modifié par les lois du 14 avril 2011[537], du 15 août 2014 qui ont renforcé les droits de la personne retenue – en garantissant le droit à l'assistance d'un avocat, le droit d'être examiné par un médecin, de bénéficier d'un interprète, etc. À présent, une personne placée en retenue dispose des mêmes droits qu'une personne placée en garde à vue. Ainsi, l'exercice des droits de la défense est

---

[533] Comme cela a été évoqué au paragraphe § n°97.

[534] Art. 141-4, al. 3 et 709-1-1, al. 3 CPP : « *La personne retenue est immédiatement informée par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, de la durée maximale de la mesure, de la nature des obligations qu'elle est soupçonnée d'avoir violées et du fait qu'elle bénéficie :*
1° Du droit de faire prévenir un proche et son employeur ainsi que, si elle est de nationalité étrangère, les autorités consulaires de l'Etat dont elle est ressortissante, conformément à l'article 63-2 ;
2° Du droit d'être examinée par un médecin, conformément à l'article 63-3 ;
3° Du droit d'être assistée par un avocat, conformément aux articles 63-3-1 à 63-4-3 ; […] »

[535] Loi n° 2014-896 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* n°0189 17 août 2014, p. 13647, texte n° 1.

[536] Loi n° 2010-769 9 juill. 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* n°0158 10 juill. 2010 p. 12762, texte n° 2.

[537] Loi n° 2011-392 14 avr. 2011 relative à la garde à vue, *JORF* n°0089 15 avr. 2011 p. 6610, texte n° 1.

identique lors d'une garde à vue ou lors d'une retenue par application des articles 141-4 et 709-1-1 du code de procédure pénale.

125. Pour finir, le code de procédure pénale prévoit en son article 716-5 la retenue judiciaire. Cette retenue s'applique aux personnes condamnées à une peine d'emprisonnement délictuel ou de réclusion criminelle qui n'a pas encore été portée à exécution. La personne peut alors être retenue pendant vingt-quatre heures dans les locaux de police ou de gendarmerie aux fins de vérifications de son identité, de sa situation pénale ou de sa situation personnelle. L'alinéa quatre de ce texte dispose que « *la personne arrêtée est immédiatement avisée par l'officier de police judiciaire qu'elle peut exercer les droits prévus par les articles 63-2, 63-3 et 63-4 du code de procédure pénale* ».

La retenue judiciaire, contrairement aux retenues précédemment évoquées, ne renvoie pas de manière large aux articles 63-3-1 à 63-4-3 du code de procédure pénale, ces articles correspondant au régime de la garde à vue. Elle ne renvoie qu'à l'article 63-4 du code de procédure pénale relatif à la libre communication de l'avocat avec son client. Étant donné que cet article fait référence à la désignation de l'avocat, prévue à l'article 63-3-1, l'on peut penser qu'il s'applique aussi.

La garantie des droits de la défense n'a pas évolué depuis la création de la retenue judiciaire par la loi du 9 mars 2004[538]. L'article 716-5 désigne toujours de manière restrictive le seul article 63-4 du code de procédure pénale pour ce qui est des droits de la défense. Les autres droits comme celui d'être assisté par l'avocat lors des auditions n'est donc pas garanti, pas plus que celui pour l'avocat de consulter les procès-verbaux de son client. La dernière modification de l'article 716-5 date de la loi du 14 avril 2011. Il est regrettable que le législateur ait décidé, contrairement aux autres retenues, de garantir un unique droit composant les droits de la défense. Cette nette différence pourrait s'expliquer par le fait que l'on cherche à faire exécuter une peine et, surtout, la plus sévère de notre arsenal pénal : une peine d'emprisonnement ou de réclusion.

126. La garantie des droits de la défense est donc différente d'une retenue à l'autre, bien que de même nature et de même durée, car l'objectif n'est pas le même. Le législateur semble moins enclin à garantir les droits de la défense lorsqu'il s'agit de faire exécuter une peine privative de liberté.

Il est cependant regrettable que les autres droits de la défense ne puissent pas être librement exercés lors de la retenue judiciaire car, si la peine d'emprisonnement est inférieure ou égale à un an, elle pourrait faire l'objet d'un aménagement de peine par le juge de l'application des peines. Un débat peut donc avoir encore lieu, d'où l'importance de garantir l'ensemble des droits processuels. En effet, l'avocat qui ne peut pas assister aux auditions, ni adresser ses observations en fin d'audition, ne peut donc pas transmettre ses arguments à l'autorité judiciaire en vue de les convaincre d'aménager la peine plutôt que d'ordonner son exécution.

127. Autrefois réalisée dans des locaux de police, la transaction policière avait également attiré l'attention du Conseil constitutionnel au regard des droits de la défense.

---

[538] Loi n°2004-204 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 10 mars 2004 p. 4567.

Auparavant prévue à l'article 41-1-1 du code de procédure pénale[539], cette transaction était mise en œuvre tant que l'action publique n'était pas encore mise en mouvement. Autorisée par le procureur de la République et proposée par l'officier de police judiciaire, elle avait pour but d'apporter une réponse pénale en proposant une transaction à une personne ayant commis certaines contraventions ou certains délits. La transaction était ensuite homologuée par le président du tribunal de grande instance après une éventuelle audition de la personne qui pouvait être assistée, le cas échéant, d'un avocat. Le Conseil constitutionnel, par sa décision de septembre 2016[540], avait dû se prononcer sur la constitutionnalité de ces dispositions, notamment au regard des droits de la défense. Une réserve d'interprétation était émise, indiquant qu'il n'était pas porté atteinte aux droits de la défense si la personne était informée dès le début de la mesure de son droit à l'assistance d'un avocat. Ainsi, « *[le Conseil accordait] une protection minimale au regard des droits de la défense* »[541].

Les dispositions relatives à la transaction policière sont abrogées depuis la loi du 23 mars 2019[542]. Cette abrogation est bienvenue car il s'agissait d'une réponse pénale au cours de laquelle les droits de la défense n'étaient pas entièrement garantis.

128. Enfin, il est intéressant de relever au sein du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile une procédure qui fait implicitement référence au régime de la garde à vue. Il s'agit des articles L. 813-1 et suivants qui régissent la retenue de la personne étrangère pour vérification de son droit de circuler sur le territoire français. Cette retenue a été créée par la loi du 31 décembre 2012[543] qui, dès sa promulgation, garantissait à la personne étrangère le droit d'être assisté d'un avocat. Les textes prévoyaient un entretien de 30 minutes entre l'avocat et son client avant l'audition de ce dernier. Le texte ajoutait que cette audition ne pouvait débuter sans la présence du conseil, avant l'expiration d'un délai d'une heure, à moins qu'elle ne porte sur les éléments d'identité. Cette particularité se justifie en matière de garde à vue car l'objectif de la garde à vue est d'interroger la personne sur une éventuelle commission ou tentative de commission d'une infraction. Néanmoins, la retenue pour vérification du droit au séjour implique nécessairement, puisqu'il s'agit de son objectif, des auditions portant sur la vérification d'identité. Il est donc surprenant que cette particularité ait été conservée pour cette mesure privative de liberté.

Le droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre d'une retenue pour vérification du droit de circulation reste inchangé depuis la loi de 2012[544] : la personne étrangère peut bénéficier de ce droit, elle peut s'entretenir 30 minutes avec son conseil et ce dernier peut assister aux auditions. Contrairement aux autres procédures citées *supra*, le code de l'entrée et du séjour des étrangers

---

[539] Et créée par la loi n° 2014-896 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* n°0189 17 août 2014, p. 13647, texte n° 1.
[540] Cons. constit., 23 sept. 2016, Syndicat de la magistrature et autre, n° 2016-569-QPC, *JORF* n°0224 25 sept. 2016, texte n° 29, *AJDA* 2016, p. 1779 ; *D.* 2016, p. 2545, note J.-B. PERRIER ; *Constitutions* 2016, p. 541, chron.
[541] A. PONSEILLE, com. sous Cons. constit., 23 sept. 2016, Syndicat de la magistrature et autre, n° 2016-569-QPC, *Constitutions* 2016, p. 642.
[542] Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n°2.
[543] Loi n° 2012-1560 31 déc. 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, *JORF* n°0001 1er janv. 2013, texte n° 4.
[544] Art. L. 813-1 et L. 813-6 CESEDA.

et du droit d'asile ne renvoie pas de manière expresse au code de procédure pénale. Toutefois, le régime s'inspire de celui de la garde à vue[545], la loi à l'origine de cette retenue étant postérieure à celle du 14 avril 2011. Par conséquent, la référence, bien qu'implicite, au régime de la garde à vue n'en est pas moins évidente.

Les droits de la défense ont été reconnus aux personnes placées en garde à vue, notamment à travers le droit à l'assistance d'un avocat. Cette reconnaissance a également été faite au bénéfice des personnes détenues.

B. La reconnaissance inattendue des droits de la défense au bénéfice des personnes détenues

129. Les personnes détenues mentionnées ici sont les personnes incarcérées dans un établissement pénitentiaire dans le cadre de l'exécution d'une peine d'emprisonnement délictuel ou de réclusion criminelle [546] et dans le cadre d'une détention provisoire. Toutefois, le recours des personnes détenues prévenues dans le but d'obtenir une mise en liberté ne sera pas évoqué[547]. La reconnaissance des droits de la défense des personnes détenues est inattendue car le contrôle de leurs droits relevait auparavant de l'administration pénitentiaire seulement. L'avocat n'avait alors pas vocation à intervenir auprès de cette institution pour faire valoir les droits de la personne détenue. Désormais, cela n'est plus le cas. En outre, l'aménagement des peines est dévolu à une autorité judiciaire depuis 1958 : le juge de l'application des peines, les droits de la défense ont ainsi été renforcés.

Il sera ainsi traité de la défense de ces personnes privées de liberté lors de procédures mises en œuvre par l'administration pénitentiaire (1) puis, de recours exercés devant l'autorité judiciaire (2).

1) La défense des détenus lors de procédures mises en œuvre par l'administration pénitentiaire

130. Ces procédures peuvent être regroupées en deux catégories. D'une part celles qui ont vocation à organiser la détention de la personne privée de liberté (a) et d'autre part, la procédure disciplinaire en détention (b).

a) Les procédures relatives à l'organisation de la détention

131. L'administration pénitentiaire peut envisager de mettre en place des procédures modifiant le régime de détention de la personne détenue. Ainsi, il peut être décidé de placer la personne en isolement[548]. Quand ce placement est effectué par mesure de protection ou de

---

[545] P. WACHSMANN, *op. cit.*, n° 440, p. 671 : « *[La retenue pour vérification du droit au séjour] s'accompagne d'un certain nombre de formalités protectrices, reprises de celles régissant la garde à vue* ».

[546] Qu'il s'agisse d'une peine prononcée par une juridiction française ou une juridiction européenne sur le fondement des articles 728-10 et suivants du code de procédure pénale comme abordés au paragraphe § n° 81.

[547] Il a été évoqué au paragraphe § n° 79.

[548] Art. R. 213-17 et s. C. pénit.

sécurité, il peut être fait d'office ou sur demande de la personne détenue elle-même. Lors de cette procédure, l'administration pénitentiaire présente ces motifs à la personne détenue – si le placement à l'isolement est voulu par l'administration – la personne détenue et son avocat peuvent alors présenter des observations qui seront versées à la procédure. La décision du placement ou du maintien à l'isolement est prise par décision écrite et motivée par le directeur interrégional des services pénitentiaires ou par le Garde des Sceaux[549]. En cas d'urgence, il est admis qu'une décision de placement provisoire à l'isolement soit prise par le chef d'établissement « *si la mesure est l'unique moyen de préserver la sécurité des personnes ou de l'établissement* »[550]. Cette décision devra ensuite être confirmée par le directeur interrégional des services pénitentiaires ou par le Garde des Sceaux. Cependant, il n'est pas prévu que la personne détenue ou son avocat puisse leur présenter des observations.

La prise en charge pour personnes détenues violentes[551] – qu'il s'agisse d'un placement ou de renouvellement de placement dans une telle unité – est décidée après avis de la commission pluridisciplinaire unique qui est présidée par le chef d'établissement ou son représentant. Cinq représentants de l'administration pénitentiaire siègent également à cette commission. Cinq autres membres sont présents – il s'agit de membres de la protection judiciaire de la jeunesse, de représentants des équipes soignantes, du psychologue en charge du parcours d'exécution de la peine... – mais n'ont qu'une voix « consultative »[552]. L'administration pénitentiaire est donc majoritaire au sein de cette commission et est également décisionnaire. La personne détenue et son avocat, le cas échéant, peuvent présenter des observations. La décision du placement dans une telle unité est prise par le directeur interrégional des services pénitentiaires ou par le chef d'établissement si le directeur délègue sa signature à ce dernier[553].

La prise en charge dans un quartier de radicalisation est également décidée après avis de cette même commission pluridisciplinaire unique. L'administration pénitentiaire informe alors la personne détenue des motifs invoqués et lui permet de présenter des observations en retour assisté, si elle le souhaite, d'un avocat[554]. La décision du placement dans un tel quartier est prise par le Garde des Sceaux.

Enfin, la personne détenue peut être placée dans un quartier spécifique pour bénéficier d'un programme adapté de prise en charge qui implique notamment des mesures de sécurité renforcée[555]. Le code pénitentiaire dispose que « *la décision d'affectation dans ces quartiers spécifiques doit être motivée et n'intervient qu'après une procédure contradictoire au cours de laquelle la personne intéressée, qui peut être assistée de son avocat, présente ses observations orales ou écrites* ».

132. Ces différentes procédures sont assez récentes, la plus ancienne étant celle relative à la procédure d'isolement et étant issue de la loi pénitentiaire de 2009[556]. Toutes prévoient la possibilité de présenter des observations écrites ou orales et de se faire assister d'un

[549] Art. R. 213-21, al. 4 C. pénit.
[550] Art. R. 213-22 C. pénit.
[551] Art. R. 224-5 et s. C. pénit.
[552] Art. D. 211-34 C. pénit.
[553] Art. R. 224-5, al. 5 et 6 C. pénit.
[554] Art. R. 224-19 C. pénit.
[555] Art. L. 224-1 et s. C. pénit.
[556] Loi n° 2009-1436 24 nov. 2009 pénitentiaire, *JORF* n°0273 25 nov. 2009 p. 20192.

avocat, afin d'assurer le respect du principe du contradictoire. Le respect de ce principe se justifie car l'affectation de personnes détenues dans ces quartiers, bien qu'elle vise la protection des autres détenus ou de la personne détenue elle-même[557], affecte la situation de la personne détenue. En effet, le placement dans ces quartiers implique la mise à l'écart de la personne. Or, une telle mise à l'écart peut être dangereuse pour la santé psychologique de la personne privée de liberté. Aussi, ces placements ne peuvent être décidés de manière unilatérale par l'administration pénitentiaire.

La personne détenue bénéficie donc de son droit à l'assistance d'un avocat. Ce dernier assiste la personne privée de liberté dans la présentation de ses observations qu'elles soient écrites ou orales. Le droit à l'assistance d'un avocat et le principe du contradictoire sont donc reconnus au bénéfice de ces personnes détenues.

Les droits de la défense ont aussi été reconnus dans la procédure disciplinaire.

b) Les recours relatifs à la discipline en détention

133. La loi du 12 avril 2000[558] marque un tournant dans la défense des personnes détenues qui faisait auparavant l'objet de vives critiques[559]. En effet, à l'article 24 de cette loi, il est indiqué que « *les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1er et 2 de la loi du 11 juillet 1979 […] n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites […]. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de choix* ». L'un des effets de cette loi était souligné par Madame le Professeur Martine HERZOG-EVANS : « *si la loi prévoit une série d'exceptions au principe aucune ne concerne précisément l'administration pénitentiaire* »[560]. Ainsi, par cette loi, les sanctions disciplinaires des personnes détenues doivent faire l'objet d'une discussion entre l'administration pénitentiaire et le détenu, ce dernier pouvant être assisté d'un avocat. Le législateur a ainsi voulu réduire « *le caractère unilatéral de certaines décisions administratives* »[561].

Le législateur a-t-il prévu cette avancée en droit pénitentiaire ? Cela n'est pas certain car les travaux parlementaires ne mentionnent pas les relations entre l'administration pénitentiaire et les personnes détenues[562]. Néanmoins, le fait est que cette loi « *est […] de nature à renforcer la légitimité [du] pouvoir disciplinaire. Actuellement, exercé en catimini sans véritables instruction ni défense, il n'est en effet guère digne d'une société démocratique et, de ce fait,*

---

[557] CE 17 déc. 2008, n° 293786 : *AJ pénal* 2009, p. 87, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJDA* 2008, p. 2364 ; *D.* 2009. 1376, obs. É. PÉCHILLON : « *Une telle mesure [d'isolement], à l'instar de la mesure de placement provisoire, ne peut intervenir, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que dans l'hypothèse où elle est strictement nécessaire afin d'assurer la sécurité de l'établissement pénitentiaire ou des personnes* ».

[558] Loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* n°0088 du 13 avr. 2000, p. 5646, texte n°1.

[559] P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2001, p. 310 : « *Le peu d'étendue des droits des détenus lors de l'audience disciplinaire font l'objet, depuis plusieurs années, de vives critiques* ».

[560] M. HERZOG-EVANS, É. PÉCHILLON, « L'entrée des avocats en prison », *D.* 2000, p. 481.

[561] Art. 22, Rapport Ledoux n°1613, 19 mai 1999.

[562] Travaux préparatoires de la loi n° 2000-321 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* n°0088 13 avr. 2000, p. 5646, texte n°1.

contestable dans son principe même »[563]. L'intervention de l'avocat a été confirmée[564] par la loi pénitentiaire de 2009[565] qui « *établit […] le cadre législatif attendu pour déterminer le sens de la peine, les missions du service public pénitentiaire et de son personnel, l'organisation de l'administration pénitentiaire, les droits et obligations des détenus et le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires* »[566].

134. Grâce à cette évolution législative, la procédure disciplinaire des détenus en France respecte désormais les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, la Cour de Strasbourg avait déjà estimé, dès 1976, que les procédures disciplinaires relevaient du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme[567]. Le célèbre arrêt *CAMPBELL et FELL* contre Royaume-Uni[568] reconnaissait un droit pour le détenu comparaissant devant une commission de discipline – désigné dans l'arrêt comme le comité des visiteurs de la prison– d'être assisté et représenté par un avocat.

Dès lors, les personnes détenues bénéficient d'un droit à l'avocat lors de la comparution devant les commissions de discipline. Ce droit est, en revanche, imposé aux détenus mineurs[569], ils ne peuvent renoncer à ce droit.

Cette intervention de l'avocat devant les commissions de discipline en détention remet en cause une idée selon laquelle « *seule l'activité juridictionnelle se rattache aux droits de la défense. C'est seulement dans ce cadre que l'on peut évoquer un "droit" à l'assistance d'un avocat* »[570]. Les commissions de discipline en détention ne sont pas des juridictions, toutefois le droit à l'assistance d'un avocat est garanti au cours de cette procédure disciplinaire. Le code

---

[563] M. HERZOG-EVANS, É. PÉCHILLON, « L'entrée des avocats en prison », *D.* 2000, p. 481.

[564] M. GIACOPELLI, « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *RFDA* 2010, p. 25 : « *Il est également précisé que la personne mise en cause devant la commission de discipline peut être assistée d'un avocat librement choisi ou désigné d'office, admis à l'aide juridictionnelle* ».

[565] Anc. Art. 91 Loi n° 2009-1436 24 nov. 2009 pénitentiaire, *JORF* n°0273 25 nov. 2009 p. 20192 : *« L'article 726 est ainsi rédigé : « Le régime disciplinaire des personnes détenues placées en détention provisoire ou exécutant une peine privative de liberté est déterminé par un décret en Conseil d'État. Ce décret précise notamment : […] 4° La procédure disciplinaire applicable, au cours de laquelle la personne peut être assistée par un avocat choisi ou commis d'office, en bénéficiant le cas échéant de l'aide de l'État pour l'intervention de cet avocat ;* ».

[566] J. SCHMITZ, « La Constitution, la loi, le règlement et l'exécution des peines de détention », *RFDA* 2015, p. 148.

[567] CEDH, 8 juin 1976, ENGEL et a. c/ Pays-Bas, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, § 82, Série A n° 22 ; *Cah. dr. eur.* 1978, p. 364, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, p. 481, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1978, p. 695, obs. P. ROLLAND.

[568] CEDH 28 juin 1984, CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni, n° 7819/77; 7878/77, §102 : Série A n° 80; *Cah. dr. eur.* 1986, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1986, p. 1058, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

[569] Anc. art. R. 57-7-16 CPP : « *Si la personne détenue est mineure, elle est obligatoirement assistée par un avocat. A défaut de choix d'un avocat par elle ou par ses représentants légaux, elle est assistée par un avocat désigné par le bâtonnier* » ; Art. R. 124-17 CJPM : « *Lorsque des poursuites disciplinaires sont engagées, le mineur détenu est obligatoirement assisté par un avocat. À défaut de choix d'un avocat par lui ou par ses représentants légaux, il est assisté par un avocat désigné par le bâtonnier* ».

[570] Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Th., Université Montesquieu Bordeaux IV, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, p. 147, §265.

pénitentiaire, créé par les ordonnance[571] et décret[572] du 30 mars 2022, consacre toujours ce droit à l'assistance d'un avocat devant les commissions de discipline[573].

Par l'introduction du droit à l'avocat devant les commissions de discipline, les autres droits de la défense font leur entrée en détention. La personne détenue ou son avocat peuvent ainsi consulter l'ensemble des pièces de la procédure afin de préparer la défense. Enfin, lors de la comparution devant la commission, la personne détenue et, le cas échéant, son avocat présentent des observations, conformément au droit de discuter l'accusation.

L'intervention de l'avocat et la reconnaissance des autres droits de la défense démontrent l'étendue des droits de la défense au milieu pénitentiaire. Cette extension des droits de la défense s'est également faite pour le contentieux de l'aménagement des peines.

2) La défense des détenus lors de recours exercés devant l'autorité judiciaire

135. Les autorités judiciaires devant contrôler ou modifier la situation d'une personne condamnée ou ayant été condamnée à une peine privative de liberté sont les juridictions de l'application des peines (a) et les juridictions régionales et nationales de rétention de sûreté (b).

a) Les juridictions de l'application des peines

136. Il existe trois juridictions de l'application des peines. La première est le juge de l'application des peines. Ce dernier intervient en détention auprès des personnes exécutant une peine d'emprisonnement ou de réclusion. Le juge peut alors prendre des décisions juridictionnelles en aménageant la peine. Il peut ainsi accorder une semi-liberté, un placement extérieur, une détention à domicile sous surveillance électronique, une libération conditionnelle[574] dans le cadre d'une demande d'aménagement de peine. Il peut aussi accorder le fractionnement ou la suspension de peine. Ces mesures peuvent être accordées à l'issue d'un débat, selon l'article 712-6 du code de procédure pénale. Cet article régit les débats devant le juge de l'application des peines et dispose qu'au cours de ce débat, le juge entend les réquisitions du ministère public et les observations du condamné ainsi que, le cas échéant, celles de son avocat.

137. La loi du 9 mars 2004 a créé le tribunal de l'application des peines, autre juridiction de l'application des peines de première instance. Ce tribunal est chargé de statuer sur le relèvement de la période de sûreté[575], la libération conditionnelle ou la suspension de peine des personnes condamnées à de longues peines[576]. Devant cette juridiction, un débat est

---

[571] Ord. n° 2022-478 30 mars 2022 portant partie législative du code pénitentiaire, *JORF* n°0080 5 avr. 2022, texte n° 8.
[572] Décret n° 2022-479 30 mars 2022 portant partie réglementaire du code pénitentiaire, *JORF* n°0080 5 avr. 2022, texte n° 9.
[573] Art. R. 234-16 C. pénit.
[574] La loi du 15 juin 2000 avait créé les juridictions régionales de libération conditionnelles, chargées de statuer sur les libérations conditionnelles des personnes condamnées à une longue peine privative de liberté. Cette compétence est dévolue au tribunal de l'application des peines depuis 2004.
[575] Art. 720-5 CPP.
[576] Art. 712-7, al. 1er CPP.

organisé en présence des magistrats composant le tribunal de l'application des peines, de représentants de l'administration pénitentiaire et du ministère public, du condamné et, le cas échéant, de son avocat[577].

Une particularité procédurale existe pour les condamnés à une peine de réclusion criminelle prononcée à perpétuité et assortie d'une période de sûreté de trente ans. Le relèvement de la période de sûreté est décidé par le tribunal de l'application des peines après avis d'une commission composée de cinq magistrats[578]. Le condamné peut comparaître devant cette commission et il peut alors être assisté d'un avocat[579].

138. Enfin, la dernière juridiction de l'application des peines est celle de seconde instance, il s'agit de la chambre de l'application des peines. Elle statue sur les appels formés contre les décisions du juge de l'application des peines, même quand celui-ci statue en milieu ouvert, rendues dans le cadre du débat visé par l'article 712-6 du code de procédure pénale et contre les décisions du tribunal de l'application des peines mentionnées à l'article 712-7.

139. La particularité de cette juridiction, dès sa création par la loi du 9 mars 2004[580], est que, par principe, la personne condamnée n'est, en principe, pas entendue au cours du débat, seul son défenseur l'est[581]. Cette particularité se justifie par le fait que la personne condamnée peut être placée dans un établissement pénitentiaire. Si elle devait systématiquement comparaître, cela nécessiterait une extraction, un transport et une surveillance par l'administration pénitentiaire. Ces moyens matériels représentent avant tout des moyens humains et économiques qui peuvent ainsi être économisés par la non-comparution de la personne condamnée. Ce n'est que par décision contraire de la chambre de l'application des peines que cette dernière est entendue, en présence de son avocat ou celui-ci régulièrement convoqué[582]. L'article 712-13 précise qu'une telle audition peut avoir lieu par télécommunication audiovisuelle[583] ou au sein de l'établissement pénitentiaire. Cependant, la charge de travail des magistrats de la Cour d'appel étant importante, il n'est pas certain qu'ils décident de se déplacer en établissement pénitentiaire. Le recours à la télécommunication est donc plus que probable. Ainsi, devant cette juridiction, l'audition de l'intéressé n'est qu'une exception. Cette exception ne constitue pas une atteinte aux droits de la défense selon la Cour de cassation qui « *[…] a ainsi considéré que le niveau des droits de la défense peut être allégé en appel, dès lors que la comparution de l'intéressé est de droit devant le premier juge et qu'il appartient à la CHAP statuant après débat contradictoire au cours duquel l'avocat du condamné est entendu dans ses observations, d'entendre le condamné, le cas échéant à sa*

---

[577] Art. 712-7, al. 2 CPP.
[578] Art. 720-5 CPP.
[579] Art. D. 49-81-3 CPP.
[580] Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 p. 4567.
[581] Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 7e éd., Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2021, n°606, p. 744 : « *[La chambre de l'application des peines] statue par un arrêt motivé après un débat contradictoire, au cours duquel sont entendues les réquisitions du ministère public et les observations de l'avocat du condamné, ce dernier n'étant lui-même auditionné que si la cour le décidé expressément* ».
[582] Art. 712-13, al. 1er CPP.
[583] L'article 712-13 du code de procédure pénale renvoie à l'article 706-71 du même code.

demande par visioconférence ou par un de ses membres dans l'établissement pénitentiaire où il se trouve »[584].

Concernant le droit de discuter l'accusation, la loi du 9 mars 2004 a prévu pour l'avocat la possibilité de présenter ses observations devant la chambre de l'application des peines dans le cadre d'un débat contradictoire. Cette disposition est bien entendue toujours en vigueur et assure le respect du principe du contradictoire.

140. Notons qu'en cas de condamnation d'un mineur, ce sont le juge des enfants et le tribunal pour enfants qui exercent respectivement les fonctions de juge de l'application des peines et du tribunal de l'application des peines et ce, jusqu'à ce que le condamné ait atteint l'âge de vingt et un ans[585]. Le code de la justice pénale des mineurs précise en son article L. 612-1 que l'assistance d'un avocat lors des débats contradictoires prévus aux articles 712-6 et 712-7 du code de procédure pénale est obligatoire. Cette assistance obligatoire de l'avocat n'était pas prévue textuellement par l'ordonnance du 2 février 1945 mais était inscrite dans le code de procédure pénale. En effet, l'article D. 49-50[586] – toujours en vigueur – dispose de manière péremptoire que l'assistance d'un avocat est obligatoire pour le condamné mineur. Nous employons le terme « péremptoire » car l'alinéa premier de cet article prévoit l'assistance obligatoire de l'avocat auprès du mineur et le troisième alinéa affirme à nouveau que « *le mineur ne peut renoncer à l'assistance d'un avocat* ».

141. Il est indispensable de mentionner ici la commission de l'application des peines. Bien qu'elle apparaisse dans la section du code de procédure pénale dont le titre est « Compétence et procédure devant les juridictions de premier degré », « *il est […] difficile de dire de la commission de l'application des peines qu'elle est une véritable juridiction* »[587]. L'ambivalence de sa nature peut s'expliquer par sa composition : elle est présidée par le juge de l'application des peines et composée du procureur de la République, du chef d'établissement pénitentiaire, d'un représentant du service pénitentiaire d'insertion et de probation et, depuis la loi du 22 décembre 2021[588], d'un représentant du corps de commandement ou du corps d'encadrement et d'application du personnel de surveillance[589]. De plus, « *les textes ne prévoient pas la présence d'un greffier* »[590]. Ainsi, malgré sa nature de « quasi-juridiction », il est important de traiter de la reconnaissance des droits de la défense devant la commission de l'application des peines.

---

[584] M. GIACOPELLI, « La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions de l'application des peines : état des lieux », RSC *2015*, p. 799 à propos de l'arrêt Cass. Crim., 20 mars 2013, n° 13-90.001, QPC, *AJ pénal* 2013, p. 486, obs. E. SENNA.

[585] Art. 20-9 Ord. n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 4 février 1945 p. 530 ; Art. D. 49-45 CPP.

[586] Art. D. 49-50, al. 1er et al. 3 CPP : « *Lorsque le condamné est mineur, il doit être assisté d'un avocat au cours des débats contradictoires prévus par les articles 712-6 et 712-7. […] Le mineur ne peut renoncer à l'assistance d'un avocat* ».

[587] M. GIACOPELLI, A. PONSEILLE, *Droit de la peine*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2019, n°569, p. 294.

[588] Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* n°0298 23 déc. 2021, texte n°2.

[589] Art. 712-4-1 CPP.

[590] M. GIACOPELLI, A. PONSEILLE, *op. cit.*, n°569, p. 294.

142. Ainsi, « *instaurée en 1972 et généralisée par la loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978* »[591], les compétences de cette commission sont larges. En effet, la commission de l'application des peines doit se prononcer sur les demandes de permission de sortir, les réductions supplémentaires de peine, les autorisations de sortir sous escorte, les retraits de crédit de réduction de peine[592] et la libération sous contrainte[593].

La difficulté de la commission de l'application des peines est qu'elle statue sur la situation de la personne détenue en l'absence de ce dernier. En effet, les textes ne prévoient qu'une comparution de la personne condamnée dans le cas où le juge de l'application des peines l'ordonne[594]. Pour ce qui est du droit à l'assistance d'un avocat, l'article 720 du code de procédure pénale relatif à la libération sous contrainte, dans sa version issue de la loi du 15 août 2014[595], prévoyait que lorsque la personne détenue comparaissait sur décision du juge de l'application des peines, il lui était possible d'être assistée d'un conseil. L'article 720 a depuis été modifié et il n'est plus fait référence à l'assistance d'un avocat. Malgré l'absence de cette mention, la personne détenue peut tout à fait être assistée d'un avocat dans le cadre d'une libération sous contrainte. Son conseil peut déposer des conclusions écrites devant le juge de l'application des peines.

143. Au vu du défaut de comparution devant la commission de l'application des peines, « *les intérêts du condamné et son propre point de vue ne seront ni défendus ni exprimés* »[596]. Certes, siègent à la commission la direction de l'établissement pénitentiaire ainsi qu'un représentant du service pénitentiaire d'insertion et de probation qui, connaissant la personne détenue, peuvent émettre un avis favorable à une libération sous contrainte ou à l'octroi de réductions supplémentaires de peine. Toutefois, il n'est pas de leur ressort de défendre la personne détenue. L'absence de la personne détenue et d'un défenseur à cette commission démontre que les droits de la défense n'y sont pas entièrement reconnus.

Des lois successives ont permis d'accroitre les octrois de libération sous contrainte. Par exemple, depuis la loi du 23 mars 2019[597], le juge de l'application des peines ne peut plus refuser d'accorder une libération sous contrainte, sauf impossibilité de la mettre en œuvre. En

---

[591] M. HERZOG-EVANS « Peine : exécution – Autorités », *Rép. pénal Dalloz*, juill. 2016 actualisation avril 2020, n°78 faisant référence aux lois n°72-1226 29 déc. 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution, *JORF* 30 déc. 1972 et n°78-1097 22 nov. 1978 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, *JORF* 23 nov. 1978.

[592] Art. 712-5, al. 1er CPP : « *Sauf en cas d'urgence, les ordonnances concernant les réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir sont prises après avis de la commission de l'application des peines* ».

[593] Art. 720, al. 3 CPP : « *La libération sous contrainte est décidée par le juge de l'application des peines qui, après avis de la commission d'application des peines, détermine, parmi les mesures prévues au deuxième alinéa, celle qui est la mieux adaptée à la situation du condamné* ».

[594] Art. D. 49-28, al. 3 CPP : « *Le juge de l'application des peines peut ordonner la comparution de la personne détenue devant la commission de l'application des peines afin qu'elle soit entendue par cette dernière dans les domaines qui relèvent de sa compétence* ».

[595] Loi n° 2014-896 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* n°0189 17 août 2014, p. 13647, texte n° 1.

[596] M. HERZOG-EVANS, « Peine : exécution – Procédure », *Rép. pénal Dalloz*, juill. 2016 actualisation avr. 2020, n°709.

[597] Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n°2.

outre, la loi du 22 décembre 2021[598] a élargi le champ d'application de la loi sous contrainte aux personnes condamnées exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à deux ans dont le reliquat de peine à exécuter est inférieur ou égal à trois mois[599]. Pour celles-ci, la libération sous contrainte est de droit, « *sauf en cas d'impossibilité matérielle résultant de l'absence d'hébergement* »[600].

Bien que ces modifications législatives facilitent l'octroi d'une libération sous contrainte, cela ne justifie pas l'atteinte aux droits de la défense qui est faite en commission de l'application des peines car ces droits s'appliquent même en l'absence de juridiction, comme c'est le cas devant la commission de discipline en détention.

144. Malgré l'atteinte portée aux droits de la défense par l'organisation de la commission de l'application des peines, « *le progrès des droits de la défense au stade de l'exécution des peines est donc très net* »[601]. En effet, il ressort de ces évolutions législatives que les droits de la personne condamnée ont augmenté. La personne condamnée discute de l'aménagement de peine avec l'autorité judiciaire et peut se faire assister d'un avocat. Si la décision rendue ne lui convient pas, son droit au recours est reconnu car il existe la juridiction de seconde instance : la chambre de l'application des peines.

b) Les juridictions régionale et nationale de la rétention de sûreté

145. Le juge de l'application des peines est également compétent pour prononcer certaines mesures de sûreté[602]. Réponses pénales décidées en fonction de la dangerosité de la personne – et non de sa culpabilité comme les peines –, elles ne sont normalement pas privatives de liberté. Toutefois, il en existe deux qui impliquent la privation de liberté de la personne. La première est l'hospitalisation de la personne dont l'irresponsabilité pénale a été constatée. L'hospitalisation est alors ordonnée par la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement sur le fondement de l'article 706-135 du code de procédure pénale[603].

L'on peut aussi citer « *la plus emblématique* »[604] des mesures de sûreté : la rétention de sûreté. Créée par la loi du 25 février 2008[605], elle consiste en un placement de la personne dans « *un centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin*

---

[598] Loi n° 2021-1729 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* n°0298 23 déc. 2021, texte n°2.
[599] Art. 720, II CPP.
[600] *Ibid*.
[601] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°784, p. 669.
[602] B. BOULOC, *Droit de l'exécution des sanctions pénales*, 6e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020, n°62, p. 44 : « *Les mesures de sûreté sont des mesures individuelles coercitives, sans coloration morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables. Leur but est essentiellement de prévention, et nullement de rétribution ni d'intimidation (quoique certaines produisent un effet intimidant).* ».
[603] Cette procédure sera plus amplement développée aux paragraphes § n° 154 et suivants.
[604] M. GIACOPELLI, A. PONSEILLE, *Droit de la peine*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2019, n°192, p. 122.
[605] Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* n°0048 26 févr. 2008 p. 3266, texte n° 1.

de cette mesure »[606]. La mesure est prononcée pour une durée d'un an et peut être renouvelée tant que les conditions sont remplies.

Son champ d'application est strictement délimité : cette mesure ne s'applique qu'à l'issue de l'exécution d'une peine de réclusion criminelle d'une durée au moins égale à quinze ans et à la suite de la commission d'infractions graves listées au sein de l'article 706-53-13 du code de procédure pénale[607].

146. Le prononcé de la rétention de sûreté fait l'objet d'une procédure longue et complexe. Tout d'abord, la juridiction de jugement, à savoir la cour d'assises ou la cour d'assises d'appel, doit indiquer dans son arrêt que la situation de la personne fera l'objet, à la fin de sa peine, d'un réexamen en vue d'une éventuelle rétention de sûreté[608]. Ce réexamen doit être effectué au moins un an avant la fin de la peine par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté afin d'évaluer la dangerosité de la personne[609]. Si cette commission constate la particulière dangerosité de la personne, elle rend un avis motivé indiquant que la personne peut faire l'objet d'une telle mesure[610]. La décision de la rétention de sûreté revient à une juridiction spéciale : la juridiction régionale de rétention de sûreté. Elle peut également être saisie lorsqu'une personne, faisant l'objet d'une surveillance de sûreté, ne respecte pas les obligations de cette mesure. La juridiction régionale de rétention de sûreté est composée d'un président de chambre et de deux conseillers de la cour d'appel. Devant cette juridiction, se tient un débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée d'un avocat choisi ou commis d'office[611]. Cette assistance obligatoire de l'avocat était prévue dès la loi de 2008.

Un recours peut être exercé pour contester les décisions de la juridiction régionale de sûreté. Le contentieux sera alors porté devant la juridiction nationale de rétention de sûreté[612]. De la même manière, les textes prévoient, depuis 2008, qu'un débat contradictoire aura lieu au cours duquel la personne sera assistée d'un avocat[613]. Le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de discuter l'accusation ont ainsi été reconnus au bénéfice de la personne comparaissant devant ces juridictions et ce, dès la création de ces dernières avec la loi de 2008.

Les droits de la défense sont donc garantis tout au long de la procédure pénale. Ils le sont également au cours des procédures pouvant conduire au prononcé d'une mesure privative de liberté récemment judiciarisées.

C. Une reconnaissance poussée par la judiciarisation des mesures privatives de liberté

---

606 Art. 706-53-13, dernier alinéa CPP.
607 Les alinéas 1er et 2e visent les crimes d'assassinat, de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration commis sur mineur ou en récidive, ou ces mêmes infractions commis sur majeurs avec circonstances aggravantes.
608 Art. 706-56-13, al. 3 CPP.
609 Art. 706-53-14, al. 1er CPP.
610 Art. 706-53-14, al. 3e CPP.
611 Art. 706-53-15, al. 2 CPP.
612 Composée de trois conseillers à la Cour de cassation désignés pour une durée de trois ans par le premier président de cette cour (Art. 706-53-15, al 6 CPP).
613 Art. R. 53-8-42 CPP.

147. Les droits de la défense ont été reconnus au sein de domaines auparavant délaissés même par les juges. En effet, qu'il s'agisse des procédures relatives aux mesures privatives de liberté décidées à l'encontre des étrangers ou des personnes atteintes de troubles mentaux, l'autorité judiciaire ne pouvait être saisie qu'*a posteriori*. Des réformes législatives ont confié le contrôle de ces mesures à un juge spécialisé : le juge des libertés et de la détention. L'accès au juge implique l'organisation d'un débat. Dès lors, il est désormais possible pour la personne de se faire assister d'un avocat. La garantie des droits de la défense est donc subséquente à cette judiciarisation.

L'extension des droits de la défense dans ces domaines est bienvenue car ces droits sont « *destinés à garantir qu'une personne ne soit pas jugée sans avoir été mise à même de se défendre* »[614] et pertinente car « *[les droits de la défense] sont […] liés à la vulnérabilité intrinsèque de la personne poursuivie* »[615].

Ainsi, la garantie des droits de la défense est la conséquence de la judiciarisation des procédures relatives aux mesures privatives de liberté concernant les étrangers (1) et les personnes admises en soins psychiatriques sans leur consentement (2).

1) La judiciarisation des procédures relatives aux mesures privatives de liberté prononcées à l'encontre des étrangers

148. Les sources du droit des étrangers ont évolué. Ce droit était consacré par l'ordonnance du 2 novembre 1945[616] avant d'être codifié dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile par l'ordonnance de 2004[617]. « *Cette codification tirait les conséquences d'un droit très épars et déjà sédimenté. Elle a notamment permis le regroupement des règles relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers majoritairement contenues dans l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et de celles relatives au droit d'asile issues de la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952* »[618].

L'ordonnance du 2 novembre 1945 a fait l'objet d'une modification par la loi du 10 janvier 1980[619] qui disposait, en son article 3, que « *l'étranger qui n'est pas en mesure de déférer immédiatement à la décision lui refusant l'autorisation d'entrer sur le territoire français peut, s'il y a nécessité, être maintenu par décision écrite motivée dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ* ». En outre, l'article 6 de cette même loi disposait que « *la personne expulsée en application des 1 à 4 ci-*

---

[614] G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droits de la défense », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 1e éd., PUF, 2004, p. 367.

[615] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°776, p. 663.

[616] Ord. n°45-2658 2 nov. 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office National d'immigration, *JORF* 4 nov. 1945, p. 7225.

[617] Ord. n° 2004-1248 du 24 nov. 2004 relative à la partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JORF* n°0274 25 nov. 2004, p. 19924, texte n° 12.

[618] C. d'HARCOURT, A. SAVY, « Repenser un code à droit constant », *AJDA* 2021, p. 838.

[619] Loi n°80-9 10 janv. 1980 relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, *JORF* 11 janv. 1980, p. 71.

dessus peut, s'il y a nécessité, être détenue jusqu'à l'exécution effective de l'expulsion dans les conditions prévues à l'article 120 du Code pénal ». Or, cette dernière disposition a été déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel aux motifs que « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »[620]. Ainsi, la non-conformité de ces dispositions à la Constitution n'était pas due à la nature de la mesure privative de liberté mais à l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire. Ce qui était également non-conforme au second alinéa de l'article 66 de la Constitution[621], « *[c'était] l'insuffisance éventuelle des garanties judiciaires entourant la procédure qui rend la détention arbitraire* »[622]. En effet, s'il s'agit d'une privation de liberté, l'article 66 de la Constitution s'applique et l'autorité judiciaire doit contrôler la mise en œuvre de la mesure privative de liberté afin d'éviter une détention arbitraire.

Le législateur a tenu compte de cette décision et, par la loi du 29 octobre 1981 modifiant l'ordonnance de 1945[623], a prévu l'intervention du juge. Selon l'ancien article 35 bis de l'ordonnance de 1945, l'autorité judiciaire compétente était le président du tribunal de grande instance. Le texte prévoyait également l'intervention facultative d'un conseil[624] et ce, bien avant que le Parlement européen ne le prévoie à son tour[625]. Ce qui confirme que l'intervention de l'avocat en matière de mesure privative de liberté prononcée à l'égard des étrangers est concomitante à la judiciarisation de la procédure. Depuis la loi du 15 juin 2000, le contrôle de la rétention administrative des étrangers est dévolu au juge des libertés et de la détention[626]. L'ordonnance du 24 novembre 2004[627] créant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile a, bien entendu, confirmé cette compétence[628].

---

[620] Cons. Constit., 9 janv. 1980, Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, n° 79-109 DC, *JORF* 11 janv. 1980, p. 84.

[621] Art. 66, al. 2 Constitution : « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

[622] D. LOCHAK, « Droits et libertés des étrangers – Liberté individuelle », *J.- Cl. Droit international*, Fasc. 254-60, 2011, °55.

[623] Loi n°81-973 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF* 30 oct. 1981, p. 2969.

[624] Art. 35 bis, al. 5, Ord. n°45-2658 2 nov. 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office National d'immigration, *JORF* 4 nov. 1945, p. 7225, version issue de la loi du 29 octobre 1981 : « *Quand un délai de vingt-quatre heures s'est écoulé depuis la décision de maintien, le président du tribunal de grande instance ou un magistrat du siège désigné par lui est saisi ; il lui appartient de statuer par ordonnance, après audition de l'intéressé, en présence de son conseil, s'il en a un, ou ledit conseil dûment averti, sur une ou plusieurs des mesures de surveillance et de contrôle nécessaires à son départ […]* ».

[625] Art. 13.3, Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JOUE 24 décembre 2008, L. 348/98 : « *3. Le ressortissant concerné d'un pays tiers a la possibilité d'obtenir un conseil juridique, une représentation juridique et, en cas de besoin, une assistance linguistique* ».

[626] Art. 49, loi n° 2000-516 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n° 0138 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.

[627] Ord. n° 2004-1248 24 nov. 2004 relative à la partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JORF* n°0274 25 nov. 2004, p. 19924, texte n° 12.

[628] Art. L. 552-1 CESEDA, issu de l'ordonnance du 24 novembre 2004.

149. Par ailleurs, la loi du 7 mars 2016[629] et son décret d'application du 28 octobre 2016[630] ont élargi les compétences du juge des libertés et de la détention. Alors qu'il était, avant cette loi, uniquement chargé de se prononcer sur le bien-fondé de la prolongation de la rétention administrative, il est devenu compétent pour statuer sur la légalité du placement en rétention, soit dès le début de la mesure. Cette fonction était, avant la loi du 7 mars 2016, dévolue au juge administratif. Désormais, le contentieux relatif à la rétention administrative est entièrement dévolu au juge des libertés et de la détention pour plus de clarté et en raison de la qualité de gardienne de la liberté individuelle de l'autorité judiciaire[631]. Puis, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est devenu « *moins lisible par la sédimentation des différents textes intervenus* »[632] depuis sa promulgation. L'ordonnance du 16 décembre 2020[633] a ainsi refondu le code et en a complètement modifié la structure et la numérotation.

Bien entendu, cette nouvelle numérotation n'a pas modifié le principe selon lequel tout débat relatif à la rétention administrative se tient devant le juge des libertés et de la détention[634]. La rétention administrative consiste en un placement de la personne étrangère pour l'exécution d'une décision d'éloignement dont elle fait l'objet[635], étant précisé que le seul fondement d'une interdiction de retour sur le territoire français accessoire à un ordre de départ qui n'a pas été exécuté ne suffit pas à placer quelqu'un en rétention administrative[636]. Le début de la rétention administrative, avant la comparution de la personne devant le juge des libertés et de la détention, est soumise au contrôle du procureur de la République qui doit être immédiatement averti de toute rétention administrative[637]. La jurisprudence contrôle strictement l'immédiateté de cette information[638]. Durant tout le temps de sa rétention, la personne étrangère a le droit de contacter un conseil[639] et de se faire assister par ce dernier lors du débat devant le juge des libertés et de la détention[640].

---

[629] Loi n° 2016-274 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, *JORF* n°0057 8 mars 2016, Texte n° 1.
[630] Décret n° 2016-1456 28 oct. 2016 pris pour l'application de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 et portant diverses dispositions relatives à l'entrée, au séjour et au travail des étrangers en France, *JORF* n°0254 30 oct. 2016, Texte n° 14.
[631] Exposé des motifs de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 : « *Le troisième objectif concerne le traitement des situations de séjour irrégulier et entend garantir, ensemble,* ***une protection des libertés individuelles*** *et l'efficacité des décisions administratives d'éloignement, dans le respect des directives européennes* ».
[632] « Étrangers (entrée et séjour) : recodification à droit constant », *D.* 2021, p. 16.
[633] Ord. n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF n°0315 du 30 décembre 2020, Texte n° 41.
[634] Art. L. 614-13 CESEDA : « *La décision de placement en rétention ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention, conformément aux dispositions de l'article L. 741-10* ».
[635] Art. L. 740-1 CESEDA.
[636] Cass. Civ. 1ère, 17 nov. 2021, n° 20-17.139 ; *D.* 2021, p. 2091 ; *AJDA* 2021, p. 2302.
[637] Art. L. 741-8 CESEDA.
[638] Cassation d'un arrêt du premier président de la cour d'appel de Lyon qui avait jugé acceptable l'information du procureur 2 h 50 après le placement en rétention d'une étrangère : Cass. Civ. 1ère, 17 mars 2021, n° 19-22.083, *AJDA* 2021, p. 654.
[639] Art. L. 743-25 CESEDA : « *Durant la période pendant laquelle il est maintenu à la disposition de la justice, dans les conditions prévues à l'article L. 742-2, l'étranger est mis en mesure, s'il le souhaite, de contacter son avocat […]* ». Ni le texte, ni la jurisprudence ne détaillent davantage ce droit. L'on peut donc en déduire qu'il s'agit d'un simple droit à contacter téléphoniquement ou par écrit son avocat et non d'un droit à un entretien sur le lieu de privation de liberté.
[640] Art. L. 743-6 CESEDA.

150. Une particularité existe toutefois pour les mineurs. En principe, ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'une rétention administrative[641]. Cette interdiction est inscrite dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile depuis la loi du 7 mars 2016[642]. Cette loi a été promulguée après le vote de la résolution du 5 février 2009[643] du Parlement européen et de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg constatait une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme lors du placement en rétention administrative, sans motif légitime, de deux enfants mineurs[644]. Cette interdiction de placer un mineur en rétention administrative est toujours en vigueur. Une seule exception est prévue par les textes : la rétention administrative d'un mineur est possible dans le cas où celui-ci accompagne un majeur étranger placé en rétention administrative[645]. Cependant, cette exception, bien qu'encadrée par la loi, n'exempte pas la France de condamnation de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme[646]. Celle-ci rappelle que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme énonce une prohibition absolue de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, des critères[647] lui permettent ainsi d'apprécier si la rétention administrative d'un mineur, même accompagnant ses parents, porte atteinte ou non à l'article 3[648]. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme exprimait, dans un avis du 24 septembre 2020, son regret vis-à-vis de la non-interdiction de la rétention administrative d'un mineur[649]. Cependant, la lecture de l'article L. 741-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile nous révèle que la présence du mineur influence la rétention du majeur. En effet, il est exigé que, en présence du mineur, la durée de la rétention soit la plus brève possible et que cette rétention ne s'effectue « *que dans un lieu de rétention administrative bénéficiant de chambres isolées et adaptées, spécifiquement destinées à l'accueil des familles* »[650]. Ces

---

[641] Art. L. 551-1 CESEDA : « *III bis. - L'étranger mineur de dix-huit ans ne peut faire l'objet d'une décision de placement en rétention […]* ».

[642] Art. 35 Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, *JORF* n°0057 du 8 mars 2016, texte n° 1.

[643] « *Le Parlement européen […] 41. demande que la rétention des mineurs soit, par principe, interdite, et que le recours à la rétention des mineurs avec leurs parents soit exceptionnelle et ait pour objectif de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant ;* » Résolution du Parlement européen du 5 février 2009 sur la mise en œuvre dans l'Union européenne de la directive 2003/9/CE sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile et refugiés: visites de la commission LIBE de 2005 à 2008 (2008/2235(INI)).

[644] CEDH, 19 janv. 2012, POPOV c/ France, nos 39472/07 et 39474/07 : *AJDA* 2012, p. 127 ; *D.* 2012, p. 363 ; *ibid*. 864, obs. S. SLAMA ; *Dr. adm*. avr. 2012, Comm. 37, note V. TCHEN ; *Dr. fam*. 2012. Comm. 43, note M. BRUGGEMAN ; *JCP* 2012. Actu. 221, obs. F. SUDRE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 826, obs. K. PARROT.

[645] Art. L. 551-1 CESEDA : « *III bis. - L'étranger mineur de dix-huit ans […] ne peut être retenu que s'il accompagne un étranger placé en rétention dans les conditions prévues au présent III bis.* ».

[646] CEDH, 12 juill. 2016, R.M. et M.M. c/ France, n°33201/11 ; CEDH, 12 juill. 2016, A.B. et autres c/ France, n°11593/12 ; CEDH, 12 juill. 2016, R.M. et M.M. c/ France, n°33201/11 ; CEDH, 12 juill. 2016, A.M. et autres c/ France, n°24587/12 ; CEDH, 12 juill. 2016, R.K. c. France, n°68264/14 ; CEDH, 12 juill. 2016, R.C. c/ France, n°76491/14.

[647] Tels que l'âge des requérants, la durée de leur rétention, leur état de santé, le contexte du départ depuis leur pays d'origine, la capacité des adultes qui les accompagnent à prendre soin d'eux et l'adaptation du centre à l'accueil de mineurs (CEDH, MOUSTAHI c/ France, 25 juin 2020 n° 9347/14, §55).

[648] CEDH, MOUSTAHI c/ France, 25 juin 2020 n° 9347/14, §§ 53-55.

[649] CNCDH, Avis relatif à la proposition de loi visant à encadrer strictement la rétention des familles avec mineurs : une occasion manquée, 24 sept. 2020, A-2020-12, p. 3.

[650] Art. L. 741-5, al. 3 CESEDA.

conditions de rétention sont insuffisantes pour le Contrôleur général des lieux de privation de liberté qui « *dans son rapport annuel de 2012, […] recommandait la mise en œuvre de mesures d'assignation à résidence des familles plutôt qu'un placement en CRA, considérant qu'aucun mineur ne devait être placé en rétention et que toutes les familles devant être éloignées avec des enfants de moins de dix-huit ans devaient être assignées à résidence* »[651]. En effet, dans son avis de 2018, cette autorité administrative indépendante faisait part de ses inquiétudes, notamment face au nombre toujours plus important de mineurs présents dans les centres de rétention administrative. Malgré les avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté et de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, des mineurs peuvent toujours accompagner des majeurs placés en centre de rétention administrative.

Une difficulté supplémentaire peut être relevée : le mineur accompagnant le majeur placé en rétention administrative subit l'enfermement de la rétention sans bénéficier des droits afférents. Ainsi, ce mineur ne se voit à aucun moment notifier ses droits, dont celui de l'assistance d'un avocat, car il n'est pas considéré comme retenu mais comme accompagnant une personne retenue. La Cour européenne des droits de l'Homme a encore récemment condamné la France pour la rétention administrative d'une femme avec son nourrisson de quatre mois[652]. La Cour combine l'âge de l'enfant, la durée et les conditions de la rétention pour constater l'existence de traitements inhumains ou dégradants. La Cour relève également que les juges n'ont pas vérifié si le placement, puis le maintien en rétention de la femme avec son enfant étaient des mesures de dernier ressort auxquelles aucune autre, moins restrictive, ne pouvait être substituée[653]. La Cour européenne des droits de l'Homme recommande ainsi une plus grande vigilance quant à l'opportunité d'un placement en rétention administrative d'un mineur accompagnant un majeur. En outre, une autre difficulté a été soulevée par la CIMADE[654] dans son rapport de 2018 : certains mineurs étaient placés en rétention administrative « *car l'administration les considérait comme majeurs* »[655]. Or, les majeurs placés en rétention administrative ne bénéficient que d'un simple droit à l'assistance d'un avocat auquel ils peuvent renoncer. La garantie du droit à l'assistance d'un avocat pour ces mineurs considérés comme majeurs est donc bien moindre car ce droit ne leur est pas imposé.

---

[651] Avis du CGLPL relatif à l'enfermement des enfants en centres de rétention administrative, 9 mai 2018, *JORF* 14 juin 2018, texte n°57.

[652] CEDH 22 juill. 2021, n° 57035/18, MD et AD c/ France, *AJDA* 2021, p. 1592 ; *AJ fam*. 2021, p. 567, obs. M. SAULIER ; *AJ pénal* 2021, p. 476, obs. M. LACAZE.

[653] K. PARROT, « Enfermement administratif », dans O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D*. 2022, p. 244.

[654] Pour présenter la CIMADE, il sera cité la présentation faite dans la partie « Histoire » du site internet de la CIMADE (https://www.lacimade.org/nous-connaitre/histoire/) : « *La Cimade a été fondée [le 18 octobre] 1939 au sein des mouvements de jeunesse protestants. De sa mission initiale auprès des « évacués » de l'Alsace-Lorraine fuyant l'avancée nazie, elle a conservé son nom (dont la signification d'origine est « Comité Inter-Mouvements Auprès Des Évacués »), mais aussi un lien avec le monde protestant et surtout une fidélité aux valeurs et aux engagements de ses fondateurs.*

Depuis plus de soixante ans, La Cimade a adapté son action aux enjeux de l'époque. Elle s'est engagée auprès des juifs menacés, a œuvré ensuite pour la réconciliation franco-allemande, s'est impliquée auprès des peuples du Sud en lutte pour l'indépendance et la décolonisation ».

[655] Rapport de la CIMADE, Centre et locaux de rétention administrative, rapport 2018, Lens, Imprimerie de la Centrale, juin 2019.

151. La rétention administrative n'est pas la seule mesure privative de liberté qui peut être ordonnée à l'encontre des étrangers. Créé par la loi du 6 juillet 1992[656], le placement en zone d'attente consiste en une retenue de « *l'étranger qui arrive en France par la voie maritime ou aérienne et qui soit n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français, soit demande son admission au titre de l'asile* »[657]. La décision du maintien de l'étranger au-delà de quatre jours revenait alors au président du tribunal de grande instance. Ce dernier entendait l'étranger en présence de son conseil s'il en avait un[658]. L'ordonnance de 1945 avait donc prévu simultanément un contrôle de la mesure par l'autorité judiciaire ainsi qu'une assistance par l'avocat. En revanche, le contentieux du maintien en zone d'attente n'a été dévolu au juge des libertés et de la détention qu'à compter de 2002[659] et non de 2000 à l'instar de la rétention administrative. Encore aujourd'hui, le juge des libertés et de la détention est toujours compétent pour statuer sur le maintien, au-delà de quatre jours, de la personne au sein de la zone d'attente, le placement dans cette zone étant dévolu à « *un agent relevant d'une catégorie fixée par voie réglementaire* »[660]. Au mois de mars 2022, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur ce délai de quatre jours pendant lequel un juge n'intervient pas, ce qui serait une atteinte à l'article 66 de la Constitution[661]. Le Conseil n'a pas remis en cause la constitutionnalité des dispositions contestées car d'une part, ce délai est nécessaire à l'administration pour vérifier si les conditions d'entrée en France sont remplies et si la demande d'asile ne doit pas être présentée dans un autre État membre. D'autre part, ce délai est un délai fixe de quatre jours qui ne peut être prolongé. Ce délai de quatre jours sans l'intervention d'un juge n'est donc pas trop long selon le Conseil constitutionnel. Enfin, le droit à l'assistance d'un conseil devant le juge des libertés et de la détention est également reconnu par l'article L. 342-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en matière de maintien en zone d'attente.

Depuis cette évolution législative, les droits de la défense sont ainsi garantis auprès des étrangers. La jurisprudence veille également à leur respect : la notification du droit à l'assistance d'un avocat doit être scrupuleusement respectée par l'autorité administrative[662]. En outre, dans un arrêt de 1992[663], la Cour d'appel de Pau constatait l'irrégularité de la rétention administrative d'un étranger à qui l'on n'avait pas notifié son droit à l'avocat et rappelait la valeur constitutionnelle des droits de la défense[664].

Pour finir, le droit à l'assistance d'un avocat est également reconnu lors de l'admission en soins psychiatriques sans consentement, ancienne hospitalisation d'office.

---

[656] Loi n° 92-625 du 6 juill. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF* n°158 9 juill. 1992, p. 9185.

[657] Art. 35 quater, al. 1er, Ord. n°45-2658 2 nov. 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office National d'immigration, *JORF* 4 nov. 1945, p. 7225.

[658] Art. 35 quater, III, version issue de la loi du 6 juillet 1992, Ord. n°45-2658 2 nov. 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office National d'immigration, *JORF* 4 nov. 1945, p. 7225.

[659] Loi n° 2002-305 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002, texte n°3.

[660] Art. L. 341-2 CESEDA.

[661] Cons. constit. 17 mars 2022, M. X et autres, n° 2021-983 QPC, *JORF* n°0066 19 mars 2022, texte n° 69 : *AJDA* 2022, p. 609 ; *D.* 2022, p. 608.

[662] Cass., Civ. 2ème, 4 mars 1999, n°98-50.005, P., *D.* 1999, p. 88.

[663] CA Pau 27 juill. 1992, *Clunet* 1993, p. 913, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

[664] S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 191

2) La judiciarisation récente des admissions en soins psychiatriques sans consentement

152. « *Les dangers que peuvent présenter les malades mentaux pour la sécurité publique ont toujours conduit le législateur à prévoir que les intéressés étaient susceptibles de faire l'objet de certaines mesures administratives particulières, essentiellement de contrainte* »[665]. En effet, le législateur en a pris conscience dès le règne de Louis-Philippe Ier avec la loi du 30 juin 1838 qui instituait « *le placement ordonné par l'autorité publique des aliénés* »[666]. Les effets de cette loi demeureront jusqu'à la promulgation en 1990[667] de « l'hospitalisation d'office », se substituant à l'ancien régime.

L'hospitalisation d'office était décidée par le biais d'arrêtés préfectoraux, soit une puissance administrative. S'est donc posée la question de la compétence juridictionnelle. L'hospitalisation d'office était alors partagée entre le juge administratif qui statuait sur la régularité de l'hospitalisation, sa légalité externe[668], et le juge judiciaire qui statuait sur la nécessité de la mesure, soit son bien-fondé[669]. Le Tribunal des conflits a dû statuer sur la compétence de chaque ordre juridictionnel, notamment en matière d'indemnisation en cas d'hospitalisation d'office irrégulière, le premier point – l'indemnisation – relevant de la compétence du juge judiciaire tandis que le second – l'hospitalisation d'office irrégulière – relevait de la compétence du juge administratif[670]. Bien que les domaines de compétence de chaque ordre aient été plus clairement établis, une difficulté persistait. En effet, en suivant ce raisonnement, pour obtenir une indemnisation, il fallait d'abord que le juge administratif ait constaté l'irrégularité de l'hospitalisation avant que la personne n'en obtienne une réparation devant le juge judiciaire. Cette particularité ajoutait de la complexité au contentieux et allongeait la procédure[671].

De plus, afin de garantir le principe du contradictoire, le Conseil d'État estimait que l'hospitalisation d'office entrait dans le champ d'application de l'article 24 de la loi du 12 juin 2000 et devait donc faire l'objet *a minima* de motivation de la part de l'autorité administrative.

---

[665] R. VANDERMEEREN, « Police- responsabilité publique en matière de police administrative de la sécurité publique », *Rép. responsabilité puissance publique Dalloz*, avr. 2017 actualisation déc. 2019, n°580.
[666] Art. 18 et s., Loi 30 juin 1838 sur les aliénés, *Recueil Duvergier* p. 490.
[667] Loi n° 90-527 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, *JORF* n°150 30 juin 1990 p. 7664.
[668] R. VANDERMEEREN, « Police- responsabilité publique en matière de police administrative de la sécurité publique », *Rép. responsabilité puissance publique Dalloz*, avr. 2017 actualisation déc. 2019, n°64.
[669] *Ibid*.
[670] Le Tribunal des conflits considère que l'autorité judiciaire est seule compétente pour statuer sur les conséquences dommageables de l'irrégularité de la décision de placement d'office constatée par le juge administratif : T. confl. 17 févr. 1997, n° 03045 A: *JCP* 1997. II. 22885, concl. J. SAINTE-ROSE ; *Dr. adm*. 1997, n° 138, note M. PAILLET.
[671] La loi du 5 juillet 2011 a partiellement mis fin à cette complexité contentieuse en insérant l'article L. 3216-1 dans le Code de la santé publique qui régit « *le contrôle de la régularité des décisions administratives prises en matière de soins psychiatriques sans consentement […] La loi n'a donc pas supprimé toute compétence au juge administratif, et celui-ci conserve une place importante dans le contentieux des soins psychiatriques contraints* » (C. CASTAING, « La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement- quel droit pour quel juge ? » *AJDA* 2013, p. 153). Le juge administratif est encore compétent pour statuer sur les atteintes aux droits garantis aux articles L. 3211-1 et suivants. Le contentieux n'est donc que partiellement unifié, ce manque de clarté peut donc créer des difficultés pour les requérants.

La personne pouvait également adresser ses observations par le biais de son avocat, selon le texte de ce même article[672].

153. Le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la conformité à la Constitution des articles du code de la santé publique régissant l'hospitalisation d'office prononcée par arrêté préfectoral[673]. Le Conseil constatait l'absence de l'autorité judiciaire lors du réexamen de la situation de la personne à bref délai et déclarait ces dispositions contraires à la Constitution[674].

Les dispositions ayant été abrogées, un projet de loi a été discuté devant le Parlement dont l'un des objectifs portait « *sur le renforcement des droits des personnes malades et des garanties du respect de leurs libertés individuelles* »[675]. La loi du 5 juillet 2011 a été alors promulguée et a introduit le juge des libertés et de la détention au contrôle de la mesure désormais dénommée « admission en soins psychiatriques sans consentement »[676].

154. L'admission en soins psychiatriques sans consentement peut être décidée par le directeur d'un établissement de santé autorisé en psychiatrie saisi « *d'une demande présentée par un membre de la famille du malade ou par une personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins* »[677]. La personne peut aussi être admise en l'absence d'une telle demande s'il existe « *un péril imminent pour [sa] santé* »[678]. En outre, le représentant de l'État peut également décider de l'admission en soins psychiatriques « *des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* » selon l'alinéa premier de l'article L. 3213-1 du code de la santé publique.

De plus, une admission en soins psychiatriques peut également être décidée par la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement qui constatent l'irresponsabilité pénale d'une personne[679], à titre de mesure de sûreté selon l'article 706-135 du code de procédure pénale[680]. Le juge judiciaire peut décider de cette mesure de sûreté « *s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* »[681]. Le juge des libertés et de la détention peut être saisi par la personne

---

[672] CE, 13 mars 2013, n°354976.
[673] Cons. constit. 9 juin 2011, Abdellatif B. et a., n° 2011-135/140 QPC, *JORF* 10 juin 2011, p. 9892, texte n° 66, Rec. Cons. constit. 272 ; *RFDC* 2011, p. 844, obs. X. BIOY ; *RTD civ*. 2011, p. 514, obs. J. HAUSER ; *JCP Adm*. 2011, n° 455, étude É. PÉCHILLON.
[674] Consid. 10, Cons. constit. 9 juin 2011, Abdellatif B. et a., n° 2011-135/140 QPC, *JORF* 10 juin 2011, p. 9892, texte n° 66.
[675] Exposé des motifs Loi n° 2011-803 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n°0155 6 juill. 2011 p. 11705, texte n° 1.
[676] Art. L. 3211-2-1, al. 1er CSP.
[677] Art. L. 3212-1, II, 1° CSP.
[678] Art. L. 3212-1, II, 2° CSP.
[679] Dans le cadre de l'article 122-1, alinéa 1er du code pénal.
[680] Cet article a été créé par la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.
[681] Art. 706-135 CPP.

afin de prononcer la modification ou la levée de la mesure. Il statue après la tenue d'un débat au cours duquel sont entendus, entre autres, « *le demandeur ou son avocat* »[682].

En outre, la chambre de l'instruction peut aussi être saisie par le juge d'instruction lorsque ce dernier estime qu'il est possible d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal[683], disposition relative à l'abolition du discernement[684] lors de la commission d'une infraction. Un débat a alors lieu en présence de la personne ou de son avocat qui la représente si elle n'est pas en état de comparaitre[685]. Si elle décide que le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal est applicable, la chambre de l'instruction, à l'issue de ce débat, a alors la possibilité d'ordonner une mesure de sûreté dont l'hospitalisation complète[686] de la personne selon l'article 706-135 du code de procédure pénale.

Toutes ces personnes admises en soins psychiatriques sans consentement[687] bénéficient des mêmes droits, ceux-ci étant garantis à un chapitre entièrement dédié aux « *droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques* »[688].

La loi de 2011 disposait que « *les restrictions à l'exercice [des] libertés individuelles [de la personne] doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à [son] état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée* »[689]. Cependant, certaines dispositions étaient déclarées non conformes à la Constitution[690] par « *les juges de la rue de Montpensier [qui] ont contraint le législateur à modifier pour le 1er octobre 2013 le régime particulier de levée des mesures de soins contraints pour les patients placés en unité pour malades difficiles (UMD) et déclarés pénalement irresponsables* »[691].

La loi du 27 septembre 2013[692] a ainsi complété les avancées de la précédente loi[693] en prévoyant la tenue systématique d'un débat contradictoire devant le juge des libertés et de la

---

[682] Art. 706-137 CPP.
[683] Art. 706-120 CPP.
[684] P. BONFILS, M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, 3e éd., Paris, éd. Cujas, coll. Synthèse, 2021, n° 376, p. 237 : « *L'abolition signifie ici qu'il n'y a eu aucun discernement, que le libre-arbitre a donc été totalement absent* ».
[685] Art. 706-122 CPP.
[686] Cela signifie que la personne passe la journée et la nuit dans l'établissement de santé.
[687] Art. L. 3211-2-1, I CSP : « *Une personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II et III du présent titre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale est dite en soins psychiatriques sans consentement* ».
[688] Art. L. 3211-1 à L. 3211-13 CSP.
[689] Art. L. 3211-3, al. 1er CSP.
[690] Cons. constit., 20 avr. 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie, n° 2012-235 QPC, *JORF* 21 avr. 2012 ; *AJDA* 2012, p. 855; *JCP A* 2013, p. 2230, note É. PÉCHILLON; *Dr. adm.* 2013, n° 61, note C. CASTAING ; *Dr. fam.* 2012, n° 128, note I. MARIA.
[691] S. THÉRON, « La loi du 27 septembre 2013 : une révision partielle du régime des soins psychiatriques », *RDSS* 2014, p. 133.
[692] Loi n° 2013-869 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n°0227 29 sept. 2013 p.16230, texte n° 1.
[693] S. THÉRON, « La loi du 27 septembre 2013 : une révision partielle du régime des soins psychiatriques », *RDSS* 2014, p. 133 : « *Si elle avait vocation à purger la loi de juillet de 2011 de ses dispositions inconstitutionnelles, la loi du 27 septembre va au-delà et tend à permettre un accès aux soins sans consentement plus respectueux des droits et libertés individuelles des patients* ».

détention douze jours après l'admission en soins psychiatriques de la personne sous la forme d'une hospitalisation complète[694], c'est-à-dire sans aucune sortie prévue[695].

155. Cette loi du 27 septembre 2013 comporte une forte avancée des droits de la défense. En effet, là où la loi de 2011 prévoyait un droit facultatif pour la personne d'être assistée d'un avocat lors du débat, la loi de 2013 dispose que la personne est assistée d'un avocat choisi par elle, désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou commis d'office[696]. La défense d'une personne privée de liberté en matière de soins psychiatriques est donc très récente car elle ne date que de 2011. Elle ne devient obligatoire qu'à compter de 2013, l'avancée est donc très importante grâce à cette loi.

156. La procédure devant le juge des libertés et de la détention a récemment été enrichie. Des requérants ont contesté la constitutionnalité de l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique relatif à l'isolement et à la contention effectués sur des personnes hospitalisées sans consentement. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 19 juin 2020[697], a censuré ces dispositions, non pas « *parce [qu'elles seraient] par nature [considérées] comme [contraires] à la liberté individuelle, ou même [attentatoires] à la dignité de la personne, mais parce que [leur] régime juridique doit être revu pour y inclure un contrôle du juge* »[698]. Cette mesure ne s'appliquant qu'aux patients placés en hospitalisation complète sans consentement, elle s'applique donc uniquement à des personnes privées de liberté. De plus, le Conseil constitutionnel reconnait dans sa décision qu'il s'agit d'une mesure privative de liberté puisqu'il admet que l'isolement et la contention peuvent être par nature considérées comme contraires à la liberté individuelle. Cette mesure ayant pour but d'empêcher les patients de se lever même de leur lit, la privation de liberté est donc évidente.

La loi du 14 décembre 2020[699] a ainsi prévu l'intervention du juge des libertés et de la détention afin qu'il contrôle ces mesures lorsque le médecin envisage leur renouvellement au-delà des périodes prévues par la loi[700]. L'article L. 3211-12-2 du code de la santé publique, article général prévoyant la tenue d'un débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention pour statuer sur la mainlevée éventuelle de l'hospitalisation complète de la personne, a ainsi été modifié. Désormais, le juge des libertés et de la détention préside également une procédure écrite pour statuer sur la mainlevée de la contention ou de l'isolement. La comparution de la personne devant l'autorité judiciaire est possible si la personne elle-même

---

[694] Hospitalisation complète ordonnée dans le cadre d'une admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers, en cas d'un péril imminent, sur décision du représentant de l'État, en cas d'admission d'une personne détenue atteinte de troubles mentaux (respectivement les chapitres II à IV du titre Ier relatif aux modalités des soins psychiatriques du Code de la santé publique) et dans le cadre de l'article 706-135 du Code de procédure pénale (mesure de sûreté décidée en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou en cas de reconnaissance d'altération du discernement).

[695] Art. L. 3211-12-1, al. 1er et 1° CSP.

[696] Art. L. 3211-12-2, al. 2 CSP.

[697] Cons. constit. 19 juin 2020, M. Éric G., n° 2020-844 QPC, *JORF* n°0151 20 juin 2020, texte n° 66.

[698] A. LEROYER, « La sangle qui attache tue le lien qui soigne », *RTD civ*. 2020, p. 853, com. sous Cons. constit. 19 juin 2020, M. Éric G., n° 2020-844 QPC, *JORF* n°0151 du 20 juin 2020, texte n° 66.

[699] Loi n° 2020-1576 14 déc. 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021, *JORF* n°0302 15 déc. 2020, texte n° 1.

[700] À savoir vingt-quatre heures pour la contention et quarante-huit heures pour l'isolement (Art. L. 3222-5-1, al. 2 et 3 CSP).

en fait la demande. Si des avis médicaux y font obstacle, la personne est alors représentée par un avocat « *choisi, désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou commis d'office* »[701]. Cependant, le Conseil constitutionnel a, à nouveau, censuré le législateur dans une décision de juin 2021[702]. Selon lui, ces dispositions issues de la loi de décembre 2020 « *se sont avérées insuffisantes au regard des exigences posées par l'article 66 de la Constitution* »[703]. Le contrôle du juge judiciaire sur ces mesures devra désormais être « *systématique* ». Il ne sera donc plus nécessaire d'attendre l'écoulement d'un délai de vingt-quatre ou quarante-huit heures pour que l'autorité judiciaire intervienne. La position du Conseil constitutionnel fait écho aux constatations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté qui avait déjà constaté amèrement l'absence du juge judiciaire lors de la mise en place de ces mesures[704].

La loi du 22 janvier 2022[705] a tenu compte des exigences du Conseil constitutionnel et a davantage encadré les mesures d'isolement et de contention notamment pour ce qui est de la saisine du juge des libertés et de la détention qui est désormais systématique. De plus, grâce à l'avancée de cette loi, le juge doit se prononcer, au plus tard, dans un délai de 24 heures à compter de sa saisine[706]. Le droit à l'avocat a été garanti dès 2021 grâce au décret du 30 avril 2021[707]. Un second décret[708], rendu après la décision du Conseil constitutionnel du 4 juin 2021, a enrichi l'article R. 3211-41 du code de la santé publique. Cet article précise les règles applicables lors d'un débat ayant lieu devant le juge des libertés et de la détention en matière de contention et d'isolement, et dispose, dès son premier alinéa, que le patient est nécessairement assisté ou représenté par un avocat.

157. Afin d'être exhaustif, il convient de mentionner le cas particulier des personnes détenues faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement[709]. Elles sont alors placées en unité hospitalière spécialement aménagée – cette unité accueille également les personnes

---

[701] Art. L. 3211-12-2, al. 6 CSP.
[702] Cons. constit., 4 juin 2021, M. Pablo A. et autres, n° 2021-912/913/914 QPC, *JORF* n°0129 5 juin 2021, texte n° 84, *D.* 2021, p. 1324 : *D.* 2021, p. 1086 ; *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2021. Comm. 149, note L. MAUGER-VEILPEAU ; *Gaz. Pal.*, 9 nov. 2021, n° 39, p. 29, obs. S. SALLES.
[703] « Soins psychiatriques (isolement) : inconstitutionnalité du régime », Cons. constit., 4 juin 2021, M. Pablo A. et autres, n° 2021-912/913/914 QPC, *JORF* n°0129 5 juin 2021, texte n° 84.
[704] CGLPL, *Isolement et contention dans les établissements de santé mentale*, Dalloz, 2016, p. 92 : « *Enfin, alors que la mise en chambre d'isolement et la contention sont des atteintes radicales au droit de circuler et intrinsèquement pour la seconde, une atteinte à la dignité et l'intimité du patient, le juge des libertés n'est pas appelé à intervenir sur ces mesures* ».
[705] Loi n° 2022-46 22 janv. 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, *JORF* n°0019 23 janv. 2022, texte n° 1.
[706] Art. L. 3211-12, al. 2 CSP.
[707] Décret n° 2021-537 30 avr. 2021 relatif à la procédure applicable devant le juge des libertés et de la détention en matière d'isolement et de contention mis en œuvre dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement, *JORF* n°0103 2 mai 2021, texte n° 53.
[708] Décret n° 2022-419 23 mars 2022 modifiant la procédure applicable devant le juge des libertés et de la détention en matière d'isolement et de contention mis en œuvre dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement, *JORF* n°0071 25 mars 2022, texte n° 30.
[709] J.- M. AUSSEL, « La condition des délinquants présentant des troubles mentaux en droit français » in *Droit pénal contemporain- Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Paris, Cujas, 1989, p. 9 : « *Si certains délinquants, au stade de l'instruction ou du jugement, sont ainsi soustraits à la répression parce que estimés irresponsables, la grande majorité, en revanche, condamnés à des peines plus ou moins graves, notamment des peines privatives de liberté ont une condition souvent difficile et posent à l'Administration pénitentiaire des problèmes ardus* ».

détenues qui font l'objet de soins psychiatriques avec leur consentement sous la forme d'une hospitalisation complète. Cette unité constitue une curiosité car il s'agit d'un établissement de soins dont la surveillance relève de l'administration pénitentiaire[710]. Ce placement est décidé par le représentant de l'État du département dans lequel se situe l'établissement pénitentiaire d'affectation du détenu. La personne détenue placée dans l'unité hospitalière spécialement aménagée bénéficie des mêmes droits que les personnes admises en soins sans consentement[711] notamment le droit à l'assistance de l'avocat[712]. Toutefois, même si le juge des libertés et de la détention ordonne la mainlevée de l'hospitalisation, la personne retournera en détention et ne sera donc pas remise en liberté.

Cette dernière avancée des droits de la défense au bénéfice des personnes privées de liberté n'est pas ordinaire tant par le domaine concerné qui était, jusqu'à il y a peu, faiblement contrôlé par l'autorité judiciaire que par l'intensité de l'assistance par un avocat, désormais obligatoire pour toute personne placée en soins psychiatrique sans consentement.

158. Conclusion de la section 2 : « *L'extension [des droits de la défense] se réalise donc à tous les stades du procès pénal* »[713]. Maître François SAINT-PIERRE estimait, à très juste titre, que cette défense « perlée » et progressive en procédure pénale était notamment due à la construction du code de procédure pénale qui ne garantissait que sporadiquement les droits de la défense, sans y consacrer une section visant à les faire respecter tout au long de la procédure[714] et ce, malgré l'intégration du droit à l'assistance d'un avocat dès la création de l'article préliminaire du code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000. Cependant, la reconnaissance des droits de la défense ne s'est pas limitée à la matière pénale, toutes les procédures pouvant conduire aux mesures privatives de liberté garantissent aussi ces droits. La reconnaissance de ces droits de la défense s'est faite tant aux personnes encourant une mesure privative de liberté qu'aux personnes déjà privées de liberté.

---

[710] Art. R. 3214-8, al. 1er CSP : « *La surveillance de l'enceinte et des locaux de l'unité spécialement aménagée ainsi que le contrôle des accès à cette unité sont assurés par le personnel pénitentiaire* ».

[711] Art. L. 3214-2, al. 1er CSP : « *Sous réserve des restrictions rendues nécessaires par leur qualité de détenu ou, s'agissant des personnes faisant l'objet de soins en application de l'article L. 3214-3, par leur état de santé, les articles L. 3211-3, L. 3211-4, L. 3211-6, L. 3211-8, L. 3211-9, L. 3211-12 à L. 3211-12-4 et L. 3211-12-6 sont applicables aux détenus hospitalisés en raison de leurs troubles mentaux* ».

[712] Art. L. 3211-3, 4° CSP.

[713] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°779, p. 665.

[714] F. SAINT-PIERRE, « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 260 : « *La structure même du Code de procédure pénale est en cause (sur l'absence d'intégration de droits de la défense dans le Code de procédure pénale). Son plan, à l'identique de celui du Code d'instruction criminelle de 1808, ignore les droits de la défense. Sont successivement traités les organes de poursuites - parquet et police judiciaire -, d'instruction - juge d'instruction et chambre de l'instruction -, puis les juridictions de jugement - cour d'assises et juridictions correctionnelles. Du statut, des garanties et des droits de la défense, aucun chapitre, aucune section ne leur sont consacrés* ».

Conclusion du chapitre 1er

159. Les personnes privées de liberté bénéficient, comme tout justiciable, de droits procéduraux. Parmi ceux-ci, l'on peut citer le principe de l'équité du procès qui, dans son acception restreinte, tente d'assurer l'équité de la procédure. Cette acception restreinte comporte le principe du contradictoire et le principe de l'égalité des armes. Or, cet objectif d'équité de la procédure peut aussi être atteint par le respect des droits de la défense. De plus, un autre objectif des droits de la défense est la défense effective du justiciable. Dès lors, la garantie, le respect des droits de la défense et leur libre exercice par la personne privée de liberté sont indispensables pour atteindre une défense effective.

160. Les droits de la défense ont été progressivement reconnus dans les procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté. Parmi ces procédures, il existe celles à l'issue desquelles une mesure privative de liberté est susceptible d'être décidée comme le débat devant le juge des libertés et de la détention sur la détention provisoire ou l'audience pénale, lors du prononcé d'une peine d'emprisonnement ou de réclusion. Enfin, les droits de la défense ont également été reconnus au bénéfice des personnes privées de liberté comme les personnes placées en garde à vue et en détention. Mais les droits de la défense ont également été reconnus au sein des procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté récemment judiciarisées telles que les procédures pouvant conduire à la privation de liberté des étrangers et d'admission en soins psychiatriques sans consentement. De cette manière, les droits de la défense semblent désormais reconnus à toute personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté.

Cette extension des droits de la défense a conduit à étendre l'intervention de l'avocat.

Chapitre 2 L'intervention étendue de l'avocat

161. « *Moi je connais personne, je fréquente personne ! Je veux un juge et des avocats* »[715]. Alors que le personnage, interprété par Raymond PELLEGRIN dans le film « Le deuxième souffle » de Jean-Pierre MELVILLE, est amené *manu militari* dans les locaux de police, il proteste et réclame notamment son droit à l'assistance d'un avocat. Cette scène extraite d'un film français des années 60 illustre que, dans l'opinion publique, l'avocat est le protecteur des intérêts et des droits de la personne. Cette protection se doit d'être plus importante lorsque la personne se trouve sous la contrainte d'une privation de liberté car elle se retrouve vulnérable face à l'autorité judiciaire ou l'autorité publique.

Le législateur a reconnu le rôle essentiel de l'avocat au sein de la procédure – qu'elle soit civile, administrative et, surtout, pénale – et l'a fait intervenir plus régulièrement lors de la mise en œuvre d'une procédure relative à une mesure privative de liberté. Cette intervention plus fréquente se justifie car l'avocat, en intervenant, va assister, représenter la personne dans le contentieux et s'assurer du respect des autres droits fondamentaux et des règles procédurales.

Désormais, lorsqu'une mesure privative de liberté est envisagée, la personne est informée de son droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat. Or, certains textes vont jusqu'à imposer la présence de l'avocat à la personne privée de liberté. Cette dernière ne peut alors plus renoncer à son droit à l'avocat, il revêt un caractère obligatoire. Toutefois, ce caractère obligatoire n'est que ponctuel et dépend de la qualité de la personne ou de la procédure enclenchée (section 1).

La plupart des personnes privées de liberté bénéficient d'un simple droit à l'avocat auquel elles peuvent renoncer. Ce droit à l'assistance d'un avocat a connu un véritable essor et a été généralisé à quasiment toutes procédures pouvant conduire à une privation de liberté (section 2).

Section 1 : L'intervention de l'avocat imposée ponctuellement

162. Certaines personnes privées de liberté ne peuvent choisir de bénéficier ou non d'un avocat, ce droit leur est tout simplement imposé. Cela signifie que la personne n'a pas la possibilité de s'opposer à ce droit, elle ne peut refuser l'assistance d'un défenseur. Mais si la personne privée de liberté ne dispose pas librement de son droit à bénéficier d'un avocat, elle conserve toutefois la liberté de choisir ce dernier[716]. Le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat « *est envisagé dans des situations marquées par la situation de vulnérabilité du bénéficiaire de ce droit. Il peut s'agir d'une fragilité de type personnel – au regard des*

[715] « Le deuxième souffle », film de J.- P. MELVILLE, 1966.

[716] Ce droit est reconnu par la jurisprudence, comme dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 24 mai 2006, n° 05-85685, P. : « *Vu l' article 6.3.c de la Convention européenne des droits de l'homme ; Attendu que, aux termes de ce texte, tout "accusé" qui ne souhaite pas se défendre lui-même a droit à l'assistance d'un défenseur de son choix ; que les juges ne peuvent, sans le motiver, refuser le renvoi d'une affaire sollicité par le prévenu en raison de l'absence de l'avocat choisi* » ; ainsi qu'à l'article 19 du code de procédure civile.

caractéristiques de la personne bénéficiaire – ou d'une fragilité résultant de la gravité exceptionnelle de la situation procédurale dans laquelle elle se trouve»[717].

Ainsi, le caractère obligatoire de la défense est dicté par des conditions particulières : cela peut dépendre du statut de la personne privée de liberté (paragraphe 1) ou de la procédure mise en œuvre (paragraphe 2).

1er paragraphe : Le caractère obligatoire déterminé par le statut de la personne

163. Dans certaines occurrences, l'intervention de l'avocat peut être imposée et ce, non pas en raison de la nature de la mesure privative de liberté, mais en raison du statut de la personne concernée par la mesure privative de liberté. Ainsi, certaines personnes, en raison de leur qualité, bénéficient automatiquement de l'assistance d'un avocat, elles ne peuvent y déroger. On remarque que ces personnes sont désignées par le droit civil « d'incapables »[718]. L'incapacité est une mesure de protection qui empêche les personnes les plus vulnérables d'accomplir des actes juridiques qui pourraient leur être préjudiciables[719].

Les personnes incapables sont les mineurs[720] et les personnes dont les facultés mentales sont altérées[721]. Les personnes incapables bénéficient d'un régime de protection en droit civil. Cette protection se traduit notamment par la représentation de la personne incapable par des tiers : les parents du mineur, le tuteur ou le curateur du majeur protégé… Les personnes incapables doivent faire l'objet d'une protection particulière car elles ne disposent pas de toute la maturité intellectuelle nécessaire pour se défendre seules. Ce souci de protection des « *laissés-pour-compte à qui la société ne sourit pas* » [722] a été repris dans le cadre des mesures privatives de liberté. En effet, les personnes incapables privées de liberté ou risquant d'être privées de liberté bénéficient systématiquement de l'assistance d'un avocat.

Ainsi, les mineurs (A) et les majeurs souffrant de troubles mentaux (B) bénéficient d'un droit à l'assistance d'un avocat auquel ils ne peuvent déroger.

A. La prévision récente par la loi d'une intervention obligatoire auprès des mineurs

---

[717] C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré – Étude des transformations du jugement pénal*, Th., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de Thèses, volume 120, 2012, § 389, p. 416

[718] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU- TERNEYRE, *Droit civil- Introduction, biens, personnes, famille*, 21e éd., Paris, Sirey, coll. Université, 2019, n° 1090, p. 497 : « *La capacité est l'aptitude d'une personne à être sujet de droits et d'obligations, c'est- à- dire à acquérir des droits et à les exercer : en ce sens c'est un attribut de la personnalité juridique puisque l'aptitude à être sujet de droit est la marque de la personnalité juridique dont tout être humain est doté dès sa naissance* ».

[719] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU- TERNEYRE, *Droit civil- Introduction, biens, personnes, famille*, 21e éd., Paris, Sirey, coll. Université, 2019, n° 1093, p. 498.

[720] La majorité est fixée à 18 ans selon l'article 414 du code civil qui dispose que : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ». *A contrario*, tant que la personne n'a pas atteint dix-huit ans elle ne peut exercer pleinement les droits dont elle a la jouissance.

[721] Art. 414-1 C. Civ. : « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. […]* ».

[722] T. FOSSIER, « Incapables », in L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 613.

164. En dépit de leur jeune âge, des mesures privatives de liberté peuvent être ordonnées à l'encontre de mineurs. Certaines de ces mesures ne sont applicables qu'aux mineurs[723] tandis que d'autres sont applicables tant aux majeurs qu'aux mineurs[724].

Une particularité procédurale existe toutefois pour ce qui est des mineurs : ces derniers sont automatiquement défendus par un avocat. La loi prévoit donc une protection particulièrement accrue des droits de la défense des mineurs lorsqu'une mesure privative de liberté est mise en œuvre[725].

Bien que les mesures privatives de liberté soient prévues dans différents codes et aient des objectifs différents, le point commun est la défense obligatoire par un avocat (1). Il existe cependant quelques rares exceptions où la défense du mineur est assurée par une autre personne (2).

1) Le principe : une intervention obligatoire et renforcée de l'avocat

165. L'intervention de l'avocat auprès des mineurs est obligatoire car ni le mineur, ni ses représentants légaux ne peuvent y renoncer. En outre, cette intervention est renforcée car, contrairement aux majeurs, elle ne peut être différée, le mineur doit être défendu dès que possible par un avocat.

Une fois les fondements de cette défense évoqués (a), nous démontrerons en quoi cette défense est renforcée (b).

a. Les fondements de cette défense renforcée

166. Certaines procédures concernant les mineurs sont dévolues à une juridiction spécialisée : le juge des enfants ou le tribunal pour enfants. La spécialisation ne se limite pas aux juridictions, les avocats intervenant auprès de mineurs sont aussi « *spécialisés, c'est-à-dire formés et volontaires* »[726]. Une telle spécialisation de ces professions se justifient par la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant : un professionnel correctement formé sera à même de décider – ou de défendre– de l'intérêt de l'enfant[727].

167. Cette intervention obligatoire de l'avocat auprès du mineur privé de liberté ou encourant une mesure privative de liberté trouve son fondement dans des textes supranationaux, notamment la convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée le 20 novembre

---

[723] Comme la retenue des mineurs dans les locaux de police ou de gendarmerie ou le placement en centre éducatif fermé.

[724] Comme le maintien en zone d'attente pour les étrangers, l'admission en soins psychiatriques sans consentement, la garde à vue, le placement en détention provisoire, la peine d'emprisonnement délictuel ou de réclusion criminelle, la procédure disciplinaire en détention, la retenue douanière, la retenue pour soupçon d'acte terroriste et la rétention pour le non-respect des obligations d'une condamnation.

[725] B. CHAPLEAU, « L'audition libre des mineurs à l'aune de la loi du 27 mai 2014 », *D.* 2014, p. 1506 : « *L'on sait que les droits afférents au placement en garde à vue sont renforcés dès lors qu'il s'agit d'un mineur* ».

[726] M. PICOT, « Avocat de l'enfant », *Dr. fam. n°7-8,* Juill. 2006, étude 37, n°6.

[727] Art. 3 Conv. Intern. des droits de l'enfant : « *1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

1989[728]. En effet, cette convention dispose que le mineur, comme n'importe quel justiciable, bénéficie du droit à l'assistance d'un avocat[729]. La vulnérabilité intrinsèque de l'enfant[730] a aussi été reconnue dans la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959[731].

168. Le droit à l'assistance d'un avocat du mineur a été confirmé par la directive européenne du 11 mai 2016[732] instaurant des garanties procédurales pour les mineurs poursuivis dans le cadre d'une procédure pénale. La directive ne se contente pas de garantir un droit général à l'assistance d'un avocat au bénéficie du mineur poursuivi, elle réaffirme ce droit au bénéfice du mineur privé de liberté[733] et ajoute que l'intervention de l'avocat ne peut être différée[734]. Une telle intervention se justifie ainsi : « *les enfants se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable lorsqu'ils sont privés de liberté* »[735].

Ainsi, le mineur est bien une personne vulnérable *a fortiori* quand il est privé de liberté. C'est pourquoi l'assistance d'un avocat est imposée et ne peut être différée.

Les fondements de cette défense renforcée ayant été évoqués, il en sera à présent abordé les manifestations.

b. Les manifestations de cette défense renforcée

169. La loi du 18 novembre 2016[736], postérieure à la directive du 11 mai 2016 évoquée précédemment, a modifié l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945. Avant cette loi, cet article ne prévoyait qu'un simple droit à l'assistance d'un avocat pour le mineur placé

---

[728] M. PICOT, « Avocat de l'enfant », *Dr. fam. n°7-8*, Juill. 2006, étude 37, n°2 : « *L'avocat de l'enfant est né avec la Convention internationale des droits de l'enfant. Avant l'avènement de cette convention, l'absence de véritable défense était l'une des particularités de la justice des mineurs.* ».

[729] Art. 40, 2 b) Conv. Intern. des droits de l'enfant « *ii. Être informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense* ».

[730] T. FOSSIER, « Droits de la défense et personnes vulnérables », *RSC* 1998, p. 57, n°34 : « *L'enfant reçoit tous les droits de la défense, non parce qu'il serait un adulte en miniature mais parce qu'il ne peut grandir que dans la citoyenneté* ».

[731] Préambule, Déclaration des droits de l'enfant, 20 novembre 1959 : « *Considérant que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance* ».

[732] Art. 6, al. 1er , Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L. 132/1, 21 mai 2016 : « *Les enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales bénéficient du droit d'accès à un avocat […]* ».

[733] Art. 6, al. 6, Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 : « *En tout état de cause, les États membres veillent à ce que les enfants soient assistés d'un avocat :*
a) Lorsqu'ils doivent comparaître devant une juridiction ou un juge compétent qui doit statuer sur la détention à tout stade de la procédure dans le cadre du champ d'application de la présente directive ; et
b) Au cours de la détention. ».

[734] Art. 6, al. 3 Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 : « *Les États membres veillent à ce que les enfants soient assistés d'un avocat sans retard indu* ».

[735] Préambule, Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016.

[736] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF* n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.

en garde à vue[737]. Depuis lors, le mineur placé en garde à vue doit être assisté d'un avocat[738], ni lui ni ses représentants légaux ne peuvent renoncer à ce droit. L'avancée est conséquente car l'assistance de l'avocat devient obligatoire. Le texte opère également un renvoi vers les dispositions du code de procédure pénale relatives à l'assistance d'un avocat lors du placement en garde à vue d'un majeur. Mineurs et majeurs bénéficient donc du même exercice des droits de la défense[739]. La différence notable entre ces deux régimes est l'assistance d'un avocat qui est imposée au mineur, quel que soit son âge et quels que soient les faits qui lui sont reprochés[740].

Cette disposition issue de la loi du 18 novembre 2016 a été reportée de manière identique dans le code de la justice pénale des mineurs[741]. Le choix de l'avocat échoit au mineur placé en garde à vue qui est le premier intéressé. Si le mineur ne désigne pas d'avocat, ce choix peut être fait par d'autres personnes qui ont un intérêt à la défense du mineur : ses représentants légaux. Enfin, dans l'éventualité où ni le mineur, ni ses représentants légaux ne sollicitent l'assistance d'un avocat, le magistrat en charge de l'affaire – procureur de la République ou juge d'instruction – ou l'officier de police judiciaire saisit le Bâtonnier afin qu'un avocat soit commis d'office. Ce sont donc aux autorités chargées de veiller au respect de la procédure de faire désigner un défenseur. Bien évidemment, dans un souci d'impartialité[742], ces autorités ne font que saisir le Bâtonnier qui désignera un avocat commis d'office.

170. Il est important de souligner que le droit à l'assistance d'un avocat ne s'exerce pas de la même manière, selon que la personne est mineure ou majeure, quand les faits

---

[737] Art. 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 modifié par la loi du 10 juillet 2014 : « *IV-Dès le début de la garde à vue, le mineur peut demander à être assisté par un avocat* ».

[738] Art. 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 modifié par la loi du 18 novembre 2016, version en vigueur au 1er janvier 2017 : « *IV-Dès le début de la garde à vue, le mineur doit être assisté par un avocat, dans les conditions prévues aux articles 63-3-1 à 63-4-3 du code de procédure pénale. Il doit être immédiatement informé de ce droit. Lorsque le mineur n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat, cette demande peut également être faite par ses représentants légaux qui sont alors avisés de ce droit lorsqu'ils sont informés de la garde à vue en application du II du présent article. Lorsque le mineur ou ses représentants légaux n'ont pas désigné d'avocat, le procureur de la République, le juge chargé de l'instruction ou l'officier de police judiciaire doit, dès le début de la garde à vue, informer par tout moyen et sans délai le bâtonnier afin qu'il en commette un d'office.* ».

[739] À savoir : la possibilité de désigner un avocat ou d'en demander un commis d'office selon l'art. 63-3-1 CPP, le droit à s'entretenir avec son défenseur en vertu de l'art. 63-4 CPP, le droit pour l'avocat de consulter les procès-verbaux concernant son client comme le prévoit l'art. 63-4-1 CPP et enfin, le droit pour la gardé à vue d'être assisté de son conseil lors des auditions et confrontations, ce dernier pouvant poser des questions à l'issue de ces actes selon les art. 63-4-2 et 63-4-3 CPP.

[740] Y. MAYAUD, « Terrorisme- poursuite et indemnisation- procédure interne », *Rép. pén. Dalloz*, février 2020, n°334 : « *Les mineurs, quel que soit leur âge, qu'ils aient été placés en garde à vue pour une infraction de droit commun ou pour une infraction mentionnée à l'article 706-73 du code de procédure pénale, et donc une infraction terroriste, bénéficient de l'assistance d'un avocat selon les mêmes modalités que les majeurs* ».

[741] Art. L. 413-9 CJPM : « *Dès le début de la garde à vue, le mineur doit être assisté par un avocat, dans les conditions prévues aux articles 63-3-1 à 63-4-3 du code de procédure pénale. Il doit être immédiatement informé de ce droit. Lorsque le mineur n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat, cette demande peut également être faite par ses représentants légaux qui sont alors avisés de ce droit lorsqu'ils sont informés de la garde à vue en application de l'article L. 413-7. Lorsque le mineur ou ses représentants légaux n'ont pas désigné d'avocat, le procureur de la République, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire doit, dès le début de la garde à vue, informer par tout moyen et sans délai le bâtonnier afin qu'il en commette un d'office.* »

[742] Cette règle est un corollaire de l'adage selon lequel « *nul ne peut être à la fois juge et partie*. Par conséquent, si l'autorité judiciaire ou l'officier de policier judiciaire choisissait l'avocat du gardé à vue, donc leur interlocuteur, leur impartialité serait remise en cause.

reprochés sont des infractions prévues au sein de l'article 706-73 du code de procédure pénale. Cet article vise certaines infractions parmi celles sanctionnées le plus lourdement au sein du code pénal telles que les crimes et délits commis en bande organisée, certains crimes et délits aggravés, les crimes et délits constituant des actes de terrorisme… Les personnes placées en garde à vue, que l'on soupçonne d'avoir commis ou tenté de commettre l'une ou plusieurs de ces infractions, sont soumises à un régime dérogatoire de la garde à vue[743]. En effet, le délai de la mesure est allongé et surtout, une particularité existe quant au droit à l'assistance d'un avocat. Si ce droit est toujours garanti, il peut faire l'objet d'un report[744]. Or, il est prévu expressément que les mineurs ne sont pas concernés par ces dispositions spéciales[745]. Ainsi, le mineur placé en garde à vue bénéficie de l'assistance d'un avocat, qu'il l'ait souhaitée ou non, et cette assistance ne peut être différée. Ceci lui assure la totale protection de ses droits malgré la contrainte inhérente à la garde à vue[746].

À l'issue de la garde à vue, lorsque le mineur est présenté devant le procureur de la République, l'article 14-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 disposait que celui-ci ne peut notifier à l'enfant les faits qui lui sont reprochés qu'en présence de son avocat[747]. L'avocat pouvait être désigné par le mineur ou par le bâtonnier sur demande du ministère public. Le code de la justice pénale des mineurs prévoit aussi cette intervention imposée de l'avocat[748]. Son intervention continue donc d'être imposée même si la garde à vue est finie.

171. En outre, à l'instar de la rétention douanière pour les majeurs, les règles applicables en matière de placement de mineurs en rétention douanière sont celles prévues en matière de garde à vue. Le code des douanes opère donc un renvoi aux dispositions du code de la justice pénale des mineurs applicables en matière de mineurs placés en garde à vue[749]. Ainsi, le mineur est assuré de bénéficier de l'assistance d'un avocat même dans le cadre d'une rétention douanière.

La défense obligatoire des mineurs est prévue pour les autres retenues ayant lieu dans les locaux de police comme la retenue pour non-respect des obligations de la condamnation, la retenue d'une personne condamnée à une peine d'emprisonnement ou de réclusion. Pour cela, le code de justice pénale des mineurs prévoit en son article L. 332-1 les droits de la personne retenue dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen, de comparution, d'amener ou d'arrêt. Cet article renvoie aux articles relatifs à la retenue judiciaire et à la garde à vue des mineurs. Par conséquent, le régime de défense des mineurs retenus dans le cadre d'un des mandats cités est celui applicable aux mineurs placés en garde à vue. Ils bénéficient donc tous de l'assistance imposée d'un défenseur.

---

[743] Ce régime est prévu à l'article 706-88 du code de procédure pénale.
[744] Art. 706-88, al. 6 CPP.
[745] Art. 4, VII Ord. 2 févr. 1945 ; Art. L 413-11 CJPM.
[746] Cassation d'un arrêt de Cour d'appel qui ne retenait pas l'annulation de l'audition libre d'un mineur de plus de 13 ans entendu par les services de police à la suite du dépôt de plainte de son éducatrice. Cette dernière dénonçait des faits de violence et de menaces. La Cour de cassation cassait l'arrêt au motif que l'enfant était amené aux locaux de police sous la contrainte et devait donc bénéficier des droits attachés à la garde à vue (Cass. Crim. 6 nov. 2013, n° 13-84320).
[747] Art. 14-2, III Ord. 2 févr. 1945.
[748] Art. L. 423-6 CJPM.
[749] Art. 323-10 C. Douanes.

172. La défense obligatoire des mineurs ne se limite pas aux retenues et à la garde à vue. Elle s'étend à toute la chaîne pénale[750]. En effet, l'ordonnance de 1945 prévoyait en son article 4-1, créé par la loi du 4 janvier 1993[751], l'obligation pour le mineur poursuivi d'être assisté[752]. Le terme « poursuivi » signifie que le ministère public, certaines administrations ou la victime de l'infraction ont accompli des actes dans le but de saisir les juridictions répressives compétentes afin d'aboutir à la condamnation du coupable[753]. Un mineur poursuivi ne signifie pas forcément qu'il est privé de liberté. L'assistance de l'avocat est donc imposée non pas parce qu'une mesure privative de liberté est exécutée mais parce qu'il s'agit d'un mineur poursuivi. Le code de la justice pénale des mineurs va encore plus loin que l'ordonnance de 1945 puisqu'il ne se limite pas à prévoir l'assistance obligation d'un avocat pour le mineur poursuivi mais aussi pour le mineur condamné[754]. L'assistance de l'avocat est donc assurée même une fois que le mineur a été reconnu coupable de faits. Cela n'est pas la seule différence entre ces deux textes. En effet, là où l'article 4-1 de l'ordonnance de 1945 employait l'expression « devoir être assisté d'un avocat », le code de la justice pénale des mineurs emploie le verbe « être assisté d'un avocat ». L'on pourrait penser que le retrait du verbe « devoir » amoindrirait le caractère obligatoire de cette assistance, mais il n'en est rien. Ce verbe « être » énonce un état de fait de manière suffisamment péremptoire pour assurer l'assistance obligatoire par l'avocat.

Le code de la justice pénale des mineurs, comme auparavant l'ordonnance de 1945, prévoit ainsi ce principe général d'assistance obligatoire par l'avocat mais rappelle également ce droit à chaque phase du procès pénal. Cette exigence apparait en matière d'instruction où le juge d'instruction précise « *qu'à défaut de choix d'un avocat par le mineur ou ses représentants légaux, [il] fera désigner un avocat d'office par le bâtonnier* »[755] et dans le cadre d'un éventuel débat relatif à la détention provisoire[756]. La présence de l'avocat est aussi exigée lors des audiences de jugement[757]. Elle l'est enfin jusque dans le cabinet du juge des enfants statuant en tant que juge de l'application des peines, les textes disposent que « *lorsque le condamné est mineur, il doit être assisté d'un avocat au cours des débats contradictoires prévus par les articles 712-6 et 712-7. […] Le mineur ne peut renoncer à l'assistance d'un avocat* »[758], « *sauf si le mineur est devenu majeur ou jour du débat contradictoire* »[759].

---

[750]» F. DEKEUWER- DÉFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, 10e éd., Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, p.115 : « *La procédure pénale applicable aux mineurs. – La première particularité du droit des mineurs est la présence obligatoire d'un avocat, dès la garde à vue* ».

[751] Loi n° 93-2 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n°0003 4 janv. 1993, p. 215.

[752] Art. 4-1, al. 1er Ord. 2 févr. 1945 : « *Le mineur poursuivi doit être assisté d'un avocat* ».

[753] « Poursuite », S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit*., p. 798.

[754] Art. L. 12-4, al. 1er CJPM : « *Le mineur poursuivi ou condamné est assisté d'un avocat* ».

[755] Art. L. 431-1, al. 3 CJPM.

[756] L'article 11, alinéa 1er de l'ordonnance du 1 février 1945 renvoyait à l'article 145 du code de procédure pénale et l'article L. 433-3 du code de la justice pénale des mineurs renvoie également à cet article 145.

[757] Art. 8-3, al. 3 Ord. 2 février 1945 ; L'article L. 511-1 CJPM liste les différentes personnes entendues par le juge des enfants ou le tribunal des enfants dont l'avocat du mineur.

[758] Art. L. 612-1, al. 1er CJPM ; Art. D. 49-50 CPP.

[759] A. PONSEILLE, *Droit de l'exécution des peines*, Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2021, n° 218, p. 139.

Dans le cas où le mineur se trouve dans un établissement ou un quartier pour mineurs[760], soit dans le cadre d'une détention provisoire, soit dans le cadre de l'exécution d'une peine d'emprisonnement délictuel ou de réclusion criminelle, il est soumis au règlement de l'établissement. En cas d'infraction à ce règlement, le mineur comparaitra devant la commission de discipline de l'établissement pénitentiaire et sera, là encore, obligatoirement défendu par un avocat qu'il aura choisi ou qui sera commis d'office[761].

173. L'assistance obligatoire du mineur par un avocat est également prévue dans le cadre du maintien du mineur étranger dans une zone d'attente. Le maintien en zone d'attente d'un mineur non accompagné est une mesure « *exceptionnelle* »[762]. Ce dernier bénéficie déjà de l'aide d'un administrateur *ad hoc* qui est désigné sans délai[763], ce qui démontre le caractère indispensable voire urgent d'une telle assistance. D'ordinaire, l'administrateur *ad hoc* est désigné lorsqu'un conflit existe entre le mineur et ses représentants légaux[764]. En l'espèce, il est chargé d'assister le mineur « *durant son maintien en zone d'attente et [d'assurer] sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien* »[765] ainsi que « *dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée en France* »[766]. Le mineur ne bénéficie donc pas que de la seule assistance d'un conseil juridique, il bénéficie aussi de l'assistance de cet administrateur *ad hoc* qui semble être un intermédiaire entre le mineur et les juridictions ou l'administration. Par ailleurs, lors du débat devant le juge des libertés et de la détention, c'est à l'administrateur *ad hoc* de choisir un conseil au mineur, le texte prévoit qu'à défaut, il en sera désigné un d'office[767]. Le fait que le mineur bénéficie de l'assistance de cet administrateur *ad hoc* – chargé d'ordinaire de protéger les intérêts de l'enfant quand ce dernier est victime de ses parents – semble lui faire endosser une qualité de victime. Cela peut se justifier car le mineur peut être notamment maintenu en zone d'attente afin de déposer une demande d'asile. Le mineur se retrouvant en situation de détresse, une seconde aide – autre que juridique – lui est donc apportée. Par

---

[760] Ces quartiers spéciaux et ses établissements pour mineurs ont été créés par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002, p. 14934.
[761] Art. R. 124-17 CJPM.
[762] Art. L. 221-1, al. 4 CESEDA.
[763] Art. L. 221-5 CESEDA : « *Lorsqu'un étranger mineur non accompagné d'un représentant légal n'est pas autorisé à entrer en France, le procureur de la République, avisé immédiatement par l'autorité administrative, lui désigne sans délai un administrateur ad hoc. Celui-ci assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien. Il assure également la représentation du mineur dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée en France.*
L'administrateur ad hoc est désigné par le procureur de la république compétent sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation. ».
[764] P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 3e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n° 532, p. 302 : « *La représentation du mineur par les titulaires de l'autorité parentale implique une certaine neutralité de ces derniers dans l'acte en cause. Lorsque tel n'est pas le cas, la représentation du mineur pourrait ne pas être conforme à son intérêt, ce qui implique l'intervention d'un tiers pour l'acte, ou l'action en cause. Mis à part un texte spécifique aux donations, la loi prévoit, en général, que cette représentation ponctuelle du mineur est assurée par un administrateur ad hoc* ».
[765] Art. L. 221-5, al. 1er CESEDA.
[766] Art. L. 221-5, al. 2 CESEDA.
[767] Art. L. 222-3, al. 4 CESEDA : « *[…] Le mineur est assisté d'un avocat choisi par l'administrateur ad hoc ou, à défaut, commis d'office* ».

conséquent, le législateur veille à ce que tous les mineurs aient leurs droits de la défense garantis, y compris les mineurs étrangers. De cette manière, la loi française garantit l'exigence internationale de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Enfin, la dernière mesure privative de liberté applicable à un mineur est l'admission en soins psychiatriques sans consentement. La Cour européenne des droits de l'Homme admet que les mineurs fassent l'objet d'une hospitalisation complète si leur état de santé nécessite un traitement particulier[768]. Les mineurs peuvent ainsi être admis dans le cadre de ces soins psychiatriques, comme le démontre la lettre des articles L. 3211-10 et L. 3211-11 du code de la santé publique[769], à la demande des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou du tuteur. Le mineur est également admis en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État[770]. Par ailleurs, « *l'article 375-3 du code civil permet également le placement d'un mineur dans un hôpital psychiatrique dans le cadre de l'assistance éducative à l'initiative du procureur de la République ou du juge des enfants* »[771]. Cependant, le code de la santé publique n'opère aucune distinction entre mineurs et majeurs admis en soins psychiatriques sans consentement. Il faut donc en déduire que les mineurs bénéficient du même droit obligatoire à l'assistance d'un avocat[772].

174. Le mineur ne bénéficie donc pas d'un droit facultatif à l'assistance d'un avocat mais bien d'un droit imposé. Ce droit imposé se justifie par le jeune âge de la personne qui n'est pas apte à assurer sa défense seule ou à comprendre les règles de la procédure et les enjeux des recours. Pour garantir la défense effective du mineur privé de liberté ou encourant une mesure privative de liberté, la défense apportée par un professionnel du droit est nécessaire. La récente création du code de la justice pénale des mineurs n'a pas modifié cette assistance imposée de l'avocat. En effet, si la lettre de l'ordonnance du 2 février 1945 n'a pas été transposée de manière identique dans le nouveau code – elle a surtout été augmentée –, son esprit demeure, assurant ainsi une défense effective au mineur par le droit imposé de l'assistance d'un avocat.

Cependant, il existe des situations exceptionnelles où le mineur ne bénéficie pas d'une telle défense.

2) Les exceptions : l'absence de l'assistance de l'avocat imposée au mineur

175. Lors de la mise en œuvre de certaines mesures privatives de liberté, l'assistance de l'avocat auprès du mineur n'est pas assurée par les textes.

---

[768] CEDH 9 déc. 2021, R. M. c/ Lettonie, n° 53487/13, *AJ fam.* 2022, p. 45, obs. M. SAULIER.

[769] Art. L. 3211-10 CSP : « *[…] La décision d'admission en soins psychiatriques d'un mineur ou la levée de cette mesure sont demandées, selon les situations, par les personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par le tuteur. En cas de désaccord entre les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales statue* ».

[770] Art. L. 3213-1 et s. CSP.

[771] P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », *D.* 2022, p. 1574.

[772] Selon l'adage *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* qui signifie que là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer.

La retenue pour soupçon d'acte terroriste[773] peut également être appliquée à l'égard d'un mineur mais sous conditions[774]. La première des conditions est d'obtenir l'accord exprès du procureur de la République. La seconde consiste en l'assistance du mineur par son représentant légal. Nous remarquons que l'accord du procureur de la République doit être « exprès » et non pas « préalable » comme lors du placement en garde à vue d'un mineur[775]. La retenue peut donc précéder l'accord du procureur de la République. Le terme « exprès » n'est pas davantage détaillé, doit-il être nécessairement écrit ? Le texte, comme la jurisprudence, ne le précisent pas.

En outre, l'article 78-3-1 du code de procédure pénale n'exige pas que le mineur soit assisté d'un défenseur professionnel mais de son représentant légal. Le fait que le terme « assisté » soit employé par le législateur apporte une confusion. Le représentant légal est, en l'occurrence, appelé à assister le mineur, à l'aider. Quel est l'objet de cette aide ? Sans doute de démontrer que les soupçons qui pèsent sur le mineur sont infondés. Le représentant légal semble donc remplir le rôle de l'avocat. Ce sentiment est renforcé par le fait que le législateur emploie le même terme « assister » quand il mentionne l'intervention de l'avocat. Si toutefois cette analyse devait être erronée, le texte ne nous précise pas ce qui est attendu de la part du représentant légal. Or, cette carence de l'intervention de l'avocat est à déplorer. D'une part, car le représentant légal ne peut fournir qu'une assistance limitée à ses propres connaissances, ce qui représente une difficulté quand la retenue a pour but de vérifier si la personne a participé à une activité terroriste[776]. D'autre part, car l'assistance du mineur par son représentant légal ne constitue pas une obligation absolue, le texte prévoyant d'ores et déjà une exception : « *sauf impossibilité dûment justifiée* ». Là encore, la jurisprudence n'a pas encore eu à trancher sur ce point : qui peut justifier l'impossibilité ? Les représentants légaux eux-mêmes (à cause de leur activité professionnelle par exemple) ou les services de police (s'ils ne parviennent pas à joindre les représentants légaux) ?

Le texte apparait flou et l'assistance du représentant légal auprès du mineur retenu pour soupçon d'acte terroriste n'assure en aucun cas le respect des droits de la défense.

176. Ce régime de défense se rapproche de celui de la rétention du mineur pour vérification d'identité[777]. Les régimes ne sont cependant pas identiques. En effet, si l'accord du procureur de la République est requis pour le placement en retenue pour soupçon d'acte terroriste, sa simple information est requise lors de la rétention du mineur pour vérification d'identité. L'accord d'une autorité judiciaire n'est donc pas recherchée en cas de retenue pour vérification d'identité. Or, l'autorité judiciaire étant gardienne de la liberté individuelle selon

---

[773] Présentée plus longuement en paragraphe § n° 243.

[774] Art. 78-3-1, III CPP : « *III. - Lorsqu'il s'agit d'un mineur de dix-huit ans, la retenue fait l'objet d'un accord exprès du procureur de la République. Le mineur doit être assisté de son représentant légal, sauf impossibilité dûment justifiée* ».

[775] Art. 4, I Ord. 2 févr. 1945 : « *Toutefois, à titre exceptionnel, le mineur de dix à treize ans […] peut […] être retenu à la disposition d'un officier de police judiciaire avec l'accord préalable et sous le contrôle d'un magistrat du ministère public ou d'un juge d'instruction spécialisés dans la protection de l'enfance ou d'un juge des enfants* » ; Art. L. 413-1 CJPM : « *A titre exceptionnel, le mineur âgé de dix à treize ans […] peut […] être retenu à la disposition d'un officier de police judiciaire, avec l'accord préalable et sous le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction, pour une durée que ce magistrat détermine et qui ne peut excéder douze heures* ».

[776] Le texte emploie le terme « activités terroristes » qui est plus large que les « infractions terroristes ».

[777] Art. 78-3, al. 2 CPP : « *Lorsqu'il s'agit d'un mineur de dix-huit ans, le procureur de la République doit être informé dès le début de la rétention. Sauf impossibilité, le mineur doit être assisté de son représentant légal* ».

l'article 66 de la Constitution, il est inconcevable qu'elle ne puisse autoriser cette retenue de mineur. Par ailleurs, le texte dispose qu'il est obligatoire que le mineur soit assisté de son représentant légal, « *sauf impossibilité* ». Notons que l'impossibilité dans le cadre de cette rétention n'a pas à être « *dûment justifiée* » comme pour la précédente retenue. Cela peut s'expliquer par l'enjeu qui est plus important dans le cadre de la retenue pour soupçon d'acte terroriste. Si la personne a effectivement participé à une activité terroriste, une garde à vue au délai particulièrement long peut être ordonnée et l'intervention de l'avocat pourra être reportée. Alors qu'une rétention pour vérification d'identité peut se poursuivre par une garde à vue ou une retenue au cours de laquelle le mineur sera obligatoirement défendu par un avocat.

Le législateur a donc estimé qu'il était nécessaire de garantir davantage l'assistance du mineur par son représentant légal en cas de soupçon d'acte terroriste.

177. Il est un autre cas où l'assistance de l'avocat auprès du mineur est prévue par les textes mais n'est pas imposée. Ainsi, des dispositions du code civil prévoient le placement du mineur dans « *un établissement recevant des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux* »[778]. Le mineur est alors hospitalisé dans le cadre de soins contraints[779], il s'agit d'une mesure d'assistance éducative prononcée par le juge des enfants[780]. Cependant, l'enfant comme ses représentants légaux ne bénéficient que d'un simple droit à l'assistance d'un avocat[781] lors du débat devant le juge des enfants en matière d'assistance éducative. Le fait que ce droit ne soit pas imposé est regrettable car il n'est pas certain que l'enfant soit capable de discernement – soit à cause de son âge, soit à cause de son trouble mental – et surtout car l'enfant peut faire l'objet d'une mesure privative de liberté.

Comme cela a été démontré auparavant, la majorité des procédures pouvant conduire à la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté impose un droit de l'assistance du mineur par un avocat, cependant les procédures n'imposent pas toutes un tel droit.

Le droit à l'assistance d'un avocat est également imposé à d'autres personnes considérées comme des majeurs particulièrement vulnérables.

B. La prévision légale d'une intervention obligatoire auprès des majeurs particulièrement vulnérables

178. L'intervention obligatoire de l'avocat est également prévue auprès des personnes placées en soins psychiatriques sans consentement ainsi qu'auprès des majeurs protégés concernés par une enquête pénale, une instruction ou une décision d'une juridiction pénale.

Cette intervention se justifie par la particulière vulnérabilité de ces personnes qui ne disposent pas de toutes leurs facultés mentales. Ainsi, à l'instar des mineurs, leur vulnérabilité impose une assistance par un avocat. En effet, les personnes placées en soins psychiatriques

---

[778] Art. 375-9, al. 1er C. civ.
[779] CGLPL, *Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale*, Dalloz, 2017, p. 24.
[780] Art. 375-3, 5° C. civ.
[781] Art. 1186, al. 1er C. proc. civ. : « *Le mineur capable de discernement, les parents, le tuteur ou la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié peuvent faire choix d'un conseil ou demander au juge que le bâtonnier leur en désigne un d'office. La désignation doit intervenir dans les huit jours de la demande* ».

sans consentement, autrefois désignées comme des « aliénés »[782], souffrent de troubles mentaux entraînant leur hospitalisation complète. Concernant les majeurs protégés, ils se voient imposer leur droit à l'avocat car ils ne disposent pas de toutes leurs facultés mentales pour assurer eux-mêmes leur défense.

Après avoir évoqué la situation des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement (1), il sera étudié la situation, en procédure pénale, des majeurs protégés (2).

1) L'intervention de l'avocat auprès de personnes placées en soins psychiatriques sans consentement

179. La loi du 5 juillet 2011[783] a introduit l'accès au juge des libertés et de la détention pour les patients admis en hospitalisation complète dans le cadre d'une admission en soins psychiatriques sans consentement.

L'accès au juge a également introduit le droit à l'assistance et à la représentation d'un avocat lors du débat devant le juge. Cependant, ce droit n'était pas imposé car le code de la santé publique disposait que la personne était entendue « *le cas échéant* »[784] assistée de son avocat ou représentée par ce dernier.

180. L'avocat intervient de manière obligatoire auprès des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement, lors des débats devant le juge des libertés et de la détention, depuis la loi du 27 septembre 2013[785]. Ce dernier peut être saisi à tout moment pour prononcer la mainlevée de l'hospitalisation complète[786] de toute personne admise en soins psychiatriques[787]. De plus, le juge des libertés et de la détention doit statuer dans un délai de douze jours à la suite de l'admission du patient à la demande d'un tiers, en cas de péril imminent ou à la demande d'un représentant de l'État[788]. Ce même délai de douze jours est imposé au juge des libertés et de la détention lorsque la forme de la prise en charge du patient a été modifiée en hospitalisation complète[789]. Enfin, le juge des libertés et de la détention doit statuer à nouveau sur la situation de la personne dans un délai de six mois à compter de sa dernière décision ou à compter de la décision de l'autorité judiciaire ordonnant l'hospitalisation

---

[782] A. RAISON, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, 4e éd., Librairie du journal des notaires et des avocats, 1989, n°834, p. 375 : « *Le régime des aliénés était, sans aucun doute, celui qui, parmi nos institutions civiles, prêtait le plus à critiques* ».

[783] Loi n° 2011-803 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n°0155 6 juill. 2011 p. 11705, texte n° 1.

[784] Art. L. 3211-12-2, al. 2 CSP.

[785] Loi n° 2013-869 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n°0227 29 sept. 2013 p.16230, texte n° 1.

[786] Art. L. 3211-12 CSP.

[787] C'est-à-dire les personnes admises à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent (chapitre II du titre Ier relatif aux modalités des soins psychiatriques du code de la santé publique), à la demande du représentant de l'État (chapitre III), les personnes détenues admises en soins psychiatriques (chapitre IV) et les personnes faisant l'objet d'une mesure de sûreté après la déclaration de leur irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou en cas de reconnaissance d'altération du discernement (art. 706-135 CPP).

[788] Art. L. 3211-12-1, I 1° CSP.

[789] Art. L. 3211-12-1, I 2° CSP.

complète de la personne au titre de la mesure de sûreté prévue à l'article 706-135 du code de procédure pénale[790].

Lors de ces différents débats, la personne admise en soins psychiatriques doit être assistée d'un avocat ou représentée par ce dernier si des motifs médicaux font obstacle, dans son intérêt, à sa comparution[791]. Il ressort des rapports de visite du Contrôleur général des lieux de privation de liberté que les permanences avocats établissent une liste d'avocats chargés de la défense des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement. Ainsi, les patients ont un accès facilité à la liste des avocats pouvant les assister. Selon le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, peu de patients désignent leur avocat, beaucoup demandent qu'il en soit commis un d'office. Dans le cas d'une commission d'office, l'aide juridictionnelle est accordée parfois systématiquement et ce, sans examen du revenu de la personne[792]. Cette prise en charge systématique des frais juridiques, bien que surprenante, retire une inquiétude aux patients privés de liberté.

Le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat se justifie par la nature vulnérable de la personne[793]. En effet, la personne admise en soins psychiatriques sans consentement se retrouve privée de liberté et ne dispose pas de toutes ses facultés intellectuelles pour comprendre la raison de cette privation de liberté ainsi que le contenu du débat devant le juge des libertés et de la détention. L'apport de la loi de 2013 permet de « *prendre en compte de manière plus importante l'intérêt du malade et de rendre plus effectifs les droits de la défense* »[794].

En outre, le patient a le droit de consulter l'avocat de son choix[795] « *et ce, indépendamment du déclenchement automatique d'une procédure judiciaire pour les hospitalisations complètes* »[796]. Ainsi, en plus d'une assistance lors des débats avec le juge des libertés et de la détention, la personne admise en soins psychiatriques peut obtenir des conseils de la part d'un avocat. Ce qui renforce son droit à l'assistance d'un avocat car une telle assistance n'est pas nécessairement soumise à la mise en œuvre d'une procédure.

181. Les articles 706-120 et suivants du code de procédure pénale prévoient la saisine de la chambre de l'instruction lorsque le juge d'instruction estime qu'il y a des raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal. Pour s'assurer de

---

[790] Art. L. 3211-12-1, I 3° CSP

[791] Art. L. 3211-12-2, al. 2 CSP.

[792] Rapport de visite du CGLPL du Centre hospitalier les Murets la-Queue-en-Brie, 2-9 juill. 2018, p.29 : « *Dans cette hypothèse, l'aide juridictionnelle s'applique à tous les patients quels que soient leurs niveaux de revenus. Il ne leur est jamais demandé de frais d'honoraires pour une défense rendue obligatoire par le législateur* »; Rapport de visite du CGLPL du Centre hospitalier de l'Estran à Pontorson, 8 -12 oct. 2018, p. 24 : « *Dans la très grande majorité des cas l'avocat intervenant à l'audience est désigné d'office, sa rémunération étant prise en charge dans le cadre de l'aide juridictionnelle sans examen de ressources et donc sans reste à charge pour le patient, contrairement à la mention figurant sur la convocation qui lui est remise* ».

[793] Bien qu'atteints de troubles mentaux, les patients n'en restent pas moins des « *titulaires et bénéficiaires de droits* » (A. GRABOY-GROBESCO, « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades » *AJDA* 2004, p. 65).

[794] S. THÉRON, « La loi du 27 septembre 2013 : une révision partielle du régime des soins psychiatriques », *RDSS* 2014, p. 133.

[795] Art. L. 3211-3, al. 5 : « *En tout état de cause, [la personne atteinte de troubles mentaux faisant l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III] dispose du droit : 4° De prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix* ».

[796] S. THÉRON, *Les soins psychiatriques sans consentement*, Malakoff, éd. Dunod, 2017, p. 174.

l'application de cet article, la loi du 24 janvier 2022 exige désormais qu'une expertise psychiatrique soit ordonnée afin « *d'actualiser les expertises figurant au dossier* »[797].

L'article régissant l'organisation du débat devant la chambre de l'instruction dispose que si la personne n'est pas assistée d'un avocat, le Bâtonnier en désigne un d'office à la demande du président de juridiction[798]. La personne est donc obligatoirement assistée d'un conseil ou représentée par ce dernier si elle ne peut comparaitre.

182. Enfin, lorsque les troubles mentaux d'une personne détenue sont tels qu'ils ne permettent pas de recueillir son consentement à la mise en place de soins, la personne détenue est prise en charge dans une unité hospitalière spécialement aménagée, dans le cadre d'une hospitalisation complète[799]. Les différents articles relatifs à la procédure de l'admission en soins psychiatriques sans consentement s'appliquent donc[800]. Ainsi, le régime de défense est identique et la personne détenue se voit imposer un droit à l'assistance et à la représentation par un avocat.

L'intervention obligatoire de l'avocat est également prévue auprès des majeurs protégés en procédure pénale.

2) L'intervention de l'avocat auprès de majeurs protégés en procédure pénale

183. Le titre XXVII du code de procédure pénale est entièrement dédié à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par les majeurs protégés. L'article 706-112 dudit code rappelle la définition d'un majeur protégé, à savoir : « *toute personne majeure dont il est établi […] qu'elle fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans les conditions prévues au titre XI du livre Ier du code civil* »[801].

Ainsi, les majeurs protégés ne sont pas soumis aux mêmes règles de la procédure pénale que les autres justiciables. L'article 706-116 du code de procédure pénale dispose que le majeur protégé poursuivi doit être assisté d'un avocat[802]. Le majeur protégé, son curateur ou son tuteur sont ainsi chargés de désigner un avocat. S'ils n'en désignent pas un, le procureur de la République ou le juge d'instruction seront chargés de faire désigner un avocat par le Bâtonnier. L'intervention d'un avocat est donc assurée.

184. Cependant, une particularité existe pour la garde à vue et l'audition libre – bien qu'il ne s'agisse pas d'une mesure privative de liberté, elle présente un intérêt au regard du respect des droits de la défense. L'article 706-112-1 du code de procédure pénale ne garantit que l'information du curateur ou du tuteur du placement en garde à vue de la personne dont elle

---

[797] Art. 7, loi n° 2022-52 24 janv. 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, *JORF* n°0020 25 janv. 2022, texte n° 1.
[798] Art. 706-122, al. 1er CPP.
[799] Art. L. 3214-1, II CSP.
[800] Art. L. 3214-2, al. 1er CSP.
[801] Parmi ces mesures de protection : la sauvegarde de justice, la curatelle, la tutelle, le mandat de protection future, l'habilitation familiale et la mesure d'accompagnement judiciaire.
[802] Art. 706-116 CPP : « *La personne poursuivie doit être assistée par un avocat. À défaut de choix d'un avocat par la personne poursuivie ou son curateur ou son tuteur, le procureur de la République ou le juge d'instruction fait désigner par le bâtonnier un avocat, l'intéressé étant informé que les frais seront à sa charge sauf s'il remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle* ».

a la charge[803]. Cette information du curateur ou du tuteur n'est exigée que depuis peu. En effet, le 14 septembre 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré les anciennes dispositions, prévoyant un simple droit pour le majeur protégé de faire prévenir son curateur ou son tuteur, contraires à la Constitution[804]. Le raisonnement du Conseil constitutionnel est intéressant car il souligne que le majeur protégé, s'il décide de ne pas avertir son tuteur ou curateur, « *peut être dans l'incapacité d'exercer ses droits, faute de discernement suffisant ou de possibilité d'exprimer sa volonté en raison de l'altération de ses facultés mentales ou corporelles* » et surtout « *il est alors susceptible d'opérer des choix contraires à ses intérêts, au regard notamment de l'exercice de son droit de s'entretenir avec un avocat et d'être assisté par lui au cours de ses auditions et confrontations* »[805]. Ce qui signifie que le tuteur ou le curateur doit être averti[806] afin de préserver les droits du majeur protégé[807], notamment les droits de la défense. Le Conseil constitutionnel semble ainsi indiquer qu'un majeur protégé, placé en garde à vue, choisissant de ne pas être assisté d'un avocat prend une décision contraire à ses propres intérêts.

Prenant acte de cette décision, le législateur, au travers de la loi du 23 mars 2019[808], a inséré l'article 706-112-1 dans le code de procédure pénale qui fait peser sur l'agent ou l'officier de police judiciaire l'obligation d'aviser le tuteur, le curateur ou le mandataire spécial en cas de sauvegarde de justice[809] de la garde à vue en cours. Cependant, le législateur n'a pas rendu obligatoire l'intervention de l'avocat auprès des majeurs protégés placés en garde à vue, ce qui va à l'encontre du raisonnement de la décision du Conseil constitutionnel du 14 septembre 2018 et de la recommandation de la Commission européenne[810]. En effet, le nouvel article 706-112-1 prévoit l'obligation d'aviser le tuteur, le curateur ou le mandataire spécial de la mesure et c'est sur ce dernier que repose la possibilité de choisir un avocat. Le législateur a donc partiellement tenu compte de la décision du 14 septembre 2018 en assurant l'information de la

---

[803] Art. 706-112-1, al. 1er CPP : « *Lorsque les éléments recueillis au cours de la garde à vue d'une personne font apparaître que celle-ci fait l'objet d'une mesure de protection juridique, l'officier ou l'agent de police judiciaire en avise le curateur ou le tuteur. S'il est établi que la personne bénéficie d'une mesure de sauvegarde de justice, l'officier ou l'agent de police judiciaire avise s'il y a lieu le mandataire spécial désigné par le juge des tutelles* ».

[804] Cons. constit., 14 sept. 2018, M. Mehdi K., n° 2018-730 QPC, *JORF* n°0213 15 sept. 2018, texte n° 56 : *AJ pénal* 2018, p. 518, obs. J. FRINCHABOY.

[805] Cons. constit., 14 sept. 2018, M. Mehdi K., n° 2018-730 QPC, § 8, *JORF* n°0213 15 sept. 2018, texte n° 56.

[806] J. DANET, *Les droits de la défense*, Paris, Dalloz, 2020, p. 135 : « *Si « se défendre » a un sens, il exige qu'on prenne soin de s'assurer que les plus vulnérables puissent être soutenus par ceux qui ont charge de les assister* ».

[807] La Cour de Cassation a suivi ce raisonnement dans un arrêt du 11 décembre 2018 : « *Il ne ressort pas des pièces de la procédure que les éléments recueillis au cours de la garde à vue étaient suffisants pour faire apparaître que M. X... bénéficiait d'une mesure de protection juridique en cours, laquelle aurait nécessité que son représentant légal fût avisé de la mesure par les enquêteurs […]* » (Cass. Crim., 11 déc. 2018, n°18-80872).

[808] Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n° 2.

[809] Étant précisé que le mandataire spécial intervient dans le cadre d'une sauvegarde de justice qui peut être décidée pour une personne, en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée temporairement (Art. 433 C. civ.). La personne peut être placée sous curatelle si elle a besoin d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile (art. 440, al. 1er C. civ.). Enfin, la personne peut être placée sous tutelle si elle a besoin d'être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile (Art. 440, al. 3 C. civ).

[810] Recom. Com. Européenne 27 nov. 2013 relative à des garanties procédurales en faveur des personnes vulnérables soupçonnées ou poursuivies dans le cadre des procédures pénales, 2013/C 378/02, *JOUE* 24 déc. 2013 : « *Les personnes qui sont reconnues comme étant particulièrement vulnérables ne sont pas aptes à suivre et à comprendre la procédure pénale. Afin de veiller à la protection de leur droit à un procès équitable, elles ne devraient pas pouvoir renoncer à leur droit à l'assistance d'un avocat* ».

personne en charge du majeur protégé mais en faisant peser sur ce dernier le choix d'exercer ou non le droit à l'assistance d'un avocat pour le compte du majeur protégé. Il aurait pu être envisagé d'imposer dès le début de la mesure ce droit au majeur protégé, à l'instar des mineurs. En outre, le dernier alinéa de cet article prévoit que « *le procureur de la République ou le juge d'instruction peut, à la demande de l'officier de police judiciaire, décider que l'avis prévu au présent article sera différé ou ne sera pas délivré si cette décision est, au regard des circonstances, indispensable afin de permettre le recueil ou la conservation des preuves ou de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* »[811]. Le législateur, en prévoyant le report éventuel de l'information du représentant du majeur protégé voire l'exclusion de cette information, écarte en réalité le droit à l'assistance d'un avocat. Par conséquent, les droits de la défense du majeur protégé ne sont pas suffisamment protégés lors de l'exécution d'une garde à vue.

185. L'audition libre des majeurs protégés garantit aussi la possibilité pour le tuteur, le curateur ou le mandataire spéciale de désigner un avocat ou d'en demander un commis d'office. En effet, l'article 706-112-2 du code de procédure pénale dispose que le curateur ou le tuteur doit être avisé par tout moyen par les services de police de l'audition libre du majeur protégé. Le curateur ou le tuteur peut alors désigner un avocat ou demander qu'il en soit commis un d'office, comme lors d'une garde à vue.

Toutefois, une particularité est prévue *in fine* de cet article : « *Si le tuteur ou le curateur n'a pu être avisé et si la personne entendue n'a pas été assistée par un avocat, les déclarations de cette personne ne peuvent servir de seul fondement à sa condamnation* ». Le législateur semble remettre en cause la valeur probante d'une telle audition en l'absence d'un avocat puisqu'il est indiqué que cette audition ne peut servir de seul fondement à l'accusation – ce qui n'est pas prévu quand le majeur protégé est assisté d'un avocat. Il faut donc veiller à ce que d'autres éléments viennent soutenir l'accusation[812]. *A contrario,* cette audition peut être retenue quand d'autres éléments de preuve viennent l'étayer, étant donné que le législateur évoque « *le seul fondement* ». Le raisonnement adopté est assez déroutant : ou l'audition n'a aucune valeur probante et dans ce cas, elle ne saurait servir de fondement à l'accusation – en étant frappée de nullité par exemple – ou elle revêt une valeur probante et peut donc servir de fondement seul à l'accusation. Imposer au majeur protégé une assistance par un avocat aurait permis d'éviter cette complication procédurale.

En outre, rappelons qu'il s'agit ici d'une audition libre, ce qui signifie que le majeur protégé n'est pas contraint, il peut quitter les locaux. Il est donc surprenant que cette particularité procédurale ne soit pas prévue dans le cadre d'une garde à vue, mesure contraignante, au cours de laquelle le majeur protégé dispose des mêmes droits. L'intervention obligatoire de l'avocat n'est donc pas prévue pour les majeurs protégés placés en garde à vue.

Le législateur semble ainsi estimer que le caractère obligatoire de la défense dépende du déclenchement des poursuites[813], ce qui est regrettable car « *la garde à vue constitue un acte*

---

[811] Art. 706-112-1, al. 4 CPP.

[812] Ce qui fait peser une nouvelle charge sur les services de police ou sur le ministère Public qui cherchent à savoir si la personne a commis ou tenté de commettre l'infraction.

[813] Ce qui pourrait correspondre à « l'accusation » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme mais la Cour européenne a étendu cette notion d'accusation à la garde à vue : CEDH, 24 nov. 1993, IMBRIOSCA c/ Suisse, n°13972/88, §36.

d'enquête grave et crucial qui est souvent déterminant pour la suite de la procédure »[814]. Il aurait fallu « *sans doute aller plus loin et aligner le régime des majeurs protégés sur celui des mineurs* »[815].

Par l'apport de la loi du 23 mars 2019, le curateur ou le tuteur sont tenus informés à chaque étape de la procédure pénale[816]. Pour ce qui est de l'avocat, ce dernier intervient auprès du majeur protégé à compter de l'engagement des poursuites[817]. L'assistance d'un avocat est donc assurée devant le juge d'instruction et devant les juridictions de jugement. En effet, lors de la réunion du tribunal correctionnel, le prévenu a la possibilité de se faire assister d'un défenseur selon le premier alinéa de l'article 417 du code de procédure pénale. Cela signifie qu'il peut également renoncer à une telle assistance et assurer sa défense seul. Cependant, le dernier alinéa de cet article prévoit que l'assistance d'un avocat est obligatoire « *quand le prévenu est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense* ». La jurisprudence n'a pas précisé quelle pouvait être cette « infirmité » – elle a cependant précisé ce que ça n'était pas, à savoir la connaissance insuffisante de la langue française[818] – mais il est évident qu'il s'agit d'une infirmité mentale empêchant le prévenu de se défendre seul dans de bonnes conditions. Ainsi, le président du tribunal correctionnel peut écarter la volonté première du prévenu, dans son intérêt, et faire désigner un avocat commis d'office pour l'assister lors de l'audience[819].

Dans l'éventualité où la personne aurait été jugée en première instance sans l'assistance d'un avocat, en cas d'appel, la chambre des appels correctionnels informerait la personne de son droit à être assisté d'un conseil. De plus, elle devrait renvoyer l'affaire à une audience ultérieure afin que la personne puisse se constituer avocat[820]. Ainsi, si le majeur protégé n'a pas été assisté d'un avocat en première instance, l'erreur sera rectifiée en appel.

186. L'intervention obligatoire de l'avocat s'étend à toute la chaîne pénale et donc également à l'application des peines – bien que le titre XXVII ne mentionne que la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions commises par le majeur protégé. En effet, par une décision du 12 février 2021[821], le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 712-6 du code de procédure pénale régissant le débat contradictoire devant le juge de l'application des peines. Ce texte ne garantissait pas l'information du curateur ou du tuteur de la tenue d'un débat contradictoire concernant le

---

[814] J. FRINCHABOY, « Inconstitutionnalité du régime de garde à vue applicable aux majeurs protégés », com. sous Cons. constit. 14 sept. 2018, *AJ pénal* 2018, p. 518.
[815] V. TELLIER- CAYROL, « L'assistance du majeur placé en garde à vue, encore un effort… », *D.* 2019, p. 1241.
[816] Les obligations d'information prévues par l'art. 706-113 C. pr. pén. sont cumulatives : le curateur d'une personne majeure protégée doit être avisé des poursuites engagées contre lui et de la date d'audience (Cass. Crim. 27 nov. 2012, n° 11-88.678 P : *D. actu*. 19 déc. 2012, obs. M. BOMBLED ; *AJ pénal* 2013, p. 169, obs. J.-B. PERRIER).
[817] Art. 706-116, al. 1er CPP : « *La personne poursuivie doit être assistée par un avocat* ».
[818] Cass. Crim. 7 nov. 1968, n° 68-91.175 P.
[819] Tel qu'il est prévu au second alinéa de l'article 417 du code de procédure pénale : « *Si le prévenu n'a pas fait choix d'un défenseur avant l'audience, le président l'informe, s'il n'a pas reçu cette information avant l'audience, qu'il peut, à sa demande, bénéficier d'un avocat commis d'office. Si le prévenu formule cette demande, le président commet un défenseur d'office* ».
[820] Art. D. 47-26, al. 1er CPP : « *Lorsqu'en cas d'appel la chambre des appels correctionnels constate que le prévenu a été jugé sans être assisté par un avocat conformément aux dispositions de l'article 706-116, son président fait désigner par le bâtonnier un avocat, l'intéressé étant informé que les frais seront à sa charge sauf s'il remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle* ».
[821] Cons. constit. 12 févr. 2021, M. Jacques G., n° 2020-884 QPC, *JORF* n°0038 13 févr. 2021, texte n° 107.

majeur protégé. Le Conseil a estimé que le défaut d'information du tuteur ou du curateur méconnaissait les droits de la défense car ce dernier ne pourrait assister la personne condamnée en vue de l'audience. Or, devant le juge de l'application des peines, « *le condamné est amené à effectuer des choix qui engagent la défense de ses intérêts, qu'il s'agisse de celui de faire appel à un avocat, de renoncer au débat contradictoire ou de présenter des observations* »[822]. Anticipant de quelques mois la position du Conseil constitutionnel, le législateur a créé, par la loi du 24 décembre 2020[823], l'article 712-16-3 du code de procédure pénale qui prévoit l'information de la personne en charge de la mesure de la protection juridique dont fait l'objet la personne condamnée. L'article dispose également que celle-ci doit être assistée par un avocat, qu'il soit désigné par le condamné, la personne en charge de la mesure de protection juridique ou par le Bâtonnier à la demande du juge de l'application des peines. La loi du 24 décembre 2020 a également veillé à ce que l'article 712-6 du code de procédure pénale – régissant de manière générale le débat contradictoire devant le juge de l'application des peines – renvoie à cette nouvelle disposition. Ainsi, l'intervention de l'avocat est aussi imposée au majeur protégé devant le juge de l'application des peines.

Notons que la Chambre criminelle tient le raisonnement suivant : « *lorsque l'altération des facultés d'une personne mise en examen est telle que celle-ci se trouve dans l'impossibilité de se défendre personnellement contre l'accusation dont elle fait l'objet, fût -ce en présence de son tuteur ou de son curateur et avec l'assistance d'un avocat, il doit être sursis à son renvoi devant la juridiction de jugement après constatation que l'intéressé a recouvré la capacité à se défendre* »[824]. Ainsi la Cour de cassation, sans remettre en cause le droit imposé à l'assistance d'un avocat, semble attachée à la défense personnelle quand la personne a recouvré toutes ses capacités[825].

Le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat ne dépend pas seulement de la qualité de la personne mais aussi de la procédure appliquée.

2nd paragraphe : Le caractère obligatoire déterminé par la procédure

187. L'assistance d'un avocat peut également être imposée en fonction de la procédure mise en œuvre. Il existe en effet des procédures au cours desquelles une privation de liberté est encourue qui prévoient le caractère obligatoire de la défense par un avocat.

Ces différentes procédures ont toutes pour point commun de relever de la procédure pénale mais à des étapes différentes de cette procédure. Il s'agit ainsi de l'instruction[826] (A), de certaines procédures devant les juridictions de jugement (B) et du cas particulier du prononcé de la rétention de sûreté (C).

---

[822] Cons. constit. 12 févr. 2021, M. Jacques G., n° 2020-884 QPC, § 7 : *JORF* n°0038 13 févr. 2021, texte n° 107.
[823] Loi n°2020-1672 24 déc. 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *JORF* n°0312 26 déc. 2020, texte n° 4.
[824] Cass. Crim., 19 sept. 2018, n° 18-83.868, Bull. Crim. 2018, n°161, P+B.
[825] A. DEJEAN DE LA BÂTIE, « Trouble mental et droits de la défense : le procès équitable aura-t-il lieu ? », *Gaz. Pal.*, 13 nov. 2018, n° 39, p. 16, n° 333w6.
[826] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n° 1631, p. 1092 : « *[L'instruction] est partie intégrante du procès pénal au sens étroit* ».

A. L'intervention obligatoire lors de la phase de l'instruction préparatoire

188. L'instruction mentionnée dans le titre recouvre la phase d'instruction préparatoire, ou d'information judiciaire[827]. Il sera ainsi évoqué la défense devant le juge d'instruction (1) et celle devant le juge des libertés et de la détention (2).

1) L'implicite intervention obligatoire de l'avocat auprès des majeurs devant le juge d'instruction

189. « *Au sens large, l'instruction avant l'audience […] consiste dans la recherche et la réunion des éléments qui seront produits au juge de jugement pour lui permettre de prendre une décision* »[828]. L'instruction préparatoire ou information judiciaire vise l'instruction « *menée par les juridictions d'instruction : le juge d'instruction et, au-dessus de lui, la chambre de l'instruction* »[829]. Le juge d'instruction peut être saisi par réquisitoire introductif du procureur de la République ou par une plainte avec constitution de partie civile déposée au doyen des juges d'instruction[830].

Les infractions visées dans le réquisitoire introductif ou la plainte avec constitution de partie civile peuvent être reprochées à l'égard d'une ou plusieurs personnes nommément désignées ou à l'encontre de personne non déterminée. Le juge d'instruction sera alors chargé de déterminer s'il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable que la personne ait participé aux faits. Il ne pourra qu'à cette occasion mettre la personne en examen, sous peine de nullité[831]. Lorsque l'instruction sera finie, il pourra renvoyer l'affaire devant une juridiction de jugement s'il estime que les faits sont constitués.

190. Nous ne nous concentrerons que sur la situation de la personne mise en examen et non sur les autres parties à la procédure telles que le témoin assisté, le simple témoin ou la partie civile car seul le mis en examen peut être privé de liberté, par son placement en détention provisoire ordonné par le juge des libertés et de la détention.

Pour mettre une personne en examen, le juge d'instruction a deux possibilités. Il peut mettre en examen une personne à l'issue d'un interrogatoire de première comparution, il peut aussi mettre en examen une personne bénéficiant du statut de témoin assisté.

191. Dans le cadre de l'interrogatoire de première comparution, si la personne est libre, elle est convoquée devant le juge d'instruction. Cette convocation s'effectue selon les dispositions de l'article 80-2 du code de procédure pénale. L'alinéa 1er de cet article dispose que la lettre recommandée comportant la convocation « *[…] fait connaître à la personne qu'elle a le droit de choisir un avocat ou de demander qu'il lui en soit désigné un d'office, ce choix ou*

---

[827] Art. 49, al. 1er CPP : « *Le juge d'instruction est chargé de procéder aux informations, ainsi qu'il est dit au chapitre Ier du titre III* ».
[828] B. BOULOC, *Procédure pénale*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 829, p. 745.
[829] B. BOULOC, *op. cit*, n° 830, pp. 745-746.
[830] Art. 51, al. 1er CPP.
[831] Art. 80-1, al. 1er CPP.

cette demande devant être adressé au greffe du juge d'instruction ». *A priori,* la personne mise en examen ne bénéficie alors que d'un simple droit à l'avocat.

Cependant, nous remarquons à la lecture de l'article 116 du code de procédure pénale, régissant la tenue de l'interrogatoire de première comparution, qu'une distinction est faite selon que la personne est assistée d'un avocat ou non. En effet, quand l'avocat est présent et assiste la personne, le juge d'instruction procède immédiatement à l'interrogatoire[832]. L'alinéa cinq de l'article 116 débute toutefois par la formule « *dans les autres cas* ». Sont alors visés le cas où la personne convoquée se présente sans avocat et celui où la personne est présentée au juge d'instruction sous la contrainte[833]. Cet alinéa dispose que le juge avise la personne de son droit de choisir un avocat ou qu'il lui en soit désigné un d'office. Ce qui signifie que si la personne est devant le juge d'instruction à la suite d'une convocation, c'est la deuxième fois que ce droit lui est notifié.

Puis, ce même alinéa indique que si la personne décide d'exercer ce droit, l'avocat choisi ou le Bâtonnier sont alors informés « *par tout moyen et sans délai* ». Cette formule « *par tout moyen et sans délai* » laisse entendre l'urgence de la situation : l'interrogatoire ne commencera pas, visiblement, sans l'avocat[834].

En outre, cet alinéa cinq dispose que si l'avocat choisi est empêché ou ne peut être contacté, la personne est avisée de son droit de demander l'assistance d'un avocat commis d'office « *au cours de la première comparution* ». Ainsi, malgré le choix de la personne, il lui est proposé de faire désigner un avocat commis d'office par le Bâtonnier afin de s'assurer de la défense de la personne lors de ce premier interrogatoire. Le texte précise que cette assistance par un avocat commis d'office ne vaut que pour cet interrogatoire de première comparution. Ainsi, *a contrario*, la personne sera assistée par l'avocat de son choix pour le reste de la procédure.

In fine, ce long alinéa cinq dispose que « *l'accord pour être interrogé ne peut être donné qu'en présence d'un avocat* ». Ainsi, si la personne refuse de bénéficier de l'assistance d'un avocat commis d'office en l'absence de son avocat choisi ou si la personne ne souhaite tout simplement pas bénéficier d'une telle assistance, le texte prévoit que la personne ne peut être interrogée sur le fond.

192. À travers ces dispositions, le législateur semble engagé dans un dilemme cornélien : il n'exige pas explicitement que l'assistance d'un avocat soit obligatoire, cependant il indique qu'il ne saurait y avoir d'interrogatoire sur le fond en l'absence du défenseur[835].

---

[832] Art. 116, al. 4 CPP : « *Lorsqu'il a été fait application des dispositions de l'article 80-2 et que la personne est assistée d'un avocat, le juge d'instruction, après l'avoir informée de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire, procède à son interrogatoire ; l'avocat de la personne peut présenter ses observations au juge d'instruction* ».

[833] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4e éd., Paris, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2016, n° 1754, p. 1175 : « *Soit en exécution d'un mandat, soit, le plus souvent, à la suite d'une mesure de garde à vue, à la demande du juge lorsque cette mesure était exécutée sur commission rogatoire ou à la demande du procureur de la République, lorsqu'elle l'était dans le cadre d'une enquête suivie de l'ouverture d'une information* ».

[834] A l'inverse de la garde à vue, où l'audition peut débuter à l'expiration d'un délai de deux heures après que la personne a demandé à bénéficier de l'assistance d'un avocat (art. 63-4-2, al. 1er CPP).

[835] M.- L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3e éd., Paris, Ellipses, 2017, n°323, p. 332 : « *Le doute subsistant […] sur le point de savoir si cette version des choses est limitée au seul interrogatoire de première comparution ou si elle doit être suivie pour tout interrogatoire* ».

Certains auteurs y voient une forme « *d'hypocrisie* »[836]. Le législateur est sans doute entravé entre deux exigences : d'une part, le fait que l'assistance d'un avocat se justifie par la complexité et les enjeux de l'instruction[837] et d'autre part, l'assistance d'un avocat a souvent été vue comme une gêne au bon déroulement de l'instruction[838].

L'assistance de l'avocat est en effet nécessaire pour l'exercice des autres droits de la procédure. En effet, l'avocat maîtrise le droit de la procédure pénale et sait donc qu'il peut demander que des confrontations soient organisées avec la ou les personnes mettant en cause le mis en examen[839] ; il a également accès au dossier[840] et peut en saisir les subtilités. Par ailleurs, si une erreur survient dans la procédure, l'avocat est à même de la repérer et de présenter une requête en annulation à la Chambre de l'instruction sur le fondement des articles 170 et suivants du code de procédure pénale. Enfin, l'instruction consiste en une enquête sur des faits pouvant mettre en cause une personne qui bénéficie de la présomption d'innocence tant que sa culpabilité n'a pas été établie par une juridiction de jugement. Or, la Cour européenne des droits de l'Homme retient qu'il y a violation de la présomption d'innocence si la personne soupçonnée n'a pas été en mesure d'exercer pleinement ses droits de la défense[841]. C'est pour cela que le code de procédure pénale prévoit que l'assistance de l'avocat est garantie tout au long de la phase d'instruction[842], les parties ne pouvant être entendues qu'en présence de leur avocat sauf décision expresse de leur part. Par cette intervention de l'avocat hautement protégée, le principe de présomption d'innocence se voit également protégé. En effet, le défenseur veillera à ce que le juge instruise à charge et à décharge et pourra demander des actes pour la recherche de la vérité.

Une prochaine réforme pourrait mettre fin à cette ambiguïté et consacrer le caractère obligatoire de l'assistance d'un avocat lors de l'instruction. Car, *de facto*, cette assistance est déjà obligatoire.

193. Pour finir, le code de procédure pénale prévoit la possibilité singulière pour le mis en examen de désigner un ou plusieurs avocats[843]. Usage en théorie purement propre à

---

[836] M.- L. RASSAT, *op. cit.*, n°323, p. 332 : « *La personne concernée fait savoir qu'elle ne veut pas de l'assistance d'un avocat. C'est théoriquement son droit […]. Une véritable pression est cependant exercée sur les personnes soupçonnées pour qu'elles ne choisissent pas cette option. […] Il semble donc qu'on soit ici en pleine hypocrisie. Si le législateur (seul ou sous la pression d'un lobby avocat) estime que l'assistance d'un avocat doit être obligatoire qu'il le dise clairement au lieu de recourir à tous ces détours* ».

[837] A. GIUDICELLI, « Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ? », *RSC* 2001, p. 43 : « *L'on connaît l'importance de ce moment procédural, la personne concernée devenant alors partie au procès pénal, défendeur face à la société qui poursuit, bénéficiant de l'ensemble des droits réservés à la défense* ».

[838] Il existe une certaine réticence à augmenter les droits de la défense car le risque serait « *une perturbation du fonctionnement de la justice* » (J. PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès », *Mélanges en l'honneur du professeur LARGUIER*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 238). Cet auteur va même plus loin : « *Il est de belles idées qui, poussées à leur paroxysme, s'avèrent dangereuses. Celle des droits du délinquant est du nombre* » (J. PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès », *op. cit.*, p. 240).

[839] Art. 120-1 CPP.

[840] Art. 114, al. 4 CPP.

[841] CEDH, 25 mars 1983, MINELLI c/ Suisse, n° 8660/79, §37.

[842] Art. 114, al. 1er CPP : « *Les parties ne peuvent être entendues, interrogées ou confrontées, à moins qu'elles n'y renoncent expressément, qu'en présence de leurs avocats ou ces derniers dûment appelés* ».

[843] Art. 115, al. 1er CPP : « *Les parties peuvent à tout moment de l'information faire connaître au juge d'instruction le nom de l'avocat choisi par elles ; si elles désignent plusieurs avocats, elles doivent faire connaître celui d'entre*

l'audience devant la cour d'assises, le mis en examen peut anticiper cette défense plurielle en désignant ses défenseurs dès la phase d'instruction.

L'avocat doit également intervenir automatiquement devant le juge des libertés et de la détention lors d'un débat sur la détention provisoire.

2) L'intervention obligatoire devant le juge des libertés et de la détention

194. La détention provisoire est censée être une mesure exceptionnelle et doit donc répondre aux objectifs listés à l'article 144 du code de procédure pénale[844]. Un premier débat a lieu lors du placement en détention provisoire, d'autres ont lieu pour trancher sur une éventuelle prolongation de la détention[845].

Le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat au cours du débat décidant du placement ou du maintien de détention provisoire résulte de la lettre de l'article 145 du code de procédure pénale. En effet, l'alinéa 1er de cet article dispose que la personne est entendue, assistée de son avocat s'il a déjà été désigné. Dans le cas contraire, l'alinéa 5 indique que le juge avise la personne qu'elle sera défendue par l'avocat de son choix ou par un avocat commis d'office. L'emploi du verbe « aviser » et du futur simple sur le fait que la personne « sera » assistée d'un défenseur démontre que le choix ne lui est pas laissé. La personne sera assistée d'un avocat, qu'elle le souhaite ou non.

En revanche, elle dispose toujours de son libre choix de l'avocat. Ainsi, si la personne choisit un avocat, le juge des libertés et de la détention est tenu de faire prévenir ce dernier[846].

Dans le cas où il est impossible de prévenir l'avocat choisi, un avocat commis d'office pourra être désigné par le Bâtonnier, à condition bien entendu de pouvoir démontrer[847] qu'il était impossible de contacter l'avocat choisi par la personne[848].

---

eux auquel seront adressées les convocations et notifications ; à défaut de ce choix, celles-ci seront adressées à l'avocat premier choisi ».

[844] À savoir conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité, empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille, empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices, 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.

[845] En matière correctionnelle : art. 145-1, al. 2 CPP ; En matière criminelle : art. 145-2, al. 1er CPP.

[846] F. CORDIER, « L'avocat choisi par le mis en examen doit être convoqué au débat contradictoire en vue de la révocation d'une mesure de contrôle judiciaire », *RSC* 2019, p. 426 : « *On ne saurait contester que, quelles que soient les qualités de l'avocat commis d'office, l'avocat désigné par le mis en examen est le mieux à même de faire valoir ses arguments* ».

[847] D. MIRANDA, « Débat contradictoire devant le JLD : l'avocat choisi par le mis en examen doit être impérativement avisé », com. sous Cass. Crim. 13 févr. 2019, *AJ pénal* 2019, p. 215 : « *Cette exigence peut être concrétisée par tous moyens : télécopie (on disposera d'une preuve horodatée), téléphone (plus difficile à prouver), SMS, voire message électronique (avec toutefois l'incertitude de savoir si ledit message a bien été lu par son destinataire). Pour autant, comme le mentionne le texte, « mention de ces formalités est faite sur le procès-verbal » (art. 145). Cela impose donc au JLD d'être vigilant, le plus explicite possible, et s'inscrit dans le principe plus large de motivation des décisions judiciaires permettant à la juridiction d'appel, et à la Chambre criminelle, de constater que les conditions et formalités exigées par les textes ont été respectées* ».

[848] Cass. Crim. 13 févr. 2019, n° 18-86.559 P : *D.* actu. 11 mars 2019, obs. H. DIAZ ; *AJ pénal* 2019. 215, obs. D. MIRANDA ; Procédures 2019, n° 126, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *JCP* 2019, n° 340, obs. P. COLLET ;

Le débat contradictoire statuant sur un éventuel placement en détention provisoire peut être tenu après un interrogatoire de première comparution devant le juge d'instruction. Dès lors, l'avocat commis d'office désigné lors de cet interrogatoire est amené à défendre la personne devant le juge des libertés et de la détention[849], ce qui garantit le respect des droits de la défense de la personne. En outre, cela assure une continuité dans la défense car c'est le même avocat qui a eu accès au dossier d'instruction – qui connait donc la teneur des éléments retenus à l'encontre de son client – qui va défendre la personne devant le juge des libertés et de la détention – et s'opposer ainsi au placement en détention provisoire au vu des éléments présents dans la procédure.

195. La seule justification à l'absence de l'avocat retenue par la Chambre criminelle est la situation de force majeure telle que l'arrivée d'un cyclone[850]. En dehors de ces cas, l'assistance est obligatoire. Ce qui se justifie par le fait que la personne mise en examen encourt une privation de liberté dans un établissement pénitentiaire alors qu'elle n'a pas encore été reconnue coupable par une juridiction de jugement et bénéficie donc du principe de la présomption d'innocence. Priver de liberté une personne n'est pas un acte anodin, cela l'est d'autant moins quand cela concerne une personne présumée innocente. Cette dernière doit donc bénéficier de la garantie totale des droits de la défense, y compris l'assistance obligatoire par un avocat.

196. Bien entendu, ce droit à l'assistance d'un avocat n'est pas seulement imposé lors de la première instance, il l'est également en cas d'appel. En effet, les dispositions relatives à la chambre de l'instruction se réfèrent tour à tour à la personne mise en examen ou à son avocat, sans ajouter une formule telle que « le cas échéant » qui laisserait entendre que la personne n'est pas nécessairement assistée d'un avocat[851].

L'assistance de l'avocat est également imposée lors de certaines procédures pénales de jugement.

B. L'intervention obligatoire lors des procédures pénales de jugement

197. Les juridictions pénales de jugement de première instance sont au nombre de trois. Chacune rend sa décision en fonction de sa compétence : le tribunal de police est compétent en matière de contraventions[852], le tribunal correctionnel est compétent en matière de délits[853] tandis que la cour d'assises est compétente en matière de crimes[854].

RSC 2019. Chron. 426, note F. CORDIER : « *Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans constater que le juge des libertés et de la détention, avant de faire appel à l'avocat de permanence, s'était trouvé dans l'impossibilité de joindre l'avocat désigné par le mis en examen ou avait relevé l'empêchement de ce dernier, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé* ».

[849] Cass. Crim. 14 nov. 2017, n° 17-85.205 P.

[850] Cass. Crim. 24 janv. 2018, no 17-86.265 P : *Dr. pénal* 2018, n° 55, obs. A. MARON et M. HAAS.

[851] Art. 199, al .1er et 6 CPP : « *Les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en chambre du conseil. Toutefois, si la personne majeure mise en examen ou son avocat le demande dès l'ouverture des débats, ceux-ci se déroulent et l'arrêt est rendu en séance publique […] En matière de détention provisoire, la comparution personnelle de la personne concernée est de droit si celle-ci ou son avocat en fait la demande* ».

[852] Art. 521 et s. CPP.

[853] Art. 381 et s. CPP.

[854] Art. 231 CPP.

Il convient de préciser que la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice[855] a prévu en son article 63 l'expérimentation de cours départementales criminelles. Ces cours sont actuellement présentes dans quinze départements français[856] et sont chargées de juger les personnes majeures accusées d'avoir commis un crime puni de quinze ans ou de vingt ans de réclusion criminelle, lorsqu'il n'est pas commis en état de récidive légale[857]. La durée de cette expérimentation est de trois ans. La loi du 22 décembre 2021[858] prévoit, en son article 9, la création d'un comité chargé d'évaluer l'expérimentation de ces juridictions en vue d'une généralisation des cours criminelles départementales en janvier 2023[859].

Notre titre ne mentionne pas les juridictions pénales de jugement mais les procédures pénales de jugement car il convient d'aborder le cas de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Or, celle-ci n'est pas une juridiction de jugement.

Ainsi, après avoir étudié les procédures de jugement en matière correctionnelle (1), il sera étudié la procédure pénale de jugement en matière criminelle (2).

1) Le caractère obligatoire justifié par la célérité de la procédure

198. Seront abordées dans cette partie les procédures pénales de jugement correctionnel faisant comparaitre une personne privée de liberté : la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (a) et la procédure de comparution immédiate et de comparution à délai différé (b).

a. Le cas particulier de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

199. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité n'est pas un jugement émis par une juridiction de jugement mais son exécution éteint l'action publique[860] car il s'agit d'une procédure de jugement[861] et une peine est prononcée à son issue. Cette peine, proposée par le ministère public, fait l'objet d'une discussion entre l'intéressé, son avocat, et le

---

[855] Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 du 24 mars 2019, texte n° 2.

[856] Ardennes, Calvados, Cher, Moselle, Réunion, Seine-Maritime, Yvelines (Arrêté 25 avr. 2019 relatif à l'expérimentation de la cour criminelle, *JORF* n°0098 26 avr. 2019, texte n° 3) ; Hérault, Pyrénées-Atlantiques (Arrêté 2 mars 2020 portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle, *JORF* n°0054 4 mars 2020, texte n° 3) ; Isère, Haute-Garonne, Loire-Atlantique, Val-d'Oise, Guadeloupe, Guyane (Arrêté 2 juill. 2020 portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle dans six départements, *JORF* n°0178 22 juill. 2020, texte n° 14).

[857] Art. 1er I- II, Arrêté du 25 avril 2019 relatif à l'expérimentation de la cour criminelle, *JORF* n°0098 du 26 avril 2019, texte n° 3.

[858] Loi n° 2021-1729 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* n°0298 23 déc. 2021, texte n°2.

[859] Selon les articles 380-16 et suivants créés par la loi du 22 décembre 2021 qui entreront en vigueur en janvier 2023.

[860] F. MOLINS, « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *Rép. pén. Dalloz*, Dalloz, mai 2018, actualisation en juin 2019, n°4.

[861] Le Conseil constitutionnel l'a qualifiée de « *procédure particulière de jugement* » (Cons. constit., 18 juin 2021, M. Emmanuel R., n° 2021-918 QPC, *JORF* n°0141 19 juin 2021, texte n° 60, § 7 : *D.* 2021, p. 1193 ; A. TALEB-KARLSSON, « Refus d'homologation de CRPC par le juge : ne conteste pas qui veut », *AJ pénal* 2021, p. 428).

représentant du parquet[862]. La personne peut aussi s'entretenir avec son avocat sur cette peine, hors la présence du ministère public[863]. Le rôle tenu par le défenseur dans le cadre de cette procédure est central car il doit conseiller son client sur la peine qui lui est proposée. Il peut même décider de mettre fin à cette procédure « *s'il se retrouve face à un parquet sourd et devant le constat que le rôle de la défense se réduit à une peau de chagrin* »[864].

La personne peut également demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire savoir si elle accepte ou non la ou les peines qui lui sont proposées[865]. La personne peut être privée de liberté durant ce délai de dix jours : le procureur de la République peut saisir le juge des libertés et de la détention en vue d'ordonner une détention provisoire[866].

Notons que l'article 397-1 du code de procédure pénale dispose que si un prévenu ne consent pas à être jugé séance tenante, selon la procédure de comparution immédiate, ou si l'affaire ne paraît pas en état d'être jugée, une date d'audience sera alors fixée dans un délai de deux à six semaines. Il est intéressant de constater que le texte ne prévoit pas la possibilité de placer en détention provisoire le prévenu en attendant la tenue de cette nouvelle audience. Cette lacune est d'autant plus surprenante que, dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il est prévu la possibilité de placer la personne en détention provisoire. Un tel placement en détention provisoire est sans doute prévu car la personne a d'ores et déjà reconnu la commission des faits.

200. L'assistance obligatoire de l'avocat lors de la mise en œuvre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se justifie par divers critères. Pour commencer, le respect des droits de la défense de la personne est un critère évident qui peut se justifier par le fait que la personne, ayant reconnu la commission des faits, renonce à son droit de ne pas s'auto-incriminer. De plus, elle va comparaitre devant le procureur de la République qui va lui proposer une ou plusieurs peines. Afin de s'assurer du respect du principe de l'égalité des armes, il est indispensable qu'elle soit assistée d'un avocat qui saura lui dire si la peine proposée est adaptée à sa situation ou non car, en l'absence d'un défenseur, la personne pourrait être impressionnée par le représentant du Parquet et accepter une ou des peines qui ne seraient pas adaptées. Cette présence obligatoire du défenseur a fait l'objet de vif débats parlementaires lors de l'élaboration de la loi[867].

---

[862] Y. MSIKA, « Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs », *AJ pénal* 2005, p. 445 : « *Il est, alors, indispensable de discuter avec le représentant du ministère public en avançant des arguments tenant à la personnalité, les antécédents et la situation personnelle du client, etc. pour permettre une individualisation de la peine proposée* ».

[863] Art. 495-8, al. 6 CPP.

[864] Y. MSIKA, « Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs », *AJ pénal* 2005, p. 445 : « *S'il se retrouve face à un parquet sourd et devant le constat que le rôle de la défense se réduit à une peau de chagrin, l'avocat ne devrait pas accepter de poursuivre la procédure de CRPC, sauf nécessité impérieuse de l'intérêt de son client et devant une peine qui semble en définitive équitable* ».

[865] Art. 495-8, al. 6 CPP.

[866] Art. 495-10 CPP.

[867] J. DANET, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques...et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *AJ pénal* 2005, p. 433 : « *Ensuite, la discussion parlementaire entre membres de la majorité de chacune des deux chambres s'est donc focalisée sur la peine d'amende proposable en CRPC (moitié ou totalité de l'amende encourue), sur la présence obligatoire de l'avocat et enfin sur le caractère public ou non de l'audience d'homologation* ».

Depuis la loi du 23 mars 2019 qui a augmenté à trois ans le quantum de la peine d'emprisonnement pouvant être prononcée, l'assistance obligatoire d'un avocat est d'autant plus importante car la personne encourt une peine plus sévère.

201. Ainsi, l'article 495-8, alinéa 5 du code de procédure pénale dispose que « *la personne ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat* ». Ce droit lui est donc imposé et ce, tout au long de cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Car les textes veillent à ce que l'avocat soit présent lors des discussions entre la personne et le ministère public[868], lorsque la personne accepte la peine[869] et lorsque cette peine fait l'objet d'une ordonnance d'homologation par le président du tribunal judiciaire[870]. La présence de l'avocat est un élément si déterminant que le juge doit l'évoquer dans la motivation de son ordonnance d'homologation[871].

La personne ne peut renoncer à son droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat, ce qui signifie que si elle ne choisit pas un avocat, il lui en sera désigné un d'office. Le texte précise que la personne doit être informée de ce que les frais d'avocat seront à sa charge sauf si elle peut prétendre à l'aide juridictionnelle[872].

202. À l'issue de cette procédure, une peine est prononcée. Cette peine, bien qu'acceptée par l'intéressé, a été proposée par le parquet. Or, il n'est pas du ressort du ministère public de prononcer des peines, il ne peut que les requérir. Le juge du siège, intervenant à l'issue de la discussion, n'a qu'un simple pouvoir : il peut accepter ou non d'homologuer l'ordonnance mais il ne peut en aucun cas proposer une nouvelle peine. Ainsi, la présence de l'avocat s'explique pour garantir le respect des droits de la défense, le principe de l'égalité des armes et, plus généralement, le droit au procès équitable.

Cette explication concernant l'intervention obligatoire d'un avocat lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité semble confirmée par le fait que lors d'une audience correctionnelle « classique », le prévenu ne dispose que d'un droit à l'assistance d'un avocat. Ce droit ne lui est pas imposé car le principe de l'égalité des armes n'est pas mis à mal par la procédure. Par ailleurs, le prévenu dispose toujours de son droit de ne pas s'auto-incriminer. Étant donné que ces droits ne sont pas mis à mal par la nature de la procédure, le prévenu ne bénéficie que d'un simple droit à l'assistance d'un avocat.

---

[868] Art. 495-8, al. 5 CPP : *« Les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies, et la proposition de peine est faite par le procureur de la République, en présence de l'avocat de l'intéressé* ».

[869] Art. 495-9, al. 1er CPP : « *Lorsque, en présence de son avocat, la personne accepte la ou les peines proposées […]* ».

[870] Art. 495-9, al. 1er CPP : « *Le président du tribunal judiciaire ou le juge délégué par lui entend la personne et son avocat* ».

[871] Art. 495-11, al. 1er CPP : « ***L'ordonnance*** *par laquelle le président du tribunal judiciaire ou le juge délégué par lui décide d'homologuer la ou les peines proposées* ***est motivée par les constatations, d'une part, que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés*** *et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République, d'autre part, que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* ».

[872] Art. 495-8, al. 5 CPP.

L'intervention obligatoire de l'avocat est également prévue lors d'une autre procédure pénale de jugement : l'audience de comparution immédiate.

b. Les procédures de comparution immédiate et de comparution à délai différé

203. La procédure de comparution immédiate est décidée par le procureur de la République quand, si les faits poursuivis sont punis d'une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement, les charges réunies sont suffisantes et que l'affaire est en état d'être jugée[873] ou, en cas de délit flagrant puni d'au moins six mois d'emprisonnement, quand les éléments de l'espèce justifient une comparution immédiate[874].

Dans le cas où la réunion du tribunal le jour même est impossible, le procureur de la République a alors le choix : s'il estime que la privation de liberté de la personne n'est pas nécessaire, il peut convoquer par procès-verbal la personne à une audience ultérieure, dans le cas contraire il peut saisir le juge des libertés et de la détention « *si les éléments de l'espèce lui paraissent exiger une mesure de détention provisoire* »[875]. Si le juge des libertés et de la détention décide de placer le prévenu en détention provisoire, la détention prend fin lors de la tenue de l'audience, au plus tard le 3e jour ouvrable suivant[876]. L'ordonnance de placement en détention provisoire est notifiée verbalement à l'intéressé mais n'est pas susceptible de recours étant donné sa très courte durée d'effet[877].

204. Le placement en détention provisoire semble dépendre, selon l'article 396 du code de procédure pénale, de deux conditions : la réunion impossible du tribunal le jour-même et les éléments de l'espèce qui exigent un tel placement. Le texte ne détaille pas davantage quels peuvent être ces éléments de l'espèce. Très probablement, ces éléments de l'espèces peuvent correspondre aux objectifs dressés au sein de l'article 144 du code de procédure pénale lors d'un placement en détention provisoire dans le cadre d'une information judiciaire : conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité, empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille…

205. Si la réunion du tribunal le jour même est possible, le prévenu est alors retenu jusqu'à l'heure de l'audience qui doit avoir lieu le jour même et est conduit au tribunal sous escorte[878] tandis que son avocat est avisé de la tenue de l'audience. Le président du tribunal est alors tenu de demander au prévenu son accord pour être jugé le jour même. Le code de procédure pénale exige que cet accord soit recueilli en présence d'un avocat : celui choisi par le prévenu ou un avocat commis d'office en cas d'absence de ce dernier[879]. L'intervention de l'avocat lors de la comparution immédiate du prévenu est donc obligatoire car un avocat commis d'office se substitue à celui choisi en cas de carence de celui-ci et ce, dès le recueil du

[873] Art. 395, al. 1er CPP.
[874] Art. 395, al. 2nd CPP.
[875] Art. 396, al. 1er CPP.
[876] Art. 396, al. 3 CPP.
[877] Cass. Crim., ord. prés., 1er févr. 2006, n° 06-80.697 P.
[878] M.- L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3e éd., Paris, Ellipses, 2017, n°394, p. 403.
[879] Art. 397, al. 1er CPP.

consentement du prévenu à la mise en œuvre d'une procédure de comparution immédiate. Avant même que l'audition n'ait débuté, la présence de l'avocat est donc assurée aux côtés du prévenu.

La présence de l'avocat lors du recueil du consentement du prévenu permet de s'assurer de l'avis éclairé de ce dernier. En outre, le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat se justifie par le très court délai qui sépare le déclenchement de l'action publique et la tenue de l'audience. Par ailleurs, dans un récent arrêt, la Chambre criminelle a indiqué que, lors d'une comparution immédiate, « *aucune disposition législative ou conventionnelle n'interdit au procureur de la République, après avoir informé la personne de ses droits, d'interroger celle-ci et de retranscrire ses déclarations si elle souhaite en faire, l'absence éventuelle de l'avocat régulièrement avisé ayant pour seule conséquence l'impossibilité de fonder une condamnation sur les seules déclarations ainsi recueillies* »[880]. La présence de l'avocat conditionne également la validité des déclarations recueillies.

206. Enfin, l'intervention de l'avocat est également exigée pour la mise en œuvre d'une comparution à délai différé. En effet, l'article 397-1-1 du code de procédure pénale dispose que « *s'il existe contre la personne des charges suffisantes pour la faire comparaître devant le tribunal correctionnel, mais que l'affaire n'est pas en état d'être jugée selon la procédure de comparution immédiate parce que n'ont pas encore été obtenus les résultats de réquisitions, d'examens techniques ou médicaux déjà sollicités, le procureur de la République peut, si le prévenu est assisté par un avocat choisi par lui ou désigné par le bâtonnier, le poursuivre devant le tribunal correctionnel selon la procédure de comparution à délai différé conformément aux dispositions du présent article* ». Le fait que la personne prévenue soit assistée d'un avocat est une des conditions pour la mise en œuvre de la comparution à délai différé. Cette assistance de l'avocat est imposée car, comme pour la comparution immédiate, la personne prévenue peut être placée en détention provisoire dans l'attente de la réunion du tribunal[881].

L'intervention de l'avocat est également obligatoire lors des audiences de jugement criminelles.

2) Le caractère obligatoire justifié par l'enjeu des peines criminelles

207. Une fois l'instruction finie, s'il estime que les faits retenus à la charge du ou des mis en examen constituent un crime, le juge d'instruction rend une ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises[882] si les faits ne font pas l'objet d'une correctionnalisation judiciaire[883].

---

[880] Cass. Crim., 18 oct. 2022, n° 22-81.934 P : *D.* 2022, p. 1857.
[881] Art. 397-1-1, al. 2 CPP.
[882] Art. 181, al. 1er CPP.
[883] La correctionnalisation judiciaire est une pratique qui « *consiste à disqualifier des faits qui constituent objectivement un crime, en un délit pour les faire juger par le tribunal correctionnel plutôt que par la cour d'assises*. » (M. REDON, « Tribunal correctionnel », *Rép. pén. Dalloz*, juin 2017 actualisation janv. 2020, n°12).

La procédure devant la cour d'assises « *compte tenu de la gravité des faits jugés, […] se caractérise par un très grand formalisme* »[884] : avant la tenue des débats sur le fond du dossier, le président de la cour d'assises doit effectuer plusieurs actes obligatoires[885].

208. Le choix d'un avocat par l'accusé fait partie de ces actes obligatoires, comme le dispose l'article 274 du code de procédure pénale. Cet article se compose de trois alinéas. Le premier alinéa dispose du droit de l'accusé de choisir librement son avocat, l'accusé étant, presque élégamment, « *invité à choisir un avocat pour l'assister dans sa défense* ». Dans le cas où l'accusé ne choisirait pas d'avocat, le deuxième alinéa dispose qu'il revient au président de la session d'assises – ou son délégué- d'en désigner un d'office. Toutefois, le dernier alinéa indique que cette désignation est non avenue si l'accusé choisit un avocat par la suite. Le choix de l'avocat par l'accusé prime donc. La Chambre criminelle a précisé qu'il n'était pas nécessaire cependant de renvoyer l'affaire si l'avocat choisi était absent tant que l'accusé était défendu par un avocat commis d'office[886].

Si le libre choix de l'avocat est mis en avant dans ces dispositions, il n'est pas pour autant absolu. En effet, la Chambre criminelle, soucieuse de la bonne administration de la justice, fait primer « *la nécessité d'assurer la continuité du cours de la justice et celle de permettre le jugement des accusés dans un délai raisonnable* » sur le libre choix du défenseur. Elle estime que les droits de la défense étant garantis « *dès lors qu'en l'absence du défenseur choisi par l'accusé, celui-ci a été assisté pendant toute la durée des débats par un avocat commis d'office qui avait obtenu un délai pour préparer la défense* »[887].

L'intervention obligatoire de l'avocat auprès de l'accusé est réitérée par l'article 317 au sein de la section régissant la comparution de l'accusé devant la cour d'assises. Le texte emploie un terme plus péremptoire qu'une simple invitation de l'accusé à choisir un avocat, désormais l'article énonce qu' « *à l'audience, la présence d'un défenseur auprès de l'accusé est obligatoire* »[888]. Encore une fois, le président de la cour d'assises est chargé de veiller à ce qu'un avocat commis d'office soit désigné si l'accusé ne choisit pas de défenseur ou si ce dernier ne se présente pas[889].

209. Dans le cas où l'accusé récuse son propre avocat, la jurisprudence a admis que le président puisse commettre d'office ce dernier[890]. Cette position est surprenante au regard de la défiance de l'accusé vis-à-vis de son défenseur mais la doctrine justifie ce raisonnement par le fait que « *l'avocat initial est le seul à connaître le dossier et l'accusé, en sorte qu'en le désignant d'office, le président évite le renvoi de l'affaire* »[891]. Cet arrêt démontre, une fois de plus, qu'entre le libre choix de l'avocat et la nécessité d'assurer la continuité du cours de la justice, la Chambre criminelle fera primer cette dernière. De plus, bien que cette solution aille

---

[884] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n° 3240, p. 2145.
[885] Actes obligatoires prévus aux articles 269 et suivants du code de procédure pénale.
[886] Cass. Crim. 5 déc. 1990, n° 90-81.761 P.
[887] Cass. Crim. 5 déc. 1990, n° 90-81.761 P.
[888] Art. 317, al. 1er CPP.
[889] Art. 317, al. 2 CPP.
[890] Cass. Crim. 23 nov. 1994, n° 94-81.219 P: *D.* 1995. Somm. 321, obs. J. PRADEL.
[891] J. PRADEL, « Si l'accusé récuse son avocat, le président de la cour d'assises peut commettre d'office ce dernier », com. sous Cass. Crim. 23 nov. 1994, n° 94-81.219, *D.* 1995, p. 321.

à l'encontre de la volonté de l'accusé, elle soutient l'intérêt de celui-ci. En effet, l'avocat connait le dossier et est donc le plus à même de le défendre.

Les droits de la défense font donc l'objet d'une grande protection lors d'une audience criminelle, au point que la Chambre criminelle a considéré que n'était pas sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité, qui portait sur l'article 317 du code de procédure pénale, affirmant que cet article ne garantirait pas le droit à un accusé de se défendre[892].

210. À notre sens, l'intervention obligatoire de l'avocat auprès de l'accusé et le libre choix de ce dernier vis-à-vis de son défenseur se justifient par la procédure de l'audience criminelle et par l'enjeu de l'issue de cette audience. En effet, la procédure des sessions de cours d'assises est formalisée, ce qui se comprend au regard de la gravité des faits jugés. De plus, là où le tribunal correctionnel siège habituellement dans une salle d'audience moderne, les sessions de cours d'assises se tiennent avec solennité dans des salles au décorum impressionnant. Tous ces éléments peuvent déstabiliser l'accusé et compromettre sa défense. C'est pourquoi l'intervention d'un professionnel du droit, habitué à ce cadre particulier, est indispensable. En outre, « *l'importance de l'enjeu [...] justifie pleinement* »[893] la défense obligatoire mais aussi le libre choix de l'avocat. Rappelons que la peine de mort n'a été abolie qu'en 1981[894]. L'avocat de la défense pouvait donc être amené à convaincre les jurés à ne pas prononcer une telle peine[895]. Aujourd'hui, si la peine de mort ne fait plus partie de l'arsenal pénal, la peine de réclusion criminelle existe toujours. Les peines de réclusion criminelle encourues sont au minimum de quinze ans et peuvent être prononcées à perpétuité[896]. De plus, les peines privatives de liberté fermes, dont le quantum est égal ou supérieur à dix ans, peuvent être assorties d'une période de sûreté. Cette période de sûreté peut être portée jusqu'à vingt-deux ans en cas de condamnation à perpétuité[897], trente ans dans des cas exceptionnels[898]. Cette peine de réclusion à perpétuité assortie d'une période de sûreté de trente ans est vue comme une substitution, moins sanglante, à la peine de mort[899]. C'est pourquoi tout doit être mis en œuvre pour assurer la défense la plus effective à l'accusé. Or, l'intervention obligatoire de l'avocat auprès de l'accusé est un des premiers éléments qui permet de s'assurer de cette effectivité.

Enfin, la défense de l'avocat est également imposée lors de certaines procédures post-sentencielles.

---

[892] Cass., QPC, 19 mai 2010 ; *D.* 2010. Actu, p. 1352.

[893] J. PRADEL, « Si l'accusé récuse son avocat, le président de la cour d'assises peut commettre d'office ce dernier », com. sous Cass. Crim. 23 nov. 1994, n° 94-81.219, *D.* 1995, p. 321.

[894] Loi n° 81-908 9 oct. 1981 portant abolition de la peine de mort, *JORF* 10 oct. 1981 p. 2759.

[895] R. BADINTER, « La cour d'assises, souvenirs et enjeux », *Les Cahiers de la Justice*, 2017/4 (N° 4), p. 570 : « *Je savais que si l'avocat peut atteindre le cœur et la sensibilité des jurés, leur attention et émotion ne peuvent rester fixées longtemps. Dans une plaidoirie, vous ne pouvez pas simplement vous borner à discuter les faits, il y a nécessairement un rapport humain à établir. C'est la vérité humaine que l'avocat doit faire passer aux jurés pour leur faire comprendre que eux aussi, ils sont impliqués et que s'ils choisissent la mort, toute leur vie leur responsabilité sera engagée. Dans ces moments, la mort, invisible, mais toujours présente, rodait dans la cour d'assises* ».

[896] Art. 131-1 CP.

[897] Art. 132-23, al. 3 CPP.

[898] Art. 221-3, al. 2 et art. 221-4, al. 2 CPP.

[899] H. LECLERC, « La perpétuité incompressible, désespérante et inhumaine », par Henri Leclerc, *Libération*, 4 juill. 2022.

C. L'intervention de l'avocat imposée ponctuellement en phase post-sentencielle

211. La phase post-sentencielle vise la phase qui suit le prononcé d'une peine une fois que celle-ci est devenue définitive.

L'intervention de l'avocat lors du débat se tenant devant la chambre de l'application des peines a attiré notre attention. « *Par principe, l'assistance de l'avocat n'est pas obligatoire pour un condamné majeur* »[900]. Cela vaut tant pour la première que pour la seconde instance. Toutefois, « *devant la CHAP, le condamné n'est pas entendu et, par principe, il ne comparait donc pas. […] Cependant, des exceptions sont légalement prévues. Ainsi, le condamné sera entendu si la juridiction le décide : dans ce cas, son audition se fait en présence de son avocat, soit par le recours de la visioconférence, soit par un membre de la juridiction qui se déplace en établissement pénitentiaire. Par ailleurs, l'audition du condamné est de droit s'il ne s'est pas présenté à l'audience de la juridiction de première instance et que, d'une part, il n'est pas démontré qu'il a eu connaissance de la notification de la date d'audience et que, d'autre part, le jugement rendu a ordonné la révocation ou le retrait de la mesure dont il bénéficiait* »[901]. Ainsi, en phase post-sentencielle, la personne condamnée ne comparait pas nécessairement devant la chambre de l'application des peines.

Cependant, quand tel est le cas, l'avocat du condamné semble devoir être obligatoirement présent lors du débat. En effet, l'article 712-13 du code de procédure pénale dispose que la comparution de la personne condamnée n'est pas de droit. Elle n'a lieu que si la Cour en décide autrement. L'article précise alors que la personne est entendue « *en présence de son avocat ou ce dernier dûment convoqué* ». Certes, le texte n'impose pas que l'audition se fasse en présence systématique de l'avocat mais le texte ne prévoit pas la possibilité que la personne n'ait pas d'avocat. Rien ne laisse penser qu'il est possible que l'avocat soit absent ou que le condamné n'ait pas désigné d'avocat. L'article D. 49-42 du même code dispose également qu'au cours du débat, l'avocat de la personne condamnée est entendu et a la parole en dernier. Le texte ajoute qu'il est convoqué au plus tard quinze jours avant la tenue du débat. Aucune de ces dispositions ne comporte la formule « le cas échéant » ou des termes laissant penser que l'assistance de l'avocat est facultative. Il semblerait que la comparution de la personne condamnée se fasse nécessairement en présence de son conseil.

Un arrêt du 17 mars 2021 de la Chambre criminelle nous éclaire : « *la chambre de l'application des peines ne peut statuer sur l'appel formé par le ministère public contre une mesure d'aménagement de peine sans s'assurer que le condamné, s'il n'est pas représenté par un avocat, a reçu sa convocation à comparaître à l'audience* »[902]. En l'occurrence, la personne condamnée aurait pu comparaitre et se défendre seule. La constitution d'avocat n'est donc pas obligatoire devant la chambre de l'application des peines, même si la personne est convoquée.

212. L'intervention obligatoire de l'avocat est, en revanche, certaine devant les juridictions régionale et nationale de rétention de sûreté.

---

[900] A. PONSEILLE, *Droit de l'exécution des peines*, Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2021, n°188, p. 128.
[901] A. PONSEILLE, *op. cit.*, n°186, p. 126.
[902] Cass. Crim., 17 mars 2021, n°20-83.269.

La juridiction régionale de rétention de sûreté est saisie après une longue procédure ou lorsque la personne, faisant l'objet d'une surveillance de sûreté, ne respecte pas les obligations de cette mesure[903].

La première étape de cette longue procédure est la juridiction de jugement qui ne fait qu'envisager la possibilité de prononcer une rétention de sûreté. Il est ainsi possible que l'avocat général requière une peine de réclusion criminelle supérieure ou égale à 15 ans ainsi que la mention d'une possibilité d'une rétention de sûreté s'il estime la personne dangereuse. L'avocat de la défense, présent lors de l'audience criminelle, aura alors à cœur de faire diminuer le quantum de la peine ou d'empêcher la mention d'une telle mesure pour éviter le prononcé ultérieur de la rétention de sûreté.

Dans le cas où la juridiction de jugement mentionne la possibilité de prononcer une rétention de sûreté, l'avocat n'interviendra à nouveau que devant la juridiction régionale de rétention de sûreté qui prend véritablement la décision de prononcer ou non une telle mesure. L'intervention de l'avocat est alors obligatoire. En effet, l'article 706-53-15 dispose, en son alinéa 2, que : « *le condamné est assisté par un avocat choisi ou commis d'office* ». L'assistance de l'avocat est confirmée par la partie réglementaire du code de procédure pénale qui prévoit que lors du débat, la juridiction régionale de rétention de sûreté doit entendre « *le procureur général, la personne concernée et son avocat* »[904]. L'emploi de la conjonction de coordination « et » nous confirme que l'avocat est présent lors du débat.

En cas de recours, la décision est alors portée devant la juridiction nationale de rétention de sûreté devant laquelle l'intervention de l'avocat est aussi obligatoire[905]. Comme pour les juridictions de droit communs, ces deux juridictions de premier et de second degré sont tenues d'une obligation de motivation[906] de leur décision, ainsi, un recours peut être déposé par l'avocat si la motivation fait défaut.

Le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat auprès de ces juridictions se justifie sans doute par la nature de la rétention de sûreté. Le Conseil constitutionnel a été le premier à reconnaitre l'ambigüité de cette mesure dans sa décision du 21 février 2008. Il admettait qu'il ne s'agissait ni d'une peine, ni d'une sanction ayant le caractère d'une punition. Cependant, au regard de la privation de liberté, du caractère renouvelable de la mesure et du fait qu'elle soit prononcée après une condamnation par une juridiction de jugement, cette mesure ne pouvait être prononcée à des personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi[907], à la différence des autres mesures de sûreté qui sont d'application rétroactive. « *Cette décision confuse exprime ainsi le malaise qui habite le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les mesures de sûreté […]* »[908]. Le régime d'application de la loi dans le temps n'est en effet pas le

---

[903] Comme cela a été vu au paragraphe § n°146.
[904] Art. R. 53-8-40, al. 6 CPP.
[905] Art. R. 53-8-42, al. 5 CPP.
[906] L. GRÉGOIRE, « Les juridictions de la rétention de sûreté et le droit commun » com. sous Cass. Crim. 28 mars 2018, *AJ pénal* 2018, p. 327 : « *Or, il faut le rappeler, la JNRS est une juridiction d'appel, qui statue donc en droit comme en fait et qui est, comme la JRRS, titulaire d'une obligation de motivation de ses décisions* ».
[907] Consid. 9-10, Cons. constit., 21 févr. 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n° 2008-562 DC, *JORF* n°0048 26 févr. 2008 p. 3272, texte n° 2.
[908] H. CAPPADORO, *Les sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2018, p. 63.

même entre une mesure de sûreté et une peine[909]. Robert BADINTER a qualifié la rétention de sûreté de « *peine après la peine* »[910] mais il s'agit bel et bien d'une mesure de sûreté[911]. La rétention de sûreté constitue ainsi une mesure particulièrement sévère étant donné que la personne a déjà exécutée sa peine privative de liberté. Elle ne peut donc plus être condamnée à nouveau à une peine privative de liberté pour ces faits[912]. Or, étant donné que la rétention de sûreté est une mesure de sûreté, ce n'est pas la culpabilité de la personne qui est prise en compte mais sa dangerosité. À ce titre, une personne qui a déjà exécuté une peine privative de liberté de 15 au moins peut ainsi être à nouveau privée de liberté.

Ainsi, l'assistance obligatoire est bienvenue car la personne vient de finir d'exécuter une longue peine privative de liberté et elle encourt à nouveau un enfermement. Par ailleurs, cet enfermement peut être renouvelé tant que les conditions sont remplies[913]. La personne ne connait donc pas à l'avance la durée totale de la rétention de sûreté qu'elle va devoir effectuer. La rétention de sûreté constitue une telle atteinte aux droits de la personne qu'il est normal que l'intervention de l'avocat soit imposée lors du débat.

213. Conclusion de la section 1 : La reconnaissance des droits de la défense a été faite pour bon nombre de procédures conduisant au prononcé d'une mesure privative de liberté. Une telle reconnaissance se manifeste notamment par l'intervention obligatoire de l'avocat. Ce dernier doit assister les personnes privées de liberté ayant un statut particulier comme les mineurs ou les personnes atteintes de troubles mentaux : ceux que le droit civil désigne comme des « incapables ». La qualité de la personne n'est pas le seul élément pris en compte pour imposer l'intervention de l'avocat. En effet cette intervention peut être imposée en fonction de la procédure mise en œuvre. Ces différentes procédures font partie du procès pénal, dans son acception la plus large, car elles peuvent avoir lieu en phase pré-sentencielle, sentencielle ou post-sentencielle. La raison du caractère obligatoire de cette intervention semble répondre à des exigences différentes. En effet, pour la phase pré-sentencielle, l'intervention obligatoire pourrait être motivée par le fait de placer dans un établissement pénitentiaire une personne dont il n'a pas encore été établi qu'elle soit coupable. Par cette intervention obligatoire du défenseur, le principe de présomption d'innocence est aussi protégé. Pour ce qui est de la phase sentencielle, l'intervention obligatoire semble être motivée par le court délai entre la mise en

---

[909] Pour exemple, les arrêts de la Chambre criminelle qui ont qualifié tour à tour les interdictions de l'article 706-136 du code de procédure pénale de peines puis de mesures de sûreté, modifiant ainsi leur application dans le temps (Cass. Crim. 21 janv. 2009 n° 08-83.492 P : *D.* 2009. AJ 374 ; *ibid.*, p. 1111, note H. MATSOPOULOU ; *AJ pénal* 2009, p. 178, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Dr. pénal* 2010. Chron. 1, obs. D. GUÉRIN ; Cass. Crim. 16 déc. 2009, n° 09-85.153).

[910] R. BADINTER, « La prison après la peine », Le Monde, 27 nov. 2007 cité dans C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC* 2008, p. 731.

[911] L. GRÉGOIRE, « Les juridictions de la rétention de sûreté et le droit commun » com. sous Cass. Crim. 28 mars 2018, AJ pénal 2018, p. 327 : « *Car oui, bien que sa qualification soit critiquée, bien que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) adopte une position contrastée à l'égard de son homologue allemand (CEDH 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne ; CEDH 7 janv. 2016, Bergmann c/ Allemagne), la rétention de sûreté française est bien, légalement, une mesure de sûreté.* ».

[912] Selon l'adage *non bis in idem.*

[913] Art. 706-53-16 CPP.

œuvre de l'action publique et la tenue de l'audience. Quant aux audiences criminelles, elles peuvent conduire au prononcé d'une longue peine d'emprisonnement. L'intervention obligatoire de l'avocat aux côtés de l'accusé donnerait toutes les garanties à ce dernier d'éviter le prononcé d'une telle peine. Enfin, en phase post-sentencielle le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat peut être justifié par le caractère contraignant de la mesure envisagée – une rétention de sûreté –, par ses caractères sévère et renouvelable. L'intervention obligatoire de l'avocat apparait alors comme un moyen d'assurer la défense la plus effective face à des personnes particulièrement vulnérables ou face à des enjeux très importants.

Section 2 Le droit étendu de l'assistance par un avocat

214. L'intervention de l'avocat auprès des personnes privées de liberté peut être imposée en fonction de la qualité de la personne ou en fonction de la procédure en cours.

Dans les autres cas, les personnes privées de liberté ne bénéficient que d'un simple droit à l'assistance d'un avocat auquel elles peuvent renoncer. Ce droit a été étendu à bon nombre de mesures privatives de liberté et fait l'objet d'une grande protection (1er paragraphe). Cependant, l'étude des textes nous révèle une ambivalence de ce droit à l'assistance d'un avocat qui peut être aussi limité (2nd paragraphe).

1er paragraphe : L'augmentation et la consolidation de l'intervention de l'avocat

215. L'intervention de l'avocat auprès des personnes privées de liberté a augmenté au point de se généraliser à de nombreuses procédures relatives à des mesures privatives de liberté (A). En plus d'une augmentation, ce droit a été consolidé par des garanties procédurales (B).

A. Une intervention augmentée par la diffusion du droit d'être assisté par un avocat

216. Le droit à l'assistance d'un avocat est désormais garanti dans de nombreuses mesures privatives de liberté. Toutefois, ce droit n'est que facultatif, la personne privée de liberté peut donc renoncer à l'exercer (1). L'accès à l'aide juridictionnelle permet de rendre effectif ce droit (2).

1) Une intervention soumise à la volonté de l'individu

217. Pour de nombreuses mesures privatives de liberté, l'intervention de l'avocat ne dépend que de la volonté de la personne privée de liberté. Cette dernière a en effet le pouvoir d'exercer ou non son droit à l'assistance d'un avocat.

Il est possible d'affirmer qu'il ne s'agit que d'une défense facultative au vu de l'ensemble des termes employés dans les différents textes régissant ce droit à l'avocat. Ainsi, le verbe « pouvoir » est souvent évoqué dans les articles comme en garde à vue où « *dès le début de la garde à vue, la personne **peut** demander à être assistée par un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle **peut** demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier* »[914]. Tel est le cas également dans une citation à comparaitre à une audience correctionnelle : « *La citation informe le prévenu qu'il **peut** se faire assister d'un avocat de son choix ou, s'il en fait la demande, d'un avocat commis d'office* »[915]. Cette disposition est identique en matière de la convocation par officier de police judiciaire à une audience correctionnelle[916]. Le verbe « pouvoir » est aussi employé quand il s'agit de l'assistance d'un condamné pour des actes de terrorisme devant la commission de

[914] Art. 63-3-1, al. 1er CPP.
[915] Art. 390, al. 2 CPP.
[916] Art. 390-1, al. 2 CPP.

l'article 720-5 du code de procédure pénale selon le premier alinéa de l'article R. 49-81-3 du même code : « *Le condamné **peut** être assisté de son avocat* ».

Les textes régissant les décisions du juge de l'application des peines ou du tribunal de l'application des peines comportent la formule « *le cas échéant* »[917] quand il s'agit d'entendre les observations de l'avocat. « Le cas échéant » signifie « si l'occasion se présente »[918], il n'est donc pas certain que le défenseur intervienne auprès de la personne condamnée. La personne condamnée peut choisir son avocat ou demander qu'il lui en soit désigné un d'office[919]. De la même manière, l'article L. 222-3 alinéa 2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que : « *Le juge des libertés et de la détention statue […] après audition de l'intéressé, ou de son conseil s'il en a un* ». La conjonction de subordination « si » souligne qu'il n'est pas certain que la personne soit assistée d'un défenseur.

218. Dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen – décerné à l'encontre de personnes recherchées pour l'exercice de poursuites pénales ou d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté –, l'exercice des droits de la défense, notamment du droit à l'assistance par un avocat, fait l'objet d'une grande protection car la personne peut faire l'objet d'une privation de liberté[920] lors de l'exécution de ce mandat d'arrêt européen. Ainsi, lorsque la France est l'État d'exécution[921] du mandat d'arrêt européen, il est de son devoir d'aviser la personne qu'elle « peut » être assistée de l'avocat de son choix ou d'un avocat commis d'office[922]. Ce droit est réaffirmé lorsque la personne faisant l'objet du mandat est entendue par la chambre de l'instruction : « *Le ministère public et la personne recherchée sont entendus, cette dernière assistée, **le cas échéant**, de son avocat et, s'il y a lieu, en présence d'un interprète* »[923].

Le code de procédure pénale prévoit une particularité en cas de mandat décerné pour l'exercice de poursuites pénales. La volonté d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat s'inverse alors. En effet, l'alinéa 2 de l'article 695-44 du code de procédure pénale dispose que la personne recherchée ne peut être entendue qu'en présence de son avocat « *à moins qu'elle*

---

[917] Art. 712-6, al. 1er et art. 712-7, al. 2 CPP.

[918] A. REY (dir.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 3e éd., Le Robert, coll. Le Robert micro, 2006, p. 425.

[919] Art. D. 49-14 CPP : « *Pour l'application des dispositions des articles 712-6,712-7 et 712-8, le condamné peut faire connaître au juge de l'application des peines le nom de l'avocat choisi par lui : le choix de l'avocat par le condamné détenu peut aussi résulter du courrier adressé à celui-ci par cette personne et le désignant pour assurer sa défense et dont une copie est remise par l'avocat au juge de l'application des peines. Le condamné peut également demander au juge de l'application des peines qu'il lui en soit désigné un d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats ; le bâtonnier est avisé de cette demande par tous moyens et sans délai* ».

[920] Art. 695-28, al. 1 et 2 CPP : « *À la suite de la notification du mandat d'arrêt européen, s'il décide de ne pas laisser en liberté la personne recherchée, le procureur général la présente au premier président de la cour d'appel ou au magistrat du siège désigné par lui.*
Le premier président de la cour d'appel ou le magistrat du siège désigné par lui ordonne l'incarcération de la personne recherchée à la maison d'arrêt du siège de la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle a été appréhendée, à moins qu'il n'estime que sa représentation à tous les actes de la procédure est suffisamment garantie ».

[921] Si en revanche, la France est l'État d'émission du mandat d'arrêt européen, il incombera à l'État membre d'exécution de faire respecter les droits de la défense en fonction de sa législation lors de l'arrestation de la personne. Ce cas ne sera pas traité.

[922] Art. 695-27, al. 2 CPP.

[923] Art. 695-30, al. 3 CPP.

n'y renonce expressément ». En l'occurrence, ce n'est pas la volonté de la personne d'exercer son droit qui est recherchée, c'est le refus d'un tel exercice qui est mis en avant. Le droit à l'assistance d'un avocat s'applique donc d'office à moins que la personne faisant l'objet du mandat d'arrêt européen ne s'y oppose.

219. En outre, certaines dispositions font référence à la « faculté » de se faire assister par un défenseur. Tel est le cas pour les commissions de discipline en détention au cours desquelles, selon les anciennes dispositions du code de procédure pénale, « *la personne détenue dispose de la **faculté** de se faire assister par un avocat de son choix ou par un avocat désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats et peut bénéficier à cet effet de l'aide juridique* »[924]. Le code pénitentiaire emploie les mêmes termes à la différence qu'il ne vise pas « la » personne détenue mais « chaque » personne détenue[925] afin d'intégrer toutes les personnes détenues adultes. Les dispositions relatives à l'audience correctionnelle garantissent également que « le *prévenu qui comparaît a la **faculté** de se faire assister par un défenseur* »[926].

Seuls les textes relatifs à la retenue dans les geôles d'un tribunal font référence à la « possibilité »[927] de s'entretenir avec un avocat. Enfin, un grand nombre de dispositions emploie le terme « droit », tel est le cas des dispositions régissant la retenue pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire à l'article 141-4 du code de procédure pénale : « *[La personne bénéficie] 3° Du **droit** d'être assistée par un avocat, conformément aux articles 63-3-1 à 63-4-3* » ou de celles régissant la retenue pour non-respect des obligations issues des articles 131-9 et 131-11 du code pénal prévue à l'article 709-1-1 du même code : « *La personne retenue est immédiatement informée […] du fait qu'elle bénéficie : 3° Du **droit** d'être assistée par un avocat, conformément aux articles 63-3-1 à 63-4-3* ». Dans le cadre d'une retenue pour l'exécution d'un mandat d'arrêt, de recherche ou d'amener, l'article 133-1 du code de procédure pénale dispose que « *[…] **La personne a le droit** […] **d'être assistée d'un avocat** dans les conditions prévues aux articles 63-3-1 à 63-4-4* ». Lors du défèrement devant le procureur de la République, ce dernier informe la personne « ***qu'elle a le droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office*** »[928]. Ce « droit » à l'assistance d'un avocat est également garanti à la personne comparaissant devant le juge des libertés et de la détention qui doit se prononcer sur un maintien en zone d'attente[929] ou sur une rétention administrative[930]. Pour finir, la

---

[924] Anc. Art. R. 57-7-16 II CPP.
[925] Art. R. 234-16 C. pénit.
[926] Art. 417, al. 1er CPP.
[927] Art. 803-2 et art. 803-3, al. 1 et 4 : « *En cas de nécessité et par dérogation aux dispositions de l'article 803-2, la personne peut comparaître le jour suivant et peut être retenue à cette fin dans des locaux de la juridiction spécialement aménagés […] la personne doit avoir la **possibilité** […] de s'entretenir, à tout moment, avec un avocat désigné par elle ou commis d'office à sa demande. L'avocat peut demander à consulter le dossier de la procédure* ».
[928] Art. 393, al. 2 CPP.
[929] Art. R. 342-20 CESEDA : « *Dès réception de la requête aux fins de prolongation, le greffier avise l'étranger de son **droit** de choisir un avocat. Le juge lui en fait désigner un d'office si l'étranger le demande* ».
[930] Art. R. 743-21 CESEDA : « *Dès réception de la requête aux fins de prolongation, le greffier avise l'étranger de son **droit** de choisir un avocat. Le juge des libertés et de la détention lui en fait désigner un d'office si l'étranger le demande* ».

personne étrangère est également informée de ce droit lors d'une retenue pour vérification de son droit de circuler ou séjourner en France[931].

220. Le législateur ne cherche donc pas à harmoniser les termes qu'il emploie pour désigner le droit à l'assistance d'un avocat. Cependant, peu importe la formule employée, il ressort clairement des textes que le droit de bénéficier de l'assistance de l'avocat est un droit auquel peut renoncer la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté.

Néanmoins, une fois que la personne intéressée a décidé d'exercer son droit, les autorités en charge de la mesure privative de liberté se chargent de le rendre effectif[932]. La Cour européenne des droits de l'Homme reconnait le droit de choisir librement son avocat[933] sans conférer toutefois un caractère absolu à ce droit, malgré l'importance de relations de confiance entre l'avocat et son client[934].

221. Cette liberté de choix de l'avocat se manifeste également par le fait qu'il est possible de changer d'avocat au cours de la procédure. Ainsi, dans le cadre d'une instruction, la personne mise en examen peut faire connaitre le changement d'avocat par déclaration au greffe de l'instruction ou au chef de l'établissement pénitentiaire[935]. Dans un arrêt de 2020, la Chambre criminelle a toutefois précisé qu'il ne ressort pas des textes une quelconque obligation pour le juge d'instruction de réitérer la convocation en cas de désignation d'un nouvel avocat après la date à laquelle cette convocation a été expédiée[936]. Cette position de la Cour de cassation est pour le moins surprenante car elle entre en contradiction avec l'article 114 du code de procédure pénale qui dispose que les parties ne peuvent être interrogées ou confrontées qu'en présence de leur avocat, ce dernier étant convoqué dans un délai de 5 jours avant l'interrogatoire[937]. La jurisprudence semble entrer en contradiction avec la lettre du texte qui impose que les parties soient entendues en présence de leur avocat. Or, si l'on ne s'assure pas de transmettre à l'avocat nouvellement désigné, comment s'assurer qu'il sera bien présent le jour de l'interrogatoire ? L'information de la date de convocation semble alors peser sur le confrère, si la personne a désigné plusieurs avocats, ou sur la personne mise en examen elle-

---

[931] Art. L. 813-5 CESEDA : « *L'étranger […] est aussitôt informé […] du fait qu'il bénéficie des* ***droits*** *suivants : […] 2° Être assisté, dans les conditions prévues à l'article L. 813-6, par un avocat désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier, qui est alors informé de cette demande par tous moyens et sans délai* ».

[932] Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 15 au 27 novembre 2015, 7 avr. 2017, p. 18, n°21 : « *Dans la pratique, il est apparu que ces personnes avaient en général un accès effectif à un avocat* ».

[933] CEDH, 25 avr. 1983, PAKELLI c/ Allemagne, req. n° 8398/78, série A n°64, §31.

[934] CEDH, Gr. Ch., 20 oct. 2015, DVORSKI c/ Croatie, n° 25703/11, § 79, *D. actu.*, 2 nov. 2015, obs. A. PORTMANN ; *D.* 2016, p. 225, obs. J.-F. RENUCCI : « *Malgré l'importance de relations de confiance entre un avocat et son client, ce droit [à l'assistance par un défenseur de son choix] n'est pas absolu* » ; CEDH, 26 juill. 2002, MEFTAH et autres c/France, n° 32911/96, 35237/97 et 34595/97, § 45 ; CEDH, 25 sept. 1992, CROISSANT c/ Allemagne, n° 13611/88, § 29 : « *À la vérité, l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c) reconnaît à tout accusé le droit à l'assistance d'un défenseur de son choix (arrêt PAKELLI c. Allemagne du 25 avril 1983, série A n° 64, p. 15, par. 31). Néanmoins, et malgré l'importance de relations confiantes entre avocat et client, on ne saurait prêter à ce droit un caractère absolu* ».

[935] Art. 115 CPP.

[936] Cass. Crim. 8 janv. 2020, n°18-86517, P.B.I., F. FOURMENT, « Validité irrévocable de la convocation régulièrement délivrée à la défense », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 18, p. 64.

[937] Art. 114, al. 1er et al 2 CPP.

même. Cette position est d'autant plus surprenante que les dossiers d'instruction peuvent présenter une certaine complexité et embaucher un nouvel avocat peut engendrer des frais supplémentaires, il n'est donc pas établi que les personnes mises en examen changent régulièrement de conseil.

Qu'en est-il si la personne refuse d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat puis se ravise ? La Chambre criminelle s'est exprimée sur ce point notamment en matière de garde à vue. Ainsi, si la personne placée en garde à vue refuse l'assistance d'un avocat lors de la notification des droits puis décide du contraire, elle doit bénéficier de cette assistance[938]. Dans le cas contraire, la garde à vue sera frappée de nullité[939]. Cette sanction est bienvenue car la personne gardée à vue dispose de son droit à l'assistance d'un avocat, y renoncer en début de mesure privative de liberté ne la prive pas pour autant de manière définitive de ce droit. L'assistance d'un avocat dépend donc de la volonté de la personne suspectée et n'est plus soumise à une condition de « moment » où cette volonté est exprimée.

222. En outre, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 63-3-1 du code de procédure pénale, il peut arriver que l'avocat soit choisi non pas par la personne gardée à vue mais par un proche de cette dernière. Cette désignation « *doit corrélativement lui être aussitôt notifiée afin [qu'elle] puisse la confirmer* »[940]. La Chambre criminelle, tout en confirmant le droit du gardé à vue de bénéficier à tout moment de l'assistance d'un avocat, admet ce choix du conseil par un tiers tant qu'il s'agit d'une « *personne régulièrement avisée de la mesure de garde à vue en application de l'article 63-2 du code de procédure pénale* »[941]. De plus, cette désignation « *doit corrélativement être aussitôt notifiée [au gardé à vue] afin qu'il puisse la confirmer* »[942]. Cette confirmation se justifie car le mis en cause est le titulaire du droit à l'assistance d'un avocat. Il peut ainsi confirmer ou infirmer la désignation faite par un proche mais en aucun cas le proche ne peut exercer ce droit à la place du gardé à vue.

L'extension du droit à l'assistance d'un avocat est notamment encouragé par l'accès à l'aide juridictionnelle.

2) Une intervention encouragée par l'accès à l'aide juridictionnelle

223. La Convention européenne des droits de l'Homme en son article 6.3 c) dispose que l'accusé a le droit de : « *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et,* ***s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement***

---

[938] Cass. Crim. 5 nov. 2013, n° 13-82.682 P : *D. actu*. 25 nov. 2013, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; *D.* 2013. Actu. 2646 ; *AJ pénal* 2014, p. 90, obs. P. de COMBLES de NAYVES ; *Procédures* 2014, p. 23, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal*. 9 févr. 2014, p. 40, note F. FOURMENT.

[939] P. de COMBLES de NAYVES, « En garde à vue, la désignation de l'avocat peut se faire à tout moment » com. sous Cass. Crim. 5 nov. 2013, *AJ pénal* 2014, p. 90.

[940] Cass. Crim. 4 oct. 2016, n° 16-81.778 P : *AJ pénal* 2016, p. 598, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2017. Chron. 8, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2016, n° 378, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *RSC* 2016, p. 802, note F. CORDIER.

[941] Crim 19 oct. 2021, n° 21-81.569.

[942] Cass. Crim. 4 oct. 2016, n° 16-81.778 P : *AJ pénal* 2016, p. 598, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2017. Chron. 8, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2016, n° 378, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *RSC* 2016, p. 802, note F. CORDIER.

par un avocat d'office**, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ». Ce droit d'être assisté gratuitement par un avocat est aussi consacré par le Pacte international des droits civiques et politiques qui dispose à l'article 14.2 que : « *d) chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, [la personne a droit] à se voir attribuer **d'office** un défenseur, **sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer ».

Il ressort de ces textes que l'aide juridictionnelle est indissociable de la commission d'office[943]. Or, il n'en est rien. En droit français, un justiciable peut bénéficier de l'aide juridictionnelle même s'il a choisi un avocat[944], à condition que ce dernier accepte d'être rémunéré par cette aide. De plus, si la personne ne remplit pas les conditions pour l'aide juridictionnelle, elle devra payer son avocat même si celui-ci a été commis d'office. La commission d'office signifie que le justiciable ne connait pas d'avocat et demande que le bâtonnier lui en désigne un.

224. L'aide juridictionnelle est ainsi réglementée par la loi du 10 juillet 1991[945]. Le décret du 19 décembre[946] de la même année a été abrogé par le décret du 28 décembre 2020[947] qui est l'un des textes – avec les lois du 28 décembre 2019[948] et du 29 décembre 2020[949] modifiant notamment le plafond de l'aide – à avoir réformer l'aide juridictionnelle. Ainsi, l'aide juridictionnelle peut être accordée en tout ou partie des honoraires de l'avocat en fonction des ressources de la personne qui sollicite une telle aide[950]. Le domaine de l'aide juridictionnelle recouvre la « *matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense devant toute juridiction* »[951]. Toutefois, cela ne signifie pas qu'une aide financière n'est pas prévue pour les procédures non juridictionnelles. En effet, les articles 64 à 64-4 de la loi du 10 juillet 1991 prévoient une rétribution à l'avocat assistant une personne placée en garde à vue, en retenue douanière, en retenue aux fins de vérification du droit de circulation lorsqu'il s'agit d'un étranger, ou pour une personne déférée devant le procureur de la République. Une rétribution est également prévue pour l'avocat assistant une personne comparaissant devant une commission de discipline en détention, devant la commission de l'application des peines ou une personne retenue dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté, s'agissant des décisions prises à son encontre pour assurer le bon ordre du centre.

L'aide juridictionnelle n'est normalement accordée que pour les personnes physiques de nationalité française ou des ressortissants européens. Toutefois, des exceptions sont admises notamment pour les étrangers qui peuvent se voir accorder l'aide juridictionnelle « *lorsqu'ils sont mineurs, témoins assistés, mis en examen, prévenus, accusés, […] ou lorsqu'ils font l'objet*

---

[943] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, p. 378 : « *Dans les instruments internationaux- et dans l'esprit de beaucoup- assistance gratuite d'un avocat et commission d'office sont deux questions indissociables* ».
[944] Cass. Civ. 1ère, 4 avr. 1995, *B.* n° 156.
[945] Loi n° 91-647 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°0162 13 juill. 1991, p. 9170.
[946] Décret n° 91-1266 19 déc. 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°0296 20 déc. 1991 p. 16609.
[947] Décret n° 2020-1717 28 déc. 2020 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, *JORF* n°0314 29 déc. 2020, texte n° 32.
[948] Loi n° 2019-1479 28 déc. 2019 de finances pour 2020, *JORF* n°0302 29 déc. 2019, texte n° 1.
[949] Loi n° 2020-1721 29 déc. 2020 de finances pour 2021, *JORF* n°0315 30 déc. 2020, texte n° 1.
[950] S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 15e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2019, n°196, p. 291.
[951] Art. 10, Loi n° 91-647 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°0162 13 juill. 1991, p. 9170.

de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, ainsi qu'aux personnes faisant l'objet [du maintien dans une zone d'attente et du placement en rétention administrative] »[952]. Les étrangers peuvent donc aussi bénéficier de cette aide lors de la mise en œuvre des mesures privatives de liberté précitées.

Après modification du décret du 24 juin 2021[953], les personnes justifiant d'un revenu fiscal inférieur ou égal à 11 262 euros (soit 938, 50 euros par mois) peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle totale, elle sera partielle si le revenu fiscal est inférieur ou égal à 16 890 euros (soit 1407, 50 euros par mois)[954]. Cette aide juridictionnelle n'est possible qu'avec l'aide de l'État qui reverse une rétribution à l'avocat[955]. Cette aide provenant de l'État pousse certains à penser que l'aide juridictionnelle ne devrait pas être accordée aux personnes ayant commis des infractions terroristes, une proposition de loi ayant été déposée en ce sens[956]. Toutefois, « *malgré ce qu'il incarne de plus odieux, le terroriste ne saurait échapper au respect de ses droits, ce qui est indissociable de l'octroi éventuel de l'aide juridictionnelle* »[957].

225. Par ailleurs, une difficulté a été portée à notre connaissance. Afin de bénéficier de l'aide juridictionnelle, les justiciables doivent remplir un formulaire et adresser certains documents au bureau de l'aide juridictionnelle se trouvant dans le tribunal territorialement compétent. Or, une lettre ouverte de l'association A3D (L'Association des Avocats pour la Défense des Droits des Détenus) a révélé que le bureau de l'aide juridictionnelle de Lille impose aux personnes détenues de fournir un justificatif du montant des rémunérations perçues au sein de l'établissement pénitentiaire ou un justificatif établissant qu'elles n'y exercent pas d'activité rémunérée. Les membres de l'association soulignent que les personnes détenues auront de la difficulté à obtenir de tels documents. Ainsi, ils déclaraient : « *cette demande de justificatif alourdit donc inutilement, et, par conséquent, freine l'accès au droit des personnes détenues* »[958].

Ce courrier est intéressant pour deux raisons. D'une part parce qu'il rappelle la situation de « dépendance » des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire. Obtenir un

---

[952] Art. 3, al. 3 Loi n° 91-647 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°0162 13 juill. 1991, p. 9170.

[953] Décret n° 2021-810 24 juin 2021 portant diverses dispositions en matière d'aide juridictionnelle et d'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, *JORF* n°0147 26 juin 2021, texte n° 11.

[954] Art. 4, al. 1er Loi n° 91-647 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°0162 13 juill. 1991, p. 9170 et art. 3 Décret n° 2020-1717 28 déc. 2020 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, *JORF* n°0314 29 déc. 2020, texte n° 32.

[955] Art. 27 Loi n° 91-647 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique : « *L'avocat qui prête son concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle perçoit une rétribution.*
L'État affecte annuellement à chaque barreau une dotation représentant sa part contributive aux missions d'aide juridictionnelle accomplies par les avocats du barreau.
Le montant de cette dotation résulte, d'une part, du nombre de missions d'aide juridictionnelle accomplies par les avocats du barreau et, d'autre part, du produit d'un coefficient par type de procédure et d'une unité de valeur de référence.
Le montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de l'unité de valeur de référence est fixé, pour les missions dont l'admission à l'aide juridictionnelle est prononcée à compter du 1er janvier 2017, à 32 € ».

[956] Prop. loi de M. PACCAUD et a. visant à supprimer l'aide juridictionnelle aux auteurs d'actes terroristes, Paris, Sénat, n° 423, 12 avr. 2018.

[957] V. BRINGARTH, « Faut-il supprimer l'aide juridictionnelle aux auteurs d'actes terroriste ? », *D. actu.* 17 mai 2018 cité dans Y. MAYAUD, « Terrorisme- Poursuites et indemnisation », *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, fév. 2020, n°485.

[958] A. MORINEAU, A. CHAUDEY, Lettre commune SAF / A3D au Bâtonnier de Lille, 11 janv. 2021.

document rapidement dépend uniquement de la célérité de l'administration pénitentiaire, ce qui peut freiner la personne détenue dans ses démarches. D'autre part parce qu'il rappelle le lien étroit entre droits de la défense et accès au juge. Empêcher un justiciable d'obtenir l'aide juridictionnelle – et donc d'être aidé financièrement pour avoir recours aux services d'un avocat – l'empêche *in fine* de saisir le juge et donc à faire entendre sa demande.

226. Ainsi, l'accord de l'aide juridictionnelle permet à des personnes qui n'en ont pas les moyens de s'offrir les services d'un avocat afin d'assurer leur défense, permettant ainsi d'atténuer les inégalités économiques[959]. L'objectif de cette aide financière apparait ainsi dans l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux : « *[…] Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ». L'aide juridictionnelle permet d'assurer en effet l'effectivité de l'accès à la justice car les personnes peuvent désormais saisir l'institution judiciaire grâce à l'aide d'un avocat. Mais l'aide juridictionnelle permet surtout de garantir l'effectivité des droits de la défense en ce qu'elle permet à des personnes, qui *a priori* ne pouvaient pas être défendues par un avocat, d'être assistées par un défenseur professionnel.

L'avocat intervient dans de nombreuses procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté, cette intervention est consolidée par la mise en place de garanties procédurales.

B. Une intervention consolidée par la mise en place de garanties procédurales

227. Afin de s'assurer de la notification du droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat, la procédure a mis en place certaines garanties (1), qui, si elles ne sont pas remplies, peuvent mener à une sanction (2).

1) L'information du droit à l'avocat effectuée par écrit dans la procédure pénale

228. Dans le cadre de la garde à vue, l'article 63-1 du code de procédure pénale prévoit que la personne doit être informée de certains de ses droits – dont le droit à l'assistance d'un avocat – *via* un formulaire écrit[960]. Ce texte opère un renvoi vers l'article 803-6 du code de procédure pénale qui dispose que « *Toute personne suspectée ou poursuivie soumise à une mesure privative de liberté en application d'une disposition du présent code se voit remettre, lors de la notification de cette mesure, un document énonçant, dans des termes simples et*

---

[959] T. FOSSIER, « Droits de la défense et personnes vulnérables », *RSC* 1998, p. 57, n°21 : « *L'avocat atténue la disparité économique, culturelle ou technique. La défense professionnelle a pour rôle de placer le plaideur à parité avec les autres acteurs de la procédure. Nous savons que son importance est trop faible en France aux côtés des personnes vulnérables pour que l'égalité des armes soit toujours garantie ; le fonctionnement de l'aide juridictionnelle est ici en cause* ».

[960] Art. 63-1, al. 15 CPP : « *En application de l'article 803-6, un document énonçant ces droits est remis à la personne lors de la notification de sa garde à vue* ».

accessibles et dans une langue qu'elle comprend, les droits suivants, dont elle bénéficie au cours de la procédure en application du présent code » et se trouve ainsi au 3° de cet article : « *Le droit à l'assistance d'un avocat* ».

L'article 803-6 vise « toute personne » ce qui signifie tant les majeurs que les mineurs. De plus, il précise « toute personne suspectée ou poursuivie », ce qui signifie que le texte a vocation à s'appliquer même quand le parquet n'a pas encore engagé de poursuites à l'encontre de la personne – comme lors de la garde à vue par exemple – mais aussi tant que la personne n'a pas été condamnée. Ainsi, l'article 803-6 n'est pas applicable à une personne condamnée à une peine privative de liberté.

229. Il est intéressant de remarquer que ce texte s'applique dès que la personne est soumise à une mesure privative de liberté. Le législateur semble admettre que ces personnes doivent bénéficier d'une information particulièrement scrupuleuse de leurs droits. Par ailleurs, l'application de cet article est étendue à la rétention douanière[961]. Hormis cette extension, cette garantie reste circonscrite à la procédure pénale.

Ceci peut se justifier car cet article est issu de la loi du 27 mai 2014[962] portant transcription de la directive européenne relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales[963]. L'article 3 de cette directive rappelle les différents droits procéduraux, dont le droit à l'assistance d'un avocat, qui doivent être portés à la connaissance de la personne suspectée ou poursuivie afin d'en garantir leur exercice effectif. Tandis que l'article 4 dispose que pour les personnes poursuivies arrêtées ou détenues, l'information de ces droits est effectuée par une déclaration de droits écrite.

Le législateur français a donc transposé ces exigences au droit français en veillant à l'information, par écrit, des personnes privées de liberté de leurs droits. « *Il restera notamment à concevoir la rédaction de ce formulaire afin d'assurer tout à la fois sa lisibilité et son effectivité* »[964].

Une fois la personne informée de ses droits, mention de cette information est portée sur un procès-verbal[965]. Le droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat fait l'objet d'une vérification particulière car l'article D. 15-5-5 du code de procédure pénale prévoit expressément que « *le procès-verbal établi en application de l'article 63-1 indique que la personne a été avisée de son droit de demander l'assistance d'un avocat dès le début de sa garde à vue ou à tout moment au cours de son déroulement* ».

De la même manière, une personne appréhendée dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen se voit notamment informée de son droit à l'assistance d'un avocat. Le code de procédure pénale ajoute que la mention de cette information doit être faite, à peine de nullité de la procédure, au procès-verbal[966].

---

[961] Art. 323-6, al. 10 C. Douanes : « *En application de l'article 803-6 du code de procédure pénale, un document énonçant ces droits est remis à la personne lors de la notification de sa retenue douanière* ».
[962] Loi n° 2014-535 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JORF* n°0123 28 mai 2014 p. 8864, texte n° 2.
[963] Directive (UE) 2012/13/UE du Parlement européen et du conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE 1er juin 2012, I. 142/1.
[964] S. PELLÉ, « Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I) », *D.* 2014, p. 1508.
[965] Art. 63-1, al. 14 CPP.
[966] Art. 695-27, al. 4 CPP.

Si cette garantie procédurale n'est pas respectée, la procédure peut ainsi être entachée d'irrégularité.

2) La sanction de la carence de la notification du droit à l'avocat

230. Le formalisme de l'instruction et de la garde à vue se justifie par les actes d'investigation –parfois attentatoires à la liberté du mis en examen– menés contre une personne présumée innocente[967]. Si ce formalisme est méconnu, une nullité est alors prononcée. La combinaison des articles 171 et 802 du code de procédure pénale nous apprend que la nullité d'un acte résulte de « *la violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité* »[968], ou quand les formalités substantielles de la procédure ont été méconnues. « *Constituent en réalité des formalités substantielles les règles essentielles de la procédure pénale* » telle que la protection des droits de la défense[969].

Une des conditions, pour constater la nullité, est que la méconnaissance des dispositions édictées à peine de nullité ou des formalités substantielles ait porté atteinte « *aux intérêts de la partie qu'elle concerne* »[970]. Étant précisé que les nullités dites « d'ordre public »[971] ne nécessitent pas la démonstration d'un grief, ce dernier étant réputé intrinsèque[972].

231. Qu'en est-il du document prévu à l'article 803-6 du code de procédure pénale évoqué auparavant ? La jurisprudence ne reconnait pas l'irrégularité de la procédure en cas de défaut de remise de ce document si la personne a été informée de ses droits par un autre moyen[973]. Ainsi, « *la remise du formulaire récapitulatif de droits est sanctionnée d'une nullité substantielle d'ordre privé soumise à la preuve d'un grief de la part de la personne intéressée* »[974]. Par conséquent, la remise de ce document est une garantie de l'information du droit à l'avocat mais il ne s'agit que d'une garantie secondaire, ce document ne vaut pas

---

[967] F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1845, Livre cinquième, § 445, p. 493 cité dans J. DANET, « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ pénal* 2005, p. 133 : « *N'y a-t-il pas dans toutes les procédures des règles qui ne sauraient être impunément violées, parce que l'instruction ne peut conduire à la vérité, parce que la justice pénale ne peut conserver son nom qu'à la condition de les observer ?* ».
[968] Art 802 CPP.
[969] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n° 2012, p. 1344.
[970] Art. 171 et 802 CPP.
[971] C. GUÉRY, P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire 2022-2023*, 11e éd., Paris, D. action, 2022, n°731.61, p. 1345.
[972] Les différentes nullités feront l'objet d'un plus grand développement en paragraphe § n° 356.
[973] Cass. Crim. 7 févr. 2017, n° 16-85.187 P: *D.* actu. 27 févr. 2017, obs. L. PRIOU-ALIBERT.; *AJ pénal* 2017, p. 241, obs. G. ROUSSEL : « *La nullité du procès-verbal de placement en garde à vue et des actes subséquents n'est pas encourue dès lors que l'intéressé, qui a bénéficié, par le truchement d'un interprète, de l'information de l'intégralité de ses droits mentionnés à l'article 63-1 aux différentes étapes de sa garde à vue et renoncé de manière non équivoque à l'assistance d'un avocat, ne démontre aucun grief résultant du défaut de remise du document prévu par l'art. 803-6* ».
[974] G. ROUSSEL, « Nature de la nullité résultant de l'absence de remise du formulaire récapitulatif », com. sous Cass. Crim. 7 févr. 2017, n° 16-85.187 P, *AJ pénal* 2017, p. 241.

notification des droits[975]. Notification[976] des droits et information[977] des droits doivent être distinguées car, lors de la notification des droits, les services de police et de gendarmerie font signer un procès-verbal à la personne qui comprend l'énumération de chacun de ses droits. Il est donc certain que la personne a pris connaissance de ces droits.

De plus, la jurisprudence rappelle que cette notification doit être effectuée par l'officier de police judiciaire immédiatement[978] après le début de la contrainte, même en l'absence d'audition entre le placement en garde à vue et la notification des droits[979]. Le respect des règles procédurales est donc essentiel pour le respect des droits des intéressés mais aussi pour la régularité de la procédure. Cette régularité est indispensable pour la recherche de la vérité car « *la violation d'une disposition concernant les droits de la défense entraîne la nullité de l'acte irrégulier, voire des actes subséquents ayant un lien avec cet acte* »[980].

232. La notification du droit à l'assistance d'un avocat est également exigée lors du défèrement de la personne devant le procureur de la République[981].

De plus, cette notification n'est pas l'apanage de la procédure pénale car une notification du droit à l'avocat est également prévue en droit des étrangers, qu'il s'agisse du maintien en zone d'attente[982] ou du placement en rétention administrative[983].

De telles formalités sont exigées lors de l'information d'une personne privée de liberté de son droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat pour s'assurer de l'effectivité des droits de la défense. La personne est libre d'exercer ce droit ou non mais il convient de s'assurer en premier lieu qu'elle a bien eu connaissance de ce droit.

---

[975] Cass. Civ. 1ère, 21 nov. 2012 : *Dr. pénal* 2013. Comm. 11, obs. A. MARON et M. HAAS : « *La remise du document d'information des droits, s'il ne vaut pas notification, n'est pas optionnelle* ».

[976] « Notification », S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 713 : « *Formalité par laquelle un acte extrajudiciaire, un acte judiciaire ou un jugement est porté à la connaissance des intéressés* ».

[977] « Information », A. REY (dir.), *op. cit.*, p. 702 : « *Renseignement ou évènement qu'on porte à la connaissance d'une personne, d'un public* ».

[978] Cass. Crim. 2 mai 2002, n° 01-88.453.

[979] Cass. Crim. 10 mai 2000, n° 00-81.201 P.

[980] J. PRADEL « Droits de la défense », in D ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., Paris, Lamy PUF, coll. Quadige-Dicospoche, 2003, p. 539.

[981] Art. 393, al. 6 CPP : « *Mention de ces formalités est faite au procès-verbal à peine de nullité de la procédure* » ; C. GUÉRY, « Comparution immédiate – Procédure devant le procureur de la République », *Rép. pén. Dalloz*, avril 2016 actualisation mars 2019, n°46 : « *L'article 393 précise, dans son dernier alinéa, que l'ensemble des formalités réalisées par le procureur de la République doit être porté au procès-verbal sous peine de nullité. Cette nullité […] est assujettie à la démonstration d'un grief : le défaut de notification du droit d'être assisté d'un avocat et averti des suites de la procédure n'entraîne pas la nullité, dès lors que l'intéressé a indiqué qu'il ne souhaitait pas être assisté, ce qui présume de la connaissance de son droit de l'être (Paris, 21 juin 2002, Juris-Data no 2002-189987)* ».

[982] Art. L. 221-4, al. 1er CESEDA : « *L'étranger maintenu en zone d'attente est informé, dans les meilleurs délais, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix et quitter à tout moment la zone d'attente pour toute destination située hors de France. Il est également informé des droits qu'il est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile. Ces informations lui sont communiquées dans une langue qu'il comprend.* ***Mention en est faite sur le registre mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 221-3, qui est émargé par l'intéressé*** ».

[983] CA Aix-en-Provence, 28 janv. 2020, n°2020/0108 : « *De même, ses droits au centre de rétention administrative lui ont été notifiés selon acte du 24 janvier 2020 à 14 heures 20, avec l'assistance d'un interprète. Dès lors, monsieur E X Z se disant E X A s'est bien vu notifier son droit à avocat* ».

Il ressort de ces éléments que le droit à l'assistance d'un avocat a été consolidé lors de la mise en œuvre de mesures privatives de liberté. Cependant, dans certaines mesures privatives de liberté, ce droit peut faire l'objet d'une atteinte voire n'est tout simplement pas garanti.

2nd paragraphe : L'intervention fragilisée de l'avocat

233. Il a été démontré que l'assistance d'un avocat pouvait être imposée en fonction de la qualité de la personne ou de la procédure en cours. En dehors de ces cas ponctuels, l'intervention de l'avocat a été étendue à de nombreuses procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté afin de tendre vers l'effectivité des droits de la défense de la personne privée de liberté.

Cependant, cette effectivité semble être entravée lors de la garde à vue de personnes ayant commis ou tenté de commettre des infractions graves (A). En outre, l'effectivité des droits de la défense n'est même pas garantie pour certaines mesures privatives de liberté, où l'avocat n'a tout simplement pas vocation à apparaître (B).

A. L'intervention de l'avocat en garde à vue différée en contradiction avec les impératifs des droits de la défense

234. Il n'existe pas qu'un unique régime de garde à vue. Il existe un régime de droit commun et deux régimes dérogatoires. Au sein de ces régimes dérogatoires, une particularité attire notre attention : la possibilité de différer l'intervention de l'avocat auprès de la personne gardée à vue. Ces régimes dérogatoires dépendent de la commission ou de la tentative de commission de certaines infractions : des délits et crimes aggravés prévus par la loi (1) ou des infractions terroristes ou relatives aux stupéfiants (2).

1) Le report décidé pour des raisons tenant aux circonstances de l'affaire

235. Comme cela a été évoqué, depuis la loi du 15 juin 2000[984] l'avocat peut intervenir dès le début de la garde à vue. Cependant, les alinéas 4 à 6 de l'article 63-4-2 du code de procédure pénale prévoient le report exceptionnel de l'intervention de l'avocat dans le cadre du régime de droit commun de la garde à vue. En effet, le report de l'intervention peut être décidé « *si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* »[985].

L'intervention de l'avocat peut alors être reportée de douze heures sur décision du procureur de la République, au-delà de la douzième heure et jusqu'à la vingt-quatrième heure, cette

[984] Loi n° 2000-516 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n° 0138 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.
[985] Art. 63-4-2, al. 4 CPP.

décision est prise par le juge des libertés et de la détention sur requête du procureur de la République[986].

236. Un tel report est également prévu au sein du vingt-cinquième titre du code de procédure pénale qui régit la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées et aux crimes. Ce titre a été créé par la loi du 9 mars 2004[987] dont « *l'un des points forts [était] la lutte contre la criminalité organisée* »[988]. L'article 706-73 liste les infractions faisant partie de cette catégorie[989].

Si une personne soupçonnée de l'une de ces infractions est placée en garde à vue, le régime appliqué sera le régime dérogatoire prévu à l'article 706-88 du code de procédure pénale. Or, il existe deux différences entre ce régime spécial et le régime de droit commun de la garde à vue : la durée de la garde à vue et le moment de l'intervention de l'avocat. Alors que le régime de droit commun de la garde à vue prévoit que la durée de la mesure ne peut excéder quarante-huit heures[990], cette durée est allongée jusqu'à quatre-vingt-seize heures pour les infractions relevant du vingt-cinquième titre. Enfin, l'article 706-88 dispose en son alinéa 6 que l'intervention de l'avocat de la personne placée en garde à vue pour une infraction entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 pourra être différée pour une durée ne pouvant excéder quarante-huit heures. Cette intervention ne peut être différée qu'« *en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes* ». Cette décision du report est prise par le procureur de la République jusqu'à la fin de la vingt-quatrième heure. Au-delà de cette vingt-quatrième heure, la décision sera prise par un juge du siège : le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction si la garde à vue est exécutée lors d'une commission rogatoire.

237. Ainsi, qu'il s'agisse du régime de droit commun ou du régime dérogatoire de la garde à vue prévu à l'article 706-88 du code de procédure pénale, l'intervention de l'avocat peut être reportée à la moitié de la durée de la garde à vue. Cependant, nous remarquons que si ce report n'est décidé qu'à titre exceptionnel et doit être indispensable pour le régime de droit commun, de telles exigences ne sont pas imposées pour les infractions relevant de l'article 706-73.

Par ailleurs, les objectifs recherchés par ce report sont beaucoup plus difficiles à atteindre en matière de droit commun. En effet, bien que les deux textes énoncent les mêmes objectifs touchant à la manifestation de la vérité – recueil ou conservation des preuves– ou concernant la sécurité des personnes, l'article 63-4-2 impose que les investigations tendant au recueil ou à la manifestation des preuves doivent être « *urgentes* ». De plus, là où le régime dérogatoire ne recherche qu'une atteinte aux personnes, le régime de droit commun doit prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, la liberté ou l'intégrité physique d'une

---

[986] Art. 63-4-2, al. 5 CPP.
[987] Loi n°2004-204 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* n°59 10 mars 2004 p. 4567.
[988] F. MOLINS, « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalités », *AJ pénal* 2004, p. 177.
[989] À titre non exhaustif : des crimes et délits commis en bande organisée comme le meurtre, l'enlèvement et la séquestration, le vol, des crimes et délits terroristes, les délits d'association de malfaiteurs…
[990] Art. 63, al. 4 CPP.

personne. Non seulement le texte ajoute les adjectifs « grave » et « imminente », ainsi que la conjonction de coordination « et » qui signifie que ces adjectifs sont cumulatifs et non alternatifs, mais il précise aussi que l'atteinte doit spécifiquement porter sur la vie, la liberté ou l'intégrité physique d'une personne[991]. Le texte visant simplement « une » personne, cela signifie sans doute qu'il n'est pas nécessaire que la personne soit identifiée par les services de police.

238. Ces dispositions, relatives tant au régime de droit commun qu'au régime dérogatoire, sont toutes issues de la même loi du 14 avril 2011. Le législateur a donc sciemment établi une distinction entre les deux régimes et assuré une plus grande protection des droits de la défense aux délinquants de droit commun qu'aux délinquants de la criminalité organisée. Cette position est dangereuse car elle porte nécessairement atteinte aux droits de la défense – qui sont plus facilement atteints en matière de criminalité organisée– et elle porte également atteinte au principe de l'universalité des droits fondamentaux[992].

Cependant, le Conseil constitutionnel ne partage pas cette position comme cela transparait dans sa décision du 21 novembre 2014[993] dans laquelle il estime au contraire que ces dispositions sont conformes à la Constitution car elles sont proportionnelles à la gravité des faits recherchés[994].

Par ailleurs, la directive européenne du 22 octobre 2013, alors qu'elle recommande aux États de garantir au suspect un accès à l'avocat « *sans retard indu après la privation de liberté* »[995], admet deux cas de report de l'intervention de l'avocat. Le premier consiste en

---

[991] Exemple avec l'affaire SEUREAU, C. PORTERON, « Le droit au silence n'est pas le droit de ne rien dire, mais celui de ne pas répondre à des questions » com. sous Cass. Crim. 17 déc. 2013 – *AJ pénal* 2014, p. 139 : « *Comme l'a relevé la chambre de l'instruction : La nécessité absolue de trouver la mineure sur les indications de celui-ci a constitué une raison impérieuse pour les policiers de retarder l'intervention de son avocat, qui a été averti par les policiers dans la voiture de service du souhait de X d'être assisté, [...] pour des raisons insurmontables liées à une raison de vie ou de mort, il était impossible de procéder à un entretien immédiat, X étant dans la voiture se dirigeant vers l'endroit où il avait laissé la jeune fille dont personne n'excluait à ce moment-là qu'elle était peut-être encore en vie* ».

[992] Préambule de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, 1950 : « *Cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés* ».

[993] Consid. 9, Cons. constit., 21 nov. 2014, M. Nadav B., n° 2014-428 QPC, *JORF* n°0271 23 nov.2014 : *AJ pénal* 2015, p. 100, obs. J.-B. PERRIER : « *Le respect des droits de la défense [...] n'interdit pas qu'en raison de la particulière gravité ou de la complexité de certaines infractions commises par des personnes agissant en groupe ou en réseau, l'assistance de l'avocat à la personne gardée à vue puisse être reportée par une décision du procureur de la République, du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, lorsqu'un tel report apparaît nécessaire pour permettre le recueil ou la conservation des preuves ou prévenir une atteinte aux personnes* ».

[994] Consid. 13, Cons. constit., 9 oct. 2014, M. Maurice L. et autre, n° 2014-420/421 QPC, *JORF* 12 oct. 2014 p. 16578, texte n° 32 : *D.* 2014. 2278, note A. BOTTON : « *Même lorsqu'il est commis en bande organisée, le délit d'escroquerie n'est pas susceptible de porter atteinte en lui-même à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ; qu'en permettant de recourir à la garde à vue selon les modalités fixées par l'article 706-88 du code de procédure pénale au cours des enquêtes ou des instructions portant sur ce délit, le législateur a permis qu'il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi* ».

[995] Art. 2, c) Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (JOUE n° L 294, 6 nov. 2013).

« *l'éloignement géographique d'un suspect ou d'une personne poursuivie* »[996]. Cet éloignement justifie en effet que l'avocat ne se rende pas aussitôt auprès de la personne privée de liberté. Le second cas implique des circonstances exceptionnelles et particulières qui justifient un tel report comme « *une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne [et] lorsqu'il est impératif que les autorités qui procèdent à l'enquête agissent immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale* »[997]. Le droit français s'est ainsi conformé aux exigences européennes pour les cas justifiant le report de l'intervention de l'avocat.

Un report de l'intervention de l'avocat est encore plus important pour certaines infractions présentes à l'article 706-73 du code de procédure pénale.

2) Le report décidé en matière d'infractions terroristes et d'infractions à la législation sur les stupéfiants

239. Les infractions terroristes sont comprises dans la liste des infractions apparaissant à l'article 706-73 du code de procédure pénale. L'article 706-88 a donc vocation à s'appliquer. Ainsi, *a priori* la durée de la garde à vue est allongée jusqu'à quatre-vingt-seize heures. Toutefois, l'article 706-88-1 du code de procédure pénale dispose en son premier alinéa que ce délai peut être allongé d'une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois « *s'il ressort des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement* ». Ce qui signifie qu'au total la garde à vue peut durer jusqu'à cent quarante-quatre heures, soit six jours.

Pour ce qui est de l'intervention de l'avocat, l'article 706-88 précédemment évoqué s'applique. Dès la loi du 9 mars 2004[998], il était prévu un report de « *l'entretien de l'avocat pour certaines infractions de criminalité et de délinquance organisées* » [999] à l'article 706-88[1000]. Aujourd'hui un report spécial jusqu'à la soixante-douzième heure est toujours prévu pour ce type d'infractions[1001]. Ce report correspond à la moitié de la durée maximale de la garde

---

[996] Art. 5 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (JOUE n° L 294, 6 nov. 2013).

[997] Art. 6 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).

[998] Loi n°2004-204 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* n°59 10 mars 2004 p. 4567.

[999] A. GIUDICELLI, « La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004, p. 261 : « *En revanche, pour plusieurs infractions qui donnaient lieu à un entretien à l'issue de la 36e heure, l'apparition de l'avocat a été reportée à la 48e heure (c. pr. pén., art. 63-4 in fine, 706-73, 4°, 6°, 7°, 8° et 15°)* ».

[1000] Art. 706-88, al. 6 CPP dans sa version issue de la loi du 9 mars 2004 : « *Toutefois, lorsque l'enquête porte sur une infraction entrant dans le champ d'application des 3° et 11° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue de la soixante-douzième heure* ».

[1001] Art. 706-88, al. 6 : « *L 'intervention de l'avocat peut être différée, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la*

à vue en matière de terrorisme. Une partie de la doctrine remarque que ces délinquants bénéficient de droits « *au rabais* » dans la procédure pénale[1002] que ce soit par l'allongement de la durée de la garde à vue, le report de l'intervention de l'avocat ou l'aggravation des peines privatives de liberté pour les condamnés ayant commis des infractions terroristes[1003].

240. Les infractions terroristes ne sont pas les seules à être concernées par un tel report de l'intervention de l'avocat. En effet, ce report peut être prévu pour les infractions relevant du 11° de l'article 706-73 du code de procédure pénale, soit les « *Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal* ». Or, la durée maximale de la garde à vue pour ces infractions est de quatre-vingt-seize heures, ainsi un report de l'intervention de l'avocat à soixante-douze heures équivaut à reporter l'assistance de l'avocat aux trois quarts de la durée de la garde à vue.

Le défenseur n'intervient donc qu'à la fin de la mesure alors que la personne a souhaité bénéficier de son assistance au début de celle-ci. L'effectivité de la défense peut donc être questionnée. Un avocat intervenant à la quasi-issue de la mesure peut-il offrir une défense effective à la personne gardée à vue ? Il est permis d'en douter.

Le Conseil constitutionnel semble tenir ce raisonnement car, dans une décision du 17 février 2012[1004], il a reconnu que le report du choix de l'avocat « *porte atteinte aux conditions d'exercice des droits de la défense* »[1005]. Dans cette décision, l'article 706-88-2 du code de procédure pénale était remis en cause car il prévoyait qu'en cas d'infraction terroriste, le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction pouvait décider que l'avocat de la personne gardée à vue serait désigné par le Bâtonnier sur une liste d'avocats habilités. La personne n'avait donc pas le libre choix de son avocat. Au vu de l'absence d'encadrement du pouvoir du juge, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution[1006]. Le raisonnement du Conseil constitutionnel dans cette décision était de trouver le juste équilibre entre « *d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux*

---

conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes, pendant une durée maximale de quarante-huit heures ou, s'il s'agit d'une infraction mentionnée aux 3° ou 11° du même article 706-73, pendant une durée maximale de soixante-douze heures ».

[1002] C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649.

[1003] L'article 421-3 du code pénal prévoit le relèvement des peines privatives de liberté en matière de terrorisme.

[1004] Cons. constit., 17 févr. 2012, n° 2011-223 QPC, *JORF* 18 févr. 2012, p. 2846, texte n° 72 : *D.* 2012. Actu. 504 ; *AJ pénal* 2012, p. 342, obs. J.-B. PERRIER ; *RSC* 2013, p. 441, obs. B. DE LAMY ; *Dr. pénal* 2012, n° 62, obs. A. MARON et M. HAAS ; ibid. Chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2012, n° 126, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.

[1005] Consid. 7, Cons. constit. , 17 févr. 2012, Ordre des avocats au Barreau de Bastia, n° 2011-223 QPC, *JORF* 18 févr. 2012, p. 2846, texte n° 72 : « *Considérant que, si la liberté, pour la personne soupçonnée, de choisir son avocat peut, à titre exceptionnel, être différée pendant la durée de sa garde à vue afin de ne pas compromettre la recherche des auteurs de crimes et délits en matière de terrorisme ou de garantir la sécurité des personnes, il incombe au législateur de définir les conditions et les modalités selon lesquelles une telle atteinte aux conditions d'exercice des droits de la défense peut-être mise en œuvre* ».

[1006] Cons. constit., 17 févr. 2012, Ordre des avocats au Barreau de Bastia, n° 2011-223 QPC, *JORF* 18 févr. 2012, p. 2846, texte n° 72.

nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties »[1007].

241. Cet équilibre entre la recherche de la vérité et les droits de la personne suspectée est en réalité poursuivi tout au long de la procédure pénale. Ainsi, lorsque l'intervention de l'avocat est reportée, les droits de la défense de la personne soupçonnée sont écartés au profit de la recherche de preuves ou de la préservation d'une atteinte aux personnes ou aux biens. Cependant, il serait possible de se demander en quoi l'intervention de l'avocat auprès de la personne gardée à vue constituerait un obstacle à ces objectifs.

Cette défiance vis-à-vis du conseil se comprend d'autant moins que l'article 63-4-4 du code de procédure pénale impose à l'avocat de « *ne [pas] faire état auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue ni des entretiens avec la personne qu'il assiste, ni des informations qu'il a recueillies en consultant les procès-verbaux et en assistant aux auditions et aux confrontations* ». De plus, dans le cas où la garde à vue serait effectuée sur commission rogatoire du juge d'instruction, le secret de l'instruction s'impose également à l'avocat en application de l'article 5 du décret du 12 juillet 2005[1008] : « *L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours* ». Au vu de ces obligations pesant sur l'avocat, son intervention auprès de la personne gardée à vue ne serait pas un obstacle à l'enquête. Pourtant, « *la présence de l'avocat continue d'être vue comme un obstacle potentiel, qu'il convient d'écarter dès que les faits sont graves, et non comme une garantie essentielle, ce qu'elle est pourtant* »[1009]. Sans doute le législateur craint-il que l'intervention de l'avocat auprès de la personne gardée à vue ne dissuade cette dernière de coopérer avec les forces de l'ordre. Un tel raisonnement, contraire aux droits de la défense, serait à déplorer.

Il est donc regrettable que l'intervention de l'avocat en garde à vue soit reportée à cause de la recherche d'éléments de l'enquête. Cependant, il est des cas où cette intervention n'est même pas garantie par la loi.

B. L'intervention de l'avocat écartée au mépris des droits de la défense

242. Malgré ce mouvement général augmentant l'intervention de l'avocat lors de la mise en œuvre des procédures conduisant à une mesure privative de liberté, certaines procédures ne garantissent pas le droit à l'assistance d'un avocat. Ces procédures sont la vérification d'identité, le placement en cellule de dégrisement et la retenue pour soupçon d'acte terroriste.

Toutefois, l'absence de la garantie du droit à l'assistance d'un avocat ne semble pas obéir aux mêmes causes. En effet, pour les deux premières mesures, cette carence semble se justifier

---

[1007] A. MARON, M. HAAS, « Le choix de l'avocat peut-il être imposé ? », com. sous Cons. constit., 17 févr. 2012, Ordre des avocats au Barreau de Bastia, n° 2011-223 QPC.
[1008] Décret n°2005-790 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.
[1009] J.-B. PERRIER, « Criminalité organisée : constitutionnalité du report de l'intervention de l'avocat lors de la garde à vue », com. sous Cons. constit. 21 nov. 2014, *AJ pénal* 2015, p. 100.

par la durée brève de la mesure (1) tandis que pour la dernière, cette absence se justifie par le risque de l'imminence d'un attentat, c'est-à-dire le contexte (2).

1) L'absence de droit à l'assistance d'un avocat justifiée par la durée de la mesure

243. Les deux mesures privatives de liberté au cours desquelles l'avocat n'a pas vocation à intervenir sont la rétention pour vérification de l'identité et le placement en cellule de dégrisement. Aux termes du premier alinéa de l'article 78-3 du code de procédure pénale, il est possible de retenir toute personne qui « *refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité* » sur place ou dans un local de police afin de vérifier son identité. Cette même disposition énonce les droits dont bénéficie la personne à savoir le droit de faire aviser le procureur de la République et de faire prévenir à tout moment un membre de sa famille ou toute personne de son choix. La rétention ne peut excéder quatre heures à compter du contrôle d'identité[1010]. Ce texte ne prévoit en aucun cas que la personne puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat.

Pour ce qui est du placement en cellule de dégrisement, cette mesure est prévue à l'article L. 3341-1 du code de la santé publique. Il est ainsi indiqué au premier alinéa qu'une personne en état d'ivresse dans un lieu public peut être conduite dans un local de police ou dans une chambre de sûreté « *pour y être retenue jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison* ». Et le second alinéa de cet article d'ajouter que s'il n'est pas nécessaire de procéder à l'audition de la personne, elle peut être confiée « *sous la responsabilité d'une personne qui se porte garante d'elle* ». Là encore, le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas garanti. La jurisprudence insiste même sur le fait que la personne ne bénéficie d'aucun droit prévu aux articles 63 et suivants du code de procédure pénale[1011].

244. Il convient de s'interroger sur les raisons de cette absence du droit à l'avocat dans ces deux mesures. Par sa décision du 8 juin 2012, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité à la Constitution des dispositions relatives au placement en cellule de dégrisement. Le Conseil a notamment déclaré que l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire n'était pas contraire à l'article 66 de la Constitution « *eu égard à la brièveté de cette privation de liberté organisée à des fins de police administrative* »[1012].

Ce raisonnement peut sans doute s'appliquer par analogie pour l'absence d'intervention de l'avocat, le droit à l'accès au juge et les droits de la défense étant liés. La durée des deux mesures est en effet courte puisque la vérification d'identité ne peut excéder quatre heures et le placement en cellule de dégrisement dépend de l'état d'ébriété de la personne. Le législateur estime sans doute que l'intervention de l'avocat ne serait pas opportune pour une si courte durée. Cependant, nous émettons des réserves face à un tel raisonnement. Car le droit à l'assistance d'un avocat lors de la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté ne dépend

---

[1010] Art. 78-3, al. 3 CPP.
[1011] Cass. Crim. 9 sept. 1998 : *Dr. pénal* 1999. Comm. 16, obs. A. MARON ; *JCP* 1999. I, p. 112, chron. A. MARON.
[1012] Consid. 8, Cons. constit. 8 juin 2012, M. Mickaël D., n° 2012-253 QPC, *JORF* 9 juin 2012, p. 9796, texte n° 41 : *Gaz. Pal.* 5 juill. 2012, n° 187, p. 11, note S. DETRAZ ; *Dr. pénal* 2012, n° 9, comm. 121, obs. J.-H. ROBERT.

pas de la durée de la privation de liberté[1013]. De plus, la durée maximale du placement en cellule de dégrisement ne peut être clairement fixée par les textes car elle est soumise à l'état d'ivresse de la personne. Cela pourrait entrainer des abus de la part des autorités plaçant des personnes dans de telles cellules.

245. L'une des raisons pour l'absence du droit à l'avocat lors de la vérification d'identité pourrait être la nature « peu contraignante » de ces mesures. En effet, l'article 78-3 dispose que la personne peut être retenue dans un local de police ou de gendarmerie ou « *sur place* ». L'intéressé serait donc retenu par les services de police mais ne serait pas enfermée à proprement parler. Cette absence d'enfermement pourrait justifier l'absence d'intervention de l'avocat. En effet, le fait que la personne soit retenue en dehors des locaux de police pose des problèmes de logistiques comme le fait pour l'avocat de trouver l'endroit où la rétention a lieu, les conditions assurant la confidentialité entre lui et la personne etc. Cependant, un tel argument n'est pas davantage recevable car bien que la personne ne soit pas retenue dans un local de police, il n'en demeure pas moins que la police exerce un pouvoir de contrainte sur elle, la personne est donc privée de liberté.

De la même manière pour le placement en cellule de dégrisement, les dispositions du code de la santé publique indiquent qu'un tel placement peut être écarté au profit du placement auprès d'une personne se portant garante de la personne en état d'ivresse si l'audition de cette dernière n'est pas nécessaire. Le caractère contraignant peut donc être remis en cause étant donné que le placement en cellule de dégrisement n'est pas obligatoire. Le droit à l'assistance d'un avocat au bénéfice d'une personne placée dans une telle cellule n'est pas non plus garanti car le placement en cellule de dégrisement ne vient que précéder une autre mesure comme l'audition de la personne ou sa garde à vue. Les droits de la personne seront alors garantis lors de la mise en œuvre de ces mesures. En outre, si la personne est en état d'ivresse, il est fort probable que l'assistance d'un avocat ou l'entretien entre le défenseur et son client ne seront ni opportuns ni utiles à la procédure.

Enfin, il convient de rappeler que la personne retenue dans le cadre d'une vérification d'identité dispose de la faculté de faire prévenir sa famille ou « toute personne de son choix ». Il y aurait donc une possibilité pour la personne de faire prévenir un avocat. Mais il est regrettable que le droit à l'assistance d'un avocat ne soit pas explicitement garanti par le code de procédure pénale avec l'indication pour la personne qu'elle peut faire désigner un avocat commis d'office si elle n'en connait pas.

Aucun droit à l'assistance d'un avocat n'est davantage garanti lors d'une retenue pour soupçon d'infraction terroriste.

2) L'absence de droit à l'assistance d'un avocat lors d'une retenue pour soupçon d'infraction terroriste

246. La retenue pour soupçon d'acte terroriste, bien qu'évoquée auparavant pour les mineurs, n'a pas fait l'objet d'une présentation développée. Ainsi, cette retenue a été créée dans

[1013] Telle la retenue des mineurs âgés de 10 à 13 ans qui ne peut dépasser 12 heures, sauf prolongement par une nouvelle durée de 12 heures.

un contexte spécial au cours duquel la France a été frappée par plusieurs attentats[1014]. Or, ces actes terroristes des années 2010 ne sont pas comme les attentats à la bombe perpétrés par le « Comité de solidarité avec les prisonniers politiques arabes et du Proche-Orient » de 1985 et 1986. Désormais, les attentats peuvent être accomplis par des individus n'ayant reçu aucun entraînement particulier – bien qu'attachés à une idéologie extrémiste–, recrutés *via* Internet et qui utilisent des armes facilement accessibles comme des armes blanches ou des véhicules. Ces attentats sont moins « spectaculaires » mais plus inquiétants car leur logistique est facilitée. L'attentat devient un évènement tragiquement plus fréquent. Ce contexte a donc poussé le législateur à modifier la procédure pénale afin de lutter activement contre le terrorisme[1015].

C'est ainsi que la loi du 3 juin 2016[1016] a créé la retenue pour soupçon d'acte terroriste. Elle consiste à retenir pendant quatre heures au plus une personne soupçonnée, lors d'un contrôle ou d'une vérification d'identité, d'être liée à des activités terroristes. La retenue permet alors de « *consulter les traitements automatisés de données à caractère personnel […] et, le cas échéant, d'interroger les services à l'origine du signalement de l'intéressé ainsi que des organismes de coopération internationale en matière de police judiciaire ou des services de police étrangers* »[1017].

247. Seul vestige des droits de la défense, la personne a le droit de garder le silence, le droit de ne pas s'auto-incriminer est donc garanti lors de l'exécution de cette mesure privative de liberté. À ce jour, aucune question prioritaire de constitutionnalité n'a été transmise au Conseil constitutionnel pour qu'il se prononce sur la conformité de ces dispositions à la Constitution. Il sera intéressant de connaitre sa position, ainsi que celle de la Cour de cassation.

L'alinéa 4 de l'article 78-3-1 du code de procédure pénale liste les droits dont bénéficient les personnes parmi lesquels « *faire prévenir par l'officier de police judiciaire toute personne de son choix ainsi que son employeur* ». L'alinéa suivant précise toutefois que si l'officier de police judiciaire, pour les besoins de l'enquête, estime qu'il n'est pas nécessaire de prévenir la personne, il en réfère au procureur de la République qui décidera s'il y a lieu ou non de faire droit à cette demande. Il n'est donc pas prévu que la personne soit assistée d'un avocat, malgré cette privation de liberté d'une personne présumée innocente.

248. Nous remarquons que le texte fait référence aux « besoins de l'enquête » pour justifier le fait de ne pas prévenir la personne choisie par l'individu retenu. Or, que ce soit dans le cadre de la retenue pour soupçon d'acte terroriste ou dans le cadre du contrôle ou de la vérification d'identité préalable, aucune infraction ne peut encore être reprochée à la personne. Seuls existent des indices qui laissent présumer que la personne a commis ou tenté de

---

[1014] Pour ne citer que ceux-ci : les attentats des 7 janvier 2015 envers la rédaction de *Charlie Hebdo* et 8 janvier 2015 dans une supérette casher à Paris, les attentats du 13 novembre 2015 avec notamment l'attaque de la salle de spectacle le *Bataclan*.

[1015] Exposé des motifs de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale : « *Les attentats qui ont douloureusement touché notre pays cette année ont renforcé la conviction du Gouvernement de la nécessité d'adapter notre dispositif législatif de lutte contre le crime organisé et le terrorisme afin de renforcer de façon pérenne les outils et moyens mis à la disposition des autorités administratives et judiciaires, en dehors du cadre juridique temporaire de l'état d'urgence* ».

[1016] Loi n° 2016-731 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* n°0129 4 juin 2016, texte n° 1.

[1017] Art. 78-3-1, al. 1er CPP.

commettre une infraction[1018]. Nous sommes donc au tout début de l'enquête et malgré cela, l'officier de police judiciaire dispose d'une prérogative qui relève normalement de la mise en œuvre d'une garde à vue. En effet, le troisième alinéa de l'article 63-2 du code de procédure pénale dispose que l'officier de police judiciaire peut demander au procureur de la République de différer voire de ne pas autoriser la personne gardée à vue à contacter son employeur ou l'un des proches évoqués par le premier alinéa de cet article. De plus, dans le cadre de la garde à vue, le texte souligne que le procureur de la République peut prendre une telle décision « *si cette décision est, au regard des circonstances, indispensable afin de permettre le recueil ou la conservation des preuves ou de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* »[1019]. Les conditions sont donc beaucoup plus restrictives en matière de garde à vue qu'en matière de retenue pour soupçon d'acte terroriste – étant donné que le texte n'emploie que cette formule très large et peu contraignante « des besoins de l'enquête ». Cette importante différence peut s'expliquer par l'enjeu de la mesure qui est de prévenir une action terroriste, ainsi que par le contexte de la promulgation de la loi.

Ces deux éléments de contexte et d'enjeu peuvent également expliquer l'absence d'intervention de l'avocat. La personne est retenue car « *il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement peut être lié à des activités à caractère terroriste* »[1020]. Le terme « lié » étant ambigu car il peut concerner une personne auteur, complice comme une personne étant informée d'une activité terroriste. Toutefois, il ne faut pas croire que cette retenue soit un prétexte pour commencer à interroger la personne en l'absence d'un défenseur. En effet, le texte exclut clairement que « *la retenue [puisse] donner lieu à audition* »[1021]. La retenue n'a que pour seule vocation de s'assurer que la personne retenue n'est pas connue des services de police comme participant à une activité terroriste.

L'objectif principal avec l'exécution de cette mesure est de prévenir la commission d'infractions terroristes afin de garantir la sécurité des biens et des personnes. La définition courante de « sécurité » est une situation tranquille qui résulte de l'absence réelle de danger[1022]. Les enquêteurs cherchent donc à s'assurer que la personne ne représente pas un danger en commettant ou tentant de commettre une infraction terroriste. Cependant, cet objectif semble être atteint au détriment du respect des droits de la défense.

En outre, un tel manquement aux droits de la défense n'est pas sans conséquence car la personne peut ensuite être placée en garde à vue s'il s'avère qu'elle est effectivement liée à une activité terroriste. Or, comme cela a été évoqué *supra*, les personnes soupçonnées d'infractions terroristes placées en garde à vue bénéficient de droits de la défense amoindris étant donné que

---

[1018] S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 12e éd., Paris, Lexis Nexis, coll. Manuel, 2019, n°617, p. 511 : « *Le contrôle d'identité peut être exécuté […] pour identifier toute personne à l'encontre de laquelle existe un indice faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit, ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit ou encore qu'elle est recherchée par la justice. Dans l'hypothèse où cette personne ne peut pas ou ne veut pas justifier de son identité, peut alors être entreprise une vérification d'identité* ».

[1019] Art. 63-2, al. 3 CPP.

[1020] Art. 78-3-1, al. 1er CPP.

[1021] Art. 78-3-1, al. 2 CPP.

[1022] A. REY (dir.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 3e éd., Le Robert, coll. Le Robert micro, 2006, p. 1219.

l'intervention de l'avocat peut être différée. Il est donc regrettable de constater qu'en matière de terrorisme, les droits des personnes subissent de telles atteintes.

249. Conclusion de la section 2 : Il a ainsi été démontré que le droit à l'avocat a été étendu à bon nombre de mesures privatives de liberté. Si ce droit n'est pas imposé – les personnes privées de liberté peuvent donc y renoncer –, il est étendu à de nombreuses mesures privatives de liberté. Le législateur a également veillé en procédure pénale à ajouter des garanties procédurales afin de s'assurer de l'information de la personne privée de liberté de son droit à bénéficier d'une telle assistance. Le droit à l'assistance d'un avocat apparait ainsi étendu et consolidé.

Cependant, une certaine ambivalence ressort des textes car d'autres mesures privatives de liberté ne consolident pas ce droit et démontrent même un certain manquement au droit à l'assistance de l'avocat comme c'est le cas de certains régimes de garde à vue qui prévoient le report de l'intervention du conseil. Ce report se justifie par les nécessités – parfois urgentes – de l'enquête mais compromet, parfois gravement, l'effectivité de la défense des personnes privées de liberté. En outre, certaines mesures privatives de liberté ne garantissent même pas ce droit à l'assistance d'un avocat, soit parce que la durée de la mesure ne la rend pas opportune, soit parce que les enjeux du maintien de l'ordre public ou de la sécurité des personnes l'exigent.

Conclusion du chapitre 2

250. La recherche de l'effectivité de la défense des personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté s'illustre notamment par l'augmentation de l'intervention de l'avocat au sein des procédures relatives aux mesures privatives de liberté. Cette intervention est parfois imposée en fonction du statut de la personne ou de la procédure, garantissant ainsi aux personnes privées de liberté les plus vulnérables le droit à l'assistance de l'avocat.

Pour les autres personnes privées de liberté, elles bénéficient également pour la plupart de ce droit à l'assistance d'un avocat. Bien qu'il ne s'agisse que d'un simple droit auquel elles peuvent renoncer, l'extension de ce droit à la majorité des mesures privatives de liberté démontre la volonté du législateur de garantir le respect des droits de la défense des personnes privées de liberté et par la même occasion, une défense effective.

Cependant, des éléments permettent de remettre en cause cette défense effective. En effet, certaines personnes privées de liberté voient leur droit à l'assistance d'un avocat atteint par le report de l'intervention de ce dernier. Ce report, parfois très tardif, ne permet pas de garantir une défense effective. De plus, le droit à l'assistance d'un avocat est parfois absent lors de la mise en œuvre de certaines mesures privatives de liberté. Le droit à l'assistance d'un avocat n'est donc pas suffisamment garanti, la défense effective des personnes privées de liberté semble donc partielle.

Conclusion du titre Ier

251. Les droits de la défense des personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté ont peu à peu été consolidés. En effet, les droits fondamentaux, y compris procéduraux, ont été consacrés dans des textes supralégislatifs et supranationaux. Les droits de la défense figurent parmi ces droits fondamentaux. L'un des objectifs était notamment de garantir une défense effective à tous les justiciables, y compris aux personnes faisant l'objet d'une procédure pouvant conduire au prononcé d'une mesure privative de liberté. Or, pour garantir une telle défense effective, le principe d'équité du procès était insuffisant. Il était dès lors nécessaire de reconnaitre les droits de la défense.

Ces droits de la défense ont été progressivement reconnus lors des procédures pouvant conduire au prononcé d'une mesure privative de liberté et lorsque la mesure privative de liberté est mise en œuvre.

La reconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat retient notamment notre attention car ce droit permet de s'assurer de la défense effective de la personne défendue. L'extension du droit à l'avocat laisserait donc penser que les personnes privées de liberté bénéficient d'une défense effective.

252. Cependant, il ressort de l'étude des textes que ce droit à l'assistance d'un avocat n'est pas absolu, il peut connaitre certaines limites comme le report de l'intervention du défenseur. De plus, certaines procédures relatives à des mesures privatives de liberté ne garantissent même pas ce droit.

Au regard de ces éléments, il est possible de conclure que la défense des personnes privées de liberté ou des personnes encourant une mesure privative de liberté n'est pas totalement effective malgré l'évolution législative qui a laissé une place plus importante à l'avocat.

L'intervention généralisée de ce dernier lors de la mise en œuvre de mesures privatives de liberté laisse penser que la défense des personnes privées de liberté est effective. Cependant, nous allons voir que la défense n'est pas effective car il existe un manque d'unité entre les différentes procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté.

Titre 2nd : Une effectivité affaiblie par un manque d'unité

253. Le législateur a ainsi successivement modifié les différentes procédures applicables lors de la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté afin de reconnaitre progressivement les droits de la défense de la personne privée de liberté. Le droit à l'assistance ou à la représentation par un avocat a ainsi été étendu à bon nombre de procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté.

Le droit à l'assistance d'un avocat participe-t-il à garantir une défense effective ? La Cour européenne des droits de l'Homme a répondu par l'affirmative[1023]. Cependant, il est certain que la garantie de ce seul droit ne suffit pas à rendre la défense effective, réelle[1024]. Si tel était le cas, il ne serait pas permis à l'accusé de se défendre seul comme le prévoit l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme en son paragraphe 3[1025] ou il ne serait pas nécessaire de reconnaitre d'autres droits de la défense.

254. Dès lors, pour que la défense soit effective, il est nécessaire que l'ensemble des droits de la défense soient respectés. Cela implique de respecter les droits relevant de la préparation de la défense et de permettre à l'avocat d'exercer librement ses missions.

En effet, la défense ne saurait être effective si l'avocat ne peut exercer pleinement ses missions. Quelles sont les missions d'un avocat ? Nous ne traiterons dans ce titre que de la représentation et de l'assistance de la personne. La rédaction d'actes et la consultation juridique – bien que relevant de la compétence d'avocat[1026]– ne seront pas abordées. Les missions de l'avocat, implicitement visées par le terme « assistance d'un défenseur » à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1027], ont été détaillées par l'arrêt *DAYANAN*[1028] de la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour précise ainsi quels sont les éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer à savoir : « *la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la*

[1023] CEDH, Gr. Ch., 20 oct. 2015, DVORSKI c/ Croatie, n° 25703/11, § 78, *D. actu*., 2 nov. 2015, obs. A. PORTMANN ; *D.* 2016, p. 225, obs. J.-F. RENUCCI : « *C'est ce qui découle du libellé même de l'article 6 § 3 c), qui garantit à "[t]out accusé [le] droit [à] se défendre [avec] l'assistance d'un défenseur de son choix (...)" et il s'agit d'une norme internationale généralement reconnue en matière de droits de l'homme qui permet d'assurer à l'accusé une défense effective* ».

[1024] CEDH, 1e sect., 30 nov. 2021, GALOVIĆ c/ Croatie, n° 45512/11, § 83 : « *However, assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance counsel may provide to his client* » (« *Cependant, faire intervenir un avocat ne suffit pas à assurer l'effectivité de l'assistance qu'il peut apporter à son client* »).

[1025] Art. 6, §3, c) Conv. EDH.

[1026] Art. 56 Loi 31 déc. 1971 n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv. 1972, p. 131 : « *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avocats inscrits à un barreau français, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs judiciaires, les administrateurs judiciaires et les mandataires-liquidateurs disposent concurremment, dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs, du droit de donner des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé pour autrui* ».

[1027] Art. 6, §3, c) : « *3. Tout accusé a droit notamment à : […]c) […] avoir l'assistance d'un défenseur* ».

[1028] CEDH, 13 oct. 2009, DAYANAN c/ Turquie, n°7377/03 : *JCP* 2009. Actu. 382 ; *Gaz. Pal*. 2-3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJP* 2010, p. 27, étude C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 231, obs. D. ROETS.

préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention »[1029].

La bonne préparation de la défense et le plein exercice des missions de l'avocat permettent de s'assurer du respect des droits de la défense. Cependant, il a été observé que les règles procédurales n'étaient pas similaires en fonction de la mesure privative de liberté mise en œuvre. Si certaines procédures garantissent un accès complet au dossier de la procédure et dans un délai raisonnable, certaines procédures au contraire ne le garantissent pas. Par conséquent, cette dissonance ne permet pas de garantir une défense effective à toutes les personnes privées de liberté, rompant ainsi avec le principe d'universalité des droits fondamentaux[1030].

Par ailleurs, l'avocat ne peut exercer de manière identique ses missions selon la mesure privative de liberté appliquée ou encourue. En effet, certaines procédures permettent au défenseur d'exercer pleinement ses missions, il est alors partie au débat et peut plaider les intérêts de son client. D'autres procédures, à l'inverse, ne lui permettent pas de participer de manière « active » et l'avocat n'intervient alors qu'en observateur de la procédure. Il ne peut alors défendre de manière effective les intérêts de son client.

Il convient donc d'aborder en premier lieu la préparation de la défense (chapitre 1) puis les missions de l'avocat (chapitre 2).

[1029] CEDH, 13 oct. 2009, DAYANAN c/ Turquie, n°7377/03, §32.

[1030] Préambule de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, 1950 : « *Cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés* ».

Chapitre 1 : Une préparation de la défense à parfaire

255. « *C'est à sa maison de campagne […] que Chauveau-Lagarde […] reçoit l'avis du greffier lui faisant savoir que la veille il avait été désigné pour défendre "la veuve Capet" et que les débats devaient commencer le lendemain matin dès huit heures. […] L'avocat reçoit un exemplaire [de l'acte d'accusation] puis demande le dossier de l'Accusée. Les documents sont enfin arrivés et le défenseur recule épouvanté devant la montagne de papiers… "Mais il m'est impossible de connaître les pièces en si peu de temps ! "* »[1031]. Cet exemple historique du procès de la reine Marie-Antoinette démontre parfaitement qu'une défense ne saurait être effective en cas d'atteinte aux droits relatifs à la préparation de la défense.

La préparation de la défense fait en effet partie intégrante des droits de la défense, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme la mentionne en son paragraphe 3 : « *Tout accusé a droit notamment à : a) 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 ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; […]* ». Les droits relatifs à la préparation de la défense sont aussi consacrés dans le Pacte international des droits civils et politiques[1032].

Ces droits comprennent, d'une part, l'information dans le plus court délai de la personne sur l'accusation portée à son encontre et, d'autre part, un délai et des facilités nécessaires pour cette préparation à la défense.

La connaissance du contenu de l'accusation est essentielle, elle constitue la première étape de la préparation de la défense[1033]. Aucune défense ne saurait être effective en l'absence de cette connaissance. Puis, le délai et les facilités nécessaires à la préparation de la défense sont également indispensables[1034] pour atteindre une défense effective. En effet un délai trop restreint implique que le défenseur n'aura pas le temps de connaître tous les éléments constituant la charge retenue à l'encontre de son client. Or, si l'avocat n'est pas en mesure de connaitre l'intégralité du dossier, la discussion en droit et en fait qu'il mènera ne sera ni adaptée, ni pertinente. Le critère du temps laissé à l'avocat est donc un critère qui doit être pris en compte. Enfin, les facilités nécessaires désignent les moyens laissés à l'avocat pour lui permettre d'exercer, sans entrave, ses missions.

[1031] A. CASTELOT, *Marie-Antoinette*, 1976, Genève, éd. FAMOT, p. 382.

[1032] Art. 14, §3 PIDCP : « *Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : a) A être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle, b) de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix* ».

[1033] CEDH 25 mars 1999, PÉLISSIER et SASSI c/ France, n° 25444/94 § 56 : *D.* 2000, p. 357, note D. ROETS ; CEDH 19 déc. 2006, MATTEI c/ France, n° 34043/02 § 34 : *AJ pénal* 2007, p. 82, obs. C. SAAS ; *JDI* 2007, p. 710, obs. O. BACHELET : « *La Cour estime qu'il existe un lien entre les alinéas a) et b) de l'article 6 § 3 et que le droit à être informé sur la nature et la cause de l'accusation doit être envisagé à la lumière du droit pour l'accusé de préparer sa défense* ».

[1034] J.- F. RENUCCI, « Droit au procès équitable et droit de la défense », *RSC* 2017, p. 803 : « *En particulier, l'article 6 paragraphe 3 b) garantit expressément le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la défense. C'est une garantie majeure* ».

Certains de ces droits relatifs à la préparation de la défense ne peuvent être pleinement exercés par l'avocat, c'est pourquoi nous mentionnons que la préparation de la défense est à parfaire.

Une première section portera donc sur les délais qui peuvent influencer la préparation de la défense (section 1), c'est-à-dire les délais relatifs à l'information de la personne ainsi que les délais relatifs à la préparation de la défense. Puis, il sera abordé dans une seconde section les facilités nécessaires à la préparation de la défense (section 2).

Section 1 : Des délais influençant la préparation de la défense

256. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme fait intégrer dans les droits de la défense les délais nécessaires à la préparation de la défense.

Ces délais influençant la préparation de la défense peuvent être regroupés entre deux catégories : ceux relatifs à l'information de l'avocat de la privation de liberté de son client (1er paragraphe) et ceux relatifs à la préparation même de la défense (2nd paragraphe).

1er paragraphe : Un délai variable de l'information de l'avocat de la privation de liberté

257. L'avocat doit être informé de la privation de liberté de son client afin de débuter sa mission d'assistance auprès de ce dernier. Le délai d'information de l'avocat peut varier en fonction de la procédure mettant en œuvre la mesure privative de liberté (B).

Toutefois, l'information de l'avocat ne peut se faire si la personne privée de liberté n'a pas été préalablement informée des raisons de son arrestation, puis de son droit à l'avocat (A).

A. L'information préalable de la personne privée de liberté

258. La personne privée de liberté doit être informée des raisons de sa privation de liberté ou des raisons pouvant conduire au prononcé d'une mesure privative de liberté. Lors de cette information, il lui est fait la notification de ses droits notamment de son droit à l'assistance d'un avocat afin de s'opposer à cette privation de liberté, qu'elle soit éventuelle ou déjà en cours.

Ainsi, l'information de l'accusation de la personne (1) sera abordée avant l'information du droit à l'assistance d'un avocat (2).

1) Une information complète de l'accusation et de la privation de liberté

259. Tout accusé doit connaitre l'accusation portée à son encontre. Ce droit est prévu au paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cet article 6 fait écho à l'article 5 le précédant dans la Convention européenne des droits de l'Homme qui dispose en son deuxième alinéa que « *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* ».

L'article 5 faisant référence à l'accusation, il est essentiel de veiller à la bonne application des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ces deux articles garantissent à la personne la bonne information, dans les plus brefs délais et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation ou de l'accusation portée à son encontre, parfois les deux à la fois.

Il faut donc veiller à ce que l'information de la personne comprenne plusieurs éléments (a) et soit effectuée dans de bonnes conditions (b).

a) Le contenu de l'information

260. L'information de l'accusation visée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme doit inclure la nature et la cause de ladite accusation[1035]. La cause vise les faits matériels mis à la charge de l'accusé tandis que la nature renvoie à la qualification juridique des faits[1036], « *en d'autres termes, l'accusé doit être informé non seulement des faits qui lui sont reprochés, mais aussi de la ou des disposition(s) juridique(s) qui constitue(nt) le fondement de l'accusation* »[1037]. Cette information de la nature et de la cause de l'accusation donnera à la personne accusée tous les éléments nécessaires lors de la contestation de l'accusation. La Cour souligne « *le soin extrême* »[1038] qui doit être apporté quant à l'information de la nature et la cause de l'accusation. La directive européenne du 22 mai 2012[1039], en son article 6, qui enjoint également aux États membres de veiller à l'information des personnes poursuivies de l'infraction reprochée explique l'objectif de cette information qui est de « *garantir le caractère équitable de la procédure et permettre l'exercice effectif des droits de la défense* »[1040].

Le paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme est similaire au paragraphe 2 de l'article 5 de cette même Convention. Cette dernière disposition fait référence aux personnes privées de liberté[1041]. Elle dispose que la personne doit être informée des raisons de son arrestation et de l'accusation portée à son encontre, les deux étant étroitement liées : une accusation pouvant motiver l'arrestation de la personne. Les textes des procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté doivent donc comporter cette double information de l'accusation ainsi que des raisons qui poussent à mettre en œuvre la mesure privative de liberté.

[1035] Art. 6, § 3 Conv. EDH.

[1036] P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », *Rép. pénal Dalloz*, oct. 2019, n° 521.

[1037] M.- A. KOSTOPOULOU, L.- A. SICILIANOS, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Garanties particulières concernant la protection de l'accusé », *Rép. de droit euro. Dalloz*, janv. 2018 actualisation février 2020, n°131.

[1038] CEDH, 25 mars 1999, PÉLISSIER et SASSI c/ France, n° 25444/94, § 56 : Rec. 1999-II ; *D.* 2000, p. 357, note D. ROETS ; *RTDH* 2000, p. 281, obs. G. FLÉCHEUX et T. MASSIS.

[1039] Directive (UE) 2012/13/UE du Parlement européen et du conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* 1er juin 2012, I. 142/1.

[1040] Art. 6, §1, Directive (UE) 2012/13/UE du Parlement européen et du conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* 1er juin 2012, I. 142/1.

[1041] Art. 5, § 2 Conv. EDH : « *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* ».

261. Le droit français respecte ces exigences européennes et prévoit notamment l'information des raisons de l'arrestation de la personne. Ainsi, lors d'une garde à vue ou d'une retenue se référant aux règles de la garde à vue[1042], la personne est immédiatement informée des motifs justifiant son placement en garde à vue[1043]. Ces motifs sont prévus à l'article 62-2, alinéa 2 du code de procédure pénale et sont, notamment, empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels, empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches, empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices... La privation de liberté de la personne, dans le cadre d'une garde à vue, est donc justifiée par les besoins de l'enquête.

De manière analogue, la recherche de la manifestation de la vérité[1044] peut déterminer le placement en détention provisoire de la personne mise en examen. En effet, l'article 144 du code de procédure pénale dispose que la détention provisoire ne peut être ordonnée que s'il est démontré qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité, empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille, etc. De plus, en matière criminelle, un dernier objectif est prévu : il consiste à mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction. Notons que la détention provisoire peut être décidée pour garantir ces objectifs et dans le cas où les mesures de contrôle moins contraignantes – assignation à résidence et contrôle judiciaire – n'auraient pas été respectées.

La personne admise en soins psychiatriques sans consentement doit également être informée des raisons ayant motivé son admission[1045]. Contrairement aux précédents régimes mentionnés, aucun article du code de la santé publique ne liste d'éventuelles raisons pouvant motiver l'admission en soins psychiatriques sans consentement, les textes faisant seulement référence à la nécessité de la personne de suivre ou de poursuivre des soins[1046]. Cette absence de liste se comprend par la trop grande diversité des situations pouvant décider d'une admission en soins psychiatriques.

Cette information des raisons de l'arrestation est aussi délivrée aux étrangers privés de liberté. Avant l'ordonnance du 16 décembre 2020[1047], le placement en rétention administrative se justifiait pour prévenir un « *risque non négligeable de fuite* »[1048] et parce qu'aucune autre mesure moins contraignante ne permettrait d'éviter ce risque de fuite. Le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile listait différentes circonstances permettant d'établir le

---

[1042] Telle que la rétention douanière, la retenue pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire ou des condamnations pénales, la retenue judiciaire ou la garde à vue et la retenue d'un mineur.

[1043] Art. 63-1 CPP.

[1044] Expression utilisée dans le code de procédure pénale à l'article 81 pour définir la compétence du juge d'instruction : « *Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge* ».

[1045] Art. L. 3211-3, al. 3 CSP : « *En outre, toute personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II et III du présent titre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale est informée :*
a) Le plus rapidement possible et d'une manière appropriée à son état, de la décision d'admission et de chacune des décisions mentionnées au deuxième alinéa du présent article, ainsi que des raisons qui les motivent ».

[1046] Art. L. 3212-4, al. 2 CSP : « *Lorsque les deux certificats médicaux ont conclu à la nécessité de prolonger les soins, le directeur de l'établissement prononce le maintien des soins* ».

[1047] Ord. n° 2020-1733 16 déc. 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JORF* n°0315 30 déc. 2020, texte n° 41.

[1048] Anc. art. L. 551-1, II CESEDA.

risque de fuite[1049]. À la suite de l'ordonnance de décembre 2020, la nouvelle partie législative du code est entrée en vigueur depuis le 1er mai 2021. Depuis lors, la rétention administrative peut être décidée à l'encontre de l'étranger qui « *ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement* »[1050]. La notion de « fuite » très générale a été remplacée par celle plus précise de « soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement ». Ce risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement est apprécié au regard des circonstances prévues par l'article L. 612-3 comme le fait que l'étranger soit resté sur le territoire français après l'expiration de son titre de séjour sans chercher à le renouveler.

262. L'information faite à la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté concerne également les éléments relatifs à l'accusation dont elle fait l'objet. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est déjà exprimée sur l'acception large du terme « accusation » de l'article 6[1051]. Ainsi, même la procédure disciplinaire entre dans le champ d'application de cet article[1052].

Par conséquent, les différentes mesures privatives de liberté prévues en procédure pénale garantissent une telle information de l'accusation qu'il s'agisse de la garde à vue[1053] – ou des régimes y faisant référence[1054]-, ou de la détention provisoire qui ne peut être décidée qu'à l'encontre des personnes mises en examen[1055]. Pour ce qui est de l'audience devant la juridiction de jugement, la personne est également informée de l'accusation et ce, quel que soit la façon dont a été saisie la juridiction de jugement. Si la juridiction de jugement a été saisie par ordonnance de renvoi du juge d'instruction, l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ou l'ordonnance de mise en accusation comporte les faits matériels et la qualification juridique. En outre, si la juridiction a été saisie par le ministère public, l'accusation doit apparaitre dans l'avertissement[1056] ou la convocation par procès-verbal[1057]. De la même manière, les faits matériels et leur qualification juridique doivent également apparaître dans la

---

[1049] Anc. art. L. 551-1, II CESEDA : « *1° Si l'étranger s'est précédemment soustrait, dans un autre Etat membre, à la détermination de l'Etat responsable de l'examen de sa demande d'asile ou à l'exécution d'une décision de transfert ;*
2° Si l'étranger a été débouté de sa demande d'asile dans l'Etat membre responsable ;
3° Si l'étranger est de nouveau présent sur le territoire français après l'exécution effective d'une mesure de transfert ;
4° Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ; […] ».
[1050] Art. L. 741-1 CESEDA.
[1051] L'accusation est « *la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* » (CEDH, 27 fév. 1980, DEWEER c/ Belgique, n°6903/75, §46, série A, n° 35).
[1052] CEDH, 8 juin 1976, ENGEL et a. c/ Pays-Bas, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Série A n° 22; Cah. dr. eur. 1978, p. 364, obs. G. COHEN-JONATHAN ; Ann. fr. dr. int. 1977, p. 481, obs. R. PELLOUX ; JDI 1978, p. 695, obs. P. ROLLAND.
[1053] Art. 63-1 CPP.
[1054] Art. 323-6 C. Douanes : « *La personne placée en retenue douanière est immédiatement informée par un agent des douanes, dans les conditions prévues à l'article 63-1 du code de procédure pénale : […] 2° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ainsi que des motifs justifiant son placement en retenue douanière en application de l'article 323-1* ».
[1055] Art. 116 CPP.
[1056] Art. 389 CPP.
[1057] Art. 393, al. 2 CPP.

convocation par officier de police judiciaire[1058]. Enfin, il est prévu que la procédure disciplinaire en détention garantisse au détenu l'information de l'accusation portée à son encontre[1059].

Notons que l'information de l'accusation ne se limite pas au début de la procédure, elle est à nouveau exigée en cas de requalification. En effet, l'information ne reste valide que si « *les données n'ont pas évolué en cours de procédure* »[1060]. Si une requalification des faits intervient en cours de procédure, l'accusé doit pouvoir exercer les droits de la défense « *d'une manière concrète et effective, et notamment en temps utile* »[1061], ce qui implique l'information de la nouvelle qualification. La Chambre criminelle suit également ce raisonnement[1062]. Elle admet toutefois un manquement à cette information s'il n'en résulte pas « *une atteinte effective aux intérêts de la personne concernée* »[1063]. La Chambre criminelle a tenu un raisonnement similaire dans un précédent arrêt de 2019[1064]. Le Professeur PRADEL expliquait ce positionnement par la volonté de la Chambre criminelle « *de réduire le domaine de la théorie du grief présumé* »[1065]. Néanmoins, ce nouveau positionnement entraîne nécessairement un grief puisque la personne n'est pas informée de la nouvelle qualification des faits pour lesquels elle est mise en cause. Or, « *la personne gardée à vue pourra mieux répondre aux questions des enquêteurs si elle connaît la qualification qui lui est imputée, du moins si ces questions portent sur la qualification retenue* »[1066]. À notre sens, même si les questions ne portent pas sur la qualification juridique retenue, la personne est en droit de connaître la qualification pénale des faits qui lui sont reprochés. Le droit de connaître l'accusation portée à son encontre ne se limite pas aux questions en lien avec la qualification juridique.

Le délai de l'information est tout aussi important que son contenu.

b) La qualité de l'information

263. Le législateur a ainsi prévu que la personne privée de liberté doit être informée des raisons de son arrestation ainsi que de l'accusation portée à son encontre. Première étape de l'exercice des droits de la défense, cette information est indispensable. Est-il prévu que l'information revête une forme particulière ? La jurisprudence ne semble rien exiger en ce

---

[1058] Art. 390-1, al. 2 CPP : « *La convocation énonce le fait poursuivi, vise le texte de loi qui le réprime* ».

[1059] Art. R. 234-15 C. pénit. : « *I. — En cas d'engagement des poursuites disciplinaires, les faits reprochés ainsi que leur qualification juridique sont portés à la connaissance de la personne détenue* » ; Art. 2.6.1.1 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, BOMJL n° 2011-06 du 30 juin 2011.

[1060] C. SAAS « La requalification face au respect du procès équitable » com. sous– CEDH 19 décembre 2006 MATTEI c/ France, n° 34043/02 ; *AJ pénal* 2007, p. 82.

[1061] CEDH, 25 mars 1999, PÉLISSIER et SASSI c/ France, n° 25444/94, § 62 : Rec. 1999-II ; *D.* 2000, p. 357, note D. ROETS ; *RTDH* 2000, p. 281, obs. G. FLÉCHEUX et T. MASSIS.

[1062] Cass. Crim. 13 févr. 2008, n°07-81097, Bull. n° 38 ; Cass. Crim., 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-82.765, Bull. Crim. 2015, n° 252 ; Cass. Crim. 13 avr. 2016, n° 15-82982, Bull. Crim. 2016 n°133 : « *Mais attendu qu'il ne résulte d'aucune mention de l'arrêt attaqué ou des pièces de procédure que le prévenu ait été mis en mesure de se défendre sur cette nouvelle qualification alors que les éléments constitutifs de la contravention de violences légères diffèrent de ceux des menaces* ».

[1063] Cass. Crim. 12 janv. 2021, n° 20-82178, § 7.

[1064] Cass. Crim. 15 oct. 2019, n° 19-82.380, *D.* 2019, p. 1995.

[1065] J. PRADEL, « Procédure pénale », *D.* 2020, p. 1643.

[1066] *Ibid*.

sens[1067]. Cependant, l'information ne saurait être utile si elle ne consistait qu'en « *une connaissance vague et non officielle* » [1068] et si elle n'était pas garantie dans un très court délai.

Là encore, cette exigence de célérité dans l'information de la personne privée de liberté vient de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, sans imposer une « *communication immédiate des informations* »[1069], recommande qu'elle soit effectuée « *dans les quelques heures les plus proches de l'arrestation* »[1070]. Une information détaillée et rapide est également recommandée par la directive du 22 mai 2012[1071].

Ainsi, les procédures relatives à des mesures privatives de liberté garantissent une information rapide des raisons de l'arrestation de la personne ou de l'accusation portée à son encontre. Les textes emploient alors des termes tels que « immédiatement » à l'article 63-1 du code de procédure pénale pour l'information de la personne gardée à vue : « *La personne placée en garde à vue est* ***immédiatement*** *informée […] 2° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre* ». Ce même terme est employé à l'article 141-4 lors de la retenue pour violation des obligations du contrôle judiciaire : « *La personne retenue est* ***immédiatement*** *informée par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, de la durée maximale de la mesure, de la nature des obligations qu'elle est soupçonnée d'avoir violées […]* ». La formule « le plus rapidement possible » est employée pour désigner le délai d'information de la personne placée en soins psychiatriques sans consentement à l'article L. 3211-3, troisième alinéa du code de la santé publique : « *En outre, toute personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II et III du présent titre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale est informée : a)* ***Le plus rapidement possible*** *[…] de la décision d'admission et de chacune des décisions mentionnées au deuxième alinéa du présent article, ainsi que des raisons qui les motivent* ». Enfin, lors de la retenue d'un étranger pour vérification d'identité, ce dernier est « ***aussitôt*** *informé, dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, des motifs de son placement en retenue* » selon l'article L. 813-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Ces synonymes représentent tous la nécessité d'informer la personne des raisons de son arrestation à l'instant même où elle est arrêtée. La Chambre criminelle estime que le défaut de

---

[1067] CEDH 12 avr. 2011, ADRIAN CONSTANTIN c/ Roumanie, n° 21175/03, § 19 : « *Les dispositions de l'article 6 § 3 a) n'imposent aucune forme particulière quant à la manière dont l'accusé doit être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* » ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Conv. EDH, art. 5 : Droit à la liberté et à la sûreté », *Rép. de droit euro. Dalloz*, sept. 2015 actualisation juin 2016, n° 45 : « *Les informations n'ont pas à prendre une forme particulière* ».

[1068] CEDH 12 oct. 1992, T. c/ Italie, no 14104/88 § 28.

[1069] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Conv. EDH, art. 5 : Droit à la liberté et à la sûreté », *Rép. de droit euro. Dalloz*, sept. 2015 actualisation juin 2016, n°47.

[1070] En l'espèce 5 heures : CEDH, 30 août 1990, FOX, CAMPBELL et HATLEY c/ Royaume-Uni, n° 12244/86 , 12245/86 et 12383/86, § 42.

[1071] Art. 6, 1er § Directive (UE) 2012/13/UE du Parlement européen et du conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* 1er juin 2012, I. 142/1.

notification immédiate de la nature de l'infraction entraîne la nullité de la garde à vue[1072] car « *c'est précisément de la protection des droits du gardé à vue qu'il [s'agit] en l'espèce* »[1073].

264. Toutefois, la célérité de la communication de l'information ne suffit pas. Il faut aussi s'assurer que la personne en ait compris le contenu. C'est pourquoi le législateur a joint le droit à l'interprète à l'information des raisons de l'arrestation comme cela transparait des dispositions de l'article 116, alinéa 2 du code de procédure pénale, dispositions relatives à la mise en examen d'une personne : « ***Après l'avoir informée**, s'il y a lieu, **de son droit d'être assistée par un interprète**, le juge d'instruction constate l'identité de la personne et lui fait connaître expressément, en précisant leur qualification juridique, chacun des faits dont il est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée. Mention de ces faits et de leur qualification juridique est portée au procès-verbal* ». Ce droit à 'interprète est également garanti lors du défèrement devant le procureur de la République à l'article 393, alinéa 2 du code de procédure pénale : « *Après avoir, s'il y a lieu, **informé la personne de son droit d'être assistée par un interprète**, constaté son identité et lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés ainsi que leur qualification juridique […]* ». Enfin, l'article 63-1 garantit à la personne gardée à vue le droit d'être informée « ***dans une langue qu'elle comprend*** » de son placement en garde à vue, de la qualification des faits qui lui sont reprochés, ainsi que de son droit à bénéficier d'un interprète.

Une analogie peut être faite avec les personnes admises en soins psychiatriques sans consentement. En effet, la bonne communication des raisons de l'arrestation est si importante qu'il a été garanti qu'elle ne soit faite à ces patients que lorsqu'ils sont en état de comprendre l'information délivrée[1074]. Toutefois, une nuance peut être apportée car comment s'assurer que la personne est en état de comprendre ? Si elle souffre de troubles psychiatriques, est-il possible de s'assurer qu'elle a bien compris la teneur de ces informations ? L'intervention obligatoire de l'avocat auprès des personnes placées en soins psychiatriques sans consentement est opportune pour s'assurer de cela.

265. Veiller à la communication rapide et compréhensible de l'information de l'accusation répond à plusieurs exigences. Tout d'abord, cela évite que la personne ne se retrouve « *désavantagée* »[1075] face à l'autorité qui a décidé de son arrestation. Le principe d'équité du procès et notamment le principe d'égalité des armes est ainsi respecté. De plus, cette information est indispensable pour le bon exercice des droits de la défense. En effet, une défense ne saurait être effective si l'intéressé ou son conseil ne connaissent pas les raisons de son arrestation ou l'accusation retenue à son encontre[1076]. Par ailleurs, faire parvenir cette

---

[1072] Cass. Crim. 16 juin 2015, n° 14-87.878 P : *D. actu*. 23 juill. 2015, obs. C. BENELLI-de BÉNAZÉ ; *AJ pénal* 2015, p. 505, obs. D. BRACH-THIEL ; *Dr. pénal 2016*. Chron. N° 8, obs. V. LESCLOUS ; *RSC* 2015, p. 678, obs. A. GIUDICELLI.

[1073] D. BRACH-THIEL, « Nullité de la garde à vue en cas d'absence de notification immédiate de la nature d'une infraction » com. sous Cass. Crim. 16 juin 2015, *AJ pénal* 2015, p. 505.

[1074]Art. L. 3211-3, al. 3 CSP.

[1075] L.- A. SICILIANOS et M.- A. KOSTOPOULOU, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Garanties particulières concernant la protection de l'accusé », *Rép. de droit euro. Dalloz*, janv. 2018, fév. 2020, n°139.

[1076] CEDH 25 juill. 2000, MATTOCCIA c/ Italie, n° 23969/94, §§ 59-60 ; CEDH 25 mars 1999, PÉLISSIER et SASSI c/ France, n° 25444/94 § 54 : *D.* 2000, p. 357, note D. ROETS ; *RTDH* 2000, p. 281, obs. G. FLÉCHEUX et T. MASSIS : « *En matière pénale une information précise et complète des charges pesant contre un accusé est*

information à la personne concernée dans une langue qu'elle comprend évite une atteinte au principe de respect de la dignité humaine[1077]car cela démontre un certain respect de l'individu. Enfin, la connaissance des charges retenues à l'encontre de la personne ou des raisons de la privation de liberté délivrée dans un court délai permet à l'avocat de préparer sa discussion en droit et en fait. Connaitre cette information permettrait de mettre fin à la privation de liberté ou à l'éviter[1078], il est donc indispensable que cette information soit transmise au plus vite, cette célérité allant de pair avec le droit de bénéficier d'un délai suffisant pour préparer sa défense.

Au même moment, la personne est informée de son droit à l'assistance d'un avocat.

2) L'information concomitante du droit à l'assistance d'un avocat

266. De manière concomitante à l'information des raisons de l'arrestation de la personne et de l'accusation portée à son encontre, il est procédé à l'information des droits dont la personne bénéficie, notamment de son droit à l'assistance d'un avocat.

A l'instar de l'information précédemment évoquée, l'information de ses droits à la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté se fait dans les plus brefs délais. Différents synonymes sont employés pour exprimer cette immédiateté. Ainsi, l'article L. 343-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « *L'étranger placé en zone d'attente est informé, **dans les meilleurs délais**, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, communiquer avec un conseil* ». La disposition est identique en matière de rétention administrative d'un étranger[1079]. Lors de la rétention pour vérification du droit de circulation et de séjour d'une personne étrangère, l'article L. 813-5 du même code dispose que « *L'étranger […] est **aussitôt** informé […] du fait qu'il bénéficie des droits suivants : […] 2° Être assisté, dans les conditions prévues à l'article L. 813-6, par un avocat désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier, qui est alors informé de cette demande par tous moyens et sans délai* ». En matière d'admission en soins psychiatriques sans consentement, l'article L. 3211-3 du code de la santé publique dispose, en son alinéa trois, que « *toute personne faisant l'objet de soins psychiatriques […] est informée : […] b) **Dès l'admission** ou aussitôt que son état le permet […] de ses droits* ». L'adverbe « immédiatement » est employé par le code des douanes lors de la rétention douanière selon l'article 323-6 du code des douanes : « *La personne placée en retenue douanière est **immédiatement** informée par un agent des douanes, dans les conditions prévues à l'article 63-1 du code de procédure pénale : […] 3° Du fait qu'elle bénéficie des droits énoncés à l'article 323-5 du présent code* ». Le code de procédure

---

une condition essentielle de l'équité de la procédure. […] L'accusé doit en tout cas disposer d'éléments suffisants pour comprendre pleinement les charges portées contre lui en vue de préparer convenablement sa défense ».

[1077] K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, Th., Univ. Panthéon-Assas (Paris II), LGDJ, 2012, n°192, p. 145 : « *Finalement, la protection de la dignité de la personne passe par la présence précieuse d'un défenseur* ».

[1078] F. QUILLERÉ- MAJZOUB, *La défense du droit à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, coll. Nemesis, 1999, p. 106 : « *La notification [de façon détaillée des accusations] a aussi pour but de permettre à l'intéressé de prendre immédiatement des dispositions pour obtenir sa libération s'il considère que les raisons avancées sont nulles et non avenues* ».

[1079] Art. L. 744-4, al. 1er CESEDA : « *L'étranger placé en rétention est informé **dans les meilleurs délais** qu'il bénéficie, dans le lieu de rétention, du droit de demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil et d'un médecin, et qu'il peut communiquer avec son consulat et toute personne de son choix. […]* ».

pénale précise que cette information se fait par la citation elle-même quand le tribunal correctionnel est saisi de cette manière[1080] ou en même temps que l'information des faits reprochés et de leur qualification pénale lors du défèrement devant le procureur de la République[1081]. L'information est donc immédiate à la privation de liberté dans la mesure où la personne est capable de comprendre les informations qui lui sont transmises.

La Cour de cassation veille au respect de ces brefs délais[1082]. À moins que, comme cela a été décidé dans le cadre d'une vérification du droit de circuler d'une personne étrangère sur le territoire français, que la notification tardive des droits – 25 minutes après l'interpellation en l'espèce – n'ait été motivée par la recherche d'un interprète[1083].

267. Par ailleurs, tout comme l'information des raisons de l'arrestation et de l'accusation, l'information des droits dont bénéficie la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté doit se faire dans une langue qu'elle comprend. La notification du droit à l'assistance d'un avocat faite à la personne privée de liberté dans une langue qu'elle comprend est garantie à l'article 63-1 du code de procédure pénale en matière de garde à vue : « *La personne placée en garde à vue est immédiatement informée […]* ***dans une langue qu'elle comprend****, le cas échéant au moyen du formulaire prévu au treizième alinéa : 3° Du fait qu'elle bénéficie : […] du droit d'être assistée par un avocat, conformément aux articles 63-3-1 à 63-4-3* ». L'on retrouve une disposition quasiment identique au bénéfice des personnes placées dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté « *Toute personne retenue doit être informée dès le début de sa rétention,* ***dans une langue qu'elle comprend****, […] de son droit à être assistée par un avocat de son choix ou commis d'office* », selon l'article R. 53-8-67, premier alinéa du code de procédure pénale. Aux termes des articles L. 744-4, premier alinéa, et L. 343-1, premier alinéa, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'étranger est informé de son droit à l'assistance d'un conseil « ***dans une langue qu'il comprend*** ».

Parfois, le droit à l'interprète est le premier des droits à être notifié, comme lors d'un défèrement devant le procureur de la République[1084]. Ainsi, la personne déférée pourra décider de l'exercer afin que ses autres droits lui soient notifiés dans une langue qu'elle comprend. La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que ce droit doit être garanti de manière effective et concrète car il permet à la personne de « *bénéficier d'un procès équitable* »[1085].

[1080] Art. 390 CPP : « *La citation informe le prévenu qu'il peut se faire assister d'un avocat de son choix ou, s'il en fait la demande, d'un avocat commis d'office, dont les frais seront à sa charge sauf s'il remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, et qu'il a également la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit* ».

[1081] Art. 393, al. 2 CPP : « *Après avoir, s'il y a lieu, informé la personne de son droit d'être assistée par un interprète, constaté son identité et lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés ainsi que leur qualification juridique, le procureur de la République l'informe qu'elle a le droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office […]* ».

[1082] Cass. Civ. 1ère, 29 sept. 2021, n°20-17.036, *D.* 2021, p. 1768.

[1083] Cass. Civ. 1ère, 7 févr. 2018, n° 16-24.824 : *D.* 2018, p. 355 ; *AJDA* 2018, p. 306.

[1084] Art. 393, al. 2 CPP : « *Après avoir, s'il y a lieu, informé la personne de son droit d'être assistée par un interprète, constaté son identité et lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés ainsi que leur qualification juridique, le procureur de la République l'informe qu'elle a le droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office […]* ».

[1085] CEDH, 24 juin 2019, KNOX c/ Italie, n°76577/13, § 182.

Pour les personnes admises en soins psychiatriques sans consentement, il est également prévu que l'information de ses droits se fasse « *dès l'admission ou aussitôt que son état le permet* »[1086]. En effet, les juges du fond ne retiennent pas l'atteinte aux droits de la personne lorsque cette dernière ne se trouvait pas « *en capacité de recevoir les informations, eu égard à son état de santé et compte tenu des pièces médicales du dossier* »[1087]. À l'inverse, une notification tardive d'une décision de prolongation de l'hospitalisation complète fait grief à l'intéressé qui « *a été placé dans l'impossibilité de faire utilement valoir ses droits* »[1088].

Un doute est émis quant à la garantie de la traduction des droits et de l'accusation portée à l'encontre de la personne détenue dans le cadre d'une procédure disciplinaire en détention. En effet, le code pénitentiaire ne prévoit de droit à l'interprète que lors de la comparution devant la commission de discipline[1089]. Aucune mention n'est faite quant à l'information des faits ou du droit d'être assisté par un avocat dans une langue que la personne détenue comprend. Cette lacune fait nécessairement grief à la personne détenue étrangère qui ne sera pas correctement informée des charges retenues à son encontre ainsi que de son droit d'être assistée par un avocat lors de la tenue de la commission de discipline.

Une fois que l'intéressé a décidé d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat, il faut informer ce dernier.

B. Un délai variable de l'information de l'avocat de la privation de liberté

268. Une fois que la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté a décidé d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat, ce dernier en est averti. Le délai d'information varie alors en fonction de l'enjeu : soit il est immédiat (1), soit il est soumis à un délai (2).

1) Une information immédiate de l'avocat

269. Sitôt que la personne privée de liberté a fait le choix de son avocat, ce dernier en est informé. Il est alors informé soit de la mesure privative de liberté en cours pour qu'il puisse rejoindre son client (a), soit de la date d'audience à laquelle il sera discuté du bien-fondé de la mesure privative de liberté (b).

a) Une information de la privation de liberté

270. Lorsqu'une personne privée de liberté fait le choix d'être assistée d'un avocat, ce dernier en est sitôt informé. L'objet de l'information porte alors sur la privation de liberté.

[1086] Art. L. 3211-3, al. 3 CSP.
[1087] CA Montpellier, ord., 17 sept. 2019, n° 19/06690 : *Gaz. Pal.*, n° 19, mai 2020, p. 42, Pan., C. ALBIGES.
[1088] Cass. Civ. 1ère, 5 juill. 2018, n° 18-50.042 : *DP santé*, Bull. n° 296, oct. 2018, p. 8, note M. COUTURIER.
[1089] Art. R. 234-26, al 2 C. pénit. : « *Lors de la comparution devant la commission de discipline, […] si la personne détenue ne comprend pas la langue française, n'est pas en mesure de s'exprimer dans cette langue ou si elle est dans l'incapacité physique de communiquer, ses explications sont présentées, dans la mesure du possible, par l'intermédiaire d'un interprète désigné par le chef d'établissement* ».

Le défenseur est ainsi informé qu'une personne privée de liberté l'a choisi ou l'a désigné dans le cadre d'une commission d'office.

L'information de l'avocat est immédiate lors d'une garde à vue[1090] – et des procédures de mesures privatives de liberté qui se réfèrent au régime de la garde à vue[1091]–, lors d'un défèrement devant le procureur de la République[1092] ou lors d'un débat relatif à la détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention[1093]. L'avocat est également informé du déplacement de son client placé en garde à vue si ce dernier ne se trouve plus dans le « *service enquêteur* »[1094].

Le caractère immédiat de l'information dans ces procédures relatives à des mesures privatives de liberté se justifie par le fait que le défenseur doive se rendre aussitôt auprès de la personne privée de liberté pour l'assister.

Le législateur ne fait aucune distinction entre l'avocat choisi et l'avocat désigné dans le cadre d'une commission d'office[1095], les deux sont informés sans délai de leur désignation.

271. Dans d'autres procédures au cours desquelles une mesure privative de liberté est encourue, il peut arriver que l'avocat soit informé aussitôt de sa désignation. Cela est le cas lors de l'interrogatoire de première comparution devant le juge d'instruction[1096]. Là encore, le caractère immédiat de l'information se justifie par les exigences de la procédure : l'avocat est averti sans délai car il doit se rendre auprès de son client avant qu'il ne soit interrogé par le magistrat instructeur. L'enjeu est important car, à l'issue de cet interrogatoire de première comparution, le mis en cause pourra être mis en examen et le magistrat instructeur pourra saisir aussitôt le juge des libertés et de la détention afin qu'il se prononce sur un placement en détention provisoire. L'assistance de l'avocat se poursuivra devant cette nouvelle autorité judiciaire.

Dans l'hypothèse où la personne mise en examen comparaitrait devant le juge des libertés et de la détention sans avocat, le juge l'aviserait alors qu'elle sera défendue lors du débat par l'avocat de son choix ou par un avocat commis d'office. Le code de procédure pénale ajoute la formule suivante : « *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* »[1097]. Là encore, le fait d'informer sans délai le Bâtonnier de l'ordre afin qu'il désigne l'avocat commis d'office démontre l'urgence de l'assistance de l'avocat. Cette urgence s'explique par le fait qu'une personne présumée innocente peut se retrouver placée en détention provisoire dans un établissement pénitentiaire, lieu dont l'essence même est la sanction.

L'avocat peut aussi être aussitôt informé de la date d'audience à laquelle il devra défendre son client.

[1090] Art. 63-3-1, al. 2 CPP.
[1091] Art. 141-4, al. 3 CPP ; Art. 709-1-1, al. 3 CPP.
[1092] Art. 393, al 2 CPP : « *L'avocat choisi ou, dans le cas d'une demande de commission d'office, le bâtonnier de l'ordre des avocats en est avisé sans délai* ».
[1093] Art. 145, al. 5 CPP.
[1094] Art. D. 15-5-6 CPP.
[1095] Art. 393, al. 2 CPP ; Art. 63-3-1, al. 2 CPP ; Art. 116, al. 5 CPP.
[1096] Art. 116, al. 5 CPP.
[1097] Art. 145, al. 5 CPP.

b) Une information de la date d'audience

272. Certains textes imposent l'information immédiate de l'avocat, non pas pour qu'il se rende aussitôt auprès de la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté, mais pour qu'il soit informé de la date d'audience.

Ainsi, l'avocat de la personne admise en soins psychiatriques sans consentement est aussitôt informé de l'audience qui se tiendra devant le juge des libertés et de la détention[1098], il en est de même quand ce patient est entendu par le juge des libertés et de la détention dans le cadre d'un isolement et d'une contention[1099]. Le caractère immédiat de l'information pourrait se justifier par l'assistance imposée de l'avocat auprès des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement. Cependant, le caractère obligatoire de cette intervention n'implique pas nécessairement une information immédiate de la date d'audience étant donné que cela n'est pas exigé pour l'audience de seconde instance en matière de soins psychiatriques sans consentement – bien que l'intervention de l'avocat demeure obligatoire.

Une information immédiate de l'avocat est également exigée lors des renvois devant le tribunal correctionnel après défèrement de la personne devant le procureur de la République[1100]. L'immédiateté de l'information se justifie car l'audience devant la juridiction de jugement se tient dans un court délai, *a fortiori* pour une audience de comparution immédiate qui a lieu le jour même.

L'immédiateté de l'information de l'avocat pourrait donc se justifier par le caractère urgent de l'assistance ou par son caractère obligatoire. En effet, si l'assistance d'un avocat est imposée, il est compréhensible qu'on le tienne informé sans délai de la tenue d'audience, comme lors de la comparution immédiate. Cela permet de s'assurer de sa présence.

273. Toutefois, l'avocat de l'étranger est avisé aussitôt de la date d'audience à laquelle le maintien en zone d'attente[1101] ou le prolongement de la rétention administrative[1102] seront discutés. Or, lors de ces procédures, la défense de l'avocat n'est que facultative. L'analyse précédente ne correspond pas à ces procédures. À notre sens, l'immédiateté de l'information de l'avocat se justifie par le fait que l'avocat d'un étranger peut nécessiter d'un délai de préparation plus important notamment lors des entretiens avec son client. En effet, un

---

[1098] Art. R. 3211-13, al. 2 CSP : « *Le greffier convoque **aussitôt**, par tout moyen, en leur qualité de parties à la procédure : 1° Le requérant et son avocat, s'il en a un ; 2° La personne qui fait l'objet de soins psychiatriques par l'intermédiaire du chef d'établissement lorsqu'elle y est hospitalisée, son avocat dès sa désignation et, s'il y a lieu, son tuteur, son curateur ou ses représentants légaux […]* ».

[1099] Art. R. 3211-41, al. 2 CSP : « *II. − Le greffier convoque **aussitôt**, par tout moyen, en leur qualité de parties à la procédure : 3° L'avocat du patient concerné par la mesure d'isolement ou de contention dès sa désignation* ».

[1100] Art. 393, al. 5 CPP.

[1101] Art. R. 342-5 CESEDA.

[1102] Art. R. 743-3 CESEDA.

interprète peut être nécessaire lors des échanges, ce dernier peut être présent dans le centre de rétention[1103] ou au tribunal avant l'audience devant le juge des libertés et de la détention[1104].

Ainsi, l'immédiateté de l'information de l'avocat ne dépend pas que d'un unique facteur. Dans d'autres cas, l'avocat est averti de sa désignation non pas aussitôt mais avant l'écoulement d'une certaine durée.

2) Une information de l'avocat soumise à un délai

274. Les délais que nous estimons conformes aux droits de la défense sont des délais qui garantissent une défense effective de la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté. Ainsi, plus le délai d'information de l'avocat est éloigné de l'audience, plus il est conforme aux exigences des droits de la défense car il permet une bonne préparation de la défense. Aucune défense ne saurait être effective en l'absence de délai suffisant de préparation de la défense.

Par conséquent, certains textes garantissent un délai d'information de l'avocat conforme aux exigences des droits de la défense (a), tandis que d'autres ne garantissent pas un tel délai (b).

a) Des délais conformes aux droits de la défense

275. Des délais d'information de l'avocat conformes aux droits de la défense sont des délais suffisamment longs permettant au défenseur de préparer la défense afin d'assurer une défense effective aux côtés de son client.

Les longs délais relèvent de l'application des peines. En effet, l'article D. 49-15 du code de procédure pénale dispose que le condamné est informé de la tenue contradictoire d'un débat dix jours auparavant. Le texte ajoute que l'avocat est convoqué également dix jours « *au plus tard* » avant le débat. Ce texte vise les articles 712-6 et 712-7 du code de procédure pénale, ce qui signifie que ce délai de dix jours concerne tant les personnes condamnées comparaissant devant le juge de l'application des peines[1105] que le tribunal de l'application des peines[1106]. En seconde instance, ce délai est allongé à quinze jours[1107]. Notons que le texte a prévu la possibilité pour le condamné de renoncer expressément à la convocation de son avocat ou au respect du délai

---

[1103] Art. R. 553-11, al. 1er CESEDA, version en vigueur avant le 1er mai 2021 : « *L'administration met un interprète à la disposition des étrangers maintenus en centre ou en local de rétention administrative qui ne comprennent pas le français, dans le seul cadre des procédures d'éloignement dont ils font l'objet et des demandes d'asile. Dans les autres cas, la rétribution du prestataire est à la charge de l'étranger* » ; Art. R. 744-17 CESEDA depuis le 1er mai 2021.

[1104] Rapport de visite du CGLPL Centre de rétention administrative d'Oissel (Seine-Maritime), 5-7 août 2019, p. 66 : « *Au niveau du tribunal de grande instance, les retenus peuvent, préalablement à l'audience devant le JLD, s'entretenir confidentiellement avec leur avocat et un interprète dans une salle qui leur est réservée* ».

[1105] Art. 712-6 CPP.

[1106] Art. 712-7 CPP.

[1107] Art. D. 49-42, al. 2 CPP.

pour le débat contradictoire en première instance[1108]. Sans doute la justification d'une telle disposition réside-t-elle dans le besoin de faire tenir dans les plus brefs délais ce débat. Dans ce cas, la célérité de la justice prime sur le respect des droits de la défense et cela ne peut se faire qu'avec le consentement exprès de l'intéressé. Ce dernier peut donc renoncer à l'exercice de ses droits de la défense.

L'urgence de la tenue d'un débat contradictoire au détriment des droits de la défense est également prévue à l'article D 49-16 du code de procédure pénale[1109]. Aux termes de cet article, un « *cas d'urgence* » permet de ne pas recourir à ce délai de dix jours pour convoquer le condamné et son avocat. L'article donne comme exemple d'urgence le retrait ou la révocation d'une mesure, synonyme d'incarcération de la personne. Pour souligner l'urgence, il est indiqué que l'avocat est averti de la date du débat « *par tout moyen* ». L'article précise *in fine* qu'un délai pour préparer la défense peut être demandé par l'intéressé ou par son avocat. Ici, le raisonnement est donc inversé : l'atteinte aux droits de la défense est prévue expressément par le texte puis, selon la volonté de l'intéressé, l'exercice des droits de la défense peut être rétabli.

Pourquoi les délais sont-ils particulièrement allongés en phase d'application des peines ? De tels délais s'expliquent sans doute par le fait que le condamné est parfois détenu dans un établissement pénitentiaire. Le délai doit donc être suffisant pour l'avocat d'aller consulter le dossier de son client au tribunal puis de se rendre à l'établissement pénitentiaire pour rencontrer et échanger avec son client.

276. Ce raisonnement peut également s'appliquer pour ce qui est des audiences devant la chambre de l'instruction. Le délai entre l'envoi par lettre recommandée – ce qui permet de connaître clairement la date d'envoi – de la convocation et la date d'audience doit être de cinq jours minimum[1110]. Cela doit laisser le temps pour l'avocat de consulter le dossier et de rencontrer son client, ce dernier peut être en établissement pénitentiaire dans le cadre d'une détention provisoire. Toutefois, le délai est réduit à 48 heures en matière de détention provisoire par le même texte. Le délai est en l'occurrence plus court car il s'agit d'un contentieux spécifique dont l'enjeu est la privation de liberté d'une personne présumée innocente. Ainsi, il est normal de vouloir réduire au maximum le temps passé en détention par la personne. Ce délai réduit imposera toutefois à l'avocat de travailler dans l'urgence lors de la préparation de sa plaidoirie.

277. Il est un cas où les textes ne prévoient pas expressément de délai d'information de l'avocat sans pour autant que cela constitue une atteinte aux droits de la défense. Il s'agit de la convocation à l'audience devant la juridiction régionale de sûreté. Le seul délai prévu par le texte est celui relatif à la saisine de la juridiction qui ne doit pas être inférieur à trois mois avant la date de libération de la personne condamnée[1111]. *A priori*, l'information de l'avocat se fait à

[1108] Art. D. 49-15, al. 2 CPP : « *S'il est assisté d'un avocat, celui-ci est convoqué par lettre recommandée ou par télécopie au plus tard dix jours avant le débat. Le condamné peut toutefois déclarer expressément renoncer à la convocation de son avocat ou au respect de ces délais* ».

[1109] Art. D. 49-16 CPP : « *En cas d'urgence, notamment lorsque le retrait ou la révocation d'une mesure est envisagé, le délai de convocation prévu à l'article D. 49-15 alinéa n'est pas applicable, et l'avocat est avisé de la date du débat contradictoire par tout moyen ; le condamné ou son avocat peut toutefois demander à bénéficier d'un délai pour préparer sa défense* ».

[1110] Art. 197 CPP.

[1111] Art. 706-53-15, al. 2 CPP : « *Cette juridiction est saisie à cette fin par le procureur général, sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté prévue par l'article 763-10, au moins trois mois avant*

cet instant. Toutefois, avant de saisir la juridiction régionale de rétention de sûreté, une commission pluridisciplinaire rend un avis motivé évaluant la dangerosité de la personne condamnée. La juridiction régionale de rétention de sûreté ne peut alors être saisie que si la commission a constaté la dangerosité de l'intéressé et a proposé que celui-ci fasse l'objet d'une rétention de sûreté[1112]. Or, cette commission est saisie au moins un an avant la date de la libération de la personne condamnée. La partie réglementaire du code de procédure pénale prévoit que, lorsqu'elle comparait devant la commission, la personne condamnée peut être assistée de son avocat[1113]. Enfin, quelle que soit la décision de la commission et même si la personne condamnée n'a pas comparu, il est expressément prévu que l'avocat de la personne soit informée des conclusions de l'examen effectué par la commission[1114]. Ce qui signifie que, dans le cas où la commission décide que la personne fasse l'objet d'une rétention de sûreté, l'avocat en est informé. Ainsi, même s'il n'est pas encore informé de la date d'audience devant la juridiction régionale de sûreté, l'avocat sait que le débat aura lieu devant cette juridiction et peut donc d'ores et déjà préparé la défense. Dans ce cas précis, l'absence de délai n'a pas empêché la bonne préparation de la défense.

Cependant, certains délais d'information de l'avocat sont si réduits qu'ils ne respectent pas les droits de la défense.

b) Des délais non conformes aux droits de la défense

278. Si des délais d'information de l'avocat sont conformes aux droits de la défense lorsqu'ils permettent d'assurer une défense effective, les délais non conformes aux droits de la défense sont au contraire des délais qui ne garantissent pas la bonne préparation de la défense.

L'on peut ainsi viser l'article 114 du code de procédure pénale qui prévoit un délai de cinq jours au plus tard pour convoquer un avocat à l'interrogatoire ou à l'audition de leur client[1115]. Contrairement à la seconde instance, le délai est en l'espèce de cinq jours au plus. Le texte prévoit que ne sont comptés que les jours ouvrables, ne sont ainsi pas pris en compte les jours fériés ou les fins de semaine. Par ailleurs, il est indiqué que l'avocat est convoqué par lettre recommandée avec avis de réception, télécopie avec récépissé ou verbalement avec émargement au dossier. Ces moyens permettent ainsi de s'assurer que l'avocat a bien pris connaissance de la date de l'interrogatoire. Toutefois, ce délai de cinq jours au plus tard semble très court. En effet, dans l'éventualité où l'interrogatoire prévu est celui du mis en examen et que ce dernier est placé en détention provisoire, il semble très ardu pour le conseil de consulter le dossier à l'instruction ou d'en demander une copie et de se rendre en détention pour rencontrer son client. De plus, certains dossiers d'instruction sont complexes et peuvent être

---

la date prévue pour la libération du condamné. Elle statue après un débat contradictoire et, si le condamné le demande, public, au cours duquel le condamné est assisté par un avocat choisi ou commis d'office. La contre-expertise sollicitée par le condamné est de droit ».

[1112] Art. 706-53-14 CPP.

[1113] Art. R. 61-10, al. 2 CPP.

[1114] Art. R. 61-11, al. 2 CPP.

[1115] Art. 114, al. 2 CPP : « *Les avocats sont convoqués au plus tard cinq jours ouvrables avant l'interrogatoire ou l'audition de la partie qu'ils assistent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télécopie avec récépissé ou verbalement avec émargement au dossier de la procédure* ».

composés de plusieurs tomes, ce qui nécessitera un temps de lecture et de réflexion important pour l'avocat.

Un délai identique de cinq jours au plus est prévu lors de la convocation de l'avocat devant la chambre de l'instruction en matière de mandat d'arrêt européen[1116]. Le délai de convocation de l'avocat n'est donc pas identique devant une même juridiction. En effet, comme cela a été dit auparavant, l'article 197 du code de procédure pénale dispose que le délai de convocation de l'avocat à une audience ne peut être inférieur à cinq jours, excepté quand il s'agit d'un contentieux relatif à la détention provisoire. En l'occurrence, le délai de convocation de l'avocat est de cinq jours quand la personne recherchée doit être entendue par l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission. Or, ce délai semble très court étant donné que l'avocat devra prendre connaissance d'un dossier qui peut être rédigé dans une langue étrangère. Bien que les textes garantissent la présence d'un interprète lors des débats[1117], cette présence n'est pas garantie lors de la lecture du dossier. L'exécution d'un mandat d'arrêt européen signifie la poursuite d'une accusation ou la mise en œuvre d'une peine privative de liberté, l'enjeu est donc important.

Ces délais prévus par la loi ne semblent ainsi pas suffisant pour assurer la bonne préparation de la défense.

279. Puis, des textes ne prévoient expressément aucun délai pour convoquer l'avocat. En effet, la partie réglementaire du code de procédure pénale dispose que la personne détenue est informée de la date et de l'heure de sa comparution devant la commission de discipline ainsi que du délai dont elle dispose pour préparer sa défense qui ne peut être inférieur à vingt-quatre heures[1118]. Ce même article mentionne la possibilité pour la personne détenue de se faire assister. On peut donc en déduire que l'information de l'avocat se fait dans ce même laps de temps. Il est toutefois regrettable que le texte ne vise aucun délai précisément.

Aucun délai n'est expressément prévu en cas d'appel d'une décision du juge des libertés et de la détention en matière de soins psychiatriques sans consentement. En effet, le texte dispose que le greffier de la cour d'appel fait connaître à l'avocat des parties « *par tout moyen la date et l'heure de l'audience* »[1119] sans toutefois préciser le délai dans lequel cette information doit lui parvenir. Cette absence de délai est regrettable car vu qu'il s'agit d'une audience de seconde instance, cela signifie que les parties n'étaient pas d'accord avec la décision rendue en première instance. Un délai suffisant pour leur permettre de préparer leurs arguments devant la Cour d'appel pourrait être garanti par les textes.

Une certaine disparité semble émerger de ces différentes procédures, sans réelle logique. En effet, une information immédiate de l'avocat n'implique pas nécessairement que son assistance soit nécessitée à l'instant. Dans certains cas, son information est soumise à un délai mais ce délai varie en fonction de la procédure et parfois il semble suffisant, parfois au contraire il semble restreint. Enfin, il est des cas où les textes ne prévoient pas expressément de délais pour informer l'avocat. Cette disparité est regrettable car l'information constitue la première étape de la préparation de la défense. Informer trop tardivement l'avocat a ainsi un effet sur le reste de la préparation de la défense.

[1116] Art. 695-44, al. 1 et 3 CPP.
[1117] Art. 695-30 CPP.
[1118] Art. R. 234-15, al. 2 C. pénit.
[1119] Art. R. 3211-19, al. 3 CSP.

D'autres délais sont nécessaires à la garantie d'une défense effective tels que le délai de préparation de la défense et le délai d'accès au dossier.

2nd paragraphe : Les délais laissés à l'avocat pour la préparation de la défense

280. Lors de la phase de préparation de la défense, l'avocat va élaborer la défense qu'il présentera à l'autorité décisionnaire de la mesure privative de liberté encourue ou exécutée par son client.

Il va ainsi disposer d'un délai variable de préparation de la défense (A) et d'accès au dossier (B).

A. Un délai variable de préparation de la défense

281. Chaque procédure relative à une mesure privative de liberté prévoit son propre délai. Il n'existe donc pas un délai unique de préparation de la défense. Il ressort de notre analyse que la longueur du délai est indifférente (1) tant que le caractère suffisant du délai est garanti (2).

1) L'indifférence de la longueur du délai

282. Les délais de préparation de la défense varient d'une procédure à une autre. Certains délais durent plusieurs jours comme pour le détenu attendant l'audience devant le juge de l'application des peines dans le cadre d'une requête en aménagement de peine. Le délai minimal pour la préparation de la défense est de dix jours, correspondant au délai d'information de l'avocat de la tenue du débat. Ainsi, même l'avocat désigné dans le cadre d'une commission d'office n'ayant aucune connaissance de la personne détenue ou de l'affaire dispose d'un délai de dix jours pour préparer la défense. Ce délai est alors nécessaire pour établir « *un projet de sortie et faire un choix parmi les modalités d'aménagement de peine* »[1120].

283. D'autres délais sont, au contraire, particulièrement courts car l'avocat doit assister son client dans un court délai voire sur-le-champ. Tel est le cas lors d'une garde à vue où le délai de préparation est quasiment inexistant car l'avocat n'a que le temps de prendre connaissance des pièces laissées à sa disposition et de s'entretenir avec son client pendant trente minutes au plus. Après cela, il assiste son client lors des auditions avec les services de police ou de gendarmerie. Le délai laissé à l'avocat est donc très réduit.

De la même manière, l'avocat doit organiser sa défense dans un délai très réduit lors de la comparution immédiate. En effet, le procureur de la République ayant décidé de renvoyer le jour même la personne devant le tribunal correctionnel, le conseil doit préparer la défense dans un délai restreint, la plupart du temps en moins d'une journée. Or, rappelons que l'enjeu est important lors d'une comparution immédiate car la personne peut se voir prononcer une peine d'emprisonnement. Ce « *manque de temps laisse également très peu de marge aux avocats pour*

[1120] M. JANAS, « Le JAP et l'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *AJ Pénal* 2005, p. 101.

produire de nouvelles pièces et pour contacter des témoins ou la famille du prévenu »[1121] car le délai de préparation de la défense a des effets sur la défense elle-même.

Le délai de préparation de la défense est également réduit lors de la comparution d'un détenu devant la commission de discipline. Notons que le délai de comparution devant la commission de discipline peut encore être réduit en cas de placement de la personne détenue en prévention. Ce placement ne pouvant excéder deux jours ouvrables[1122], la comparution devant la commission de discipline est donc très rapide. Ainsi, le code pénitentiaire impose qu'un seuil minimal de vingt-quatre heures pour la préparation de la défense soit maintenu[1123] et ce, qu'un placement en cellule disciplinaire à titre préventif ait été décidé ou non. Cependant, si un placement à titre préventif a été décidé, le délai de préparation sera nécessairement inférieur à quarante-huit heures, délai qui correspond à la durée maximale du placement en cellule disciplinaire à titre préventif. Or, il est important de souligner que si certains établissements pénitentiaires se chargent d'envoyer par fax le dossier disciplinaire à l'avocat dans le délai imparti[1124], certains ne le font pas, la pratique variant d'un établissement à l'autre. Dans ce dernier cas de figure, le délai de préparation de la défense se réduit comme peau de chagrin, l'avocat prenant connaissance des faits très peu de temps, voire juste avant la tenue de la commission de discipline. En mettant en place un délai si court, cela contraint les avocats à découvrir la procédure et à rencontrer le détenu qu'ils vont assister quelques minutes seulement avant la comparution devant la commission de discipline[1125]. La préparation de la défense n'est donc pas suffisante au point de garantir une défense effective de la personne détenue.

Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que le critère pour apprécier le délai de préparation de la défense n'est pas la durée réelle mais le caractère suffisant du délai.

2) La primordialité du caractère suffisant du délai

284. L'arrêt *VACHER contre France* de la Cour européenne des droits de l'Homme précise que le délai pour présenter de nouveaux arguments doit être clairement défini[1126], avant

---

[1121] A. CHRISTIN, *Comparutions immédiates- enquête sur une pratique judiciaire*, Paris, éditions la Découverte, coll. Enquêtes de terrain, 2008, p. 123.

[1122] Art. R. 234-20, al. 1er C. pénit. et art. 2.3.1.2 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, BOMJL n° 2011-06 du 30 juin 2011.

[1123] Art. R. 234-15 C. pénit.

[1124] Rapport de visite du CGLPL au Centre pénitentiaire de Condé-sur-Sarthe (Orne), 8-12 janv. 2018, p. 62 : « *Au minimum 24 heures avant l'audience de la commission de discipline, le bureau de gestion de la détention transmet le dossier à l'avocat pour qu'il ait le temps d'en prendre connaissance, sans avoir à se déplacer au centre pénitentiaire. Cette disposition lui évite de découvrir ce qui est reproché à son client à son arrivée à l'établissement* ».

[1125] Rapport de visite du CGLPL au centre pénitentiaire de Remire-Montjoly (Guyane), 1er-12 oct. 2018, p. 74 : « *Les avocats arrivent généralement une demi-heure avant la commission de discipline pour étudier les dossiers et s'entretenir avec les personnes détenues* ».

[1126] CEDH, VACHER c/ France, 17 déc. 1996, n°20368/92, §30 : « *En conclusion, l'absence de fixation d'un délai pour produire un mémoire et l'inobservation par la Cour de cassation, sans que son greffe en avise l'intéressé ou que celui-ci puisse le prévoir, du délai habituel d'examen d'un pourvoi ont abouti à priver M. VACHER de la possibilité de se défendre de façon concrète et effective devant la Cour de cassation* ».

même d'être suffisant. Ce droit implique que l'accusé soit « *avisé en temps utile des actes, audiences ou débats à l'occasion desquels il sera appelé à s'exprimer* »[1127].

La Cour européenne des droits de l'Homme ne tient pas compte de la longueur du délai de préparation de la défense mais de son caractère suffisant. Ainsi, « *des délais relativement courts ne seront pas forcément jugés contraires à l'article 6, paragraphe 3, b)* »[1128]. Cela est heureux car s'il était exigé systématiquement de longs délais pour la préparation de la défense, cela pourrait entrer en contradiction avec d'autres dispositions conventionnelles exigeant un jugement à bref délai[1129] et certaines procédures comme la comparution immédiate n'auraient jamais vu le jour. La Cour européenne des droits de l'Homme va même jusqu'à considérer que le respect du délai suffisant pour la préparation de la défense doit également être assuré par l'autorité judiciaire[1130].

285. Pour analyser le caractère suffisant d'un délai, la Cour se fonde sur des critères généraux et des critères spéciaux. Parmi les critères généraux, l'on peut citer la nature et le stade de la procédure ainsi que la complexité de l'affaire[1131].

Au regard de ce critère, le délai restreint de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est justifié. En effet, la personne comparaissant devant le ministère public a reconnu la commission des faits. La nature de cette procédure s'inspire du « plaider coupable » anglo-saxon ou *plea bargaining*[1132]. De plus, cette procédure implique que l'auteur reconnaisse la commission des faits. Une discussion de l'accusation n'est donc pas nécessaire. L'affaire ne représente donc pas une particulière complexité. Le délai de préparation de la défense, bien que réduit, semble donc suffisant au regard de ces éléments.

286. D'autres critères, plus spéciaux ou factuels, peuvent être retenus par la Cour européenne des droits de l'Homme pour évaluer le caractère suffisant de la procédure. Il en est

---

[1127] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°526, p. 387.

[1128] L.- A. SICILIANOS et M.-A. KOSTOPOULOU, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Garanties particulières concernant la protection de l'accusé », *Rép. droit euro. Dalloz*, janv. 2018, actualisation janv. 2020, n°143.

[1129] Art. 5, § 3 Convention européenne des droits de l'Homme : « *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* ».

[1130] CEDH 9 avr. 1984, GODDI c/ Italie, n° 8966/80, §31 : Série A n° 76 ; *Ann. fr. dr. int.* 1985, p. 394, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1986, p. 1055, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER : « *Or Me Straziani n'a pas joui du temps et des facilités dont il aurait eu besoin pour étudier le dossier, préparer sa plaidoirie et, le cas échéant, prendre contact avec son client (comp. l'article 6 par. 3 b) de la Convention) (art. 6-3-b). Faute d'avoir notifié la date de l'audience à Me Bezicheri, la Cour d'appel aurait dû pour le moins, tout en respectant le principe fondamental de l'indépendance du barreau, adopter des mesures positives destinées à permettre à l'avocat d'office de remplir sa tâche dans les meilleures conditions (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Artico précité, p. 16, par. 33). Elle aurait pu ajourner les débats, comme l'y invitait le parquet (paragraphe 15 ci-dessus), ou ordonner de sa propre initiative une suspension de séance d'une durée suffisante* ».

[1131] CEDH 10 oct. 2012, GREGAČEVIĆ c/ Croatie, n°58331/09, §51 : « *When assessing whether the accused had adequate time for the preparation of his defence, particular regard has to be had to the nature of the proceedings, as well as the complexity of the case and stage of the proceedings (Afin d'évaluer si l'accusé a disposé d'un temps nécessaire pour la préparation de sa défense, il convient d'apprécier la nature de la procédure, ainsi que la complexité de l'affaire et le stade de la procédure)* ».

[1132] S. DUPONT, « Le plaider coupable dans les systèmes anglo-saxon et romano-germanique », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 1, n°. 1, 2015, p. 78.

ainsi du volume habituel du travail de l'avocat[1133] et de la représentation par plusieurs avocats expérimentés[1134].

287. Les délais prévus par les textes ne sont pas nécessairement fixes et peuvent faire l'objet de différents « allongements ». Ainsi, certains délais peuvent devenir suffisants grâce à un renvoi de l'audience, ce qui allongera par conséquent le délai de préparation de la défense. Cette possibilité est prévue pour les délais très réduits comme ceux prévus lors d'une comparution immédiate à l'article 397-1 du code de procédure pénale[1135], d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[1136], ou d'un débat contradictoire sur le placement en détention provisoire[1137]. À ce sujet, la Cour de cassation a indiqué que la date du débat contradictoire reporté à la demande de l'avocat n'avait pas à respecter le délai de cinq jours prévu à l'article 114 du code de procédure pénale[1138]. Néanmoins, un tel allongement du délai de préparation n'est pas sans conséquence car la personne peut alors être placée en détention provisoire.

Concernant le droit à solliciter l'allongement du délai de préparation de la défense, la Chambre criminelle s'est prononcée récemment sur ce point. Elle estime que le défaut de mention au procès-verbal de « *la formalité substantielle de l'information de la personne mise en examen du droit à solliciter un délai pour préparer sa défense* »[1139] n'entraine une nullité qu'en cas de démonstration d'un grief. En l'espèce, la Chambre criminelle n'a pas retenu l'existence d'un grief étant donné que la personne a été assistée devant le juge des libertés et de la détention par un avocat choisi, que ce dernier s'est entretenu avec elle et a pu consulter le dossier. La Cour de cassation poursuit en concluant que l'avocat a ainsi été mis en mesure d'apprécier l'opportunité de solliciter un délai pour préparer la défense de son client. L'avocat, représentant les intérêts de son client, est donc le plus à même pour estimer si le délai de préparation doit être allongé ou non. La position de l'avocat prime sur celle de la personne bien que celle-ci soit la première concernée. La Chambre criminelle décide ainsi de faire primer l'avis du défenseur professionnel.

Le délai peut également être allongé dans le cadre d'une citation à personne devant le tribunal correctionnel si l'audience se tient dans un délai inférieur à deux mois et si l'avocat n'a pu obtenir la copie du dossier avant l'audience[1140]. Pour cette dernière hypothèse, le délai ne peut être allongé que si l'avocat n'a pu accéder au dossier de la procédure. Preuve, si cela était

---

[1133] CEDH 31 mars 2005, MATTICK c/ Allemagne, n° 62116/00. : « *La Cour rappelle aussi que pour déterminer la longueur du temps de préparation nécessaire, elle prend en considération non seulement la complexité de l'affaire, mais aussi le volume de travail habituel d'un avocat, que l'on ne peut certes pas s'attendre à voir bouleverser tout son programme pour consacrer la totalité de son temps à une affaire* ».

[1134] CEDH 25 juill. 2013, KHODORKOVSKIY et LENEDEV c/ Russie, n° 11082/06 et 13772/05, § 580 et s.

[1135] La nouvelle audience aura alors lieu dans un délai allant de deux à six semaines aux termes de l'alinéa premier de l'article 397-1 du code de procédure pénale.

[1136] La nouvelle comparution devant le procureur de la République aura lieu dans un délai compris entre dix et vingt jours, selon l'article 495-10 du code de procédure pénale.

[1137] Art.145, al. 7 CPP : « *Toutefois, le juge des libertés et de la détention ne peut ordonner immédiatement le placement en détention lorsque la personne mise en examen ou son avocat sollicite un délai pour préparer sa défense* ».

[1138] Cass. Crim., 24 mars 2021, n° 21-80.143.

[1139] Cass. Crim. 28 juill. 2021, n° 21-83.005, *D.* 2021, p. 1542.

[1140] Art. 390-2 CPP.

nécessaire, que le délai précédant une audience est dédié à la préparation de la défense dont fait partie l'accès au dossier.

288. Enfin, il nous semblait intéressant d'aborder le cas particulier des procédures propres à l'organisation de la détention car elles prévoient un temps de préparation très réduit qui, cependant, semble suffisant. Par exemple, le placement à l'isolement sur décision de l'administration pénitentiaire fait l'objet d'une discussion entre cette dernière et la personne détenue. Celle-ci est informée qu'elle dispose d'un délai de trois heures au moins pour présenter ses observations une fois qu'elle est en mesure de consulter les éléments de la procédure en présence de son avocat[1141]. Ce délai de trois heures apparait très réduit. Il semble néanmoins suffisant au regard de l'enjeu car l'administration pénitentiaire prend la décision de placer une personne détenue à l'isolement, très certainement pour des raisons de sécurité. Il serait surprenant qu'un débat – au cours duquel elle sera elle-même partie – la fasse changer d'avis et ce, même si les arguments sont présentés par un avocat.

Après avoir abordé les délais de préparation de la défense, il convient d'examiner ceux d'accès au dossier.

B. Un délai variable d'accès au dossier

289. Il n'existe pas un délai unique d'accès au dossier. Ce délai varie d'une procédure à une autre. Pour certains délais, la logique est de faire correspondre le délai d'accès au dossier au moment d'intervention de l'avocat (1). Pour d'autres, le délai n'est tout simplement pas prévu précisément par les textes (2).

1) Un délai directement lié à l'intervention de l'avocat

290. Pour certaines procédures relatives à des mesures privatives de liberté, le délai d'accès au dossier est directement lié à l'intervention de l'avocat. Ainsi, si ce dernier doit intervenir rapidement auprès de son client, le délai d'accès au dossier sera bref (a). À l'inverse, s'il ne doit intervenir qu'ultérieurement, l'accès au dossier sera plus tardif (b).

a) Un accès immédiat au dossier

291. Lorsque l'avocat se rend aussitôt, après l'information de sa désignation, auprès de son client pour l'assister, il a la possibilité de consulter le dossier.

L'Union Européenne a publié la directive du 22 mai 2012 afin de garantir l'exercice le plus effectif possible du droit à l'information dans le cadre d'une procédure pénale. Ainsi, le troisième paragraphe du riche article 7 enjoint aux États membres de garantir l'accès au dossier dans un « *temps utile* »[1142]. Quel sens donner à ce « temps utile » ? Cela renverrait au temps

[1141] Art. R. 213-21 C. pénit.

[1142] Art. 7, § 3 Directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L. 1421, 1er juin 2012 : « *Sans préjudice du paragraphe 1, l'accès aux pièces visé au paragraphe 2 est accordé en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits*

utile pour assurer une bonne préparation de la défense. L'Union Européenne n'impose pas de délai précis pour l'accès au dossier tant que ce délai assure une bonne préparation de la défense. La procédure pénale française se doit donc de respecter ces exigences européennes.

292. L'accès immédiat au dossier peut être garanti en raison du caractère immédiat de l'intervention de l'avocat auprès de son client. Ainsi, lorsque l'avocat intervient auprès d'une personne mise en cause comparaissant devant le juge d'instruction pour son interrogatoire de première comparution, l'avocat « *peut consulter sur-le-champ le dossier* »[1143]. Cette immédiateté d'accès au dossier se justifie car l'avocat est attendu pour assister aussitôt son client devant le magistrat instructeur qui envisage de placer la personne sous le statut de mis en examen. De plus, il est possible que cet interrogatoire de première comparution intervienne à la suite d'une garde à vue. La personne est donc encore contrainte, sous escorte, au moment de son interrogatoire. Par ailleurs, une fois l'interrogatoire de première comparution passé, l'accès au dossier est toujours garanti à l'avocat. En effet, l'alinéa 5 de l'article 114 du code de procédure pénale dispose que le dossier est mis à la disposition de l'avocat « *à tout moment durant les jours ouvrables* », la seule restriction étant « *le bon fonctionnement du cabinet d'instruction* ».

L'accès au dossier se fait également de manière rapide lors d'un défèrement devant le procureur de la République[1144], lors de la présentation d'un mineur devant le procureur de la République[1145], lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[1146] ou lors d'un mandat d'arrêt européen[1147]. Les deux textes régissant ces procédures emploient la formule « sur-le-champ », formule dénotant une certaine urgence. Là encore, l'immédiateté d'accès au dossier se justifie par la prompte intervention de l'avocat auprès de son client.

293. De plus, si l'intervention de l'avocat n'est pas immédiate auprès de son client, elle peut aussi se faire dans un très court délai. Dès lors, l'accès immédiat au dossier est bienvenu afin de laisser le temps au conseil de prendre connaissance du dossier et de commencer à préparer la défense. Ainsi, l'avocat de la personne placée dans les geôles d'une juridiction en vue d'une audition devant l'autorité judiciaire[1148] peut consulter le dossier de la procédure[1149]. En l'espèce, les dispositions ne comportent pas la formule « sur-le-champ ». Néanmoins, la comparution de la personne devant l'autorité judiciaire devant avoir lieu dans un délai de vingt heures au plus après la fin de sa retenue ou garde à vue[1150], il est possible d'affirmer que l'accès au dossier est immédiat pour l'avocat.

---

de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation. Si les autorités compétentes entrent en possession d'autres preuves matérielles, elles autorisent l'accès à ces preuves matérielles en temps utile pour qu'elles puissent être prises en considération ».

[1143] Art. 116, al. 5 CPP.

[1144] Art. 393, al. 3 CPP : « *L'avocat ou la personne déférée lorsqu'elle n'est pas assistée par un avocat peut consulter sur-le-champ le dossier. L'avocat peut communiquer librement avec le prévenu* ».

[1145] Art. L. 423-6, 3° CJPM.

[1146] Art. 495-8, al. 5 CPP : « *L'avocat doit pouvoir consulter sur-le-champ le dossier* ».

[1147] Art. 695-27, al. 5 CPP : « *L'avocat désigné en application du deuxième alinéa peut consulter sur-le-champ le dossier et communiquer librement avec la personne recherchée* ».

[1148] Aux termes de l'article 803-2 du code de procédure pénale, il peut s'agir du procureur de la République, du juge d'instruction ou du juge de l'application des peines.

[1149] Art. 803-3, al. 4 CPP.

[1150] Art. 803-3, al. 1er CPP.

L'accès au dossier est également immédiat lors d'une garde à vue[1151]. Le texte ne vise pas expressément l'immédiateté de l'accès au dossier, celui-ci étant soumis à la demande de l'avocat. Néanmoins, cette immédiateté est acquise dans la pratique. En effet, l'avocat consulte le dossier une fois arrivé dans les locaux de gendarmerie ou de police et avant d'assister son client lors des auditions. La garde à vue représente toutefois un cas particulier car si le délai d'accès au dossier pour l'avocat est rapide, l'accès au dossier reste limité aux procès-verbaux concernant seulement son client[1152]. Notons que lors d'une rétention douanière, le code des douanes fait référence à ces dispositions du code de procédure pénale[1153].

Cette immédiateté de l'accès au dossier en raison du court délai d'intervention de l'avocat n'est pas l'exclusivité de la matière pénale. En effet, un tel accès est également prévu pour les contentieux relatifs au maintien en zone d'attente[1154] et à la rétention administrative des étrangers[1155]. Les textes précisent que l'accès à la requête – présentée par l'autorité administrative – et aux pièces jointes est assuré dès leur « *arrivée au greffe du tribunal judiciaire* ». Ainsi, une fois la requête connue de l'autorité judiciaire, l'avocat peut consulter ces documents qui constituent le dossier. La partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne le restreint pas dans le délai d'accès.

294. En outre, avant la tenue d'un procès d'assises, plusieurs actes obligatoires doivent être effectués[1156]. Parmi ces actes obligatoires, sont prévues la désignation de l'avocat par l'accusé ou par le président de la session d'assises ainsi que la communication des pièces de la procédure. Selon l'alinéa second de l'article 278 du code de procédure pénale, l'avocat peut prendre sur place communication de toutes les pièces du dossier sans que cette communication puisse provoquer un retard dans la marche de la procédure. Ainsi, l'accès au dossier est immédiat en l'espèce puisque l'avocat en prend connaissance dès qu'il est désigné par l'accusé.

Par conséquent, le facteur commun pour l'accès rapide au dossier en procédure pénale semble donc être la prompte – voire l'immédiate – intervention de l'avocat auprès de son client.

295. Pour finir, il convient d'évoquer la comparution différée devant le tribunal correctionnel dont l'accès au dossier est immédiat malgré une intervention différée de l'avocat. Cette procédure est mise en œuvre par le procureur de la République qui décide de poursuivre la personne d'un délit. Le délai de convocation est alors compris entre dix jours et six mois suivant le défèrement devant le procureur de la République[1157]. Le texte prévoit que la personne

---

[1151] Art. 63-4-1 CPP : « *A sa demande, l'avocat peut consulter le procès-verbal établi en application de l'avant-dernier alinéa de l'article 63-1 constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical établi en application de l'article 63-3, ainsi que les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste. Il ne peut en demander ou en réaliser une copie. Il peut toutefois prendre des notes* ».

[1152] Cette particularité fera l'objet d'un développement aux paragraphes § n° 315 et suivants.

[1153] Art. 323-5 C. Douanes : « *Dans les conditions et sous les réserves définies aux articles 63-2 à 63-4-4 du code de procédure pénale, la personne placée en retenue douanière bénéficie du droit d'être examinée par un médecin et à l'assistance d'un avocat […]* ».

[1154] Art. R. 342-4 CESEDA.

[1155] Art. R. 743-3 CESEDA.

[1156] Actes obligatoires prévus aux articles 269 à 282 du code de procédure pénale, au sein du Chapitre IV « De la procédure préparatoire aux sessions d'assises ».

[1157] Art. 394, al. 1er CPP.

ou son conseil peut consulter le dossier « *à tout moment* »[1158]. Par ce terme, le législateur laisse la possibilité à l'avocat de consulter le dossier quand il le souhaite, cela peut être aussitôt après le défèrement comme cela peut être peu de temps avant l'audience. Ici, le délai d'accès au dossier dépend de la volonté de l'avocat. Nous avons souhaité toutefois en faire mention ici car cet accès peut se faire rapidement étant donné que l'audience peut être fixée au moins dix jours après le défèrement devant le procureur de la République.

Dans d'autres procédures, l'accès au dossier peut être plus tardif.

b) Un accès au dossier soumis à un délai légal

296. Il a été évoqué précédemment que l'avocat assistant une personne comparaissant devant le juge d'instruction dans le cadre d'un interrogatoire de première comparution pouvait consulter tout de suite le dossier.

Le législateur s'est également exprimé sur l'accès au dossier par l'avocat au cours de l'information judiciaire. En effet, au cours de l'instruction préparatoire, plusieurs actes d'investigation vont étoffer le dossier. L'avocat devra le consulter au cours de la procédure, notamment lorsque son client devra comparaitre à nouveau devant le magistrat instructeur. Le code de procédure pénale dispose alors que le dossier est laissé à la disposition du conseil au plus tard quatre jours ouvrables avant chaque interrogatoire[1159].

Il est donc garanti à l'avocat qu'il pourra avoir accès au dossier dans un délai raisonnable. En effet, un accès tardif – la veille de l'interrogatoire par exemple voire le jour-même – à un dossier d'instruction conséquent entraverait les droits de la défense en ce que cet accès ne garantirait pas une bonne préparation de la défense, faute de temps.

L'avocat est donc assuré de pouvoir prendre connaissance du dossier dans un délai suffisant pour préparer la défense. De plus, ce délai de quatre jours au plus pèse avant tout sur le service de l'instruction – souvent le greffe – pour laisser le dossier à la disposition du conseil. Ce dernier choisira le moment de consultation qui peut tout aussi bien se faire dans un délai inférieur à quatre jours avant l'interrogatoire.

Par ailleurs, le législateur a également prévu que le dossier pouvait être mis à la disposition de l'avocat après la première comparution de la personne mise en examen « *durant les jours ouvrables, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction* »[1160]. Ce qui signifie qu'il n'est pas nécessaire que son client soit convoqué devant le juge d'instruction pour que l'avocat puisse consulter le dossier.

297. Bien que ce dernier point ait été envisagé afin d'assurer le plein exercice des droits de la défense, une difficulté ressort de la pratique. En effet, pour que l'avocat puisse prendre connaissance du dossier à tout moment, cela implique que le greffe de l'instruction

---

[1158] Art. 394, al. 2 CPP.

[1159] Art. 114, al. 3 CPP : « *Le dossier de la procédure est mis à leur disposition quatre jours ouvrables au plus tard avant chaque interrogatoire de la personne mise en examen ou chaque audition de la partie civile. Après la première comparution de la personne mise en examen ou la première audition de la partie civile, le dossier est également mis à tout moment à la disposition des avocats durant les jours ouvrables, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction* ».

[1160] Art. 114, al. 3 CPP.

prépare une copie du dossier ou des pièces du dossier. Or, « *les greffes des juges d'instruction ne sont pas toujours en mesure d'y répondre dans un délai suffisant, préalablement à un interrogatoire de la personne mise en examen. Ce retard de délivrance constitue objectivement une entrave à l'exercice de ce droit de défense - et parfois une obstruction, lorsqu'il est volontaire, ce qui arrive rarement mais parfois* »[1161]. Si la délivrance du dossier n'arrive pas assez promptement, le conseil peut se rendre au service de l'instruction pour consulter sur place le dossier. Là encore, une difficulté a pu se poser au regard de la crise sanitaire due à la propagation du covid-19 : certains services de l'instruction[1162] ont fermé leur accès au public une partie de la journée, contraignant ainsi les avocats et les justiciables à se déplacer à certains jours de la semaine ou à des horaires spécifiques. Plusieurs avocats ont pu se rendre au service de l'instruction pour consulter un dossier. Toutefois, les salles de consultation n'offrent qu'un nombre limité de places et d'ordinateurs et ce nombre a été réduit du fait de la crise sanitaire. Certains avocats ont donc été contraints de consulter le dossier sous format papier – et non sous format dématérialisé – directement dans le bureau du juge d'instruction ou ont dû revenir à une date ultérieure si une audition ou un interrogatoire avait lieu dans le cabinet du magistrat.

Ainsi, si le législateur garantit plusieurs délais d'accès au dossier d'instruction à l'avocat afin de faire respecter les droits de la défense, la pratique ne permet pas toujours d'assurer un tel respect.

Mais il arrive parfois que le législateur ne prévoit pas expressément de délai d'accès au dossier.

2) Le défaut de délai prévu par les textes

298. Dans certaines procédures, les textes ne prévoient pas explicitement de délai pour que l'avocat accède au dossier. Si cette absence de délai n'entraine aucune atteinte aux droits de la défense (a), parfois elle peut au contraire en constituer une (b).

a) Une lacune comblée par la diligence de l'avocat

299. Il est un cas où le texte prévoit explicitement que l'accès au dossier ne dépend que de la diligence de l'avocat. Il s'agit de la procédure relative aux personnes admises en soins psychiatriques sans consentement.

En effet, la partie réglementaire du code de la santé publique, aux articles R. 3211-10 et suivants, régit la convocation de la personne admise en soins psychiatriques sans consentement, ainsi que son conseil, devant le juge des libertés et de la détention. Le code indique quels sont les éléments qui vont constituer le dossier[1163]. Ces éléments sont l'origine de la demande

[1161] F. SAINT-PIERRE, « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 260.
[1162] C'est le cas pour celui du Tribunal judiciaire de Montpellier.
[1163] Art. R. 3211-12 CSP.

d'admission[1164], tous les certificats et avis médicaux et, le cas échéant, l'avis d'un collège de psychiatres si la personne a été hospitalisée à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale. Les parties peuvent ainsi consulter l'ensemble de ces pièces constituant le dossier au greffe de la juridiction – la personne hospitalisée y a également accès dans l'établissement où elle séjourne. Pour ce qui est de l'avocat, il est indiqué que « *le greffe délivre une copie de ces pièces aux avocats qui en font la demande* »[1165]. Une certaine urgence semble se dégager des textes régissant la procédure devant le juge des libertés et de la détention en cas d'isolement ou de contention du patient. En effet, l'article R. 3211-41 va plus loin en ajoutant : « *Le greffe délivre par tout moyen une copie de ces pièces aux avocats qui en font la demande* »[1166]. En l'espèce, tout moyen est accepté tant qu'il permet à l'avocat de prendre connaissance du dossier. La priorité est donc que l'avocat prenne connaissance du dossier. Ceci se justifie par le court délai laissé au juge des libertés et de la détention pour statuer – délai de vingt-quatre heures à compter du terme de la soixante-douzième heure d'isolement et de la quarante-huitième heure de contention.

La délivrance de la copie du dossier ne dépend donc que de la demande de l'avocat. C'est à ce dernier de s'organiser, une fois la convocation à l'audience reçue, pour en obtenir une copie. L'avocat est à même de savoir le délai qui lui est nécessaire pour préparer au mieux la défense de la personne qu'il va représenter ou assister devant le juge des libertés et de la détention. Ainsi, cela dépend de son entière diligence pour que le délai d'accès au dossier soit suffisant à la préparation de la défense.

300. D'autres dispositions prévoient, à l'inverse de manière implicite, que l'accès au dossier dépend de la diligence de l'avocat. Pour ce qui est des audiences devant le juge des libertés et de la détention dans le cadre du contentieux des étrangers, un dossier est également laissé à la disposition de l'avocat. Il est indiqué que la requête aux fins de maintien en zone d'attente ainsi que les pièces qui y sont jointes « *sont, dès leur arrivée au greffe du tribunal judiciaire, mises à la disposition de l'avocat de l'étranger* »[1167]. De la même manière, la requête aux fins de placement en rétention administrative ainsi que les pièces qui y sont jointes sont laissés à la disposition de l'avocat dès leur arrivée au greffe du tribunal[1168]. Rappelons que le greffier convoque l'avocat une fois que la requête est arrivée au tribunal. Ce qui signifie que la requête et les pièces qui y sont jointes sont laissées à la disposition de l'avocat alors que ce dernier n'a pas encore reçu la convocation. Il lui sera par conséquent possible de les consulter sur-le-champ une fois qu'il aura reçu la convocation. Cette immédiateté est bienvenue car l'avocat d'un étranger peut nécessiter d'un temps de préparation plus important pour comprendre ou se faire comprendre de son client.

Dans d'autres procédures relatives à des mesures privatives de liberté, le délai d'accès au dossier n'est pas mentionné et ne garantit donc pas une défense effective.

[1164] Une copie de la décision d'admission motivée en cas d'admission sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, une copie de l'arrêté d'admission en soins psychiatriques en cas d'admission ordonnée par le préfet ou une copie de l'expertise psychiatrique et de la décision de justice constatant l'irresponsabilité pénale.
[1165] Art. R. 3211-13, al. 4 CSP.
[1166] Art. R. 3211-41, al. 4 CSP.
[1167] Art. R. 342-4 CESEDA, en vigueur à compter du 1er mai 2021.
[1168] Art. R. 552-7 CESEDA en vigueur jusqu'au 1er mai 2021 et art. R. 743-4 CESEDA en vigueur à compter du 1er mai 2021.

b) Une lacune au mépris des droits de la défense

301. Le délai d'accès au dossier pour certaines procédures relatives aux mesures privatives de liberté n'est pas précisé. Cependant, cela ne signifie pas que l'accès au dossier n'est même pas évoqué par les textes, car il l'est. Toutefois, les dispositions le concernant ne garantissent pas la bonne préparation de la défense et par conséquent l'effectivité de la défense.

Ainsi, la consultation du dossier du condamné par l'avocat avant l'audience devant le juge de l'application des peines n'est possible que « *sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet du juge de l'application des peines* »[1169]. Cette formule reprend celle de l'article 114 du code de procédure pénale relative à l'accès au dossier de l'instruction. Or, si les textes prévoient que l'avocat peut consulter le dossier à tout moment lors de l'instruction, cela n'est pas le cas en matière d'application des peines. L'accès au dossier semble dépendre avant tout de la convocation de l'avocat devant le juge de l'application des peines. Or, rappelons que l'avocat est convoqué dix jours au plus tard pour un débat contradictoire. Le conseil est ainsi dépendant et limité par le délai pris par le greffe pour le convoquer. En outre, quelles sont les exigences du bon fonctionnement d'un cabinet du juge de l'application des peines ? Rien ne le précise. Bien entendu, cela n'implique pas que la consultation du dossier soit systématiquement refusée à l'avocat sous couvert de ce bon fonctionnement du cabinet du juge de l'application des peines. Cependant, cette formulation large peut soulever des difficultés d'interprétation sur ce qui constitue le « bon fonctionnement » du cabinet. Notre crainte réside dans le fait que *« ceci [conduise] souvent à limiter concrètement les possibilités de consultation* »[1170].

Notons que la doctrine a relevé, à juste titre, que rien n'était prévu pour la consultation du dossier par le condamné lui-même. Les documents contenus dans le dossier le concernent, « *il devrait logiquement expressément pouvoir en obtenir la communication aux fins d'assurer sa défense dans les procédures d'application des peines* »[1171].

302. Pour ce qui est de la procédure disciplinaire en détention, le code pénitentiaire ne prévoit pas de délai d'accès au dossier. Dans le meilleur des cas, ce délai est concomitant à l'information faite à l'avocat de la date d'audience. La pratique révèle que les avocats prennent souvent connaissance du dossier quelques minutes avant la tenue de la commission de discipline.

Ainsi, la section française de l'Observatoire International des Prisons rapporte que la maison d'arrêt de Grasse, qui auparavant, acceptait de transmettre les dossiers aux avocats par

---

[1169] Art. D. 49-29, al. 5 CPP : « *Ce dossier peut être consulté par l'avocat du condamné, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet du juge de l'application des peines. L'avocat du condamné peut se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du dossier conformément aux dispositions de l'article R. 165 prévoyant la gratuité de la première copie délivrée. Les copies ultérieures lui sont délivrées à ses frais, sauf si le condamné a obtenu le bénéfice de l'aide juridictionnelle* ».

[1170] M. HERZOG- EVANS, « Chap. 842 – Jugements », *D. Action Droit de l'exécution des peines*, 2016, n°842.523.

[1171] C. OTERO, « La faculté pour le condamné de consulter son dossier individuel tenu par le JAP », com. sous CE, 17 avr. 2015, *AJ pénal* 2015, p. 445.

mail ou par fax, impose désormais à ces derniers de se déplacer à la maison d'arrêt pour les consulter[1172]. Les avocats prennent alors connaissance, comme cela est souvent le cas, du dossier quelques minutes avant la tenue de la commission de discipline. Il en résulte que l'accès au dossier pour l'avocat de la personne détenue est incertain et semble se limiter aux minutes qui précèdent la tenue de la commission de discipline. Ce très court délai pourrait être comparé à celui de la procédure de comparution immédiate. Dans ce dernier cas pourtant, il est prévu la possibilité de demander le report de l'audience afin de disposer d'un délai suffisant pour préparer la défense. Il n'en est rien pour la procédure disciplinaire en détention.

303. Enfin, concernant le renvoi du débat contradictoire sur l'éventuel placement en détention provisoire, la Chambre criminelle n'a pas souhaité renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité. Celle-ci portait sur le caractère constitutionnel de l'article 145 du code de procédure pénale qui ne rend pas expressément obligatoire la mise à disposition du dossier à l'avocat ni ne prévoit de délai pour cette mise à disposition avant le débat différé. La Chambre criminelle a jugé du caractère peu sérieux de la question aux motifs qu'une combinaison des articles 145, 114 et 137-1 du code de procédure pénale révèle que le dossier est laissé à la disposition de l'avocat au greffe du juge des libertés et de la détention – si ce dernier a conservé le dossier – ou au greffe de l'instruction, sous réserve des exigences de son bon fonctionnement[1173]. À notre sens, il est en effet regrettable qu'aucune disposition ne vise expressément le délai d'accès au dossier en cas de débat différé. Car, cet accès tombe sous le sens quand le débat se tient dans la continuité de l'interrogatoire devant le juge d'instruction qui a placé la personne mise en cause sous le statut de mis en examen. La Chambre criminelle indique que l'avocat pourra consulter le dossier soit au greffe de l'instruction soit à celui du juge des libertés et de la détention. Mais cette incertitude aurait pu être épargnée à l'avocat en désignant un greffe en particulier, ce qui lui éviterait de se rendre au tribunal en ignorant à quel greffe s'adresser, ce qui pourrait lui faire gagner du temps dans un délai de préparation à la défense qu'il a demandé à rallonger.

304. Conclusion de la section 1 : La préparation de la défense implique la réalisation de différentes actions comme l'information de l'accusation ou des raisons de l'arrestation à la personne privée de liberté, l'information à l'avocat de la privation de liberté de son client... Afin de s'assurer de la bonne préparation de la défense, il est nécessaire que chacune de ces actions soit réalisée dans un délai suffisant. La suffisance de ce délai s'évalue au cas par cas en fonction de la complexité de l'affaire, de l'urgence de l'intervention de l'avocat…

[1172] C. BECKER, Grasse : l'accès aux dossiers de commission de discipline entravé, 21 oct. 2021, Rubrique analyses, site de l'OIP.

[1173] Cass. Crim. 4 oct. 2016, n° 16-84.337, P : *AJ pénal* 2016, p. 598, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2017. Chron. 8, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2016, n° 378, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *RSC* 2016, p. 802, note F. CORDIER.

Il ressort d'ores et déjà une différence dans la longueur de ces différents délais. Parfois, le délai est si restreint ou si peu précisé par les textes qu'il n'est pas certain que la préparation de la défense se déroule dans de bonnes conditions. Or, l'on ne saurait négliger l'importance de la préparation de la défense car aucune défense ne peut être effective sans une bonne préparation. Le respect des droits relatifs à la préparation de la défense est donc à parfaire pour assurer une meilleure préparation de la défense.

Les délais relatifs à la préparation de la défense ne sont pas les seuls facteurs à prendre en compte. Il faut également évaluer les facilités laissées à l'avocat pour préparer sa défense.

Section 2 : Les facilités nécessaires à la préparation de la défense

305. La Convention européenne des droits de l'Homme garantit à tout accusé le droit de disposer des facilités nécessaires pour préparer sa défense en son article 6, paragraphe 3.

Si l'on comprend que dans son acception commune, le terme « facilité » vise les moyens d'obtenir quelque chose sans peine, il est plus difficile de définir ce que sont les facilités permettant une bonne préparation de la défense. La Cour européenne des droits de l'Homme a donné une définition très large de ces facilités qui « *se limitent à celles qui aident ou pourraient aider l'accusé dans la préparation de sa défense* »[1174].

Ainsi, les facilités peuvent être regroupées entre celles relevant de l'accès au dossier (1er paragraphe) et celles relevant de facteurs extérieurs au dossier (2nd paragraphe).

1er paragraphe : Une gradation de l'accès au dossier

306. Chaque procédure relative à une mesure privative de liberté laisse à la disposition de l'avocat un dossier répertoriant toutes les informations justifiant la mesure privative de liberté mise en en œuvre ou encourue. L'accès à ce dossier est essentiel pour le bon exercice des droits de la défense car l'avocat se fonde sur les éléments présents dans le dossier pour assister la personne privée de liberté.

Or, si certaines procédures garantissent un accès total au dossier, soit un accès conforme aux droits de la défense (A), d'autres au contraire ne garantissent pas un tel accès, ce qui constitue une atteinte aux droits de la défense (B).

A. Un accès conforme aux droits de la défense

307. L'accès à l'entier dossier de la procédure est avant tout garanti en procédure pénale, à la suite d'une directive européenne (1). Toutefois cet accès à l'entier de la procédure est également garanti à des procédures autres que la procédure pénale (2).

1) Un accès total au dossier imposé en procédure pénale

308. La directive européenne du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales[1175] traite de l'accès au dossier au sein du long article 7 composé de cinq paragraphes. Ainsi, le premier paragraphe indique que les États membres doivent veiller à laisser à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat tous les documents relatifs à

[1174] CEDH 20 janv. 2005, MAYZIT c/ Russie, n°63378/00, § 79 : « *The "rights of defence", of which Article 6 § 3 (b) gives a non-exhaustive list, have been instituted, above all, to establish equality, as far as possible, between the prosecution and the defence. The facilities which must be granted to the accused are restricted to those which assist or may assist him in the preparation of his defence (Les « droits de la défense », dont l'article 6 § 3 (b) donne une liste non exhaustive, ont avant tout pour but de garantir l'équité, autant que faire se peut, entre l'accusation et la défense. Les facilités qui doivent être garanties à l'accusé se limitent à celles qui aident ou peuvent l'aider dans la préparation de sa défense)* ».

[1175] Directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L. 1421, 1er juin 2012.

l'affaire « *qui sont essentiels pour contester de manière effective […] la légalité de l'arrestation ou de la détention* ». Preuve, s'il en était besoin, que l'accès au dossier est primordial pour la discussion de l'affaire et donc pour une défense effective. Puis, la directive enjoint de veiller à ce que l'avocat ait également accès « *au minimum à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies* ». La directive européenne du 22 mai 2012 a détaillé l'accès au dossier afin que les États membres puissent s'y conformer plus facilement.

309. La procédure pénale française respecte-t-elle les exigences de cette directive ? Concernant la phase d'instruction, l'article 116, modifié par la loi du 27 novembre 2014 portant transposition de cette directive[1176], du code de procédure pénale régit l'accès au dossier. L'alinéa 5 dispose que l'avocat peut consulter sur-le-champ « *le dossier* ». *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*[1177], par conséquent il faut comprendre que l'avocat a accès au seul dossier de la procédure c'est-à-dire le même auquel ont accès le Parquet et le magistrat instructeur. Ainsi, « *l'exercice complet et effectif des droits de la défense de la personne mise en examen passe donc par son conseil* »[1178] car c'est ce dernier qui va consulter le dossier et organiser la défense. La consultation se fait sur place[1179] mais l'avocat peut aussi demander la délivrance d'une copie[1180] qui peut être effectuée par voie électronique[1181]. L'accès au dossier est pleinement garanti lors d'une information judiciaire car le code de procédure pénale, en plus de ces dispositions sur l'accès au dossier, enjoint au greffe de l'instruction ou au juge d'instruction de veiller à l'envoi des conclusions d'expertises[1182] ou du réquisitoire définitif[1183]. Cet accès total au dossier garantit non seulement une bonne préparation de la défense mais aussi le respect du principe du contradictoire. En effet, par cet accès sans restriction au dossier, l'avocat de la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté a accès aux mêmes informations que les autres parties. Ces dispositions sont applicables que la personne mise en examen soit majeure ou mineure.

Le fait que l'avocat puisse accéder facilement au dossier lors de la phase d'instruction est essentiel en cas d'appel. En effet, les textes disposent que l'avocat de la personne mise en examen peut consulter le dossier qui a été déplacé à la chambre de l'instruction en cas d'appel[1184]. Cependant, il est aussi prévu que, dans l'éventualité où le dossier ne serait pas complet, cela n'entrainerait aucune nullité tant que l'avocat a toujours accès à l'intégralité du dossier au greffe du juge d'instruction[1185]. Un accès facilité au dossier est donc indispensable.

[1176] Loi n° 2014-535 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JORF* n°0123 28 mai 2014, p. 8864, texte n° 2.

[1177] Adage selon lequel là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer nous-mêmes.

[1178] C. AMBROISE- CASTEROT, « Droits de la défense et secret de l'instruction », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD- Justices et droits du procès Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010, p. 898 : « *Seul l'avocat a accès au dossier de l'information. L'exercice complet et effectif des droits de la défense de la personne mise en examen passe donc par son conseil* ».

[1179] Art. 114, al. 3 CPP.

[1180] Art. 114, al. 4 CPP.

[1181] Art. D. 15-8 CPP.

[1182] Art. 167 CPP.

[1183] Art. D. 40-1-2 CPP.

[1184] Art. 197, al. 3 CPP.

[1185] Art. 197, al. 4 CPP.

Le code de procédure pénale dispose également que l'avocat peut consulter le dossier quand le procureur de la République décide de renvoyer la personne devant le tribunal correctionnel dans le cadre d'une comparution à délai différé[1186]. Par ailleurs, à l'instar de la procédure d'instruction, lorsqu'une comparution immédiate est envisagée mais que des examens techniques ou médicaux ont été demandés, les résultats de ces examens sont versés au dossier et laissés à la disposition de l'avocat[1187] afin de s'assurer qu'il ait accès à l'entier dossier. Concernant la consultation même du dossier, tout le matériel nécessaire à sa lecture effective doit être laissé à la disposition de l'avocat. Telle était la solution de la Chambre criminelle censurant un arrêt de la Cour d'appel qui avait retenu qu'il ne ressortait pas des textes une obligation légale de laisser à la disposition d'un avocat un lecteur de CD-ROM alors que le dossier de comparution immédiate lui avait été remis sous cette forme[1188]. En outre, l'accès au dossier est également prévu lorsqu'il s'agit d'une citation directe devant le tribunal correctionnel ou d'une convocation par officier de police judiciaire[1189]. Si l'avocat du prévenu n'a pu accéder au dossier avant l'audience – et si elle se tient dans un délai inférieur à deux mois après la signification de la citation ou la notification de la convocation – le tribunal est tenu de prononcer le renvoi de l'affaire si le prévenu en fait la demande[1190]. Devant une cour d'assises, l'accès au dossier est également total[1191] en particulier s'il y a eu un supplément d'information[1192]. Enfin, l'accès au dossier est aussi prévu à l'avocat assistant une personne dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[1193].

Il ressort de toutes ces dispositions que le législateur garantit à l'avocat l'accès au dossier de la procédure. Encore une fois, le fait que le législateur emploie le terme « le dossier » démontre que l'avocat accède aux mêmes pièces que les autres parties au procès. L'accès au dossier est donc également total devant les juridictions pénales de jugement.

Une fois le jugement pénal rendu, le procès pénal se poursuit au stade de l'application des peines. Là encore, il est prévu que l'avocat du condamné libre ou du condamné détenu, les textes ne faisant aucune distinction, puisse avoir accès à l'entier dossier. L'article D. 49-29 du code de procédure pénale précise le contenu de ce dossier. Il comporte ainsi les copies des documents issus de la procédure ayant abouti à la condamnation de l'intéressé, les rapports établis et les décisions prises au cours de l'exécution de la condamnation, ainsi que l'avis du représentant de l'administration pénitentiaire[1194]. Ce dossier doit être distingué des dossiers individuels tenus par l'administration pénitentiaire, conservés au greffe pénitentiaire et

---

[1186] Art. 394, al. 2 CPP : « *L'avocat ou la personne déférée lorsqu'elle n'est pas assistée d'un avocat peut, à tout moment, consulter le dossier* ».

[1187] Art. 397-1-1, al. 5 CPP : « *Les procès-verbaux ou autres pièces résultant des réquisitions, examens techniques ou médicaux mentionnés au premier alinéa du présent article sont versés au dossier de la procédure dès leur accomplissement et mis à la disposition des parties ou de leur avocat* ».

[1188] Cass. Crim, 9 mars 2022, n°21-82.580, B.

[1189] Art. 388-4, al. 1er CPP : « *En cas de poursuites par citation prévue à l'article 390 ou convocation prévue à l'article 390-1, les avocats des parties peuvent consulter le dossier de la procédure au greffe du tribunal judiciaire dès la délivrance de la citation ou au plus tard deux mois après la notification de la convocation* ».

[1190] Art. 390-2 CPP.

[1191] Art. 278, al. 2 CPP : « *L'avocat peut prendre sur place communication de toutes les pièces du dossier* ».

[1192] Art. 284, al. 1er CPP : « *Les procès-verbaux et autres pièces ou documents réunis au cours du supplément d'information sont déposés au greffe et joints au dossier de la procédure* ».

[1193] Art. 495-8, al. 5 CPP : « *L'avocat doit pouvoir consulter sur-le-champ le dossier* ».

[1194] Art. D. 49-29, al. 2 à 4 CPP.

composés d'« *une partie judiciaire* », d' « *une partie pénitentiaire* » et d' « *une partie sociale* »[1195] qui mentionnent entre autre les activités menées en détention et les risques suicidaires que peuvent présenter le condamné. Ces informations peuvent toutefois être transmises au service de l'application des peines pour enrichir le dossier du condamné. L'article D. 49-29, tout en listant les différents éléments qui composent le dossier du condamné, assure l'accès à ce dossier à l'avocat. Son accès au dossier est donc total. Toutes ces dispositions sont aussi applicables en cas d'appel[1196].

Enfin, dans l'éventualité où une rétention de sûreté est envisagée, les conclusions de l'examen effectué par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté sont transmises par courrier recommandé, afin de s'assurer de sa réception, à l'avocat de la personne condamnée[1197]. Une fois ces conclusions transmises, un accès au dossier devant la juridiction régionale de sûreté est assurée à l'avocat[1198].

310. Une subtilité existe en matière de mandat d'arrêt européen qui nous ferait penser que le droit à l'accès total au dossier n'est pas garanti. En effet, dans un arrêt de 2021[1199], la Cour de Justice de l'Union Européenne a estimé que plusieurs dispositions, dont l'article 7 de la directive du 22 mai 2012, ne s'appliquaient pas en matière de mandat d'arrêt européen. Cela ne signifie pas pour autant qu'un avocat n'a pas accès au dossier quand son client fait l'objet d'une telle mesure. La Cour de Justice de l'Union Européenne cite la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen[1200] qui prévoit l'information des droits de la personne arrêtée. Par ailleurs, la Cour rappelle que la personne, une fois arrivée sur le territoire de l'État membre émetteur du mandat, entre dans le champ d'application de la directive du 22 mai 2012. La Cour de Justice de l'Union Européenne a simplement souhaité conserver les particularités du mandat d'arrêt européen. L'accès total au dossier est donc bel et bien garanti.

311. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme censurant le défaut de garantie d'accès au dossier par le prévenu lui-même a attiré notre attention. Dans cette affaire, un prévenu n'avait pu accéder au dossier de la procédure pénale l'incriminant. *« En effet, le procureur avait refusé de lui donner accès au dossier, au motif que seul un avocat peut avoir accès direct à un dossier pénal, alors que l'intéressé avait décidé de se défendre seul* »[1201]. La Cour européenne des droits de l'Homme, saisie de ce problème, a bien heureusement relevé une atteinte aux droits de la défense et au principe de l'égalité des armes[1202]. Le prévenu est le

---

[1195] B. BOULOC, *Droit de l'exécution des sanctions pénales*, 6e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020, pp. 100-101, n°131.
[1196] Art. D. 49-41, al. 3 et 4 CPP.
[1197] Art. R. 61-11, al. 2 CPP.
[1198] Art. R. 53-8-60 CPP.
[1199] CJUE 28 jan. 2021, aff. C-649/19, *D*. 2021, p. 183.
[1200] Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, n° 2002/584/JAI, JO n° L 190 du 18/07/2002 p. 0001 – 0020.
[1201] S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 191.
[1202] CEDH 18 mars 1997, FOUCHER c/ France, n°22209/93, §36, *D*. 1997, somm. comm. 360, obs. J.-F. RENUCCI ; *Clunet* 1998, obs. V. LEGRAND ; *RGDP* 1998, p. 247, obs. J.-F. FLAUSS : « *Faute d'avoir eu cette possibilité [d'avoir accès à son dossier et d'obtenir la communication des pièces le composant], l'intéressé n'était pas en mesure de préparer sa défense d'une manière adéquate et n'a pas bénéficié de l'égalité des armes, contrairement aux exigences de l'article 6 par. 1 de la Convention, combiné avec l'article 6 par. 3 (art. 6-3+6-1)* ».

bénéficiaire des droits de la défense, il est donc indispensable qu'il ait accès au dossier de la procédure, en particulier quand il assure seul sa défense. Le prévenu remplit alors le rôle d'un avocat, aucune distinction ne doit donc être faite concernant cet accès au dossier. Tenant compte de cet arrêt, le code de procédure pénale prévoit ainsi que lors d'un défèrement devant le procureur de la République, la personne déférée ou son avocat peuvent avoir accès au dossier de la procédure[1203].

312. Ce droit d'accès à l'entier dossier est également garanti à l'avocat d'un mineur. En effet, devant le juge des enfants, un dossier unique de personnalité est constitué[1204]. Ce dossier n'est utilisé que dans le cadre de procédures pénales et il est constitué d'éléments relatifs à la personnalité et à l'environnement familial et social du mineur. Le code de la justice pénale des mineurs assure à l'avocat de l'enfant un accès à ce dossier[1205]. L'avocat a donc accès au dossier relatif à la procédure en cours et à celui de la personnalité du mineur. Cet accès est essentiel car les éléments de la personnalité peuvent orienter la défense.

Au regard de ces éléments, il peut être affirmé que la procédure pénale veille à garantir un accès total au dossier de la procédure. Cet accès, identique à celui des autres parties, assure ainsi le respect du principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes. Le respect du principe du contradictoire est également renforcé par l'accès au dossier comprenant des éléments de la personnalité de son client et par l'obligation ponctuelle d'envoi de pièces importantes – comme le réquisitoire définitif, à l'issue d'une information judiciaire.

Au-delà du respect de ces principes, un accès total au dossier assure aussi le respect des droits de la défense. En effet, l'Union Européenne indique le seuil minimal pour « *garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense* »[1206], il s'agit de l'accès aux preuves matérielles inculpant ou disculpant la personne poursuivie. Or, toutes ces preuves sont centralisées au sein du dossier de la procédure, ce qui explique l'importance d'en assurer l'accès total.

Cet accès total ne se limite pas à la procédure pénale et est aussi garanti au sein d'autres procédures.

2) Un accès total au dossier garanti au-delà de la procédure pénale

313. Un accès total au dossier est également garanti lors des débats devant le juge des libertés et de la détention dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement. La partie réglementaire du code de la santé publique précise en effet que la convocation adressée à l'avocat doit mentionner que les pièces peuvent être consultées au greffe de la juridiction[1207].

[1203] Art. 393, al. 3 CPP : « *L'avocat ou la personne déférée lorsqu'elle n'est pas assistée par un avocat peut consulter sur-le-champ le dossier* ».
[1204] Art. L. 322-8 et s. CJPM.
[1205] Art. L 322-10 CJPM.
[1206] Art. 7, § 3 Directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L. 1421, 1er juin 2012.
[1207] Art. R. 3211-13 CSP.

Un tel accès est également garanti pour les contentieux relatifs aux étrangers. Ainsi, qu'il s'agisse du maintien en zone d'attente[1208] ou de la rétention administrative[1209], il est prévu que la requête et les pièces qui y sont jointes soient laissées à la disposition de l'avocat de la personne étrangère.

Bien que ces matières n'entrent pas dans le champ d'application de la directive du 22 mai 2012, l'accès total est bel et bien garanti. Le respect des principes du contradictoire, de l'égalité des armes et des droits de la défense est ainsi assuré.

L'on pourrait croire que l'accès au dossier se fait systématiquement sans restriction pour l'avocat. Toutefois, deux procédures démontrent le contraire.

B. Un accès au dossier non conforme aux droits de la défense

314. L'accès au dossier de la procédure est parfois limité. Cela est le cas notamment en matière de garde à vue où l'avocat n'a accès qu'à certains procès-verbaux de la procédure et non à l'entièreté du dossier (1). Il est un autre cas où l'accès au dossier en tant que tel n'est pas restreint mais où il est régulièrement dénoncé que le dossier est trop pauvre pour assurer une défense effective de la personne. Il s'agit de la procédure disciplinaire en détention (2).

1) Un accès au dossier limité à certaines pièces

315. Il n'a pas été traité auparavant de la garde à vue qui est pourtant rattachée à la matière pénale – car exécutée dans le cadre d'une enquête préalable, de flagrance ou dans le cadre d'une commission rogatoire émanant du juge d'instruction. La garde à vue ne sera traitée qu'à présent car l'avocat ne peut accéder à l'entier dossier.

En effet, l'article 63-4-1 du code de procédure pénale liste de manière exhaustive les procès-verbaux que peut consulter l'avocat. Ainsi, il s'agit des procès-verbaux constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical éventuel de la personne gardée à vue et les procès-verbaux de ses auditions, « *c'est-à-dire autant de documents auxquels le gardé à vue est partie prenante* »[1210]. L'avocat n'a donc pas accès à l'entièreté du dossier lorsque la garde à vue a été exécutée dans le cadre d'une enquête de flagrance.

De plus, l'enquête préliminaire n'assure pas non plus un accès total au dossier. L'article 77-2 du code de procédure pénale prévoit deux manières possibles d'accéder au dossier. La première dépend du procureur de la République qui peut indiquer « *à tout moment de la procédure* »[1211] à la personne mise en cause ou à son avocat qu'une « *copie de tout ou partie du dossier* »[1212] est mise à la disposition de l'avocat et que des observations peuvent être faites. Bien évidemment, cette information n'est donnée que si cette décision ne risque pas de porter atteinte à l'efficacité des investigations. Cet accès au dossier n'est pas satisfaisant car il n'est

---

[1208] Art. R. 342-4 CESEDA.
[1209] Art. R. 743-3 CESEDA.
[1210] S. PELLÉ, « Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I) », *D.* 2014, p. 1508.
[1211] Art. 77-2, I CPP.
[1212] *Ibid*.

pas certain – étant donné que l'efficacité des investigations prime. Par ailleurs, si le texte prévoit que cette demande peut être faite à tout moment de la procédure, il n'impose pas un délai auquel l'avocat *doit* avoir accès au dossier. Cet accès peut donc être tardif. À ce sujet, la seconde façon d'accéder au dossier dépend de la demande de la personne mise en cause elle-même quand elle a été interrogée dans le cadre d'une garde à vue tenue il y a plus d'un an. Encore une fois l'accès au dossier est tardif. De plus, il n'est pas concomitant à la demande. En effet, le procureur de la République a un délai d'un mois pour faire part de sa réponse et il peut refuser l'accès au dossier pendant une durée maximale de six mois – durée portée à un an quand l'infraction est prévue aux articles 706-73 et 706-73-1 du code de procédure pénale ou relève de la compétence du parquet antiterroriste – quand cette communication « *porte atteinte à l'efficacité des investigations* »[1213]. Cette décision de refus peut être contestée devant le procureur général. L'avocat n'est donc pas sûr de pouvoir accéder dès sa demande au dossier. Une précision du texte attire notre attention, le cinquième alinéa du II de l'article 77-2 précise que le procureur de la République avise la personne que le dossier est laissée à la disposition de son avocat quand cette demande lui a été faite « *et qu'il estime qu'il existe à l'encontre de la personne une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, une infraction punie d'une peine privative de liberté* ». Une condition d'accès au dossier semble donc être le fait que le procureur de la République envisage de poursuivre la personne car s'il n'existe finalement aucun élément laissant croire que la personne a commis une infraction punie d'une peine privative de liberté, le texte ne prévoit pas explicitement d'accès au dossier. Il est regrettable de faire une telle distinction. Quelle que soit l'issue de la procédure, toute personne devrait avoir accès au dossier, en particulier quand elle a fait l'objet d'une garde à vue. L'accès au dossier est donc restreint en l'espèce.

316. Or, la directive de 2012, précédemment évoquée, garantit l'accès total au dossier lors de la préparation de la défense. Cependant, elle admet que l'accès au dossier soit limité quand « *cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, ou lorsque le refus d'accès est strictement nécessaire en vue de préserver un intérêt public important, comme dans les cas où cet accès risque de compromettre une enquête en cours ou de porter gravement atteinte à la sécurité nationale de l'État […]* »[1214].

Ainsi, le fait que l'avocat ne puisse accéder qu'à certains procès-verbaux serait justifié par le souci d'éviter de compromettre l'enquête en cours. Cependant, la directive précise que cet accès peut être limité en vue de préserver un intérêt public important. Or, toutes les enquêtes policières représentent-elles un intérêt important ? Rien n'est moins sûr car la garde à vue s'applique également en cas de commission de petits délits aux faibles enjeux comme des vols. Il est peu probable que résoudre ces enquêtes constitue un intérêt public important. En outre, une disparité se crée donc entre la phase d'enquête policière et la phase d'enquête lors d'une instruction préparatoire. En effet, devant le magistrat instructeur, l'avocat peut consulter l'entier dossier, ce qui n'est pas le cas de la garde à vue. Or, une garde à vue peut tout à fait être ordonnée dans le cadre d'une information judiciaire par commission rogatoire. Cette disparité ne se justifie donc pas. La restriction de l'accès au dossier est d'autant plus regrettable qu'elle

[1213] Art. 77-2, II, al. 5 CPP.
[1214] Art. 7, § 4 Directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L. 1421, 1er juin 2012.

s'applique à toutes les gardes à vue, c'est-à-dire tant à celles visant des faits criminels ou des infractions terroristes[1215] que des faits délictuels. Ce qui signifie que dans le cadre de commission ou de soupçon de commission d'infraction terroriste, les droits de la défense se trouvent encore plus amoindris. À l'inverse, s'il s'agit de faits délictuels sans enjeu public important, l'accès limité au dossier prend encore moins de sens. Pire encore, cet accès limité laisse croire à un sentiment de défiance vis-à-vis de l'avocat. Celui-ci représenterait un obstacle au bon déroulement de l'enquête. Ce sentiment est confirmé par le même article 63-4-1 du code de procédure pénale qui dispose que l'avocat ne peut demander la copie des procès-verbaux qu'il peut consulter. Encore une fois, une différence existe avec la phase d'instruction préparatoire au cours de laquelle une copie du dossier peut tout à fait être délivrée. En craignant qu'une faible minorité d'avocats ne divulguent des informations sur l'enquête en cours, c'est une écrasante majorité de défenseurs qui ne peut préparer convenablement la défense du client privé de liberté.

317. La directive du 22 mai 2012 apporte toutefois une nuance en indiquant qu'« *une décision de refuser l'accès à certaines pièces en vertu du présent paragraphe soit prise par une autorité judiciaire ou soit au moins soumise à un contrôle juridictionnel* »[1216] . Un tel contrôle est-il prévu en France ? La réponse est négative car les textes ne refusent pas expressément l'accès aux autres pièces, ils ne font que lister les documents que peut consulter le défenseur. La Cour de cassation ne retient pas que cet accès limité prive la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable car l'accès à l'entier dossier est prévu devant les juridictions d'instruction et de jugement[1217].

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'exige pas davantage un accès total au dossier lors d'une garde à vue. En effet, bien que les célèbres arrêts *SALDUZ*[1218] et *DAYANAN*[1219] aient consacré le droit à l'assistance d'un avocat lors d'une garde à vue, ils n'ont pas reconnu le droit à l'accès total au dossier de la procédure. Or, « *la discussion égalitaire et transparente des éléments de la cause nécessite encore une troisième précaution : la communication préalable du dossier* »[1220].

Il est regrettable que face aux enjeux d'une enquête policière, les principes du contradictoire et les droits de la défense se retrouvent amoindris, « *pourtant, c'est bien parce que le procès équitable est une exigence qui s'impose dès la phase policière que les droits de la défense doivent s'y exercer pleinement* »[1221].

[1215] Dont le régime de la garde à vue est plus sévère étant donné que la durée de la mesure est plus longue et que l'intervention de l'avocat peut être reportée.

[1216] Art. 7, § 4 Directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L. 1421, 1er juin 2012.

[1217] Cass. Crim., 19 sept. 2012, n°11-8111 : *JCP G* 2012, note 1242, F. FOURMENT ; *Procédures* 2012, comm. 331, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *RSC* 2012, p. 887, obs. D. BOCCON-GIBOD et X. SALVAT.

[1218] CEDH, Gr. ch., 12 nov. 2008, SALDUZ c/ Turquie, n° 36391/02 : *JCP* 2009. I. 104, obs. F. SUDRE.

[1219] CEDH, 13 oct. 2009, DAYANAN c/ Turquie, n°7377/03 : *JCP* 2009. Actu. 382 ; *Gaz. Pal*. 2-3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJP* 2010, p. 27, étude C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 231, obs. D. ROETS.

[1220] T. FOSSIER, « Droits de la défense et personnes vulnérables », *RSC* 1998, p. 57, n°26.

[1221] J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D*. 2011, p. 1699.

318. D'autres procédures restreignent également le droit d'accès au dossier. Il s'agit des procédures relatives à l'organisation de la détention comme le placement à l'isolement, en unité pour détenus violents et en quartier de prise en charge de la radicalisation. Ici, il est parfaitement admis que l'administration pénitentiaire a la prérogative de « *ne pas communiquer* »[1222], de « *retirer* »[1223] ou d'« *occulter* »[1224] du dossier, avant consultation de l'intéressé ou de son conseil, *« les informations ou documents en sa possession qui contiennent des éléments pouvant porter atteinte à la sécurité des personnes ou des établissements pénitentiaires* »[1225]. Il est surprenant voire choquant que l'administration pénitentiaire dispose d'une telle prérogative qui constitue une grave atteinte aux droits de la défense et au principe du contradictoire. Cela démontre que le principe du procès équitable n'est pas respecté dans le domaine carcéral.

Les dossiers disciplinaires en détention ne sont pas suffisamment fournis pour assurer une bonne préparation de la défense.

2) Un accès au dossier limité par l'insuffisance de l'enquête

319. Il nous semble important d'aborder à présent la consistance des dossiers en matière disciplinaire en détention. Le code pénitentiaire dispose que le dossier est mis à la disposition de l'avocat « *sous réserve que cette consultation ne porte pas atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes* »[1226]. La circulaire du 9 mai 2003 confirme cette réserve[1227]. Contrairement au dossier de garde à vue qui est restreint à des procès-verbaux relatifs à la personne gardée à vue, le dossier de procédure disciplinaire est entièrement consultable par l'avocat. Celui-ci a accès à toutes les pièces qui le composent. L'accès au dossier n'est pas pour autant certain car l'administration pénitentiaire peut s'opposer à une telle consultation en vue de préserver l'atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes. Cependant, il est difficile de comprendre en quoi la consultation du dossier par l'avocat représente un danger à la sécurité.

De quoi est composé le dossier ? Pour le comprendre, il faut expliquer comment est saisie la commission de discipline. La faute disciplinaire est constatée dans un compte-rendu d'incident rédigé par un surveillant pénitentiaire. Ainsi, le compte-rendu d'incident constitue la première étape de la procédure disciplinaire. Ce compte-rendu d'incident est ensuite transmis à un gradé[1228] qui mène l'enquête et rédige un rapport d'enquête. Ce rapport « *comporte tout élément d'information utile sur les circonstances des faits reprochés à la personne détenue et*

[1222] Art. R. 213-21, al. 2 C. pénit. ; Anc. art R. 57-7-64 CPP.
[1223] Art. R. 224-5, al. 2 C. pénit.
[1224] *Ibid*.
[1225] Art R. 213-21, al. 2 C. pénit. ; Art. R. 224-19, al. 2 C. pénit. ; Art. R. 224-5, al. 2 C. pénit.
[1226] Art. R. 234-17, al. 1er C. pénit.
[1227] Art. 1.2, Circ. AP 2003-04, 9 mai 2003 relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *BOMJ* n° 90 (1er avril - 30 juin 2003), AP 2003-04 PMJ4/09-05-2003 : « *Il convient de rappeler que les documents dont la consultation par l'intéressé, son mandataire ou son conseil porterait atteinte à la sécurité publique ou celle des personnes, notamment celles qui ont participé à leur élaboration ne sont pas communicables en vertu des dispositions de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet du 1978 modifiée* ».
[1228] Un membre du personnel de commandement du personnel de surveillance, un major pénitentiaire ou un premier surveillant et adressé au chef de l'établissement pénitentiaire selon l'article R. 234-13 du code pénitentiaire.

sur la personnalité de celle-ci »[1229]. La circulaire du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures indique que « *l'enquêteur doit instruire en vue de clarifier les circonstances de l'espèce et d'examiner si les faits sont établis ou non* »[1230]. Le rapport est ensuite transmis au chef d'établissement qui décide de l'opportunité des poursuites[1231] – et donc de la saisine de la commission de discipline.

320. Cependant, comme le souligne la doctrine, « *l'avocat a fréquemment un dossier tronqué, parce que la défense disciplinaire a lieu dans l'urgence la plupart du temps. Et bien souvent, il ne comprend que les pièces touchant directement à la procédure disciplinaire, sans la communication de toutes les autres pièces du dossier utiles à la défense effective de la personne détenue* »[1232]. Un délai allongé entre la rédaction du compte-rendu d'incident et la tenue de la commission de discipline n'assure pas un dossier plus fourni. En effet, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a souvent relevé dans ses visites le caractère « *succinct* »[1233] voire « *incomplet* »[1234] des comptes-rendus d'incident. Or, ces pièces sont essentielles car elles constituent la première étape de la procédure disciplinaire. De plus, le rapport d'enquête se fonde sur ces comptes-rendus d'incident et n'est que très rarement complété par l'audition de témoins ou le visionnage de vidéosurveillances. Ce rapport d'enquête est crucial dans le choix de l'opportunité des poursuites et va également être lu lors de la commission de discipline.

Il est toutefois possible pour l'avocat de demander la réalisation de certains actes afin d'enrichir l'enquête[1235].

Ainsi, l'avocat peut avoir accès tardivement au dossier, étant donné que la consultation peut lui être refusée en cas de risque d'atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes. Cet accès tardif est d'autant plus inquiétant que le dossier n'est pas suffisamment fourni car il n'est composé, la plupart du temps, que du compte-rendu d'incident et du rapport d'enquête. Comment préparer convenablement la défense et ainsi assurer une défense effective avec un dossier si peu fourni ?

321. Il ressort de l'analyse du contenu de ce dossier une atteinte évidente au principe du contradictoire et aux droits de la défense.

[1229] Art. R. 234-13 C. pénit.

[1230] Art. 2.5.3. Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *BOMJL* n° 2011-06 du 30 juin 2011.

[1231] Art. R. 234-14 C. pénit.

[1232] V. BIANCHI, « La défense en matière disciplinaire », *AJ pénal* 2005, p. 407.

[1233] Rapport de visite du CGLPL du Centre pénitentiaire d'Aiton, (Savoie), 11-15 janv. 2021 p. 48 : « *À la lecture d'un échantillon de comptes rendus d'incidents, il apparaît que ces derniers sont souvent succincts. Ce constat est d'autant plus dommageable que les enquêtes disciplinaires révèlent à leur tour des lacunes importantes, notamment la rareté de l'audition de témoins ou de visionnage des images de vidéosurveillance, et ne permettent que rarement d'apporter des éléments complémentaires. Si le manque de formation et de temps des gradés pour réaliser des enquêtes permettant d'établir les faits, le contexte et d'identifier les responsabilités, peut expliquer l'insuffisance des rapports d'enquête, il ne saurait compenser le préjudice causé aux personnes détenues mises en cause dans la mesure où les décisions de la commission de discipline se fondent essentiellement sur le rapport d'enquête qui reprend le plus souvent in extenso le compte-rendu d'incident* ».

[1234] Rapport de visite du CGLPL du Centre pénitentiaire de Villefranche-sur-Saône (Rhône), 30 nov. - 7 déc. 2020, p. 5 : « *À cela s'ajoute le caractère incomplet et souvent superficiel des comptes-rendus d'incident* ».

[1235] Ces demandes d'actes seront traitées en paragraphe § n° 358.

L'accès au dossier n'est pas le seul élément compris dans les facilités nécessaires à la préparation de la défense.

2nd paragraphe : Les facilités relevant de facteurs extérieurs au dossier

322. Les facilités relatives à la préparation de la défense ne relèvent pas nécessairement du dossier de la procédure. En effet, ces facilités peuvent consister en la libre communication entre la personne privée de liberté et son avocat (A) et la recherche de témoins par ce dernier (B).

A. La libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client

323. La préparation de la défense ne peut se faire sans une entrevue entre l'avocat et son client. Ce dernier pouvant être privé de liberté, il est indispensable de garantir une libre communication entre les deux (1). De plus, la confidentialité de l'entretien entre défenseur et personne privée de liberté doit être garantie (2).

1) Une libre communication écrite et orale

324. « *Le droit de communication n'est apparu qu'avec la loi de 1897 (art. 8) en même temps que le droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'instruction ; le code de procédure pénale en avait affirmé l'existence en une formule très forte (art. 116, al. 2 réd. initiale ; l'inculpé détenu peut aussitôt après la première comparution communiquer librement avec son avocat)* »[1236]. Depuis 1897, de nombreux textes ont garanti la libre communication entre l'avocat et son client privé de liberté (a). Cependant, la privation de liberté peut parfois constituer un obstacle à cette libre communication (b).

a) Une libre communication garantie par les textes

325. La communication peut être définie comme le fait de faire connaître quelque chose à quelqu'un ou d'établir une relation avec quelqu'un[1237]. Ainsi, la libre communication entre un avocat et son client implique un libre échange d'informations et de conseils entre eux. Cet échange peut se faire sous différentes formes : à l'écrit – par le biais d'un courrier – comme à l'oral – grâce à un appel téléphonique ou un entretien dans un local prévu à cet effet[1238].

[1236] R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel – Procédure pénale*, 5e éd., Paris, éd. Cujas, 2001, n° 514, p. 601.

[1237] « Communication », *Le Robert micro- Dictionnaire de la langue française*, Paris, Robert, coll. Poche, 2006, p. 250.

[1238] Le Conseil constitutionnel énonce « *les moyens par lesquels cette communication est assurée, qu'il s'agisse notamment de visites, de communications téléphoniques ou de correspondances écrites* » (Cons. constit., 4 nov. 2021, M. Aristide L., n°2021-945 QPC , *JORF* n°0258 5 nov. 2021, texte n° 75).

L'article 3 de la directive européenne du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat en procédure pénale indique que le droit d'accès à un avocat implique « *le droit de rencontrer en privé l'avocat qui représente [les suspects ou les personnes poursuivies] et de communiquer avec lui* »[1239]. Cette formulation indique que la communication avec l'avocat ne se limite pas à un entretien qui semble être désigné par l'expression « rencontrer en privé ». La directive ne donne pas d'exemple mais l'on comprend aisément que la correspondance écrite, la visioconférence et les appels téléphoniques relèvent de la communication avec le conseil.

La garantie de la libre communication est essentielle pour les personnes privées de liberté. En effet, ces dernières sont restreintes dans leur liberté individuelle. Elles ne peuvent se rendre au cabinet de leur avocat, lui téléphoner ou correspondre avec lui par écrit comme bon leur semble. De plus, « *la possibilité pour l'accusé de s'entretenir avec son défenseur est un élément fondamental de la préparation de sa défense* » [1240].

326. C'est pourquoi toutes les procédures au cours desquelles une mesure privative de liberté est mise en œuvre ou encourue garantissent cette libre communication entre la personne privée de liberté et son avocat : qu'il s'agisse de la garde à vue[1241], du défèrement devant le procureur de la République[1242], de la détention dans un établissement pénitentiaire dans le cadre d'une condamnation ou d'une détention provisoire[1243], tout au long d'une session d'assises[1244] ou de la rétention administrative d'un étranger[1245]. Lors de certaines procédures, la personne n'est pas automatiquement privée de liberté comme lors de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[1246] ou lors de l'interrogatoire de première comparution devant le juge d'instruction[1247] mais la libre communication avec l'avocat est également garantie.

[1239] Art. 3 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013) : « *3. Le droit d'accès à un avocat comprend les éléments suivants :*
a) les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient le droit de rencontrer en privé l'avocat qui les représente et de communiquer avec lui, y compris avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire ; ».

[1240] Comm. EDH, 9 juill. 1981, KRÖCHER et MÖLLER c/ Suisse, n°8463/78, § 14 ; DR 34/24.

[1241] Art. 63-4, al. 1 et 2 CPP : « *L'avocat désigné dans les conditions prévues à l'article 63-3-1 peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien.*
La durée de l'entretien ne peut excéder trente minutes ».

[1242] Art. 393, al. 3 CPP : « *L'avocat ou la personne déférée lorsqu'elle n'est pas assistée par un avocat peut consulter sur-le-champ le dossier. L'avocat peut communiquer librement avec le prévenu* ».

[1243] Art. 25, Loi n° 2009-1436 24 nov. 2009 pénitentiaire, *JORF* n°0273 25 nov. 2009 p. 20192 : « *Les personnes détenues communiquent librement avec leurs avocats* ».

[1244] Art. 278, al. 1er CPP : « *L'accusé ne cesse pas de pouvoir communiquer librement avec son avocat* ».

[1245] Art. R. 744-16 CESEDA : « *Dès son arrivée au lieu de rétention, chaque étranger est mis en mesure de communiquer avec toute personne de son choix, avec les autorités consulaires du pays dont il déclare avoir la nationalité et avec son avocat s'il en a un, ou, s'il n'en a pas, avec la permanence du barreau du tribunal judiciaire dans le ressort duquel se trouve le lieu de rétention* ».

[1246] Art. 495-8, al. 6 CPP : « *La personne peut librement s'entretenir avec son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision. Elle est avisée par le procureur de la République qu'elle peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou si elle refuse la ou les peines proposées* ».

[1247] Art. 116, al. 5 CPP : « […] *L'avocat peut consulter sur-le-champ le dossier et communiquer librement avec la personne* […] ».

Cette liberté de communication est même assurée à deux reprises pour les personnes détenues prévenues. La première par l'article 25 de la loi pénitentiaire de 2009 et la seconde fois par une disposition du code de procédure pénale prévoyant que le juge d'instruction peut décider d'une interdiction de communiquer pendant dix jours au plus à l'encontre de la personne mise en examen. Or, le législateur précise aussitôt que cette restriction ne s'applique en aucun cas envers le conseil de la personne mise en examen[1248].

Alors que la libre communication avec l'extérieur, dont l'avocat, était affirmée pour les personnes détenues placées en cellule disciplinaire à titre préventif par les anciennes dispositions du code de procédure pénale[1249], un tel droit n'apparait pas dans les articles du code pénitentiaire qui régissent la procédure disciplinaire. Le placement préventif en cellule disciplinaire ne peut être applicable aux mineurs de plus 16 ans à moins qu'ils n'aient commis certaines fautes disciplinaires[1250] – les plus graves comme des violences physiques, une évasion. Ces derniers peuvent donc communiquer avec leur avocat avant la commission de discipline. Le droit de rencontrer son conseil est cependant prévu pour la personne détenue placée en quartier disciplinaire à titre de sanction[1251].

Concernant la loi pénitentiaire de 2009, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer récemment sur la conformité de l'article 25 à la Constitution. Les requérants soulignaient que ni ce texte ni aucune autre disposition du code de procédure pénale n'organisait la communication téléphonique pour les besoins de la défense entre la personne détenue et son avocat alors que les communications téléphoniques avec les membres de la famille ou pour préparer la réinsertion sociale l'étaient. Le Conseil constitutionnel a estimé, à juste titre, que l'article 25 était applicable à toute personne détenue et ne restreignait ni les motifs ni les moyens de la communication entre une personne détenue et son conseil[1252]. Quelques mois auparavant, la Chambre criminelle avait tenu le même raisonnement et n'avait pas constaté d'atteinte à la Convention européenne des droits de l'Homme[1253].

327. Ainsi, les moyens de communication entre une personne privée de liberté et son avocat sont des moyens de communication écrite ou des moyens de communication orale.

Le moyen de communication écrite est bien évidemment le courrier. Une personne privée de liberté peut correspondre avec son défenseur. Ce dernier peut également lui transmettre des pièces par courrier. Si la personne est détenue dans un établissement pénitentiaire, le greffe pénitentiaire doit lui remettre ce courrier dans un délai de trois jours[1254].

328. Pour ce qui est des moyens de communication orale, le téléphone peut être utilisé comme moyen rapide et peu contraignant car il n'implique pas le déplacement de l'avocat dans

---

[1248] Art. 145-4, al. 1er CPP : « *Lorsque la personne mise en examen est placée en détention provisoire, le juge d'instruction peut prescrire à son encontre l'interdiction de communiquer pour une période de dix jours. Cette mesure peut être renouvelée, mais pour une nouvelle période de dix jours seulement. En aucun cas l'interdiction de communiquer ne s'applique à l'avocat de la personne mise en examen* ».
[1249] Anc. art. R. 57-7-40 CPP.
[1250] Art. R. 124-20 CJPM.
[1251] Art. R. 235-10, al. 3 C. pénit.
[1252] Cons. constit., 4 nov. 2021, M. Aristide L., n°2021-945 QPC, § 7, *JORF* n°0258 5 nov. 2021, texte n° 75.
[1253] Crim 13 avr. 2021, n° 21-80.989.
[1254] Art. R. 15-42 et R. 15-43 CPP.

le lieu de privation de liberté. L'utilisation du téléphone en détention se fait par des cabines, au moyen de « cartes » permettant d'identifier la personne détenue qui souhaite utiliser le téléphone.

L'autre moyen de communication est bien entendu l'entretien, la rencontre entre la personne privée de liberté et son conseil. Le droit d'avoir un entretien avec un avocat est prévu pour les différentes mesures privatives de liberté[1255]. Ce droit est réaffirmé dans le cadre d'une garde à vue quand la personne est entendue pour une autre infraction que celle ayant justifié la mesure de contrainte[1256]. En effet, elle est de nouveau informée du droit de bénéficier d'un avocat et elle peut choisir de communiquer ou non avec ce dernier[1257].

Une difficulté peut émerger quand la personne privée de liberté ne parle pas français. Le droit à l'interprète est un droit garanti au niveau européen[1258] et inscrit dans l'article préliminaire du code de procédure pénale[1259] et est également reconnu dans le cadre d'entretiens avec l'avocat[1260]. Cela vaut également pour les personnes atteintes de surdité[1261]. « *Seul le recours effectif aux services d'un interprète est de nature à garantir au ressortissant étranger ne maîtrisant pas suffisamment notre langue, le droit à un procès équitable* »[1262]. Ce droit à l'interprète est certes garanti mais il appartient à l'intéressé d'en faire la demande[1263]. Son avocat peut également contacter un interprète disponible sur les listes visées à l'article D. 594-16 du code de procédure pénale[1264].

Ainsi, le droit à l'entretien entre un avocat et son client est renforcé par ce droit à l'interprète car, de cette manière, même les personnes ne parlant pas français ou atteintes de surdité peuvent communiquer avec leur conseil.

[1255] Lors d'un placement en UHSA (Art. R3214-18, al. 1er CSP) ; lors d'une garde à vue ou d'une rétention douanière (Art. 63-4 CPP) ; lors d'un placement dans les geôles d'une juridiction (Art. 803-3, al. 4 CPP).

[1256] Cass. Crim. 2 mars 2021, n° 20-85.491 ; *D*. 2021, p. 471 ; *AJ pénal* 2021, p. 271, obs. A. PUJOL ; *RSC* 2021, p. 445, obs. J.-P. VALAT.

[1257] J.-B. PERRIER, « Procédure pénale », *D*. 2021, p. 1564.

[1258] Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétariat et à la traduction des procédures pénales, *JOUE* 26 octobre 2010, L280.

[1259] Art. préliminaire, al. 7 CPP : « *Si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code* ».

[1260] L'article D. 594-3 du code de procédure pénale garantit le droit à l'interprète lors des entretiens de la personne avec son avocat lors des entretiens intervenant, dans les locaux des services d'enquête, des juridictions et des établissements pénitentiaires, dans des conditions garantissant la confidentialité de l'entretien.

[1261] Art. D. 594-5 CPP.

[1262] F. CORDIER, « Les modalités pour un ressortissant étranger ne comprenant pas langue française du droit à bénéficier d'un interprète pour s'entretenir avec son avocat », *RSC* 2017, p. 769.

[1263] Cass. Civ. 1ère, 09 février 2022, n° 19-15.655, P : « *Il appartient à l'étranger qui souhaite bénéficier d'une prestation d'interprétariat, en particulier lors de la venue de son avocat, d'en faire la demande, l'autorité administrative devant alors prendre les dispositions nécessaires afin que l'avocat et l'interprète puissent être contactés par l'étranger et qu'ils soient en mesure d'accéder à la zone d'attente à tout moment* ».

[1264] Cass. Crim., 12 sept. 2017, n° 17-83.874, P.

329. Enfin, il existe un cas particulier de communication, prévu à l'article 706-71 du code de procédure pénale, qui est le moyen de télécommunication audiovisuelle ou visioconférence. Ce moyen peut être utilisé par le magistrat « *aux fins d'une bonne administration de la justice* » lorsque la personne est détenue et ce, tout au long de la procédure pénale[1265]. Le recours à la visioconférence ne se limite pas à la matière pénale, il est également possible lors du débat relatif à la rétention administrative[1266] ou celui relatif au maintien en zone d'attente[1267]. Si le recours à la visioconférence présente un intérêt comme celui de maintenir l'audience et ainsi d'en éviter le renvoi, « *[il constitue aussi] un affaiblissement des droits de la défense en ce [qu'il] met fin à la présence physique du comparant qui est aussi un moyen d'expression* »[1268]. Notons que le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré le recours systématique à ce moyen sans l'accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire[1269]. C'est pourquoi l'article 706-71-1 du code de procédure pénale prévoit que le recours à ce moyen nécessite l'accord de l'intéressé.

Le choix est alors laissé à l'avocat, il peut soit se trouver auprès du magistrat compétent, soit auprès de son client[1270]. Dans le premier cas, un moment doit lui être laissé pour qu'il puisse s'entretenir avec son client par le moyen de télécommunication. Dans le second cas, une copie de l'entier dossier doit être laissée à sa disposition dans le lieu de détention. La Cour de cassation « *a dû déduire [de l'article 706-71] [de l'obligation pour l'avocat d'informer le magistrat de l'endroit où il entendait assister son client]* »[1271] afin que la copie de l'entier dossier lui soit transmise[1272]. La Chambre criminelle estime qu'il revient au juge – en l'espèce il s'agissait du juge des libertés et de la détention dans le cadre d'un débat relatif à la détention provisoire – de s'assurer que l'avocat a bien eu accès à l'entièreté du dossier. Pour ce faire, le juge peut ordonner des vérifications complémentaires et, dans l'éventualité où des documents n'ont pas été transmis à l'avocat, s'assurer que l'absence de ces documents au dossier n'a pas porté atteinte aux droits de la défense[1273].

Cependant, « *cette facilité admise par les textes n'est pas sans poser des problèmes juridiques comme le respect des droits de la défense* »[1274]. En effet, le recours à ce moyen de télécommunication audiovisuelle n'assure pas la plus grande facilité à l'avocat pour préparer la défense – des difficultés techniques peuvent avoir lieu lors de la communication ou le risque de consulter tardivement la copie de l'entier dossier.

[1265] Selon les troisième et quatrième alinéa de cet article lors d'un débat en matière de détention provisoire, d'une comparution devant le tribunal correctionnel, d'un interrogatoire par le procureur de la République ou le procureur général dans le cadre d'un mandat d'amener, d'un mandat d'arrêt, d'un mandat d'arrêt européen, d'une demande d'arrestation provisoire, d'une demande d'extradition ou d'une demande d'arrestation aux fins de remise…
[1266] Art. L. 743-8 CESEDA.
[1267] Art. L. 342-7 CESEDA.
[1268] Avis du CGLPL relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, 14 oct. 2011, *JORF* 9 nov. 2011, texte n°65, § 6.
[1269] Cons. constit., 20 sept. 2019, M. Abdelnour B., n° 2019-802 QPC, *JORF* n°0220 21 sept. 2019, texte n° 81.
[1270] Art. 706-71, al. 6 CPP.
[1271] J.- P. VALAT, « Mise à disposition de la procédure au profit de l'avocat qui assiste son client depuis la maison d'arrêt », *RSC* 2019, p. 854.
[1272] Cass. Crim. 16 oct. 2019, n° 19-84.773 P : *RSC* 2019, p. 854, note J.-P. VALAT.
[1273] Cass. Crim. 16 mars 2021, n° 20-87.044.
[1274] M. GIACOPELLI, A. PONSEILLE, *Droit de la peine*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2019, n°546, p. 280.

330. La crise sanitaire a contraint le Gouvernement à généraliser le recours à la visioconférence. Ainsi, l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoyait que « *par dérogation à l'article 706-71 du code de procédure pénale, il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, autres que les juridictions criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties* »[1275]. La crise sanitaire justifierait donc le recours à la visioconférence sans l'accord préalable des parties. Cette disposition a fait l'objet de vives discussions. La Cour de cassation n'a pas estimé que l'article 5 de l'ordonnance de 2020 méconnaissait les dispositions des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1276]. Ces dispositions, relevant « *du droit transitoire [n'étaient] donc plus en vigueur depuis le 10 août 2020. C'est donc à contretemps que le Conseil s'est prononcé sur ces dispositions et a censuré, une nouvelle fois, et de façon plus forte encore, le recours imposé à la visioconférence dans le procès pénal* »[1277]. En effet, le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé qu'en janvier 2021 mais a veillé, une fois de plus, au respect du droit à un procès équitable notamment au droit de comparaitre physiquement devant son juge et a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution du fait de « *l'atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier* »[1278]. Le Conseil d'État, d'abord saisi en référé[1279], « *a initialement rejeté, par ordonnance de tri, plusieurs requêtes dirigées contre l'ordonnance précitée* »[1280]. Ces requêtes ont visé l'article 13 de cette ordonnance du 25 mars 2020 qui prévoyait le recours à un moyen de télécommunication électronique ou téléphonique pour l'entretien entre un avocat et son client placé en garde à vue ou en rétention douanière. Un tel recours devait alors être accepté ou demandé par l'avocat. De plus, le Conseil d'État devait également se prononcer sur la validité de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020. Le Conseil d'État a estimé que ces différentes dispositions ne portaient pas d'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale eu égard au besoin impératif de limiter le contact entre les personnes[1281]. Puis, dans son arrêt du 5 mars 2021, le Conseil d'État a suivi le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel et a déclaré : « *Eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique du justiciable devant la juridiction pénale, ces dispositions portent une atteinte au droit à un procès équitable* »[1282].

Une nouvelle ordonnance du 18 novembre 2020, prise après la promulgation de la loi du 14 novembre 2020[1283], a régi également l'adaptation des juridictions de l'ordre judiciaire statuant

---

[1275] B. FIORINI, « Visioconférence et détention provisoire : quand l'urgence justifie la distance », com. sous Cass. Crim. 22 juill. 2010, *AJ pénal* 2020, p. 482.
[1276] Cass. Crim. 22 juill. 2020, n° 20-82.213, *AJ pénal* 2020, p. 482, obs. B. FIORINI.
[1277] A. DANET, « Procédure pénale et numérique : Panorama 2019-2020 », *AJ pénal* 2021, p. 142.
[1278] Cons. constit. 15 janv. 2021, M. Krzystof B., n° 2020-872 QPC, § 10 : *JORF* n°0014 16 janv. 2021, texte n° 70 : *D*. 2021, p. 82 ; *D. actu*., 8 févr. 2021, obs. S. GOUDJI ; *RSC* 2021, p. 479, obs. A. BOTTON.
[1279] CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894, 439877, 439887, 439890, 439898, § 19 P : *D. actu*. 9 avr. 2020, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2020, n° 103, obs. A. MARON et M. HAAS.
[1280] H. DIAZ, « Crise sanitaire et visioconférence : l'inéluctable censure », *D. actu*., 16 sept. 2021.
[1281] CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894, § 11.
[1282] CE 5 mars 2021, n° 440037 et 440165, *D. actu*., 10 mars 2021, obs. J.-M. PASTOR ; Lebon ; *AJDA* 2021, p. 537 ; *AJ pénal* 2021, p. 167 ; *RFDA* 2021, p. 570, chron. A. ROBLOT-TROIZIER.
[1283] Loi n° 2020-1379 14 nov. 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, *JORF* n°0277 15 nov. 2020, texte n°1.

en matière pénale à la crise sanitaire[1284]. L'article 2 reprenait les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 précédemment cité. Ainsi, il était confirmé que l'ensemble des juridictions pénales, ainsi que le procureur de la République lors de présentations d'inculpés, pouvaient avoir recours à un moyen de télécommunication et ce, sans l'accord des parties. Alors qu'elle acceptait de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au regard notamment du principe constitutionnel des droits de la défense[1285], la Chambre criminelle ne reconnaissait pas une atteinte à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour estimait que les dispositions de l'article 2 ne méconnaissaient pas cet article 6 « *dès lors qu'elles exigent que le juge organise et conduise la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats* »[1286]. Contrairement à la Cour de cassation, le juge des référés du Conseil d'État, tenant compte de sa précédente jurisprudence[1287] et de celle du Conseil constitutionnel, a, une fois encore, été saisi et a suspendu l'application de cette disposition[1288]. Enfin, l'article 8 de la loi du 31 mai 2021[1289] abrogeait cet article 2, rendant inopportune la saisine du Conseil constitutionnel qui ne pouvait que constater cette abrogation[1290]. Toutefois, cette abrogation a permis au Conseil constitutionnel de rappeler « *à cette occasion l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique du justiciable devant la juridiction pénale* »[1291]. Peu de temps après cette décision, le Conseil d'État s'est également prononcé sur la conventionnalité de cet article 2 de l'ordonnance de 2020. Il estimait ainsi qu' « *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique du justiciable devant la juridiction pénale, ces dispositions portent une atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que ne peut justifier le contexte de lutte contre l'épidémie de covid-19* »[1292].

Il est évident que la crise sanitaire a conduit à diminuer les déplacements des justiciables au sein des juridictions afin de limiter la propagation du virus. Le Conseil constitutionnel veille toutefois à ce que cette diminution ne se fasse pas au détriment des droits de la défense. En effet, la crise sanitaire ne doit pas être un motif pour porter atteinte à la défense effective de la personne et à l'équité globale de la procédure. L'État français est un État de droit, il doit sans cesse se conformer aux droits fondamentaux sous le contrôle de juridictions indépendantes[1293].

[1284] Ord. n° 2020-1401 18 nov. 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale, *JORF* n°0280 19 nov. 2020, texte n° 35.
[1285] Cass. Crim., 2 mars 2021, n° 21-90.001.
[1286] Cass. Crim. 9 mars 2021, 20-86.954.
[1287] Il avait aussi fait suspendre le recours à la visioconférence après la fin de l'instruction à l'audience devant les juridictions criminelles : CE, ord., 27 nov. 2020, ADAP et autres, n° 446712, 446724, 446728, 446736, 446816, *D. actu.*, 1er déc. 2020, obs. J.-M. PASTOR ; *AJDA* 2020, p. 2345 ; *D.* 2020, p. 2400 ; *ibid.* 2021, p. 1564, obs. J.-B. PERRIER ; *AJ fam.* 2020, p. 617, obs. L. MARY.
[1288] CE réf. 12 févr. 2021, n° 448972, 448975 et 448981, Syndicat des avocats de France, Conseil national des barreaux, *AJDA* 2021, p. 369.
[1289] Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF* n°0125 1er juin 2021, texte n°1.
[1290] Cons. constit., 4 juin 2021, M. Wattara B. et autres, n° 2021-911/919-QPC, *JORF* n°0129 5 juin 2021, texte n° 83 : *D.* 2021, p. 1085 ; *D. actu.* 10 juin 2021, obs. D. GOETZ ; *AJDA* 2021, p. 1174.
[1291] H. DIAZ, « Crise sanitaire et visioconférence : l'inéluctable censure », *D. actu.*, 16 sept. 2021.
[1292] CE 4 août 2021, n° 447916.
[1293] C. COLLIN, « Un état de l'État de droit dans l'Union européenne », *D. actu.* 27 oct. 2020 : « *Le concept d'État de droit est inscrit à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne parmi les valeurs communes à tous les États*

La libre communication entre un avocat et son client est donc garantie par les textes. Toutefois, cette communication peut être difficile en pratique.

b) Une communication difficile dans la pratique

331. Les textes garantissent donc tous le droit pour la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté de communiquer librement avec son conseil. Cependant, la pratique peut révéler quelques difficultés car du fait de leur enfermement, les personnes privées de liberté sont privées de leur téléphone portable[1294]. Cette privation de leur téléphone portable les empêche de communiquer rapidement et librement avec un conseil. Dès lors, la communication se fera par d'autres moyens.

Ainsi, lors de la garde à vue, l'entretien entre le gardé à vue et son avocat est limité à trente minutes. Étant donné qu'il s'agit de la phase d'enquête, la justification de cette limite réside sans aucun doute dans les besoins de l'enquête. Toutefois, cette justification seule n'est pas suffisante pour restreindre de cette manière la libre communication entre l'avocat et son client. Ajoutons que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a relevé dans une visite d'une brigade de gendarmerie que le moment de l'entretien était imposé à la personne gardée à vue et à son avocat[1295]. Or, la liberté de communication implique également une liberté dans le choix du moment de l'échange ainsi que dans sa durée. Il est donc difficile d'affirmer que l'entretien est libre durant une garde à vue. La Cour européenne des droits de l'Homme reste vigilante sur ce point et censure les États qui restreignent le nombre et la durée des entretiens en garde à vue. Une telle restriction a un effet global tellement restrictif sur les droits de la défense que le principe du procès équitable, énoncé à l'article 6, en est enfreint[1296].

332. Une autre difficulté survient pour l'avocat défendant des personnes détenues qui ne peut entrer comme bon lui semble dans un établissement pénitentiaire. Il doit auparavant obtenir un permis de communiquer[1297]. La délivrance d'un tel permis est « *indispensable à l'exercice des droits de la défense* »[1298] car sans cela, il serait impossible pour l'avocat de

---

membres. Il entend garantir que toutes les autorités publiques agissent conformément aux valeurs de la démocratie et aux droits fondamentaux, sous le contrôle de juridictions indépendantes et impartiales ».

[1294] Avis du CGLPL relatif à la défense dans les lieux de privation de liberté, 23 avr. 2020, *JORF* 25 juin 2020, texte n°130, p. 7 : « *Dans les établissements pénitentiaires, les centres de rétention administrative et les locaux de garde à vue, le retrait systématique des téléphones portables prive les personnes concernées des coordonnées d'avocats qui peuvent y être contenues* ».

[1295] Rapport de visite du CGLPL à la Brigade de proximité de gendarmerie d'Uzès (Gard), 5 - 6 fév. 2018, p. 14 : « *Les avocats sollicités doivent assurer l'entretien de trente minutes en début de garde à vue, et non pas dans les instants précédant l'audition de la personne en garde à vue* ».

[1296] CEDH, Gr. ch. 12 mai 2005, ÖCALAN c/ Turquie, n° 46221/99, 84, 98, 178, 233, 591, *AJDA* 2006, p. 466, chron. J.-F. FLAUSS ; *RFDA* 2006, p. 308, étude H. LABAYLE ; *RSC* 2006, p. 431, obs. F. MASSIAS.

[1297] Art. R. 313-14 C. pénit. : « *Pour les personnes condamnées, le permis de communiquer est délivré aux avocats:*
1° Par le juge de l'application des peines ou son greffier pour l'application des dispositions des articles 712-6, 712-7 et 712-8 du code de procédure pénale ;
2° Par le chef de l'établissement pénitentiaire dans les autres cas.
Pour les personnes prévenues, le permis est délivré aux avocats par le magistrat chargé du dossier de la procédure. ».

[1298] C. GUÉRY, *Détention provisoire*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Corpus l'Encyclopédie Dalloz au format poche, 2019, n°194, p. 94.

rencontrer son client. Le défaut de délivrance d'un tel permis pour l'avocat avant la tenue d'un débat contradictoire portant sur l'éventuelle prolongation de la détention provisoire fait nécessairement grief à la personne mise en examen[1299] et ce, même si elle accepte d'être assistée d'un avocat de permanence le jour du débat devant le juge des libertés et de la détention[1300]. Il peut aussi arriver que le permis de communiquer soit délivré très tardivement. La Cour de cassation, dans ce cas, ne reconnait pas l'atteinte aux droits de la défense si l'avocat n'a pas cru devoir se présenter au débat contradictoire pour en demander le renvoi[1301]. De la même façon, une atteinte aux droits de la défense ne sera pas retenue si la délivrance tardive du permis de communiquer est due aux démarches très tardives de l'avocat lui-même – en l'espèce, le permis a été demandé la veille du débat[1302]. Au contraire, l'atteinte aux droits de la défense est avérée si elle est le fait de l'autorité judiciaire comme cela a été le cas dans l'arrêt du 10 novembre 2020[1303]. En l'espèce, le permis de communiquer a été délivré le jour-même du débat devant le juge des libertés et de la détention portant sur un éventuel placement en détention. Ce permis de communiquer a été transmis très tardivement alors que l'avocat en a fait la demande quatre jours auparavant. Le permis étant transmis le jour-même du débat, il lui était impossible de rencontrer suffisamment tôt son client pour préparer la défense dans de bonnes conditions.

De plus, pénétrer dans un établissement pénitentiaire implique un temps de vérification d'identité – et du matériel apporté – important. Ce temps peut être allongé dans certains établissements pénitentiaires qui font entrer en même temps les avocats et les familles pour les parloirs. Un avocat a ainsi rapporté au Contrôleur Général des lieux de privation de liberté que les avocats pénétraient désormais par la même entrée que celle réservée aux familles, ce qui retardait considérablement leur arrivée au parloir avocat car ils devaient attendre que les familles, chargées de plusieurs sacs de linge parfois, soient passées par le portique de sécurité. L'avocat interrogé ajoutait même : « *Les avocats, nombreux, avec lesquels il m'a été donné d'échanger sur ces dysfonctionnements considèrent à juste titre qu'il s'agit clairement d'une défiance envers notre profession et d'une entrave à son bon exercice* »[1304].

333. Par ailleurs, l'avocat est soumis aux horaires d'ouverture du lieu privatif de liberté. S'il souhaite rencontrer son client, il doit donc se conformer à ces horaires. Cependant, le caractère restreint des horaires peut empêcher l'avocat de rencontrer facilement son client : « *les avocats rencontrent rarement les patients avant l'audience, les dossiers n'étant accessibles que peu de temps avant celle-ci et les horaires de visite à l'UHSA manquant de souplesse* »[1305].

[1299] Cass. Crim. 12 déc. 2017, n° 17-85.757 P : *AJ pénal* 2018, p. 157, obs. T. LEFORT ; *D.* 2018. Pan. 1611, obs. J. PRADEL.
[1300] Cass. Crim. 10 mars 2021, n°20-86919, *D.* 2021, p. 528.
[1301] Cass. Crim. 19 févr. 2020, n° 19-87.545 : *D. actu*. 6 avr. 2020, obs. C. FONTEIX ; C. BERLAUD, « Permis de communiquer et droits de la défense : si l'avocat ne se déplace pas et ne demande pas le renvoi … », *Gaz. Pal.*, 2020, n°12, p. 36.
[1302] Cass. Crim 2 mars 2021, 20-86.799.
[1303] Cass. Crim. 10 nov. 2020, 20-84.641.
[1304] CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale - Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Paris, Dalloz, 2018, p. 22.
[1305] Rapport de visite du CGLPL à l'Unité hospitalière spécialement aménagée Paul Guiraud de Villejuif (Val de Marne), 14-17 avr. 2014, p. 36.

334. Certains lieux de privation de liberté, notamment les établissements pénitentiaires, se trouvent très éloignés des villes, très isolés. Un temps de trajet pour se déplacer doit être pris en compte par l'avocat[1306]. Ce temps de trajet peut s'accroitre quand le client est une personne détenue qui est transférée dans un nouvel établissement pénitentiaire. Le Contrôleur Général des lieux de privation de liberté a également relevé à plusieurs reprises que les avocats ne se déplaçaient pas dans les centres éducatifs fermés éloignés pour rencontrer leur client mineur[1307].

335. Les personnes condamnées placées dans un centre de semi-liberté ou dans un quartier de placement extérieur ont, *a priori*, plus de facilité à entrer en contact avec leur conseil étant donné qu'elles bénéficient d'horaires de sortie au cours desquelles un entretien peut être organisé. Cependant, lorsqu'elles se trouvent dans l'établissement pénitentiaire, il n'est pas toujours facile d'entrer en contact avec son avocat. En effet, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a critiqué la confiscation du téléphone portable des personnes placées dans le quartier de semi-liberté[1308].

336. En outre, le confinement total ordonné entre les mois de mars et mai 2020 n'a pas permis aux avocats de se rendre en détention pour visiter leur client. Certains avocats ont donc recommandé de rendre les communications téléphoniques entre personnes détenues et avocats gratuites[1309]. Cette crise sanitaire contraint ainsi les acteurs de la justice à s'adapter pour empêcher autant que faire se peut une atteinte trop importante aux droits de la défense. Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme recommande lui-même que les relations entre avocats et personnes privées de liberté soient maintenues malgré la pandémie mondiale de coronavirus[1310].

[1306] Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, Rapport sur le droit à la liberté d'association des migrants et de leurs défenseurs, A/HRC/44/42, 13 mai 2020, p. 12, n° 63 : « *[Les migrants] sont généralement détenus dans des endroits reculés et des centres aux protocoles de sécurité stricts, ce qui limite leurs possibilités de contacter des membres de leur famille, des chefs religieux, des défenseurs des droits de l'homme, des avocats, des responsables d'organisations de la société civile et d'autres membres de la communauté. Dans divers pays, il est par exemple très difficile pour les avocats de migrants de se rendre auprès de leurs clients, détenus dans des lieux difficiles d'accès. Outre l'éloignement du site de détention, la lourdeur des procédures et des réglementations relatives aux admissions limite considérablement l'accès aux détenus pour les représentants d'organisations de la société civile et les avocats. Même à l'intérieur de leur centre ou camp de détention, les migrants ont parfois du mal à trouver un espace physique dans lequel ils peuvent s'organiser en privé avec d'autres détenus ou s'entretenir avec leur représentant légal* ».

[1307] Rapport de visite du CGLPL du Centre éducatif fermé de Limayrac Colombiès (Aveyron), 8-11 mars 2021, p. 41 : « *Les avocats ne se déplacent pas au CEF* » ; Rapport de visite du CGLPL du Centre éducatif fermé de Châtillon-sur-Seine (Côte-d'Or), 7-10 déc. 2020, p. 41 : « *Les avocats ne se déplacent jamais au CEF* ».

[1308] Rapport de visite du CGLPL, Centre de semi-liberté de Gagny (Seine-Saint-Denis), 27-29 nov. 2017, p. 27 : « *Il est anormal que l'usage du téléphone portable au sein du CSL soit interdit pour les semilibres alors même que l'établissement ne dispose pas de cabine téléphone* ».

[1309] A. MORINEAU, Lettre ouverte : COVID19 et droits de la défense, 15 mars 2020 : « *Il n'existe donc aucune autre façon de le permettre qu'en rendant, le temps de ces circonstances exceptionnelles, l'ensemble des communications téléphoniques des personnes détenues gratuites à l'égard de leurs conseils et en assurant l'inscription sans délai des numéros de leurs cabinets sur la liste des numéros autorisés de chaque personne détenue qui en fera la demande* ».

[1310] HCDH et OMS, « La covid-19 et les personnes privées de liberté- Directives provisoires », Inter-Agency Standing Committee, mars 2020, p. 6 : « *La capacité de rencontrer un avocat doit être maintenue et les autorités pénitentiaires doivent veiller à ce que les avocats puissent parler à leur client en toute confidentialité* ».

La crise sanitaire due à la propagation du coronavirus a également poussé les avocats à saisir le juge administratif concernant la fourniture de masques et de gel hydroalcoolique. Le Défenseur des droits a d'ailleurs adressé des observations sur ce thème[1311]. Par une ordonnance du 20 avril 2020, le Conseil d'État estimait que le juge des référés ne pouvait exiger de l'État, face au contexte de pénurie des masques, d'aider les avocats à s'en procurer car « *il n'apparaît pas […] que l'absence de distribution de masques de protection aux avocats […] dans les circonstances où la présence d'un avocat est requise auprès d'un justiciable pour l'exercice des droits de la défense révèlerait une carence portant, de manière caractérisée, une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales* »[1312]. Cette position du Conseil d'État est similaire à celle tenue quelques jours seulement auparavant[1313] dans une ordonnance où « *pour rejeter la demande de masques de protection présentée par une personne détenue à la maison d'arrêt de Fresnes, établissement pénitentiaire dont la surpopulation chronique a fait l'objet de plusieurs contentieux et où un détenu est décédé du coronavirus le 17 mars 2020, le juge du référé-liberté considère qu'elle ne présente pas « le profil d'une personne spécifiquement vulnérable au virus covid-19 »* »[1314].

La propagation du virus covid-19 a été également importante dans les centres de rétention administrative : « *Reste qu'avec l'épidémie en cours, de nombreux étrangers sont enfermés en CRA, non vaccinés, très exposés au virus et sans perspective d'éloignement ; certains sont emprisonnés pour avoir refusé de se soumettre à un test de dépistage. Comment justifier cette politique brutale et inhumaine d'un enfermement à tout prix des personnes étrangères pauvres ?* »[1315]. Là encore, l'avocat ne pouvait pas se déplacer et un entretien téléphonique avec la personne retenue présentait de plus grandes difficultés car la présence d'un interprète, souvent nécessaire, n'était pas possible en temps de confinement.

Ainsi, l'essence même des lieux de privation de liberté et les règles procédurales n'assurent pas toujours le respect de la libre communication entre une personne privée de liberté et son avocat. Or, une atteinte à la libre communication porte nécessairement atteinte aux droits de la défense car c'est lors des échanges avec son client que l'avocat organise sa défense et apprend

---

[1311] Défenseur des droits, Décision n°2020-094 relative à des observations devant le Conseil d'État à la suite de la saisine par deux ordres des avocats qui sollicitaient que l'État soit enjoint de fournir des masques de protection et du gel hydroalcoolique aux avocats dans l'exercice de leurs missions, 14 avr. 2020 : « *Il a estimé que les conditions d'exercice des droits de la défense dans le cadre des mesures de garde à vue ou pour la préparation des audiences de comparutions immédiates, dans des locaux exigus et non dotés de sanitaires adaptés, n'étaient pas compatibles avec les « gestes barrières » et les mesures de distanciation sociale ordonnées par les autorités publiques et reconnues indispensables par les autorités de santé pour se prémunir du virus et en éviter la propagation.*
Aussi, le Défenseur des droits a considéré qu'il incombait à l'État de mettre à disposition des personnels de justice, des avocats et des justiciables les moyens matériels nécessaires notamment en masques et gel hydro alcooliques, sauf à porter atteinte au respect de leur droit à la vie et de leur droit à la santé.
Il a souligné qu'à défaut de mesures de protection, la présence même des avocats dans le cadre de ces procédures pourrait être compromise, remettant ainsi en cause les droits de la défense et les garanties du procès équitable protégés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ».

[1312] CE, 20 avr. 2020, Protection des avocats, n° 439983 et 440008 : *AJDA* 2020, p. 816 ; *D. avocats* 2020, p. 266.

[1313] CE, ord., 14 avr. 2020, n° 439899.

[1314] J. SCHMITZ, « Le juge administratif des référés dans l'urgence sanitaire des prisons », *AJDA* 2020, p. 1298.

[1315] K. PARROT dans O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D*. 2022, p. 244.

à cerner son client afin de mieux représenter ses intérêts[1316]. L'incapacité à rencontrer son avocat entraine une mauvaise préparation de la défense et ne rend donc pas la défense effective.

2) Le corollaire de la confidentialité des échanges

337. Une fois encore, la directive européenne du 22 octobre 2013 vient imposer aux États membres de veiller à la confidentialité des communications entre le suspect et son avocat. La directive se veut exhaustive en nommant toutes les formes de communication : « *les rencontres, la correspondance, les conversations téléphoniques et toute autre forme de communication autorisée par le droit national* »[1317].

Les textes régissant la mise en œuvre de mesures privatives de liberté garantissent la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client. Tel est le cas du premier alinéa de l'article 63-4 du code de procédure pénale qui dispose que : « « *L'avocat désigné dans les conditions prévues à l'article 63-3-1* ***peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien*** ». La confidentialité de la correspondance ou des entretiens téléphoniques entre une personne placée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté et son avocat est également garantie à l'article R. 541-13 du code pénitentiaire. L'entretien confidentiel avec un avocat est garanti à la personne placée en centre de rétention à l'article L. 744-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : « *Dans chaque lieu de rétention,* ***l'étranger retenu peut s'entretenir confidentiellement avec son avocat dans un local prévu à cette fin*** ». Pour les personnes placées en unité hospitalière spécialement aménagée, la confidentialité est assurée par l'absence du personnel pénitentiaire à l'article R. 3214-18, alinéa 3 du code de la santé publique : « *Les visites se déroulent dans un parloir sous la surveillance du personnel pénitentiaire, qui a la possibilité d'écouter les conversations.* ***Les entretiens des avocats et des visiteurs de prison avec les personnes détenues ont lieu en dehors de la présence du personnel pénitentiaire*** ». L'absence du personnel est judicieuse mais les locaux doivent également garantir la confidentialité des échanges. Enfin, la confidentialité des échanges est aussi assurée lors du recours à une visio-conférence selon l'article 706-71 du code de procédure pénale : « *[…] l'avocat doit pouvoir* ***s'entretenir avec ce dernier, de façon confidentielle****, en utilisant le moyen de télécommunication audiovisuelle* ».

[1316] V. MONTOURCY, « Les procédures d'hospitalisation sans consentement » Dossier Hospitalisation sans consentement, *AJ Fam*. 2016, p.14 : « *Cet entretien est déterminant pour permettre à l'avocat d'apprécier l'état mental de son client, le degré de compréhension de ses propos, et d'instaurer un climat de bienveillance et de confiance. D'expérience, il est presque toujours possible de parvenir à un dialogue avec le justiciable, de créer un lien positif au terme d'une empathie, d'atténuer un sentiment d'angoisse. Quelquefois, ce dialogue permet de confronter des certificats médicaux à une situation actualisée et d'en relever les contradictions* ».

[1317] Art. 4 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013) : « *Les États membres respectent la confidentialité des communications entre les suspects ou les personnes poursuivies et leur avocat dans l'exercice du droit d'accès à un avocat prévu par la présente directive. Ces communications comprennent les rencontres, la correspondance, les conversations téléphoniques et toute autre forme de communication autorisée par le droit national* ».

338. Tout comme la libre communication entre l'avocat et son client, la garantie de la confidentialité des entretiens est assurée par les textes mais la pratique n'en assure pas toujours le respect. Par exemple, la confidentialité des entretiens n'est pas toujours assurée dans les établissements pénitentiaires soit parce que les cabines ne comportent aucune isolation phonique[1318], soit parce que le nombre de cabines est insuffisant, obligeant alors l'avocat et son client à attendre qu'une se libère[1319]. Des problèmes similaires ont été relevés lors de la visite de geôles dans les tribunaux, contraignant l'avocat et son client à s'entretenir à proximité immédiate avec les escortes[1320] ou dans les couloirs[1321]. Dans les centres éducatifs fermés, il a été relevé la présence d'éducateurs durant les entretiens entre les mineurs et leurs avocats[1322].

Comme il a été dit précédemment, les échanges ne se limitent pas aux entretiens mais comprennent également les appels téléphoniques et les courriers. Or, certaines dispositions du code de procédure pénale prévoient explicitement la possibilité pour l'administration pénitentiaire d'intercepter les communications téléphoniques[1323] des détenus ainsi que de contrôler leur correspondance[1324]. Bien que ces mêmes dispositions prévoient l'impossibilité

[1318] Rapport de visite du CGLPL à la Maison d'arrêt de Chaumont (Haute-Marne), 7-11 janv. 2019 p. 63 : « *Les trois boxes des parloirs des avocats et des intervenants extérieurs sont situés à proximité des parloirs familles. D'une superficie de 2,2 m², ils sont meublés d'une table et de deux chaises et dotés d'une prise électrique. L'absence d'isolement phonique empêche toute confidentialité des propos échangés* ».

[1319] Rapport de visite du CGLPL à la Maison d'arrêt de Châlons-en-Champagne (Marne), 3-7 déc. 2018, p. 67 : « *L'attribution des parloirs aux différents intervenants – avocats, policiers, visiteurs de prison etc. – n'est gérée par aucun agent ; c'est la règle du « premier arrivé, premier servi » qui prévaut. Selon les informations recueillies, le nombre de cabines est insuffisant et il est fréquent de devoir attendre qu'une se libère. Par ailleurs, certains interlocuteurs ont dénoncé la localisation des parloirs dans un lieu de passage sans véritable confidentialité et sans surveillance effective* ».

[1320] Rapport de visite du CGLPL au Tribunal de Grande Instance de Mont-de-Marsan (Landes), 12 sept. 2016, p. 15 : « *Aucun bureau n'est réservé aux avocats ; ils s'entretiennent avec leurs clients sur un banc à proximité immédiate de l'escorte, sans aucune confidentialité* ».

[1321] Rapport de visite du CGLPL au Tribunal de Grande Instance de Valence (Drôme), le 8 fév. 2016, p. 13 : « *Le jour de visite des contrôleurs, le tribunal montrait une activité intense du fait notamment d'audiences aux assises. Les contrôleurs ont constaté que de nombreux entretiens d'avocats avec leurs clients se déroulaient dans les couloirs et dans la salle des pas perdus à l'entrée du tribunal* ».

[1322] Rapport de visite du CGLPL du Centre éducatif fermé de Doudeville (Seine-Maritime), 8 - 10 juill. 2019, p. 63 : « *Les contacts téléphoniques sont réguliers entre la mineure et son défenseur, selon les informations fournies – qu'il s'agisse d'appels de l'avocat, voire de l'adolescente concernée. Selon les mêmes informations, le plus souvent, un éducateur assiste à ces entretiens « à la demande de l'avocat ». Quel qu'en soit le motif, cette situation viole le principe de confidentialité des rapports des mis en cause avec leur défenseur et le secret de la procédure et doit donc être corrigée* ».

[1323] Art. 727-1 CPP : « *I.- Aux fins de prévenir les évasions et d'assurer la sécurité et le bon ordre au sein des établissements pénitentiaires ou des établissements de santé destinés à recevoir des personnes détenues, le ministre de la justice peut autoriser les agents individuellement désignés et habilités de l'administration pénitentiaire à :1° Intercepter, enregistrer, transcrire ou interrompre les correspondances de personnes détenues émises par la voie des communications électroniques et autorisées en détention, à l'exception de celles avec leur avocat, et conserver les données de connexion y afférentes ;* » ; Art. 40 Loi pénitentiaire du 24novembre 2009 : « *Ne peuvent être ni contrôlées ni retenues les correspondances échangées entre les personnes détenues et leur défenseur* ».

[1324] Art. D. 274, al. 2 CPP : « *En toute hypothèse, les sommes, correspondances ou objets doivent être soumis au contrôle de l'administration* ».

de contrôler les échanges entre les personnes détenues et leur conseil, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté relève une pratique contraire[1325].

Pourquoi ces circonstances posent-elles problème ? Car, d'un point de vue pragmatique, elles n'assurent pas suffisamment de sérénité et de confiance à la personne privée de liberté pour s'exprimer librement avec son avocat. De plus, nul ne doit connaitre la teneur de leurs échanges car le secret professionnel est intrinsèque à la profession d'avocat et absolu. Ce secret professionnel est garanti au sein de la loi du 31 décembre 1971 qui régit la profession d'avocat[1326].

339. La confidentialité des entretiens doit donc être assurée pour préserver le secret professionnel de l'avocat. Porter atteinte à la confidentialité des entretiens porte donc atteinte au secret professionnel et au respect des droits de la défense car le « *principe de libre défense domine toute la procédure criminelle et commande de respecter les communications confidentielles des accusés avec les avocats qu'ils ont choisis ou veulent choisir comme défenseurs* »[1327]. Il est paradoxal que les différents lieux de privation de liberté ne mettent pas tout en œuvre pour garantir la confidentialité des échanges alors que la violation du secret professionnel constitue une infraction pénale punie d'un an d'emprisonnement selon l'article 226-13 du code pénal.

Le Garde des Sceaux Éric DUPOND-MORETTI « *veut protéger le « secret de la défense », le secret professionnel des avocats, qui se « délite » depuis plusieurs années* »[1328]. Ainsi, l'article préliminaire du code de procédure pénale est modifié depuis la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire[1329]. Une disposition y est ajoutée : « *Le respect du secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code* ». Avancée insuffisante pour certains avocats qui ont déploré l'adoption d'un amendement sénatorial qui a exclu le secret professionnel de la défense et du conseil en cas d'enquête judiciaire pour fraude fiscale, corruption, trafic d'influence et blanchiment de ces délits[1330].

[1325] Rapport d'activité CGLPL, *Chap. 3 : Secret(s) et confidentialité dans les lieux de privation de liberté*, 2010, p. 23 : « *Des détenus et des avocats signalent un nombre de fois nettement plus élevé que la marge d'erreur admissible, au contrôle général, l'ouverture des courriers qu'ils échangent* ».

[1326] Art. 66-5, al. 1er Loi n° 71-1130 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JORF 5 janv. 1972, p. 131 : « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

[1327] Crim 9 sept. 1897, Bull. Crim n°309.

[1328] S. ROIG, « Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire », *AJ pénal* 2021, p. 124.

[1329] Loi n° 2021-1729 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* n°0298 23 déc. 2021, texte n°2.

[1330] O. BEAUD, « Le secret professionnel des avocats faiblement protégé. En quoi est-ce un problème ? », *D.* 2021, p. 2081 : « *Le secret professionnel des avocats est d'un faible poids aux yeux des représentants de l'État. [Or], dans une démocratie libérale, les avocats sont censés jouer un rôle absolument majeur de protection des droits* ».

Rappelons enfin que « *ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable* »[1331]. L'intérêt de la garantie de la confidentialité fait donc partie intégrante des droits de la défense et participe à la garantie d'une défense effective.

Enfin, la préparation de la défense peut impliquer une recherche des témoins par l'avocat.

B. La demande de convocation des témoins

340. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme en son paragraphe 3 répertoriant les droits de la défense dispose que l'accusé a droit à « *[…] obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ». Cette convocation assure à l'accusé que des témoins à décharge pourront être interrogés lors de l'audience. Cette interrogation par le ou les juges et par l'avocat de la défense appuiera l'accusé dans sa défense. La Convention européenne des droits de l'Homme dispose que cette convocation des témoins à décharge doit se faire « dans les mêmes conditions » que celles des témoins à charge. Cela signifie qu'il ne doit pas être plus facile de convoquer des témoins à charge qu'à décharge. En précisant ce point, la Convention européenne des droits de l'Homme s'assure du respect du principe de l'égalité des armes.

Priver un accusé de la possibilité de convoquer des témoins à décharge, ce qui *a fortiori* l'empêche de les interroger lors de l'audience, constitue une atteinte aux droits de la défense comme l'a affirmé à deux reprises la Cour européenne des droits de l'Homme[1332]. La Cour ne fait pourtant pas de ce droit un droit absolu, il n'est ainsi pas exigé à un tribunal de répondre favorablement à toutes les demandes de convocation[1333], mais elle veille à ce que « *l'égalité des armes et le respect de l'équilibre entre les parties soient respectés* »[1334].

341. Le magistrat instructeur est l'un des premiers acteurs du procès pénal disposant de la prérogative de faire citer en son cabinet toute personne dont le témoignage serait utile à la manifestation de la vérité. Le témoin refusant de comparaitre devant ce magistrat peut même être amené par la force publique[1335]. L'avocat du mis en examen n'a bien évidemment pas la possibilité de convoquer lui-même les témoins devant le juge d'instruction. Toutefois, il peut en faire la demande directement au magistrat qui décidera ou non de faire droit à sa demande[1336].

[1331] E. GARÇON, com. sous Art. 378 Ancien Code pénal : « *[…] Ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié. Ce secret est donc absolu et d'ordre public* ».

[1332] CEDH 10 oct. 2012, VIDGEN c/ Pays-Bas n° 29353/06 ; CEDH 10 juill. 2012, TRAMPEVSKI c/ Ex-République yougoslave de Macédoine, n° 4570/07.

[1333] CEDH 31 oct. 2001, SOLAKOV c/ Macédoine, n° 47023/99 : « *Quant au grief du requérant selon lequel il lui a été impossible d'obtenir la comparution et l'interrogation de deux témoins supplémentaires, la Cour fait observer qu'il avait le loisir de demander la convocation des témoins pendant l'instruction préparatoire, dans ses conclusions tendant à l'abandon des poursuites, ou lors des auditions des 12 et 13 janvier 1998. Or il n'a présenté une telle demande qu'à l'audience tenue le 22 janvier 1998* ».

[1334] M. GIACOPELLI et Y. JOSEPH-RATINEAU, « Témoin Pénal », *Rép. pénal Dalloz*, Sept. 2015 actualisation en mars 2019, n°34.

[1335] Art. 101 et 109 CPP.

[1336] Art. 82-1 CPP.

La personne privée de liberté ou la personne encourant une mesure privative de liberté dispose du droit de faire convoquer des témoins devant une juridiction de jugement pénale. Ce droit est garanti devant ces juridictions car il permet d'éclairer les juges sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé quant à la commission d'une infraction ou sur l'opportunité d'une peine. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt de décembre 2018, fait peser sur les juridictions l'obligation de faire assurer la comparution du témoin à décharge quand il a été admis que l'audition de ce dernier était pertinente[1337].

En revanche, ce droit et celui de faire interroger les témoins devant l'autorité judiciaire n'est pas garanti dans le cadre des procédures relatives aux personnes étrangères ou aux personnes admises en soins psychiatriques sans consentement. Il ne l'est pas davantage lors d'une garde à vue ou lors d'une comparution devant la commission de discipline. Ce dernier point est assez regrettable car la comparution et l'interrogation de témoins présente un intérêt lors d'une commission de discipline car cette commission doit statuer sur la commission ou non d'une faute disciplinaire. Or, l'interrogation de témoin peut aider à se faire une idée sur cette commission éventuelle. Il est donc regrettable que l'avocat ne puisse demander à l'administration pénitentiaire de faire convoquer les témoins au jour de la commission de discipline.

342. Il est ainsi possible, pour le prévenu ou son avocat, de convoquer différents témoins que ce soit en première instance[1338] ou devant une juridiction de second degré[1339]. Leur convocation peut ainsi émaner de l'autorité judiciaire ou de l'une des parties dont le prévenu – comparaissant libre ou non – encourant une peine privative de liberté ou son avocat. Une telle prérogative peut sembler étonnante car le système procédural pénal est un système inquisitoire. Opposé traditionnellement au système accusatoire, le système inquisitoire implique que la recherche de la vérité revient à un magistrat impartial instruisant à charge et à décharge : le juge d'instruction. Dès lors, ce dernier effectuant tous les actes d'investigation, il ne serait pas nécessaire de prévoir un pouvoir de convocation des témoins aux parties au procès. Mais une telle prérogative est indispensable quand il n'y a pas eu de phase d'instruction – en matière délictuelle parfois – la charge de la preuve pesant alors sur les parties et leurs avocats. Convoquer des témoins afin de les interroger le jour de l'audience fait ainsi partie des droits de la défense[1340].

[1337] CEDH Gr. Ch., MURTAZALIYEVA c. Russie, 18 déc. 2018, n° 36658/05, § 147 : « *Aux yeux de la Cour, que les autorités internes aient accepté de faire entendre un témoin à décharge à un certain moment de l'instruction ou du procès et ne l'aient pas auditionné ultérieurement est un élément certes pertinent, mais non décisif à lui seul […]. Toutefois, dès lors qu'il a admis, au moins en principe, que l'audition d'un certain témoin à décharge serait pertinente, le juge interne est tenu de prendre des mesures « effectives » aux fins d'assurer la comparution de ce témoin au procès, en lui adressant à tout le moins une citation ou en ordonnant à la police de le faire comparaître de force* ».

[1338] Art. 435 CPP : « *Les témoins sont cités ainsi qu'il est dit aux articles 550 et suivants* ».

[1339] Art. 513 CPP : « *Les témoins cités par le prévenu sont entendus dans les règles prévues aux articles 435 à 457. Le ministère public peut s'y opposer si ces témoins ont déjà été entendus par le tribunal. La cour tranche avant tout débat au fond* ».

[1340] J. PRONIER, « Les décisions de remise de cause et le droit au procès équitable » com. sous Cass. Crim. 20 sept. 2011, *AJ pénal* 2012, p. 47 : « *Dans le présent arrêt, c'est également une composante des droits de la défense qui fonde la décision de la Cour de cassation* ».

Les avocats dans ces procédures nécessitent ainsi l'aide de personnes extérieures à la procédure qu'il s'agisse de témoins pouvant remettre en cause la culpabilité du prévenu ou de proches de ce dernier qui pourraient offrir un hébergement[1341], permettant ainsi à l'avocat de plaider une peine alternative à l'emprisonnement.

La convocation des témoins relève des facilités nécessaires à la préparation de la défense car si l'avocat ne parvient pas à retrouver un témoin et à le convoquer, cela doit être pris en compte lors de l'audience. Pour preuve, la Cour de cassation a censuré les juges d'une Cour d'appel qui avaient refusé, sans le motiver, le renvoi d'une affaire alors que l'avocat du prévenu avait fait part des difficultés qu'il avait rencontrées pour faire citer un témoin[1342].

La convocation des témoins par l'avocat de la personne encourant une peine privative de liberté, ou une personne déjà privée de liberté, est indispensable en matière délictuelle quand il n'y a pas eu d'instruction. Cependant, cela ne veut pas dire qu'une telle convocation est impossible après qu'il y a eu une phase d'instruction préparatoire. En effet, l'accusé peut tout à fait faire citer à l'audience devant la cour d'assises « *les personnes, témoins ou experts, dont l'audition lui paraît utile à sa défense* »[1343].

Une fois ces personnes convoquées devant la juridiction de jugement, l'avocat pourra alors les interroger. L'interrogation des témoins lors de l'audience fait partie des missions de l'avocat défendant une personne privée de liberté ou une personne encourant une mesure privative de liberté que nous développerons dans le chapitre suivant.

343. Conclusion de la section 2 : Pour assurer une bonne préparation de la défense, le caractère suffisant des délais n'est pas la seule nécessité. Des facilités doivent être laissées pour cette bonne préparation de la défense. Ainsi, l'avocat doit pouvoir accéder à l'intégralité du dossier de la procédure.

Cet accès est, pour la majorité des procédures, garanti. Toutefois, la garde à vue se démarque des autres procédures en limitant l'accès à certains procès-verbaux. La procédure disciplinaire en détention, quant à elle, n'assure un accès qu'à un dossier trop peu fourni pour aider l'avocat dans la préparation de la défense. L'accès total au dossier n'est donc pas garanti au cours de toutes les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté.

Pour ce qui est des autres facilités nécessaires à la préparation de la défense, la communication entre l'avocat et son client retient particulièrement notre attention. Si les textes

---

[1341] Sur le travail de l'avocat dans le cadre d'une comparution immédiate : A. CHRISTIN, *Comparutions immédiates- enquête sur une pratique judiciaire*, Paris, éditions la Découverte, coll. Enquêtes de terrain, 2008, p. 115 : « *Le travail des avocats avant l'audience s'organise en trois temps, sous le signe de l'urgence. L'avocat commence par prendre connaissance du dossier qu'il va défendre. Puis il descend au dépôt du tribunal, où il rencontre son client. L'avocat lui fait préciser la tactique de défense qu'il souhaite adopter, le mandat et lui demande comment se procurer les preuves qui jouent en sa faveur. En sortant du dépôt, l'avocat essaie de joindre des membres de la famille, leur demande d'apporter des justificatifs divers et prépare sa plaidoirie* ».

[1342] Cass. Crim. 20 sept. 2011 : *D. actu*. 24 oct. 2011, obs. M. BOMBLED ; *D.* 2011. Actu. 2542, obs. M. LÉNA ; *ibid*. 2012. Chron. 171, obs. C. ROTH, A. LEPRIEUR et M.-L. DIVIALLE ; *AJ pénal* 2012, p. 47, obs. J. PRONIER ; *RSC* 2012, p. 198, obs. J. DANET.

[1343] H. ANGEVIN, H.- C. LE GALL, « Art. 268 à 287 - Fasc. 20-10 : COUR D'ASSISES. – Procédure préparatoire aux sessions d'assises. – Actes obligatoires », *JCl. Procédure pénale*, fév. 2020, n°153.

garantissent ce droit à la communication libre et confidentielle, la pratique révèle que cette communication n'est pas toujours libre et confidentielle du fait des circonstances de la privation de liberté notamment.

Conclusion du chapitre 1er

344. Il a été repris au sein de ce chapitre les droits relatifs à la préparation de la défense. Deux idées principales ont émergé : la première est relative aux délais laissés lors de la préparation de la défense, la seconde était relative aux facilités laissées à l'avocat[1344]. « *Du temps, des moyens et des informations utiles, tels sont les besoins d'une défense qui ne soit pas seulement « théorique et illusoire » pour reprendre une expression chère aux juges européens* »[1345].

Le temps suffisant laissé à la préparation de la défense est essentiel pour que l'avocat ait le temps de comprendre chaque élément du dossier et d'adapter ses arguments. Cela ressort notamment de l'article 351-1 du code de procédure pénale qui dispose que le président d'une session d'assises ne peut poser certaines questions que s'il en a préalablement informé les parties au cours des débats ou avant le réquisitoire de l'avocat général « *afin de permettre à l'accusé et à son avocat de faire valoir toutes les observations utiles à sa défense* ».

Parmi les facilités nécessaires, l'accès au dossier est primordial car c'est sur ce dossier que vont se fonder les arguments de la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté. Les facilités nécessaires relèvent parfois de facteurs extérieurs comme le droit à l'entretien entre avocat et client. Or, une personne privée de liberté peut avoir plus de difficulté à rencontrer son conseil qu'une personne libre. Cette difficulté de communication affecte nécessairement l'exercice des droits de la défense, à savoir le droit de communiquer librement avec son conseil.

Ainsi, « *la quintessence du droit à disposer du temps et des facilités nécessaires est de permettre à l'accusé d'organiser sa défense de manière adéquate en vue de présenter l'ensemble de ses moyens et arguments au tribunal compétent et d'influencer ainsi l'issue du procès* »[1346]. Les droits relatifs à la préparation de la défense ne sont pas toujours respectés, ils sont donc à parfaire.

L'issue du procès est également influencée par l'exercice des missions de l'avocat.

[1344] J.- F. RENUCCI, « Droit au procès équitable et droit de la défense », *RSC* 2017, p. 803 : « *Ce qui est principalement reproché dans la présente affaire c'est de ne pas avoir accès à un dossier complet et de ne pas avoir eu matériellement le temps de prendre connaissance des réquisitions et donc de préparer convenablement la défense* ».

[1345] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°525, p. 387.

[1346] CEDH 20 sept. 2011, OAO NEFTYANAYA KOMPANIYA YUKOS c/ Russie, req. n° 14902/04 , § 538. – CEDH 6 mars 2012, LEAS c/ Estonie, req. n° 59577/08 , § 80. – CEDH 25 juill. 2013, KHODORKOVSKIY et LENEDEV c/ Russie, req. n° 11082/06 et 13772/05, § 574 dans M.- A. KOSTOPOULOU, L.- A. SICILIANOS, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Garanties particulières concernant la protection de l'accusé », *Rép. de droit euro. Dalloz*, janv. 2018 actualisation fév. 2020.

Chapitre 2 : Les missions de l'avocat à harmoniser

345. Lors du procès de monsieur Henri Désiré LANDRU, en 1921, ce dernier est accusé d'avoir assassiné dix femmes. Les corps n'ayant pas été retrouvés, l'avocat de monsieur LANDRU affirme que l'accusation est vide. Une scène du procès rapporte que l'avocat annonce « *qu'une des victimes prétendument morte a été retrouvée et qu'elle est prête à apparaître. Stupeur de la salle. Toutes les têtes, y compris celles des jurés, se tournent vers la porte. Personne n'entre bien sûr mais pour Moro Giafferi (l'avocat de la défense), c'est la preuve que nul n'est certain de la culpabilité de Landru. Bel effet de manche, que l'avocat général (le Parquet) réduira cependant en pièces en faisant remarquer qu'une seule personne dans la salle n'a pas détourné le regard : Landru…* »[1347]. Maître Vincent DE MORO-GIAFFERRI a tenté de convaincre les juges et les jurés de l'innocence de son client, la plaidoirie fait en effet partie des missions exercées par l'avocat.

Après avoir étudié les procédures dans lesquelles l'avocat peut ou doit intervenir pour assister une personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté ainsi que la phase de préparation de la défense, il est temps d'étudier les missions de l'avocat.

Ces missions peuvent être vues comme l'acte de défense par excellence. Quelles sont-elles ? La plus évidente est celle de l'assistance lors de l'audience : la plaidoirie. Cependant, cela ne saurait constituer la seule mission effectuée par l'avocat. Une lecture du paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme pourrait nous donner une indication sur ce que sont les missions. À la lecture de cette disposition, plusieurs droits sont énumérés tels que ceux « *d'avoir l'assistance d'un défenseur, d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ». À notre sens, l'interrogation des témoins est comprise dans la mission plus globale d'assistance du client.

La mission générale d'assistance par l'avocat recouvre différentes activités. Ainsi, l'assistance implique « *une prestation intellectuelle qu'[un avocat] fournit à son client* »[1348]. Cette prestation intellectuelle consiste en la présentation d'une argumentation, qui peut se faire à l'écrit ou à l'oral, afin de défendre les intérêts du client. Les divers aspects[1349] de cette argumentation seront présentés et développés dans les prochains paragraphes. Une distinction est effectuée entre les missions d'assistance effectuées au moment de l'audience et celles

---

[1347] E. PIERRAT, *Les grands procès de l'Histoire*, Paris, éd. De la Martinière, 2015, p. 36.

[1348] T. REVET, J. LAURENT, B. CHAFFOIS, C. BOËRIO, K. MOYA, *Déontologie de la profession d'avocat*, Paris, 2018, LGDJ, coll. La Bibliothèque de l'avocat, n°483, p. 192.

[1349] F. SAINT-PIERRE, « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 260 : « *Définissons l'acte de défense comme étant celui qu'accomplit un avocat chargé de la défense d'une personne mise en cause, depuis le placement en garde à vue de celle-ci jusqu'au terme de l'exécution de sa peine, tout au long de la procédure pénale. Il s'agira, entre autres, de l'assistance de l'avocat lors d'un interrogatoire, de la demande de délivrance d'une copie de pièces, d'une demande d'acte d'investigation, d'une requête en nullité, ou encore d'une demande de renvoi d'une audience correctionnelle, du questionnement d'un témoin, de la plaidoirie de l'avocat, comme de l'exercice des voies de recours - la liste est longue* ».

effectuées après la tenue de celle-ci. Toutefois l'assistance n'est pas la seule mission exercée par l'avocat. En effet, l'avocat a aussi une mission de représentation de son client[1350].

Nos recherches ont démontré que l'avocat n'exerce pas ses missions de la même manière selon la procédure qui est en cours. Cette différence justifie qu'elles soient harmonisées. Cette harmonisation permettra d'assurer un respect universel – quelle que soit la mesure privative de liberté mise en œuvre – des droits de la défense. Ainsi, certaines procédures relatives à une mesure privative de liberté lui permettent d'exercer pleinement ses missions (section 1) tandis que d'autres le restreignent au contraire dans l'exercice de ses missions (section 2).

Section 1 : Le plein exercice des missions de l'avocat

346. Comme cela a été évoqué, la large mission d'assistance englobe elle-même différentes missions que nous allons détailler. Une distinction est faite entre les missions exercées en phase pré-sentencielle et sentencielle, c'est-à-dire avant ou au cours d'une audience de jugement ou d'une audience au cours de laquelle une mesure privative de liberté est encourue, et celles exercées en phase post-sentencielle. L'audience désigne une « *séance au cours de laquelle une juridiction prend connaissance des prétentions des parties, instruit le procès, entend les plaidoiries et rend son jugement* »[1351]. Il ne sera donc pas traité que de la matière pénale, les audiences devant le juge des libertés et de la détention en droit des étrangers ou relatives aux hospitalisations sans consentement seront aussi traitées. Par conséquent, il sera en réalité fait référence aux missions exercées lors de la rencontre et de la discussion entre l'avocat et l'autorité en charge de la mesure privative de liberté. La phase post-sentencielle fera, en revanche, référence aux missions exercées par l'avocat après la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté notamment à travers le prisme du droit au recours.

Les premières missions étudiées sont donc celles exercées en phase pré-sentencielle et sentencielle (paragraphe 1er), les suivantes sont celles exercées en phase post-sentencielle (paragraphe 2nd).

1er paragraphe : Les missions exercées en phases pré-sentencielle et sentencielle

347. La Cour européenne des droits de l'Homme a tenté de définir la différence entre assistance et représentation. Cette distinction peut se résumer par cette formule présente dans l'arrêt *POITRIMOL* contre France : « *Le Gouvernement souligne que ce texte parle d'"assistance" et non de "représentation". En droit français, le premier terme impliquerait la présence du justiciable aux côtés de son avocat, le second son remplacement juridique par celui-ci* »[1352]. Une définition plus précise indique que la représentation est un « *procédé juridique par lequel une personne, appelé représentant, agit au nom et pour le compte d'une*

[1350] Art. 4, al. 1er Loi n° 71-1130 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JORF 5 janv. 1972, p. 131: « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit […]* ».

[1351] S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 99.

[1352] CEDH 23 nov. 1993, POITRIMOL c/ France, n° 14032/88 : Série A, n° 277-A, § 33 ; *Dr. pénal* 1994. Comm. 97 ; *RSC* 1994, p. 370, obs. L.-E. PETTITI.

autre personne, appelée représenté »[1353]. Lors d'une audience, l'avocat peut exercer notamment deux missions : celle de représenter son client (A) et celle de l'assister (B).

A. La représentation essentielle du client par l'avocat

348. Lors d'une représentation, l'avocat agit au nom et pour le compte de son client au point de devenir le principal interlocuteur du juge et de l'avocat de la partie adverse, s'il y en a un. La représentation implique aussi que l'avocat puisse représenter son client et ses intérêts lors de l'audience de jugement quand ce dernier est absent. Il prendra donc la parole pour défendre son client, lors de la plaidoirie. Lors d'une audience de jugement pénale, en cas d'absence de la personne poursuivie ou accusée, celle-ci est alors jugée par défaut selon la procédure des articles 487 et suivants du code de procédure pénale en matière délictuelle et des articles 379-2 et suivants du même code en matière criminelle. L'absence de l'accusé ne change rien au déroulement des débats, comme le dispose l'article 379-3, alinéa 2 du code de procédure pénale. Les dispositions relatives aux débats s'appliquent, à l'exception bien sûr de celles relatives à l'interrogatoire ou à la présence de l'accusé. Cela signifie que l'avocat du prévenu ou de l'accusé peut plaider devant les juges. Ce droit est rappelé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *VAN PELT contre France* : « *Même si le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées, il ne peut les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur* »[1354]. Les missions de l'avocat ne dépendent donc pas de la présence de son client car, même en l'absence de ce dernier, la représentation permet à l'avocat de plaider les intérêts de la personne, garantissant ainsi l'effectivité des droits de la défense.

Lors de la représentation, le conseil et son client se confondent. Pour preuve, lors d'une audience correctionnelle où le prévenu cité est absent car il n'a pas reçu sa convocation, la décision est rendue « par défaut »[1355]. Or, si un avocat se présente pour assurer sa défense, la décision devient alors « contradictoire à signifier »[1356]. L'avocat étant présent, il est estimé que la personne a bénéficié d'un débat « contradictoire » et a pu bénéficier d'une défense effective. Dans certaines occurrences, la personne prévenue peut demander au président du tribunal correctionnel, par courrier, d'être jugé « *en son absence en étant représenté au cours de l'audience par son avocat ou par un avocat commis d'office* »[1357]. L'avocat étant entendu dans sa plaidoirie, il est à nouveau estimé que le prévenu est jugé contradictoirement. Le tribunal correctionnel peut, bien entendu, s'opposer à ce que l'audience se tienne en l'absence du prévenu et décider de renvoyer l'audience à une date ultérieure[1358].

[1353] « Représentation », S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 915.
[1354] CEDH 23 mai 2000, VAN PELT c/ France, req. n° 31070/96 , §67, *JCP* 2001. I, p. 291, obs. F. SUDRE ; *D.* 2001. Somm. 1061, obs. J.-F. RENUCCI ; *RSC* 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS.
[1355] Art. 412, al. 1er CPP.
[1356] Art. 412, al. 2 CPP.
[1357] Art.411, al. 1er CPP.
[1358] Art. 411, al. 3 CPP.

349. La représentation par l'avocat est imposée par les textes lorsque la personne ne dispose pas de toutes ses facultés physiques ou mentales pour comparaitre personnellement devant l'autorité judiciaire. Tel est le cas lorsqu'une personne ne peut comparaitre à une audience d'une juridiction de jugement pénale devant statuer sur l'action civile[1359]. Cela est également prévu pour le débat devant le juge des libertés et de la détention devant statuer sur la situation d'une personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement[1360] ou lorsque cette même personne fait l'objet d'un isolement ou d'une contention[1361]. La représentation par l'avocat est également prévue à l'article 706-122 du code de procédure pénale – lors de la saisine de la chambre de l'instruction quand il est estimé que la personne mise en examen n'est pas pénalement responsable au sens de l'article 122-1, alinéa premier du code pénal – qui dispose que « *cet avocat représente la personne même si celle-ci ne peut comparaître*. ». L'absence de la personne doit répondre à des motifs médicaux[1362] et faire l'objet d'un avis médical motivé, « *une garantie pour se prémunir contre des situations où des médecins dispenseraient trop aisément des patients d'être présents à l'audience et où leurs droits seraient alors examinés en leur absence. Cela mettrait à mal la réalité du droit à la défense* »[1363]. L'avocat doit alors représenter son client absent et défendre ses intérêts[1364]. Si certains y voient une « *surcharge de travail* »[1365] pour le conseil, il s'agit surtout de la garantie d'une défense effective. La personne ne pouvant se déplacer à la salle d'audience, la représentation de cette personne par l'avocat assure la défense de la personne auprès du juge. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté rapporte de ses visites que certains magistrats n'hésitent pas à se déplacer dans l'établissement de soins avec leur greffier et l'avocat afin d'entendre la personne qui a refusé de se déplacer[1366].

[1359] Art. 10, al. 4 CPP : « *Lorsque l'état mental ou physique d'une personne citée ou renvoyée devant une juridiction de jugement rend durablement impossible sa comparution personnelle dans des conditions lui permettant d'exercer sa défense […], le président de cette juridiction peut […] décider […] qu'il sera tenu une audience publique pour statuer uniquement sur l'action civile. La personne doit alors être représentée à cette audience par un avocat* »

[1360] Art. L. 3211-12-2, al. 2 CSP ; Art. R. 3211-8 CSP.

[1361] Art. R. 3211-41, al. 5 CSP : « *Le patient concerné par la mesure d'isolement ou de contention est en outre avisé qu'il sera assisté par un avocat choisi, désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou commis d'office par le juge le cas échéant ou qu'il sera représenté par un avocat si le magistrat décide de ne pas procéder à son audition au vu de l'avis médical prévu au deuxième alinéa du I de l'article L. 3211-12-2* ».

[1362] R. LE BRETON DE VANNOISE, « Loi sur les hospitalisations sans consentement » Dossier Hospitalisation sans consentement, *AJ Fam.* 2016, p. 20 : « *Voici un exemple vécu, celui d'un patient manifestant des signes de paranoïa. Le débat sur des irrégularités de procédure, normalement initié par un avocat, n'a évidemment fait que renforcer l'idée chez ce patient que l'équipe médicale était dans le complot ourdi contre lui et qui lui valait d'être retenu sans son consentement. L'hôpital a fait part au juge combien, dans les jours qui ont suivi l'audience, le patient était perturbé* ».

[1363] S. THÉRON, « La loi du 27 septembre 2013 : une révision partielle du régime des soins psychiatriques », *RDSS* 2014, p. 133.

[1364] V. MONTOURCY, « Les procédures d'hospitalisation sans consentement » Dossier Hospitalisation sans consentement, *AJ Fam.* 2016, p.14 : « *Tout comme le juge, [l'avocat] doit être guidé, particulièrement en cette matière, par l'intérêt immédiat du patient souffrant d'une pathologie mentale* ».

[1365] A. FREDON, A. HU-YEN-TACK, *Guide juridique de l'hospitalisation sous contrainte- conséquences pratiques des réformes de 2011 et 2013 et projet de loi de santé de 2015*, Bordeaux, LEH Édition, 2015, p. 382.

[1366] Rapport de la 2e visite du CGLPL à l'Unité pour malades difficiles de Cadillac (Gironde), 5 - 8 oct. 2015 p. 21 : « *Un des juges se déplace dans l'unité, avec son greffier et l'avocat, pour rencontrer les patients ne voulant pas comparaître et mener éventuellement l'audience sur place* ».

Lors d'une audience devant la chambre de l'application des peines, un débat contradictoire a lieu « *au cours duquel sont entendues les réquisitions du ministère public et les observations de l'avocat du condamné* »[1367]. Sauf décision contraire de la chambre, la personne condamnée n'est pas entendue. L'avocat représente alors cette dernière lors du débat contradictoire et présentera des observations en son nom. La Chambre criminelle précise que les cours d'appel doivent veiller à ce que l'avocat soit entendu en ses observations[1368]. En cas d'absence de ce dernier, « *les juges doivent impérativement entendre le condamné quitte pour cela à organiser une réouverture des débats* »[1369]. En l'espèce, entendre l'avocat ou son client revêtait une importance d'autant plus forte que de nouvelles pièces avaient été versées à la procédure. Or, en l'absence de la « défense », ces pièces n'ont pu être portées à leur connaissance, ce qui portait nécessairement atteinte au principe du contradictoire.

350. Enfin, la représentation ne se limite pas nécessairement au moment de l'audience. L'avocat représente également son client quand il dépose par exemple une demande d'acte devant le juge d'instruction, étant donné que cette demande est faite dans l'intérêt de son client. De plus, n'y aurait-il pas un semblant de représentation lorsque l'avocat reçoit une expertise lors de la phase de l'instruction ? Les textes prévoient que la notification du rapport d'expertise se fait aux avocats des parties ou aux parties elles-mêmes si elles n'ont pas d'avocat[1370]. Cette disposition a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. En effet, l'alinéa 2 de l'article 167 du code de procédure pénale prévoyait, dans sa version issue de la loi du 16 février 2015[1371], que l'intégralité du rapport d'expertise pouvait être notifié, à leur demande, aux avocats des parties. Cependant, cette notification n'était pas prévue pour les parties non assistées d'un avocat. Cette différence de traitement n'était pas justifiée « *par la protection du respect de la vie privée, la sauvegarde de l'ordre public ou l'objectif de recherche des auteurs d'infractions* » et portait donc atteinte au « *principe d'égalité devant la justice* »[1372]. La disposition a donc été déclarée contraire à la Constitution et abrogée. Depuis la loi du 23 mars 2019[1373], le second alinéa de l'article 167 prévoit que l'intégralité du rapport peut être demandé tant par les avocats que par les parties elles-mêmes si elles ne sont pas assistées par un avocat. Il est intéressant de constater qu'aux termes du texte, le rapport n'est notifié aux parties que dans le cas où elles ne sont pas défendues par un avocat. Dans le cas contraire, c'est à l'avocat seul que l'on notifie le rapport car à travers lui, c'est à la personne mise en examen que l'on notifie le rapport d'expertise. Par la suite, l'avocat ne manquera pas de tenir informé son client pour qu'il connaisse le contenu du rapport et l'avocat veillera à ce qu'il le comprenne.

[1367] Art. 712-13, al. 1er CPP.
[1368] Cass. Crim. 17 juin 2020, n° 20-80.240 P : *D. actu*. 16 juill. 2020, obs. M. DOMINATI ; *AJ pénal* 2020, p. 423, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pénal* 2020, n° 9, obs. É. BONIS.
[1369] É. BONIS, « Respect du principe du contradictoire devant la juridiction d'appel », *Dr. pénal*, n° 9, Septembre 2020, comm. 166.
[1370] Art. 167, al. 2 CPP : « *[…] L'intégralité du rapport peut aussi être notifiée par lettre recommandée, à leur demande, aux avocats des parties ou aux parties si celles-ci ne sont pas assistées par un avocat. […]* »
[1371] Loi n° 2015-177 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JORF* n°0040 17 fév. 2015, texte n° 1.
[1372] Cons. constit. 15 févr. 2019, M. Charles-Henri M., n° 2018-765 QPC, § 9, *JORF* n°0040 16 févr. 2019, texte n° 79.
[1373] Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n°2.

La représentation n'est pas la seule mission effectuée par l'avocat, ce dernier doit également effectuer des missions relevant de l'assistance.

B. Les différentes missions relevant de l'assistance de l'avocat

351. L'assistance du client est au cœur de la profession de l'avocat, il s'agit de l'obligation « *dont il ne peut se départir* »[1374]. En droit civil, cette mission est définie par l'article 412 du Code de procédure civile qui dispose que : « *La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger* ». L'assistance par un avocat implique donc de conseiller le client et de le défendre devant la juridiction, que ce soit à l'écrit (1) ou à l'oral[1375] (2).

1) Une assistance écrite

352. L'assistance écrite peut se faire de deux manières : soit en présentant des arguments (a), soit en participant activement à l'instruction en cours en présentant des demandes d'actes (b).

a) L'assistance écrite par l'argumentation

353. L'assistance écrite peut consister en un dépôt de conclusions écrites ou de mémoires. Ces termes désignent les arguments écrits adressés par l'avocat à l'autorité judiciaire. Tout au long de la procédure pénale, l'avocat peut déposer des conclusions écrites[1376], ces conclusions peuvent même répondre aux arguments présentés par la partie adverse[1377]. Les arguments présentés par l'avocat consistent en une discussion en droit et en

---

[1374] B. BEIGNIER, J. VILLACÈQUE, *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, 2e éd., Paris LGDJ, coll. Gazette du Palais, 2016, n°680, p. 491.

[1375] Civ. 18 novembre 1946, *JCP* 1947 II n°3394 : « *L'avocat n'a d'autre caractère que celui de défenseur et de conseil, ni d'autre mission que celle d'assister ses clients et de soutenir leur défense par sa parole et ses écrits* » ; Civ. 1ère 12 mai 1993, *D.* 1993, p. 411.

[1376] Tel est le cas devant le tribunal correctionnel, comme le dispose le premier alinéa de l'article 459 du code de procédure pénale : « *Le prévenu, les autres parties et leurs avocats peuvent déposer des conclusions* » ; devant la cour d'assises aux termes de l'article 315 du même code : « *L'accusé, la partie civile et leurs avocats peuvent déposer des conclusions sur lesquelles la cour est tenue de statuer* » ; devant la chambre de l'application des peines aux termes de l'article D. 49-41, al. 2 du même code : « *A l'appui de son appel, le condamné ou son avocat peut adresser des observations écrites au président ou à la chambre* » ; devant la chambre de l'instruction, selon l'article 198 du code de procédure pénale : « *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* » ; ou auprès du président de la chambre de l'instruction en cas de contestation rapide d'une détention provisoire selon l'article art. 187-1, al. 1er du même code : « *La personne mise en examen, son avocat ou le procureur de la République peut joindre toutes observations écrites à l'appui de la demande* ».

[1377] G. RAVARANI, « Les principes directeurs du procès en droit européen », in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, dir. V. BOLARD et M. PIERRAT, Paris, Dalloz, 2019, pp.59-60 : « *Aussi, on ne saurait accepter qu'une partie remette des observations à l'insu de l'autre et sans possibilité pour cette dernière d'y répondre. La possibilité doit toujours être offerte au plaideur de répondre aux observations soumises, et il n'appartient qu'à lui d'apprécier si celles- ci appellent, ou non, une réaction de sa part* ».

fait. Les écrits revêtent une importance toute particulière lorsque le juge des libertés et de la détention doit statuer sur la mainlevée d'une mesure d'isolement ou de contention appliquée dans un hôpital psychiatrique. L'article L. 3211-12-2, III du code de la santé publique dispose que « *[…] le juge des libertés et de la détention, saisi d'une demande de mainlevée de la mesure d'isolement ou de contention prise en application de l'article L. 3222-5-1, qui s'en saisit d'office ou qui en a été saisi aux fins de prolongation de la mesure, statue sans audience selon une procédure écrite* ». Cette procédure est écrite de droit, seule la demande du patient à « *être entendu par le juge des libertés et de la détention* »[1378] peut permettre la présentation d'une demande de mainlevée « *oralement* ». Il est fait droit à cette demande de comparution personnelle, à moins que des motifs médicaux y fassent obstacle. Le législateur a ainsi veillé au respect du droit de comparution personnelle du patient. Ce droit faisant partie des droits de la défense, il est bienvenu que le patient puisse l'exercer. Même si l'audition de la personne par le juge était impossible, le patient serait assisté de son avocat par écrit.

Notons que lorsque la chambre de l'instruction doit statuer en matière de détention provisoire, la comparution de la personne mise en examen n'est pas de droit à moins que cette dernière ou son avocat n'en fasse la demande[1379]. La demande est alors présentée sous forme de « requête » à la juridiction. Il convient de préciser que si la personne a comparu dans les quatre derniers mois devant la chambre de l'instruction, le président peut refuser la comparution de la personne par une ordonnance qui n'est pas susceptible de recours. Bien que nous comprenions que cette ordonnance permette à la chambre de l'instruction de ne pas entendre à nouveau une personne qui a récemment comparu devant elle, nous regrettons que la personne mise en examen ne puisse pas se présenter afin de faire part des nouveaux arguments justifiant, par exemple, le dépôt d'une nouvelle demande de mise en liberté. De plus, le fait qu'aucun recours ne puisse être exercé à l'encontre de cette ordonnance renforce l'atteinte au droit de comparaitre personnellement devant son juge.

354. Il est toutefois un cas où des conclusions écrites peuvent être déposées lors même de l'audience. Au début d'une session d'assises, le président « *présente, de façon concise, les faits reprochés à l'accusé tels qu'ils résultent de la décision de renvoi. […] Dans sa présentation, le président ne doit pas manifester son opinion sur la culpabilité de l'accusé* »[1380]. Si l'avocat ou les avocats de l'accusé estiment au contraire que le président manifeste son opinion, ils peuvent « *déposer des conclusions d'incident* »[1381] afin que soit rendu un arrêt incident au sens de l'article 316 du code de procédure pénale. Comment justifier un dépôt si tardif d'écrit lors d'une session d'assises ? Cela se justifie, d'une part, par l'importance réduite de la procédure écrite car « *c'est un principe fondamental que la cour d'assises doit juger l'accusation telle que le débat la fait apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie* »[1382]. D'autre part, cela se justifie par l'enjeu de la session d'assises. En effet, à l'issue d'une telle session, une très lourde peine privative de liberté peut être prononcée à l'encontre

[1378] Art. L. 3211-12-2, III, al. 6 CSP.
[1379] Art. 199, al. 6 CPP.
[1380] Art. 327, al. 1er et 4 CPP.
[1381] E. DAOUD, « Le rôle de l'avocat pénaliste dans la phase de jugement », *Dr. pénal* n° 5, Mai 2021, dossier 12, p. 31.
[1382] Cass. Crim., 12 mai 1970, n° 70-90.223.

de l'accusé. Or, la lourdeur de cette peine est déterminée notamment par ce qui aura été dit lors des débats. L'exposé des faits par le président constitue la première étape de ces débats et peut en déterminer la suite. Ce dépôt de conclusions permet de mettre en avant une difficulté rencontrée en début d'audience et d'informer les jurés – par définition des individus non professionnels et parfois peu habitués aux sessions d'assises – que cela constitue une anormalité. En effet, « *c'est devant [la cour d'assises] que la menace pour la personne poursuivie est la plus grande. C'est donc devant elle que la procédure doit être la plus exemplaire en termes de respect des garanties de l'accusé* »[1383].

355. Les moyens par lesquels la transmission de ces écrits est accomplie sont de plus en plus nombreux. Il ne s'agit plus de déposer uniquement en mains propres ou de transmettre l'écrit par courrier. La Chambre criminelle a récemment accepté qu'un avocat transmette ses conclusions à la chambre de l'instruction par un moyen de télécommunication sécurisé. La Cour de cassation a ainsi reconnu que, bien que le mémoire ne soit pas signé de manière manuscrite par le conseil, cette transmission permettait de s'assurer de l'authenticité de l'écrit. En effet, cette authenticité était garantie par la création « *d'un code unique et personnel d'accès au réseau privé virtuel des avocats [et par] la création d'une adresse selon un format standardisé* »[1384]. Cette solution est bienvenue car il est en effet possible de s'assurer de l'authenticité du mémoire tout en facilitant l'envoi de conclusions. Cette facilité renforce le principe du contradictoire et le libre exercice des droits de la défense[1385].

356. Les arguments présentés dans les conclusions écrites peuvent consister en une simple discussion en droit et en fait de l'affaire. Ils peuvent également soulever des nullités grâce à une démonstration selon laquelle des formalités n'ont pas été respectées. Il existe différents types de nullités. Elles peuvent être « textuelles » lorsque la formalité imposée par les textes n'est pas observée[1386]. Les nullités sont « substantielles » lorsque la non-observation d'une formalité non prévue par un texte « *a porté atteinte aux intérêts de la partie* »[1387]. Dans certains cas, ces nullités substantielles nécessiteront la démonstration d'un grief, l'on parle alors de nullités « substantielles d'ordre privé », dans d'autres cas une telle démonstration ne sera pas nécessaire, ce sont les nullités « substantielles d'ordre public ». Ainsi, l'absence de convocation d'un avocat à un débat contradictoire sur la prolongation de la détention provisoire de son client constitue un grief pour ce dernier. En effet, l'absence de son avocat le jour de l'audience constitue une atteinte aux droits de la défense[1388]. À l'inverse, une nullité

[1383] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°781, p. 665.

[1384] Cass. Crim. 23 fév. 2022, n° 21-86.762 (n° 330 FS-B), *D.* 2022, p. 399.

[1385] J. DANET, *Les droits de la défense*, Paris, Dalloz, 2020, coll. À savoir, p. 250 : « *Pouvoir se défendre implique de pouvoir verser des pièces aux débats* ».

[1386] À titre d'exemple, l'article L. 552-1 du code de la justice pénale des mineurs impose cette formalité lors d'une session de la cour d'assises des mineurs : « *Concernant l'accusé mineur, le président pose, à peine de nullité, les deux questions suivantes : 1° Y a-t-il lieu d'appliquer à l'accusé une condamnation pénale ? 2° Y a-t-il lieu d'exclure l'accusé du bénéfice de l'atténuation de peine prévue aux articles L. 121-5 et L. 121-6 ?* ».

[1387] Art. 171 CPP.

[1388] Cass. Crim. 4 déc. 2007, n° 07-86.794 P : *D.* 2008. AJ 356 ; *ibid.* 2008. Pan. 2762, obs. J. PRADEL ; *AJ pénal* 2008, p. 95, obs. S. LAVRIC ; *Dr. pénal* 2009. Chron. 1, p. 21, obs. D. GUÉRIN.

substantielle d'ordre public peut être constituée quand est atteinte la bonne organisation judiciaire comme la nomination irrégulière d'un juge d'instruction[1389]. Une fois l'une de ces nullités identifiée, l'avocat saisit alors la chambre de l'instruction ou la Cour de cassation pour faire constater la nullité de l'acte[1390]. Des nullités peuvent également être soulevées devant le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article 385 du code de procédure pénale – en dehors des cas où il a été saisi d'une ordonnance de renvoi qui a pour effet de purger toutes les précédentes nullités. La juridiction de jugement devra alors prononcer « *l'annulation de l'acte irrégulier et des actes qui en sont la suite nécessaire* »[1391]. Notons que les nullités ne sont pas circonscrites à la matière pénale. En effet, des nullités peuvent par exemple être soulevées devant le juge judiciaire lors de la rétention administrative[1392] ou lors du maintien en zone d'attente[1393] d'un étranger. Ces nullités peuvent conduire à la mainlevée de la mesure quand l'irrégularité a eu pour effet de porter atteinte aux droits des étrangers. Afin de demander la mainlevée de la mesure privative de liberté, l'avocat peut se fonder sur divers fondements comme la Convention européenne des droits de l'Homme, comme le remarque Maître Claire WAQUET : « *L'outil constitutionnel n'est pas le seul utilisable, spécialement en matière de liberté individuelle puisque l'article 5 de la Convention l'est également. La défense doit s'organiser pour se fonder sur celui qui paraît, soit dans l'immédiat, soit à terme, le plus propre à aboutir au résultat escompté* »[1394]. Le résultat escompté pouvant être la mainlevée de la mesure.

L'avocat doit donc rester vigilant au bon respect des règles procédurales qu'elles soient formelles ou substantielles et ce, tout au long de la procédure. En effet, si une nullité survenue lors de la phase d'instruction[1395] échappe à la vigilance de l'avocat, elle ne pourra plus être soulevée devant la juridiction de jugement. De plus, soulever des nullités de procédure permet aussi de s'assurer du respect des droits de la personne privée de liberté, notamment ses droits de la défense « *qui exigent que les règles légales mises en place pour protéger ces derniers fassent l'objet d'une protection absolue en cas de violation* »[1396]. La protection est telle que si une privation de liberté a été décidée au mépris des droits de la personne, la mise en liberté sera ordonnée afin de mettre fin à la privation de liberté irrégulière. « *Ce faisant, enfin, [l'avocat]*

[1389] Cass. Crim. 15 juin 1982, n° 82-91.100 P.
[1390] Art. 173 et 802 CPP.
[1391] F. SAINT-PIERRE, *Pratique de défense pénale- Droit, histoire, stratégie*, Paris, LGDJ, 3e éd., coll. Les intégrales, 2020, n°199, p. 239.
[1392] Art. L. 743-12 CESEDA ; Le non-respect des formalités entraîne la nullité de la procédure, ainsi une demande de prolongation de rétention doit être accompagnée d'une version actualisée de l'extrait du registre du centre de rétention, à défaut de quoi, la requête doit être jugée irrecevable, sans que l'étranger ait à justifier d'un quelconque grief (Cass. Civ. 1ère, 15 déc. 2021, n° 20-50.034 : *Rev. crit. DIP* 2022, p. 273).
[1393] Art. L. 342-9 CESEDA.
[1394] C. WAQUET, « Le point de vue d'un avocat sur l'apport de la jurisprudence sur les garanties inhérentes à la liberté individuelle mises au jour par le Conseil constitutionnel », *Titre VII*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°7, oct. 2021, p. 26.
[1395] Cela vaut également pour contester la validité de la garde à vue selon l'article 173-1, alinéa premier du code de procédure pénale : « *Sous peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen, sauf dans le cas où elle n'aurait pu les connaître* ».
[1396] J. LEROY, *Procédure pénale*, 6e éd., Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2019, n°863, p. 553.

ne défend pas uniquement son client mais il contribue aussi au respect des règles édictées pour protéger tout citoyen contre l'arbitraire »[1397].

L'avocat peut également présenter des demandes d'actes par écrit.

b) L'assistance écrite par la demande d'actes

357. La dernière assistance écrite évoquée est la demande d'actes. L'avocat peut en effet présenter une demande afin que soient réalisés certains actes utiles à la manifestation de la vérité. Bien entendu, nous ne traitons que des actes effectués dans un cadre légal et non des investigations privées[1398].

Ce pouvoir de demander la réalisation de certains actes est évidemment admis lors de la phase d'instruction[1399] puisqu'au cours de cette procédure le magistrat instructeur cherche l'existence d'indices laissant penser qu'une ou des personnes ont commis un crime ou un délit. Le code de procédure pénale énumère, à titre d'exemple, différents actes qui peuvent être demandés puis conclut avec une formule volontairement globale afin de n'en oublier aucun[1400]. Les textes prévoient que l'avocat de la personne mise en examen peut, non seulement, présenter une telle demande mais peut aussi assister à la réalisation de l'acte quand il est réalisé à sa demande[1401].

D'autres demandes d'actes peuvent être déposées auprès du juge d'instruction quand ce dernier a émis un avis de fin d'information selon l'article 175 du code de procédure pénale. Or, depuis la loi du 23 mars 2019[1402], un délai de quinze jours pèse sur les parties afin qu'elles manifestent leur volonté d'exercer ou non ce droit. Si tel est le cas, elles bénéficieront d'un nouveau délai d'un ou trois mois[1403] afin de déposer leur réelle demande d'actes. Cependant, un tel délai initial de quinze jours ne pèse pas sur le ministère public. L'on peut y voir une atteinte au principe d'égalité des armes étant donné qu'à l'issue de ce délai de quinze jours, le Parquet pourra toujours saisir le juge d'instruction d'une demande d'acte[1404], à l'inverse de la personne mise en examen. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme a critiqué l'ajout de ce délai, déplorant à la fois l'atteinte aux droits de la défense – car cela contraint l'avocat à expliquer même succinctement les actes qu'il voudra demander, ce qui alourdit sa charge de travail – et la responsabilité pesant sur les parties de faire allonger un délai

---

[1397] P. NICOLOPOULOS, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *RSC* 1989, p. 11.

[1398] F. SAINT-PIERRE, *Pratique de défense pénale- Droit, histoire, stratégie*, Paris, LGDJ, 3e éd., coll. Les intégrales, 2020, n°144, p. 164 : « *Le recours aux investigations privées s'est portant développé […] mais le recours à cette pratique demeure périlleux pour les avocats* ».

[1399] Art. 82-1, al. 1er CPP.

[1400] Art. 82-1, al. 1er CPP : « *[l'audition ou à l'interrogatoire des parties], l'audition d'un témoin, une confrontation ou un transport sur les lieux, […] la production par l'une d'entre elles d'une pièce utile à l'information, ou […] tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité* ».

[1401] Art. 82-2, al. 1er CPP.

[1402] Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n°2.

[1403] En fonction de la détention provisoire qui a été ou non exécutée.

[1404] Art. 82, al. 1er CPP : « *Dans son réquisitoire introductif, **et à toute époque de l'information** par réquisitoire supplétif, le procureur de la République peut requérir du magistrat instructeur tous actes lui paraissant utiles à la manifestation de la vérité et toutes mesures de sûreté nécessaires* ».

d'instruction déjà long[1405]. L'on peut malgré tout souligner que le délai varie en fonction de la détention provisoire de la personne mise en examen. En effet, en cas de détention provisoire, le délai laissé aux parties est d'un mois pour présenter leur argumentation écrite – il est de trois mois si la personne mise en examen est placée sous contrôle judiciaire[1406]. Le but de ce délai réduit n'est bien évidemment pas de réduire le temps laissé à la personne détenue pour présenter ses arguments mais d'écourter le temps passé par cette dernière en détention provisoire[1407] et, *in fine*, d'éviter la mise en liberté immédiate de la personne car la durée maximale de la détention provisoire, prévue par les textes, est dépassée.

Lors de la phase d'instruction, l'avocat peut ainsi revêtir un réel rôle d'enquêteur aux côtés du juge d'instruction. Bien que ce dernier prenne seul les décisions de faire exécuter ou non certains actes d'information, l'avocat peut lui en souffler certaines idées par le biais de la demande d'actes ou après qu'une ordonnance de commission d'expert a été rendue[1408]. En effet, les parties peuvent demander au juge d'instruction de préciser les questions posées par l'expert, « *[renforçant ainsi] le caractère contradictoire des expertises* »[1409].

358. La demande d'actes est prévue dans d'autres procédures, notamment celles au cours desquelles l'enquête a été menée rapidement ou sommairement. Tel est ainsi le cas du défèrement devant le procureur de la République[1410], des comparutions immédiate[1411] ou à délai différé devant le tribunal correctionnel[1412] et d'une citation à personne[1413]. Par exemple, le code de procédure pénale prévoit la possibilité pour l'avocat de demander au président du tribunal correctionnel un transport utile à la manifestation de la vérité au cours duquel il pourra assister son client[1414].

Dans le cadre de la comparution immédiate, la demande d'acte garantit le droit à la préparation de la défense qui était, jusqu'ici, atteint au vu du caractère expéditif de la procédure. Ces actes d'information étant utiles à la manifestation de la vérité, le tribunal qui refuse de faire droit à cette demande doit rédiger un jugement motivé. L'exigence d'un jugement motivé permet d'éclairer le prévenu et son avocat sur les raisons qui ont poussé le juge à refuser les actes d'information. Cela peut aussi être un moyen dissuasif pour le juge de refuser de tels actes.

[1405] CNCDH, Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, 20 nov. 2018, p. 15 : « *Pour l'heure, la CNCDH considère que cette disposition, au demeurant ambiguë, ne satisfait à aucun des objectifs de la loi : si l'on estime que, dans ce délai contraint, l'avocat du mis en examen doit, au moins sommairement, expliciter ses demandes et requêtes, l'atteinte aux droits de la défense est caractérisée. Si au contraire, il ne s'agit pour l'avocat que de prendre date afin de faire obstacle à la forclusion, on peut penser qu'il fera systématiquement cette déclaration d'intention quitte, ultérieurement, à ne pas la concrétiser, auquel cas on cherche vainement le gain de temps. En outre, la CNCDH regrette cette tendance à faire peser sur les parties la responsabilité de l'allongement de l'information, après réception de « l'avis 175 », alors que les lenteurs souvent déplorées reposent le plus souvent sur la phase antérieure au prononcé de ce dernier* ».

[1406] Art. 175, II et IV CPP.

[1407] Plus la procédure sera rapide, plus le temps passé en détention provisoire sera court.

[1408] Art. 161-1 CPP.

[1409] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°782, p. 667.

[1410] Art. 393, al. 4 CPP.

[1411] Art. 397-1, al. 3 CPP.

[1412] Art. 397-1-1, al. 6 CPP.

[1413] Art. 388-5, al. 1er CPP.

[1414] Art. 456 CPP.

De plus, la demande d'actes est également possible lors de la procédure disciplinaire en détention[1415]. Toutefois, l'enjeu y est différent. Si les actes demandés au juge d'instruction pouvaient être « utiles à la manifestation de la vérité », lors de la procédure disciplinaire en détention « tout élément utile à l'exercice des droits de la défense existant » est recherché. L'on peut relever que le code pénitentiaire impose que cet élément soit « précisément désigné » et ne puisse être versé au dossier de la procédure que si « sa consultation ne porte pas atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes » ou si, en cas de demande de consultation des images de caméras de surveillance, les images n'ont pas été effacées[1416]. Cet enjeu de la sécurité publique ou des personnes, déjà évoquée pour restreindre l'accès au dossier, est encore présent. Par ailleurs, il est à craindre que l'administration pénitentiaire – dont le manque de moyens et de personnel est connu – n'évoque ce motif non pas par réelle crainte d'une atteinte à la sécurité mais par manque de moyens. Encore une fois, le respect des droits de la défense n'est pas entièrement assuré en milieu carcéral.

Lorsque l'avocat demande l'accès au dossier de la procédure d'enquête préliminaire, il peut aussi adresser des observations[1417]. Le contenu de ces observations est détaillé au deuxième alinéa du I de l'article 77-2[1418] du code de procédure pénale et peuvent porter sur l'enquête ou sur les suites à donner à cette procédure. Il est bienvenu de détailler les différentes observations qui peuvent être adressées. Cependant, ces observations ne peuvent être adressées que dans un délai d'un an à compter de la garde à vue dont la personne mise en cause a fait l'objet. Or, il est regrettable que ces observations ne puissent être présentées que si tardivement car elles perdront de leur impact, de leur effet.

Il ressort de cette démonstration que l'avocat a la possibilité d'apporter une assistance écrite à son client. Cette assistance permet de s'assurer du respect du principe du contradictoire et du bon exercice des droits de la défense, notamment du droit de discuter l'accusation. Néanmoins, l'avocat est surtout connu pour l'assistance orale qu'il peut apporter.

2) Une assistance orale

359. Lors de l'audience, le conseil va apporter une assistance orale. Cette assistance orale comprend un monologue, la plaidoirie de l'avocat (a) ainsi qu'une discussion avec les autres parties présentes le jour de l'audience (b).

a) Le monologue de l'avocat : la plaidoirie

360. Cette plaidoirie ne peut se faire dans de bonnes conditions que si les droits relatifs à la préparation de la défense ont été respectés. En effet, si l'avocat n'a pu connaitre

---

[1415] Art. R. 234-17, al. 2 C. pénit.
[1416] Art. R. 234-17, al. 3 C. pénit.
[1417] Art. 77-2 CPP.
[1418] *Ibid.* : « *Ces observations peuvent notamment porter sur la régularité de la procédure, sur la qualification des faits pouvant être retenue, sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête, sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes qui seraient nécessaires à la manifestation de la vérité et sur les modalités d'engagement éventuel des poursuites ou le recours éventuel à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ».

tout le dossier de la procédure ou s'il n'a pas bénéficié d'un temps suffisant pour préparer sa défense, la défense qu'il apportera à son client lors de l'audience sera limitée.

Ainsi, l'avocat peut discuter des éléments de droit et de fait à l'oral par le biais de la plaidoirie[1419], exercice pour lequel l'avocat est connu : « *Si l'avocat n'a pas l'exclusivité de la consultation […] il bénéficie, en revanche, du monopole de l'assistance des parties devant les tribunaux et, en principe, du monopole de la plaidoirie* »[1420]. La plaidoirie devant l'autorité chargée de statuer sur la mise en œuvre ou la levée de la mesure privative de liberté est l'occasion pour l'avocat de reprendre les arguments avancés dans ses conclusions et de discuter des arguments présentés lors de l'audience ou qui ressortent de la procédure. « *À l'audience, les relations entre les avocats et les magistrats savent être excellentes* »[1421]. L'avocat peut donc plaider librement devant le magistrat. Il est, bien entendu, libre aussi dans sa plaidoirie quand il plaide devant l'administration pénitentiaire.

361. Il est prévu, pour la majorité des procédures régissant des mesures privatives de liberté, que l'avocat prenne la parole devant l'autorité judiciaire. Cette prise de parole est désignée par différentes formules. Les textes peuvent ainsi indiquer que l'avocat est « ***entendu*** » par la juridiction régionale de rétention de sûreté, selon l'article R. 53-8-40 du code de procédure pénale et par la juridiction nationale de rétention de sûreté, selon l'article R. 53-8-42 du même code. Les étrangers et leurs avocats sont également « ***entendus*** » par le juge des libertés et de la détention que ce soit dans le cadre d'une rétention de sûreté, selon l'article R. 342-7, alinéa 2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ou d'un maintien en zone d'attente, selon l'article R. 743-6 du même code. Lors de la comparution devant la commission mentionnée à l'article 720-5 du code de procédure pénale en matière de demande de relèvement de période de sûreté pour les auteurs d'infractions terroristes, le premier alinéa de l'article D. 49-81-3 du code de procédure pénale dispose que « *Le condamné peut être* ***assisté*** *de son avocat* ». Dans d'autres procédures, il est indiqué que l'avocat peut présenter des « ***observations*** ». Ces observations peuvent être présentées devant le juge d'instruction lors de l'interrogatoire de première comparution, aux termes de l'article 116, alinéa 4 du code de procédure pénale. Des « ***observations*** » peuvent également être amenées par l'avocat devant les juridictions de l'application des peines, qu'il s'agisse du juge de l'application des peines selon l'article 712-6, du tribunal de l'application des peines selon l'article 712-7 ou de la chambre de l'application des peines aux termes de l'article 712-23, alinéa premier du code de procédure pénale. L'objet de ces « observations » est d'ailleurs détaillé en matière de défèrement devant le procureur de la République[1422]. Seul le texte relatif à l'audience devant le

---

[1419] R. MERLE, « La défense pénale », in *La justice pénale*, Justices 1998, n° 10, p. 91 : « *L'avocat pénaliste doit posséder d'autres cordes à son arc, notamment la vocation de l'avocat plaidant […]. Cette vocation est exigeante. Elle consiste à défendre, avec la parole et les entrailles, ceux qui ont besoin d'être soutenus, quelle que soit la couleur de leur âme, contre vents et marées* ».

[1420] A. DAMIEN « Avocats », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., Paris, Lamy PUF, coll. Quadige-Dicospoche, 2003, pp. 117-118.

[1421] J.-P. MASSON, *Le droit dans la littérature française*, 2e éd., Bruxelles, éd. LARCIER, coll. Petites fugues, 2022, p. 168.

[1422] Art. 393, al. 4 CPP : « *[…] Le procureur de la République entend, s'il y a lieu, les observations de l'avocat, portant notamment sur la régularité de la procédure, sur la qualification retenue, sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête, sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes qu'il estime nécessaires à la manifestation*

juge des libertés et de la détention dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement met en avant la personne privée de liberté de cette manière : « *À l'audience, la personne faisant l'objet de soins psychiatriques est entendue, assistée ou représentée par un avocat* »[1423].

Lorsque les textes mentionnent que l'avocat peut présenter des « observations », il semble que sa mission d'assistance orale semble moins importante que lorsqu'il est « entendu » puisque, lorsqu'il est entendu, le texte ne limite pas l'objet de sa parole – à savoir, des observations. Cependant, ces textes désignent une mission identique : la plaidoirie, y compris devant les juridictions de l'application des peines où l'avocat n'est censé présenter que des observations.

Une particularité en matière de droit des étrangers attire notre attention. En effet, il est prévu qu'à l'audience en appel, l'avocat de l'étranger et l'étranger lui-même peuvent demander à être entendus[1424]. Il leur appartient donc de décider s'ils veulent être entendus ou non par la cour d'appel. La Cour d'appel devant statuer dans un délai de 48 heures à compter de sa saisine[1425], la célérité peut ainsi expliquer le caractère facultatif de la présence de l'étranger et de son avocat. De plus, le fait que ce soit à l'étranger et à son avocat de décider de leur présence à l'audience permet de se préserver d'une atteinte aux droits de la défense.

La plaidoirie la plus connue de l'opinion publique est celle ayant lieu devant les juridictions de jugement de droit pénal[1426], notamment la cour d'assises. Lors d'une session de cour d'assises, l'avocat est en effet amené à faire une longue plaidoirie devant les magistrats et les jurés[1427] afin de présenter sa défense[1428].

Ainsi, l'emploi de différents termes par le législateur pour désigner ce moment où l'avocat va s'exprimer devant l'autorité judiciaire a peu d'importance car l'idée reste la même : respecter le principe du contradictoire[1429] et les droits de la défense en permettant à l'avocat de prendre la parole.

362. Sur quoi peut porter la plaidoirie de l'avocat ? S'il s'agit d'une audience devant une juridiction pénale de jugement, l'avocat peut démontrer que son client n'a pas commis les faits reprochés. Il va donc discuter de sa culpabilité, ce qui fait partie intégrante des droits de la défense. Pour cela, il va se servir de tous les éléments du dossier mais aussi des entretiens qu'il aura eus avec son client afin de nourrir sa plaidoirie. L'avocat fait alors part aux juges, bien

---

de la vérité et sur les modalités d'engagement éventuel des poursuites ou le recours éventuel à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ».

[1423] Art. L. 3211-12-2, al. 2 CSP.

[1424] Art. R. 342-17 et R. 743-18 CESEDA.

[1425] Art R. 342-18 et R. 743-19 CESEDA.

[1426] Lors d'une audience de comparution immédiate, « *L'avocat se veut la voix du prévenu, son représentant lors de l'audience publique. […] [Les avocats] essaient de se procurer des éléments du contexte personnel du prévenu. Ils appellent les membres de la famille, leur demandent d'apporter des justificatifs de domicile, de travail et de soins* » (A. CHRISTIN, *Comparutions immédiates- enquête sur une pratique judiciaire*, Paris, éditions la Découverte, coll. Enquêtes de terrain, 2008, p. 120 et p. 122).

[1427] E. DAOUD, « Le rôle de l'avocat pénaliste dans la phase de jugement », *Dr. pénal* n° 5, Mai 2021, dossier 12, p. 30 : « *L'audience doit être le moment clé où la conviction des juges – et des jurés le cas échéant, se forge. Dans cette perspective, l'avocat cherche à fragiliser l'accusation en démontrant l'insuffisance des charges retenues contre le mis en cause et en invoquant le doute* ».

[1428] Art. 346, al. 2 CPP.

[1429] Respect du principe du contradictoire en matière de soins psychiatriques sans consentement : Civ. 1ère, 26 mai 2021, n° 20-12.512, P ; *D.* 2021, p. 1033.

plus que des intérêts de son client, de la version des faits de celui-ci : « *Il me semble que je me tenais à l'intérieur, à la manière du psychanalyste ou de l'écrivain et, de cette place, je raconte l'histoire de ces trois personnages, leur rencontre et l'inéluctabilité de la suite* »[1430].

L'avocat peut aussi proposer une peine adaptée à sa situation avec des justificatifs qui étayent sa plaidoirie. Il s'agit simplement d'une discussion en droit et en fait sur l'affaire. De plus, s'il s'agit d'une audience de seconde instance, l'avocat peut critiquer la décision rendue en première instance. L'avocat peut également demander le renvoi de l'affaire à une date d'audience ultérieure. Il s'agit avant tout pour le conseil de défendre les intérêts de son client. Ces intérêts peuvent notamment porter sur le fait d'éviter le prononcé d'une mesure privative de liberté ou d'en ordonner la mainlevée.

Toutefois, lors d'une admission en soins psychiatriques sans consentement, il peut arriver que le patient souhaite sortir alors que le personnel soignant s'y oppose. Une sortie pouvant signifier l'arrêt des soins, l'avocat doit-il plaider pour autant la mainlevée de cette mesure ?[1431] En l'occurrence, « *il ne s'agit pas de défendre, ni même de rechercher à tout prix la fin de la mesure d'hospitalisation, mais de rechercher la meilleure solution pour le patient, laquelle peut être la poursuite de la mesure* »[1432]. Il s'agit alors d'une particularité propre aux personnes admises en soins psychiatriques sans consentement où les intérêts de la personne peuvent entrer en contradiction avec l'avis de la personne elle-même. L'avocat doit alors défendre la solution la plus opportune pour son client. Par ailleurs, l'avocat peut aussi représenter une oreille attentive pour le patient, ce dernier se défiant parfois du juge des libertés et de la détention[1433].

363. La cour d'assises peut également être le théâtre de moments procéduraux uniques. Ainsi, il peut arriver que l'accusé nourrisse un sentiment de défiance vis-à-vis de son avocat au cours des débats. Lors d'un arrêt de 1994, la Chambre criminelle a indiqué qu'il n'y avait aucune atteinte aux droits de la défense quand un avocat, récusé auparavant par l'accusé, avait été désigné commis d'office par le président de la cour d'assises et avait déposé des conclusions en l'absence de l'accusé. Par cet arrêt, la Cour de cassation n'impose aucunement

---

[1430] G. CHRISTOL, *Je n'ai jamais plaidé que pour moi – Esquisses, instants et traces*, Pézenas, éd. Domens, coll. La belle inconnue, 2020, pp. 85-86.

[1431] R. LE BRETON DE VANNOISE, « Loi sur les hospitalisations sans consentement » Dossier : Hospitalisation sans consentement, *AJ Fam.* 2016, p. 20 : « *De son côté, l'avocat est tenu d'un devoir de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence. Cette conjugaison de notions déclinant l'approche que l'avocat a de l'intérêt de son client ne peut-elle le conduire à prendre en considération, au-delà de l'approche strictement juridique du dossier, l'intérêt médical de son client, voire son intérêt vital et, le cas échéant, à s'abstenir de soulever des moyens conduisant inéluctablement à la mainlevée de l'hospitalisation ? Ces deux approches de l'intérêt d'une même personne, imposées chacune par leurs règles déontologiques, ne doivent-elles pas favoriser chez les professionnels concernés une appréciation convergente ?* ».

[1432] J.- B. PERRIER, « Le juge des libertés et de la détention et l'hospitalisation sans consentement », Dossier : le juge des libertés et de la détention, *AJ pénal* 2019, p. 124.

[1433] Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 15 au 27 novembre 2015, 7 avr. 2017, p. 71, n°155 : « *Toutefois, dans ses entretiens avec des patients, la délégation a constaté un manque de confiance de la part des patients dans le contrôle effectué par le JLD. Plusieurs patients ont exprimé le sentiment que la procédure était purement formelle et que le JLD ne les écoutait pas, engendrant une profonde frustration* ».

à l'avocat de plaider[1434], cet « *exercice […] pourrait, le cas échéant, se révéler psychologiquement impossible* »[1435], elle veille cependant à ce qu'une assistance soit apportée lors de l'audience. En l'espèce, l'avocat commis d'office – auparavant récusé par son client – connaissait le dossier depuis plusieurs mois, avait rencontré l'accusé et avait pu déposer des moyens de défense, assurant ainsi le respect des droits de la défense[1436]. Cette solution semble quelque peu complexe car, s'il n'est pas imposé à l'avocat de plaider, il lui est demandé d'apporter une assistance à l'accusé. Or, apporter une assistance à un accusé implique nécessairement une prise de parole et donc, une plaidoirie.

De plus, il peut arriver que les avocats quittent précipitamment la salle d'audience, créant une « *défense de rupture* »[1437]. Néanmoins, l'absence de l'accusé et de son avocat, pendant tout ou partie des débats, n'entraîne la nullité de la procédure que si elle est le fait de la Cour[1438].

Ce raisonnement ne se limite pas à la cour d'assises. En effet, en cas d'absence non justifiée des conseils de la personne mise en examen comparaissant devant le juge des libertés et de la détention, ce dernier n'est pas tenu « *de se substituer à la défense ou de pallier ses défaillances* »[1439]. En l'occurrence, le juge devant statuer rapidement, un renvoi n'était pas possible. Au regard de ces éléments, la Cour de cassation n'a pas reconnu d'atteinte aux droits de la défense. Si nous admettons que les avocats étaient tenus d'expliquer les raisons de leur absence, nous déplorons que la personne mise en examen n'ait pas pu bénéficier de l'assistance d'un autre avocat, commis d'office par exemple. En effet, l'atteinte aux droits de la défense a été portée par les avocats eux-mêmes mais cela ne justifie pas que la personne mise en examen ne puisse bénéficier d'une défense effective par un autre conseil.

L'avocat ne se contente pas seulement de présenter les moyens de la défense lors de l'audience, il peut aussi interagir avec les autres parties du procès et les témoins ou experts.

b) La discussion menée par l'avocat : l'interrogation des personnes présentes à l'audience

364. Ce droit est surtout appliqué en matière pénale car lors d'une audience pénale, des témoins ou des experts peuvent comparaitre afin d'éclairer la juridiction. L'avocat peut interroger ces personnes ainsi que les autres parties au procès.

Ainsi, lors d'interrogatoires ou de confrontations devant le juge d'instruction, l'avocat de la personne mise en examen peut adresser des observations au magistrat comme il peut poser des questions à son client ou aux autres personnes présentes lors de la confrontation[1440]. Devant la cour d'assises, l'avocat peut poser des questions à toutes les parties au procès[1441] – à savoir

---

[1434] Cass. Crim., 8 août 1959, Bull. Crim., n° 387.
[1435] J. PRADEL, « Si l'accusé récuse son avocat, le président de la cour d'assises peut commettre d'office ce dernier », com. sous Cass. Crim. 23 nov. 1994, n° 94-81.219, *D.* 1995, p. 321.
[1436] Cass. Crim. 23 nov. 1994, n° 94-81.219 P : *D.* 1995. Somm. 321, obs. J. PRADEL.
[1437] A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Les limites à la défense de rupture », *Procédures* 2015, n° 8-9, p. 272.
[1438] Cass. Crim., 24 juin 2015, n° 14-84.221, FS-P+B+I, Bull. Crim., 2015, n° 137 ; *AJ Pénal* 2016, p. 38 ; *Procédures* 2015, n° 8-9, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.
[1439] Crim, 9 févr. 2021, n° 20-86464.
[1440] Ar. 120, al. 1er CPP.
[1441] J. DANET, « Le procès d'assises après la réforme », *RSC* 2003, p. 289 : « *On sait en effet qu'il n'est sans doute pas d'exercice plus difficile pour les avocats de la défense que l'interrogatoire des témoins ou de la victime, et*

le ministère public et la partie civile – ainsi que toutes les personnes convoquées à la barre comme les témoins ou les experts[1442]. Cela vaut également pour les audiences se tenant devant le tribunal correctionnel[1443]. La Cour de justice de l'Union Européenne a récemment rappelé que lorsqu'un témoin à charge est entendu en l'absence de la personne prévenue et de son avocat, pour des raisons indépendantes de leur volonté, « *il est suffisant que la personne poursuivie et son avocat puissent librement interroger ledit témoin, pour autant que, préalablement à cette audition supplémentaire, la personne poursuivie et son avocat se soient vu communiquer une copie du procès-verbal de la précédente audition du même témoin* »[1444]. Il n'est donc pas nécessaire que la personne prévenue et son avocat soient toujours présents lors de l'audition d'un témoin tant qu'ils peuvent interroger à leur tour le témoin après avoir pris connaissance de ses déclarations.

365. La jurisprudence veille à ce que des témoins n'ayant pas comparu en première instance puissent comparaitre en seconde instance, même s'ils n'ont pas assisté aux faits litigieux[1445]. Le Parquet ne peut s'opposer à l'audition de témoins qu'à la condition qu'ils aient été entendus en première instance[1446]. Le principe de l'égalité des armes est ainsi respecté car d'une part, l'avocat a la possibilité de faire interroger les personnes qui peuvent aider sa cause et d'autre part, il peut interroger les personnes qui y sont opposées. De cette manière, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, « *un prévenu ou un condamné [n'est pas] uniquement condamné sur les déclarations d'un témoin qui, à tout stade de la procédure, n'a pu être confronté au mis en cause et interrogé par la défense* »[1447]. Pour autant, la juridiction n'est pas obligée d'accepter toute demande de convocation, « *à condition que l'égalité des armes et le respect de l'équilibre entre les parties soient respectés* »[1448].

Par l'interrogation des témoins, les principes du contradictoire – car l'avocat peut poser des questions à toute personne apportant un éclairage sur les faits reprochés – et de l'égalité des armes – car il bénéficie des mêmes pouvoirs que le ministère public – sont respectés, tout comme les droits de la défense. En effet, cette interrogation peut aider à la stratégie de la défense[1449]. Maître Alessandro TRAVERSI, avocat à Florence en Italie, conseille à ses

---

pour l'avocat de la partie civile celui de l'accusé. Au contraire des questions du président qui, elles, ne sont pas entendues par les jurés comme étant à la recherche d'une réponse dans tel ou tel sens, les questions des parties sont nécessairement rapportées à la thèse qu'elles soutiennent, et les réponses qui leur sont faites sont entendues comme leur étant favorables ou défavorables. Elles peuvent donc être plus difficiles à assumer. Elles modifient en tout cas résolument l'exercice. Survenant après l'interrogatoire du président, elles étaient rarement aventureuses ».

[1442] Art. 312, al. 1er CPP : « *Sous réserve des dispositions de l'article 309, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions à l'accusé, à la partie civile, aux témoins et à toutes les personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président* »

[1443] Art. 442-1, al. 1er CPP.

[1444] CJUE, 15 sept. 2022, aff. C/347/21, *D*. 2022, p. 1599.

[1445] Cass. Crim. 23 juin 2004, n° 04-81.051, *AJ pénal* 2004, p. 412, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

[1446] Cass. Crim. 3 juin 2009, n° 08-83.665, *D*. 2009. AJ 1762 ; *AJ pénal* 2009, p. 370.

[1447] M. GIACOPELLI et Y. JOSEPH-RATINEAU, « Témoin Pénal », *Rép. pénal Dalloz*, Sept. 2015 actualisation mars 2019, n°34.

[1448] CEDH 19 déc. 1989, KAMINSINSKI c/ Autriche, série A, n° 168 691.

[1449] P. NICOLOPOULOS, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *RSC* 1989, p. 11 : « *Son rôle est tout d'abord de faciliter la participation active au procès de la personne jugée et en même temps d'adopter avec celle-ci un système de défense* ».

confrères d'être toutefois circonspects quand ils interrogent les témoins opposés à leur client[1450].

Enfin, bien évidemment une discussion peut être menée entre l'avocat et le Parquet car c'est lors de l'audience que l'avocat prendra connaissance des arguments de celui-ci. Certains auteurs ont proposé que les arguments du ministère public soient communiqués à l'avance au prévenu ou à l'avocat du prévenu afin qu'il puisse s'en imprégner et préparer une argumentation en retour[1451]. À notre sens, il serait difficile de demander au membre du Parquet de faire parvenir ses réquisitions avant l'audience – au vu de la surcharge de travail des tribunaux – et si ces réquisitions ne parvenaient pas en temps et en heure à l'avocat, ce dernier pourrait demander, à juste titre, le renvoi d'une audience. Ce renvoi d'audience chargerait davantage les audiences. Il est au contraire le propre du métier d'avocat de se saisir des arguments présentés lors de l'audience et d'adapter sa plaidoirie en fonction de ce qui a été dit. Autrement, les audiences de la cour d'assises s'écouleraient sur plusieurs semaines ou plusieurs mois si les différentes parties devaient s'adresser au préalable chaque argument par écrit.

L'avocat effectue d'autres missions une fois l'audience achevée.

2nd paragraphe : Les missions exercées en phase post-sentencielle

366. Les missions précédemment évoquées sont toujours exercées par l'avocat. Lors de la phase post-sentencielle, il peut pleinement exercer ses missions relatives à l'exercice du droit au recours effectif. Ces missions peuvent alors être subdivisées en deux parties : les recours en réparation de la privation de liberté (A) et les recours en contestation de la mesure privative de liberté (B).

A. Les recours en réparation de la privation de liberté

367. Il existe des recours – autres que l'appel ou la cassation – pour remettre en cause une condamnation définitive. Ces recours peuvent être la révision ou le réexamen de la décision

---

[1450] A. TRAVERSI, *La défense pénale – Techniques de l'argumentation et de l'art oratoire*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 61 : « *Quand on interroge les témoins de l'adversaire, le principe auquel il faut généralement se tenir est au contraire celui – à notre avis – d'éviter absolument de poser des questions dont on ne connait pas la réponse ou qui peuvent avoir un résultat défavorable. Avec la seule exception du cas où on est en possession d'éléments objectifs de contestation aptes à infirmer la crédibilité du témoin* ».

[1451] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel- Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021 n°647, p. 1182 : « *En matière pénale, il n'est pas d'usage que le Parquet transmette ses réquisitions antérieurement à leur soutenance à l'audience ; la spécificité de la procédure pénale qui ne connaît pas le principe dispositif puisque, par hypothèse, l'accusé n'a pas la libre disposition de la matière du « litige » , semble s'opposer à la transposition de cette solution ; pourtant, à bien y regarder, est- il normal, qu'à l'audience correctionnelle notamment, le représentant assène des arguments de fait et, surtout (mais c'est rare) de droit, que l'accusé ne pourra pas discuter s'il ne bénéficie pas d'une suspension d'audience entre le réquisitoire et la plaidoirie de son avocat ? Et même en cas de suspension d'audience, ne serait-il pas plus conforme au respect du contradictoire et à la garantie d'un procès équitable que les arguments juridiques parfois assénés avec autant d'assurance que d'incompétence, soient communiqués à l'accusé pour discussion et, peut- être, réfutation ?* ».

pénale[1452] et la réparation, à raison d'une condamnation, après révision ou réexamen[1453]. Nous n'aborderons pas ces recours spécifiques. Nous nous concentrerons sur ceux relatifs à la réparation de la privation de liberté. Ces recours en réparation de la privation de liberté peuvent avoir deux objets : obtenir une réparation pour une détention infondée (1) et obtenir une réparation pour une détention indigne (2).

1) Une détention infondée

368. L'avocat étant « *le défenseur des droits et des libertés des personnes physiques et morales qu'il assiste ou représente en justice* »[1454], il peut demander un recours en réparation pour son client placé en détention provisoire quand la procédure s'est conclue par une ordonnance de non-lieu, une relaxe ou un acquittement[1455]. En effet, « *bien que [la détention provisoire] soit justifiée pour la manifestation de la vérité, il n'en demeure pas moins qu'elle est très grave. Elle porte atteinte à la liberté de la personne incarcérée* »[1456]. Pour obtenir réparation, il faut saisir le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle a été prononcée la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement[1457]. La personne requérante peut se faire assister ou représenter par un avocat lors des débats tenus devant le premier président de la cour d'appel[1458]. La somme demandée au titre des dommages-intérêts a pour but de réparer un préjudice moral – notamment causé par le choc carcéral –, un préjudice économique – en fonction de l'activité professionnelle fragilisée par l'incarcération – ou ces deux préjudices. Si la décision du premier président de la cour d'appel ne satisfait pas le requérant, elle peut faire l'objet d'un recours devant la commission nationale de réparation des détentions[1459], placée auprès de la Cour de cassation, et dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'aucun recours[1460]. Devant cette commission, la personne requérante peut à nouveau se faire assister ou représenter par son avocat[1461]. Des limites sont toutefois prévues à cette réparation : « *aucune réparation n'est due lorsque cette décision a pour seul fondement la reconnaissance de son irresponsabilité au sens de l'article 122-1 du code pénal, une amnistie postérieure à la mise en détention provisoire, ou la prescription de l'action publique intervenue après la libération de la personne, lorsque la personne était dans le même temps détenue pour une autre cause, ou lorsque la personne a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être librement et volontairement accusée ou laissé accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites* »[1462].

Il est regrettable que la personne poursuivie, placée en garde à vue, ne puisse exercer ce recours. En effet, la privation de liberté engendrée n'est pas indemnisée par la Commission

---

[1452] Art. 622 et s. CPP.
[1453] Art. 626-1 CPP.
[1454] Art. 6.1 Règlement Intérieur National de la profession d'avocat.
[1455] Art. 149 et s. CPP et art. R. 26 et s. CPP.
[1456] R. GOMA MACKOUNDI, « La réparation des préjudices nés de la détention provisoire et du placement sous contrôle judiciaire », *AJ pénal* 2013, p. 391.
[1457] Art. 149-1 CPP.
[1458] Art. R. 27, al. 1er CPP.
[1459] Art. R. 40-4 et s. CPP.
[1460] Art. 149-3, al. 1er CPP.
[1461] Art. R. 40-5 CPP.
[1462] Art. 149, al. 1er CPP.

nationale de réparation des détentions. Or, à l'instar de la détention provisoire, la garde à vue implique la privation de liberté de la personne présumée innocente. Le préjudice moral pourrait donc être similaire. Cependant, si le placement en garde à vue faisait l'objet d'une indemnisation dès que la personne poursuivie faisait l'objet d'un acquittement ou d'une relaxe ou si la procédure se concluait par un non-lieu ou un classement sans suite, l'État devrait verser des sommes considérables. La fréquence du recours à la garde à vue explique sans doute le fait que la garde à vue ne soit pas prise en compte par la Commission nationale de réparation des détentions.

369. De plus, il existe un autre recours qui prévoit également une indemnité à la personne poursuivie pénalement et incarcérée quand la procédure s'est conclue par un non-lieu, une relaxe ou un acquittement[1463]. Cette indemnité, déterminée « *au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci* »[1464], est due par l'État ou par la partie civile si c'est cette dernière qui a mis en mouvement l'action publique[1465]. Cette indemnité assure le remboursement des frais dépensés lors de la procédure – les honoraires de l'avocat par exemple – mais elle ne constitue pas un versement de dommages-intérêts au titre d'un éventuel préjudice créé par l'action publique car elle peut être demandée par toute personne poursuivie pénalement, même si elle n'a pas fait l'objet d'une mesure privative de liberté. Nous l'abordons tout de même car elle constitue un moyen pour la personne privée de liberté d'obtenir réparation pour les frais engendrés par la procédure pénale dont elle a fait l'objet.

Une réparation peut également être demandée en cas de détention indigne.

2) Une détention indigne

370. La compétence du juge administratif pour statuer sur les conditions de détention des établissements pénitentiaires est établie. Dès 2003, l'administration pénitentiaire pouvait engager sa responsabilité pour faute simple pour conditions de détention indignes[1466]. Le juge administratif s'est ainsi souvent fondé sur les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme – notamment l'article 3 prohibant les traitements inhumains ou dégradants – ou le principe de sauvegarde de la dignité humaine pour rendre ses décisions[1467].

Le juge administratif peut donc accorder une indemnité si les conditions de détention ont porté atteinte au principe de la dignité humaine, « *bien que les montants dont il s'agit se révèlent en pratique très faibles* »[1468].

[1463] Art. 800-2 CPP.
[1464] Art. 800-2, al. 1er CPP.
[1465] Art. 800-2 al. 3 CPP.
[1466] J. SCHMITZ, « Responsabilité de l'État en raison de conditions de détention », *AJDA* 2017, p. 637.
[1467] TA Rouen, 27 mars 2008, *D.* 2008, p. 1959, note M. HERZOG-EVANS ; TA Marseille, 13 déc. 2012, ord., n° 1208103, Section française de l'Observatoire international des prisons, *AJDA* 2012, p. 2414 ; CE 3 déc. 2018, n° 412010, Lebon ; *AJDA* 2019, p. 279, chron. Y. FAURE et C. MALVERTI ; *ibid*. 2018, p. 2366, *D.* 2019. 1074, obs. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et É. PÉCHILLON ; CE 13 janv. 2017, n° 389711, Lebon ; *AJDA* 2017, p. 637, note J. SCHMITZ ; CE, sect., 6 déc. 2013, n° 363290, Lebon ; *AJDA* 2014, p. 237, concl. D. HEDARY ; *ibid*. 2013, p. 2461 ; *AJ pénal* 2014, p. 143, obs. É. PÉCHILLON.
[1468] J. -P. CÉRÉ « Surpopulation carcérale : l'arrêt « quasi pilote » de la Cour européenne des droits de l'Homme », *AJ pénal* 2020, p. 122.

371. Le juge n'est pas seulement compétent pour ordonner la réparation au vu des conditions de détention indignes. En effet, dans le cadre d'un référé mesures utiles, le juge des référés peut enjoindre à l'administration pénitentiaire de réaliser certains travaux afin de mettre fin à la vétusté ou l'insalubrité de certaines cellules[1469]. Dans son arrêt *YENGO contre France*[1470], « *la CEDH avait […] jugé, […], que le référé-liberté (CJA, art. L. 521-2), en tant que recours préventif, et le référé-provision (CJA, art. R. 541-1), en tant que recours compensatoire, pouvaient être considérés comme « effectifs » au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme* »[1471]. Cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme a opéré un revirement de jurisprudence par son arrêt du 30 janvier 2020[1472]. S'exprimant sur « *la question de l'utilité des procédures disponibles devant le juge administratif des référé-liberté et référé mesures utiles, qui était contestée par les requérants, […] la Cour [relève] que le pouvoir d'injonction du juge a en pratique une portée limitée et que surtout, il ne parvient pas à mettre fin à des atteintes graves à la dignité en prison* »[1473]. En effet, la Cour a constaté les conditions de détention indignes des requérants incarcérés dans divers établissements pénitentiaires – Fresnes, Nîmes, Nice, Ducos en Martinique, Baie-Mahault en Guadeloupe et Faa'a Nuutania en Polynésie[1474]. La condamnation de la Cour de Strasbourg ne s'est pas limitée aux conditions de détention inhumaines mais s'est étendue au défaut de recours effectif pour se protéger de ces conditions de détention. La Cour a précisé que « *pour qu'un système de protection des droits des détenus garantis par l'article 3 de la Convention soit effectif, les remèdes préventifs et compensatoires doivent coexister de façon complémentaire. Le recours préventif doit être de nature à empêcher la continuation de la violation alléguée ou de permettre une amélioration des conditions matérielles de détention* »[1475]. Quelques mois après, le Conseil constitutionnel a rejoint la Cour européenne des droits de l'Homme dans ce raisonnement en estimant que les mesures prises par le juge administratif, dans le cadre d'un référé-liberté, ne garantissent pas qu'il soit mis fin à une détention indigne. De plus, les demandes de mise en liberté faites au juge des libertés et de la détention ne pouvaient être présentées au seul motif des conditions indignes[1476]. Encore récemment, le Conseil

---

[1469] H. AVVENIRE, « Prisons indignes et référés inefficaces : la France sommée de revoir ses règles », *AJDA* 2020, p. 1064.

[1470] CEDH 21 mai 2015, YENGO c/ France, n° 50494/12 : *D*. 2016, p. 1220, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJDA* 2015, p. 1289, tribune A. JACQUEMET-GAUCHÉ et S. GAUCHÉ ; *AJ pénal* 2015, p. 450, obs. E. SENNA.

[1471] B. PASTRE-BELDA, « L'amélioration des conditions de détention grâce au juge administratif », *D*. 2022, p. 1744.

[1472] CEDH, 30 janv. 2020, J.M.B. et a. c/ France, n° 9671/15 : *AJDA* 2020, p. 122, note J.-P. CÉRÉ ; *ibid*. p. 1064, note H. AVVENIRE ; *D. 2020*, p. 753 note J.-F. RENUCCI ; *ibid*. p. 1195, obs. J.-P. CÉRÉ, J. FALXA et M. HERZOG-EVANS ; *JA 2020*, n° 614, p. 11, obs. T. GIRAUD ; *JCP Adm*. 2020, p. 78.

[1473] E. SENNA, « Conditions de détention indignes : la France condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D. actu*., 6 fév. 2020.

[1474] J. -P. CÉRÉ « Surpopulation carcérale : l'arrêt « quasi pilote » de la Cour européenne des droits de l'Homme », *AJ pénal* 2020, p. 122.

[1475] CEDH, 30 janv. 2020, J.M.B. et a. c/ France, n° 9671/15, § 167 : *AJDA* 2020, p. 122, note J.-P. CÉRÉ ; *ibid*. p. 1064, note H. AVVENIRE ; *D. 2020*, p. 753 note J.-F. RENUCCI ; *ibid*. p. 1195, obs. J.-P. CÉRÉ, J. FALXA et M. HERZOG-EVANS ; *JA 2020*, n° 614, p. 11, obs. T. GIRAUD ; *JCP Adm*. 2020, p. 78.

[1476] Cons. constit. 2 oct. 2020, M. Geoffrey F. et autre, n° 2020-858/859 QPC, *JORF* n°0241 3 oct. 2020, texte n° 106 : *D. actu*., 9 oct. 2020, obs. F. ENGEL ; *ibid*., 23 sept. 2020, J. MUCCHIELLI ; *AJDA* 2020, p. 1881 ; *ibid*. 2158, note J. BONNET et P.-Y. GAHDOUN ; *D*. 2021, p. 57, note J. ROUX ; *ibid*. 2020, p. 2056, entretien J. FALXA ; *ibid*., p. 2367, obs. G. ROUJOU de BOUBÉE, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE ; *AJ fam*. 2020, p. 498, obs. L. MARY ; *AJ pénal* 2020, p. 580, note J. FRINCHABOY ; *RFDA* 2021,

constitutionnel a confirmé sa position pour les personnes détenues condamnées[1477]. Par ailleurs, la Chambre criminelle a aussi opéré un revirement de jurisprudence. En effet, alors qu'elle estimait en 2019 qu'une éventuelle atteinte à la dignité de la personne, en raison des conditions de détention, ne constituait pas un obstacle légal au placement et maintien en détention provisoire[1478], elle a changé de raisonnement après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans un arrêt du 8 juillet 2020, la Chambre criminelle a rappelé qu'en tant que gardien de la liberté individuelle, le juge judiciaire doit veiller à ce que les conditions de détention dans le cadre d'une détention provisoire respectent la dignité des personnes, tout en s'assurant que la privation de liberté est exempte de tout traitement inhumain et dégradant. Dans le cas contraire, il appartient à la chambre de l'instruction de faire procéder à des vérifications complémentaires afin d'apprécier la réalité de ces allégations. Si une atteinte au principe de dignité est constatée, la chambre de l'instruction doit alors ordonner la mise en liberté de la personne sous forme d'assignation à résidence avec surveillance électronique ou de contrôle judiciaire[1479].

Tenant compte de ces différentes jurisprudences, le législateur a ainsi créé l'article 803-8 du code de procédure pénale[1480] qui permet à la personne détenue – qu'elle soit prévenue ou condamnée[1481] – de saisir le juge des libertés et de la détention ou le juge de l'application des peines pour qu'il soit mis fin aux conditions de détention indignes[1482]. Les modalités d'exercice de ce recours sont précisées par décret[1483]. La requête peut être déposée par la personne détenue elle-même ou par son conseil, l'assistance de ce dernier étant facultative pour un tel recours.

Aux termes de cet article 803-8, la personne détenue peut saisir le juge des libertés et de la détention – si elle est en détention provisoire – ou le juge de l'application des peines – si elle est condamnée. La requête, qui contient un exposé circonstancié des conditions de détention, doit préciser si la personne détenue souhaite être entendue par le juge, « *en présence le cas échéant de son avocat* »[1484]. Une fois saisi, le juge doit demander des observations écrites à

---

p. 87, note J.-B. PERRIER ; A. SIMON, « Prisons indignes : le législateur contraint à l'imagination », *Gaz. Pal.*, 24 nov. 2020, n° 41, p. 22 ; A. MARON, G. POISSONNIER, « Constitution first, ou les seconds seront les premiers », *Dr. pénal*, nov. 2020, n° 11, p. 36 ; V. PELTIER, « Conditions de détention des détenus prévenus : abrogation de l'article 144-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale », *JCP*, 30 nov. 2020, n° 49, p. 2164.

[1477] Cons. constit. 16 avr. 2021, Section française de l'observatoire international des prisons, n° 2021-898 QPC, *JORF* n°0091 17 avr. 2021, Texte n° 68, *D. actu*. 28 avr. 2021, obs. D. GOETZ.

[1478] Cass. Crim. 18 sept. 2019, n° 19-83.950 P : *D. actu*. 10 oct. 2019, obs. W. AZOULAY ; *AJ pénal* 2019, p. 560, obs. J. FRINCHABOY ; *RSC* 2019, p. 808, note Y. MAYAUD.

[1479] Cass. Crim. 8 juill. 2020, n° 20-81.739 P : *D. actu*. 31 août 2020, obs. C. MARGAINE ; *Dr. pénal 2020*, n° 146, obs. A. MARON et M. HAAS ; *AJ pénal* 2020, p. 404, note. J. FRINCHABOY ; *Dr. pénal* 2020, n° 177, obs. A. MARON et M. HAAS.

[1480] Loi n° 2021-403 8 avr. 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, *JORF* 9 avr. 2021, texte n° 3.

[1481] J.- M. PASTOR, « Un nouveau recours en cas de détention indigne », *AJDA* 2021, p. 659 : « *Si la décision du juge constitutionnel ne concernait que les personnes en détention provisoire, la future loi prend acte que les principes qui s'en dégagent s'appliquent également aux personnes incarcérées après une condamnation ; la voie de recours qu'elle crée est ouverte à l'ensemble des personnes détenues, qu'elles soient prévenues ou condamnées* ».

[1482] Loi n° 2021-403 8 avr. 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, *JORF* 9 avr. 2021, texte n° 3.

[1483] Décret n° 2021-1194 15 sept. 2021 relatif au recours prévu à l'article 803-8 du code de procédure pénale et visant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, *JORF* n°0216 16 sept. 2021, texte n° 22.

[1484] Art. R. 249-19, al. 2 CPP.

l'administration pénitentiaire. Ces observations seront alors transmises à l'avocat de la personne détenue, par souci du respect du principe du contradictoire. Le conseil adresse ses arguments lors du dépôt de la requête ou lors de l'audition de son client devant le juge[1485]. Le juge dispose bien évidemment de prérogatives telles que la commission d'un expert ou la visite des lieux afin de rendre une décision éclairée. S'il estime la requête fondée, le juge fixe un délai compris entre dix jours et un mois pour mettre fin aux conditions de détention indignes[1486]. L'administration est alors tenue d'adresser un rapport, tant au juge qu'à l'avocat de la personne détenue, pour rendre compte des mesures prises[1487]. Si le juge estime toutefois qu'il n'a pas été mis fin aux conditions de détention indignes, il peut ordonner le transfèrement de la personne[1488] ou ordonner une mise en liberté – si la personne est détenue dans le cadre d'une détention provisoire – ou un aménagement de peine – si la personne est détenue dans le cadre de l'exécution d'une peine privative de liberté[1489]. Pour finir, la décision rendue par le juge peut faire l'objet d'un appel, le président de la chambre de l'instruction ou de l'application des peines est alors saisi. Un recours de seconde instance est donc prévu, assurant un moyen supplémentaire pour l'avocat de faire entendre la voix de son client.

Précisons que la loi du 8 avril 2021 est entrée en vigueur au 1er octobre 2021. Dans cet intervalle, il a été admis par un arrêt du 20 octobre 2021 que « *les moyens régulièrement soulevés avant le 1er octobre 2021 devant une chambre de l'instruction saisie dans le cadre du contentieux de la détention provisoire doivent continuer à être examinés au regard des principes dégagés le 8 juillet 2020* »[1490]. L'arrêt du 8 juillet 2020 de la Chambre criminelle a véritablement pallié l'absence de recours en cas d'indignité des conditions de détention.

Les référés-libertés et mesures utiles sont en vigueur et peuvent toujours être exercés par la personne détenue. Cependant, « *la célérité exigée du référé-liberté s'est muée en un impératif de brièveté des délais de réalisation des mesures que le juge peut ordonner* »[1491]. Le référé-liberté ne semble donc plus adapté.

372. Ainsi, ce nouveau recours est partiellement satisfaisant car il permet de saisir l'autorité judiciaire pour faire constater les conditions de détention indignes. De plus, il ressort de ces éléments qu'une véritable procédure est instaurée au cours de laquelle le principe du contradictoire, les droits de la défense et le droit à un recours effectif sont respectés.

Cependant, ce recours n'est pas exempt de critiques. En effet, « *les débats parlementaires ont mis l'accent sur le fait que ce remède pourrait ne pas en être un. Les baromètres diffusés par l'administration pénitentiaire font le constat que, dans certaines régions, des maisons d'arrêt voisines d'un même territoire peuvent être situation d'asphyxie. Dans ces conditions, le transfèrement se réduirait à être une mesure de court terme, en sorte qu'elle aboutirait à une rotation artificielle des détenus exerçant un recours de cette nature par un jeu de chaises*

[1485] Art. R. 249-24, 5° CPP.
[1486] Art. R. 249-27 CPP.
[1487] Art. R. 249-29 CPP.
[1488] Art. 803-8, II 1° et 2° CPP.
[1489] D. GOETZ, « Garantie du droit au respect de la dignité en prison : la loi publiée », *D. actu.* 13 avr.2021.
[1490] Cass. Crim. 20 oct. 2021, n° 21-84.498, B, § 11 : J. FALXA, « Jouer sur les mots, se jouer des maux », *AJ Pénal* 2021, p. 583 ; D. ROETS « La question des conditions de détention indignes à nouveau devant la chambre criminelle : suite et (sans doute) pas fin... », *D.* 2022, p. 107.
[1491] J. SCHMITZ, « Dialogue des juges en matière de conditions de détention provisoire », *AJDA* 2021, p. 694.

musicales entre établissements »[1492]. En outre, la source principale de l'indignité des conditions de détention est la surpopulation carcérale[1493]. Or, le transfèrement ne règle en rien ce problème de surpopulation carcérale. Le seul moyen laissé au juge pour y remédier est la mise en liberté ou l'octroi d'un aménagement de peine. Cependant, si la personne détenue ne présente pas de gages de réinsertion, il est fort probable que le juge optera pour le transfèrement.

Par ailleurs, pour ce qui est du transfèrement, « *le législateur n'a pas défini de limites maximales à l'amplitude du déplacement, ceci afin de laisser à l'administration pénitentiaire des marges de manœuvre suffisantes dans la gestion de ces transferts* »[1494]. Or, en l'absence de ces limites, il est possible que le transfèrement dans un établissement pénitentiaire altère le maintien des liens familiaux. L'article 803-8 prévoit la possibilité pour la personne condamnée de s'opposer à un transfèrement s'il cause « *une atteinte excessive au droit au respect de sa vie privée et de sa vie familiale* ». Cette limite au transfèrement est bienvenue mais il est regrettable qu'elle ne s'applique qu'à la personne condamnée. Nous comprenons que la personne exécutant, *a priori*, la période la plus longue au sein de l'établissement pénitentiaire a été protégée par ce texte. Néanmoins, les personnes détenues prévenues subissent une grave atteinte dans leur droit au respect de la vie privée et familiale.

En outre, la Chambre criminelle a dû rappeler les conditions de recevabilité de ce recours[1495]. Une personne détenue s'est saisie de ce recours pour dénoncer les conditions indignes de détention dans lesquelles elle était incarcérée. L'administration pénitentiaire a répondu aux allégations de la requête en se fondant sur des documents et photographies. Au vu de ces pièces jointes, le juge des libertés et de la détention puis la présidente de la chambre de l'instruction ont déclaré la requête irrecevable. La Chambre criminelle a dû rappeler que le juge des libertés et de la détention ne peut déclarer recevable la requête que si un commencement de preuve est apporté – à savoir des allégations de conditions contraires à la dignité de la personne humaine circonstanciées, personnelles et actuelles. Ce n'est qu'une fois cette requête déclarée recevable que le juge fera procéder aux vérifications nécessaires et recueillera les observations de l'administration pénitentiaire.

373. Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas de recours, il nous semble important d'aborder « *les voies de saisine* »[1496] auprès des autorités administratives indépendantes[1497] et

---

[1492] E. SENNA, « Le volet procédural de l'indignité des conditions de détention », *D.* 2021, p. 977.

[1493] CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale - Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Paris, Dalloz, 2018, p. 4 : « *La dégradation des conditions de détention résultant de la surpopulation carcérale est régulièrement dénoncée depuis plusieurs années, en France et plus largement dans les pays membres du Conseil de l'Europe, et de multiples documents ont été publiés sur cette question* ».

[1494] E. SENNA, « Le volet procédural de l'indignité des conditions de détention », *D.* 2021, p. 977.

[1495] Cass. Crim. 31 mai 2022, n° 22-81.770, B.

[1496] M. LE CORRE, « Recours exercé par les étrangers détenus ou retenus : une nouvelle protection », *AJDA* 2020, p. 2171 : « *La possibilité de déposer son recours auprès d'une autorité administrative plutôt qu'auprès du TA constitue sans doute bien une « voie de saisine » ou une modalité de saisine seulement. Mais ce n'est pas pour autant une « voie de recours contentieux »* ».

[1497] Tel que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou la Commission nationale consultative des droits de l'Homme.

constitutionnelles[1498]. Ces autorités ne pourront ni ordonner la mainlevée de la mesure, ni constater un préjudice mais elles pourront dénoncer les dysfonctionnements du lieu de privation de liberté dans un rapport – notamment au regard des conditions de détention – ou dénoncer la politique pénale en cours. En outre, ces autorités peuvent attirer l'attention de l'autorité judiciaire[1499]. De plus, l'avocat peut également se rapprocher d'association comme l'Observatoire International des prisons ou des associations d'avocats, non pas pour dénoncer une situation mais pour que l'association s'associe au recours déposé. En effet, lors de la crise sanitaire due au covid, plusieurs avocats et associations d'avocats comme l'Association des avocats pénalistes « *ont demandé au juge des référés du Conseil d'État qu'il ordonne au ministre de l'intérieur de suivre les recommandations du 21 septembre de la contrôleure générale des lieux de privation de liberté concernant la propreté des locaux et la disponibilité d'articles d'hygiène et de protection contre la Covid-19* » [1500]. Cette dernière avait en effet publié des recommandations sur les conditions de garde à vue en pleine pandémie[1501]. Ainsi, par le biais de ces autorités, l'avocat de la personne privée de liberté peut dénoncer les conditions de détention et certaines associations peuvent s'associer aux requêtes déposées devant les juges[1502].

L'avocat peut également contester la mesure privative de liberté appliquée.

B. Un recours en contestation de la mesure privative de liberté

374. Le recours en contestation de la mesure privative de liberté peut revêtir différentes formes (1) et nécessite la démonstration de l'insertion ou de la réinsertion de la personne privée de liberté (2).

1) Une contestation sous différentes formes

375. Différents recours, aux objectifs différents, peuvent être exercés. Quand une décision est contestée sur le fond, le contentieux est porté devant une juridiction de seconde instance. Si la décision de la juridiction d'appel est contestée à son tour, un pourvoi est alors formé devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État – en fonction de l'ordre juridictionnel compétent. À l'inverse des juridictions d'appel qui jugent en droit et en fait, la Cour de cassation et le Conseil d'État ne jugent qu'en droit. Lorsqu'un jugement pénal est rendu en l'absence du prévenu, ce jugement est rendu « par défaut ». Aucun appel ne peut être interjeté mais le prévenu

---

[1498] Tel que le Défenseur des droits.

[1499] A. PONSEILLE, M. AFROUKH, « La persistance de l'indignité des conditions d'accueil dans les locaux de garde à vue », *D.* 2021, p. 1912 : « *Sans une réaction forte des autorités, il n'est pas exclu que ces alertes du CGLPL [du 19 juillet 2021 relatives aux conditions matérielles de garde à vue dans les services de police] se transforment en nouvelles sanctions juridictionnelles, soit par le juge judiciaire, par la CEDH à l'occasion de plaintes portant sur des cas individuels de mauvais traitements* ».

[1500] CE réf. 22 novembre 2021, n°456924, *D.* 2021, p. 2137.

[1501] Recommandations du CGLPL 19 juill. 2021 relatives aux conditions matérielles de garde à vue dans les services de police, *JORF* 21 sept. 2021 texte n°32.

[1502] J. P. CÉRÉ « Surpopulation carcérale : l'arrêt « quasi pilote » de la Cour européenne des droits de l'Homme », *AJ pénal 2020*, p. 122.

peut en former opposition. Les effets du jugement sont alors non avenus[1503] à la condition que le prévenu se présente à la nouvelle audience au cours de laquelle sa situation sera réexaminée[1504]. Une fois la décision rendue, l'avocat peut contester le jugement rendu par le tribunal correctionnel prononçant une peine d'emprisonnement à l'encontre de son client[1505]. Les arrêts de cours d'assises rendus en premier ressort peuvent également faire l'objet d'un appel[1506].

Néanmoins, il est évident que la privation de liberté peut constituer un obstacle au bon exercice de ces recours. C'est pourquoi il est admis que les personnes détenues interjettent appel par déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire[1507]. De plus, lors de la rétention administrative ou de la détention en établissement pénitentiaire d'un étranger, la possibilité de déposer un recours est indiquée en même temps que la notification de la décision, « *sous peine de ne pas faire courir les délais de recours* » [1508]. En effet, la personne étrangère ne comprenant peut-être ni la procédure, ni la langue, la vigilance s'impose pour qu'elle puisse librement exercer son droit au recours.

L'assistance d'un avocat lors de l'exercice de ce droit au recours est un avantage certain car ce dernier connait les délais et modalités d'appel. Cette expérience est d'autant plus bienvenue que certains délais d'appel sont courts, comme celui pour interjeter appel d'une ordonnance de libération sous contrainte qui est de 24 heures[1509].

376. La contestation de la mesure privative de liberté ne consiste pas seulement en un appel, elle peut également revêtir une demande de mise en liberté afin de mettre fin à la mesure privative de liberté. En effet, la plupart des procédures relatives aux mesures privatives de liberté prévoient la possibilité pour la personne privée de liberté de présenter une demande de mise en liberté[1510]. Une telle demande est bien entendu conforme aux exigences de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1511], elle permet aussi d'éviter les détentions arbitraires ou perpétuelles. La demande de mise en liberté est possible dans le cadre d'une détention provisoire, « *domaine par excellence du droit de l'intéressé à réclamer sa*

[1503] Art. 489 CPP.
[1504] Art. 494 CPP.
[1505] Art. 496 et s. CPP.
[1506] Art. 380-1 et s. CPP.
[1507] Appel d'un jugement du tribunal correctionnel par déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire (Art. 503 CPP) ou d'un arrêt de cour d'assises (Art. 380-13 CPP).
[1508] M. LE CORRE, « Recours exercé par les étrangers détenus ou retenus : une nouvelle protection », *AJDA* 2020, p. 2171.
[1509] Art. 712-11 CPP.
[1510] Comme lors de la rétention administrative d'un étranger : « *Hors des audiences de prolongation de la rétention prévues au présent chapitre, l'étranger peut demander qu'il soit mis fin à sa rétention en saisissant le juge des libertés et de la détention* » (Art. L. 742-8 CESEDA) ; lors de la détention provisoire d'un mineur lors d'une procédure de mise à l'épreuve éducative : « *Le mineur placé en détention provisoire au cours de la période de mise à l'épreuve éducative ou son avocat peut, à tout moment, demander sa mise en liberté* » (Art. L. 521-23 CJPM) ; lors de la détention dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen : « *La mise en liberté peut être demandée à tout moment à la chambre de l'instruction selon les formes prévues aux articles 148-6 et 148-7* » ; lors de la détention provisoire d'un majeur : « *En toute matière, la personne placée en détention provisoire ou son avocat peut, à tout moment, demander sa mise en liberté, sous les obligations prévues à l'article 147* » (Art. 148, al. 1er CPP).
[1511] Art. 5, § 4 Conv. EDH : « *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* ».

liberté »[1512]. Cependant, bien qu'il s'agisse de la privation de liberté d'une personne présumée innocente, accorder une mise en liberté de manière systématique n'est pas pour autant souhaitable au regard « *des risques de fuite, de pression, de concertation qu'il convient d'éviter autant que possible* »[1513]. Il existe aussi des recours qui, sans être pour autant qualifiés de « recours d'urgence », assurent une saisine de la juridiction et une décision rapide. Tel est le cas en matière de détention provisoire où le président de la chambre de l'instruction peut être saisi par la personne mise en examen souhaitant interjeter appel d'une décision de détention provisoire. Quand cette saisine a lieu, au plus tard, le jour suivant le placement en détention provisoire, la personne mise en examen peut demander au président « *d'examiner immédiatement son appel sans attendre l'audience de la chambre de l'instruction* » [1514].

Par ailleurs, lorsqu'une personne mise en examen est placée en détention provisoire, elle peut présenter une demande de mise en liberté. Si elle obtient cette mise en liberté – qui peut être assortie d'obligations ou d'interdictions dans le cadre d'un contrôle judiciaire – la détention provisoire prend fin et n'existe plus – sauf en cas de non-respect desdites obligations et interdictions.

En revanche, quand il s'agit d'une personne condamnée à une peine privative de liberté, cette dernière peut demander à sortir de détention en obtenant le bénéfice, non pas d'une mise en liberté, mais d'un aménagement de peine. Elle continue alors à exécuter la peine à laquelle elle a été condamnée mais la peine a revêtu une forme différente[1515]. C'est pourquoi les personnes condamnées à une peine privative de liberté ne peuvent déposer une demande de mise en liberté mais une requête en aménagement de peine sur le fondement de l'article 712-6 du code de procédure pénale ou 712-7 si le tribunal de l'application des peines est compétent. En outre, certains condamnés peuvent sortir de manière anticipée grâce à la procédure de libération sous contrainte prévue à l'article 720 du code de procédure pénale. Par ailleurs, lorsque la personne condamnée présente des problèmes de santé, elle peut faire l'objet d'une suspension de peine pour motifs médicaux s'il est établi qu'elle est atteinte « *d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que [son] état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention* »[1516].

Il existe des cas où la mise en liberté peut se faire de manière automatique. Tel est le cas lorsque certaines formalités ou certains délais[1517] ne sont pas respectés comme cela est prévu

---

[1512] J. PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès », *Mélanges en l'honneur du professeur LARGUIER*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1993, 1993, p. 229.

[1513] J.- B. PERRIER, « Dignité et détention provisoire », *RFDA* 2021 : « *On pourrait considérer que la liberté doit primer en toute hypothèse, mais il ne faut pas oublier que les mesures de détention provisoire sont souvent justifiées par des risques de fuite, de pression, de concertation qu'il convient d'éviter autant que possible, dès lors que d'autres mesures ne permettent pas d'atteindre ce même but. Certes, nous dénonçons avec d'autres le recours excessif à la détention provisoire, mais la remise en liberté systématique des personnes, sans tenir compte des autres solutions possibles n'est pas non plus souhaitable* ».

[1514] Art. 187-1, al. 1er CPP.

[1515] M. GIACOPELLI, A. PONSEILLE, *Droit de la peine*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2019, n°660, p. 347 : « *L'aménagement suppose l'action d'aménager laquelle permet sinon une transformation du moins une modulation à partir d'un élément existant. Cette définition peut être transposée au droit de la peine où l'aménagement des peines suppose une action tournée vers l'obtention d'une finalité sur un élément préfix qui est la peine* ».

[1516] Art. 720-1-1, al. 1er CPP.

[1517] Comme les délais de détention provisoire prévus par les textes, y compris quand il s'agit d'un délai de prolongation de la détention provisoire (Cass. Crim. 16 mars 2021, n° 20-87141 P).

en matière de soins psychiatriques sans consentement[1518]. Le juge des libertés et de la détention n'a alors pas d'autre choix que de remettre en liberté la personne même si des soins devraient être poursuivis[1519]. En outre, la mise en liberté peut se faire de manière automatique quand les conditions ayant conduit au prononcé de la mesure privative de liberté ne sont plus remplies[1520].

Notons qu'il existe également le « référé-détention » lorsqu'une ordonnance de mise en liberté est rendue par le juge des libertés et de la détention au bénéfice d'une personne placée en détention provisoire. Ce recours ne peut être exercé que par le ministère public et est porté devant le premier président de la cour d'appel afin de suspendre les effets de l'ordonnance[1521]. Ce recours s'oppose donc aux recours évoqués précédemment car le but est, en l'espèce, d'éviter la mise en liberté de la personne.

377. Par ailleurs, l'avocat peut également exercer d'autres recours qui vont indirectement empêcher la privation de liberté. Tel est le cas de la demande de droit d'asile pour les étrangers placés en rétention administrative[1522]. Cette demande n'a pas pour objectif de mettre fin à la rétention administrative en cours mais elle permet indirectement d'y mettre fin si l'étranger obtient le droit d'asile. En effet, sa situation n'étant plus irrégulière, il lui est donc possible de demeurer sur le territoire français.

En dehors de ces cas, la mise en liberté peut être accordée quand a été démontrée l'insertion sociale de la personne privée de liberté.

2) La démonstration nécessaire de l'insertion sociale de la personne privée de liberté

378. Le concept d'insertion apparait surtout en droit pénal, notamment au sein de l'article 130-1 du code pénal comme fonction de la peine[1523]. La peine doit servir à réinsérer le délinquant afin qu'il ne commette plus d'infractions. L'insertion ou la réinsertion de la personne est aussi recherchée lors de l'exécution des peines privatives de liberté[1524], y compris quand il s'agit de très longues peines exécutées au sein de maisons centrales[1525]. La recherche de la

---

[1518] Art. L3211-12-1 CSP : « *IV.- Lorsque le juge des libertés et de la détention n'a pas statué avant l'expiration du délai de douze jours prévu aux 1° et 2° du I ou du délai de six mois prévu au 3° du même I, la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète est acquise à l'issue de chacun de ces délais* ».

[1519] Civ. 1ère, 10 févr. 2021, n° 19-25.224, *D.* 2021, p. 353.

[1520] Art. 144-1, al. 2 CPP : « *[…] Le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues à l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies* ».

[1521] Art. 148-1-1, al. 2 et 187-3 CPP.

[1522] Art. R. 754-3 CESEDA.

[1523] Art. 130-1, code pénal : « *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :*
1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ;
2° De favoriser son amendement, ***son insertion ou sa réinsertion*** ».

[1524] Art. D. 72 CPP : « *Les centres de détention comportent un régime principalement orienté vers* ***la réinsertion sociale et, le cas échéant, la préparation à la sortie des condamnés*** » ; Art. D. 72-1 CPP : « *Les centres de semi-liberté et quartiers de semi-liberté ainsi que les centres pour peines aménagées et les quartiers pour peines aménagées comportent un régime essentiellement orienté vers la* ***réinsertion sociale et à la préparation à la sortie des condamnés*** ».

[1525] Art. D. 71 CPP : « *Les maisons centrales et les quartiers maison centrale comportent une organisation et un régime de sécurité renforcé dont les modalités internes permettent également de préserver et de développer les possibilités de* ***réinsertion sociale*** *des condamnés* ».

réinsertion de la personne est d'autant plus importante lors de l'exécution d'une très longue peine de réclusion criminelle car comment réinsérer socialement une personne qui a été mise à l'écart de la société pendant si longtemps ? L'insertion est également recherchée pour les mineurs, dans les établissements pour mineurs par exemple, avec un objectif particulier de rééducation[1526]. Un mineur délinquant restant avant tout un mineur, l'éducation et la réinsertion vont de pair pour s'assurer que le mineur ne commettra plus d'infractions.

La Chambre criminelle va dresser une définition des termes « insertion » et « réinsertion »[1527], il s'agit donc « *d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions* ». Une distinction peut être faite entre « insertion » et « réinsertion ». Là où le premier terme traite d'intégrer dans la société une personne qui n'en faisait auparavant pas partie, le second « *[…] traduit une volonté de revenir à une situation passée de vie sociale sans délinquance* »[1528].

379. L'insertion de la personne n'est pas pour autant propre au droit pénal, elle est en effet recherchée dans d'autres domaines comme les soins psychiatriques sans consentement[1529]. Bien entendu, le juge des libertés et de la détention statuant sur l'hospitalisation complète d'un patient ne cherche pas à savoir si la personne, comme cela est indiqué dans la définition de la Chambre criminelle, va commettre ou non de nouvelles infractions, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un contentieux pénal. Néanmoins, en dehors de ce point, la définition de l'insertion et de la réinsertion donnée par la Chambre criminelle reste valable, même pour les matières autres que le droit pénal. Il faut ainsi s'assurer que le patient, à l'issue de l'hospitalisation complète, est apte à se conduire en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société.

380. « *Quelques grandes figures du barreau, hommes et femmes humanistes engagés, ont toujours sillonné les routes de France, de maisons d'arrêt en centre de détention pour entretenir l'espoir après la sanction, et construire avec les condamnés des projets*

[1526] N. GOURMELON, F. BAILLEAU, P. MILBURN, « Les établissements privatifs de liberté pour mineurs : entre logiques institutionnelles et pratiques professionnelles- Une comparaison entre établissements pénitentiaires pour mineurs (EPM), quartiers mineurs en maison d'arrêt (QM) et centres éducatifs fermés (CEF) » Rapport final, Laboratoire « Printemps » UMR CNRS ENAP CIRAP CESDIP Université de Versailles, janvier 2012, p. 267 : « *Il est souvent difficile, dans les lieux marqués par la privation de liberté, d'établir une ligne claire de partage entre ce qui relève […] d'une visée principalement disciplinaire : assurer le calme et le respect du règlement interne, d'une visée éducative : permettre au jeune de s'inscrire dans un cercle vertueux* ***d'insertion*** *à sa sortie d'établissement* ».

[1527] Cass. Crim., 27 mai 2021, n° 20-82.727 : « *Aux termes de l'article 707 du code de procédure pénale, le régime d'exécution des peines privatives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions* ».

[1528] K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, Th., Univ. Panthéon-Assas (Paris II), LGDJ, 2012, n°152, p. 116.

[1529] Art. L. 3211-3, al. 1er CSP : « *Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et* ***sa réinsertion recherchée*** ».

d'avenir »[1530]. L'insertion de la personne privée de liberté est donc ce que va chercher à démontrer l'avocat afin d'obtenir la libération de son client[1531]. Pour cela, il va rassembler des justificatifs qui viendront étayer son argumentation. L'insertion de la personne privée de liberté peut en effet représenter un argument de fait. Par exemple, en droit des étrangers, quand une demande de mise en liberté est présentée par une personne étrangère placée en rétention administrative, le juge des libertés et de la détention va vérifier si de nouvelles « circonstances de fait ou de droit »[1532] sont intervenues depuis le début de la mesure. Si tel n'est pas le cas, la requête n'est pas audiencée. À l'inverse, si l'avocat parvient à démontrer que son client est prêt à réintégrer la société – notamment avec une situation administrative valide – il a des chances d'obtenir sa libération.

Or, en cherchant des arguments ou des justificatifs au soutien de la demande de mise en liberté, l'avocat peut pousser son client à mettre en place un projet de réinsertion. L'avocat peut donc jouer un rôle essentiel dans la réinsertion de son client[1533].

Conclusion de la section 1 :

381. Il ressort de ces éléments que la défense peut être effective lorsque l'avocat exerce pleinement ses missions. Ses missions peuvent être scindées en deux catégories : la première est relative à celles exercées avant et pendant de l'audience et la seconde comprend celles effectuées en phase post-sentencielle.

Ainsi en phase pré-sentencielle et sentencielle, l'avocat peut représenter son client et peut lui apporter une assistance. Cette assistance peut être écrite ou orale. Dans les deux cas, l'avocat doit présenter des arguments en droit et en fait afin de défendre les intérêts de son client.

En phase post-sentencielle, l'avocat peut déposer des recours pour contester la décision rendue par la juridiction. Toutefois, il ne s'agit pas des seuls recours que l'avocat peut exercer. En effet, il peut exercer des recours pour faire valoir les droits de son client. Ceci est bienvenu car il s'agit de personnes privées de liberté, il faut donc veiller à la sauvegarde de leurs droits et libertés fondamentales. Cette sauvegarde peut passer par la demande d'une mise en liberté afin de mettre fin à la privation de liberté individuelle en cours ou pour mettre fin à des conditions de détention portant atteinte à la dignité.

[1530] C. SAINT-PALAIS, Préface dans B. LE BOËDEC MAUREL, *Jusqu'au bout de mes peines – Chronique d'un juge de l'application des peines*, Paris, Enrick B. Éditions, 2021, p. 10.

[1531] V. PELTIER, « L'avocat et la peine », *Dr. pénal* 2021 n° 5, dossier 13, p. 35, §16.

[1532] Art. L. 743-18 CESEDA : « *Le juge des libertés et de la détention, saisi par l'étranger aux fins de mise en liberté hors des audiences de prolongation de la rétention en application de l'article L. 742-8, peut rejeter la requête sans avoir préalablement convoqué les parties s'il apparaît* ***qu'aucune circonstance nouvelle de fait ou de droit n'est intervenue*** *depuis le placement en rétention ou sa prolongation, ou que les éléments fournis à l'appui de la demande ne permettent manifestement pas de justifier qu'il soit mis fin à la rétention* ».

[1533] CNCDH, Avis sur la privation de liberté des mineurs, 27 mars 2018, p. 21 : « *À Marseille, l'établissement pénitentiaire pour mineurs travaille avec le Barreau et l'ASE pour faciliter la sortie et l'accompagnement des mineurs non accompagnés* ».

L’avocat doit pouvoir exercer ses missions sans restriction car elles assurent le respect des principes du contradictoire et de l’égalité des armes. De plus, elles font pleinement partie des droits de la défense.

Ce plein exercice des missions de l’avocat se retrouve principalement garanti dans les procédures de droit pénal, de l’instruction à l’application des peines. Bien entendu, ce n’est pas la seule matière qui garantit un tel exercice. Tel est le cas pour les procédures du droit des étrangers ou celles relatives à l’hospitalisation complète – dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement.

Cependant, il est des procédures où l’avocat ne peut pas pleinement exercer ses missions.

Section 2 : L'exercice restreint des missions de l'avocat

382. Il sera traité de « prétoire » sans qu'il s'agisse d'une salle d'audience dans une juridiction. Ce terme a été retenu afin de traiter du moment où l'avocat et l'autorité en charge de la mesure privative de liberté discutent de la légalité ou du bien-fondé de la mesure.

Certaines procédures ne garantissent pas à l'avocat de pouvoir exercer pleinement ses missions. Cet exercice restreint se manifeste lorsque les missions sont exercées au prétoire (paragraphe 1er). De plus, il a été observé qu'il n'était pas toujours possible de contester la privation de liberté exécutée (paragraphe 2nd).

1er paragraphe : Les missions exercées au « prétoire »

383. L'exercice des missions de l'avocat assure le respect des droits de la défense. Or, ces missions ne peuvent pas toujours s'exercer librement au cours de l'audience (A) et il peut arriver que des atteintes ponctuelles au libre exercice des missions de l'avocat soient constatées (B).

A. Les différentes atteintes lors de l'audience

384. Certaines procédures ne permettent qu'une discussion très limitée de l'accusation (2). Dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, cette discussion portant sur l'accusation est tout simplement écartée (1).

1) L'impossibilité de contester l'accusation en comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

385. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est mise en œuvre par le procureur de la République quand une personne déférée devant lui reconnait avoir commis les faits reprochés. Le ministère public lui propose alors une peine et la personne, obligatoirement assistée d'un avocat, est libre d'accepter ou non cette peine. Une fois cette peine acceptée, la personne comparait devant le président du tribunal judiciaire ou un juge désigné par ce dernier. Le juge va vérifier la qualification juridique et homologuer la ou les peines décidées par une ordonnance[1534].

Si la discussion sur la peine entre le ministère public et la personne, assistée de son avocat, est établie, aucune discussion sur la culpabilité n'est possible. Il est donc porté atteinte au droit de contester l'accusation, la personne renonçant « *au débat judiciaire* »[1535].

Néanmoins, les droits de contester l'accusation et de ne pas s'auto-incriminer ne sont pas des droits absolus, ce qui signifie qu'il est possible d'y renoncer. De plus, l'atteinte évidente au

---

[1534] Art. 495-8 et 495-9 CPP.

[1535] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°787, p. 670.

droit de contester l'accusation est contre balancée par la recherche de consentement de l'intéressé et par la protection d'autres droits.

386. Pour ce qui est du consentement de la personne, il est recueilli tout au long de la procédure. En effet, le ministère public recueille le consentement de la personne quand la ou les peines lui sont proposées. Son consentement est à nouveau recueilli devant le président du tribunal judiciaire. De plus, la procédure peut être mise en œuvre par la personne elle-même. Ainsi, à l'instar de la composition pénale, la personne doit pleinement adhérer à cette procédure, elle ne peut lui être imposée.

La recherche systématique du consentement assure le respect du principe du contradictoire. En effet, pour que la personne accepte la peine proposée, cela implique que le représentant du Parquet lui ait fait part de son idée et lui ait expliqué en quoi consiste la peine.

Par ailleurs, les droits de la défense font l'objet d'une protection accrue. Le droit à l'assistance de l'avocat est imposé tout au long de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Ce n'est pas le seul droit des droits de la défense à être garanti par les textes. Les droits relatifs à la préparation de la défense sont particulièrement protégés : l'avocat peut accéder au dossier « sur-le-champ »[1536], la personne et son avocat peuvent s'entretenir librement en l'absence du ministère public[1537], ce qui leur assure la confidentialité de leur entretien. La personne renonçant à son droit de s'auto-incriminer, le législateur semble vouloir contrebalancer la renonciation à ce droit en renforçant les autres droits.

De plus, l'intervention de l'avocat est obligatoire lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cela signifie que la personne peut bénéficier des conseils et de l'assistance de ce dernier tout au long de la procédure. La présence du conseil est assurée tant devant le ministère public que devant le président du tribunal judiciaire. L'avocat veille donc jusqu'à la dernière minute à défendre les intérêts de son client.

La peine est certes proposée par le ministère public mais le président du tribunal judiciaire doit l'homologuer. L'intervention de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, est prévue par les textes. L'on pourrait croire que son intervention est très limitée, le juge ne devrait que valider la peine choisie par le Parquet acceptée par la personne. En réalité, une réserve d'interprétation a été émise par le Conseil constitutionnel dans une décision de 2004. Sans qu'il puisse prendre part à la discussion portant sur la peine, le président du tribunal judiciaire aura la possibilité de refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits et la personnalité de l'intéressé justifient une audience correctionnelle[1538]. Cette réserve d'interprétation, réitérée en 2011[1539], assure un pouvoir de contrôle plus important de l'autorité judiciaire.

Enfin, rappelons que la première condition à la mise en œuvre de cette procédure est la reconnaissance des faits par la personne. L'exercice du droit de contester l'accusation n'est donc pas nécessaire.

[1536] Art. 495-8, al. 5 CPP.
[1537] Art. 495-8, al. 6 CPP.
[1538] Cons. constit., 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n°2004-492 DC, *JORF* 10 mars 2004, p. 4637, texte n°4.
[1539] Cons. constit., 8 déc. 2011, Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, n°2011-641 DC, *JORF* 14 déc. 2011, p. 21121, texte n°2.

Le droit de contester l'accusation est parfois atteint par la nature de certaines procédures.

2) Une discussion limitée par la nature de la procédure

387. Au cours de certaines procédures, l'assistance de l'avocat se limite à présenter des observations et à poser des questions (a). La procédure de comparution immédiate ne permet pas un exercice satisfaisant du droit de contester l'accusation (b).

a) Une discussion limitée à des questions et des observations

388. Lorsque l'avocat apporte son assistance orale à son client, il doit être capable de plaider, de prendre la parole afin de pouvoir défendre les intérêts de son client. Cependant, il est des cas où l'assistance orale de l'avocat se limite à des questions ou des observations.

Tel est le cas en garde à vue. En effet, l'alinéa 2 de l'article 63-4-3 du code de procédure pénale dispose que l'avocat peut poser des questions. Toutefois, deux nuances doivent être portées. D'une part, ces questions ne peuvent être posées qu'à l'issue de l'audition, ce qui peut restreindre leur impact. Le fait de poser des questions en fin d'audition seulement ne permet pas, en effet, à l'avocat de participer activement à la discussion entre la personne gardée à vue et l'enquêteur[1540]. D'autre part, l'agent ou l'officier de police judiciaire qui mène l'audition peut s'opposer à la question posée par l'avocat si elle est « *de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête* »[1541]. Derrière cette formule très vague, le législateur semble se défier de l'avocat. Ainsi, ce dernier n'a la possibilité que de poser des questions lors de l'audition et n'est même pas certain que ses questions soient posées.

Par ailleurs, ayant eu un accès restreint au dossier, de la procédure, l'avocat ne peut pas toujours poser des questions qui permettent de faire avancer l'enquête. Sur ce sujet, un avocat s'est exprimé sur la difficulté de défendre des personnes soupçonnées d'infractions terroristes, notamment lors d'une garde à vue : « *Aux différents stades de la procédure, depuis les auditions des policiers jusqu'aux interrogatoires ou confrontations devant le magistrat instructeur, le mis en cause, de retour de Syrie doit s'expliquer sur l'ensemble des éléments qui lui sont reprochés. La première difficulté réside dans la posture du mis en cause qui nie ou minimise sa responsabilité, attitude quasi automatique dans le contentieux pénal. […] L'essentiel des auditions consistera donc à constater l'appartenance du mis en cause à un groupe armé, ses liens avec d'autres membres, son niveau d'endoctrinement et ses activités sur place* »[1542].

Lors de la garde à vue, l'avocat a également la possibilité d'adresser des observations écrites auxquelles il peut joindre les questions qui ont été refusées par l'enquêteur. Ces observations et questions sont alors versées à la procédure. L'avocat a également la possibilité de les adresser

---

[1540] F. FOURMENT, « Ne pas confondre assister à l'audition du gardé à vue et assister le gardé à vue « à l'issue » de son audition », *Gaz. Pal.*, 11 fév. 2014, n° 166a9, p. 41 : « *Dans le temps de l'« audition » au sens strict, l'avocat assiste, mais se tait, tant que l'OPJ ou l'APJ n'a pas mis un terme à cette audition* ».

[1541] Art. 63-4-3, al. 2 CPP.

[1542] F. DELINDE, « Quelle défense pour les Djihadistes ? Quels droits pour les victimes ? », *Revue pénit. Pénal*, éd. Cujas, n° 1, 2018, p. 27.

au procureur de la République pendant la durée de la garde à vue[1543]. Toutefois, il est légitime de se questionner sur l'efficacité de ces observations. Soit, elles sont versées à la procédure et ne seront donc lues qu'*a posteriori*, une fois la garde à vue finie. Soit, elles sont adressées au procureur lors de la garde à vue mais il n'est pas certain que ce dernier en prenne connaissance avant la fin de la mesure. Par conséquent, « *le caractère très réduit des informations fournies et la brève durée de l'entretien ne lui permettent pas véritablement de défendre le suspect* »[1544].

De plus, rappelons que lorsque la personne est soupçonnée d'avoir commis certaines infractions, l'intervention de l'avocat peut être reportée[1545]. L'entretien avec la personne gardée à vue est donc décalé, tout comme l'assistance de l'avocat au cours des auditions de son client.

389. Ces éléments entrent en contradiction avec les exigences de l'article 3 de la directive du 22 octobre 2013 qui précise que le droit à l'assistance d'un avocat doit consister en une « *participation effective* » de l'avocat lors des interrogatoires et *a minima* la présence de ce dernier lors des actes d'enquête[1546]. L'emploi de l'adjectif « effective » pour désigner l'assistance de l'avocat lors des interrogatoires indique que l'avocat doit tenir un rôle actif. Le législateur français estime que ce rôle est rempli par le fait de pouvoir poser des questions et adresser des observations à l'issue de l'audition. Ainsi, « *le législateur a […] privé les droits de la défense de la portée indispensable à leur effectivité* »[1547].

L'assistance orale limitée à des questions et des observations peut se comprendre car l'agent ou l'officier de police judiciaire n'est qu'un enquêteur, il ne décide pas de la mainlevée de la mesure. Cette prérogative revient au procureur de la République ou au juge d'instruction. Toutefois, le fait que ses questions puissent être refusées et qu'elles ne puissent être adressées que tardivement, en même temps que ses observations, constitue une atteinte importante au principe du contradictoire et au droit de contester l'accusation.

Cela est d'autant plus regrettable que le régime de la garde à vue est étendu à d'autres procédures régissant des mesures privatives de liberté. Ainsi, l'avocat exerce ses missions de manière aussi restreinte lors de la retenue pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire[1548], ou de la retenue en cas de non-respect des obligations prononcées dans le cadre d'une condamnation[1549].

La retenue d'une personne étrangère pour vérification de son droit de circulation, prévue aux articles L. 813-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ne renvoie pas expressément aux dispositions du code de procédure pénale en matière de garde à vue. Pire encore, lors de cette retenue, l'avocat ne peut pas poser de questions mais peut seulement prendre des notes au cours de l'audition et formuler des observations écrites qui

---

[1543] Art. 63-4-3, al. 3 CPP.
[1544] K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, Th., Univ. Panthéon-Assas (Paris II), LGDJ, 2012, n°295, p. 213.
[1545] Art. 706-88 et 706-88-1 CPP.
[1546] Art. 3, §3, b) Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).
[1547] J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D*. 2011, p. 1699.
[1548] Art. 141-4, 3° CPP.
[1549] Art. 709-1-1, 3° CPP.

seront annexées au procès-verbal[1550]. Sa mission est restreinte au point qu'il est possible de se questionner sur l'utilité de garantir le droit à l'assistance d'un avocat au cours de cette retenue pour vérification du droit de circulation.

390. Enfin, l'assistance orale de l'avocat se limite à poser des questions et à présenter des observations lors des interrogatoires devant le magistrat instructeur. Le texte régissant l'interrogatoire de première comparution prévoit la possibilité pour l'avocat de présenter des observations[1551]. De plus, un texte plus général dispose que lors des interrogatoires, confrontations et auditions devant le juge d'instruction, l'avocat a la possibilité de poser des questions ou de présenter de brèves observations[1552]. Comme lors d'une garde à vue, le juge d'instruction a la possibilité de s'opposer aux questions si elles sont « *de nature à nuire au bon déroulement de l'information ou à la dignité de la personne* »[1553]. Ici, le respect de la dignité de la personne humaine est pris en compte, contrairement à la garde à vue. Une différence toutefois entre ces deux régimes est que les articles relatifs aux interrogatoires devant le magistrat instructeur n'imposent pas le moment où les questions doivent être posées. Celles-ci peuvent donc être posées tout au long de l'acte, à condition de ne pas en perturber le bon déroulement.

Le fait que l'avocat ne puisse poser que des questions devant le magistrat instructeur est moins préoccupant que lors de la garde à vue car, lors de l'instruction, l'avocat peut déposer des demandes d'actes. Il peut donc participer activement à la manifestation de la vérité. Cette possibilité de demander des actes n'est pas possible lors d'une garde à vue. Le droit de contester l'accusation fait donc l'objet d'une protection plus accrue devant le juge d'instruction.

Le droit de contester l'accusation est également atteint lors de la procédure de comparution immédiate.

b) Une discussion limitée en comparution immédiate

391. La comparution immédiate est une procédure envisagée quand les charges réunies à l'encontre du prévenu sont suffisantes pour le renvoyer sur-le-champ devant le tribunal correctionnel. Les faits doivent être sanctionnés d'une peine d'emprisonnement de deux ans au moins[1554]. Comme pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, cette procédure ne peut être mise en œuvre qu'avec l'accord de l'intéressé, accord recueilli en présence de son avocat[1555]. Le recueil de ce consentement cherche à *« compenser, en quelque sorte, l'absence de temps pour préparer la défense* »[1556].

Contrairement à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il n'est pas demandé au prévenu de reconnaitre les faits. Le droit de contester l'accusation semble *a priori* respecté.

[1550] Art. L. 813-6 CESEDA.
[1551] Art. 116, al. 5 CPP.
[1552] Art. 120, al. 1er CPP.
[1553] Art. 120, al. 2 CPP.
[1554] Art. 395, al. 1er CPP.
[1555] Art. 397, al. 1er CPP.
[1556] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°786, p. 670.

Cependant, la difficulté reste grande pour l'avocat qui doit « *prendre connaissance de la procédure en un temps record, en même temps que le parquetier et le président de l'audience, s'entretenir avec le prévenu […] essayer de faire valoir un projet personnel, professionnel ou de prise en charge médicale sérieux* »[1557]. Le conseil devra alors réunir tous les éléments de la procédure favorables à son client en un temps très réduit. De plus, « *ce sont surtout des avocats de permanence ou avocats commis d'office* »[1558] qui prennent en charge les dossiers de comparution immédiate, ce qui signifie qu'ils ne connaissent pas nécessairement les prévenus. Il leur est donc d'autant plus difficile de réunir les justificatifs nécessaires. Le droit à l'assistance d'un avocat est atteint en l'occurrence car il est complexe pour ce dernier de présenter une défense satisfaisante en un temps aussi réduit. Ceci démontre que les droits de la défense sont tous liés entre eux. Ainsi, le défaut de délai suffisant pour préparer la défense se répercute sur le droit de contester l'accusation.

Par ailleurs, l'article 397-5 du code de procédure pénale dispose que « *les témoins peuvent être cités sans délai et par tout moyen* ». Mais la pratique révèle que « *cette opportunité est largement inusitée. Tout d'abord, l'avocat découvrant la procédure le jour de l'audience, n'a pu, par hypothèse, faire citer de témoin. Elle est plus adaptée à l'audience de renvoi, pour laquelle le conseil peut faire citer un ou plusieurs témoins* » [1559]. Toutefois, ce même auteur indique que le prévenu préfère être jugé le jour même, en dépit de l'absence de témoins à citer, afin d'éviter le placement en détention provisoire. Ainsi, demander un délai supplémentaire pour préparer la défense peut entrainer une privation de liberté par le placement en détention provisoire mais ne pas demander un tel délai entrainerait une atteinte au droit de contester l'accusation. Si les témoins comparaissent difficilement le jour même, cela signifie que leurs témoignages, pouvant être en faveur du prévenu, ne pourront être que rarement recueillis.

392. Des sociologues se sont également penchés sur la procédure de comparution immédiate et sont arrivés au même constat : « *Avec des prévenus épuisés et stressés sortant le plus souvent directement de garde à vue voire de détention provisoire (et arrivant ainsi le plus souvent menottés à l'audience), des avocats commis d'office qui n'ont pas le temps de travailler sur le fond de l'affaire, des magistrats débordés de travail, audiençant à la chaîne parfois jusque tard dans la soirée, les comparutions immédiates sont par excellence un système maximisant les « contraintes pratiques » et les « mécanismes d'automaticité » pesant sur le processus de décision pénale* »[1560].

Le droit de contester l'accusation n'est pas suffisamment garanti au regard du très court délai. Malheureusement, cette atteinte est écartée par le fait que l'intéressé lui-même ait consenti à la mise en œuvre de cette procédure. Toutefois, étant donné qu'il peut être placé en détention provisoire s'il refuse la comparution immédiate, il est possible de s'interroger sur le

---

[1557] H. VLAMYNCK, « La procédure de comparution immédiate : vitesse ou précipitation ? », *AJ pénal* 2011, p. 10.

[1558] A. CHRISTIN, Comparutions immédiates- enquête sur une pratique judiciaire, Paris, éditions la Découverte, coll. Enquêtes de terrain, 2008, p. 115.

[1559] C. GUÉRY, « Comparution immédiate – Comparution devant le tribunal correctionnel *Rép. pén. Dalloz*, Dalloz, avr. 2016 actualisation mars 2019, n°131.

[1560] L. MUCCHIELLI, E. RAQUET, « Les comparutions immédiates au TGI de Nice, ou la prison comme unique réponse à une délinquance de misère », *RSC* 2014, p. 207.

caractère éclairé de son consentement. De plus, le consentement ne devrait pas empêcher la protection de l'ensemble des droits de la défense.

Il peut arriver que les droits de la défense soient atteints non pas par une procédure mais par des situations ponctuelles.

B. Les atteintes ponctuelles aux droits de la défense

393. Les droits de la défense peuvent être par moments atteints lors de situations particulières comme les mouvements de grève (1) et la crise sanitaire (2).

1) Des atteintes causées par les mouvements de grève

394. Lorsque l'État décide de diminuer le budget alloué à l'aide juridictionnelle, cela peut entraîner la grève de certains barreaux qui manifestent leur mécontentement[1561]. Les grèves d'avocat ont un impact considérable sur l'exercice des droits de la défense notamment auprès des personnes privées de liberté. En effet, lorsque les avocats se mettent en grève, ils peuvent décider de se rendre ou non à l'audience pour défendre leur client. S'ils décident de ne pas y aller, le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas assuré car le mouvement de grève du barreau est « *un obstacle insurmontable à l'assistance d'un avocat dans le délai imparti au juge pour statuer* »[1562]. Un paradoxe s'élève alors : l'avocat crée lui-même l'atteinte aux droits de la défense pour faire attendre sa cause auprès des institutions.

Des difficultés surviennent notamment lorsque la tenue d'un débat statuant sur la détention provisoire est concomitante avec une grève des avocats. Au vu du contexte de grève, il n'est pas certain qu'un avocat commis d'office vienne pour assister la personne. Dans un arrêt du 11 juillet 1990, la Chambre criminelle avait retenu que le débat tenu en l'absence de défenseur n'était pas frappé de nullité car les magistrats avaient accompli toutes les formalités légales. Toutefois, « *on peut s'étonner et déplorer que même en poursuivant leur grève, des avocats n'aient pas cru de leur devoir d'assurer un service minimum pour les affaires touchant à la liberté* »[1563].

Une atteinte est alors portée aux droits de la défense et à la liberté individuelle car le report du débat n'est pas toujours possible en raison du respect des délais[1564]. La Cour de cassation n'impose jamais en effet aux juges de renvoyer l'affaire en cas d'absence de conseil du fait d'un mouvement de grève. Elle admet largement que l'absence de l'avocat dans ces circonstances constitue « *un obstacle insurmontable à l'assistance d'un conseil* »[1565], même si

---

[1561] M. BABONNEAU, « Baisse du budget de l'aide juridictionnelle : le barreau de Nantes en grève… et bientôt les autres », *D. actu.* 27 sept. 2013.

[1562] Cass. Civ. 1ère, 15 janv. 2020, n° 19-12.282.

[1563] A. BRAUNSCHWEIG, « Détention provisoire. Droits de la défense. Grève du barreau. Circonstance insurmontable », *RSC* 1991, p. 602.

[1564] É. CLÉMENT, « Avocats en grève, détention sans trêve » com. sous Cass. Crim. 21 avril 2020, *AJ pénal* 2020, p. 361 : « *En d'autres termes, les juges avaient le choix entre le renvoi de l'affaire, l'atteinte au droit à l'assistance d'un défenseur et l'atteinte au libre choix de l'avocat. Ils ont choisi judicieusement* ».

[1565] Civ. 1ère, 13 oct. 2021, n° 20-12.449 (n° 621 F-B).

l'assistance d'un nouvel avocat commis d'office n'a pu être réalisée du fait de ce mouvement de grève[1566].

395. La Cour de cassation ne retient pas l'atteinte aux droits de la défense car elle fait peser sur le juge le contrôle des formalités légales qui doivent être accomplies en vue du respect des droits de la défense[1567]. Cependant, si le juge va bien entendu veiller au respect des formalités légales, il ne va pas pour autant assurer la défense des intérêts de la personne privée de liberté. L'assistance de l'avocat ne se limite pas à vérifier le respect des règles procédurales. Comme cela a été démontré dans le présent chapitre, l'assistance de l'avocat est essentielle pour exposer une argumentation en droit et en fait. Or, lors d'une grève cette argumentation n'est pas effectuée, ce qui peut entrainer la prolongation de la mesure privative de liberté.

Le droit de grève est un droit à valeur constitutionnelle car il est inscrit au sein du Préambule de la Constitution de 1946[1568]. Les avocats ont donc le droit de faire grève. À notre sens cependant, l'avocat devant défendre son client faisant l'objet d'une mesure privative de liberté ou encourant une telle mesure, devrait accepter de lui apporter son assistance surtout quand le renvoi de l'affaire n'est pas possible.

La crise sanitaire due à la propagation du virus covid-19 a également conduit à porter atteinte aux droits de la défense.

2) Des atteintes justifiées par le contexte de crise sanitaire

396. L'état d'urgence sanitaire, ordonné au vu de la propagation du virus covid-19, a entraîné le confinement de la population. Durant cette période, le recours à la visioconférence s'est systématisé devant les juridictions pénales, autres que criminelles, et ce, sans que l'accord des parties ne soit recueilli.

Le recours à la visioconférence assurait certes la continuité du service public de la justice en évitant le renvoi des audiences. La Chambre criminelle a condamné une chambre de l'instruction qui n'a pas cherché à avoir recours à ce moyen de communication[1569]. Cependant, ce recours automatique entrainait nécessairement le défaut de comparution personnelle. Or, « *en mettant fin à la présence physique du comparant à sa propre audience – présence qui représente un moyen d'expression en soi – le recours à la visioconférence constitue un affaiblissement des droits de la défense. L'enfermement ne doit pas, à lui seul, faire obstacle au droit des personnes privées de liberté de se présenter devant le juge et de lui présenter leurs moyens de défense en personne lorsqu'elles le souhaitent* »[1570]. En effet, si la personne ne comparait pas devant ses juges, cela constitue une atteinte aux droits de la défense car la discussion avec ces derniers peut souffrir de problèmes techniques. De plus, les déclarations de

---

[1566] Civ. 1ère, 13 sept. 2017, n° 16-22.819 P : *D.* 2017, p. 1837 ; *D. avocats* 2017, p. 364, obs. G. ROYER ; DP santé, Bull. n° 286/287, nov.-déc. 2017, p. 6, obs. M. COUTURIER.
[1567] Cass. Crim. 11 juill. 1990, Bull. n° 282 : *RSC* 1991, p. 602, obs. A. BRAUNSCHWEIG.
[1568] Préambule Constit. 27 oct. 1946, al. 7 : « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».
[1569] Cass. Crim., 16 fév. 2021, n°20-86.541.
[1570] Avis du CGLPL relatif à la défense dans les lieux de privation de liberté, 23 avr. 2020, *JORF* 25 juin 2020, texte n°130, p. 3.

la personne privée de liberté délivrées par ce moyen de télécommunication n'ont pas toujours l'impact qu'elles auraient eu si la personne se trouvait face à son juge.

En outre, « *la visioconférence porte également atteinte au principe d'unité du lieu du jugement dès lors que l'avocat doit choisir entre être présent auprès de son client ou du juge* »[1571]. Si le conseil choisit d'être auprès de son client il peut ainsi lui apporter son soutien et préparer dans de bonnes conditions la défense – en discutant avec lui avant l'audience de vive voix – mais ce faisant, sa plaidoirie sera peut-être moins efficace auprès des juges et cela implique qu'il se déplace jusque dans le lieu privatif de liberté. S'il décide à l'inverse de se rendre à la juridiction, il pourra sans doute mieux faire connaitre les intérêts de son client à la juridiction mais il ne sera pas auprès de son client qu'il assiste. Aucune solution n'apparait totalement satisfaisante et l'état d'urgence sanitaire a poussé les avocats à opérer un choix.

Enfin, la pandémie de covid-19 a eu pour effet bénéfique de doubler les délais de recours aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020[1572]. L'allongement des délais était une bonne chose car, du fait du confinement, les institutions fonctionnaient plus lentement et les personnes ne pouvaient sortir de leur domicile. Cependant, la Cour de cassation a estimé que le délai prévu à l'article 187-1, alinéa 1er du code de procédure pénale permettant un examen immédiat de l'appel interjeté contre une ordonnance de placement en détention provisoire n'entrait pas dans le champ d'action de cet article 4[1573]. La Chambre criminelle a souligné que cette demande d'examen immédiat de l'appel ne constituait pas un « recours autonome » et ne pouvait donc faire l'objet de cet allongement du délai.

Les missions de l'avocat exercées en dehors du prétoire peuvent également être restreintes.

2nd paragraphe : Une contestation empêchée de la privation de liberté

397. L'avocat n'a pas toujours la possibilité de contester la privation de liberté en cours notamment au regard du droit à un recours effectif (A) et au regard de la demande de mise en liberté (B).

A. L'atteinte au droit au recours effectif

398. Le droit au recours effectif est atteint dans certaines procédures au vu des effets limités qui lui sont accordés (1). Dans certains cas, ce droit n'est même pas garanti (2).

1) Un droit au recours aux effets limités : l'exemple de la commission de discipline

399. En droit administratif, il existe une catégorie d'actes juridiques « *insusceptibles de recours pour excès de pouvoir en raison de leur faible importance : ce sont les mesures*

[1571] Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, 20 nov. 2018, p. 18.
[1572] Ord. n° 2020-303 25 mars 2020, Portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0074 26 mars 2020, texte n°3.
[1573] Cass. Crim. 30 sept. 2020, n° 20-83.548, FS-P+B+I (rejet) : *D.* 2020, p. 1955.

d'ordre intérieur »[1574]. Avant 1995, les sanctions prises à l'encontre des détenus étaient rattachées à cette catégorie et les requêtes formées contre celles-ci étaient irrecevables[1575]. Pour justifier cette irrecevabilité, l'adage de *minimis praetor non curat* – le juge ne s'occupe pas des affaires insignifiantes – était avancé[1576].

Depuis l'arrêt *Marie*[1577] du 17 février 1995, la jurisprudence administrative ne tient plus ce raisonnement, « *le pas décisif est franchi* »[1578]. Dans cet arrêt, le Conseil d'État estime que « *la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* »[1579]. Ainsi, « *la décision Marie a ouvert une brèche essentielle et va permettre de ce fait une contestation juridictionnelle des mesures à caractère administratif s'imposant aux personnes placées en détention* »[1580].

Si la décision peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir, c'est-à-dire au juge administratif par le dépôt d'un recours pour excès pouvoir, cela équivaut à garantir un droit au recours à la personne détenue. Or, ce droit au recours, s'il ne fait pas partie intégrante des droits de la défense, est une conséquence de l'exercice de ces derniers. Rappelons que l'objectif recherché par la garantie des droits de la défense est une défense effective. La défense trouve également son effectivité dans l'exercice du droit au recours qui permet la contestation d'une décision. Lors de cette contestation, la personne détenue et son avocat pourront présenter leurs arguments pour remettre en cause cette décision.

Le Conseil d'État a confirmé la jurisprudence *Marie* et l'a étoffée par trois arrêts de 2007[1581] qui fournissent « *une grille théorique - la combinaison des deux critères de la nature et des effets des mesures en cause - qui [permet] d'effectuer le départ entre décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours et mesures d'ordre intérieur* »[1582].

Par conséquent, les décisions rendues par une commission de discipline peuvent être portées devant le juge administratif pour contestation.

400. Ainsi, quand une personne détenue entend contester la décision rendue par une commission de discipline, elle dispose d'un délai de quinze jours pour la déférer au directeur interrégional des services pénitentiaires. Ce recours hiérarchique préalable est obligatoire avant l'exercice de « *tout recours contentieux* »[1583]. Cela signifie que la personne détenue doit d'abord saisir cette entité avant de saisir le juge administratif. Le directeur dispose à son tour

---

[1574] J. WALINE, *Droit administratif*, 27e éd, Dalloz, coll. Précis, 2018, p. 454, n° 427.
[1575] CE 28 juill. 1932, Sieur Brunaux, Lebon 816 ; CE sect. 4 mai 1979, Comité d'action des prisonniers, Lebon 182.
[1576] P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, M. TOURBE, *Droit administratif*, 16e éd, Dalloz, coll. Université, 2018, p. 784, n°823.
[1577] CE, Ass., 17 févr. 1995, *Marie*, concl. FRYDMANN, *RFDA* 1995, p. 353 ; Lebon 83 ; *AJDA* 1995, p. 379, chron. L. TOUVET et J.-H. STAHL.
[1578] M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA* 2009, p. 413.
[1579] CE, Ass., 17 févr. 1995, *Marie*, concl. FRYDMANN, *RFDA* 1995, p. 353 ; Lebon 83 ; *AJDA* 1995, p. 379, chron. L. TOUVET et J.-H. STAHL.
[1580] F.-X. FORT, « La protection de la dignité de la personne détenue », *AJDA* 2010, p. 2249.
[1581] CE, Ass., 14 déc. 2007 : Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. BOUSSOUAR (1re esp.), M. PLANCHENAULT (2e esp.), M. PAYET (3e esp.) ; *RFDA* 2008, p. 87, concl. M. GUYOMAR (1re et 2e esp.), concl. C. LANDAIS (3e esp.).
[1582] M. GUYOMAR, « Limites des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire : déclassements d'emploi et changements d'affectation des détenus » ? *RFDA* 2008, p. 87.
[1583] Art. R. 234-43 C. pénit.

d'un délai d'un mois pour répondre, un défaut de réponse étant équivalent à un rejet. C'est bel et bien la décision du directeur interrégional, prise dans un délai d'un mois, « *expresse ou implicite […] qui se substitue à la sanction initiale* »[1584] qui sera déférée au juge administratif.

Par conséquent, la personne détenue n'a pas un accès direct au juge puisqu'il doit d'abord saisir une autorité administrative. Les recours gracieux ou hiérarchiques sont courants en droit administratif mais une personne détenue contestant une décision de la commission de discipline est dans un cas particulier. Si elle conteste la décision de la commission, il est fort probable qu'une sanction de quartier disciplinaire ait été décidée. Or, la saisine du directeur interrégional des services pénitentiaires n'a pas d'effet suspensif. Ceci signifie que la personne détenue aura exécuté sa sanction de quartier disciplinaire, probablement avant même que le directeur ne rende sa réponse.

Cela constitue une atteinte au droit au recours effectif, droit garanti à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1585]. Cet article dispose qu'un « *recours effectif devant une instance nationale* » doit être garanti, étant précisé que la Cour européenne des droits de l'Homme a déclaré que cet article était applicable en matière pénitentiaire[1586]. Or, en l'espèce, ce n'est pas une instance nationale qui est saisie. L'instance nationale, c'est-à-dire le tribunal administratif, n'est saisi qu'à l'expiration du délai d'un mois ou après la réponse du directeur. Il est impossible donc d'affirmer qu'en l'état, les personnes détenues bénéficient d'un droit au recours effectif. La Cour européenne des droits de l'Homme a également tiré cette conclusion dans son arrêt *PAYET* contre France de 2011[1587].

401. Le Conseil d'État ne partage cependant pas cet avis. Il estime au contraire que la personne détenue dispose d'un droit au recours effectif car le recours hiérarchique n'empêche pas d'exercer, dans le même temps, un recours d'urgence comme le référé-liberté ou le référé-suspension[1588]. En effet, des recours d'urgence peuvent également être portés devant le juge administratif comme le référé-suspension qui suspend les effets d'une décision administrative[1589], le référé-liberté qui a pour objet de sauvegarder une liberté fondamentale[1590] et le référé mesures utiles pour que le juge des référés ordonne certains actes[1591]. Ces référés sont surtout utilisées dans le domaine carcéral. En effet, un référé-suspension permet de suspendre temporairement une décision de l'administration pénitentiaire de placement en isolement. Il est intéressant de noter que « *le juge des référés considère qu'il appartient à la personne détenue qui le saisit d'un référé-liberté de justifier de circonstances particulières caractérisant, au regard notamment de son état de santé ou des conditions dans lesquelles elle est placée à l'isolement, la nécessité, pour elle, de bénéficier à très bref délai du prononcé d'une*

[1584] J.-P. CÉRÉ « Prison : sanctions disciplinaires », *Rép. pénal Dalloz*, oct. 2018 actualisation fév. 2019, n°61.
[1585] Art. 13 Conv. EDH : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».
[1586] CEDH 3 avr. 2001, KEENAN c/ Royaume-Uni, n° 27229/95.
[1587] CEDH 20 janv. 2011, PAYET c/ France n° 51246/08 : *D. actu*. 27 janv. 2011, obs. S. LAVRIC ; *D*. 2011. Actu. P. 380, obs. S. LAVRIC ; *ibid*. p. 643, obs. J.-P. CÉRÉ ; *ibid*. Pan. 1313, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJ pénal* 2011, p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC* 2011, p. 718, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.
[1588] CE 28 déc. 2012, n° 357494 : *AJDA* 2013, p. 958 ; *D*. 2013, p. 1304, obs. J.-P. CÉRÉ.
[1589] Art. L. 521-1 CJA.
[1590] Art. L. 521-2 CJA.
[1591] Art. L. 521-3 CJA.

mesure de sauvegarde »[1592]. La démonstration d'une atteinte à une liberté fondamentale est donc essentielle. Dans le cadre de ce référé-liberté, le juge est tenu de se prononcer dans un délai de 48 heures, ce qui permettrait la suspension de l'exécution du quartier disciplinaire. L'avantage de ce recours est donc que le juge statue rapidement.

402. À notre sens, l'exercice de ces recours d'urgence permet de pallier le défaut de suspension du recours hiérarchique préalable mais n'est pas une solution satisfaisante. Pour commencer, cela implique que l'avocat veille à déposer les deux recours, tant celui d'urgence que celui au fond. De plus, le juge des référés est tenu de se prononcer dans les 48 heures mais durant ce délai, la personne détenue est peut-être déjà placée en quartier disciplinaire. Même le référé d'urgence ne peut empêcher cela. Le référé-suspension n'est pas satisfaisant non plus car il ne prévoit pas que le juge rende sa décision dans un délai de 48 heures. De plus, au-delà des recours d'urgence, la personne détenue voulant contester la décision rendue par la commission de discipline doit d'abord saisir l'administration d'un recours hiérarchique préalable. D'une part, le droit d'accès au juge n'est pas garanti et d'autre part, le directeur interrégional des services pénitentiaires n'est pas tenu de se prononcer dans un délai restreint.

Concernant le droit d'accès au juge, il peut être rapproché de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui garantit en son premier paragraphe l'accès à un « tribunal indépendant et impartial ». La Cour européenne des droits de l'Homme admet que ce droit n'est pas absolu et peut donc connaitre des limitations[1593]. Cependant, pour qu'une telle limitation soit acceptée, les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme doivent être respectées[1594]. Or, le directeur interrégional ne représente pas un tribunal indépendant et impartial. L'on ne saurait en effet le désigner comme un tribunal car il n'en revêt aucunement la qualité. De plus, le directeur interrégional des services pénitentiaires fait partie lui aussi de l'administration pénitentiaire, il n'est donc ni indépendant, ni impartial.

Le droit au recours est également atteint quand il n'est pas garanti.

2) Une absence de recours

403. Certains recours ne sont même pas prévus lors de la mise en œuvre de certaines mesures privatives de liberté. Le domaine où ce droit au recours n'est pas garanti est le domaine carcéral. En effet, l'administration pénitentiaire peut prendre la décision de placer la personne détenue dans certaines parties de l'établissement pénitentiaire. Ainsi, elle peut être placée à l'isolement[1595] – elle peut en faire la demande mais nous traiterons en l'occurrence que du placement à l'isolement décidé par l'administration pénitentiaire – dans une unité pour détenus violents[1596] ou dans un quartier de prise en charge de la radicalisation[1597].

[1592] J. FALXA dans J. -P. CÉRÉ, J. FALXA, M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines », *D.* 2020, p. 1195.
[1593] CEDH, 27 février 1980, DEWEER c/ Belgique, n°6903/75, §49, Série A n° 35; *Cah. dr. eur.* 1982, p. 196, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1981, p. 286, obs. R. PELLOUX ; JDI 1982, p. 197, obs. P. ROLLAND.
[1594] CEDH, 25 sept. 2009, MARESTI c/ Croatie, n° 55759/07, § 33.
[1595] Art. R. 213-17 C. pénit.
[1596] Art. R. 224-5 et s. C. pénit.
[1597] Art. R. 224-19 C. pénit.

Une fois que la décision est prise, les textes ne font référence ni à un recours juridictionnel ni à un recours hiérarchique pour contester la décision de l'administration pénitentiaire[1598]. Cette omission est regrettable car le changement d'affectation de la personne détenue peut entraîner des conséquences importantes dans son quotidien. Sa participation à des activités collectives est, en principe, impossible sauf autorisation pour une activité spécifique par le chef de l'établissement pénitentiaire[1599].

Cela est d'autant plus étonnant que l'intervention de l'avocat est prévue pour chacune de ces procédures[1600]. Ses missions auprès de la personne détenue sont toutefois réduites car elles se limitent à la lecture du dossier et à la présentation d'observations uniquement écrites qui seront versées à la procédure. Il est donc étonnant de prévoir l'intervention de l'avocat sans prévoir un droit au recours. Ce défaut de droit au recours est d'autant plus regrettable qu'il n'est pas prévu que la personne détenue comparaisse devant le directeur interrégional des services pénitentiaires, chargé de prendre ces décisions si le ministre de la Justice n'est pas compétent[1601]. En outre, la personne détenue ne peut demander qu'il soit mis fin qu'à certains régimes de détention : le placement en unité pour détenus violents et en quartier de prise en charge de la radicalisation[1602]. Une telle demande n'est pas prévue pour les quartiers d'isolement.

Les droits de la défense de la personne détenue ne sont pas suffisamment garantis dans ces procédures. À cela s'ajoute le défaut de comparution personnelle et l'absence de droit au recours. Les droits procéduraux sont donc insuffisamment garantis.

404. Il a été porté à la connaissance du Conseil constitutionnel un défaut de recours en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il a été soutenu qu'aucun recours n'était possible dans le cas où le président du tribunal judiciaire refusait la peine proposée par le procureur de la République alors qu'elle avait été acceptée par l'intéressé. De plus, le requérant soulignait que ce refus entrainait la saisine du tribunal correctionnel qui serait informé de la reconnaissance des faits par le prévenu. Cependant, le conseil constitutionnel n'a pas estimé que ces dispositions méconnaissaient le droit à un recours juridictionnel effectif[1603].

405. En outre, il est important de souligner que l'atteinte au droit au recours n'est pas toujours dû à un défaut de prévision légale mais à une mauvaise organisation du lieu de privation de liberté. Ainsi, dans ses recommandations en urgence, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté souligne qu'une absence de notification des ordonnances du juge des libertés et de la détention, pour les personnes placées en soins psychiatriques sans

---

[1598] Avis du CGLPL relatif à la défense dans les lieux de privation de liberté, 23 avr. 2020, *JORF* 25 juin 2020, texte n°130, p. 2 : « *Au sein des établissements pénitentiaires, il demeure impossible de contester les décisions de changement d'affectation d'un régime de prise en charge à un autre – une omission particulièrement fâcheuse au regard de la multiplication des régimes différenciés, dont l'impact sur les droits des personnes concernées n'est plus à démontrer* ».

[1599] Art. R. 213-18, al. 4 C. pénit.

[1600] Art. R. 213-21 C. pénit. ; Art. R. 224-5, al. 2 C. pénit. ; Art. R. 224-19, al. 2 C. pénit.

[1601] Art. R. 57-7-64, al. 4 CPP ; Art. R. 224-5, al. 5 C. pénit; Art. R. 224-18, al. 3 C. pénit.

[1602] Art. R. 224-10 al. 2 C. pénit. ; Art. R. 224-23, al. 1er C. pénit.

[1603] Cons. constit., 18 juin 2021, M. Emmanuel R., n° 2021-918 QPC, *JORF* n°0141 19 juin 2021, texte n° 60, *D.* 2021, p. 1193.

consentement, entraîne une atteinte au droit au recours[1604]. En l'occurrence, le droit au recours est garanti mais non respecté par l'établissement de soins.

Enfin, dans certains cas la demande de mise en liberté est entravée.

B. Une demande de mise en liberté impossible

406. La mise en liberté est parfois impossible car elle n'est pas prévue par les textes (1) ou elle est empêchée par des conditions pratiques (2).

1) Une mise en liberté non prévue par les textes

407. Une personne placée en garde à vue n'a pas la possibilité de présenter une demande de mise en liberté. Les textes ne le prévoient pas. La mise en liberté est mentionnée uniquement à l'article 62-3 du code de procédure pénale pour indiquer que le procureur de la République « *peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté* ». Il n'est fait aucune référence à une éventuelle mise en liberté demandée par la personne gardée à vue elle-même ou son avocat.

Bien entendu, cette demande pourrait être faite dans les observations que l'avocat adresse au procureur de la République. Néanmoins, comme cela a été souligné, il n'est pas certain que le procureur de la République en prenne connaissance suffisamment tôt. De plus, des observations ne valent pas demande de mise en liberté.

Le régime de la garde à vue étant étendu à d'autres mesures privatives de liberté comme les douanes, la retenue pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire ou d'une condamnation, aucune demande de mise en liberté ne peut non plus être déposée par l'avocat au cours de ces procédures.

408. Les auteurs d'infractions terroristes ne sont pas des condamnés comme les autres. Si les textes ne les empêchent pas de présenter des demandes d'aménagement de peine, ils prévoient cependant un régime dérogatoire en matière d'application des peines. Pour commencer, le maximum des peines privatives de liberté est augmenté[1605] et la période de sûreté en cas de condamnation à une peine de réclusion criminelle à perpétuité est relevée de 22 à 30 ans[1606].

Les auteurs d'infractions terroristes encourent donc de plus longues peines et peuvent se voir prononcer une période de sûreté plus longue, période de sûreté au cours de laquelle aucune permission de sortir ni aucun aménagement ne sera accordé. Lors de l'exécution de la peine privative de liberté, le condamné ne bénéficiera pas des mêmes réductions de peine que celles

---

[1604] Recommandations en urgence du CGLPL 19 août 2022 relatives à l'établissement public de santé mentale de Vendée à La Rochesur-Yon, JORF 27 oct. 2022, texte n°102 : « *Enfin, lorsqu'elles ne sont pas directement remises aux patients par le magistrat, les ordonnances du JLD sont parfois notifiées tardivement, voire jamais, aux patients, ce qui compromet l'exercice d'un recours : la notification d'une ordonnance du 11 mars 2022 a été effectuée le 16 mai 2022, soit plus de deux mois après la décision* ».

[1605] Art. 421-3 CP.

[1606] Art. 421-7 CP.

prévues en droit commun[1607]. De plus, certains aménagements de peine ne sont tout simplement pas possibles pour les condamnés pour des faits d'infraction terroristes comme la semi-liberté ou le placement à l'extérieur[1608].

Il ressort de ces éléments que les auteurs d'infractions terroristes ne bénéficient pas du même régime que les autres condamnés mais surtout qu'ils exécutent des peines privatives de liberté plus longues. L'avocat ne pourra donc obtenir la sortie anticipée de son client si ce dernier a été condamné à des infractions terroristes. Or, « *[la CNCDH] observe que la réduction des possibilités pour les personnes condamnées d'accéder à des mesures de libération anticipée ne peut se traduire autrement que par une recrudescence des violences* »[1609].

Dans certains cas, la mise en liberté n'est pas possible dans la pratique.

2) Une impossibilité pratique à la mise en liberté

409. Dans le cas particulier de la procédure disciplinaire en détention, il n'est pas possible d'obtenir la mise en liberté de la personne détenue. Cela tombe sous le sens étant donné que même si la sanction de quartier disciplinaire est suspendue par le juge des référés, la personne se trouve toujours en détention et reste donc privée de liberté. Tel est le cas aussi pour les procédures d'isolement, de placement en unité pour détenus violents ou dans un quartier de prise en charge de la radicalisation.

La mission de l'avocat est donc restreinte en l'espèce car il ne peut demander la mise en liberté de la personne détenue. Bien entendu, il peut mettre en œuvre des recours pour suspendre une sanction disciplinaire et la contester devant le juge administratif. Cependant, son client restera privé de liberté.

410. Conclusion de la section 2 : Les missions de l'avocat ne sont pas exercées de manière uniforme. En effet, certaines procédures n'en permettent pas un plein exercice. Il en résulte des atteintes aux droits de la défense. L'avocat ne peut ainsi pas toujours discuter de la validité de la mesure privative de liberté. De plus, des évènements ponctuels comme la grève des avocats ou la crise sanitaire due au covid ont aussi entravé les droits de la défense. D'autres droits procéduraux sont aussi atteints comme le droit au recours. En effet, il n'est pas toujours possible de remettre en cause la mesure privative de liberté appliquée. Dans certains cas, la mise en liberté de la personne privée de liberté n'est pas possible.

Cette disparité entre les procédures démontre que la défense des personnes privées de liberté n'est pas effective.

[1607] Art. 721-1-1 CPP.
[1608] Art. 723-1, al. 3 CPP.
[1609] CNCDH, Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016, p. 38.

Conclusion du chapitre 2

411. Les missions propres à la profession d'avocat sont multiples. Il peut représenter son client devant la juridiction, il peut lui apporter une assistance écrite ou orale et il peut déposer des recours. Ces recours peuvent avoir pour objet de contester la décision rendue ou de faire valoir les droits de son client.

Lorsque l'avocat peut pleinement exercer ses missions, les droits procéduraux sont respectés. En effet, s'il a la possibilité de représenter son client et de lui apporter une assistance écrite ou orale le jour de l'audience, les principes du contradictoire, de l'égalité des armes ainsi que les droits de la défense sont respectés. De plus, au regard des exigences du droit à un recours effectif, il doit être possible de contester la décision rendue. Comme cela a déjà été évoqué, la défense de la personne privée de liberté ne peut être effective qu'avec le respect des droits de la défense. Permettre à l'avocat d'exercer pleinement ses missions est donc essentiel au regard des droits procéduraux.

Cependant, certaines procédures relatives aux mesures privatives de liberté ne garantissent pas un tel exercice. Or, ce faisant, ce sont différents droits ou principes qui sont atteints comme le principe du contradictoire ou le droit de contester l'accusation. Si ces droits sont atteints, la défense de la personne privée de liberté ou encourant une mesure privative de liberté n'est donc pas effective.

La protection des droits de la défense ne se fait donc pas de manière uniforme entre les différentes procédures. Ainsi, « *[les droits de la défense] sont plus ou moins développés et plus ou moins efficaces selon les phases du procès et les actes contre lesquels ils garantissent la personne poursuivie. Toute la question est celle de l'équilibre des pouvoirs des autorités de poursuites ou judiciaires face aux droits des individus. De ce point de vue, des différences manifestes apparaissent entre les procédures* »[1610].

[1610] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°789, p. 672.

Conclusion du Titre II

412. Les droits de la défense peuvent être scindés en deux parties à savoir ceux relatifs à la préparation de la défense et ceux relatifs à l'acte de défense même qui correspondent aux missions de l'avocat.

Les droits relatifs à la préparation de la défense sont ceux veillant à ce que toutes les informations relatives aux raisons de l'arrestation et au contenu de l'accusation soient transmises, à ce que le délai pour préparer la défense soit suffisant… Le respect de ces droits est essentiel car, d'une part, ils font partie des droits de la défense et d'autre part, ils assurent le bon exercice des droits relatifs aux missions de l'avocat. En effet, si l'accusation n'est pas connue de l'avocat, comment ce dernier peut-il plaider devant la juridiction ?

Notre étude a démontré que les droits relatifs à la préparation de la défense ne sont ni garantis, ni respectés de manière identique. Par exemple, il n'est pas toujours garanti un accès total au dossier de la procédure à l'avocat. Cet accès restreint constitue une atteinte aux droits de la défense et a des répercussions sur la suite de la procédure. Cette dissonance ne permet pas d'assurer une défense effective à toutes les personnes privées de liberté. L'absence de garantie des textes n'est pas la seule raison à cette absence de défense effective. En effet, la pratique peut empêcher le respect des droits de la défense, notamment pour ce qui est de la communication libre et confidentielle entre un avocat et son client privé de liberté.

Les missions de l'avocat ne sont pas non plus exercées de la même manière en fonction de la procédure appliquée. Si certaines procédures assurent le plein exercice de ses missions à l'avocat, d'autres au contraire le restreignent. Cette restriction peut se manifester par l'impossibilité pour l'avocat de discuter de la mesure privative de liberté en cours, comme lors d'une garde à vue. Son rôle se limite alors à apporter une simple présence et non à défendre de manière concrète.

Or, cet exercice restreint des missions exercées par l'avocat n'assure pas une défense effective. Par conséquent, la défense effective n'est pas globalement assurée à toutes les personnes privées de liberté.

Conclusion de la partie I

413. Les droits de la défense ont peu à peu été reconnus au sein des procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté. Cette reconnaissance était nécessaire car les principes procéduraux que sont le principe du contradictoire et le principe de l'égalité des armes n'était pas suffisants à eux-mêmes pour garantir une défense effective de la personne. Pour atteindre cet objectif, il était donc nécessaire de reconnaitre les droits de la défense.

La manifestation de cette reconnaissance a été l'extension de l'intervention de l'avocat. En effet, non seulement ce dernier peut désormais intervenir au cours de toutes les procédures régissant des mesures privatives de liberté mais il est également imposé auprès de certaines personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté. Son intervention est également imposée dans le cadre de certaines procédures.

Au vu de l'extension de l'intervention de l'avocat, l'on pourrait penser que les personnes privées de liberté bénéficient d'une défense effective. Cependant, le respect du droit à l'assistance de l'avocat ne suffit pas à assurer une telle défense. Pour cela, les autres droits de la défense doivent être respectés, tant ceux relatifs à la préparation de la défense que ceux relatifs à l'acte même de défense, les missions de l'avocat.

Or, il ressort de l'étude des textes que les droits relatifs à la préparation de la défense ne sont pas totalement garantis ni respectés au sein de chaque procédure mettant en œuvre une mesure privative de liberté. Certaines procédures assurent cette garantie et ce respect mais ce n'est pas le cas de toutes les procédures relatives à la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté. La préparation de la défense des personnes privées de liberté est donc à parfaire.

De la même manière, l'on remarque une différence d'exercice des missions de l'avocat en fonction de la procédure mise en œuvre. En effet, l'avocat ne peut pas toujours exercer les missions qui lui sont propres comme la plaidoirie. Les missions de l'avocat doivent donc être harmonisées entre les différentes procédures.

Il ressort de l'étude des textes que les droits de la défense ne sont pas protégés de manière uniforme. Il est donc impossible d'affirmer que les personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté bénéficient toutes d'une défense effective[1611].

La prochaine partie aura pour objet de rechercher un moyen de rendre cette défense plus efficace. En effet, si l'effectivité de la défense ne peut être atteinte dans toutes les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté, il sera recherché un moyen de la rendre plus efficace.

[1611] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n° 799, p. 678 : « *L'évolution a montré que les droits de la défense se sont diversifiés, se sont propagés, reste maintenant à en assurer une effectivité plus constante* ».

Deuxième partie : L'efficacité recherchée de la défense des personnes privées de liberté

414. Malgré la reconnaissance progressive des droits de la défense au sein des procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté et l'extension de l'intervention de l'avocat au sein de l'ensemble de ces procédures, toutes les personnes privées de liberté ne bénéficient pas d'une défense effective. En effet, la défense ne peut être effective que si l'ensemble des droits composant les droits de la défense sont garantis et respectés et si la personne privée de liberté peut les exercer librement.

Or, il ressort de nos premières constatations que certaines procédures assurent une défense effective tandis que d'autres ne l'assurent pas.

415. Une telle défense effective sera-t-elle un jour atteinte ? Pour cela, il faut que l'ensemble des droits de la défense soient garantis par le législateur et respectés par l'autorité qui ordonne ou contrôle la mise en œuvre de la mesure privative de liberté. De plus, il faut que l'autorité, en charge de faire exécuter cette mesure, n'entrave pas l'exercice des droits de la défense de la personne privée de liberté.

Une analyse approfondie des différentes procédures nous permettrait de comprendre les raisons du caractère partiel de la défense effective des personnes privées de liberté. Une fois ces raisons cernées, il sera plus aisé de présenter des propositions d'optimisation adaptées.

Les textes peuvent être modifiés de manière à garantir et à faire respecter l'ensemble des droits de la défense. Il parait donc aisé de faire des propositions visant à garantir et à faire respecter les droits de la défense. Cependant, l'exercice de certains droits de la défense peut être entravé du fait de la privation de liberté. Nous tenterons ainsi de nous inspirer de certaines organisations de lieux de privation de liberté afin d'assurer un exercice le plus libre possible des droits de la défense.

416. Il nous est difficile d'affirmer que nos propositions permettront de rendre la défense des personnes privées de liberté effective. Une création législative n'est pas toujours suivie d'effets. Ainsi, la création du nouveau recours – relatif aux conditions indignes en détention – prévu à l'article 803-8 du code de procédure pénale constitue une illustration de création législative qui n'est pas suivie d'effet[1612], qui n'est donc pas effective.

Dès lors, nous allons chercher à rendre la défense plus efficace. Le terme « efficace » désigne quelque chose qui produit l'effet attendu[1613]. Les propositions faites, en vue d'atteindre une défense plus efficace, auront pour but d'optimiser la défense afin qu'elle remplisse tous les objectifs qu'on attend d'elle[1614].

[1612] Cela a été démontré en paragraphe § n° 371.

[1613] A. REY (dir.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 3e éd., Le Robert, coll. Le Robert micro, 2006, p. 435.

[1614] La différence entre « effectivité » et « efficacité » a été faite au paragraphe § n°32.

417. Ainsi, nous allons tâcher de déterminer les raisons de cette hétérogénéité procédurale. L'analyse de notre législation ainsi que celle des législations de pays européens peuvent nous aider (Titre Ier). Une fois les raisons de cette hétérogénéité établies, il sera plus simple de présenter des propositions adaptées. Ces propositions auront pour but d'optimiser la défense des personnes privées de liberté (Titre IInd).

Titre 1er : La rationalisation de la défense des personnes privées de liberté

418. Pour comprendre pourquoi les droits de la défense ne sont ni garantis, ni respectés, ni exercés de la même manière au sein des différentes procédures relatives aux mesures privatives de liberté, il convient d'analyser lesdites procédures. Cette analyse sera qualifiée dans le présent titre de rationalisation. Ce terme signifie « *la justification d'un comportement par la recherche de motifs rationnels* » [1615]. Le « comportement » que nous cherchons à comprendre est l'hétérogénéité du respect des droits de la défense. La recherche de motifs rationnels pourrait nous aider à comprendre, à justifier ce « comportement ». Enfin, les « motifs rationnels » sont des raisons logiques qui expliqueraient cette dissonance de garantie et de respect des droits de la défense entre les différentes procédures. La rationalisation n'implique pas uniquement la recherche de « motifs rationnels » mais implique également une organisation logique parmi ces différents motifs trouvés.

Ainsi, nous rechercherons ces motifs au sein des procédures que nous avons précédemment étudiées. Une logique émerge-t-elle de cette disparité ? Nous tenterons de la dégager. Les procédures étudiées étant issues du droit français, la rationalisation sera qualifiée d'« interne ». Cette rationalisation nous permettra de mieux comprendre notre droit mais aussi de faire des propositions d'optimisation plus ciblées.

Nous rechercherons aussi ces motifs rationnels au sein de législations d'autres pays européens. En effet, nos voisins européens peuvent garantir de manière différente le respect des droits de la défense lors de l'exécution d'une mesure privative de liberté. Nous tenterons aussi de dégager une logique de ces diverses législations, c'est la rationalisation « externe ». Cette rationalisation « externe » pourra également nous aider à mieux comprendre notre droit. De plus, elle pourra nous inspirer et nous aider à présenter des propositions adaptées – auxquelles nous n'aurions peut-être pas pensé.

Ainsi, il sera traité dans un premier chapitre de la rationalisation interne (chapitre 1er) puis de la rationalisation externe (chapitre 2nd).

[1615] A. REY (dir.), *op. cit.*, p. 1110.

Chapitre 1 : La rationalisation interne : la justification du manque d'unité

419. FOUCHÉ, ministre de la police sous Napoléon Ier, ainsi que sous Louis XVIII, a tenu les propos suivants : « *l'information, c'est tout, à la guerre, comme pendant la paix, dans la politique, comme dans la finance* »[1616]. Cette recherche avide de l'information peut conduire le législateur à écarter le respect des droits de la défense.

Un tel phénomène a été particulièrement constaté lors de la mise en œuvre de mesures privatives de liberté lors de la phase d'enquête comme la garde à vue. Toutefois, la recherche d'informations est aussi l'enjeu de l'instruction préparatoire car le magistrat instructeur est chargé de déterminer si des indices graves ou concordants peuvent être retenus à l'encontre de la personne mise en cause. De plus, s'il estime que la personne – devenue alors « mise en examen » – a commis ou tenté de commettre des faits pouvant revêtir une qualification pénale, le magistrat instructeur renverra la personne devant une juridiction de jugement. La recherche de l'information est donc au cœur de la fonction du juge d'instruction. Or, une telle atteinte aux droits de la défense n'a pas été constatée devant le juge d'instruction.

Une restriction des droits de la défense a également été constatée au sein de procédures mises en œuvre par l'administration pénitentiaire, en particulier la procédure disciplinaire. Lors de cette procédure, l'avocat, comme la personne détenue, ne peut exercer tous les droits relatifs à la préparation de la défense.

Le respect des droits de la défense n'est donc pas uniforme. L'exercice des droits de la défense varie également en fonction de la procédure en cours.

Ce défaut d'homogénéité pourrait s'expliquer par deux principaux facteurs. Le premier a trait à la nature de l'autorité en charge de la mesure. Il existe différentes autorités en droit français. L'autorité judiciaire désigne « *l'ensemble des magistrats assurant le service de la justice civile et pénale* »[1617]. Tandis que les autorités publiques, ou pouvoirs publics, sont « *des organes de l'État et même parfois ceux des collectivités locales* »[1618]. Or, le respect des droits de la défense n'est pas protégé de la même manière selon l'autorité qui dirige la procédure (section 1).

La nature de l'autorité n'est pas le seul critère à prendre en compte. Il ressort de notre analyse que les droits de la défense peuvent également être écartés au profit d'autres enjeux spécifiques. La Cour européenne des droits de l'Homme, bien qu'elle ait reconnu le droit à l'assistance d'un avocat comme un droit fondamental du procès[1619], a en effet parfaitement admis que ce droit pouvait faire l'objet de restrictions pour des « raisons impérieuses ». Ces raisons impérieuses, propres à la phase de l'enquête, peuvent conduire à une restriction de l'exercice des droits de la défense.

[1616] S. ZWEIG, *Fouché*, Grasset, coll. Poche, 2011, p. 116.
[1617] « Autorité judiciaire », S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 108.
[1618] « Pouvoirs publics », S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 803.
[1619] CEDH, Gr. ch., 12 nov. 2008, SALDUZ c/ Turquie, n° 36391/02, §§ 53-54 : *JCP* 2009. I. 104, obs. F. SUDRE.

Par conséquent, le second facteur relève des enjeux qui entrent en concurrence avec les droits de la défense (section 2).

Section 1 : Les droits de la défense respectés en fonction de l'autorité

420. La procédure mettant en œuvre une mesure privative de liberté peut être dirigée par une autorité judiciaire – par exemple, le président du tribunal correctionnel préside les audiences correctionnelles – elle peut également l'être par une autorité qui n'est pas judiciaire – par exemple, le directeur de l'établissement pénitentiaire préside les commissions de discipline en détention. Or, les droits de la défense sont davantage respectés en présence de l'autorité judiciaire (1er paragraphe). À l'inverse, l'atteinte est plus importante en l'absence de l'autorité judiciaire (2nd paragraphe).

1er paragraphe : Le respect prégnant des droits de la défense devant l'autorité judiciaire

421. « *Les droits de la défense sont consubstantiels à la procédure pénale* »[1620]. Il est possible de penser qu'ils sont toujours respectés en présence de l'autorité judiciaire en charge de la procédure pénale. Toutefois, si ce respect est certain en présence de juges du siège (A) il peut l'être moins en présence de magistrats du Parquet (B).

A. Un respect certain devant les magistrats du siège

422. Ce respect prégnant des droits de la défense en présence des magistrats du siège peut se justifier par différents motifs. D'une part, les droits de la défense ne sont pas les seuls droits processuels qui ont vocation à s'appliquer (1). D'autre part, le statut même des magistrats du siège peut expliquer ce respect plus important des droits de la défense (2).

1) La garantie de droits processuels en soutien du respect des droits de la défense

423. D'autres droits rattachés au procès sont appliqués au cours de la procédure. Ils vont tour à tour compléter (a) ou renforcer (b) les droits de la défense.

a) Les droits de la défense complétés

424. Le fait que les droits de la défense soient davantage respectés devant l'autorité judiciaire s'explique par la garantie d'autres droits processuels. En effet, d'autres droits protègent le justiciable en présence d'un juge et permettent de compléter les droits de la défense.

[1620] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°775, p. 662.

425. Le droit à un procès équitable est, bien évidemment, l'un de ces droits processuels car il s'agit d'un droit fondamental[1621]. Le terme « procès » vient du latin *procedere* qui signifie « avancer, faire avancer », « *le procès permet donc de résoudre des problèmes, souvent passionnels, tout en respectant les droits de chacun. C'est la raison pour laquelle la Convention EDH a consacré, dans son article 6, le droit de toute personne à un "procès équitable"* »[1622].

Le lien entre ce droit et le droit au respect des droits de la défense est indéniable étant donné que ces deux droits ont pour objectif d'assurer l'équité de la procédure. Dans une décision de juillet 1989, le Conseil constitutionnel a lui aussi reconnu ce lien entre les droits de la défense et le droit au procès équitable[1623].

Ce droit est garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à l'article 47[1624] – ce même article qui garantit les droits de la défense, preuve supplémentaire du lien entre ces deux droits. Il est également garanti à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Au sein de cet article, un ensemble de droits processuels est également garanti comme les droits de la défense, le principe de présomption d'innocence, la spécialité du droit des mineurs… Ces textes ne sont cependant pas contraignants pour le législateur français comme peut l'être la Convention européenne des droits de l'Homme car « *la France est concernée par les exigences énoncées dans les dispositions de la Convention européenne et ses interprétations par la Cour européenne à plusieurs titres : des condamnations sont prononcées par cette juridiction à l'encontre de l'État français pour non-respect de ces exigences […]* »[1625].

Dans la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 6 consacre explicitement le « droit au procès équitable ». Cet article se subdivise en trois paragraphes. Le premier garantit le droit à un procès équitable et d'autres droits processuels : la publicité des débats et le droit à un tribunal indépendant et impartial. Le deuxième paragraphe rappelle le principe de présomption d'innocence pour toute personne accusée et le troisième énumère les différents droits composant les droits de la défense. Nous allons reprendre successivement ces deux premiers paragraphes.

426. Le premier alinéa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme stipule que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, […] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle […]* ». L'adverbe « équitablement » semble nous indiquer où se situe le droit au procès équitable dans ce texte. Il consisterait donc à présenter équitablement sa cause. En réalité, le

---

[1621] S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 191 : « *Nous voulons affirmer d'emblée que nous souscrivons sans réserve à l'opinion doctrinale et à l'expression jurisprudentielle du droit positif processuel international et européen, que la garantie d'un procès équitable est un droit fondamental* ».

[1622] M. FABRE, « Le droit à un procès équitable », *JCP* 1998 I, p. 157.

[1623] Consid. 44, Cons. constit, 28 juill. 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n° 89-260 DC, *JORF* 1er août 1989, p. 9676 : « *Le principe du respect des droits de la défense […] implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* ».

[1624] Art. 47, § 2 Charte des droits fondamentaux : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter* ».

[1625] C. ALBIGES, *Introduction au droit*, 6e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2019, n° 77, p. 63.

droit au procès équitable recouvre l'entièreté de cette disposition. Cela signifie que l'ensemble des droits prévus au premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme – mais l'on pourrait également inclure les droits prévus aux autres paragraphes car une atteinte aux droits de la défense ne garantit pas l'équité de la procédure – assure le respect du droit au procès équitable.

Ainsi, la personne doit être capable de présenter sa cause de manière équitable et cette présentation doit se faire auprès à un tribunal indépendant et impartial. Il est ainsi exigé que le tribunal soit indépendant et impartial vis-à-vis du pouvoir exécutif comme vis-à-vis des parties[1626]. Ce droit vient compléter les droits de la défense en assurant à la personne privée de liberté, ou encourant une mesure privative de liberté, que ses intérêts seront entendus par un juge disposé à les écouter.

En outre, les justiciables bénéficient du droit d'être jugé – c'est-à-dire d'obtenir une décision définitive – dans un délai raisonnable[1627]. Ce droit est particulièrement important en matière de privation de liberté. En effet, certaines mesures privatives de liberté sont décidées en attendant qu'une juridiction de jugement rende sa décision – telles que la détention provisoire lors de la phase d'instruction et l'incarcération temporaire pour bénéficier d'un délai supplémentaire pour préparer sa défense dans le cadre d'une comparution immédiate. Ce droit complète ainsi les droits de la défense et peut assurer à l'avocat que l'affaire de son client, privé de liberté, sera traitée dans les meilleurs délais. La durée de la privation de liberté n'est donc pas infinie mais est au contraire encadrée. Pour preuve, lorsque le magistrat instructeur rend une ordonnance de renvoi devant un tribunal correctionnel, il doit également rendre une ordonnance distincte et spécialement motivée s'il souhaite maintenir le prévenu en détention[1628]. Le délai durant lequel le prévenu est maintenu en détention provisoire ne peut excéder deux mois. Si toutefois, l'audience ne pouvait se tenir avant l'expiration de ce délai, le tribunal correctionnel rendrait une décision, à titre exceptionnel, ordonnant la prolongation de la détention pour une nouvelle durée de deux mois[1629]. Ainsi, à l'issue de l'instruction, la personne détenue prévenue est assurée de comparaitre devant le tribunal correctionnel dans un délai de quatre mois au plus.

Il nous est impossible de ne pas évoquer le principe de la publicité des débats, également prévu à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *GAUTRIN contre France*, estime que la publicité des débats aide à atteindre l'objectif de l'équité de la procédure. Elle le justifie ainsi : « *La Cour rappelle que la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1. Ladite publicité protège les justiciables contre une justice échappant au contrôle du public ; elle contribue aussi à préserver la confiance de chacun dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable* »[1630].

[1626] CEDH 28 juin 1984, CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni, n° 7819/77; 7878/77, §78 : Série A n° 80 ; *Cah. dr. eur*. 1986, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1986, p. 1058, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.
[1627] CEDH 14 nov. 2000, DELGADO c/ France, n° 38437/97.
[1628] Art. 179, al. 3 CPP.
[1629] Art. 179, al. 5 CPP.
[1630] CEDH 20 mai 1998, GAUTRIN et a. c/ France, n° 21257/93, 21258/93, 21259/93, § 42 : Rec. 1998-III.

Le droit au procès équitable serait donc respecté grâce à la publicité des débats par un unique élément : la transparence offerte par la publicité des débats. De quelle « transparence » parle la Cour ? La transparence peut être définie comme l'accès facile et clair à une information. De quelle information s'agit-il ? Apparemment, cette information consiste à savoir comment se déroule un procès. Or, nous nous permettons d'émettre une réserve sur l'apport de cette transparence au respect du droit au procès équitable. À notre sens, la publicité des débats n'aide pas à atteindre l'objectif d'équité de la procédure, ni à compléter les droits de la défense. Qu'un débat soit public ou non ne modifie pas l'exercice des droits de la défense ni des autres droits processuels. La preuve en est avec les sessions de cours d'assises se tenant à huis clos. En effet, dans certains cas, il peut être décidé que la session ne sera pas publique – soit dans l'intérêt de la partie civile qui s'y est opposée soit dans un souci de préserver l'ordre public. Or, les textes ne prévoient aucune différence dans le déroulement des débats ou dans l'exercice des droits selon la publicité ou non des sessions d'assises. Ainsi, « *la décision d'interdire à la presse comme au public d'assister à certaines parties de la procédure pour des raisons de sécurité nationale, peut ainsi ne pas rendre le procès inéquitable, surtout si la demande de huis clos a été examinée et débattue par la juridiction* »[1631]. En revanche, nous souscrivons au raisonnement selon lequel la publicité des débats permet de conserver, voire de restaurer, le lien de confiance entre les citoyens et la justice. En assistant à un procès, le citoyen peut se rendre compte du respect des droits de chaque partie et peut se familiariser avec la matière juridique et le déroulement d'un procès.

Ces différents droits complètent ainsi les droits de la défense. Bien que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme se réfère expressément au procès pénal, ces différents droits sont garantis à toute la matière pénale. La Cour européenne des droits de l'Homme veille en effet à indiquer dans ses décisions que le terme « procès » est employé de manière large et ne se limite pas à la procédure de jugement en matière pénale[1632]. De plus la matière « pénale » visée par l'article 6 est entendue de manière large et peut donc correspondre à la procédure disciplinaire en détention au vu de la nature et du degré de sévérité de la sanction[1633]. Cette procédure devrait donc également garantir ces différents droits.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les droits de la défense sont davantage respectés devant l'autorité judiciaire car ils sont complétés par d'autres droits. Parfois, les droits de la défense peuvent également être renforcés.

b) Les droits de la défense renforcés

427. Dans certaines procédures, le législateur assure un renforcement des droits de la défense. Nous employons ici le terme « renforcement » pour indiquer que certains droits composant les droits de la défense sont particulièrement garantis. En effet, le législateur ne veille pas seulement à ce que les droits de la défense soient librement exercés, il veille

---

[1631] Y. STRICKLER, « Le droit à un procès équitable », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°732, p. 625.

[1632] CEDH, 24 nov. 1993, IMBRIOSCIA c/ Suisse, n°13972/88.

[1633] CEDH 28 juin 1984, CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni, n° 7819/77; 7878/77, §72 : Série A n° 80; *Cah. dr. eur.* 1986, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1986, p. 1058, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

également à ce qu'ils soient renforcés en laissant une place « active » à l'avocat dans la procédure – place active que l'on ne retrouve pas lors de la phase d'enquête. Cette place active renforce le respect du droit de discuter l'accusation. Tel est notamment le cas au stade de l'information judiciaire où l'avocat peut demander au juge d'instruction la réalisation de certains actes.

La phase d'instruction préparatoire n'est pas la seule phase du procès au cours de laquelle les droits de la défense font l'objet d'une particulière protection. La phase de jugement est également un moment de « *paroxysme des droits de la défense* »[1634], en particulier devant la cour d'assises. En effet, devant cette instance, l'assistance de l'avocat est obligatoire, ce dernier peut poser des questions à toute personne appelée à la barre[1635]. Par le biais de ses questions, l'avocat continue de participer à la manifestation de la vérité et peut établir l'innocence de son client ou minimiser sa participation à la commission des faits. De plus, devant la cour d'assises, l'avocat a la prérogative de déposer des conclusions écrites le jour même de l'audience. Ces conclusions visent à dénoncer le comportement du président de la cour d'assises qui ne doit pas manifester son opinion sur la culpabilité de l'accusé[1636]. Il ne s'agit pas, par le biais de ces conclusions, de discuter l'accusation ou la peine encourue mais de pointer du doigt le comportement du président au jury. Cette particularité procédurale n'existe que dans le cadre d'une cour d'assises car, lorsqu'elle statue en première instance, elle est composée de six jurés ou, quand elle statue en appel, de neuf jurés[1637]. Les jurés peuvent être influencés par l'opinion du président d'assises qu'ils croient deviner puisque celui-ci représente une figure d'autorité. Or, si le président de la cour d'assises semble, dès le début de la session d'assises, convaincu de la culpabilité de l'accusé, il risque d'influencer les jurés. Devant une cour d'assises, les peines encourues sont des peines criminelles au quantum particulièrement élevé. La reconnaissance de la culpabilité peut donc conduire au prononcé d'une longue peine de réclusion criminelle. Ainsi, en déposant ces conclusions, l'avocat espère épargner une longue peine de réclusion criminelle à son client. Enfin, devant la cour d'assises, chaque pièce de la procédure est débattue en présence des parties. Le principe du contradictoire est donc particulièrement protégé. Cette haute protection se justifie aussi par l'enjeu d'une session de cour d'assises. En discutant chacune des pièces présentées, chacun des témoignages confiés, l'avocat cherche à convaincre de l'innocence de son client ou à lui éviter le prononcé d'une lourde peine de réclusion criminelle.

428. Le point commun à la phase d'instruction et à la session d'assises est que la personne au centre de la procédure n'a pas encore été reconnue coupable par une juridiction de jugement. Dès lors, les droits de la défense sont renforcés par le principe de présomption

---

[1634] V. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°781, p. 665.

[1635] Art. 312, al. 1er CPP : « *Sous réserve des dispositions de l'article 309, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions à l'accusé, à la partie civile, aux témoins et à toutes les personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président* »

[1636] Art. 327, al. 1er et 4 CPP.

[1637] Art. 296, al. 1er CPP.

d'innocence[1638]. Ce principe est inscrit à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen[1639], à l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme[1640], à l'article 6, paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1641] et à l'article 14 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques[1642]. Ces différents textes définissent ce principe de la même manière : il assure au justiciable d'être présumé innocent tant qu'il n'a pas été déclaré coupable par une juridiction de jugement. La Déclaration universelle des droits de l'Homme associe même ce principe aux droits de la défense en déclarant : « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées* ». L'accusé doit donc avoir été reconnu coupable et ce, au cours d'un procès où ses droits de la défense ont été respectés. La Convention européenne des droits de l'Homme ne reconnait pas expressément dans son texte ce lien entre le principe de présomption d'innocence et le respect des droits de la défense mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme le fait avec son arrêt *SALABIAKU contre France* dans lequel elle dit : « *L'article 6 par. 2 ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense* »[1643].

« *Depuis la loi du 15 juin 2000, qui a introduit un article préliminaire énonçant plusieurs grands principes régissant la procédure pénale, la présomption d'innocence est enfin affirmée dans ce code* »[1644]. Le principe de présomption d'innocence est donc reconnu dans le code de procédure pénale et a vocation à s'appliquer au cours de toute la procédure pénale, comme en témoigne sa consécration à l'article préliminaire. Ainsi, lors d'une instruction préparatoire, il est bienvenu que le principe de présomption d'innocence renforce les droits de la défense car la personne mise en examen peut être placée en détention provisoire. Or, la détention provisoire est exécutée dans un établissement pénitentiaire, lieu privatif de liberté, où sont exécutées les peines d'emprisonnement délictuel et de réclusion criminelle. La personne mise en examen se retrouve donc dans un établissement où le caractère punitif est intrinsèque. Il est donc essentiel que le principe de présomption d'innocence soit protégé afin que la personne ne se sente pas « confondue » avec les personnes reconnues coupables par une juridiction de jugement.

[1638] P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2021, n° 441, p. 671 : « *Les atteintes à la liberté individuelle peuvent être nombreuses dans le cadre de la procédure pénale, où elles sont d'autant plus redoutables qu'elles portent à la présomption d'innocence un coup extrêmement grave* ».

[1639] Art. 9 DDHC : « *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'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

[1640] Art. 11 DUDH : « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées* ».

[1641] Art. 6, § 2 Conv. EDH : « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

[1642] Art. 14, § 2 Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

[1643] CEDH 7 oct. 1988, SALABIAKU c/ France, n° 10519/83, § 28 : Série A n° 141-A; *Rev. pénale (suisse)* 1990, p. 29, obs. B. BOULOC ; *RTD eur.* 1989, p. 167, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *RSC* 1989, p. 16, obs. L.-E. PETTITI et P.-H. TEITGEN ; *JDI* 1989, p. 829, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

[1644] C. AMBROISE-CASTÉROT, « Présomption d'innocence », *Rép. pénal Dalloz*, oct. 2019, n° 9.

De la même façon, les droits de la défense sont renforcés devant une cour d'assises par le respect du principe de présomption d'innocence. En effet, la personne accusée n'a pas encore été déclarée coupable par la cour d'assises, elle est donc présumée innocente. À ce titre, elle doit donc bénéficier de toutes les garanties et protections procédurales.

429. *A priori*, « *l'appareil judiciaire tout entier gravite autour de l'idée d'innocence* »[1645]. Néanmoins, un tel renforcement des droits de la défense ne se vérifie qu'en première instance lors de la phase d'instruction. En effet, devant la chambre de l'instruction, les droits de la défense ne font pas l'objet d'une telle protection en matière de détention provisoire. Cela ressort du défaut de comparution personnelle prévue par les textes. Pour rappel, l'article 199 du code de procédure pénale dispose en son alinéa 6 que la personne mise en examen ne comparaît personnellement devant la chambre de l'instruction en matière de détention provisoire que si elle en fait la demande. De plus, cette demande doit répondre à une exigence formelle, il doit donc s'agir d'une requête. Enfin, si la personne mise en examen a déjà comparu devant la chambre de l'instruction dans les quatre derniers mois, le président de la chambre peut refuser sa comparution personnelle par une ordonnance non susceptible de recours. Imposer la rédaction de cette requête et prévoir le refus de la comparution de la personne détenue – par une ordonnance non susceptible de recours – au seul motif qu'elle s'est déjà présentée à la juridiction dans les quatre derniers mois constituent une atteinte aux droits de la défense. Cette atteinte est d'autant plus surprenante qu'elle est circonscrite au domaine de la détention provisoire, mesure privative de liberté. Le législateur semble souhaiter ainsi, sinon de dissuader les justiciables de déposer des recours répétés, du moins d'alléger le temps de l'audience. Devant le juge des libertés et de la détention, statuant sur la détention provisoire en première instance, la comparution personnelle est systématique bien qu'elle puisse intervenir tardivement dans une journée, à l'issue d'un interrogatoire avec le magistrat instructeur par exemple. Le renforcement des droits de la défense ne semble ainsi total que devant le juge de l'instruction ou devant le juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire[1646].

Par ailleurs, si le respect du principe de présomption d'innocence peut expliquer le renforcement des droits de la défense lors de l'instruction ou d'une session d'assises, il n'assure pas systématiquement un tel renforcement. Ainsi, lors d'une comparution immédiate ou lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, les droits de la défense sont limités compte tenu du très court délai de préparation de la défense ou de l'impossibilité de contester l'accusation portée – étant donné que la personne doit reconnaitre les faits reprochés pour la mise en œuvre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Or, les textes ne prévoient pas un renforcement des droits de la défense. Ce renforcement ne semble pas nécessaire pour le législateur car l'intéressé a accepté la mise en œuvre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou la tenue de l'audience de comparution immédiate le jour-même. Le principe de présomption d'innocence est-il en effet appliqué lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ? La question se pose car la personne

---

[1645] D. INCHAUSPÉ, *L'innocence judiciaire – Dans un procès on n'est pas innocent, on le devient*, PUF, coll. Questions judiciaires, 2012, p. 3.

[1646] P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, Paris, éditions Panthéon-Assas, TH. Paris II Panthéon-Assas 2014, 2018, n°802, p. 528 : « *Les droits de la défense semblent bénéficier d'une protection effective en matière de détention provisoire* ».

n'a pas encore été reconnue coupable par une procédure pénale de jugement. Toutefois, elle a déjà expressément reconnu la commission des faits en présence de l'autorité judiciaire. Une telle reconnaissance peut porter atteinte au principe de présomption d'innocence.

Enfin, lors de la phase d'enquête, le régime dérogatoire de la garde à vue pour des faits de criminalité organisée écarte les droits de la défense alors que la personne est toujours présumée innocente. « *L'on peut craindre […] que l'extension du champ de la criminalité organisée ne crée la possibilité juridique d'une éviction du droit commun par une extension des restrictions apportées aux garanties procédurales découlant de la présomption d'innocence* »[1647].

Ainsi, si le principe de présomption d'innocence permet ponctuellement de renforcer les droits de la défense, ce renforcement n'est pas toujours acquis lors de la mise en œuvre de la procédure pénale. Il en résulte une grande disparité de protection des droits entre les procédures.

Le respect des droits de la défense en présence de l'autorité judiciaire peut également se justifier par la nature de l'autorité judiciaire.

2) Un respect justifié par la nature de l'autorité judiciaire

430. L'autorité judiciaire désigne le juge judiciaire et en droit français, cela englobe les magistrats du siège et les magistrats du Parquet[1648]. « *Les juridictions pénales appartiennent toutes à l'ordre judiciaire* »[1649] mais les juges relevant du droit civil, comme le juge aux affaires familiales, font aussi partie de l'autorité judiciaire, tout comme le juge des enfants – tant dans son volet civil que pénal.

Le fait que les droits de la défense soient davantage respectés en présence de l'autorité judiciaire peut s'expliquer par la nature de cette dernière. En effet, elle est désignée par la Constitution de 1958 comme la « *gardienne de la liberté individuelle* »[1650]. Cela signifie qu'elle est chargée de contrôler toutes les mesures privatives de liberté afin de s'assurer que l'atteinte à la liberté individuelle ne soit ni disproportionnée, ni contraire aux exigences de la loi. La liberté individuelle est protégée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[1651] par le droit à la liberté et à la sûreté.

431. Ainsi, l'autorité judiciaire doit examiner le respect des règles procédurales lors de la mise en œuvre d'une mesure de contrainte[1652]. Si ces règles ne sont pas respectées, elle

---

[1647] H. HENRION-STOFFEL, « La présomption d'innocence », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°765, p. 648.

[1648] M. VERPEAUX, « État d'urgence sanitaire et procédure pénale », *AJDA* 2021, p. 810 : « *En même temps qu'il proclame cette liberté, l'article 66 en confie la protection au seul juge judiciaire, ce qui englobe aussi bien les magistrats du siège que ceux du parquet dans la conception française de la magistrature* ».

[1649] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4e éd., Paris, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2016, n°636, p. 475.

[1650] Art. 66, Constitution 1958.

[1651] Art. 7 DDHC : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance* ».

[1652] Art. prélim., al. 8 CPP : « *Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement*

peut ordonner la mise en liberté immédiate de la personne[1653]. La Cour de cassation est également compétente pour ordonner la mise en liberté de la personne lorsqu'une formalité textuelle n'a pas été respectée. Dans son arrêt du 5 février 1992[1654], la Chambre criminelle était saisie par un accusé, renvoyé devant une cour d'assises pour un crime et un délit connexe. L'accusé venait d'être acquitté du crime mais reconnu coupable du délit. Il formait un pourvoi en cassation à l'encontre de cette condamnation. Toutefois, l'accusé n'était pas remis en liberté au motif que sa condamnation relative au délit n'était pas définitive – du fait du pourvoi en cassation. Les juges du fond estimaient donc qu'il devait toujours être privé de liberté, selon l'ordonnance de prise de corps rendue à son encontre. La Chambre criminelle rappelait cependant qu'une ordonnance de prise de corps ne pouvait valoir titre de détention qu'en matière de crime et non en matière de délit. Dès lors, au vu de l'acquittement devenu définitif, l'accusé n'avait plus de raison d'être détenu au titre de cette ordonnance de prise de corps. Elle ordonnait alors que l'accusé soit immédiatement remis en liberté s'il n'était détenu pour autre cause.

432. Par ailleurs, au-delà du contrôle de la procédure, l'autorité judiciaire est également chargée de s'assurer du respect des autres droits de la personne privée de liberté[1655], y compris les droits processuels comme les droits de la défense. En effet, par le contrôle des nullités substantielles ayant entraîné un grief, le juge peut faire annuler un acte de procédure. « *Le grief est le préjudice causé par l'irrégularité à la partie concernée. À l'égard de la personne mise en examen, il consiste souvent en une atteinte aux droits de la défense* »[1656]. Il est ainsi parfaitement admis que l'autorité judiciaire peut être saisie quand les droits de la défense n'ont pas été respectés, y compris quand l'atteinte à ces droits a été portée par l'autorité judiciaire elle-même[1657]. Par exemple, l'arrêt du 11 juillet 2017 rappelle que *« lorsque l'altération des facultés physiques ou mentales d'un prévenu est telle qu'elle est incompatible avec sa participation personnelle à la procédure, il appartient aux juges de vérifier qu'il est accessible à une sanction pénale et de s'assurer de la mise en œuvre de garanties spéciales de procédure lui permettant d'exercer effectivement les droits de la défense* »[1658]. La Haute juridiction veille donc au respect des droits de la défense tout au long de la procédure.

Pour s'assurer de ce respect des droits de la défense et sanctionner les éventuels manquements, le juge judiciaire peut se fonder sur des dispositions tant européennes que

---

limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ».

[1653] Comme cela a été évoqué au paragraphe 365.

[1654] Cass. crim. 5 févr. 1992, n° 92-80.125, Bull. crim. n° 52.

[1655] V. CHAMPEIL-DESPLATS « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires Paris Ouest, 2008, p. 25 : « *Le juge n'est donc pas la seule institution garante de l'effectivité des droits, ni toujours la mieux armée : certaines mesures peuvent évidemment être obtenues de lui (sanction de la violation de la vie privée ou de la liberté d'aller et venir), d'autres non car ses compétences et ses pouvoirs sont inadaptés, insuffisants ou défaillants* ».

[1656] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n° 2019, p. 1347.

[1657] Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302 P: *D.* 1995, p. 513, concl. M. JÉOL et note R. DRAGO ; *JCP* 1995. II, p. 22478, concl. M. JÉOL et note A. PERDRIAU : « *Enfin, en application des dispositions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne estimant que son droit à un procès équitable a été méconnu, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation alléguée aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».

[1658] Cass. Crim., 11 juill. 2017, n° 16-82.960, P : *D. actu*., 4 sept. 2017, obs. M.-H. YAZICI ; *D.* 2017, p. 1532.

nationales. Concernant les dispositions européennes, le juge peut bien évidemment se fonder sur l'article 6 de la convention européenne. Cette disposition apparaît fréquemment dans les visas des arrêts de cassation : « *Vu* ***les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*** *et 137-1 du code de procédure pénale : il se déduit de ces textes […] qu'un magistrat ayant porté, en tant que juge d'instruction, une appréciation sur l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation à la commission des infractions dont il est saisi ne peut, dans la suite de la procédure, intervenir en qualité de juge des libertés et de la détention, lequel est amené, pour statuer sur les mesures de sûreté, à s'assurer de l'existence de tels indices. […]* »[1659]. En l'espèce, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme sert de fondement au visa de la Cour de cassation car cet article protège le droit à un tribunal indépendant et impartial qui a été méconnu par les juges du fond. Pour ce qui est des dispositions nationales, comme nous l'avons évoqué, il en est une qui permet de s'assurer du respect des droits de la défense, il s'agit de l'article préliminaire du code de procédure pénale. Ainsi, dans un arrêt de mars 2022, la Chambre criminelle a déclaré : « ***Vu les articles préliminaire, 712-6, 712-11 et 742 du code de procédure pénale*** *; Selon le premier de ces textes, la personne poursuivie a le droit d'obtenir la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code* »[1660]. Ainsi, le juge ne se fonde pas uniquement sur la disposition qui a été méconnue par les juges du fond, il peut également se fonder sur des dispositions garantissant des droits relatifs à la procédure comme, en l'occurrence, le droit de bénéficier d'un interprète. La Cour de cassation rappelle par la même occasion que ce droit est indispensable pour l'exercice de sa défense et pour garantir l'équité de la procédure.

Au regard de ces éléments, il est évident que les droits de la défense sont respectés par l'autorité judiciaire : d'une part, parce que l'autorité judiciaire est chargée de contrôler le respect des règles procédurales et les droits de la personne et d'autre part, parce qu'en cas d'atteinte aux droits, un recours peut être exercé devant elle.

Le Parquet fait également partie de l'autorité judiciaire, cependant son statut particulier fait l'objet de nombreuses critiques.

B. Le cas particulier du Parquet

433. Le Parquet fait partie de l'autorité judiciaire. Cependant, le statut du Parquet est critiqué par la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment au regard de son lien avec le ministère de la Justice – représentant du pourvoir exécutif (1). Le fait que la garde à vue soit exécutée, lors de la phase d'enquête, sous l'autorité du ministère public pourrait expliquer, *a priori*, l'atteinte aux droits de la défense faite lors de l'exécution d'une telle mesure (2).

[1659] Cass. Crim. 28 juin 2022, n° 22-82.698, F-B.

[1660] Cass. Crim. 23 mars 2022, n° 21-83.064, § 7 : *D. actu*. 11 avr. 2022, obs. M. DOMINATI ; E. BARBÉ, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D*. 2022, p. 1628 ; P.-J. DELAGE, « Droits de la défense : consultation effective du dossier de procédure et traduction des pièces essentielles », *RSC* 2022, p. 627.

1) Le statut controversé du Parquet

434. Le statut du Parquet suscite de vifs débats. En droit français, le Parquet fait partie de l'autorité judicaire. Rappelons que ce terme renvoie à l'ensemble des magistrats assurant le service de la justice pénale et civile. Le Parquet appartient à l'autorité judiciaire, bien qu'il soit aussi partie au procès pénal[1661]. Le Conseil constitutionnel affirme, bien évidemment, que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du Parquet[1662].

Or, l'impartialité fonctionnelle des magistrats du Parquet est fréquemment remise en cause. Cette impartialité est remise en cause car le système de nomination des magistrats du parquet diffère de celui des magistrats du siège. En effet, alors que la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège dispose d'un vrai pouvoir de proposition pour, notamment, les fonctions de président de cour d'appel et de tribunal judiciaire[1663], celle compétente à l'égard des magistrats du Parquet ne dispose que d'un simple pouvoir consultatif[1664]. Cette formation adresse un avis « favorable » ou « défavorable » aux propositions faites par le ministre de la justice qui n'est pas lié par l'avis[1665]. Le pouvoir de décision du Conseil supérieur de la magistrature est donc très réduit au profit de celui du ministre de la Justice. De plus, les membres du parquet sont nommés par décret du Président de la République, ce qui renforce le lien entre cette autorité judiciaire et le pouvoir exécutif. Ainsi, « *nous avons aujourd'hui une loi admirable, c'est celle qui veut que le Prince prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes, de sorte que la fonction de délateur est inconnue parmi nous* »[1666].

L'influence du ministre de la Justice sur les membres du Parquet se poursuit au cours de leur carrière. Ainsi, bien que le Garde des Sceaux ne puisse plus adresser au ministère public des instructions dans les affaires individuelles depuis la loi du 25 juillet 2013[1667], il peut toujours lui adresser des instructions générales de politique pénale[1668]. De plus, le procureur général adresse chaque année au ministre de la Justice un rapport faisant état de la politique pénale locale[1669]. Dans une décision du 14 septembre 2021, le Conseil constitutionnel a dû se

---

[1661] B. BOULOC, *Procédure pénale*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 601, p. 557 : « *Dans un sens plus étroit, […] les organes de justice sont uniquement ceux qui ont un pouvoir juridictionnel en matière répressive, c'est-* à*- dire les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement, à l'exclusion du ministère public, qui ne juge pas le délinquant, mais qui joue dans le procès pénal le rôle de partie principale, en l'espèce celui de demandeur au procès* ».

[1662] Cons. constit. 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, n° 93- 326 DC, *JORF* 15 août 1993, p. 11599 : *D.* 1993, p. 299, note J. PRADEL ; *JCP* 1993.I, p. 3720, note F. LE GUNEHEC ; *Rev. fr. dr. constit.* 1993, p. 849, note T. S. RENOUX ; *Petites Affiches* 5 janv. 1994, note B. MATHIEU et M. VERNEAUX ; Cons. constit. 6 mai 2011, M. Abderrahmane L., n° 2011-125 QPC, *JORF* n°0106 6 mai 2011, texte n°76.

[1663] Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme, selon l'article 65 alinéa 5 de la Constitution.

[1664] Art. 65 Constitution.

[1665] D. BARLOW, « Fasc. 260-00 : CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE. – Origines, statut, organisation et fonctionnement », JCl. Procédure civile, 4 janv. 2021, n°51 à 54.

[1666] MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, livre VI, chap. 8, p. 1748 cité dans J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, n° 146, p. 216.

[1667] Loi n° 2013-669 25 juill. 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, *JORF* n°0172 26 juill. 2013, texte n°2.

[1668] A. BOTTON, « Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants et des parties impartiales », *RSC* 2021, p. 887.

[1669] Art. 35, al. 3 CPP.

prononcer sur la constitutionnalité de ces dernières dispositions. Il a ainsi estimé qu'il existait « *une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution [sans méconnaitre] la séparation des pouvoirs* »[1670]. Le Conseil constitutionnel ne remet donc pas en cause le lien qui unit les membres du Parquet au pouvoir exécutif.

Avant 1993, le Conseil supérieur de la magistrature – compétent en matière disciplinaire pour les magistrats du siège – n'était pas compétent pour les magistrats du Parquet en matière disciplinaire. Seul le Garde des sceaux[1671] l'était. Puis, le 15 février 1993 un rapport, présidé par le doyen VEDEL, était présenté au président de la République afin de réviser la Constitution pour affirmer davantage l'indépendance de la magistrature[1672]. Ainsi, la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 a apporté une modification de la procédure disciplinaire pour les magistrats du Parquet. Depuis lors, la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les sanctions disciplinaires[1673]. Un effort a donc été réalisé. Cependant, il est encore impossible d'affirmer que le ministère public est indépendant du ministère de la justice.

435. À ce propos, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme remet en cause cette qualité d'autorité judiciaire car le Parquet français ne répond pas aux exigences d'un tribunal indépendant et impartial[1674]. Selon cette juridiction, un tribunal indépendant et impartial doit être indépendant vis-à-vis du pouvoir exécutif[1675].

Malgré cette position de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation maintient que le ministère public est impartial car il ne prend pas part au jugement de l'accusé[1676]. Dans un arrêt de 1986, la Chambre criminelle était même allée plus loin en soulignant que « *ce magistrat n'entre pas dans les prévisions de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales* »[1677]. Cette

---

[1670] Cons. constit.,14 sept. 2021, Ligue des droits de l'homme, n°2021-927 QPC, § 18, *JORF* n°0216 16 sept. 2021, texte n° 75.

[1671] D. BARLOW, « Fasc. 260-00 : CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE. – Origines, statut, organisation et fonctionnement », JCl. Procédure civile, 4 janv. 2021, n° 8 : « *En matière disciplinaire, le Conseil ne statue qu'à l'égard des magistrats du siège. Il se réunit alors sous la présidence du premier président de la Cour de cassation. Le ministre de la Justice est autorité de poursuite. Il conserve la mainmise sur la discipline des magistrats du parquet* ».

[1672] Rapport remis au Président de la République le 15 févr. 1993 par le comité consultatif pour la révision de la Constitution, *JORF* n°39 16 févr. 1993, p. 2537.

[1673] Art. 1er, Loi constitutionnelle n° 93-952 27 juill. 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII, *JORF* n°172 du 28 juill. 1993, p. 10600.

[1674] CEDH Gr. ch., 29 mars 2010, n° 3394/03, MEDVEDYEV et a. c/ France : *D*. 2010, p. 898, obs. S. LAVRIC ; *ibid*. p. 952, note P. SPINOSI ; *ibid*. p. 970, note D. REBUT ; *ibid*. p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid*. p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *JCP* 2010, n° 16, 454, note F. SUDRE ; *Gaz. Pal*. 2010. 1. Jur. 870, note H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 2011, p. 1283, obs. O. BACHELET et P. TAVERNIER ; CEDH 23 nov. 2010, MOULIN c/ France, n° 37104/06 § 56 : *AJDA* 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D*. 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC, note J. PRADEL ; *ibid*. 2010, p. 2761, édito. ROME ; *ibid*. 2011, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *ibid*. p. 277, note J.-F. RENUCCI ; *RFDA* 2011, p. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *RSC* 2011, p. 208, obs. D. ROETS.

[1675] CEDH 23 juin 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN et DE MEYERE c/ Belgique, req. n° 6878/75 et 7238/75.

[1676] Crim 9 mars 2016, n° 14-86.795 : *RSC* 2016, p. 540 obs. J. FRANCILLON, *RSC* 2017, p. 81 obs. A. GIUDICELLI ; Cass. Ass. plén., 15 juin 2012, n°10-85.678, *D*. 2012, p. 1916, note O. BEAUD, *RFDA* 2012, p. 1203, note O. DESAULNAY, *AJP* 2013, p. 46, obs. S. LAVRIC.

[1677] Cass. Crim. 10 déc. 1986, n°86-91.567, P.

solution n'a pas été confirmée depuis et cela aurait été difficile car il est contradictoire d'affirmer que les magistrats du Parquet relèvent de l'autorité judiciaire sans correspondre aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Un autre problème apparait. Les pouvoirs du Parquet ont augmenté dernièrement, parfois au détriment de ceux du juge d'instruction. Ainsi, depuis la loi du 23 mars 2019, le procureur de la République peut autoriser la poursuite des actes d'enquête possibles en matière de criminalité organisée comme la géolocalisation, l'infiltration, le recours à l'IMSI catcher[1678] ou encore la sonorisation, durant quarante-huit heures à compter de la délivrance du réquisitoire introductif[1679]. Cela signifie que malgré la dévolution de la procédure au juge d'instruction, le procureur de la République peut décider seul – sans présenter de réquisitions au magistrat instructeur – de la réalisation de certains actes s'il estime que « *la recherche de la manifestation de la vérité pour un crime ou un délit puni d'une peine supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement nécessite que les investigations en cours ne fassent l'objet d'aucune interruption* »[1680].

En outre, rappelons que, dans son discours du 7 janvier 2009 devant la Cour de cassation, l'ancien Président de la République, Monsieur Nicolas SARKOZY, proposait que soit substitué au juge d'instruction « *le juge de l'instruction* »[1681]. La direction de l'enquête aurait alors été dévolue au Parquet tandis que le juge de l'instruction aurait simplement pour mission de contrôler la procédure. Or, « *privé de toutes fonctions d'enquête, ce magistrat [de l'instruction] n'aura qu'une vue ponctuelle, discontinue du dossier comme actuellement le juge des libertés et de la détention qui n'a pas évité le désastre d'Outreau. […] [Ainsi,] on remplacerait un juge d'instruction indépendant par un parquet qui ne l'est pas* »[1682]. Il est donc heureux que cette proposition n'ait jamais été entérinée.

436. Estimer que le Parquet est une autorité judiciaire n'est pas sans conséquence pour les mesures privatives de liberté non plus. L'alinéa 8 de l'article préliminaire du code de procédure pénale dispose que : « *les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire* ». En outre, l'article 66 de la Constitution, cité auparavant, dispose qu'elle est la gardienne de la liberté individuelle. Le procureur de la République peut donc être chargé du contrôle de certaines mesures privatives de liberté. Ainsi, dans un arrêt du 14 octobre 2020, la première chambre civile sanctionnait le défaut d'information immédiate du procureur de la République d'une rétention administrative d'un étranger. Il était rappelé que le Parquet pouvait « *se rendre sur les lieux de la rétention pour vérifier qui est enfermé et à quelles conditions* »[1683]. La première chambre civile ajoutait que « *vu ce rôle de garant de la liberté individuelle, son information immédiate doit être effective, faute de quoi la procédure se trouve*

[1678] L'IMSI-catcher est un outil d'espionnage permettant de capter toutes les données de communication dans un rayon donné.

[1679] Art. 80-5 CPP.

[1680] Art. 80-5, al. 1er CPP.

[1681] N. SARKOZY, Discours du 7 janvier 2009 : « *Il est donc temps que le juge d'instruction cède la place à un juge de l'instruction, qui contrôlera le déroulement des enquêtes mais ne les dirigera plus* ».

[1682] J. PRADEL, « Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mise à mort ? », *D*. 2009, p. 438.

[1683] K. PARROT dans O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D*. 2021, p. 255.

entachée d'une nullité d'ordre public »[1684]. Cependant, un membre du ministère public revêt-il réellement le rôle de gardien de la liberté individuelle ? Comment peut-il revêtir un tel rôle s'il décide en même temps de la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté, mesure qu'il a ordonnée afin de chercher la manifestation de la vérité ? Il n'est en effet pas certain qu'il soit impartial quand il ordonne l'exécution d'une mesure privative de liberté. En effet, il occupe une position de « chef » de l'enquête et décide donc de l'opportunité de décider de la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté. Il ne peut donc occuper dans le même temps le rôle de gardien de la liberté individuelle puisque c'est lui qui souhaite l'exécution de la mesure privative de liberté.

De plus, comment s'assurer que le Parquet saura être garant du respect des droits de la défense au cours de la procédure ? Certes, il reste soumis aux lois et ses actes peuvent être frappés de nullité par un juge du siège s'il ne respecte pas une formalité. Cependant, le ministère public est souvent opposé à l'avocat. Ces deux parties peuvent être opposées comme deux parties adverses à un procès. Ainsi, il n'est pas certain que le Parquet veille au bon respect des droits de la défense notamment quand il contrôle seul une mesure privative de liberté comme la garde à vue.

Le procureur de la République contrôle ainsi, dans certains cas, la garde à vue quand ce ne sont pas le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention qui la contrôlent.

2) Le régime particulier de la garde à vue

437. Le régime de la garde à vue ne respecte pas pleinement les droits de la défense au regard, pour commencer, de l'accès restreint au dossier de la procédure. En effet, lors d'une enquête de flagrance, l'avocat ne peut accéder qu'aux procès-verbaux qui concernent directement son client[1685] tandis que lors d'une enquête préliminaire, cet accès est possible mais seulement dans un délai d'un an à compter de l'issue de la garde à vue, si le procureur de la République ne s'y oppose pas et s'il estime qu'il existe à l'encontre de la personne une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, une infraction punie d'une peine privative de liberté[1686]. Puis, l'intervention de l'avocat peut faire l'objet d'un report – y compris lorsque la garde à vue est exécutée dans le cadre du régime de droit commun. « *La loi fait varier le titulaire du pouvoir décisionnel en fonction de la durée du report : si le report de douze heures est aux mains du seul parquet, en revanche, celui de vingt-quatre heures est dans celles du juge des libertés et de la détention auquel le procureur de la République doit s'adresser* »[1687]. Ainsi, si un magistrat du siège peut intervenir, le premier report est décidé par le procureur de la République. Cependant, ce dernier est-il impartial[1688] quand il s'agit d'ordonner ce report ? En effet, il peut

---

[1684] Civ. 1ère, 14 oct. 2020, n° 19-15.197, *D.* 2020, p. 2067 ; *AJDA* 2020, p. 1994.
[1685] Art. 63-4-1 CPP.
[1686] Art. 77-2, II CPP.
[1687] C. AMBROISE- CASTÉROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, 3ème éd., Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2020, n° 351, p. 267.
[1688] Sur l'impartialité du procureur de la République : « *L'argument semble imparable suivant la notion de magistrat (de l'ordre) judiciaire retenue par le Conseil constitutionnel - qui n'est pas celle de la Cour européenne -, mais fait abstraction de la question de l'impartialité du procureur de la République, alors que c'est à ce dernier,*

être dans son intérêt – en tant que chef de l'enquête – de faire différer l'intervention de l'avocat. En outre, « *ce report peut comporter interdiction de consulter les procès-verbaux d'audition* »[1689]. De la même façon, le procureur de la République est-il également impartial quand il doit autoriser préalablement la retenue d'un mineur[1690] ? En effet, la retenue d'un mineur âgé de dix à treize ans ne peut avoir lieu sans l'autorisation du procureur de la République. Ce dernier étant chef de l'enquête, il n'est pas certain qu'il soit impartial pour décider de cette retenue.

Cette atteinte aux droits de la défense pourrait se justifier par le fait que le magistrat en charge de la garde à vue est, *a priori*, le procureur de la République. Cela nous permettrait d'affirmer qu'en l'absence d'un magistrat du siège, le respect des droits de la défense est moindre.

Cependant, la garde à vue ne s'effectue pas toujours sous l'autorité du procureur de la République. En effet, elle peut être exécutée dans le cadre d'une commission rogatoire[1691], les pouvoirs du procureur de la République étant alors dévolus au juge d'instruction[1692]. Bien entendu, le fait que la mesure soit contrôlée par le magistrat instructeur ne modifie pas le régime de la garde à vue. Dès lors, c'est le régime lui-même de la garde à vue qu'il faut modifier car il laisse une place « *assez restreinte aux droits de la défense* »[1693].

438. De plus, rappelons qu'à ce stade, la personne placée en garde à vue est seulement soupçonnée d'avoir commis une ou plusieurs infractions, sa culpabilité n'est pas encore établie. Le principe de présomption d'innocence s'applique donc[1694]. En effet, « *[…] dans l'affaire Allenet de Ribemont, [la Cour européenne des droits de l'Homme] a jugé qu'on ne saurait désigner comme coupable une personne gardée à vue dans une conférence de presse* »[1695].

---

après avoir contrôlé l'enquête de police dans la procédure pénale de droit commun - c'est-à-dire en avoir assumé la direction et s'en être assuré de la régularité -, qu'il appartient de prendre la décision de poursuivre ou non » (S. DETRAZ, « Constitutionnalité du contrôle de la retenue douanière par le procureur de la République », com. sous Cass. Crim. QPC 4 avr. 2012, n°12-90010, *RSC* 2012, p. 593).

[1689] B. BOULOC, *Procédure pénale*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, n°567, p. 522.

[1690] Art. L. 413-1 CJPM : « *À titre exceptionnel, le mineur âgé de dix à treize ans à l'encontre duquel il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement peut, si cette mesure est l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs mentionnés à l'article 62-2 du code de procédure pénale, être retenu à la disposition d'un officier de police judiciaire, avec l'accord préalable et sous le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction, pour une durée que ce magistrat détermine et qui ne peut excéder douze heures* ».

[1691] Art. 151 CPP.

[1692] Art. 154 CPP.

[1693] P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, Paris, éditions Panthéon-Assas, TH. Paris II Panthéon-Assas 2014, 2018, n°790, pp. 520-521 : « *Plus l'acte provoque un grief grave, plus il se révèle coercitif, mieux il faut l'encadrer pour compenser ; partant, plus ces droits sont conséquents. […] Au stade de l'enquête de police, les mesures coercitives laissent une place assez restreinte aux droits de la défense* ».

[1694] Atteinte à la présomption d'innocence par des autorités publiques, en l'espèce des fonctionnaires de police, lors d'une garde à vue : CEDH 10 févr. 1995, ALLENET DE RIBEMONT c/ France, n° 15175/89 : Série A n° 308 ; *Justices* 1997, p. 177 et 182, obs. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS ; *Ann. fr. dr. int*. 1995, p. 485, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1996, p. 211, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RSC* 1996, p. 484, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RTDH* 1998, p. 69, obs. S. MARCUS-HELMONS ; *RSC* 1995, p. 639, obs. L.-E. PETTITI ; *D*. 1996. Somm. 196, obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP* 1997. I. 4000, obs. F. SUDRE.

[1695] CEDH 30 janv. 2001, X c/ France, D. 2002, p. 354 note A. GOUTTENOIRE et E. RUBI-CAVAGNA, *JCP* 2001 II, p. 10526 note DI RAIMONDO cité dans B. BOULOC, *Procédure pénale*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°116, p. 103.

Pourtant, si ce principe renforce les droits de la défense lors de la phase d'instruction, il ne parvient pas à les renforcer durant la garde à vue. Madame le professeur Coralie AMBROISE-CASTÉROT souligne, à juste titre, qu'« *il est donc impossible d'affirmer que la présomption d'innocence puisse perdre de sa vigueur au fur et à mesure de l'accumulation des charges à l'encontre de la personne mise en examen puisque cela reviendrait à affirmer que la présomption d'innocence est autre chose qu'une règle probatoire. En effet, peu importe l'accumulation des preuves : si la présomption d'innocence est une règle de répartition de la charge de la preuve et si cette preuve incombe à l'accusation, alors ce principe doit être toujours appliqué, qu'importe la tournure que le procès prend pour la personne poursuivie* »[1696]. Nous soutenons entièrement ce raisonnement : même si les charges s'accumulent contre la personne soupçonnée, cela ne doit pas constituer une atteinte ou un amoindrissement du principe de présomption d'innocence. Or, en l'occurrence, le raisonnement serait inverse. Au lieu de constater un affaiblissement du principe de présomption d'innocence avec un alourdissement des charges portées à l'encontre de la personne, le principe de présomption d'innocence a des effets assez limités au début de la procédure et ne retrouve son plein effet que lors de l'information judiciaire. Rien ne saurait justifier un tel décalage procédural. La personne faisant l'objet d'une accusation pénale, elle devrait pouvoir bénéficier du droit au procès équitable et, par extension, des droits de la défense[1697].

En réalité, le seul motif rationnel qui pourrait expliquer l'atteinte portée aux droits de la défense par le régime de la garde à vue est l'enjeu de l'enquête[1698].

Si le respect des droits de la défense semble plus prégnant en présence de l'autorité judiciaire, ce respect semble moindre en présence de l'autorité administrative.

2nd paragraphe : L'atteinte aux droits de la défense en l'absence de l'autorité judiciaire

439. Il est une procédure qui concerne des personnes privées de liberté et qui n'est pas contrôlée par l'autorité judiciaire, il s'agit de la commission de discipline en détention. Or, les droits de la défense ne sont que très peu protégés au cours de cette procédure. Cela peut se manifester par le défaut de procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial lors de la mise en œuvre de la procédure disciplinaire en détention (A). Toutefois, l'absence de l'autorité judiciaire n'est pas pour autant synonyme d'atteinte systématique aux droits de la défense. En effet, ceux-ci sont respectés en présence du juge administratif (B).

A. Le défaut de procès équitable devant l'administration pénitentiaire

---

[1696] C. AMBROISE- CASTÉROT, « Présomption d'innocence », *Rép. pénal Dalloz*, oct. 2019, n° 16.
[1697] S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 12e éd., Paris, Lexis Nexis, coll. Manuel, 2019, n°410, pp. 340-341 : « *L'accusation pénale, permettant de bénéficier du droit à un procès équitable, commence en amont du procès, dès qu'une autorité publique dénonce un suspect comme coupable* ».
[1698] Que nous aborderons aux paragraphes § n° 470 et suivants.

440. Le droit au procès équitable n'est pas garanti devant l'administration pénitentiaire, lors de la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire, qui ne saurait être qualifiée de tribunal indépendant et impartial (1), la présence d'un assesseur extérieur n'y changeant rien (2).

1) Le défaut de tribunal indépendant et impartial

441. Le droit au procès équitable n'est pas respecté au sein des procédures relatives à la vie en détention. Cela se vérifie en particulier lors de la tenue d'une commission de discipline.

La commission de discipline est chargée de statuer sur les incidents survenus en détention[1699]. Elle est saisie en cas de commission de faute disciplinaire. Rappelons[1700] que la faute disciplinaire est constatée dans un compte-rendu d'incident rédigé par un surveillant pénitentiaire. Puis, ce compte-rendu d'incident est transmis à un gradé[1701] qui mène l'enquête et rédige un rapport d'enquête. Le rapport est ensuite transmis au chef d'établissement qui décide de l'opportunité des poursuites – et donc de la saisine de la commission de discipline.

Bien que les anciennes dispositions du code de procédure pénale, reprises dans l'actuel code pénitentiaire, aient fait en sorte que les auteurs du compte-rendu d'incident puis du rapport d'incident ne fassent pas partie de la commission de discipline[1702], on ne peut pas affirmer que cela suffise à qualifier cette commission de tribunal indépendant et impartial. Elle ne peut être qualifié de tribunal indépendant et impartial car si ce n'est pas le surveillant pénitentiaire qui a constaté l'incident qui rédige le rapport, c'est un de ses collègues. Il est donc possible que les deux surveillants pénitentiaires discutent entre eux de l'incident qui a eu lieu et il est fort probable que le rédacteur du rapport ne remette pas en cause ce qu'a constaté son collègue, auteur du compte-rendu d'incident.

442. La commission de discipline est composée d'un président – généralement le chef d'établissement ou son délégataire[1703] qui doit alors justifier de la délégation écrite[1704] – et de deux autres assesseurs, un issu de la surveillance pénitentiaire, l'autre de la société civile[1705]. « *Malgré le souci de réalisme, celui d'apparence juridictionnelle n'a pas totalement disparu dans la mesure où la commission de discipline fournit une apparence collégiale qui ne correspond pas à son fonctionnement réel. Le détenu se trouve face à trois personnes se*

[1699] Art. R. 232-1 C. pénit. : « *Tout manquement aux dispositions du règlement intérieur, défini aux articles L. 112-4 et R. 112-22, ainsi qu'au reste du présent code et au code de procédure pénale ou aux instructions de service peut entraîner des poursuites disciplinaires et pénales* ».

[1700] Le dossier disciplinaire est présenté au paragraphe § n°319.

[1701] Un membre du personnel de commandement du personnel de surveillance, un major pénitentiaire ou un premier surveillant et adressé au chef de l'établissement pénitentiaire selon l'article R. 234-13 du code pénitentiaire.

[1702] Anc. Art. R. 57-7-13 et anc. Art. R. 57-7-14 CPP ; Art. R. 234-12 et R. 234-13 C. pénit.

[1703] Art. R. 234-2 C. pénit. : « *La commission de discipline comprend, outre le chef de l'établissement pénitentiaire ou son délégataire, président, deux membres assesseurs* ».

[1704] TA Strasbourg, 20 janv. 1998, req. n° 953005 ; TA Pau, 5 oct. 2000, req. n° 991089 et 991090.

[1705] Anc. art. R. 57-7-6 CPP ; Art. R. 234-2 C. pénit. Nous reviendrons sur cet assesseur extérieur *infra* aux paragraphes § 431 et suivants.

concertant pour la prise de la décision dont il fera l'objet. Cependant, de jure*, seul le président dispose du pouvoir décisionnel* »[1706].

La jurisprudence européenne n'est pas stricte sur le terme « tribunal » quand elle désigne un tribunal indépendant et impartial[1707]. Dans la jurisprudence *CAMPBELL et FELL contre Royaume-Uni*, l'affaire traitait d'une procédure disciplinaire en détention. La Cour estimait que l'article 6 pouvait s'appliquer au regard de la nature et de la gravité de la sanction encourue, à savoir une sanction de quartier disciplinaire qui pouvait modifier la détention de la personne détenue. Cette acception large de « tribunal » permet donc de faire appliquer ces dispositions à des procédures même non juridictionnelles.

Toutefois, la Cour européenne des droits de l'Homme reste vigilante sur les qualificatifs « indépendant et impartial ». Ainsi, « *l'appréciation de l'impartialité d'un juge est, à la fois subjective et objective, cette dernière consistant à se demander si, indépendamment de la contrainte personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* »[1708]. L'impartialité subjective réside donc dans le for intérieur : ce dernier a-t-il un *a priori* négatif sur l'un des prévenus ou accusés ? L'impartialité objective, au contraire, « *dépend donc des circonstances et de la nature des tâches qui ont été confiées au juge avant que celui-ci ait à statuer sur le fond de l'affaire* »[1709]. Pour s'assurer de l'impartialité objective, il faut par exemple éviter de cumuler les fonctions de poursuite et de jugement[1710] ou d'instruction et de jugement[1711]. Éviter ce cumul des fonctions se justifie car même un magistrat professionnel, qui a déjà eu connaissance des faits et en a décidé de la poursuite, n'est plus impartial. De la même façon, à l'issue d'une instruction, le magistrat instructeur a décidé de renvoyer ou non la personne devant une juridiction de jugement. Le magistrat s'est donc déjà forgé une idée sur la culpabilité ou l'innocence de la personne, il ne peut donc pas siéger au sein de la juridiction de jugement ; l'article 49 du code de procédure pénale le prohibe[1712], comme la jurisprudence[1713].

443. En matière disciplinaire en détention, il serait possible de croire qu'étant donné que les rédacteurs du compte-rendu d'incident et du rapport d'incident ne siègent pas à la commission, l'impartialité de la commission est donc garantie. Cependant, bien qu'il ne s'agisse pas en effet des mêmes personnes, tous – à l'exception de l'assesseur extérieur –

[1706] M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, 3ème éd., Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2019, n°3611.13, p. 1195.

[1707] CEDH 28 juin 1984, CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni, 7819/77 ; 7878/77, §76 : Série A n° 80; *Cah. dr. eur.* 1986, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1986, p. 1058, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

[1708] F. SUDRE, « Chronique Droit de la Convention EDH », *JCP* G 1993, I, p. 3654.

[1709] F. EUDIER, N. GERBAY, « Jugement – Délibéré du jugement et vote des juges », *Rép. Dalloz proc. civ*., oct. 2018 actualisation juill. 2022, n° 197.

[1710] CEDH 1er oct. 1982, PIERSACK c/ Belgique, n° 8692/79 : Série A n° 53 ; *Ann. fr. dr. int*. 1985, p. 415, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1985, p. 210, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

[1711] CEDH 26 oct. 1984, DE CUBBER c/ Belgique, n° 9186/80 : Série A n° 86.

[1712] Art. 49, al. 2 CPP : « *[Le juge d'instruction] ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction* ».

[1713] Cass. Crim. 26 avr. 1900, Bull. crim. n° 158 ; Cass. Crim. 19 janv. 2000, n° 99-80.655, Bull. crim. n° 35 : « *Qu'en effet le supplément d'information ordonné en application de l'article 463 du Code de procédure pénale, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 6. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que son exécution n'implique pas que le magistrat commis acquiert, à l'occasion de cette mesure, une conviction sur la culpabilité des prévenus* ».

travaillent pour et au sein de l'administration pénitentiaire. Si ce sont des individus différents, il s'agit malgré tout d'une même entité qui cumule les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. L'impartialité objective n'est donc aucunement garantie. De plus, le surveillant pénitentiaire siégeant à la commission de discipline est soumis à son supérieur hiérarchique – qui est le chef d'établissement – au titre du devoir d'obéissance imposé à l'agent administratif[1714]. Au vu de ce devoir d'obéissance, il n'est pas certain que le surveillant puisse s'opposer au chef d'établissement.

En outre, l'incident qui a eu lieu a perturbé l'ordre public de l'établissement pénitentiaire. L'administration pénitentiaire a donc tout intérêt à sanctionner la personne détenue afin d'éviter de nouveaux troubles à l'ordre public de l'établissement. Son impartialité est donc davantage remise en question.

Cette partialité de la commission de discipline ne constitue pas seulement une atteinte à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, elle s'oppose également aux règles pénitentiaires européennes. Adoptées en 2006 pour les dernières, ces règles « *ont pour finalité de prendre en compte les besoins et les aspirations des administrations pénitentiaires, des détenus et du personnel pénitentiaire au moyen d'une approche systématique en matière de gestion et de traitement qui soit positive, réaliste et conforme aux normes contemporaines* »[1715]. La règle numéro 49 indique qu'« *il faut un système clairement défini de procédures, de discipline et de sanctions qui soient appliquées d'une manière juste et impartiale* »[1716]. Comme cela vient d'être démontré, la commission de discipline en détention n'est pas impartiale. Dès lors, la procédure disciplinaire en droit français ne respecte pas les exigences issues des règles pénitentiaires européennes.

Par conséquent, la commission de discipline n'apparait pas comme un tribunal indépendant et impartial. Face à son caractère partial, la personne détenue ne peut pas se faire d'illusion quant à la décision rendue à l'issue de la commission. En effet, si elle comparait devant cette commission, cela signifie qu'un compte-rendu d'incident et un rapport ont été rédigés à son encontre. Il est, dès lors, très improbable que la commission de discipline rende une décision dans laquelle elle déclare la personne détenue innocente. De plus, le fait que l'administration pénitentiaire cumule les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement la fait apparaitre comme toute puissante face à la personne détenue. Le principe de l'égalité des armes n'est donc pas davantage respecté. Cette position de supériorité pourrait même expliquer l'atteinte qui est portée aux droits de la défense par les textes régissant la procédure disciplinaire en détention. Rappelons qu'il est possible pour l'administration pénitentiaire de s'opposer à la consultation du dossier si cette consultation porte atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes. Il est dans l'intérêt de l'administration pénitentiaire d'assurer la sécurité de l'établissement pénitentiaire et des personnes. Elle a donc toutes les raisons de s'opposer à la consultation de l'entier dossier par l'avocat en cas d'atteinte à ces sécurités. Il résulte de l'ensemble de ces

---

[1714] F.-X. FORT, *Droits et obligations dans la fonction publique*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2022, n°721.31, pp. 873-874 : « *Le pouvoir hiérarchique implique, dans le fonctionnement de l'administration, l'obéissance de l'agent à son supérieur hiérarchique* ».

[1715] J.-P. CÉRÉ « Prison : normes européennes – Prison et règles pénitentiaires européennes », *Rép. pénal Dalloz*, avr. 2019 actualisation déc. 2020, n° 128.

[1716] Règle pénitentiaire européenne n° 49, partie IV Bon ordre, Commentaire de la Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes, p. 77.

éléments que ces règles portent atteinte au principe de l'égalité des armes et aux droits de la défense.

444. Il est regrettable que dans sa jurisprudence *PAYET contre France*, la Cour européenne des droits de l'Homme n'ait pas estimé que l'article 6 – et donc la garantie d'un procès équitable – s'appliquait en matière disciplinaire en détention. La Cour a justifié sa solution au regard de la nature et de la gravité de la sanction disciplinaire qui ne faisait pas entrer la procédure disciplinaire « *dans la sphère pénale* »[1717] car elle n'avait en aucune manière allongé la durée de la détention du requérant. Cette position est discutable car le fait qu'une personne détenue fasse l'objet d'une sanction de quartier disciplinaire peut convaincre le juge de l'application des peines à lui retirer les crédits de réduction de peine, ce qui allonge nécessairement la durée de la détention. Par ailleurs, cette solution est regrettable car la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme par les règles de la procédure disciplinaire en détention, notamment au vu du défaut d'impartialité ou d'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif des intervenants à la procédure disciplinaire[1718]. La solution *PAYET* n'a donc pas permis à la Cour européenne des droits de l'Homme d'analyser concrètement la compatibilité éventuelle de notre procédure disciplinaire avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le Conseil d'État s'est déjà prononcé sur différents aspects de la procédure disciplinaire : il a énoncé à maintes reprises que le juge de l'excès de pouvoir était compétent pour se prononcer sur le bien-fondé d'une sanction disciplinaire[1719] et il a également rappelé le droit de la personne détenue au respect de sa dignité humaine en matière disciplinaire[1720]. Pour ce qui est du défaut éventuel d'impartialité d'une commission de discipline, le Conseil d'État l'a écarté dans un arrêt de 2012. Il a en effet estimé que « *la circonstance que le chef d'établissement ou son délégataire apprécie, sur la base du rapport d'enquête rédigé à la suite du compte rendu d'incident et en application de l'article R. 57-7-15 du code de procédure pénale dans sa rédaction issue du décret attaqué, l'opportunité de poursuivre la procédure disciplinaire puis prononce le cas échéant, en tant que président de la commission de discipline et en vertu de l'article R. 57-7-7 du même code, les sanctions disciplinaires retenues contre la personne détenue ne méconnaît ni le principe de valeur constitutionnelle du respect des droits de la défense ni le principe général du droit d'impartialité, applicable en matière de procédures administratives disciplinaires* »[1721].

[1717] CEDH 20 janv. 2011, PAYET c/ France n° 51246/08, §98 : *D. actu*. 27 janv. 2011, obs. S. LAVRIC ; *D*. 2011. Actu. P. 380, obs. S. LAVRIC ; *ibid*. p. 643, obs. J.-P. CÉRÉ ; *ibid*. Pan. 1313, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJ pénal* 2011, p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC* 2011, p. 718, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

[1718] CEDH, 12 avr. 2005, WHITFIELD et autres c/ Royaume-Uni, n° 46387/99, n° 48906/99, n° 57410/00 et n° 57419/00, D. 2006, p. 1082, obs. J.-P. CÉRÉ.

[1719] CE, Ass., 17 févr. 1995, *Marie*, concl. FRYDMANN, *RFDA* 1995, p. 353 ; Lebon 83 ; *AJDA* 1995, p. 379, chron. L. TOUVET et J.-H. STAHL ; CE 21 mai 2014, n° 359672 : *D. actu*. 28 mai 2014, obs. D. POUPEAU ; *AJDA* 2014, p. 1065 ; CE 1er juin 2015, n° 380449 P: *D. actu*. 9 juin 2015, obs. C. de MONTECLER ; *D*. 2016. Pan. 1220, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJ pénal* 2015, p. 447, obs. É. PÉCHILLON ; *AJDA* 2015, p. 1071 ; *ibid*. 2015, p. 1596, concl. A. BRETONNEAU.

[1720] CE, 20 mai 2011, M. L. B., n° 326084, Rec.

[1721] Consid. 4, CE, 11 juill. 2012, n° 347148, Section française de l'Observatoire international des prisons, Lebon T. p. 759 ; *AJDA* 2012, p. 1429.

Face à une commission qui n'est pas impartiale, la défense faite par l'avocat de la personne détenue est-elle pertinente ? Si la commission de discipline n'est pas impartiale, sera-t-il possible pour l'avocat de convaincre les membres de la commission des intérêts de son client ? Cela n'est pas certain. Le membre de la commission qui pourrait être le plus sensible aux arguments du conseil serait l'assesseur extérieur car, issu de la société civile, il peut prendre davantage en compte les intérêts de la personne détenue plutôt que ceux de l'administration pénitentiaire.

Néanmoins, la présence d'un assesseur extérieur ne permet pas d'affirmer que la commission de discipline est un tribunal indépendant et impartial.

2) L'insuffisance de l'assesseur extérieur en commission de discipline

445. Depuis la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009[1722], il est prévu qu'un « *membre extérieur à l'administration pénitentiaire* » assiste aux commissions de discipline en détention[1723]. Il siège donc aux côtés du président de la commission – le directeur de l'établissement pénitentiaire ou son représentant – et de l'autre assesseur qui appartient aussi à l'administration pénitentiaire.

Le juge administratif a été amené à maintes reprises à se prononcer sur la position que doit adopter l'administration pénitentiaire en cas d'absence de cet assesseur extérieur. Assez rapidement, le juge administratif a reconnu la valeur de cet assesseur, indiquant que son absence privait le détenu « *d'une garantie de procédure* »[1724] y compris lorsque l'administration pénitentiaire n'est informée que tardivement de l'absence de l'assesseur. Pendant un temps, quelques juridictions administratives estimaient que la présence de ce membre extérieur à l'administration pénitentiaire relevait d'une obligation de moyens[1725], c'est-à-dire que s'il était démontré que tout avait été mis en œuvre pour convoquer un assesseur et que ce dernier ne s'était pas présenté, la procédure n'était pas viciée. Désormais, l'administration pénitentiaire est tenue « *à une obligation de résultat* »[1726], l'assesseur doit donc être présent pour que la commission de discipline ait lieu. Cela signifie que si l'un des assesseurs, initialement prévu à la tenue d'une commission de discipline, ne peut s'y rendre, l'administration pénitentiaire doit se tourner vers un autre de ses assesseurs extérieurs afin qu'il soit présent à la commission.

Cela a été confirmé dans une récente jurisprudence du Conseil d'État de 2021[1727]. Ce dernier a indiqué que si aucun assesseur extérieur ne pouvait siéger, la commission de discipline devait être reportée à une date ultérieure, à moins qu'un tel report ne compromette manifestement le bon exercice du pouvoir disciplinaire. Ainsi, « *le Conseil d'État est, à n'en pas douter, au fait*

[1722] Art. 91, Loi n° 2009-1436 24 nov. 2009 pénitentiaire, JORF n°0273 25 nov. 2009 p. 20192.

[1723] Art. 726, 3° CPP, version en vigueur jusqu'au 1er mai 2022 ; Art. R. 234-6, al. 2 C. pénit. : « *Le second assesseur est choisi parmi des personnes extérieures à l'administration pénitentiaire qui manifestent un intérêt pour les questions relatives au fonctionnement des établissements pénitentiaires […]* ».

[1724] CAA Nantes, 18 juill. 2013, req. n° 12NT03128 , *AJDA* 2013, p. 2162, obs. S. DEGOMMIER, *D.* 2014, p. 1237, obs. J.-P. CÉRÉ.

[1725] CAA Nancy, 7 mars 2019, req. n° 18NC01172 ; CAA Nancy, 13 févr. 2014, req. n° 13NC01290.

[1726] J.-P. CÉRÉ « Prison : sanctions disciplinaires », *Rép. pénal Dalloz,* oct. 2018 actualisation oct. 2021, n°52.

[1727] CE 5 févr. 2021, req. n° 434659, AJDA 2021, p. 307 ; *AJ pénal* 2021, p. 221, obs. J.-P. CÉRÉ.

des enjeux et conséquences de ce contentieux sur le parcours d'exécution des peines de la personne détenue, ce qui l'incite assurément à vérifier l'effectivité des garanties prévues »[1728].

Nous nous réjouissons bien entendu que le Conseil d'État reconnaisse la place essentielle de l'assesseur extérieur et veille à ce que sa présence soit effective lors de la tenue d'une commission de discipline. Néanmoins, la position d'assesseur extérieur n'est pas totalement exempte de critiques. Il faut rappeler que ce dernier n'a qu'une voix consultative lors de la commission de discipline. Il lui est donc permis de poser des questions et de prendre part à la discussion lors de la délibération mais sa voix ne lie pas le président de la commission. « *Il s'agit certainement là d'une avancée, destinée à insuffler une portion d'impartialité dans la justice disciplinaire, même si l'on peut regretter son caractère timoré, tant quant au nombre d'assesseurs extérieurs à l'institution carcérale que quant à leurs pouvoirs* »[1729]. La création du nouveau code qu'est le code pénitentiaire n'a pas apporté de nouveauté, malheureusement, quant aux pouvoirs de l'assesseur extérieur.

446. Nous soulignons l'importance de faire intervenir des personnes extérieures à l'administration pénitentiaire en détention. L'expérience est profitable tant à la société civile qu'à l'administration pénitentiaire car la première peut ainsi découvrir l'univers carcéral et se faire une idée concrète de ce qu'est un établissement pénitentiaire tandis que la seconde peut voir son regard sur la nature ou la sévérité des sanctions évoluer. Cependant, l'assesseur extérieur est minoritaire au sein de la commission qui regroupe deux autres membres de l'établissement pénitentiaire. L'intervention de l'assesseur extérieur ne donne l'image que « *d'une apparente impartialité* »[1730].

Ainsi, même l'intervention d'un assesseur extérieur ne suffit pas à définir la commission de discipline de tribunal indépendant et impartial. De plus, le fait qu'il n'ait qu'une voix consultative ne permet pas à l'assesseur de s'affirmer face aux membres de l'administration pénitentiaire qui composent la commission. « *En pratique, l'influence des assesseurs [extérieurs] dépendra grandement de l'ouverture d'esprit de l'équipe de direction et des compétences et/ou de l'assurance des assesseurs* »[1731]. Ainsi, si l'assesseur extérieur semble le plus enclin à entendre les arguments de la personne détenue et de son avocat, il n'a pas de réel pouvoir de décision sur la sanction qui sera prononcée.

Par conséquent, le droit au procès équitable – dont font partie le droit à un tribunal indépendant et impartial et les droits de la défense – n'est pas entièrement respecté lors de la procédure disciplinaire en détention.

Le juge administratif n'est pas mentionné dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme cependant, les droits de la défense sont respectés en sa présence.

B. L'exception du juge administratif

[1728] J. FALXA dans J. -P. CÉRÉ, J. FALXA, M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines », *D.* 2021, p. 1106.
[1729] M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, 3ème éd., Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2019, n°3611.41, p. 1197.
[1730] J. FALXA dans J. -P. CÉRÉ, J. FALXA, M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines », *D.* 2021, p. 1106.
[1731] M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, n°3611.91, pp. 1202-1203.

447. Il semblerait que le respect des droits de la défense soit moindre lors des procédures dirigées par l'administration pénitentiaire. Qu'en est-il du juge administratif ? En effet, nous avons parlé de « l'autorité judiciaire » qui désigne l'ordre juridictionnel judiciaire mais le juge administratif peut aussi être saisi en matière de mesures privatives de liberté. Toutefois, son intervention est assez restreinte. Elle couvre la matière pénitentiaire, les personnes détenues étant vues comme des usagers du service public pénitentiaire. Les personnes détenues saisissent donc le juge administratif quand elles souhaitent contester une décision de la commission de discipline ou obtenir une réparation après avoir engagé la responsabilité de l'administration pénitentiaire.

448. Bien entendu, le juge administratif contrôle le respect des droits de la personne détenue quand il est saisi[1732]. La différence notable entre le juge judiciaire et le juge administratif est que le premier intervient systématiquement pour contrôler la mesure, tandis que le second n'intervient qu'après une saisine par la personne détenue, une fois que ses droits ont été atteints.

« *Peu de domaines de l'activité juridictionnelle ont connu durant les vingt dernières années autant de changement que le procès administratif, en raison d'un décalage croissant qui s'était instauré au fil des décennies entre les pratiques du juge administratif et les attentes et exigences de la société. Ce mouvement de rattrapage, en l'absence duquel l'existence même d'une juridiction administrative eût pu être menacée, a été amplifié et accéléré par la pénétration croissante du droit issu de la Convention européenne des droits de l'Homme* »[1733]. En effet, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit à un procès équitable mentionne explicitement la procédure civile et la procédure pénale mais pas le contentieux administratif. Cela ne signifie pas que les droits attachés au champ de l'article 6 ne sont pas garantis et respectés devant le juge administratif. En effet, le titre préliminaire du code de la justice administrative consacre différents droits relatifs au droit au procès équitable comme la publicité des débats[1734], le secret des délibérés[1735]…

Les droits de la défense ne sont pas expressément consacrés au sein de ce titre préliminaire. Cependant, l'article L. 5 du code de la justice administrative garantit en ces termes le principe du contradictoire : « *l'instruction des affaires est contradictoire* ». À la lecture de ce texte, l'on pourrait croire que le principe du contradictoire est uniquement garanti lors de l'instruction de l'affaire. Bien entendu, ce principe est exigé tout au long de la procédure, y compris durant l'audience devant le juge administratif. Le Conseil d'État l'a en effet consacré comme règle générale de la procédure[1736], puis comme principe général, applicable à toutes les juridictions

---

[1732] M. GUYOMAR, « Le juge administratif, juge pénitentiaire », in *Terres du droit - Mélanges en l'honneur d'Yves JÉGOUZO*, Paris, Dalloz, 2009, p. 471 : « *Le juge administratif fut historiquement réticent à pénétrer l'univers carcéral. Mais les progrès de la jurisprudence ont conduit à l'élargissement de son contrôle en matière pénitentiaire, contribuant à faire en sorte que la prison ne soit plus « cette région la plus sombre dans l'appareil de justice » que décrit Michel Foucault (M. FOUCAULT, Surveiller et punir, Gallimard, 1973, p. 297)* ».

[1733] F. POULET, « Les grands principes du procès administratif », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, n°887, p. 749.

[1734] Art. L. 6 CJA.

[1735] Art. L. 8 CJA.

[1736] CE 10 août 1918, Villes, Lebon 848.

administratives d'après lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire[1737], et enfin comme principe général du droit dans son arrêt Dame Veuve TROMPIER-GRAVIER du 5 mai 1944[1738]. Dans un arrêt rendu l'année suivante[1739], le Conseil d'État confirmait « *le principe général du droit imposant l'obligation de suivre une procédure contradictoire et le respect des droits de la défense* »[1740].

449. La reconnaissance des droits de la défense au sein du contentieux administratif se manifeste notamment par le ministère d'avocat qui est admis devant les juridictions administratives. Ainsi, devant le tribunal administratif, la constitution d'avocat n'est obligatoire que « *lorsque les conclusions de la demande tendent au paiement d'une somme d'argent […]* »[1741]. À l'inverse, devant une cour administrative d'appel, l'intervention d'un avocat est obligatoire sauf « *pour les recours pour excès de pouvoir* »[1742]. Par exemple, une personne détenue qui souhaite obtenir des dommages-intérêts, en engageant la responsabilité de l'administration pénitentiaire, devra être assistée d'un avocat. Quand il s'agira, au contraire, d'un recours pour excès de pouvoir déposé à l'encontre d'une décision de la commission de discipline, il ne sera pas nécessaire d'être assisté d'un avocat que ce soit en première ou en seconde instance.

Le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas le seul droit des droits de la défense garanti en contentieux administratif. Il est ainsi admis que le juge administratif doit laisser un délai suffisant aux parties pour présenter leurs conclusions. Il est ainsi laissé un délai de trois jours francs avant la date d'audience, si le juge administratif n'a pas rendu d'ordonnance de clôture de l'instruction[1743]. Par ailleurs, si le délai de clôture de l'instruction devait être reporté, le juge administratif doit veiller à laisser un délai suffisant pour les parties[1744].

Enfin, l'impartialité objective comme subjective est également exigée au juge administratif[1745], conformément au droit à un procès équitable.

450. Les droits de la défense ainsi que le droit au procès équitable sont donc respectés devant le juge administratif. Cependant, sa compétence en matière de mesures privatives de liberté semble s'être amenuisée. Pour commencer, le Tribunal des conflits a admis, par une décision du 29 décembre 2004[1746], que le juge judiciaire était également compétent pour statuer sur les conditions matérielles de la rétention administrative. Puis, le contentieux relatif à la rétention administrative a été dévolu au juge des libertés et de la détention par la loi du 7 mars

---

[1737] CE, sect., 12 mai 1961, Société La Huta, n°40674, Lebon 313.
[1738] B. SEILLER, M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, 6e éd., Paris, Dalloz, coll. Hyper Cours, 2021, n°745, p. 410.
[1739] CE Ass. 26 oct. 1945, ARAMU, Lebon 213 ; *S.* 1946. III. 1, concl. R. ODENT ; *D.* 1946, p. 158, note G. MORANGE ; *EDCE* 1947, p. 48, concl. R. ODENT ; *GDJDA*, p. 123.
[1740] D. PÉANO, « Fasc. 1150 : RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR. – Contrôle de la légalité externe », JCl. adm. 31 déc. 2021, n°110.
[1741] Art. R 431-2, al. 1er CJA.
[1742] Art. R. 413-11, al. 2 CJA.
[1743] Art. R. 613-2 CJA.
[1744] CE 6 avr. 2018, Assoc. NARTECS, n° 402714 B.
[1745] B. SEILLER, M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, 6e éd., Paris, Dalloz, coll. Hyper Cours, 2021, n° 729, p. 399 : « *L'impartialité doit être respectée dans sa dimension structurelle comme dans sa dimension individuelle. Structurellement, elle pèse sur la juridiction en tant qu'institution. Individuellement, elle s'applique à chacun des juges qui la composent* ».
[1746] T. confl. 29 déc. 2004, Préfet des Deux-Sèvres c/ TGI Niort, n° 3429, *AJDA* 2005, p. 1011, note L. DOMINGO.

2016[1747]. Par ailleurs, « *le juge administratif n'a plus désormais qu'une compétence très marginale pour statuer sur la régularité des mesures administratives détachables des soins donnés dans le cadre de l'hospitalisation contrainte* »[1748]. En effet, que la décision d'hospitalisation complète ait été prise par le représentant de l'État ou le directeur de l'établissement de santé, le juge des libertés et de la détention est seul compétent. Enfin, le récent recours créé à l'article 803-8 du code de procédure pénale permet aux personnes détenues de saisir le juge judiciaire afin de faire constater – et d'y mettre fin – les conditions de détention indignes dans lesquelles elles vivent. Le juge administratif semble donc perdre peu à peu des contentieux en matière de mesures privatives de liberté qui lui étaient auparavant dévolus. Sans doute est-ce une volonté de la part du législateur de transférer au gardien de la liberté individuelle tout ce qui a trait à des mesures privatives de liberté.

451. Conclusion de la section 1 : Les droits de la défense font l'objet d'une plus grande protection en présence de magistrats du siège. Cela peut s'expliquer par la garantie d'autres droits qui doivent être également protégés en présence de ces derniers. Cela peut également s'expliquer par la nature de « gardienne de la liberté individuelle » de l'autorité judiciaire. À l'inverse, le respect du droit au procès équitable et des droits de la défense semble moindre devant l'administration pénitentiaire. Ce respect plus faible s'illustre notamment à travers la procédure disciplinaire en détention. L'absence de magistrats du siège n'entraîne pas systématiquement une atteinte aux droits de la défense car ceux-ci sont garantis et respectés devant le juge administratif.

[1747] Loi n° 2016-274 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, *JORF* n°0057 8 mars 2016, Texte n° 1.
[1748] P. WACHSMANN, *op. cit.*, n°449, p. 708.

Section 2 : Les droits de la défense en concurrence avec des enjeux contradictoires

452. L'exercice des droits de la défense est parfois restreint[1749] lorsque l'accès au dossier de la procédure est limité ou lorsque l'intervention de l'avocat est différée. Cette restriction se retrouve particulièrement lors d'une garde à vue et lors de la procédure disciplinaire en détention. La restriction de l'exercice des droits de la défense est souvent commandée par des impératifs plus forts que le principe du respect des droits de la défense. Ces impératifs ont été relevés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2019 : « *Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes, et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis, au nombre desquels figure le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789* »[1750]. Le Conseil a ainsi relevé, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public – dans laquelle est comprise la sécurité des personnes – et, d'autre part, la recherche des auteurs. Au vu des différents textes que nous avons analysés, la sécurité publique peut également être mentionnée. Ainsi, nous avons décidé de regrouper la prévention des atteintes à l'ordre public, à la sécurité publique et à la sécurité des personnes sous la dénomination générale de « sécurité publique ». En effet, cette notion revient plus fréquemment dans les textes et permet de couvrir ces différentes notions. Puis, il est établi que les enquêteurs recherchent les auteurs d'infractions. Cependant, leurs recherches semblent s'étendre au-delà des auteurs. En effet, bien plus que des auteurs ce sont des informations sur l'infraction commise et les moyens humains et matériels de commission de cette infraction qui sont recherchés. Nous aborderons donc, pour finir, les nécessités de l'enquête qui regroupent ces idées.

Ainsi, le respect des droits de la défense doit se concilier avec d'autres impératifs qui peuvent relever de la sécurité publique (1er paragraphe) ou des nécessités de l'enquête (2nd paragraphe).

1er paragraphe : Les enjeux relatifs à la sécurité publique

453. Monsieur le professeur Yves GAUDEMET rappelle la double définition que l'on peut donner de l'ordre public : « *Au sens général, pour un pays donné, à un moment donné, état social dans lequel la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées* ». La seconde définition est la suivante : « *dans un ordre juridique donné, normes impératives dont les*

[1749] L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 8e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n° 128, p. 146 : *« Encore convient- il de préciser que ce qui est en cause ici, ce n'est pas la liberté ou le droit en tant que prérogative subjective et textuellement énoncée mais bien l'exercice d'une telle prérogative qui, seul, peut faire l'objet d'un encadrement* ».

[1750] Cons. constit. 21 mars 2019, - Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n° 2019-778 DC, § 129, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n° 4.

individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions »[1751]. L'ordre public auquel il est fait référence dans cette partie relève de la première définition, la seconde faisant plutôt référence à la règle de droit[1752]. Nous traiterons dans un premier temps de la conciliation entre cet ordre public et des droits de la défense. Étant donné qu'il sera également évoqué l'impératif de sécurité des personnes, le terme général « sécurité publique » sera employé afin de recouvrir ces deux notions.

Ainsi, la sécurité publique peut revêtir différentes formes (A) mais elle a surtout pris une place importante lors de l'état d'urgence sanitaire déclaré durant la propagation du coronavirus (B).

A. La sécurité publique protéiforme

454. L'impératif de sécurité publique peut prendre différentes formes. Après avoir abordé la sauvegarde de l'ordre public (1), il faudra traiter des restrictions portées aux droits de la défense par le souci de préserver la sécurité publique (2) puis, celui de sauvegarder la sécurité des personnes (3).

1) La sauvegarde de l'ordre public

455. Il n'est pas prévu explicitement de restrictions de l'exercice des droits de la défense au nom de la sauvegarde de l'ordre public. Cette notion étant essentielle, il convient de la définir.

Bien qu'il soit difficile de définir l'ordre public et la sécurité publique, une distinction semble être faite entre ces deux notions. Dans un arrêt de 2000, la Cour de Justice de la Communauté Européenne déclarait : « *les États-membres restent libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public et de la sécurité publique* »[1753]. Cette même distinction est faite par le législateur au sein de l'article L. 512-2 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, repris en substance par le Conseil d'État : « *la protection subsidiaire n'est pas accordée à une personne s'il existe des raisons sérieuses de penser que "son activité sur le territoire constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État"* »[1754].

La distinction entre ces deux notions peut s'expliquer par la sémantique. La sécurité résulte « *de l'absence réelle de danger* »[1755] tandis que l'ordre est antinomique de désordre, chaos. Ces deux notions sont bien entendu voisines – car l'ordre public dépend également de la sécurité publique – mais une distinction peut être retenue : la sécurité publique veille à écarter un danger

---

[1751] Y. GAUDEMET, « L'ordre public – propos introductifs » in *L'ordre public*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 58, 2015/1 p. 3.
[1752] R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 14ème éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2021, n° 9, p. 11 : « *La fonction première de la règle de droit [qui est obligatoire] est d'organiser la société par un tissu de rapports juridiques […]* ».
[1753] CJCE 14 mars 2000, Association Eglise de scientologie de Paris et Premier ministre, aff. C-54/99.
[1754] CE, 22 avril 2022 n° 455520.
[1755] A. REY (dir.), *op. cit.*, p. 1219.

réel tandis que l'ordre public doit être sauvegardé afin d'éviter le chaos. La première notion semble donc plus concrète que la seconde.

Le législateur a souvent été confronté à « *la conciliation de la protection de l'ordre public et de l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* »[1756]. Et pour cause, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Il a ajouté que « *dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* »[1757]. L'ordre public semble ainsi être à la fois un frein comme une condition de l'exercice des libertés fondamentales. Toutefois, « *[…] la notion d'ordre public […] constitue une technique juridique particulièrement adaptée à l'orientation de la conduite de l'homme par la restriction, jugée nécessaire, de certaines de ses libertés* »[1758]. La restriction des libertés doit donc être nécessaire pour assurer la sauvegarde de l'ordre public. En effet, si chaque personne jouit pleinement de ses libertés, l'ordre public pourrait être compromis.

456. Les droits de la défense sont-ils concernés par une telle restriction ? Si l'exercice des droits de la défense est parfois restreint au nom de la sécurité publique ou de la sécurité des personnes, il ne l'est pas au nom de la sauvegarde de l'ordre public. En effet, les différents textes qui amenuisent le libre exercice des droits de la défense ne font pas référence à l'ordre public. En outre, à la lecture de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, « l'ordre public » peut restreindre la publicité des débats mais non les droits de la défense. De plus, la publicité des débats fait partie du droit au procès équitable, ce n'est pas un droit composant les droits de la défense. S'il est décidé d'écarter la publicité des débats afin de sauvegarder l'ordre public, cela n'affectera pas l'exercice des droits de la défense. Par ailleurs, une restriction justifiée par la sauvegarde de l'ordre public n'est pas davantage prévue au sein de la directive du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales[1759].

En droit français, bien que la prévention des atteintes à l'ordre public soit « *un objectif de valeur constitutionnelle* »[1760], il n'est pas prévu de restriction de l'exercice des droits de la défense au nom de la sauvegarde de l'ordre public. En effet, comment le simple fait d'exercer les droits de la défense pourrait causer des atteintes à l'ordre public ? En quoi, cela créerait-il du désordre ? Le désordre que l'on peut constater lors de la tenue d'un procès d'assises n'est pas causé par l'exercice des droits de la défense mais par l'affaire elle-même. L'on peut ainsi citer, de manière analogue, la suspension de peine pour raisons médicales qu'avait demandée

---

[1756] Cons. constit., 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, n° 2003-467 DC, *JORF* 19 mars 2003, p. 4789.
[1757] Consid. 3, Cons. constit., 25 janv. 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, n° 85-187 DC, *JORF* 26 janv. 1985, p. 1137.
[1758] S. FARGES, *L'ordre public sociétaire*, Th., Université Paris-Saclay, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de Thèses volume 217, 2022, n°5, p. 3.
[1759] Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).
[1760] L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 8e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°131, p. 150.

Maurice PAPON. Refusée dans un premier temps, cette suspension lui avait été finalement accordée par la Cour d'appel de Paris[1761]. L'un des points de discussion portait notamment sur l'atteinte éventuelle à l'ordre public que causerait sa libération anticipée. Cette atteinte à l'ordre public était crainte en cas d'octroi de cette suspension de peine. C'est donc la libération qui faisait craindre une atteinte à l'ordre public et non le fait que monsieur PAPON ait été défendu par ses avocats. La Cour d'appel de Paris retenait que l'âge avancé et la fragile état de santé de la personne condamnée ne constituaient pas un trouble à l'ordre public.

L'exercice des droits de la défense ne représente donc pas une atteinte à l'ordre public. En revanche, il est possible de restreindre les droits de la défense au nom de la sécurité publique.

2) La protection de la sécurité publique

457. L'exercice des droits de la défense peut être restreint pour préserver la sécurité dans les établissements pénitentiaires (a) ainsi que la sécurité publique en cas de commission d'infractions terroristes (b).

a) La protection de la sécurité dans les établissements pénitentiaires

458. L'administration pénitentiaire peut s'opposer à ce que certains documents parviennent à l'avocat – ou à la personne détenue – alors que ce dernier doit préparer la défense de son client. Les documents sont alors occultés ou retirés[1762] du dossier de la procédure quand il est envisagé de placer la personne dans une unité pour personnes détenues violentes ou dans un quartier de prise en charge de la radicalisation. Dans le cadre de la procédure disciplinaire, l'administration pénitentiaire peut rejeter la demande de l'avocat d'accès à tout élément utile à l'exercice des droits de la défense – en particulier les images issues des caméras de surveillance[1763]. L'administration peut même s'opposer à la consultation du dossier de la procédure par l'avocat[1764]. Rappelons que les enquêtes menées en détention sont très peu approfondies, il est donc regrettable de restreindre davantage les documents composant le dossier de la procédure.

Hormis la demande de l'avocat d'accès à tout élément utile à l'exercice des droits de la défense – qui peut faire l'objet d'un refus sans que le texte n'impose un motif particulier – ces différentes restrictions à l'exercice des droits de la défense doivent être justifiées par « *la sécurité publique* »[1765], « *celle des personnes* »[1766], ou celle « *des établissements pénitentiaires* »[1767]. Nous nous concentrons pour commencer sur le motif de la sécurité publique et celle des établissements pénitentiaires.

[1761] CA, Paris, 18 sept. 2002, n° 2002/09562, *D*. 2002, p. 2893 : « *Considérant au surplus que la loi n'exige pas que le condamné présente des gages de réinsertion sociale et que la suspension de la peine de Maurice P.., compte tenu de son âge et de son état de santé, n'est pas de nature à troubler l'ordre public. Qu'il convient, dès lors, d'ordonner la suspension de peine sollicitée […]* ».

[1762] Art. R. 224-5, al. 2 C. pénit.; Art. R. 224-19 C. pénit.

[1763] Art. R. 234-17, al. 3 C. pénit.

[1764] Art. R. 234-17, al. 1er C. pénit.

[1765] Art. R. 234-17, al. 1er C. pénit.

[1766] Art. R. 234-17, al. 1er C. pénit. ; Art. R. 224-5, al. 2 C. pénit. ; Art. R. 224-19 C. pénit

[1767] Art. R. 224-5, al. 2 C. pénit. ; Art. R. 224-19 C. pénit

459. Ainsi, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009[1768] prévoit que le service public pénitentiaire contribue à la sécurité publique[1769]. Une première interprétation serait de voir l'administration pénitentiaire comme une garante de la sécurité publique en ce qu'elle assure la réinsertion des délinquants. Une fois les personnes condamnées réinsérées, le trouble à la sécurité publique n'est plus à craindre. Cette sécurité publique implique également pour l'administration pénitentiaire le fait de veiller « *à la sécurité périmétrique de ses établissements afin d'éviter, notamment, les évasions [et] à la prévention des violences contre ses personnels et entre détenus* »[1770]. Au vu de cette interprétation, le devoir de sécurité publique se compose, dès lors, de deux volets : la sécurité doit être assurée à l'extérieur de l'établissement comme à l'intérieur.

De plus, l'article 22 de la loi pénitentiaire dispose que « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant […] du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements* ». À la lecture de ce texte, l'on comprend que l'exercice des droits de la personne détenue est normalement de droit et que les restrictions ne sont que des exceptions. Cependant, rien dans les textes régissant les différentes procédures évoquées précédemment n'encadre ces restrictions. Il n'est ainsi pas exigé de motiver le refus d'accès au dossier comme il n'est pas exigé que le retrait de documents ne soit qu'exceptionnel.

Or, si l'on comprend aisément que l'on puisse invoquer le motif de sécurité pour restreindre, par exemple, le droit à la vie privée[1771], il est plus ardu de comprendre en quoi la sécurité peut justifier une restriction aux droits de la défense. Ainsi, une personne détenue a porté son recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État[1772] afin de faire abroger les dispositions, issues d'un décret, du code de procédure pénale relatives à la fouille. Cet article prévoyait la fouille des cellules effectuée en l'absence de la personne détenue[1773]. Le requérant estimait ces dispositions contraires aux exigences de l'article 8, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Selon le requérant, le fait de procéder aux fouilles d'une cellule en l'absence de la personne détenue méconnaissait le droit protégé à l'article 8. Le Conseil d'État a malheureusement rejeté sa requête « *sans la moindre justification ou analyse juridique et de fond. Il va toutefois de soi que la fouille du lieu de vie*

[1768] Loi n° 2009-1436 24 nov. 2009 pénitentiaire, *JORF* n°0273 25 nov. 2009 p. 20192.

[1769] Art. 2, Loi pénitentiaire de 2009 : *« Le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions pénales. Il contribue à l'insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à* ***la sécurité publique*** *dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues. Il est organisé de manière à assurer l'individualisation et l'aménagement des peines des personnes condamnées* ».

[1770] J.-P. CÉRÉ « Prison – organisation générale – règles de sécurité », *Rép. pénal Dalloz*, juin 2015 actualisation avr. 2022, n°215.

[1771] P. PÉDRON, « Art. 724 à 728 - Fasc. 30 : DÉTENTION. – Régime de détention. – Sécurité », *JCl. Procédure pénale*, févr. 2010 actualisation févr. 2022, n° 168 : « *Afin de prévenir les trafics et le transport d'objets prohibés (introduction de drogue après un parloir, couteau provenant de la cuisine, outils des ateliers...), les personnes détenues peuvent être soumises à des fouilles selon différentes modalités. Sujet sensible en ce qu'il touche l'intimité du cadre de vie* ».

[1772] CE, 18 févr. 2015, n° 375765 : *D. actu*. 11 mars 2015, obs. M. LÉNA ; AJ pénal 2015, p. 195, obs. M. HERZOG-EVANS et É. PÉCHILLON.

[1773] Anc. Art. D. 269 CPP.

d'une personne, et ce, quel qu'il soit, porte atteinte à sa vie privée »[1774]. Il ressort de ces dispositions que le droit au respect de la vie privée et familiale est écarté au profit de la sécurité des établissements pénitentiaires. Une fouille de la cellule en l'absence de la personne détenue permet en effet aux surveillants pénitentiaires de vérifier que des objets interdits ne s'y trouvent pas ou qu'une tentative d'évasion n'est pas en train de se réaliser. Nous déplorons cette atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale mais nous comprenons les raisons de cette atteinte. En revanche, les raisons justifiant l'atteinte aux droits de la défense au nom de la sécurité sont moins évidentes.

En effet, au nom de cette exigence de sécurité, l'administration pénitentiaire peut restreindre l'exercice des droits de la défense en limitant le droit d'accès aux documents ou au dossier à l'avocat. Une explication à cette restriction serait le souci de préserver l'anonymat de certains témoins ou informateurs. L'administration pénitentiaire pourrait également, pour ce même motif, s'opposer à ce que l'on consulte les enregistrements des caméras de surveillance. Retirer certains documents du dossier permettrait à l'administration pénitentiaire de conserver la confidentialité de certaines mesures d'organisation. Bien qu'il soit compréhensible qu'en faisant cela, elle cherche à sauvegarder le maintien de l'ordre dans son établissement, cette restriction fait nécessairement grief à la personne détenue qui ne peut préparer correctement sa défense voire ne pas avoir d'éléments permettant de prouver son innocence devant la commission de discipline. Cette disposition démontre que l'administration pénitentiaire se méfie tant de la personne détenue que de l'avocat alors que ce dernier est un auxiliaire de justice, soumis au secret professionnel.

460. Une autre atteinte aux droits de la défense a été relevée au sein du code de procédure pénale qui précise qu'il est accordé aux personnes détenues mises en examen, prévenues ou accusées « *toutes communications et toutes facilités* ***compatibles avec les exigences de la sécurité de l'établissement pénitentiaire*** *pour l'exercice de leur défense* »[1775]. En l'espèce, la restriction à l'exercice des droits de la défense n'est pas explicite mais elle est bien réelle car les communications pour l'exercice de leur défense – il faut donc comprendre les communications entre la personne détenue et son avocat – doivent être compatibles avec la sécurité de l'établissement. La communication entre la personne détenue et son avocat n'est donc pas entièrement libre. Il est intéressant de lire que cette disposition ne concerne que les personnes détenues qui n'ont pas encore été jugées par une juridiction de jugement. Il est ainsi indirectement reconnu le caractère indispensable de la communication en vue de la préparation d'une audience de jugement.

Au regard de tous ces éléments, la notion de sécurité semble recouvrir divers éléments : le respect du règlement intérieur, la prévention de la commission de fautes disciplinaires et la sécurité des personnes.

461. Il est un cas cependant où, au contraire, le motif de la sécurité ne peut être invoqué pour restreindre l'exercice des droits de la défense. L'article 727-1 du code de procédure pénale prévoit en effet la prérogative de l'administration pénitentiaire d'écouter, d'enregistrer ou d'interrompre les communications téléphoniques des personnes détenues, sous

---

[1774] M. HERZOG-EVANS, É. PÉCHILLON, « Exécution des peines : Le Conseil d'État, la norme pénitentiaire et le droit commun. Retour en arrière ? », *AJ pénal* 2015, p. 195.
[1775] Art. 715-1 CPP.

le contrôle du procureur de la République, afin « *de prévenir les évasions et d'assurer la sécurité et le bon ordre des établissements pénitentiaires* ». Les conversations téléphoniques entre les personnes détenues et leurs avocats sont cependant formellement exclues de ces écoutes. En l'occurrence, il n'est permis sous aucun prétexte, même celui de la sécurité de l'établissement pénitentiaire, d'écouter les conversations téléphoniques entre une personne détenue et son conseil. Le secret professionnel des avocats ainsi que la confidentialité des échanges entre un avocat et son client sont donc respectés, à juste titre.

Le terme « sécurité publique » n'apparait pas expressément dans les enquêtes diligentées par la police pour restreindre l'exercice des droits de la défense. Cependant, l'on retrouve le souci de protéger la société civile en cas d'attaque terroriste imminente.

b) La protection de la sécurité publique en cas d'infraction terroriste

462. « *Ces circonstances [propres à chaque affaire] peuvent jouer un rôle sur les conditions d'exercice (l'application) des garanties contenues dans l'article 6 § 3* »[1776]. Les circonstances d'une affaire, notamment la nature des faits reprochés, peuvent en effet restreindre l'exercice des droits de la défense. Ainsi, aux termes de l'article 706-88-1 du code de procédure pénale, lorsqu'il existe un « *risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement* », le délai de la garde à vue est allongé et « *le mis en cause dispose du droit à l'entretien avec un avocat accordé à la 96ème heure et à la 120ème heure* »[1777]. La première visite de l'avocat n'est autorisée qu'à la 72ème heure[1778]. L'intervention de l'avocat est donc reportée dans le cadre de recherche d'infractions terroristes en cas de risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste. L'article ne le mentionne pas expressément mais ce motif correspond au souci de préserver la sécurité publique. En effet, en voulant éviter la survenance d'une action terroriste, c'est bien la sécurité publique que l'on cherche à préserver.

Concernant le report de l'intervention de l'avocat en cas de commission d'infractions terroristes, ce report est le plus important prévu par le code de procédure pénale – l'intervention de l'avocat peut être en effet différée de 72 heures comme pour les infractions de grand banditisme mentionnées aux 3° à 11° de l'article 706-73 du code de procédure pénale[1779]. La particularité du report de l'intervention de l'avocat pour des auteurs d'infractions terroristes trouve son explication dans la recherche urgente d'éviter une action terroriste sur le territoire français. Un entretien entre une personne gardée à vue, suspectée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction terroriste, et son avocat est perçu comme un moment de « respiration » durant lequel la pression créée par les enquêteurs s'estompe. Or, les personnes gardées à vue font l'objet d'une mesure privative de liberté encore plus longue que dans le cadre

---

[1776] B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté – Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Th., Université de Montpellier, 2007, p. 345.
[1777] S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 12e éd., Paris, Lexis Nexis, coll. Manuel, 2019, n°1142, p. 708.
[1778] Comme cela apparait sur le schéma dressé par le commissaire divisionnaire Marc SCHWENDENER : M. SCHWENDENER, « La nouvelle garde à vue « terrorisme » issue de la loi du 23 janvier 2006 », *AJ pénal* 2006, p. 164.
[1779] Art. 706-88, al. 6 CPP.

du régime commun. Il est donc d'autant plus important de veiller à ce qu'elles puissent exercer librement ses droits de la défense. Il est fâcheux que le législateur décide au contraire de reporter davantage l'intervention de l'avocat.

463. Tout comme lors d'une garde à vue, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, en son article L. 742-6, prévoit la possibilité pour le juge des libertés et de la détention de prolonger le maintien en rétention administrative au-delà du délai maximal de trente jours pour la personne étrangère condamnée « *à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal ou [si elle] fait l'objet d'une décision d'expulsion édictée pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées* ». Le texte ajoute que le délai ne peut alors excéder cent quatre-vingts jours. La durée maximale est donc multipliée par six par rapport à une personne placée en rétention administrative dans le cadre du régime commun. De la même manière, la durée de la garde à vue peut faire l'objet d'une nouvelle prolongation de 24 heures, renouvelable une fois, s'il « *existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement* »[1780].

Le prolongement de la durée de la privation de liberté peut aussi se faire de manière indirecte en refusant la réduction de cette durée ou en excluant la personne condamnée à des infractions terroristes à certains aménagements de peine[1781]. En effet, une personne condamnée pour des infractions terroristes encourt des peines dont le quantum a été augmenté[1782] et la période de sûreté en cas de condamnation à une peine de réclusion criminelle à perpétuité est relevée de 22 à 30 ans[1783]. De plus, ces personnes condamnées ne peuvent bénéficier que de crédits de réduction de peine à hauteur de trois mois par an et de sept jours par mois[1784] depuis la loi du 22 décembre 2021[1785] – avant cette loi, elles ne pouvaient bénéficier que des réductions supplémentaires de peine[1786] prévues à l'article 721-1 du code de procédure pénale. Enfin, certains aménagements de peine leur sont refusés comme la semi-liberté ou le placement à l'extérieur[1787]. Les personnes condamnées à des infractions terroristes ne peuvent bénéficier de l'application de plein droit de la libération sous contrainte[1788] – réservée « *au condamné exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à deux ans un reliquat de peine à exécuter qui est inférieur ou égal à trois mois […] sauf en cas d'impossibilité matérielle résultant de l'absence d'hébergement* »[1789].

Il ressort de ces différents éléments que les personnes soupçonnées ou condamnées pour des infractions terroristes relèvent de régimes dérogatoires qui conduisent à une privation de

---

[1780] Art. 706-88-1, al. 1er CPP.
[1781] Comme cela a été évoqué au paragraphe § n° 408.
[1782] Art. 421-3 CP.
[1783] Art. 421-7 CP.
[1784] Art. 721-1-1 CPP.
[1785] Loi n° 2021-1729 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* n°0298 23 déc. 2021, texte n°2.
[1786] Contrairement aux crédits de réduction de peine qui sont accordés de droit, les réductions supplémentaires de peine nécessitent la manifestation d'efforts sérieux de réadaptation sociale.
[1787] Art. 723-1, al. 3 CPP.
[1788] Art. 720, III CPP.
[1789] Art. 720, II CPP.

liberté plus longue. Si, en matière de garde à vue, cette privation de liberté allongée peut se justifier par les nécessités de l'enquête, l'allongement de la privation de liberté peut aussi se justifier par un souci de sécurité publique. En effet, qu'il s'agisse de la garde à vue, de la rétention administrative ou de l'exécution d'une peine privative de liberté, un allongement de la mesure privative de liberté constitue un éloignement de la société et donc une protection de cette dernière.

La sécurité publique n'est pas le seul motif pouvant justifier une restriction de l'exercice des droits de la défense, la sécurité des personnes est également prise en compte.

3) La protection de la sécurité des personnes

464. La sécurité des personnes est un des motifs justifiant la restriction de l'exercice des droits de la défense. Ainsi, dans le cadre d'une garde à vue du régime commun, le report de l'intervention de l'avocat peut être décidé « *pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête* »[1790] et le texte précise : « *pour prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* »[1791]. Le report peut alors être autorisé pour une durée de douze heures ou de vingt-quatre heures. Le régime dérogatoire d'une garde à vue prévoit également un report de l'intervention de l'avocat lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir commis une des infractions inscrites à l'article 706-73 du code de procédure pénale – à savoir des infractions aggravées ou commises en bande organisée. Il peut ainsi être décidé de différer l'intervention de son avocat de 24 à 48 heures[1792]. L'intervention de l'avocat peut même être différée jusqu'à 72 heures[1793] si la personne est suspectée d'avoir commis ou tenté de commettre l'une des infractions prévues aux 3° à 11° de l'article 706-73.

L'article 706-88 du code de procédure pénale dispose de la même façon que ce report ne peut avoir lieu qu'« *en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction* ». Il précise quelles peuvent être ces raisons impérieuses : le recueil ou la conservation de preuves ou la prévention d'une « *atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* ». L'on peut constater que cette atteinte à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne ne doit être que « grave » dans le cadre du régime dérogatoire tandis qu'elle doit être « grave et imminente » dans le cadre du régime de droit commun. Les conditions du report de l'intervention de l'avocat sont donc plus restrictives en régime commun. Cela signifie que le report de l'intervention de l'avocat y est plus rare. L'on peut cependant déplorer que le report de cette intervention ne soit pas tout autant encadré dans le cadre du régime dérogatoire. En effet, la personne soupçonnée fait l'objet d'une garde à vue dont la durée est plus longue qu'en droit commun, cet allongement de la durée de la privation de liberté devrait justifier un renforcement des droits de la défense.

465. La sécurité des personnes est donc prise en compte. La personne mentionnée dans ces textes doit donc être en danger – sinon imminent, du moins certain dans le cadre du

---

[1790] Art. 63-4-2, al. 4 CPP.
[1791] *Ibid*.
[1792] Art. 706-88, al. 6 CPP.
[1793] *Ibid*.

régime dérogatoire de la garde à vue. De plus, le fait que les textes emploient le qualificatif « grave » indique que le risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne doit être important.

Ces deux dispositions emploient le singulier pour désigner la vie, la liberté ou l'intégrité physique « d'une personne » mais l'on comprend aisément qu'il n'est pas exigé que la sécurité d'une seule personne soit en danger, il peut également s'agir d'un groupe de personnes. Ainsi, sécurité des personnes et sécurité publique sont intimement liées : plus le danger est grand pour les personnes, plus la sécurité publique est atteinte.

466. Le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la conformité des dispositions de l'article 706-88, relatives au report de l'intervention de l'avocat, à la Constitution. Selon le Conseil, l'atteinte aux droits de la défense est proportionnée au regard de la gravité et de la complexité des faits. De plus, cette décision du report est prise par le procureur de la République ou un magistrat du siège, une autorité judiciaire donc. Enfin, la personne gardée à vue a été informée de son droit de se taire. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que ces dispositions étaient conformes à la Constitution[1794]. Toutefois, la notification du droit de se taire à la personne gardée à vue ne saurait compenser l'absence de l'avocat lors des auditions. L'avocat n'est pas là uniquement pour assister aux auditions, il est également présent pour s'entretenir avec la personne mise en cause, la conseiller, poser des questions et adresser des observations au procureur de la République à l'issue de l'audition. Tous ces éléments démontrent que la notification du droit de se taire ne suffit pas à combler l'absence de l'avocat.

La sécurité des personnes et, indirectement, prévenir l'atteinte à l'ordre public sont donc des motifs justifiant une restriction de l'exercice des droits de la défense. Cependant, nous nous permettons d'interroger la pertinence de ce motif. En effet, comment le report de l'intervention de l'avocat peut-il permettre de sauvegarder plus facilement la sécurité des personnes ? Et à l'inverse, comment l'intervention immédiate de l'avocat auprès de la personne gardée à vue serait, même indirectement, une atteinte à l'ordre public ? L'avocat est là pour conseiller et assister son client durant les auditions. Cette assistance ne s'oppose pas à la sauvegarde de la sécurité des personnes. En réalité, il peut être craint que l'intervention de l'avocat n'empêche les enquêteurs d'obtenir des informations concernant une personne qui pourrait être en danger. Il pourrait être intéressant, cependant, d'imaginer le contraire : un avocat pourrait convaincre son client de coopérer avec les enquêteurs pour mettre fin à ce danger.

Enfin, s'il est vrai que l'autorité judiciaire décide du report de l'intervention, ce report ne fait l'objet d'une autorisation écrite et motivée que dans le cadre de l'article 63-4-2 du code de procédure pénale pour les reports de douze puis de vingt-quatre heures. Ainsi, lorsque le report de l'intervention est décidé, selon l'article 706-88 du code de procédure pénale, le texte n'exige pas de rendre une autorisation « écrite et motivée » comme cela est le cas pour le régime de droit commun. Encore une fois, il est regrettable que le régime dérogatoire ne soit pas aussi bien encadré que le régime de droit commun alors que l'atteinte à la liberté individuelle est plus importante au regard de la durée de la privation de liberté qui est plus longue. En outre, l'autorité judiciaire ne rend qu'une « autorisation » écrite et motivée. Il ne s'agit pas d'une ordonnance.

[1794] Cons. constit. 21 nov. 2014, M. Nadav B., n° 2014-428 QPC, *JORF* n°0271 23 nov.2014, p. 19675, texte n° 29 : *AJ Pénal* 2015, p. 100, obs. J.-B. PERRIER.

Dès lors, aucun recours ne peut être fait à l'encontre de cette autorisation. L'atteinte portée aux droits de la défense est donc très importante.

467. Il n'y a pas que dans le cadre d'une garde à vue que la sécurité des personnes peut être invoquée pour justifier une restriction des droits de la défense. En détention, lorsque l'administration pénitentiaire décide d'occulter ou de retirer certains documents des dossiers relatifs au placement dans un quartier de radicalisation ou dans une unité pour personnes détenues violentes, l'un des motifs qui peut être invoqué est la sécurité « *des personnes* »[1795]. Ce motif peut également justifier le fait de ne pas permettre à l'avocat de consulter le dossier de la procédure disciplinaire[1796]. En l'occurrence, l'administration pénitentiaire ne souhaite pas divulguer certaines informations à la personne détenue ou à son avocat en vue de protéger la sécurité des personnes.

De quelles personnes s'agit-il ? Il peut s'agir de certaines personnes détenues qui auraient donné des renseignements à l'administration pénitentiaire, de membres du personnel pénitentiaire qui auraient découvert des informations ou enfin des personnes extérieures qui auraient fait part à l'administration pénitentiaire de certaines informations.

L'administration pénitentiaire cherche donc à protéger ces personnes d'être l'objet de pressions, de menaces. Nous restons sceptique face à la méfiance vis-à-vis de l'avocat. Ce dernier sait quelles informations du dossier peuvent être transmises ou non à son client. Il connait les intérêts de ce dernier et ne lui transmettrait pas des éléments pouvant mener à de nouvelles fautes disciplinaires – menaces, violences… En voulant protéger ces personnes, c'est l'avocat qui est empêché dans l'exercice de sa profession puisqu'il n'a pas accès à tous les éléments qui constituent le dossier et qui vont aider l'administration pénitentiaire lors de sa prise de décision. L'atteinte aux droits de la défense apparait trop importante en l'occurrence. Il est envisageable de restreindre l'accès au dossier à la personne détenue elle-même afin qu'elle ne sache pas les sources des éventuelles informations. Toutefois, un avocat, professionnel du droit, est plus à même de tenir compte de ces informations sans les transmettre à son client.

La sécurité publique a également été mise en avant durant l'état d'urgence sanitaire.

B. La sécurité publique lors de l'état d'urgence sanitaire

468. La pandémie de covid-19 a poussé le pouvoir exécutif à rendre plusieurs ordonnances afin de faire perdurer le service public de la justice et celui de l'administration pénitentiaire tout en veillant à limiter la propagation du virus. Cela a notamment conduit au prolongement des délais de détention provisoires[1797] sans présentation de la personne et au recours de la visioconférence lors d'audiences pénales sans l'accord de l'intéressé[1798].

[1795] Art. R. 224-5, al. 2 C. pénit. ; Art. R. 224-19 C. pénit
[1796] Art. R. 234-17, al. 2 C. pénit.
[1797] Comme nous l'avons abordé au paragraphe § n°82.
[1798] Comme nous l'avons développé au paragraphe § n°330.

Ce recours systématique a en effet été décidé, dès le lendemain de l'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire[1799], par l'ordonnance du 25 mars 2020[1800] en son article 5. La Cour de cassation[1801] et le Conseil d'État[1802] ont rejeté les différentes requêtes portées à l'encontre de cet article. En revanche, le Conseil constitutionnel a relevé que cette disposition était contraire à la Constitution[1803]. « *Entre-temps, pour faire face à une nouvelle aggravation de l'épidémie, l'état d'urgence sanitaire a été réactivé à compter du 17 octobre 2020. À cette occasion, le gouvernement a décidé d'infléchir à nouveau les règles classiques de procédure pénale par une ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020, dont l'article 2 a restauré l'usage dérogatoire de la visioconférence, y compris même devant les juridictions criminelles dès lors que l'instruction orale de l'affaire était terminée* »[1804]. Encore une fois, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition contraire à la Constitution[1805].

Il était nécessaire pour le pouvoir exécutif de prendre des mesures pour sauvegarder la santé publique qui fait partie de l'ordre public. En effet, l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales dresse les composants, non exhaustifs, de l'ordre public général : le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Ce dernier concept de « salubrité publique » renvoie à la santé de la société. De plus, dans une décision du 8 janvier 1991, le Conseil constitutionnel a déclaré que les exigences de la santé publique revêtaient une valeur constitutionnelle[1806].

469. Bien que l'urgence sanitaire ait motivé ce recours systématique à la visioconférence, il n'en demeure pas moins que les droits de la défense ont été gravement atteints. Or, il est dommage de maintenir ce « *postulat désormais endémique selon lequel l'équité est une perte de temps* »[1807]. La comparution personnelle de la personne détenue devant ses juges, bien qu'elle soit contraignante en période de crise sanitaire, reste essentielle pour garantir l'équité de la procédure et la défense effective. Il est donc regrettable que les droits de la défense reculent face à un nouvel impératif qu'est la santé publique.

Un équilibre doit, bien entendu, être trouvé entre l'intérêt individuel – comme le libre exercice des droits de la défense – et l'intérêt collectif – la suspension des audiences en présentiel afin de limiter la propagation du virus. Néanmoins, les droits de la défense, alors qu'il s'agit de droits fondamentaux, sont facilement restreints voire écartés au profit de la prévention

---

[1799] Loi n° 2020-290 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n°0072 24 mars 2020, texte n°2.

[1800] Ord. n° 2020-303 25 mars 2020, Portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0074 26 mars 2020, texte n°3.

[1801] Cass. Crim. 22 juill. 2020, n° 20-82.213, *AJ pénal* 2020, p. 482, obs. B. FIORINI.

[1802] CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894, 439877, 439887, 439890, 439898, § 19 P : *D. actu*. 9 avr. 2020, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2020, n° 103, obs. A. MARON et M. HAAS.

[1803] Cons. constit. 15 janv. 2021, M. Krzystof B., n° 2020-872 QPC, *JORF* n°0014 16 janv. 2021, texte n° 70 : *D.* 2021, p. 82 ; *D. actu*., 8 févr. 2021, obs. S. GOUDJI ; *RSC* 2021, p. 479, obs. A. BOTTON.

[1804] H. DIAZ, « Crise sanitaire et visioconférence : l'inéluctable censure », *D. actu*., 16 sept. 2021.

[1805] Cons. constit., 4 juin 2021, M. Wattara B. et autres, n° 2021-911/919-QPC, *JORF* n°0129 5 juin 2021, texte n° 83 : *D.* 2021, p. 1085 ; *D. actu*. 10 juin 2021, obs. D. GOETZ ; *AJDA* 2021, p. 1174.

[1806] Consid. 15., Cons. constit., 8 janv. 1991, 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, *JORF* 10 janv. 1991, p. 524.

[1807] M. HERZOG-EVANS dans J. -P. CÉRÉ, J. FALXA, M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines », *D.* 2021, p. 1106.

d'atteintes à la santé publique. Ainsi, « *il est non moins certain que l'urgence sanitaire en l'occurrence (comme la lutte antiterroriste) a fait reculer les droits et libertés… et le Droit en général* »[1808].

La sécurité publique apparait donc comme un frein à l'exercice des droits de la défense. Un certain paradoxe émane pourtant de l'article L. 111-1 du Code de la sécurité intérieure qui dispose en son premier alinéa que « *la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* ». Les droits de la défense ne sont certes pas des « libertés » mais ce sont bien des droits fondamentaux. Or, cette disposition peut presque sembler ironique au regard de la restriction des droits de la défense décidée sur le fondement de la sécurité publique et des personnes.

La prévention des atteintes à l'ordre public n'est pas le seul enjeu pouvant restreindre l'exercice des droits de la défense, il y a également ceux relatifs aux besoins de l'enquête.

2nd paragraphe : Les nécessités de l'enquête

470. L'exercice des droits de la défense est parfois restreint pour les besoins de l'enquête. L'enjeu explicite de cette restriction est la recherche des auteurs (A). Cependant, un autre enjeu, plus implicite, peut également être retenu : la recherche d'informations (B).

A. L'enjeu explicite de la recherche des auteurs

471. Aux articles 63-4-2 et 706-88 du code de procédure pénale, lorsque le report de l'intervention est décidé, il doit être justifié par « *des raisons impérieuses tenant aux circonstances de l'enquête [ou de l'instruction], [comme] permettre le recueil ou la conservation des preuves* ». Le régime de droit commun est, une fois encore, plus exigeant car ces raisons impérieuses tenant aux circonstances de l'enquête relèvent du « *bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves* »[1809]. Ainsi, le régime de droit commun de la garde à vue impose que ces investigations soient « urgentes ». Cette condition d'urgence a du sens car le recueil, ou la conservation, des preuves est censé se faire tout au long de l'enquête, y compris durant la garde à vue. La garde à vue ne devrait donc pas être un obstacle au recueil ou à la conservation de preuves. Pourquoi cette condition d'urgence est imposée dans le régime de droit commun et non dans le régime dérogatoire ? Il semblerait qu'encore une fois, la gravité des faits justifie une atteinte plus importante aux droits de la défense. Ce raisonnement est peu pertinent, ces investigations devraient être urgentes tant dans le régime de droit commun que dans le régime dérogatoire.

De plus, le texte ne précise pas quelles pourraient être ces preuves recherchées. Une précision nous est apportée par la jurisprudence constitutionnelle. En effet, le législateur doit

---

[1808] L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 8e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°134, p. 162.
[1809] Art. 63-4-2, al. 4 CPP.

veiller à assurer « *la recherche des auteurs d'infractions* »[1810]. Cette recherche des auteurs d'infractions a été érigée au rang d'objectif à valeur constitutionnelle[1811]. Le terme « explicite » est ainsi employé dans cette partie car le Conseil constitutionnel comme le législateur n'hésitent pas à s'y référer pour vérifier l'équilibre entre cet impératif et le respect des droits de la défense ou pour justifier une atteinte à ces droits. Le recueil et la conservation de preuves devrait donc viser la recherche d'auteurs.

À l'instar de la prévention des atteintes à la sécurité publique, le législateur doit toujours veiller à maintenir l'équilibre entre la recherche des auteurs et le respect des droits de la défense. Cette rupture d'équilibre avait d'ailleurs été mise en avant par le Conseil constitutionnel quand il avait censuré les anciennes dispositions relatives à la garde à vue dans sa décision du 30 juillet 2010[1812]. Le Conseil avait mis en avant « *l'absence de rigueur nécessaire* »[1813] lors de la recherche des auteurs d'infractions. Une telle recherche ne pouvait en effet justifier que l'avocat n'intervienne que sporadiquement lors de la mise en œuvre d'une garde à vue.

La recherche des auteurs peut également expliquer la restriction de l'accès au dossier lors d'une garde à vue. En effet, l'avocat de la personne gardée à vue ne peut consulter que les procès-verbaux qui concernent son client et non l'entièreté du dossier. Cet accès limité au dossier peut trouver son fondement dans la recherche des auteurs car le législateur craindrait que l'avocat ne fasse part à son client des autres personnes impliquées dans l'affaire. La défiance du législateur et des enquêteurs vis-à-vis de l'avocat semble être confirmée à nouveau.

Si cet accès limité constitue une garantie pour les enquêteurs lors de la recherche des auteurs, il est certain que cette garantie n'aura qu'un effet limité puisque cet accès restreint n'a lieu que durant la garde à vue. En effet, si l'affaire est dévolue à un juge d'instruction, l'avocat aura alors accès à l'entier dossier et aura donc accès à toutes les informations, accès qui lui était auparavant refusé. De plus, la garde à vue ne peut excéder 48 heures en droit commun. Le temps est donc réduit pour s'assurer que le recueil ou la conservation des preuves se fasse sans encombre. Il n'est donc pas certain que le report de l'intervention de l'avocat soit efficace pour s'assurer du recueil ou de la conservation de preuves.

La recherche des auteurs est un des enjeux qui peut restreindre l'exercice des droits de la défense. Il en existerait un autre, plus implicite.

B. L'enjeu implicite de la recherche d'informations

472. Pour autoriser le report de l'intervention de l'avocat, les articles 63-4-2 et 706-88 du code de procédure pénale imposent que ce report soit justifié par « *des raisons impérieuses tenant aux circonstances de l'enquête* » : ces raisons peuvent notamment être « *le*

[1810] Cons. constit., 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, n° 2003-467 DC, *JORF* 19 mars 2003, p. 4789: *D*. 2004, p. 1273, obs. S. NICOT ; *RSC* 2003, p. 614, obs. V. BÜCK ; *ibid*. p. 616, obs. V. BÜCK.

[1811] Cons. constit. 22 mars 2012, Loi relative à la protection de l'identité, n° 2012-652 DC, *JORF* 28 mars 2012, p. 5607, texte n° 6.

[1812] Consid. 23, Cons. constit, 30 juill. 2010, M. Daniel W. et autres, n°2010-14/22 QPC, *JORF* 31 juill. 2010, p. 14198, texte n° 105 : « *Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que, s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* ».

[1813] G. ROUSSEL, « Les garanties de la défense pénale dans les premières décisions rendues sur QPC », *AJ pénal* 2011, p. 286.

recueil ou la conservation des preuves ». Il a été envisagé que ces preuves portent sur la complicité ou la présence d'un co-auteur lors de la commission de l'infraction. Ces preuves peuvent également consister en la recherche plus générale d'informations. Ces informations peuvent porter sur la commission matérielle des faits – par quels moyens l'infraction a été commise et avec qui –, sur la présence éventuelle d'un complice ou d'un instigateur…

Cet autre enjeu de la recherche d'informations pourrait en effet expliquer le report de l'intervention de l'avocat mais il pourrait aussi justifier d'autres restrictions à l'exercice des droits de la défense. Par exemple, l'article 63-4-1 du code de procédure pénale énonce les différents procès-verbaux qui peuvent être consultés par l'avocat, à la demande de celui-ci. Ces procès-verbaux sont en lien avec la personne gardée à vue – notification des droits, certificat médical et audition de la personne. Le texte ne le précise pas mais il est évident que cet accès est limité pour éviter que l'avocat ne divulgue des informations sur l'enquête à son client.

473. En outre, le troisième alinéa de l'article 63-4-2 du code de procédure pénale prévoit une restriction importante des droits de la défense. Alors que la personne gardée à vue a fait le choix d'être défendue par un avocat et que ce dernier en est averti, le procureur de la République peut autoriser par une autorisation écrite et motivée – mais aucune autre formalité ne vient encadrer cette particularité – que l'audition de la personne mise en cause débute aussitôt. Ainsi, il n'est pas tenu compte du délai légal de deux heures normalement laissé à l'avocat pour se rendre aux locaux de la garde à vue. Cette autorisation peut être donnée si les nécessités de l'enquête l'exigent selon les textes. Cette formule « lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent » est très vague et peut donc conduire les enquêteurs à y avoir fréquemment recours. De plus, le procureur de la République étant en étroit lien avec les enquêteurs, il n'est pas certain qu'il joue un rôle de « filtre » lorsque ces demandes sont présentées par les officiers de police judiciaire.

L'audition de la personne en l'absence de son avocat en garde à vue ou le report de l'intervention de ce dernier semblent motivés par la même raison. En effet, cela permettrait aux enquêteurs d'interroger seuls la personne gardée à vue et de recueillir certaines informations qui n'auraient pas été données en présence de son conseil. Toutefois, le rôle de l'avocat étant très limité lors de la garde à vue, sa présence ne devrait pas gêner les enquêteurs. De plus, lorsque la garde à vue a lieu durant une instruction, l'avocat est soumis au secret de cette instruction. Il ne doit donc pas être craint qu'il divulgue des informations sur cette instruction, au risque d'être poursuivi pour l'infraction de violation du secret de l'instruction, sur le fondement de l'article 226-13 du code pénal.

Concernant l'accès restreint au dossier, cet accès est sans doute justifié par la crainte que l'avocat informe son client d'éventuelles informations que détiendraient les enquêteurs sur l'ampleur de l'infraction constatée ou sur la présence éventuelle de complices ou de co-auteurs. En évitant l'accès à cette information, il est ainsi évité que la personne gardée à vue elle-même y ait accès. Néanmoins, l'affaire peut être portée devant le juge d'instruction. Or, en phase d'instruction l'entièreté du dossier est connu de la personne mise en examen et de son conseil. Lors de la phase d'instruction, la personne mise en examen ne gêne pas l'enquête réalisée. Lors de ces deux phases que sont l'enquête et l'instruction, la personne mise en cause peut être privée de liberté. Elle ne peut donc empêcher la destruction de preuves.

La recherche d'informations apparait donc comme un enjeu implicite. Nous employons le terme « implicite » car il n'est pas officiellement érigé au rang d'objectif à valeur

constitutionnelle, comme la recherche d'auteurs, mais semble apparaitre implicitement sous la dénomination large des « nécessités de l'enquête ».

Rappelons, pour finir, que « *dans un État de droit, l'information ne saurait être obtenue sans considération pour le respect des libertés individuelles ou des droits de la défense* »[1814]. Il est donc essentiel que les droits de la défense soient respectés lors de la phase de garde à vue et que les restrictions qui y soient portées soient véritablement exceptionnelles.

474. Conclusion de la section 2 : L'exercice des droits de la défense est parfois restreint au profit d'enjeux. Ces enjeux peuvent être opposés à l'intérêt de la personne. Il peut s'agir d'enjeux relatifs à la sécurité publique. Cette sécurité publique est protéiforme car elle peut consister en une sécurité garantie au sein des établissements pénitentiaires ou lors de la recherche d'indices lors de la commission d'infractions terroristes. Cette sécurité publique a connu une place particulièrement importante lors de l'état d'urgence sanitaire décidé à l'occasion de la pandémie de covid-19. Enfin, les enjeux relatifs à l'enquête peuvent également justifier la restriction de l'exercice des droits de la défense. Ces derniers sont en effet écartés explicitement au profit de la recherche des auteurs. De plus, bien que le Conseil constitutionnel n'y fasse pas expressément référence, la recherche d'informations lors de l'enquête en cours peut motiver la restriction aux droits de la défense.

[1814] Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, le vendredi 6 avril 2018.

Conclusion du chapitre 1er

475. « *Il ne suffit pas que les droits de la défense soient ouverts par la loi pour qu'ils soient tenus pour respectés. […] Les autorités judiciaires et policières ont pour obligation de veiller à leur respect* »[1815].

Plusieurs motifs peuvent expliquer le fait que les droits de la défense ne soient pas toujours pleinement exercés lors des procédures au cours desquelles une mesure privative de liberté est mise en œuvre, notamment lors de la garde à vue ou de la procédure disciplinaire en détention.

Cette restriction peut s'expliquer par la nature de l'autorité. En effet, quand il s'agit d'une autorité judiciaire, les droits de la défense sont davantage respectés. À l'inverse, l'administration pénitentiaire ne respecte pas autant les droits de la défense. Cette dernière ne constituant pas un tribunal indépendant et impartial, les droits de la défense y sont fréquemment atteints. Bien entendu, l'ordre juridictionnel judiciaire n'est pas le seul ordre juridictionnel à respecter les droits de la défense. En effet, ces droits sont aussi respectés devant le juge administratif.

La restriction de l'exercice des droits de la défense trouve également sa source dans des enjeux opposés au respect des droits de la défense, comme la sauvegarde de la sécurité publique ou les nécessités de l'enquête. La sécurité publique vise la protection collective tandis que le respect des droits de la défense vise la protection de la personne dans la procédure – puisque la défense effective et l'équité de la procédure sont les objectifs du respect des droits de la défense. L'on peut également invoquer les nécessités de l'enquête comme facteur restreignant l'exercice des droits de la défense. En effet, les enquêteurs recherchent les auteurs, voire des informations, pour obtenir ces éléments, ils doivent interroger la personne soupçonnée avec le moins d'interaction possible avec l'extérieur. Ceci explique donc le report de l'intervention de l'avocat prévu uniquement au stade de l'enquête.

Cette rationalisation du manque d'unité constaté dans les différents régimes mettant en œuvre une mesure privative de liberté peut être complétée avec l'étude de législations d'États européens.

[1815] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4e éd., Paris, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2016, n°490-1, pp. 362-363.

Chapitre 2 : La rationalisation externe : la comparaison avec les législations européennes

476. « *La personne en garde à vue doit, préalablement à son audition, […] être clairement informée qu'elle a le droit de consulter un avocat et d'être assistée par lui durant l'audition, et que, si elle n'a pas les moyens, un avocat lui sera désigné d'office* ». Par ce célèbre arrêt *Miranda vs Arizona* du 13 juin 1966, la Cour Suprême des Etats-Unis a reconnu à une personne gardée à vue le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat, même si la personne n'a pas les moyens d'en payer les honoraires. Ainsi, le respect des droits de la défense n'est pas seulement garanti dans les États signataires de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La rationalisation du droit interne peut être enrichie par l'étude des législations étrangères. Il sera étudié, au sein de ce chapitre, les règles de droit relatives à la défense des personnes privées de liberté garanties au sein de systèmes législatifs européens.

Les systèmes européens, étant également soumis à la Convention européenne des droits de l'Homme, s'ils font partie du Conseil de l'Europe, veillent aussi à la protection des droits de l'Homme dont font partie les droits de la défense. Ainsi, les différentes législations des États membres du Conseil de l'Europe doivent répondre aux mêmes exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme, elles sont donc censées être proches des règles de droit françaises. C'est pourquoi ce sont des systèmes européens qui feront l'objet d'une analyse et non des systèmes américains, asiatiques ou africains.

Les législations des pays européens étudiées sont les législations belge, suisse, italienne et britannique[1816]. Les différents codes ont été lus et analysés. Pour ce qui est du droit britannique, il n'existe pas de « code » compilant le droit en vigueur comme en France. Bien que le droit britannique soit surtout régi par la jurisprudence – *common law* – il existe également des lois appelées « *Acts* ». Nous pourrons donc nous y référer. Enfin, nous parlons de droit « britannique » car nous étudierons le droit anglais – qui regroupe l'Angleterre et le Pays de Galles – et écossais.

L'étude des lois de ces autres pays nous permettra de faire une comparaison avec notre propre droit et pourra nourrir notre réflexion quant aux propositions d'optimisation de la défense des personnes privées de liberté.

De cette analyse, il ressort que les droits de la défense font l'objet d'une garantie identique parmi ces différentes législations (section 1) et l'exercice des droits de la défense est similaire à celui que nous observons en droit français (section 2).

Section 1 : La garantie identique des droits de la défense

[1816] Le choix de ces pays a été fait en fonction des langues maîtrisées.

477. Les droits de la défense, notamment le droit à l'assistance d'un avocat, ont également été reconnus aux personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté dans ces différentes législations. Les droits de la défense sont donc garantis de manière identique au sein de ces différents États européens. Cela se manifeste notamment par l'intervention plus importante de l'avocat (1er paragraphe). De plus, ce dernier exerce les mêmes missions afin de s'assurer du respect des droits de la défense (2nd paragraphe).

1er paragraphe : L'intervention accrue de l'avocat

478. Cette intervention accrue se justifie par la reconnaissance des droits de la défense faite par tous les États européens étudiés (A). De plus, cette intervention accrue se manifeste par le fait que l'avocat intervienne fréquemment lorsque des mesures privatives de liberté sont mises en œuvre ou encourues (B).

A. La reconnaissance unanime des droits de la défense

479. Les différents États étudiés garantissent tous dans leur texte le respect des droits de la défense (2). Cette reconnaissance unanime se justifie par le fait que les différents États doivent répondre aux exigences de même textes (1).

1) Des sources identiques

478. Tout comme la France, la Belgique et l'Italie sont des pays membres de l'Union européenne, le retrait du Royaume-Uni ayant été officialisé le 30 janvier 2020. La Suisse n'a jamais fait partie de l'Union européenne. Ainsi, seules la Belgique et l'Italie, parmi les quatre pays étudiés, ont signé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces deux États se sont donc engagés à faire respecter les droits qui y figurent comme les droits de la défense qui apparaissent à l'article 47 : « *Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ». Par cet article, le droit à l'assistance d'un avocat, renforcé par le droit à une aide juridictionnelle, est garantie aux citoyens européens. Cependant, cela ne signifie pas que le Royaume-Uni et la Suisse ne se sont pas engagés, par la signature d'un texte international, à faire respecter ces droits.

Ces quatre pays ont également signé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, entré en vigueur le 23 mars 1976 qui garantit les droits de la défense en son article 14. Toutefois, ce texte a été adopté dans le cadre de l'Assemblée générale des Nations Unies, il n'est pas protégé par une juridiction. Ce texte n'a donc pas de valeur contraignante comme peut l'avoir la Convention européenne des droits de l'Homme.

479. En effet, le Royaume-Uni, l'Italie, la Belgique ou la Suisse font partie du Conseil de l'Europe et doivent donc se conformer à la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Par conséquent, les

États doivent garantir les différents droits qui composent les droits de la défense. De plus, ils doivent assurer un respect de ces droits de la défense.

Une atteinte au droit à l'assistance d'un avocat peut être une cause souvent évoquée lors de la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme. Toutefois, la Cour ne s'attache pas seulement à vérifier le respect de ce droit seul. Ainsi, elle peut également contrôler les éventuelles atteintes aux droits à préparer convenablement sa défense[1817], à bénéficier d'un interprète[1818] ou à pouvoir convoquer et faire interroger des témoins[1819].

480. Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme s'effectue tant sur la garantie par les textes des droits de la défense que sur le respect de ces droits par les autorités en charge de la mesure privative de liberté. Ainsi, elle condamne un État pour ne pas garantir le droit à un prévenu absent lors de son audience de jugement d'être jugé à nouveau en sa présence[1820]. De plus, la Cour de Strasbourg condamne un État lorsqu'une personne a été condamnée sur le fondement d'aveux recueillis lors d'auditions menées sans la présence d'un avocat alors que le requérant en voulait un[1821]. Dans ces deux espèces, la Cour a ainsi condamné le défaut de garantie et le défaut de respect des droits de la défense.

Cette juridiction cherche également à encadrer les éventuelles atteintes aux droits de la défense justifiées par les besoins de l'affaire, comme les reports de l'intervention de l'avocat en garde à vue. En effet, les juges de Strasbourg admettent parfaitement que l'intervention d'un conseil en garde à vue soit reportée « pour raisons impérieuses ». Bien que la Cour ne donne pas d'exemple précis de ces raisons impérieuses – préférant ainsi les contrôler au cas par cas – , elle fournit quelques critères tels que « *l'existence d'un besoin urgent de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique dans un cas donné, cette nécessité peut s'analyser en une raison impérieuse de restreindre l'accès à l'assistance juridique aux fins de l'article 6 de la Convention* »[1822]. Si l'État se trouve dans l'incapacité de démontrer l'existence de raisons impérieuses, la Cour contrôlera dans un second temps l'équité globale de la procédure. Ce n'est que dans l'éventualité où cette équité n'est pas garantie que la Cour conclura à la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

[1817] CEDH 7 juin 2022, VANDENBUSSCHE c/ Belgique, n° 21402/16, § 14 : « *En effet, le requérant n'était pas en mesure de consulter utilement un avocat ni de préparer adéquatement sa défense préalablement à son audition* ».

[1818] CEDH, 24 juin 2019, KNOX c/ Italie, n°76577/13, §§ 183 et 187 : « *En outre, tout comme l'assistance d'un avocat, celle d'un interprète doit être garantie dès le stade de l'enquête, sauf à démontrer qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit […] Aux yeux de la Cour, ce défaut initial a donc eu des répercussions sur d'autres droits qui tout en étant distincts de celui dont la violation est alléguée y sont étroitement liés, et a compromis l'équité de la procédure dans son ensemble* ».

[1819] CEDH, 12 janvier 2018, CAFAGNA c/ Italie, n°26073/13, §§ 51 et 52 : « *La Cour rappelle aussi que, dans ce contexte, le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge constitue une garantie du droit à l'équité de la procédure, en ce que non seulement il vise l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, mais encore il fournit à la défense et au système judiciaire un instrument essentiel de contrôle de la crédibilité et de la fiabilité des dépositions incriminantes et, par-là, du bien-fondé des chefs d'accusation […] Dans la présente affaire, la Cour observe que C.C., plaignant et unique témoin, a été entendu par les carabiniers, mais qu'il n'a jamais comparu devant les juridictions du fond. Ni les juges du fond ni le requérant ou son représentant n'ont donc pu l'observer pendant son audition pour apprécier sa crédibilité et la fiabilité de sa déposition* ».

[1820] CEDH Gr. Ch., 1er mars 2006, SEJDOVIC c/ Italie, n° 56581/00.

[1821] CEDH 7 juin 2022, VANDENBUSSCHE c/ Belgique, n° 21402/16.

[1822] CEDH, Gr. ch., 13 sept. 2016, IBRAHIM et a.c/ Royaume-Uni, n° 50541/08, § 250 : *D. actu*. 15 sept. 2016, obs. A. PORTMANN.

Ces quatre États étant soumis au même texte et à la même jurisprudence, les droits de la défense ont été reconnus dans leur entièreté par l'ensemble des législations belge, britannique, italienne et suisse.

2) Les manifestations de la reconnaissance

481. Bien entendu, la reconnaissance des droits de la défense par les États européens n'est pas concomitante à l'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, dès 1840, la Cour de cassation belge a reconnu les droits de la défense comme un « *droit naturel qui vaut en toutes matières, civile et pénale* »[1823]. La Cour de cassation belge a reconnu très tôt la place fondamentale des droits de la défense. En comparaison, la Cour de cassation a érigé les droits de la défense en principe général du droit en 1952[1824]. Les jurisprudences belge et française semblent s'accorder sur la valeur de « droit naturel » ou de « principe général du droit » des droits de la défense. Bien qu'il ne s'agisse pas de la même notion, cela implique que les droits de la défense sont des droits fondamentaux du procès qu'il faut respecter.

Toutefois, malgré la publication de cet arrêt, les droits de la défense n'ont pas été reconnus immédiatement en matière pénale en Belgique. Pour cause, la Belgique applique le code d'instruction criminelle qui est « *essentiellement réglé par le Code d'instruction criminelle de 1808, datant de l'époque napoléonienne* »[1825]. La loi du 12 mars 1998 a constitué un premier pas dans la reconnaissance des droits de la défense en insérant dans le code d'instruction criminelle des dispositions relatives à la transmission d'informations faite par le procureur du Roi – l'équivalent de notre procureur de la République – à la presse[1826]. Ainsi, il est exigé que la transmission de ces informations ne se fait que lorsque l'intérêt public l'exige. De plus, tout en transmettant ces informations, le procureur du Roi doit veiller à ne pas communiquer l'identité des personnes concernées et il doit veiller également au « *respect de la présomption d'innocence, des droits de la défense des personnes soupçonnées, des victimes et des tiers, de la vie privée et de la dignité des personnes* »[1827]. Les droits de la défense font donc leur entrée au sein du code d'instruction criminelle en tant que « droit naturel ».

[1823] Cour de cassation belge, 12 mars 1840, Pasicrisie 1840, 1, 316.

[1824] Cass. Crim., arrêt *Imbert*, 12 juin 1952, Bull. n° 153, JCP 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT : « *Attendu que l'opération exécutée dans de telles conditions doit être considérée comme nulle ; qu'en effet elle a eu pour but et pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense ; […] un principe général, celui du respect des droits de la défense* »

[1825] Exposé des motifs de la proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001.

[1826] Art. 28 quinquies, Loi 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, Moniteur belge 02 avr. 1998, p. 10027, F. 98-856, S-C : 98/09267.

[1827] *Ibid*.

Il faudra attendre la promulgation des lois dites « Salduz » et « Salduz bis » des 13 août 2011[1828] et 21 novembre 2016[1829] pour que les droits de la défense soient reconnus et consacrés dans le code d'instruction criminelle, en particulier le droit à l'assistance d'un avocat. Les autres droits composant les droits de la défense ont également été consacrés par la loi du 21 novembre 2016 comme le fait d'être informé des charges retenues ou le fait de ne pas être contraint à s'accuser soi-même[1830]. Ces dispositions sont toujours en vigueur. Une particularité du droit belge attire notre attention. L'article 47 bis du code d'instruction criminelle prévoit formellement à la personne suspectée son droit de « *demander que toutes les questions qui lui sont posées et les réponses qu'elle donne soient actées dans les termes utilisés* ». Ainsi, il est garanti, en droit belge, que les questions et les réponses soient consignées dans les termes dans lesquels elles ont été formulées. Ce droit, qui n'est pas prévu par la loi française, est intéressant car il assure de rester fidèle aux déclarations de la personne suspectée. Bien que ce droit ne soit pas garanti en droit français, il est possible pour la personne interrogée de ne pas signer le procès-verbal si elle ne le souhaite pas ou si elle estime que le document ne reprend pas ses déclarations. De cette manière, la personne peut ainsi s'assurer de l'authenticité des propos retranscrits.

Cette loi belge du 21 novembre 2016 a véritablement renforcé les droits de la défense en étendant l'intervention de l'avocat à toutes les auditions de police et les actes d'enquête comme les confrontations. De plus, elle a aussi renforcé les missions de l'avocat. Ainsi, la personne suspectée bénéficie d'un droit à l'assistance d'un avocat. Elle peut « se concerter confidentiellement » avec ce dernier. Son droit à l'avocat est libre, elle peut donc le choisir comme elle peut demander qu'il lui en soit désigné un. Enfin, la personne gardée à vue peut se faire assister par son avocat durant les auditions. Ces nouvelles dispositions ont été bien accueillies par les services d'enquête qui ont su rapidement les mettre en place, comme l'a constaté le Comité européen pour la prévention de la torture lors de sa visite en Belgique en 2017 : « *La mise en œuvre rapide de ces nouvelles dispositions a été anticipée par les autorités de police (autrement dit, avant l'adoption définitive du texte de loi) et n'a pas semblé poser de problèmes majeurs sur le terrain, tout du moins pour la très grande majorité des personnes détenues rencontrées* »[1831].

482. Certains législateurs vont même plus loin qu'une reconnaissance ponctuelle du droit à l'assistance d'un avocat en consacrant une partie entière du code au droit à l'assistance d'un avocat. Tel est le cas du code de procédure pénale italien qui dédie son titre VII à la défense

---

[1828] Loi 13 août 2011, modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, Moniteur belge 05 sept. 2011, p. 56347, F. 2011-2349, C − 2011/09606.

[1829] Loi 21 nov. 2016, relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire, Moniteur belge 24 nov. 2016, éd. 2, p. 77974, C − 2016/09565.

[1830] Art. 47 bis, Code de l'instruction criminelle belge.

[1831] Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 mars au 6 avril 2017, CPT/Inf (2018) 8, p. 16.

par un avocat. Les deux premiers articles de ce titre visent l'avocat choisi[1832], littéralement désigné comme « *le défenseur de confiance* », et l'avocat commis d'office[1833].

Le code de procédure pénale suisse comporte aussi plusieurs articles dédiés à la défense[1834]. Ainsi, l'article 128 dispose que « *le défenseur n'est obligé, dans les limites de la loi et des règles de sa profession, que par les intérêts du prévenu* ». Les codes français qui régissent les différentes procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté ne comportent pas de partie entièrement dédiée à l'avocat. La profession est bien sûr organisée de manière légale, comme avec la loi du 31 décembre 1971[1835] mais elle n'apparait pas au sein d'une section d'un de ces différents codes.

La reconnaissance des droits de la défense implique notamment la consécration du droit à l'assistance d'un avocat à toutes les mesures privatives de liberté.

B. L'extension du droit à l'assistance d'un avocat

483. L'intervention de l'avocat a été étendue à toutes les procédures mettant en œuvre des mesures privatives de liberté (1). L'avocat n'est pas le seul à intervenir lors de l'exécution d'une mesure privative de liberté, les parents d'un mineur peuvent aussi être présents selon le droit anglais (2).

1) Une intervention accrue au sein des procédures ordonnant des mesures privatives de liberté

484. Cette intervention accrue se manifeste par l'intervention de l'avocat au sein des procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. Cette intervention peut être imposée ponctuellement (a) comme elle peut être facultative (b). L'augmentation de l'intervention de l'avocat se justifie par la mise en place d'une aide juridictionnelle (c).

[1832] Art. 96. Codice di procedura penale : « *Difensore di fiducia.*
1. L'imputato ha diritto di nominare non più di due difensori di fiducia.
2. La nomina è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata.
3. La nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi ha provveduto, può essere fatta da un prossimo congiunto, con le forme previste dal comma 2 ».
(Art. 96 Code de procédure pénale : « *Défenseur de confiance.*
1. L'accusé a le droit de nommer deux défenseurs de confiance au plus.
2. La nomination est faite par déclaration à l'autorité compétente ou remise à cette dernière par le défenseur ou envoyée par courrier recommandé.
3. La nomination du défenseur de confiance de la personne arrêtée, enfermée ou placée en détention provisoire, si cette dernière ne l'a pas fait, peut être faite par un proche parent dans les conditions du 2e alinéa »).

[1833] Art. 97 Codice di procedura pénale : « *Difensore di ufficio.*
1. L'imputato che non ha nominato un difensore di fiducia o ne è rimasto privo è assistito da un difensore di ufficio ».
Art. 97 Code de procédure pénale : « *Avocat commis d'office.*
1. L'accusé qui n'a pas désigné d'avocat ou qui en est privé est assisté d'un avocat commis d'office ».

[1834] Art. 127 et s. CPP suisse.

[1835] Loi n° 71-1130 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv. 1972, p. 131.

a) Une intervention imposée ponctuellement

485. Dans certains cas, l'intervention de l'avocat est imposée. À l'instar des interventions imposées en droit français, cela signifie que l'intéressé ne peut y renoncer.

Les raisons justifiant une intervention obligatoire peuvent se rapprocher de celles du droit français. Ainsi, tout comme en droit français, l'avocat est tenu d'intervenir lorsqu'une personne est placée en soins psychiatriques sans consentement en Belgique. Cette procédure est régie par la loi du 26 juin 1990[1836] – qui a connu plusieurs modifications depuis – dont l'article 2 nomme la privation de liberté en milieu hospitalier comme une « mesure de protection ». Cette mesure de protection ne peut être mise en œuvre sans une période d'observation. Lors de cette période d'observation, « *le juge demande au bâtonnier de l'Ordre des avocats ou au bureau de consultation et de défense la désignation d'office et sans délai d'un avocat* »[1837]. Cette désignation se fait « d'office », cela signifie qu'elle ne dépend de la demande faite par le patient. De plus, elle se fait « sans délai », ce qui laisse traduire l'urgence d'une telle désignation. Ce serait donc la particulière vulnérabilité de la personne placée en soins psychiatriques sans consentement qui déterminerait le caractère obligatoire de l'avocat.

486. Les critères justifiant une intervention imposée de l'avocat peuvent également être éloignés de ceux retenus en droit français. Ainsi, le code de procédure pénale suisse prévoit ce caractère obligatoire lorsque la détention provisoire, y compris la durée de l'arrestation provisoire[1838], a excédé dix jours ou lorsque le prévenu encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation de liberté ou une expulsion[1839]. La nature ou la durée de la privation de liberté peuvent donc assurer une défense imposée à la personne prévenue ou accusée. Cela peut se rapprocher du droit à l'assistance d'un avocat imposé lors d'une session d'assises en droit français. Néanmoins, l'assistance d'un avocat n'est ni imposée en fonction du quantum de la peine encourue – l'assistance d'un avocat n'est en effet pas imposée devant le tribunal correctionnel quand la peine encourue dépasse un certain quantum. L'assistance de l'avocat n'est pas davantage imposée lorsque la privation de liberté dépasse une certaine durée – par exemple, lors d'une garde à vue, le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas imposé même si la durée de la garde à vue peut être prolongée.

De plus, le code de procédure pénale suisse impose l'intervention de l'avocat en fonction du quantum de la peine privative de liberté. Si le quantum encouru est supérieur à un an, le prévenu bénéficie de l'assistance obligatoire d'un avocat. Pourquoi les textes se réfèrent-ils à ce quantum d'un an ? Sans doute parce qu'en droit suisse, les peines privatives de liberté inférieures à un an peuvent faire l'objet d'un aménagement de peine comme la semi-détention[1840]. La peine privative de liberté d'un an au plus ou de six mois, après soustraction de la durée de la détention provisoire, peut être exécutée sous la forme d'une semi-détention selon

[1836] Loi 26 juin 1990, Loi relative à la protection de la personne des malades mentaux Coordination officieuse en langue allemande, Moniteur belge 22 juill. 2009, p. 50207, F. 2009-2589, C − 2009/00474.
[1837] Art. 7 Loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux après modification de la loi du 16 octobre 2006.
[1838] Qui correspond à notre garde à vue.
[1839] Art. 130 CPP suisse.
[1840] Que nous dénommons au contraire « semi-liberté » en droit français.

le code pénal suisse[1841]. Ainsi, imposer l'assistance de l'avocat auprès des personnes encourant une peine privative de liberté supérieure à un an se justifie par le fait que ces personnes risquent l'incarcération. L'avocat apparait alors comme une protection contre cette incarcération. L'intervention obligatoire de l'avocat est assurée par la défense d'office[1842]. Ainsi, même si le prévenu ne connait pas d'avocat, il lui en sera commis un d'office

Le code de procédure pénale suisse impose également l'intervention de l'avocat en raison de l'état physique ou psychique du prévenu « *ou [si] pour d'autres motifs, il ne peut pas suffisamment défendre ses intérêts dans la procédure et ses représentants légaux ne sont pas en mesure de le faire* »[1843]. Ce critère est celui retenu en droit français. Qu'il s'agisse des majeurs protégés ou des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement, elles bénéficient d'un droit imposé à l'assistance d'un avocat.

Enfin, le critère du temps passé dans un lieu privatif de liberté peut conduire à l'assistance imposée d'un avocat en droit des étrangers. En effet, la loi suisse n'impose l'intervention de l'avocat auprès d'une personne étrangère concernée par une détention administrative qu'après un certain délai. La loi du 13 novembre 2007 du canton de Fribourg dispose en effet qu' « *un ou une défenseur-e est désigné-e sans délai à la personne détenue indigente qui en fait la demande. En outre, un ou une défenseur-e est d'office désigné-e après trente jours de détention si la personne détenue ne s'est pas constitué de défenseur-e* »[1844]. Le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat déterminée en fonction de la durée de la privation de liberté assure ainsi à la personne privée de liberté une défense plus efficace car elle sera menée par un professionnel du droit qui n'a pas fait l'objet de mesure privative de liberté et n'est donc pas en situation de vulnérabilité comme pourrait l'être une personne privée de liberté.

487. Une intervention de l'avocat est implicitement imposée en droit italien dans le cadre d'une garde à vue. En effet, le deuxième alinéa de l'article 350 du code de procédure pénale italien dispose qu'avant de recueillir les « informations sommaires » – traduction littérale qui désigne les informations sur l'identité recueillies par les services de police – la personne gardée à vue est invitée par les services de police à désigner un avocat choisi. Dans le cas contraire, un avocat lui sera commis d'office selon les dispositions de l'article 97 du code de procédure pénale italien. Ainsi, les dispositions ne revêtent pas, expressément, de caractère impératif à la désignation d'un avocat choisi. Cependant, le fait, qu'en l'absence d'une telle désignation, un avocat lui soit commis d'office ne laisse pas de doute sur la nature obligatoire de l'intervention de l'avocat à ses côtés. Cette disposition ressemble au cinquième alinéa de l'article 145 du code de procédure pénale français qui dispose que « *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* ».La différence entre ces deux dispositions est que la loi italienne impose le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue tandis que la loi française impose ce droit lors du débat relatif à la détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention, lors de l'instruction.

[1841] Art. 77b code pénal suisse.
[1842] Art. 132 CPP suisse.
[1843] Art. 130, c) CPP suisse.
[1844] Loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (LALEI) 13 nov. 2007, RSF 114.22.1.

L'intervention de l'avocat est en revanche expressément imposée lorsque la personne comparaît devant le juge à l'issue de 48 heures passées en garde à vue. Le texte est alors explicite puisque l'article 391 dispose que l'audience se tient devant le juge de l'enquête préliminaire en chambre du conseil « *avec la participation nécessaire du défenseur du gardé à vue* »[1845]. Le législateur n'a pas employé de qualificatif avec une connotation impérative pour désigner cette participation, il a au contraire employé le terme « nécessaire » comme pour indiquer que la personne gardée à vue avait besoin de son conseil lors de cette audience. Le législateur italien veille ainsi à ce que la mesure de garde à vue soit encadrée par l'autorité judiciaire du début à la fin mais plus encore, devant le juge chargé de statuer sur une nouvelle prolongation de la mesure, la personne soupçonnée se fait obligatoirement assister de son avocat. Or, en droit français, si les textes prévoient la présentation de la personne devant le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction devant statuer sur cette nouvelle prolongation[1846], aucun texte ne prévoit l'intervention de l'avocat lors de cette présentation.

Il ressort de ces différents éléments que l'intervention de l'avocat peut être imposée ponctuellement. Les critères motivant ce droit imposé peuvent différer du droit français. Ainsi, un long délai de privation de liberté – qu'il soit éventuel ou effectif – peut conduire à une intervention imposée de l'avocat. Tout comme en droit français, il n'est pas prévu que l'avocat intervienne systématiquement lorsqu'une mesure privative de liberté est encourue ou mise en œuvre puisque l'intervention obligatoire est justifiée par des critères.

L'extension du droit à l'assistance d'un avocat se manifeste aussi quand ce droit est prévu de manière facultative dans les procédures.

b) Une intervention facultative récurrente

488. L'intervention de l'avocat en garde à vue au Royaume-Uni se rapproche de celle prévue dans notre législation. La personne placée garde à vue – « *custody* » en anglais[1847] – peut se faire assister d'un avocat – appelé « *solicitor* ». Une spécificité propre à l'Angleterre, au Pays de Galles et à l'Irlande de Nord prévoit qu'à défaut de bénéficier de l'assistance d'un avocat au poste de police, la personne gardée à vue peut bénéficier d'un conseil juridique au téléphone, dans le cas où l'infraction reprochée est moins grave[1848]. L'Écosse veille à ce que la personne placée en garde à vue bénéficie d'un droit à l'assistance d'un avocat à tout moment de la garde à vue, y compris si la personne y a renoncé dans un premier temps. Par ailleurs, le droit écossais

---

[1845] Art. 391, al. 1 CPP italien.

[1846] Art. 706-88, al. 2 et 3 CPP : « *Ces prolongations sont autorisées, par décision écrite et motivée, soit, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction. La personne gardée à vue doit être présentée au magistrat qui statue sur la prolongation préalablement à cette décision. La seconde prolongation peut toutefois, à titre exceptionnel, être autorisée sans présentation préalable de la personne en raison des nécessités des investigations en cours ou à effectuer* ».

[1847] G. GADBIN-GEORGE (dir.), *Glossaire de droit anglais – Méthode, traduction et approche comparative*, 2ème éd., Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2019, p. 118.

[1848] Site du gouvernement britannique (https://www.gov.uk/arrested-your-rights/legal-advice-at-the-police-station) : « *You may be offered legal advice over the phone instead of a duty solicitor if you're suspected of having committed a less serious offence, eg being disorderly. The advice is free and independent of the police* » (« *Un conseil juridique peut vous être offert par téléphone au lieu de l'assistance d'un avocat si vous êtes suspecté d'avoir commis une infraction moins grave, par exemple atteinte à l'ordre public* »).

souligne que la personne peut demander la présence de son avocat dans la pièce lors de son audition par la police[1849]. Le droit à l'assistance d'un avocat diffère donc en Angleterre car une simple conversation téléphonique avec l'avocat suffit à estimer que ce droit est respecté. Le droit écossais se veut plus protecteur car il est possible pour la personne placée en garde à vue d'être accompagnée de son conseil dans la pièce où elle est interrogée. Le droit ne semble, en revanche, pas prévoir de mission particulière à l'avocat. Il peut assister à l'audition sans visiblement pouvoir poser de questions ou présenter des observations.

Le droit à l'assistance d'un avocat est également garanti à la personne détenue lorsqu'une procédure disciplinaire est mise en œuvre en détention. La loi belge du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus prévoit en effet à la personne détenue « *le droit de se faire assister par un avocat* »[1850] dans le cadre d'une procédure disciplinaire. L'intervention de l'avocat en détention ne se limite pas à la procédure disciplinaire. En effet, il est possible pour la personne détenue d'être défendue par un avocat quand il entend déposer une réclamation « *contre la décision de placement ou de transfèrement [dans une prison ou une section]* »[1851]. La personne détenue peut donc contester le fait d'être placée ou transférée dans un établissement pénitentiaire en particulier. Ce pouvoir de contestation n'est pas prévu en droit français, seuls les placements dans des quartiers particuliers – quartier pour les personnes détenues radicalisées, quartier d'isolement etc. – peuvent être discutés par la personne détenue. Qu'il s'agisse de la réclamation à l'encontre du placement ou du transfèrement décidé, le droit à l'assistance d'un avocat est facultatif, la personne détenue belge peut donc y renoncer.

Le texte précise que la personne peut également être assistée « d'une personne de confiance ». Le droit belge est donc ouvert à ce que la défense de la personne détenue soit assurée par une personne qui n'est pas un avocat. Cependant, la loi du 12 janvier 2005 exclut formellement les codétenus de cette catégorie de personnes de confiance.

Cette intervention de l'avocat prévue dans bon nombre de procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté est possible grâce à l'aide juridictionnelle.

c) Une intervention possible grâce à l'aide juridictionnelle

489. En Italie, l'extension du droit à l'assistance d'un avocat s'explique par une plus grande prise en charge par le trésor public des honoraires d'avocat[1852]. Cette prise en charge est

---

[1849] Site du gouvernement écossais (https://www.mygov.scot/arrested-your-rights/legal-advice-at-a-police-station).

[1850] Art. 144, Loi 12 janv. 2005 de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus, Moniteur belge 1er févr. 2005, p. 2815, F. 2005 — 252, C − 2005/09033.

[1851] Art. 164, Loi 12 janv. 2005 de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus, Moniteur belge 1er févr. 2005, p. 2815, F. 2005 — 252, C − 2005/09033.

[1852] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel- Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, n°419, p. 769 : « *Des réformes ponctuelles ont ainsi fait reposer sur le trésor public la charge des honoraires d'avocat dans certains domaines, tels que le contentieux social, puis les procès pénaux et les actions civiles en réparation ou en restitutions consécutives à une infraction pénale* ».

ainsi systématique pour toutes les étapes du procès pénal[1853] depuis la loi n°217 de 1990. L'aide juridictionnelle a un fondement constitutionnel en Italie, notamment grâce à l'article 24 de la Constitution italienne de 1948[1854].

En Belgique, la loi du 6 juillet 2016[1855] modifiant le code judiciaire offre l'aide juridique « de deuxième ligne » qui correspond à l'aide financière totale ou partielle pour le règlement des honoraires d'avocat.

490. En Suisse, « l'assistance judiciaire » est notamment prévue pour les étrangers faisant l'objet d'une détention administrative. Le code de procédure et de juridiction administrative suisse dispose en son article 142 que l'assistance judiciaire peut être accordée pour toute personne ne disposant pas des ressources suffisantes pour régler les frais de procédure. Toutefois, le second alinéa de ce même article ajoute que cette assistance « *n'est pas accordée lorsque la procédure paraît d'emblée vouée à l'échec pour un plaideur raisonnable* ». Cette limite n'est pas prévue en droit français. L'octroi de l'aide juridictionnelle ne dépend en effet que du niveau de revenus et non des chances potentielles de réussite du procès. La loi suisse fait en l'espèce une curieuse interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, au paragraphe 3, c) de cet article – qui correspond à la garantie des droits de la défense – la Convention stipule que la personne accusée peut bénéficier d'un défenseur et « *[si elle] n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ». La dernière formule « lorsque les intérêts de la justice l'exigent » semble avoir été interprétée littéralement par le droit suisse qui se réserve donc le droit de refuser l'aide juridictionnelle si la procédure semble vouée à l'échec. Une procédure vouée à l'échec ne semble donc pas répondre aux intérêts de la justice.

L'issue du procès est un critère qui est aussi pris en compte en Angleterre et au Pays de Galles pour l'octroi d'une aide judiciaire. « *Parmi les critères d'accord de ladite aide judiciaire figurent bien sûr le critère financier, l'estimation selon laquelle l'action a une chance solide de succès, le critère de l'intérêt général présenté par le règlement de l'affaire, ainsi que celui de l'importance de l'affaire pour le justiciable (le bénéfice n'étant admis qu'au seul profit des personnes physiques)* »[1856]. Les critères sont donc plus sélectifs en droit anglais car ils sont plus nombreux et un nombre plus important de critères conduit à un refus plus fréquent. De plus, le droit anglais semble s'attacher à l'intérêt général présenté par le règlement de l'affaire.

[1853] Art. 1, Legge 30 luglio 1990, n° 217 Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, GU n°182 del 06 agosto 1990 : « *3. Nei procedimenti penali l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato giova per tutti i gradi del procedimento* » (Art. 1, Loi 30 juill. 1990, n°217, Institution de l'aide juridictionnelle pour les démunis, Gazette Officielle du 06 août 1990 « *3. Dans les procès pénaux, l'aide juridictionnelle est prévue pour toutes les étapes du procès* »).

[1854] Art. 24, al. 1 et 3, Costituzione italiana : « *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi […] Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione* » (*Tous les citoyens peuvent agir en justice pour la défense de leurs droits et de leurs intérêts légitimes. […] Aux démunis sont assurés, par les institutions adaptées, les moyens pour agir et se défendre devant toute juridiction*).

[1855] Loi 6 juill. 2016 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'aide juridique, Moniteur belge 14 juill. 2016, p. 44173, C − 2016/09356.

[1856] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *op. cit.*, n°653, pp. 1222-1223.

Rappelons que le droit anglais est avant tout un droit jurisprudentiel. Ainsi, pour bénéficier d'une aide judiciaire, il faudrait que le procès apporte un intérêt au droit anglais. Enfin, l'affaire doit représenter une certaine importance pour le justiciable. Il est cependant difficile, à notre sens, d'évaluer un tel critère d'importance. Une personne peut en effet demander de percevoir un euro symbolique au titre de dommages-intérêts sans que l'affaire ne revête un caractère « anodin ».

491. Cette étude des différents critères d'octroi d'aide juridictionnelle nous permet d'affirmer que le système français est plus favorable au justiciable. Seuls ses revenus financiers sont pris en compte, l'issue du procès n'est pas prise en compte comme l'importance de l'affaire pour l'intéressé n'est pas étudiée. Il n'est pas non plus tenu compte de l'intérêt général de l'affaire. L'aide juridictionnelle est inscrite dans la Charte des droits fondamentaux[1857] et dans la Convention européenne des droits de l'Homme[1858]. Ces deux textes n'ont pour seul critère que l'effectivité du droit à l'accès à la justice ou, de manière plus large, « *les intérêts de la justice* ». La France est ainsi restée proche de ces textes en n'ajoutant pas de critère supplémentaire comme la Suisse ou l'Angleterre. Or, réduire le nombre de critères permet incontestablement d'augmenter l'octroi de l'aide juridictionnelle, ce qui est un réel bénéfice pour le justiciable. Ce dernier aura donc plus de facilités à solliciter l'assistance d'un avocat même s'il n'a pas les moyens de régler ses honoraires.

Il est des cas sporadiques où les textes ne prévoient pas la présence d'un avocat mais des représentants légaux du mineurs.

2) La présence inattendue des parents du mineur

492. En Angleterre et au Pays de Galles, lorsqu'un mineur ou une personne vulnérable est placé en garde à vue, les services de police sont tenus de prévenir les parents de ce dernier, un travailleur social, un membre de la famille majeur ou un volontaire majeur. L'adulte peut alors se rendre au poste de police et peut être présent lors de l'interrogatoire du mineur[1859].

Bien que sa présence soit admise, il ne peut participer à l'interrogatoire en posant des questions ou en y répondant. Sa présence n'a pour but que de « réconforter » le mineur ou le majeur vulnérable. Ce « réconfort » apparait expressément dans la législation écossaise. Il est également admis pour les mineurs âgés de 16 à 17 ans de faire prévenir l'adulte de leur choix. Ce dernier peut alors se rendre au poste de police pour offrir du réconfort ou du soutien[1860].

[1857] Art. 47 Charte des droits fondamentaux : « *Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ».

[1858] Art. 6, §3 c) : « *[Tout accusé a droit notamment à :] se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ».

[1859] Site du gouvernement britannique (https://www.gov.uk/arrested-your-rights).

[1860] Site du gouvernement écossais (https://www.mygov.scot/arrested-your-rights/young-people-and-vulnerable-adults) : « They can visit you at the police station if you want them to. They can only visit you to offer comfort or support » (« *Ils peuvent vous rendre visite au poste de police si vous le souhaitez. Ils ne peuvent vous rendre visite que pour vous offrir du réconfort ou soutien* »).

Quand le mineur est âgé de 12 à 16 ans – la garde à vue ne pouvant être ordonnée pour les enfants de moins de 12 ans – l'information des parents et leur venue au poste de police sont obligatoires. Il leur est également exigé d'être présents lors de l'interrogatoire de l'enfant.

Leur présence a-t-elle pour seul but d'offrir du réconfort à l'enfant arrêté ? Peut-être est-il possible d'y voir un moyen pour les services de police de prouver qu'ils respectent tous les droits garantis au mineur gardé à vue.

En droit français, s'il est admis de faire prévenir les parents du mineur gardé à vue, la loi ne prévoit pas pour ceux-ci la possibilité explicite de se rendre au poste de police ou de gendarmerie où est retenu leur enfant, ni encore moins d'être présent lors des interrogatoires. L'intervention du représentant légal n'est prévue que dans les cas de vérification d'identité du mineur. De plus, en droit français, les représentants légaux ont la faculté de faire désigner un avocat pour la défense de leur enfant placé en garde à vue[1861]. Le rôle tenu en France par les représentants légaux d'un mineur placé en garde à vue est plus utile pour ce mineur qu'en Angleterre. En effet, un mineur placé en garde à vue a plus besoin d'une assistance juridique afin de se défendre et d'anticiper la suite de la procédure que de soutien moral et affectif apporté par ses parents. Par ailleurs, il est possible de croire que les avocats intervenant auprès de mineurs savent rassurer ces derniers. Il est donc plus intéressant pour des représentants légaux de faire désigner un défenseur pour leur enfant que d'assister aux auditions.

493. Enfin, notons que le droit suisse ne mentionne pas une présence physique des parents auprès du mineur lors de la mise en œuvre de l'action publique. Néanmoins, l'article 19 de la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs dispose que *« le prévenu mineur agit au travers de ses représentants légaux. S'il est capable de discernement, il peut exercer de manière indépendante ses droits de partie* »[1862]. Cela signifie que le mineur ne peut, *a priori*, exercer spontanément ses droits. Or, le droit suisse ne veille pas à ce que l'avocat se charge de l'exercice de ses droits – alors qu'il s'agit d'un professionnel connaissant les règles procédurales et les enjeux du procès – mais il demande aux parents du mineur d'exercer les « droits de partie » si le mineur n'est pas capable de discernement. Nous comprenons cette formule « droits de partie » comme les droits attachés à une partie de procès pénal, par exemple les droits d'une personne mise en examen. Il nous semble plus pertinent que les « droits de partie » comme les droits processuels soient exercés par le mineur lui-même. En effet, selon le code de la justice pénale des mineurs français, le mineur de treize ans ne peut être placé en garde à vue. Or, il est possible d'estimer qu'à treize ans, un mineur est capable de discernement. Dès lors, il n'est pas nécessaire que ses droits soient dévolus à ses représentants légaux. Le droit veille à ce que la mesure privative de liberté ne soit exécutée qu'à l'encontre d'un mineur capable de discernement. Il n'est pas davantage intéressant que ces droits soient exercés par les parents durant l'information judiciaire. Le mineur est obligatoirement assisté d'un avocat et ce dernier saura conseiller et entreprendre les actions les plus pertinentes au profit de l'enfant.

494. Les autres législations semblent donc confier un rôle différent aux représentants légaux d'un mineur privé de liberté. Nous ne remettons pas en cause le caractère réconfortant

---

[1861] Art. L. 413-9 CJPM.

[1862] Art. 19 Loi fédérale 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs, RS 312.1, Feuille fédérale FF 2009 1705.

d'une telle présence aux côtés de l'enfant lors de la garde à vue. Cependant, nous nous permettons d'émettre une réserve sur le bien-fondé d'une telle présence d'un point de vue juridique. En effet, les représentants légaux ne sont peut-être pas à même de savoir quels droits exercer ou de détecter une éventuelle atteinte aux droits. De plus, il est curieux de permettre à des parents d'assister à l'interrogatoire de leur enfant par les services de police tandis que l'intervention de l'avocat peut être différée pour des raisons de sécurité. Les représentants légaux étant étrangers à l'exercice des droits de la défense, l'utilité de leur présence dans la procédure est donc remise en cause.

Les avocats, quelle que soit leur nationalité, exercent des missions identiques auprès de leur client.

2nd paragraphe : Des missions identiques

495. Les missions exercées par les avocats en Belgique, Italie, Suisse ou au Royaume-Uni sont identiques à celles exercées par l'avocat français : ce sont les missions de représentation (A) et d'assistance du client (B).

A. La représentation du client

496. Il serait opportun de définir les termes retenus en anglais pour désigner le seul « avocat » en français. Il est possible de lire dans les textes les mots « lawyer », « solicitor », « barrister », « attorney », « advocate » et « counsel ». Le « lawyer » désigne simplement une personne ayant réussi des études de droit et l'examen du barreau. Il n'exerce pas nécessairement devant une juridiction. Il peut ainsi s'agir d'un juriste d'entreprise ou d'un consultant. Le mot « solicitor » désigne un avocat qui peut représenter son client devant une juridiction mais ne plaidera pas. Il est habilité à faire des consultations juridiques et à préparer le dossier en amont d'un contentieux. Il peut aussi représenter son client lors de négociations et rédiger certains actes juridiques comme les testaments. Un « barrister » en revanche est, au Royaume-Uni, un avocat représentant son client devant une juridiction et plaidant sa cause devant cette dernière. Un « counsel » est un terme très proche de « barrister ». Là où « barrister » peut revêtir une connotation académique, le mot « counsel » désigne un « barrister » déjà désigné dans une affaire. Puis, le mot « advocate » semble renvoyer de manière large à tout avocat – qu'il soit « solicitor » ou « barrister » – qui représente et défend les intérêts de son client. Enfin, le mot « attorney » est plus utilisé en Amérique du Nord, nous n'y ferons donc pas référence ici.

Il ressort de ces éléments qu'au Royaume-Uni la mission de représentation peut être exercée par deux catégories d'avocat le « solicitor » et le « barrister » – ou « counsel ». Comme en France, la mission de représentation signifie que l'avocat agit au nom et pour le compte de son client devant le juge. Cela signifie qu'en cas d'absence du justiciable, le procès peut tout de même avoir lieu si l'avocat est présent.

497. La représentation par l'avocat est prévue en droit belge. L'article 186 du Code d'instruction criminelle régit le jugement par défaut. Ainsi, si la personne citée « *ou l'avocat qui la représente* » ne comparaît pas à l'heure et au jour indiqués par la citation, la personne

sera jugée par défaut. *A contrario,* le jugement ne sera pas rendu par défaut si un avocat est là pour représenter ses intérêts. L'avocat se substitue alors à la personne prévenue. La représentation par l'avocat est même exigée en droit pénitentiaire lorsque la personne détenue présente une réclamation à l'encontre d'un placement ou d'un transfèrement. En effet, la loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus – toujours en vigueur – dispose que la personne détenue « *ne peut donner des précisions verbales qu'en se faisant représenter par un avocat* »[1863]. En l'occurrence, la personne détenue ne peut donc présenter en personne ses arguments, elle ne peut le faire que par le biais de son conseil. Le droit de comparaitre personnellement n'est donc pas garanti. Ce droit n'est pas davantage garanti en droit français lorsque la personne détenue entend présenter des observations quant à son placement en unité pour personnes détenues violentes ou son placement en quartier de radicalisation. Dans ces deux situations, la personne détenue peut se faire assister d'un avocat mais leurs observations seront retranscrites et jointes à la procédure. Le droit belge, en revanche, s'il ne prévoit pas davantage la comparution de la personne détenue, assure la représentation de cette dernière par l'avocat. Celui-ci pourra donc présenter les observations à l'oral, ce qui permettra à l'avocat de mieux faire entendre ses arguments. Le droit belge assure donc davantage une certaine équité de la procédure.

498. En droit italien, l'avocat peut aussi représenter son client quand ce dernier est absent ou quand il a été expulsé de la salle d'audience pour incident[1864]. La représentation n'est donc pas nécessairement subséquente à une absence du justiciable. Par cette représentation, le justiciable est assuré d'avoir ses intérêts exposés au juge même s'il a commis un incident durant l'audience.

Le droit suisse fait également référence aux missions exercées par l'avocat comme cela apparait à l'article 141 du code de procédure et de juridiction administrative en matière de contentieux de droit des étrangers : « *Les frais de représentation et d'assistance des avocats sont dus directement à ceux-ci par la partie condamnée à les supporter* ». Cette disposition démontre que l'avocat a pour mission de représenter son client. En outre, la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000[1865] indique que l'une des missions de la profession d'avocat est « *dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice* »[1866].

La représentation n'est pas la seule mission exercée par l'avocat. Ce dernier peut en effet exercer une mission d'assistance.

B. L'assistance du client

[1863] Art. 164, Loi 12 janv. 2005 de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus, Moniteur belge 1er févr. 2005, p. 2815, F. 2005 — 252, C − 2005/09033.
[1864] Art. 475 CPP italien : « *2. L'imputato allontanato si considera presente ed è rappresentato dal difensore* » (« *2. Le prévenu expulsé est considéré présent et est représenté par son avocat* »).
[1865] Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 23 juin 2000, RS 935.61, Feuille fédérale FF 2006 5531.
[1866] Art. 2, Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 23 juin 2000, RS 935.61, Feuille fédérale FF 2006 5531.

499. La mission d'assistance de l'avocat est mentionnée, sans être détaillée, dans le code de procédure pénale suisse. Le droit pénal suisse fait une distinction entre la « détention provisoire » et la « détention pour motifs de sûreté » qui désigne la détention qui a lieu une fois que « *l'acte d'accusation a été notifié au tribunal de première instance et s'achève lorsque le jugement entre en force* »[1867]. Ainsi, lors de la détention provisoire, le code de procédure pénale suisse dispose que « *le défenseur peut assister aux auditions du prévenu et à l'administration de moyens de preuves supplémentaires* »[1868]. Il n'est ainsi pas donné de définition précise de l'assistance de l'avocat. Ce dernier peut être présent aux auditions de son client et à l'administration de moyens de preuves supplémentaires – comme une reconstitution. Son rôle semble donc proche de celui de l'avocat français quand son client est placé en détention provisoire. Cette mesure étant ordonnée dans le cadre d'une information judiciaire, l'avocat assiste aux interrogatoires de son client devant le juge d'instruction et peut présenter des demandes d'actes dans le but de rechercher la vérité. De plus, l'article 336 du code de procédure pénale suisse dispose que, lors des débats devant le tribunal de première instance, « *le défenseur est tenu de participer personnellement aux débats* ». Un nouvel exemple de la mission d'assistance est donc énoncé par le code de procédure pénale suisse. La mission d'assistance de l'avocat lors d'une audience devant une juridiction de jugement ne se limite pas en effet à une plaidoirie. L'avocat participe activement aux débats en posant des questions aux autres parties s'il l'estime nécessaire.

La mission d'assistance de l'avocat est davantage détaillée en droit belge. Bien que certaines dispositions fassent, comme en droit français et en droit suisse, des références sporadiques à cette mission, l'assistance a fait l'objet d'une définition par une proposition de loi de 2020 visant à créer le code de procédure pénale belge[1869] – cette proposition de loi n'a jamais été adoptée. L'article 120 de cette proposition de loi précise en quoi consiste la mission d'assistance de l'avocat lors d'une arrestation judiciaire[1870]. Ainsi, « *l'assistance de l'avocat pendant l'audition a pour objet de permettre un contrôle: a) du respect du droit de la personne interrogée de ne pas s'accuser elle-même, ainsi que de sa liberté de choisir de faire une déclaration, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire; b) du traitement réservé à la personne interrogée durant l'audition, en particulier de l'exercice manifeste ou non de pressions ou contraintes illicites; c) de la notification des droits de la défense visés au paragraphe 2, et le cas échéant au paragraphe 4, et de la régularité de l'audition* »[1871]. L'ensemble des missions de l'avocat sont ainsi résumées. Il est intéressant de remarquer que, comme en droit français, l'assistance de l'avocat est très limitée dans le cadre d'une arrestation judiciaire – l'équivalent de notre garde à vue. L'avocat ne peut visiblement pas poser de questions à la personne gardée à vue, ni proposer des actes d'enquête. En revanche, son assistance est axée sur la vérification du respect des droits de la personne, qu'il s'agisse de droits procéduraux comme la notification du droit de se taire ou le respect de la dignité de la personne humaine par l'observation du traitement réservé à la personne.

[1867] Art. 220 CPP suisse.
[1868] Art. 223 CPP suisse.
[1869] Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001.
[1870] Qui correspond à notre garde à vue.
[1871] Art. 120, 7° Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001.

500. Par ailleurs, la mission d'assistance de l'avocat en droit belge lors d'une arrestation judiciaire ne se limite pas à cela car l'article 16 de cette même proposition de loi prévoit « *le droit du suspect de se concerter confidentiellement avec son avocat durant trente minutes avant d'être interrogé* ». Le texte ajoute que la concertation doit être confidentielle. L'assistance de l'avocat ne se limite donc pas au seul moment de l'audition, elle la précède aussi. L'assistance consiste alors en une concertation avec la personne gardée à vue. L'avocat peut ainsi commencer à préparer la défense et à commencer la vérification des différents droits évoqués plus haut.

En outre, cette même proposition de loi dispose que l'assistance par un avocat n'est pas prévue lors des auditions portant sur « *les infractions les plus légères, à savoir celles qui ne sont pas punissables de privation de liberté* »[1872]. Encore une fois, le délai éventuel d'une privation de liberté est pris en compte. En l'espèce, cela va même plus loin car le simple fait qu'il n'y ait pas de privation de liberté suffit à écarter le droit à l'assistance d'un avocat. L'exposé des motifs de la proposition de loi ne détaille pas davantage à quelles auditions il est fait référence. Il est simplement fait référence aux auditions qui n'entrainent pas de privation de liberté. En effet, comme en droit français, l'arrestation judiciaire ne peut être ordonnée que pour les crimes ou les délits, et non pour les contraventions. Or, la peine minimale encourue en matière délictuelle en Belgique est de huit jours. Le droit à l'assistance d'un avocat n'est donc pas garanti pour les auditions libres visant une infraction qui n'est pas punie d'une peine d'emprisonnement, et ce comme en droit français[1873].

Les droits de la défense sont donc garantis de la même manière dans les États européens. De plus, l'avocat exerce les mêmes missions de représentation et d'assistance que celles prévues en droit français. Ainsi, l'augmentation du droit à l'assistance d'un avocat auprès des personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté permet de tendre vers une défense effective de ces personnes. Cependant, l'exercice des droits de la défense ne permet pas toujours d'assurer une telle défense effective.

501. Conclusion de la section 1 : Les législations des États européens étant soumises aux mêmes sources, en particulier la Convention européenne des droits de l'Homme, il est donc attendu de retrouver une reconnaissance identique des droits de la défense. Ainsi, comme en droit français, cette reconnaissance progressive des droits de la défense a conduit à l'augmentation de l'intervention de l'avocat dans les procédures relatives à des mesures privatives de liberté. Tout comme en droit français, l'intervention de l'avocat peut être imposée ponctuellement – en fonction de la qualité de la personne ou en fonction de la durée de la privation de liberté. Même si l'intervention de l'avocat n'est que facultative, elle est en tout cas étendue à l'ensemble des procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. Cette

[1872] Exposé des motifs Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001, p. 16.

[1873] Art. 61-1 5° CPP : « *5° Si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au cours de son audition ou de sa confrontation, selon les modalités prévues aux articles 63-4-3 et 63-4-4, par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats […]* ».

intervention accrue a notamment été possible grâce à la mise en place de l'aide juridictionnelle. De cette manière, il est possible de s'assurer du respect des droits de la défense d'autant plus que les missions de l'avocat sont les mêmes : représentation et assistance et ce, quelle que soit le pays dans lequel l'avocat exerce son métier.

Section 2 : L'exercice similaire des droits de la défense

502. Tout comme en France, les mineurs bénéficient d'une défense renforcée (1er paragraphe) tandis qu'un défaut d'unité des droits de la défense en fonction de la mesure privative de liberté mise en œuvre ressort de l'étude des différentes législations étudiées (2nd paragraphe).

1er paragraphe : Le point commun à tous les systèmes européens : la défense obligatoire des mineurs

503. Comme en droit français, les mineurs bénéficient d'une défense renforcée (A). Cette défense est assurée par un avocat qui, s'il veut exercer en droit des mineurs, doit réussir une spécialisation (B).

A. Une défense des mineurs renforcée dans de nombreux pays

504. Le Professeur PRADEL constatait que « *la tendance actuelle est de plus en plus favorable à la présence obligatoire d'un avocat et il en est déjà ainsi par exemple en France, en Allemagne, en Italie* »[1874]. En effet, depuis la directive européenne du 11 mai 2016[1875] et la loi du 18 novembre 2016[1876], l'assistance d'un avocat auprès du mineur poursuivi est obligatoire en droit pénal français. Cette intervention obligatoire de l'avocat auprès du mineur a été étendue à toutes les phases de la procédure, y compris donc quand le mineur est condamné.

En Belgique, le législateur a relevé « *que les dispositions ayant trait à la détention préventive garantissent pleinement le droit de la défense d'un mineur privé de sa liberté ou détenu, en ce compris l'assistance de celui-ci par un avocat. Ce mineur ne peut en aucun cas renoncer à son droit à une concertation confidentielle avec son avocat ni à l'assistance de ce dernier durant l'audition. Les droits du mineur sont toujours intégralement garantis devant le juge ou le tribunal* »[1877]. Le mineur bénéficie ainsi d'un droit à l'assistance d'un avocat qui lui est imposé, il ne peut y renoncer. Toutefois, le Conseil d'État belge a rendu un avis le 11 juillet 2016 dans lequel il évoque la possibilité pour le mineur de renoncer à ce droit. Pour que cette renonciation soit entérinée, c'est à l'avocat du mineur de vérifier que celui-ci est suffisamment conscient de ses droits et des conséquences de sa décision. Il devra également s'assurer que le mineur a bénéficié à tous les stades de la procédure de l'assistance juridique adéquate. Au vu des intérêts de l'enfant et de la vulnérabilité particulière du mineur, la renonciation sera alors possible et ne portera pas atteinte à l'article 6 de la Convention européenne des droits de

---

[1874] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, n°282, p. 374.
[1875] Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L. 132/1, 21 mai 2016, pp. 1-20.
[1876] Loi n° 2016-1547 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF* n°0269 19 nov. 2016, texte n° 1.
[1877] Exposé des motifs Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001, p. 135.

l'Homme[1878]. Il est surprenant que ce soit à l'avocat lui-même de vérifier s'il sera utile ou non à la défense du mineur. Il est bien entendu le mieux placé pour savoir si le mineur est capable de se défendre seul. Cependant, l'avocat osera-t-il reconnaitre qu'il n'est pas utile à la défense du mineur ? Cela n'est pas certain. Par ailleurs, les critères sont suffisamment nombreux et restrictifs pour que cette renonciation n'ait lieu que très rarement. Prévoir une telle renonciation serait sans doute motivé par le fait de vouloir responsabiliser les mineurs les plus matures mais si cette renonciation est très rare, peut-être aurait-il mieux fallu laisser le mineur être obligatoirement assisté de son avocat. S'il fallait responsabiliser le mineur, il pourrait être intéressant de le faire participer à un projet de peine ou d'aménagement de peine en vue de son éducation et de sa réinsertion sociale.

Le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas seulement imposé au mineur lorsqu'une mesure privative de liberté est mise en œuvre. Le code d'instruction criminelle belge dispose en son alinéa 47 bis, §3, deuxième alinéa que « *si l'audition [libre] visée à l'alinéa 1er concerne un mineur qui se présente sans avocat à ladite audition, celle-ci ne peut avoir lieu qu'après une concertation confidentielle entre le mineur et un avocat, soit dans les locaux de la police, soit par téléphone* ». Ainsi, le mineur peut bénéficier d'un conseil de la part d'un avocat, même si aucune privation de liberté n'est mise en œuvre. Le droit français va encore plus loin. En effet, lorsque le mineur est placé en retenue, il doit désigner un avocat, s'il ne le fait pas, ses représentants légaux le feront[1879]. Lorsque ni le mineur, ni ses représentants légaux n'ont désigné d'avocat, il revient au « *procureur de la République, [au] juge d'instruction ou [à] l'officier de police judiciaire [de demander] au bâtonnier par tout moyen, dès le début de la retenue, [qu'un avocat] soit commis d'office* »[1880]. En l'espèce, ce n'est pas un simple entretien avec un avocat qui est accordé au mineur, c'est une réelle assistance, puisque l'avocat assiste à l'audition du mineur. La privation de liberté du mineur n'est donc pas une condition à l'assistance obligatoire par un avocat en droit français. Cette assistance est imposée à l'enfant dès l'instant où il est soupçonné d'avoir commis une infraction. Cette assistance est ensuite imposée tout au long de la procédure, qu'une mesure privative de liberté soit mise en œuvre ou non.

Or, l'exposé des motifs de la proposition de loi de 2020 contenant le code de procédure pénale a critiqué la formulation de cet article 47 bis, §3 du code d'instruction criminelle belge. Il a en effet été remarqué qu' « *une inversion de l'ordre des phrases de la disposition ci-dessus s'avère nécessaire afin d'indiquer clairement à l'ensemble des acteurs que lorsqu'un mineur se présente sans avocat à une convocation pour audition, il convient toujours de prendre contact avec la permanence du barreau pour désigner un avocat afin qu'une concertation préalable puisse tout d'abord avoir lieu, – concertation sans laquelle l'audition d'un mineur ne peut jamais avoir lieu –, et ensuite d'assurer une assistance durant l'audition* »[1881]. La rédaction de l'article 47 bis du code d'instruction criminelle belge est en effet trompeuse. À sa lecture, il est possible de comprendre que la seule assistance apportée par l'avocat au mineur est une concertation dans les locaux de police ou au téléphone. Or, la proposition de loi de 2020

[1878] Avis n° 59.547/3 du 11 juillet 2016 du Conseil d'État, numéro 9.
[1879] Art. L. 413-3, al. 3 CJPM.
[1880] Art. L. 413-5 CJPM.
[1881] Exposé des motifs Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001, p. 133.

souligne que l'esprit du texte impose au contraire l'assistance obligatoire de l'avocat, y compris durant l'audition du mineur. Dès lors, l'audition ne peut en aucun cas commencer si le mineur n'est pas assisté d'un avocat. Cette interprétation est plus proche des règles de droit françaises.

505. En Italie, le Tribunal pour mineurs de Rome a, dans une décision du 9 décembre 1989, veillé à ce que le mineur bénéficie d'un avocat dans le cas où le ministère public déciderait de l'audition d'un mineur. Si aucun avocat n'a été choisi, un avocat devra alors être commis d'office. Ainsi, non seulement le mineur doit choisir un avocat mais s'il ne le fait pas, il lui en sera désigné un afin de s'assurer de la défense du mineur. Le droit italien a ainsi très vite reconnu le droit au mineur de bénéficier de l'assistance d'un avocat et ce, sans qu'il puisse y renoncer.

Pourquoi le mineur bénéficie-t-il d'une telle défense ? Parce que les États européens doivent se conformer aux exigences des directives européennes. Or, la directive européenne du 11 mai 2016[1882] enjoint aux États membres de garantir un droit à l'assistance d'un avocat au mineur. Mieux encore, elle recommande que cette assistance ne fasse l'objet d'aucun retard[1883]. De plus, l'ensemble des États étudiés ont signé la convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989. Cette Convention prévoit que le mineur, comme n'importe quel justiciable, bénéficie du droit à l'assistance d'un avocat[1884]. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme veille également à ce que les mineurs bénéficient d'un droit à l'assistance d'un avocat. Les arrêts rendus en ce sens sont nombreux[1885], le célèbre arrêt *SALDUZ contre Turquie* peut être cité car le requérant était un mineur[1886]. En assurant le droit à l'assistance d'un avocat lors d'une garde à vue, la Cour européenne des droits de l'Homme veillait également à ce que le mineur bénéficie d'une telle assistance. Les pays étudiés faisant partie du Conseil de l'Europe, ils doivent veiller à respecter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le droit à l'assistance d'un avocat est donc imposé au mineur afin de s'assurer qu'il jouit d'une défense effective. La recherche de cette défense effective passe également par la spécialisation en droit des mineurs des avocats chargés de défendre ces derniers.

[1882] Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L. 132/1, 21 mai 2016, pp. 1-20.

[1883] Art. 6, §§ 2 et 3 Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L. 132/1, 21 mai 2016 : « *2. Les États membres veillent à ce que les enfants soient assistés d'un avocat conformément au présent article afin de leur permettre d'exercer effectivement les droits de la défense.*

3. Les États membres veillent à ce que les enfants soient assistés d'un avocat sans retard indu, dès qu'ils sont informés du fait qu'ils sont des suspects ou des personnes poursuivies ».

[1884] Art. 40, 2 b) Conv. Intern. des droits de l'enfant « *ii. Être informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense* ».

[1885] CEDH, 11 déc. 2008, PANOVITS c/ Chypre, n° 4268/04 ; CEDH, 2 mars 2010, ADAMKIEWIC c/ Pologne, n°54729/00.

[1886] CEDH, Gr. ch., 12 nov. 2008, SALDUZ c/ Turquie, n° 36391/02 : *JCP* 2009. I. 104, obs. F. SUDRE.

B. L'accroissement de l'exigence de spécialisation en droit des mineurs

506. Parallèlement à la généralisation du caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat auprès des mineurs, l'idée d'une spécialisation des avocats a émergé.

Le droit italien prévoit ainsi qu'une liste d'avocats spécialisés en droit des mineurs doit être dressée. Cette disposition apparait dans le « Codice processo penale minorile » – que l'on peut traduire par « code du procès pénal des mineurs » – à l'article 11[1887]. Ainsi, seuls les avocats spécialisés en droit des mineurs peuvent intervenir auprès de ces derniers.

Le droit belge y fait également référence dans la proposition de loi de mai 2020 qui indique que : « *cela implique également qu'ils sont en règle générale assistés par des avocats de la jeunesse spécialisés, identifiables via l'application web du barreau. Ces avocats sont spécialisés dans la protection de la jeunesse et formés pour travailler avec des mineurs* »[1888]. Deux idées ressortent de cette proposition de loi. D'une part, les avocats qui interviennent auprès des mineurs doivent être spécialisés et d'autre part, ils doivent être facilement identifiables afin qu'ils puissent être facilement contactés si l'on recherche un avocat pour défendre un mineur.

Pour ce qui est de la spécialisation, elle permettrait en effet de s'assurer que les avocats qui représentent et assistent les mineurs sont compétents. Le droit des mineurs est en effet un droit spécial avec ses propres juridictions, ses propres peines, etc. Il faut s'assurer que l'avocat maitrise chacune de ces notions pour que la défense du mineur soit effective. En effet, si l'avocat est compétent, il est à même de présenter la défense la plus pertinente. La formation participe donc à assurer une défense effective.

Concernant la visibilité des avocats spécialisés en droit des mineurs, cette idée est en effet intéressante. Lorsqu'un mineur, ou ses représentants légaux, cherchera un avocat pour le défendre, il aura un accès direct et facile à la liste des avocats spécialisés en droit des mineurs.

Il serait même judicieux de réfléchir à une formation importante des avocats pour les différentes procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. L'enjeu étant important – vu que la personne risque la privation de liberté – la formation offerte aux avocats doit être de qualité afin d'assurer la défense effective de la personne. En outre, une liste des avocats spécialisés dans ces différentes procédures permettrait à la personne recherchant un avocat de contacter facilement les avocats compétents en la matière.

Il ressort de l'étude de ces différents législations un défaut d'unité dans le respect et l'exercice des droits de la défense.

2nd paragraphe : Un défaut d'unité commun aux systèmes européens

---

[1887] Art. 11 Codice processo penale minorile : « *[…] il consiglio dell'ordine forense predispone gli elenchi dei difensori con specifica preparazione nel diritto minorile* » (« *le conseil de l'ordre établit une liste des défenseurs avec une formation spécifique en droit des mineurs* »).

[1888] Exposé des motifs Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001, p. 137.

507. Un défaut d'unité parmi les différents régimes de défense peut être constaté. Ce défaut d'unité ne se limite pas à la France et est constaté dans les autres législations étudiées. Il trouve ses causes dans la différence de l'application des droits de la défense en fonction de l'autorité qui est chargée de contrôler la mesure privative de liberté (A). En outre, les droits de la défense peuvent être atteints en fonction des circonstances de l'affaire (B).

A. Un respect des droits de la défense conditionné par la nature de l'autorité

508. Selon la nature de l'autorité chargée du contrôle de la mesure privative de liberté, le respect des droits de la défense diffère. En effet, ces droits sont davantage respectés en présence de l'autorité judiciaire (1) qu'en son absence (2).

1) Un respect des droits de la défense plus soutenu en présence d'une autorité judiciaire

509. En présence de l'autorité judiciaire, les droits de la défense relatifs à la préparation de la défense (a) comme les droits relatifs à la discussion de l'accusation (b) sont respectés.

a) Le respect des droits de la défense relatifs à la préparation de la défense

510. Les droits de la défense relatifs à la préparation de la défense sont les premiers droits garantis par le troisième paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il s'agit donc du droit d'être informé dans les plus courts délais de la nature et de la cause de l'accusation portée contre la personne ainsi que le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à préparer sa défense.

Le droit à être informé des causes de l'accusation – ainsi que des causes de l'arrestation selon l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui doit être combiné avec l'article 6 – est un droit essentiel pour la préparation de la défense. Ainsi, le code de procédure pénale suisse garantit à la personne prévenue devant comparaitre devant le tribunal correctionnel le droit d'être informé par l'acte d'accusation « *le plus brièvement possible, mais avec précision, les actes reprochés […], le lieu, la date et l'heure de leur commission ainsi que leurs conséquences et le mode de procéder de l'auteur* »[1889]. L'acte d'accusation doit donc être succinct mais complet afin que la personne puisse préparer sa défense.

Les droits de la défense sont aussi respectés s'il est laissé un temps suffisant à l'avocat pour préparer la défense. Ce délai suffisant est en effet essentiel car il a un impact direct sur l'argumentation de l'avocat. Si ce délai n'est pas suffisant, l'avocat n'aura pas le temps de bien préparer la défense et donc de présenter l'argumentation la plus pertinente. Ainsi, devant le juge de l'application des peines en Italie – appelé « *giudice dell'esecuzione* », littéralement le juge de l'exécution – la requête en aménagement de peine peut être déposée par l'avocat. Le juge

[1889] Art. 325 CPP suisse.

dispose alors d'un délai de 10 jours au moins pour convoquer les parties à un débat[1890]. Ce délai est le même que celui prévu en droit français.

Le code de procédure pénale italien prévoit également un délai pour l'avocat qui vient d'être saisi sur un dossier. L'article 108 de ce code dispose en effet qu'en cas de renoncement, de révocation ou d'abandon de la défense par l'avocat, un nouvel avocat est désigné par le justiciable ou commis d'office. Ce nouvel avocat a le droit de demander un délai, qui ne peut être inférieur à sept jours, pour prendre connaissance du dossier. Ce délai est très opportun car il permet à l'avocat de prendre le temps nécessaire pour connaitre le dossier et, par conséquent, de préparer la défense la plus adaptée. Un tel délai serait-il possible en France ? Rien n'est moins sûr car bien qu'il s'agisse d'une mesure pertinente, elle aurait pour effet de renvoyer l'audience ou l'acte à une date ultérieure. Ce renvoi ne serait pas une bonne chose vu le grand encombrement des juridictions françaises. De plus, si le client est déjà privé de liberté – dans le cadre d'une détention provisoire par exemple – ce délai pourrait prolonger davantage la privation de liberté du justiciable.

511. Par ailleurs, le code de procédure pénale italien veille à ce que l'avocat puisse accéder aux différents éléments qui composent le dossier de la procédure. Ainsi, lorsqu'une personne est placée en garde à vue, les services de police sont tenus de l'informer de son droit « *à accéder aux actes sur lesquels se fonde l'arrestation ou la garde à vue* »[1891]. Ces « actes » désignent les procès-verbaux et autres documents qui constituent le dossier de la procédure. Le droit d'accès au dossier est donc garanti. Le droit italien assure une meilleure préparation de la défense que le droit français car la personne a accès à tous les actes de la procédure. Contrairement au droit français, il est donc possible de prendre connaissance de l'entièreté des actes de la procédure.

La consultation de l'entier dossier est également prévue en droit suisse. En effet, les articles 100 et 101 du code de procédure pénale suisse disposent qu'un dossier est constitué pour chaque affaire pénale et contient : les procès-verbaux de procédure et les procès-verbaux des auditions, les pièces réunies par l'autorité pénale et les pièces versées par les parties. Le code de procédure pénale suisse ne fait aucune distinction en précisant que toutes les parties peuvent consulter ce dossier « *au plus tard après la première audition du prévenu* »[1892]. Le point positif est que l'accès au dossier est total et ce, même en matière d'arrestation provisoire étant donné que les textes ne prévoient pas une quelconque dérogation. Toutefois, un point négatif peut être soulevé. L'article 101 du code de procédure pénale suisse prévoit que la consultation du dossier peut se faire au plus tard après la première audition du prévenu. Il est surprenant que le texte prévoie une consultation du dossier postérieure à cette audition alors que la participation de

---

[1890] Art. 678, al. 3 CPP italien.

[1891] Art. 386, al. 1 CPP italien : « 1. *Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria […] consegnano all'arrestato o al fermato una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa e, se questi non conosce la lingua italiana, tradotta in una lingua a lui comprensibile, con cui lo informano: e) del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda l'arresto o il fermo* » (« *Les officiers et les agents de police judiciaire remettent à la personne arrêtée ou placée en garde à vue une communication écrite, rédigée de manière claire et précise et, si elle ne parle pas la langue italienne, traduite dans une langue qui lui est compréhensible, avec laquelle ils l'informent : e) de son droit à accéder aux actes sur lesquels se fonde l'arrestation ou la garde à vue* ».

[1892] Art. 101, al. 1er CPP suisse.

l'avocat lors de cette audition est admise[1893]. Ce droit à l'accès à l'entier dossier de la procédure est confirmé à l'article 107 du code de procédure pénale suisse qui assure à chaque partie le droit de consulter le dossier.

Pour que l'ensemble des droits de la défense soit respecté, il faut que les droits relatifs à la discussion de l'accusation soient aussi respectés.

b) Le respect des droits relatifs à la discussion de l'accusation

512. En présence d'un juge, l'exercice des droits de la défense relatifs au droit de discuter l'accusation est plus libre. Cela signifie, par exemple, que l'avocat participe activement à la procédure en présence du juge. Tel est le cas devant le juge d'instruction en Belgique. Le code d'instruction criminelle belge prévoit en effet que, devant le juge d'instruction, « *l'avocat du suspect peut assister à la séance d'identification des suspects. À l'issue de la séance d'identification des suspects, l'avocat peut demander que ses observations relatives au déroulement de la séance soient consignées dans le procès-verbal* »[1894]. Il peut donc assister à certains actes menés par le juge d'instruction, alors que son client n'est peut-être pas présent, et peut même présenter des observations qui seront ensuite versées à la procédure.

Le code de procédure pénale suisse prévoit aussi aux « *conseils juridiques [des parties à] […] participer aux actes de procédure* »[1895]. L'avocat de la personne mise en examen peut ainsi participer à une reconstitution des faits. L'on peut également supposer qu'il pourra poser des questions lors de cet acte car le texte emploie le verbe « participer » et non « assister » qui aurait une connotation plus passive. De plus, ce même code prévoit, en son article 107, la possibilité pour l'avocat de « *déposer des propositions relatives aux moyens de preuves* ». L'avocat peut donc, comme lors de la phase d'instruction préparatoire en droit français, faire des demandes de réalisation d'acte afin de participer à la manifestation de la vérité. Le rôle de l'avocat est ainsi actif en présence de l'autorité judiciaire.

De plus, il peut être intéressant d'examiner la différence entre les système accusatoire et inquisitoire. Notre système français, issu des droits romano-germaniques, est un système inquisitoire. Cela signifie que le président de l'audience mène les débats et pose les questions avant tout, même si « *les parties peuvent [aussi] poser directement des questions aux témoins* »[1896]. À l'inverse, le système accusatoire, que l'on retrouve surtout dans les pays anglo-saxons, implique « *un jeu de questions posées par les parties devant un juge assez impassible* »[1897]. Ainsi, les avocats, dans le système accusatoire, ont un rôle beaucoup plus actif que dans le système inquisitoire car ils doivent mener l'enquête préalablement à l'audience en cherchant des pièces et en convoquant les témoins. Le jour de l'audience, ils doivent reprendre l'affaire dans son ensemble, interroger les parties et témoins – convoqués par eux-mêmes ou par la partie adverse – afin de convaincre les juges. Dans le système inquisitoire, même si les droits de la défense sont garantis de la même manière, le rôle de l'avocat est beaucoup moins actif étant

---

[1893] Art. 159, al. 1er CPP suisse : « *Lors d'une audition menée par la police, le prévenu a droit à ce que son défenseur soit présent et puisse poser des questions* ».
[1894] Art. 62, §3 Code d'instruction criminelle belge.
[1895] Art. 51 CPP suisse.
[1896] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, n°297, p. 388.
[1897] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, n°297, p. 388.

donné que l'instruction du dossier aura été faite par le juge. Ainsi, le droit britannique prévoit un rôle plus déterminant pour l'avocat le jour de l'audience car il devra continuer de mener l'enquête lors de l'audience de jugement. De sa capacité à savoir préparer l'audience, les interrogatoires des témoins et à savoir plaider dépend l'issue du procès. L'issue du procès consiste en une potentielle peine privative de liberté prononcée à l'égard de son client.

Enfin, les droits de la défense sont respectés lors d'une procédure disciplinaire en détention en Italie. Cela peut paraitre surprenant mais les commissions de discipline, bien que présidées par l'administration pénitentiaire, ont lieu en présence du ministère public. Or, le Parquet en Italie est une autorité judiciaire indépendante du pouvoir exécutif[1898]. Ainsi, dans le cadre de la procédure disciplinaire, il est non seulement permis à la personne détenue d'être assistée d'un avocat mais celui-ci, tout comme l'administration pénitentiaire, peut également déposer des conclusions[1899]. Le fait de pouvoir présenter une argumentation écrite n'est pas prévue dans la procédure disciplinaire française. Une telle possibilité serait bienvenue mais les dossiers de la procédure disciplinaire étant très peu fournis en matière d'enquête, il n'est pas certain que cela représenterait un atout pour les avocats français

En revanche, l'exercice des droits de la défense semble plus restreint en l'absence d'une autorité judiciaire.

2) Une atteinte plus importante aux droits de la défense

513. Les droits de la défense sont moins protégés dans une procédure dirigée par le maire en Italie (a). De plus, une réelle atteinte aux droits de la défense se manifeste lorsqu'une garde à vue est mise en œuvre et ce, quel que soit le pays (b).

a) Une atteinte aux droits de la défense en présence du maire en Italie

514. Les droits de la défense sont moins respectés en l'absence de l'autorité judiciaire. Ainsi, les soins psychiatriques sans consentement sont appelés en Italie « Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO) », littéralement « traitement sanitaire obligatoire ». Cette mesure a été instituée par la loi du 23 décembre 1978[1900]. Elle ne peut être décidée que par le maire qui est assimilé à une autorité sanitaire après proposition motivée d'un médecin. Le maire n'est donc pas une autorité judiciaire. Lors de la mise en œuvre de cette procédure, le droit à l'avocat n'est pas expressément garanti par la loi. Toutefois l'article 33 en son alinéa 6 dispose de manière très large qu'au cours de ce traitement sanitaire obligatoire, la personne malade a le droit de communiquer avec qui cela lui parait opportun. Puis, la décision du maire est examinée dans un délai de 48 heures par le « giudice tutelare » – que l'on pourrait traduire par juge des tutelles.

[1898] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, n°151, p. 221 : « *Dans certains droits, prévaut nettement l'indépendance à l'égard de l'exécutif. C'est le cas en Italie où les parquetiers sont assimilés aux juges et soumis, comme eux, au Conseil supérieur de la magistrature, lequel est garant de leur indépendance ; il est vrai que le ministère public italien* ».

[1899] Art. 14 ter, § 3 Legge sull'ordinamento penitenziario, 26 luglio 1975, n° 354.

[1900] Legge 23 dicembre 1978, n°833, Istituzione del servizio sanitario nazionale, GU n°360 del 28 dicembre 1973 (Loi 23 déc. 1978, n°833, Institution su service sanitaire national, Gazette Officielle n°360 du 28 déc. 1978).

L'autorité judiciaire n'intervient donc que plus tard. Cependant, la loi ne fait pas davantage référence à une quelconque assistance par un avocat en présence de ce juge des tutelles. Si la personne hospitalisée n'est pas satisfaite de la décision de ce juge, elle a la possibilité de saisir le tribunal territorialement compétent. Ce n'est que devant cette juridiction que la loi prévoit expressément une intervention de l'avocat et elle n'est que facultative[1901]. Ainsi, le droit à l'assistance d'un avocat n'est que peu garanti lors de cette procédure mise en œuvre par un maire qui n'est pas une autorité judiciaire. Ce droit à l'assistance d'un avocat n'est reconnu que devant la dernière autorité judicaire saisie. En l'occurrence, le législateur italien ne cherche pas à imposer le droit à l'assistance d'un avocat aux personnes enfermées contre leur gré dans un hôpital psychiatrique. Plus encore, ce droit n'est garanti à la personne que lorsqu'elle comparait devant le tribunal compétent. Ainsi, le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas imposé – contrairement au droit français et au droit belge – et il n'est garanti que tardivement.

Bien que la garde à vue soit contrôlée par l'autorité judiciaire, les droits de la défense n'y sont pas toujours respectés.

b) Une atteinte générale aux droits de la défense lors de la garde à vue

515. La garde à vue est une mesure qui peut être ordonnée par l'autorité judiciaire, elle peut également être décidée par les forces de police. Dans tous les cas, l'autorité judiciaire contrôle la légalité et l'opportunité de la mesure. Cependant, il ressort de l'étude des différentes législations que les droits de la défense sont souvent atteints dans le cadre de la garde à vue.

Il a été évoqué précédemment que les droits de la défense avaient connu un nouvel essor en matière de garde à vue en Belgique grâce à la loi de novembre 2016. Toutefois, une atteinte aux droits de la défense a attiré notre attention. Les policiers ont la possibilité de débuter l'audition sans la présence de l'avocat alors que la personne gardée à vue a demandé son intervention : « *L'avocat peut assister à l'audition, laquelle peut cependant déjà avoir débuté* » [1902]. Contrairement au droit français, il n'est pas prévu de laisser un délai à l'avocat de se rendre aux locaux de police. Les policiers peuvent choisir, de manière arbitraire, d'attendre ou non l'avocat pour débuter l'audition. Le droit à l'assistance d'un avocat n'est donc pas entièrement garanti par le texte.

Dans beaucoup de pays, les droits de la défense sont peu garantis en matière de garde à vue. Par exemple, « *en Norvège, la loi, si elle prévoit la présence de l'avocat, n'indique pas expressément que l'avocat assiste à l'interrogatoire, du moins avant l'inculpation formelle (art. 242 CPP)* »[1903]. Au Royaume-Uni, tout citoyen peut déclencher l'action publique[1904], tout comme la police ou la *Crown Prosecution Service*. La *Crown Prosecution Service* est un organe gouvernemental indépendant composé d'environ 6 000 personnes dont la moitié sont des

[1901] Art. 35 Legge 23 dicembre 1978, n°833, Istituzione del servizio sanitario nazionale, GU n°360 del 28 dicembre 1973 (Art. 35 Loi 23 déc. 1978, n°833, Institution su service sanitaire national, Gazette Officielle n°360 du 28 déc. 1978).
[1902] Art. 3, Loi 21 nov. 2016, relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire, Moniteur belge 24 nov. 2016, éd. 2, p. 77974, C − 2016/09565.
[1903] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, n°279, p. 371.
[1904] Art. 6, Prosecution of Offences Act 1985.

avocats décidant de l'opportunité des poursuites[1905]. À l'issue d'une garde à vue donc, ce n'est pas l'autorité judiciaire qui décide de la mise en œuvre de l'action publique mais les forces de police[1906]. L'autorité judiciaire n'est pas davantage chargée du contrôle de la garde à vue en cours. Or, durant cette garde à vue, s'il est admis qu'un avocat soit présent, ce dernier ne peut pas poser de questions. Son rôle ressemble à celui de l'avocat en garde à vue française, il est donc assez limité. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt de 2001, a estimé que l'absence de l'avocat aux côtés de la personne gardée à vue dans les premières heures ne constitue pas une atteinte aux paragraphes 1er et 3 c) de l'article 6. Elle a motivé cette position en précisant notamment que la personne gardée à vue n'a fait aucun aveu l'incriminant[1907]. Le Royaume-Uni n'a pas été condamné sur ce défaut d'assistance par un avocat. Rappelons que cette jurisprudence n'est plus celle appliquée par la Cour européenne des droits de l'Homme depuis les arrêts *SALDUZ* et *DAYANAN* contre Turquie.

En Suisse, la garde à vue appelée « arrestation provisoire » assure le droit à l'assistance d'un avocat. L'article 159 du code de procédure pénale suisse dispose en effet en son alinéa 2 que « *Lorsque le prévenu fait l'objet d'une arrestation provisoire, il a le droit de communiquer librement avec son défenseur en cas d'audition menée par la police* ». La libre communication entre la personne arrêtée provisoirement et son avocat semble cependant dépendre d'une audition menée par la police. Bien entendu, une audition a toujours lieu au cours de cette arrestation provisoire – puisque le but de cette arrestation est d'entendre la personne – la personne arrêtée a donc toujours la possibilité de s'entretenir librement avec son conseil. Toutefois, cette communication ne semble accordée que lorsque l'audition par la police est prévue. En droit français, le code de procédure pénale ne prévoit pas une telle nuance, il est simplement prévu une communication garantissant la confidentialité des entretiens entre la personne garde à vue et son avocat[1908]. Les dispositions françaises assurent donc de manière plus certaine la libre communication entre une personne gardée à vue et son conseil.

516. En Belgique, il existe l'arrestation administrative. L'arrestation judiciaire correspond à notre garde à vue : cela signifie que la privation de liberté est décidée pour la recherche d'infractions. L'arrestation administrative, en revanche, est décidée dans le but de maintenir l'ordre public. Une infraction n'est pas encore commise, l'arrestation administrative permet au contraire d'éviter la commission d'une infraction. Les services de police peuvent

---

[1905] Site web de la *Crown Prosecution Service*, onglet « Our organisation » (https://www.cps.gov.uk/).

[1906] G. GADBIN-GEORGE (dir.), *Glossaire de droit anglais – Méthode, traduction et approche comparative*, 2ème éd., Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2019, p. 120 : « *Les forces de police ont des pouvoirs plus étendus Outre-Manche qu'en France. Elles bénéficient d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites judiciaires. Aucun organe ne contrôle leurs décisions de poursuivre ou non un suspect* ».

[1907] CEDH, 16 oct. 2001, BRENNAN c/ Royaume-Uni, n°39846/98, §48 : « *En outre, le requérant n'a fait aucun aveu l'incriminant lors des interrogatoires de police qui ont eu lieu pendant la période d'ajournement. […] Ce dont le requérant se plaint, au fond, n'est pas d'avoir été privé de conseils juridiques qui lui auraient permis de choisir entre garder le silence et répondre aux questions des policiers, mais plutôt d'avoir prononcé des déclarations l'incriminant après la fin de la période d'ajournement et avant l'arrivée de son solicitor (O'Kane c. Royaume-Uni (déc.), no 30550/96, 6 juillet 1999, non publiée, et Harper c. Royaume-Uni (déc.), no 33222/96, 14 septembre 1999, non publiée). La Cour n'est donc pas convaincue que le refus de laisser le requérant consulter son solicitor pendant les premières heures de sa garde à vue puisse passer dans les circonstances de l'espèce pour une atteinte à ses droits au titre de l'article 6 §§ 1 ou 3 c) de la Convention. Dès lors, elle conclut à la non-violation de ces dispositions à cet égard* ».

[1908] Art. 63-4, al. 1er CPP.

donc priver de liberté une personne qui n'a pas commis d'infractions. Or, le Comité européen pour la prévention de la torture a relevé qu'en Belgique, les personnes « *en arrestation administrative […] n'avaient toujours pas droit à un avocat* » au point que le Comité était contraint de recommander « *une nouvelle fois aux autorités belges d'étendre le droit d'accès à un avocat à ces personnes* »[1909]. Cette mesure privative de liberté décidée par les services de police uniquement est très contraignante. Malgré cela, les droits de la défense n'y sont pas garantis. Les textes imposent seulement que la mention de cette arrestation soit inscrite au registre des privations de liberté. Cependant, cette seule mention est bien insuffisante pour garantir le respect des droits de la personne arrêtée. Cette mention ne répond pas davantage aux objectifs des droits de la défense.

517. Enfin, l'Italie assure une garantie et un respect des droits de la défense lors d'une garde à vue. Comme en droit français, les policiers peuvent prendre l'initiative de la garde à vue mais la mesure reste encadrée et contrôlée par le ministère public. Le pouvoir laissé aux forces de police, notamment pour ce qui est de la décision de mettre en œuvre une garde à vue s'est fait progressivement. « *En vérité, le parcours vers une autonomie opérationnelle progressive de la police judiciaire possède des racines lointaines et tire son origine des décennies qui ont suivi justement l'adoption de la Constitution de 1948, en partie "punitive" à l'égard des forces de police, du fait de la crainte et de la réticence à attribuer une fonction centrale à un organe qui avait joué – au cours de la dictature fasciste – un rôle négatif. […] Si, d'une part, le nouveau code réserve à la police des fonctions telles que prendre – même de sa propre initiative – "connaissance des infractions, empêcher que d'autres ne s'ensuivent, en rechercher les auteurs, adopter les mesures nécessaires à assurer les sources de la preuve et réunir tout ce qui peut servir à l'application de la loi pénale" (art. 55 al. 1 c.p.p.), de l'autre, toutes ces actions restent toujours sous l'emprise du ministère public, lequel, au titre de l'article 327 du code de procédure pénale, "dirige les enquêtes et dispose directement de la police judiciaire"* »[1910]. La personne gardée à vue est informée qu'elle bénéficie d'un droit à l'assistance d'un avocat, ce dernier est alors aussitôt informé par les policiers qu'il doit se rendre auprès de son client[1911]. L'audition de la personne– qui peut avoir lieu en visioconférence – est alors menée par un membre du Parquet. S'il est prévu que l'avocat soit présent lors de cette audition[1912], rien n'indique qu'il puisse poser des questions au magistrat ou demander la réalisation d'actes. Le droit de discuter l'accusation n'est donc pas garanti en l'espèce.

Les droits de la défense ne sont donc pas toujours garantis par les textes ou respectés par les autorités. Ils peuvent même être écartés en fonction de l'enjeu en cours.

[1909] Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 mars au 6 avril 2017, CPT/Inf (2018) 8, p. 5.

[1910] L. LUPARIA, « La police judiciaire dans le procès pénal italien : questions anciennes et scénarios inédits », *Archives de politique criminelle – Police et justice pénale n°33*, Paris, éditions PEDONE, 2011, pp. 164-165.

[1911] Art. 386 CPP italien.

[1912] Art. 388, al. 2 CPP italien.

B. Les obstacles à l'exercice des droits de la défense

518. La recherche des infractions terroristes est un motif fréquemment invoqué pour limiter l'exercice des droits de la défense (1). Parfois, la limite de cet exercice provient des circonstances mêmes de la privation de liberté (2).

1) Une restriction justifiée par la commission d'infractions terroristes

519. Restreindre les droits de la défense pour les besoins de l'enquête ou pour des impératifs de sécurité publique n'est pas un motif propre à l'Europe. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme rappelait dans son arrêt *IBRAHIM* de 2016 que « *de la même manière, aux États-Unis, à la suite de son arrêt Miranda, la Cour suprême a précisé dans son arrêt New York c. Quarles qu'il existait à la règle de l'arrêt Miranda une « exception de sûreté publique » permettant la conduite d'interrogatoires en l'absence d'un avocat et avant que le suspect n'ait été informé de ses droits, en cas de menace sur la sûreté publique* »[1913].

La première atteinte portée aux droits de la défense justifiée par la recherche de la commission d'infractions terroristes est l'allongement de la durée de la garde à vue et surtout, le report de l'intervention de l'avocat. Ainsi, au Royaume-Uni la durée de la garde à vue peut être allongée jusqu'à 14 jours[1914] et l'intervention de l'avocat peut être différée de 48 heures[1915]. Comme en droit français, l'intervention de l'avocat est reportée pour empêcher ce dernier d'entrer en contradiction avec le travail des enquêteurs. De plus, le *Terrorism Act* de 2000 prévoit en son article 41 la possibilité pour les policiers d'arrêter sans mandat une personne qu'elle soupçonne d'être terroriste[1916]. La personne est alors gardée 48 heures au plus. Le *Terrorism Act* prévoit également à l'article 8 de l'annexe 8 qu'un officier de police judiciaire, ayant au moins le grade de commissaire, peut reporter le droit à la personne gardée à vue de consulter son avocat[1917].

En Espagne, si la personne est poursuivie pour des infractions terroristes, elle « *peut être privée en garde à vue de son droit à bénéficier d'un avocat* »[1918]. En l'occurrence, l'intervention de l'avocat n'est pas seulement reportée, elle est totalement écartée.

Enfin, « *en Allemagne et en matière de terrorisme, les lettres entre client et avocat peuvent être soumises au contrôle du magistrat, même si le client n'est pas détenu (art. 148 al. 2 StPO),*

[1913] CEDH, Gr. ch., 13 sept. 2016, IBRAHIM et a.c/ Royaume-Uni, n° 50541/08, § 259 : *D. actu*. 15 sept. 2016, obs. A. PORTMANN.

[1914] Site du gouvernement britannique : https://www.gov.uk/arrested-your-rights/how-long-you-can-be-held-in-custody et site du gouvernement écossais : https://www.mygov.scot/arrested-your-rights/how-long-you-can-be-held-in-custody.

[1915] Site du gouvernement britannique : (https://www.gov.uk/arrested-your-rights/legal-advice-at-the-police-station).

[1916] Art. 41, § 1, Terrorism Act 2000 : « A constable may arrest without a warrant a person whom he reasonably suspects to be a terrorist » (« *un officier de police peut arrêter sans mandat une personne qu'elle soupçonne valablement d'être terroriste* »).

[1917] Art. 8, § 1, Schedule 8, Terrorism Act : « *a police officer of at least the rank of superintendent may authorise a delay in permitting a detained person to consult a solicitor under paragraph 7* ».

[1918] Art 527, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ce qui porte atteinte à la confidentialité des correspondances impliquant un avocat »[1919]. En l'occurrence, c'est la confidentialité des échanges qui est atteinte. Or, si la confidentialité n'est pas garantie, la communication entre l'avocat et son client n'est pas libre. Or, un défaut de communication libre peut entacher la bonne préparation de la défense.

Au vu de ces éléments, la législation française est loin d'être une exception. Quand des infractions terroristes sont recherchées, couplées avec le risque d'un acte terroriste imminent, les droits de la défense sont atteints, voire écartés. Cependant, le risque d'une attaque terroriste, aussi imminent soit-il, ne devrait pas justifier une telle atteinte aux droits de la défense. En effet, l'intervention de l'avocat n'influence aucunement la réalisation d'une attaque terroriste. De plus, cela permet de d'assurer que la personne interrogée par les services de police ne fait pas l'objet de pressions ou de traitements contraires au principe du respect de la dignité de la personne humaine.

520. Pour finir, bien que cette restriction ne s'applique pas uniquement en cas de commission d'infractions terroristes, il faut évoquer une restriction des droits de la défense prévue par le code de procédure pénale suisse. En son article 149, ce code prévoit la possibilité de restreindre l'accès au dossier de la procédure pénale s'il existe des raisons de croire qu'une des personnes apparaissant dans le dossier – témoins, experts… – fasse l'objet d'une atteinte à sa vie, à son intégrité corporelle ou d'un autre inconvénient grave[1920]. Il n'est pas fait référence en l'espèce aux infractions terroristes mais l'on retrouve l'enjeu de la sécurité des personnes qui peut justifier la restriction à l'exercice des droits de la défense.

La restriction des droits de la défense peut également être due aux conditions même de privation de liberté.

2) Une restriction inévitable en raison des conditions de privation de liberté

521. La seule garantie des droits de la défense ne suffit pas à assurer une défense effective. En effet, la pratique peut révéler des dysfonctionnements qui constituent des atteintes aux droits de la défense. Ces dysfonctionnements sont particulièrement présents dans les lieux de privation de liberté car la nature du lieu peut empêcher le bon exercice des droits de la défense.

Ainsi, le Comité européen pour la prévention de la torture a relevé qu'avant l'audience pénale en Italie, les personnes détenues ne bénéficiaient pas toujours d'un entretien confidentiel avec son avocat du fait de la présence de policiers lors d'entretiens. De plus, les autorités italiennes n'étaient pas toujours en mesure de démontrer que les avocats avaient pu être en

---

[1919] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, n°282, p. 373.

[1920] Art. 149 CPP suisse : « *S'il y a lieu de craindre qu'un témoin, une personne appelée à donner des renseignements, un prévenu, un expert, un traducteur ou un interprète, ou encore une personne ayant avec lui une relation au sens de l'art. 168, al. 1 à 3 puissent, en raison de leur participation à la procédure, être exposés à un danger sérieux menaçant leur vie ou leur intégrité corporelle ou à un autre inconvénient grave, la direction de la procédure prend, sur demande ou d'office, les mesures de protection appropriées.*
À cette fin, la direction de la procédure peut limiter de façon appropriée les droits de procédure des parties et notamment : […] e. limiter le droit de consulter le dossier ».

contact directement avec leur client en vue de préparer la défense[1921]. Ainsi, une atteinte est portée au droit de pouvoir communiquer librement et de manière confidentielle avec son avocat. Or, ce droit est essentiel pour assurer le bon exercice des droits de la défense. S'il est atteint, c'est l'effectivité même de la défense qui est remise en cause car l'absence de confidentialité des échanges empêche la bonne préparation de la défense.

Ce défaut de confidentialité des échanges entre l'avocat et son client a également été censuré par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *BRENNAN* contre Royaume-Uni. En effet, « *la présence d'un policier à portée d'ouïe lors de la première consultation entre le requérant et son solicitor a porté atteinte au droit de l'intéressé d'exercer de manière effective les droits de la défense* »[1922]. Entraver la libre et confidentielle communication entre un avocat et son client porte ainsi atteinte aux droits de la défense. En effet, la personne privée de liberté n'oserait pas s'exprimer et le secret professionnel de l'avocat ne serait pas respecté.

En Belgique, le Comité européen de prévention de la torture a remarqué que le droit à l'assistance d'un avocat, bien que garanti par les textes dans le cadre d'une arrestation judiciaire, n'était pas toujours respecté par les services de police. Le Comité relatait ainsi, en 2017, que « *certaines personnes se sont plaintes auprès de la délégation que l'accès à un avocat leur avait été refusé jusqu'à la fin de la première audition de police. Le CPT recommande que les mesures nécessaires soient prises afin que le droit d'accès à un avocat pour les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale soit toujours respectée dans les faits, et ce dès le début de la privation de liberté par la police* »[1923]. Le droit à l'assistance d'un avocat est donc bien garanti par les textes mais n'est pas respecté par les autorités chargées de mettre en œuvre la mesure privative de liberté. La personne privée de liberté est en position de vulnérabilité face aux services de police, elle doit pouvoir bénéficier sereinement des droits qu'elle a souhaité exercer.

Puis, le Comité européen pour la prévention de la torture, dans une déclaration publique relative à la Belgique de 2017, se disait très préoccupé par les actions collectives des surveillants pénitentiaires. Ces actions collectives –des grèves – empêchent, entre autres, les personnes détenues de rencontrer leur conseil : « *Toutefois, depuis douze ans, le CPT n'a eu de cesse de faire part de ses vives préoccupations quant aux lourdes conséquences que peuvent avoir les actions collectives des agents pénitentiaires en Belgique. Ces conséquences affectent directement, pour des périodes prolongées, les conditions de détention, la santé et la sécurité*

[1921] Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017, CPT/Inf (2018) 13, n°55, p. 28 : « *In the CPT's view, the Italian authorities need to put in place additional guarantees to ensure that the hearings are conducted in conditions that allow for confidentiality (i.e. without the presence of police officers or security staff) and that the lawyers (including ex officio) have been in direct contact with the persons concerned prior to the hearings. The CPT would like to receive the comments of the Italian authorities on this point* » (« De l'avis du CPT, les autorités italiennes doivent mettre en place des garanties supplémentaires pour s'assurer que les auditions se déroulent dans des conditions assurant la confidentialité (c'est-à-dire sans la présence d'officiers de police ou de personnel de sécurité) et que les avocats (y compris d'office) ont été en contact direct avec les intéressés avant les audiences. Le CPT souhaiterait recevoir les commentaires des autorités italiennes sur ce point »).

[1922] CEDH, 16 oct. 2001, BRENNAN c/ Royaume-Uni, n°39846/98, § 63.

[1923] Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 mars au 6 avril 2017, n°24, p. 16.

des personnes placées sous leur responsabilité. Elles se traduisent notamment par un confinement quasi-permanent des détenus en cellule dans des conditions considérées comme étant déjà intolérables […] et une quasi-rupture de leurs contacts avec le monde extérieur (y compris avec des avocats) »[1924]. Il est vrai que si les surveillants pénitentiaires refusent de faire sortir les personnes détenues de leur cellule, ces dernières ne pourront pas rencontrer leur avocat. Ainsi, par un mouvement social – dont nous ne remettons pas en cause la légitimité – les personnes détenues se voient priver, encore une fois, de leur droit à communiquer librement avec leur conseil.

Enfin, le Comité européen pour la prévention de la torture, lors de sa visite en Suisse en 2021, relevait que le droit à l'assistance d'un avocat n'était pas toujours garanti au mineur privé de liberté. Il était alors déclaré : « *le CPT réitère sa recommandation selon laquelle les autorités suisses devraient prendre les mesures nécessaires afin de garantir, dans l'ensemble des cantons de la Confédération, qu'un mineur privé de liberté ne soit jamais soumis à un interrogatoire de police ni contraint de faire des déclarations ou de signer un document relatif à l'infraction dont il est soupçonné sans la présence d'un avocat et, en principe, d'un adulte de confiance pour l'assister* »[1925]. Ce Comité veille donc à ce que le mineur bénéficie d'un droit obligatoire à l'assistance d'un avocat. Ce caractère obligatoire doit être à la fois garanti par les textes et à la fois respecté par les autorités qui doivent veiller à ce qu'aucun mineur ne soit interrogé en l'absence d'un avocat.

Il ressort de ces éléments qu'il existe une réelle différence entre les droits garantis par les textes et le respect de ces droits par les autorités. Les remarques du Comité européen pour la prévention de la torture démontrent que d'autres États européens ne parviennent pas à assurer le respect des droits de la défense. La France n'est donc pas la seule à être rappelée à l'ordre par un organisme indépendant sur l'exercice des droits de la défense dans les lieux de privation de liberté. L'ensemble des États européens doit ainsi veiller à la garantie mais aussi au respect des droits de la défense.

Pour finir, les États européens ne font pas exclusivement l'objet de remarques négatives. En effet, le Comité international de prévention de la torture, relevant des Nations Unies, souligne qu'en Italie, durant la crise sanitaire, « *malgré la crise épidémiologique actuelle, chaque migrant a continué à jouir du droit de consulter un médecin et de s'entretenir avec un avocat* »[1926]. Cela démontre ainsi qu'en dépit d'une importante crise sanitaire, les États sont capables de faire respecter les droits de la défense des personnes privées de liberté.

522. Conclusion de la section 2 : La législation française a plusieurs points communs avec ses voisins en matière de défense des personnes privées de liberté. Il ressort de l'étude de

[1924] Déclaration publique relative à la Belgique du CPT, 13 juill. 2017, CPT/Inf (2017) 18, § 2, p. 2.
[1925] Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 22 mars au 1 er avril 2021, CPT/Inf (2022) 9, Strasbourg, le 8 juin 2022, p. 18.
[1926] Septième rapport périodique soumis par l'Italie en application de l'article 19 de la Convention, 21 mars 2022, CAT/C/ITA/7, § 236, p. 41

ces législations que les mineurs bénéficient d'une assistance obligatoire par l'avocat. De plus, les législations des pays européens étudiées, tout comme la législation française, rencontrent des difficultés à garantir une défense homogène des personnes privées de liberté. Des différences peuvent ainsi émerger. Ces différences semblent se rattacher à la qualité de l'autorité en charge de la mesure privative de liberté. En effet, les droits de la défense sont davantage respectés lorsque la procédure fait intervenir une autorité judiciaire. Le régime de la garde à vue est peu respectueux des droits de la défense et ce, dans de nombreux États européens. Par ailleurs, l'exercice des droits de la défense rencontre des obstacles empêchant la défense effective de la personne. Ces obstacles peuvent se justifier par la nature des infractions poursuivies, en particulier les infractions terroristes. Les obstacles peuvent aussi se retrouver dans la pratique, la privation de liberté pouvant constituer un frein au bon exercice des droits de la défense.

Conclusion du chapitre 2

523. Il ressort de ces différentes constatations que les États membres du Conseil de l'Europe, dont la législation a été étudiée, ont suivi les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que celles de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, la Belgique, l'Italie, le Royaume-Uni et la Suisse doivent garantir les mêmes droits qui composent les droits de la défense. La garantie des droits de la défense est en effet assurée au bénéfice des personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté dans ces différents pays.

Cette garantie des droits de la défense a entraîné une augmentation de l'intervention de l'avocat au sein des procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. Cette intervention peut être facultative mais peut parfois être imposée en fonction du statut de la personne ou de la durée de la privation de liberté.

De plus, tout comme en droit français, ces pays, sous l'influence de l'Union Européenne, ont garanti aux mineurs l'assistance obligatoire par un avocat. Cette assistance est assurée par un avocat spécialisé, ce qui garantit une défense de qualité.

Cependant, si les droits de la défense sont garantis et le droit à l'assistance par un avocat est étendu à toutes les procédures relatives aux mesures privatives de liberté, l'exercice de ces droits peut être restreint. En effet, à l'instar du droit français, certaines disparités apparaissent en fonction de l'autorité en charge de la mesure privative de liberté en cours. Le respect des droits de la défense est plus prégnant en présence de l'autorité judiciaire. De plus, le respect des droits de la défense n'est pas toujours respecté lors d'une garde à vue. Ces points ressemblent beaucoup au droit français.

Par ailleurs, de profondes atteintes aux droits de la défense sont constatées lorsque des auteurs d'infractions terroristes sont recherchés ou sanctionnés. Le régime dérogatoire réservé aux auteurs d'infractions terroristes n'est donc pas propre au droit français. Cependant, un tel régime dérogatoire n'assure pas le respect des droits de la défense et devra donc être discuté.

Enfin, la privation de liberté peut parfois constituer une restriction lors de l'exercice des droits de la défense. Ce point a également été constaté en France et devra faire l'objet de propositions d'amélioration.

Conclusion du titre Ier

524. Cette analyse a permis de mieux comprendre les raisons du défaut d'unité dans la défense des personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté.

Ainsi, il ressort de l'ensemble de ces développements qu'en présence d'une autorité judiciaire, les droits de la défense sont davantage respectés. L'optimisation de la défense des personnes privées de liberté en présence de cette autorité ne sera donc que ponctuelle. À l'inverse, l'atteinte aux droits de la défense est plus importante en l'absence d'une autorité judiciaire, en particulier pour ce qui est de la procédure disciplinaire en détention.

De plus, l'exercice des droits de la défense est restreint lorsque les droits de la défense sont mis en concurrence avec d'autres impératifs comme la sécurité publique ou les enjeux de l'enquête. Ces enjeux se retrouvent en particulier lors de la mise en œuvre d'une garde à vue. Le régime de la garde à vue, tel qu'il est actuellement prévu en droit français, n'est pas satisfaisant au regard des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme. Des propositions seront donc faites pour l'optimiser.

525. L'étude de la défense des personnes privées de liberté au sein de législations de pays européens a permis de constater peu ou prou les mêmes éléments. Le respect des droits de la défense est en effet plus important en présence d'une autorité judiciaire et les droits de la défense ne sont pas suffisamment respectés lors de l'exécution d'une garde à vue.

En outre, les restrictions portées à l'exercice des droits de la défense proviennent également d'enjeux contradictoires comme les nécessités de l'enquête. Cela s'illustre notamment lorsqu'un auteur d'infraction terroristes est recherché ou sanctionné. Enfin, les droits de la défense ne peuvent pas toujours être librement exercés dans un lieu de privation de liberté. Malgré les garanties apportées par les textes, les contraintes inhérentes au lieu de privation de liberté ne permettent pas à la personne privée de liberté d'exercer ses droits de la défense comme elle l'entend notamment au regard de la libre et confidentielle communication avec son avocat.

Ces différentes analyses nous orientent sur les différentes propositions d'optimisation à apporter.

Titre 2nd : L'optimisation de la défense des personnes privées de liberté

526. La défense par l'avocat des personnes privées de liberté est à parfaire. En effet, l'effectivité de cette défense n'est que partielle. Or, « *on ne répète jamais assez que la protection des droits de la défense doit être effective* »[1927]. La garantie et le respect des droits de la défense sont essentiels car ce « *sont des conditions nécessaires à la mise en œuvre des droits fondamentaux* »[1928] dans des lieux où sont opposés « *une partie forte et une partie faible : d'un côté la puissance publique, de l'autre, des hommes, des femmes et des enfants enfermés, hospitalisés contre leur gré, emprisonnés ou retenus* » [1929].

La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *BEUZE contre Belgique,* a précisé les contours et le contenu du droit à l'accès à un avocat. Ce droit implique ainsi le fait de pouvoir entrer en contact avec l'avocat et ce, dès la privation de liberté, sans qu'une audition soit forcément prévue. De plus, l'avocat doit être présent physiquement lors des auditions de son client, « *cette présence doit permettre à l'avocat de fournir une assistance effective et concrète […] et notamment de veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits de la défense du suspect interrogé* »[1930]. À ces missions globales, la Cour ajoute d'autres missions plus précises : « *la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention* »[1931]. La Cour européenne des droits de l'Homme veille donc à ce que l'avocat puisse intervenir, physiquement, lors de la procédure. Par ailleurs, elle énonce différentes missions qui doivent être exercées par l'avocat. Toutes ces missions peuvent être regroupées au sein de deux catégories : celles relevant des droits relatifs à la préparation de la défense et celles relatives à la mission d'assistance de l'avocat.

Si l'effectivité de la défense des personnes privées de liberté ne peut pas toujours être atteinte, l'on peut en effet tenter de tendre vers une certaine efficacité de la défense. Une défense efficace n'est pas nécessairement effective mais elle tente de s'en approcher. Pour ce faire, des propositions sont apportées afin d'optimiser la défense.

527. Le verbe « optimiser » signifie donner à quelque chose les meilleures conditions de fonctionnement[1932]. Nous ferons donc des propositions pour que la défense soit garantie et

---

[1927] J.-F. VAN DROOGHENBROECK, in V. BOLARD et M. PIERRAT (dir.), *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de MOTULSKY*, Paris, Dalloz, 2019, n°62, p. 215.
[1928] Avis du CGLPL relatif à la défense dans les lieux de privation de liberté, 23 avr. 2020, *JORF* 25 juin 2020, texte n°130, p. 1.
[1929] *Ibid*.
[1930] CEDH, Gr. ch., 9 sept. 2018, n° 71409/10, BEUZE c/ Belgique, *AJ pénal* 2019, p. 30, note E. CLÉMENT, §134.
[1931] CEDH, Gr. ch., 9 sept. 2018, n° 71409/10, BEUZE c/ Belgique, *AJ pénal* 2019, p. 30, note E. CLÉMENT, §136.
[1932] A. REY (dir.), *op. cit.*, p. 911.

exercée dans les meilleures conditions possibles. La garantie des droits ne suffit pas en effet[1933], il faut également s'assurer que les droits sont bien respectés par les différentes autorités qui contrôlent ou ordonnent la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté. Une défense optimisée permettrait ainsi à la personne privée de liberté de bénéficier d'une « *assistance [par l'avocat] effective et concrète, notamment pour éviter les atteintes aux droits de la défense, et non seulement abstraite* »[1934]. Ainsi, nous ferons des propositions visant à garantir certains droits dans la loi puis, des propositions relatives à l'organisation du lieu de privation de liberté. Ainsi, en reprenant la solution de l'arrêt *BEUZE contre Belgique*, l'optimisation doit porter d'une part sur les missions qu'il doit exercer (chapitre 1) mais aussi sur l'intervention de l'avocat (chapitre 2).

[1933] C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* 1998, n° 40, p. 132 : « *Quand bien même la loi serait prise pour modèle, c'est-à-dire serait effective, encore faut-il se demander si c'est bien là une fin en soi, ou si d'autres buts devraient être atteints* ».
[1934] CEDH 28 juill. 2022, DUBOIS c/ France, n° 52833/19, § 66.

Chapitre 1 : L'optimisation des missions de l'avocat

528. Le héros d'Alexandre DUMAS père, Edmond DANTÈS, est emprisonné au château d'If après que DANGLARS l'a vilement accusé de bonapartisme. Lors de la visite du château d'If par l'inspecteur général des prisons, Edmond DANTÈS s'insurge : « *Je demande quel crime j'ai commis ; je demande que l'on me donne des juges ; je demande que mon procès soit instruit ; je demande enfin que l'on me fusille si je suis coupable, mais aussi qu'on me mette en liberté si je suis innocent* »[1935]. Sans le savoir, Edmond DANTÈS réclame l'exercice de droits processuels, notamment des droits de la défense : le droit à l'information de l'accusation, le droit d'accès au juge et le droit de discuter l'accusation.

Les droits de la défense doivent en effet faire l'objet d'une protection toute particulière au bénéfice des personnes privées de liberté car « *au regard de l'acte coercitif, les droits de la défense sont accordés en tant que contrepartie du grief produit. Plus le grief est intense, plus ces droits doivent être assurés* »[1936]. En l'état actuel du droit, la défense des personnes privées de liberté n'est que partiellement effective, il convient donc de l'optimiser.

Pour optimiser la défense des personnes privées de liberté, des propositions doivent porter sur les différentes missions exercées par l'avocat. Lorsque ces missions sont exercées lors d'une audience devant un juge, les propositions ne viseront qu'un renforcement ponctuel portant sur certaines règles procédurales qui peuvent être améliorées. À l'inverse, quand les missions sont exercées en présence de l'administration pénitentiaire ou lors d'une garde à vue, les missions devront être plus amplement renforcées.

Afin de renforcer les missions de l'avocat, il est indispensable d'optimiser également les droits relatifs à la préparation de la défense. En effet, une bonne préparation est une condition importante pour un bon exercice des missions. De cette manière, le droit à l'accès à l'entier dossier doit être consolidé et quelques droits ponctuels relatifs à la préparation de la défense devront également être optimisés.

Il faut ainsi proposer une optimisation de la préparation de la défense (section 1) avant de proposer une optimisation des missions de l'avocat (section 2).

Section 1 : L'optimisation de la préparation de la défense

529. « *Le droit à une défense réelle impose donc le droit de présenter sa défense et le droit de la préparer* »[1937]. Optimiser la préparation de la défense participe donc à améliorer de manière plus générale la défense des personnes privées de liberté. Cette optimisation implique un exercice renforcé des droits de la défense (2nd paragraphe) et surtout, une optimisation de l'accès au dossier de la procédure (1er paragraphe).

[1935] A. DUMAS, *Le Comte de Monte-Cristo*, Paris, éd. CALMANN-LÉVY, 1889, 1er volume, chap. 14, p. 168.
[1936] P. COLLET*, L'acte coercitif en procédure pénale*, Paris, éditions Panthéon-Assas, TH. Paris II Panthéon-Assas 2014, 2018, n°789, p. 520.
[1937] F. QUILLERÉ- MAJZOUB, *La défense du droit à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, coll. Nemesis, 1999, p. 113.

1er paragraphe : L'optimisation indispensable de l'accès au dossier

530. « *Les seules garanties véritablement attachées à l'exercice des techniques spéciales d'investigation résident en fin de compte dans le contrôle d'un magistrat du siège et dans les causes de nullité textuelles relatives au déroulement des opérations. On peut y voir des garde-fous précieux pour l'intéressé, mais certainement pas des garanties propres à lui permettre d'exercer ses droits de la défense* »[1938]. Au stade de l'enquête, les droits de la défense doivent être renforcés. Cela implique notamment une optimisation de l'accès au dossier. Cet accès peut être optimisé sur deux plans. D'une part, il est indispensable que le législateur garantisse l'accès à l'entier dossier de la procédure et ce, quelle que soit la procédure en cours (A). D'autre part, dans le cas où une telle garantie ne serait pas possible, la saisine du juge serait intéressante (B).

A. La garantie indispensable de l'accès à l'entier dossier

531. Garantir l'accès à l'entier dossier signifie un accès à tout ce qui constitue le dossier. Cela peut également signifier un accès à un dossier constitué de suffisamment d'éléments pour préparer la défense. Ainsi, la garantie de l'accès à l'entier dossier implique tant l'accès à toutes les pièces du dossier (1) que l'accès à un dossier complet (2).

1) Garantir l'accès à toutes les pièces de la procédure

532. Les dispositions législatives des procédures au cours desquelles l'avocat n'a pas accès au dossier doivent être modifiées (a). Pour cela, il faudrait éventuellement envisager d'écarter les motifs de sécurité publique et de nécessité de l'enquête (b).

a) Une modification législative envisageable

533. La modification législative peut-elle participer à l'optimisation de la défense des personnes privées de liberté ? Indéniablement car le respect des droits de la défense ne peut découler que de la garantie de ces droits. Il est donc essentiel que le législateur, ou le pouvoir réglementaire, garantisse l'ensemble des droits de la défense.

En détention, l'accès à certaines pièces du dossier peut lui être également restreint lors des procédures relatives au placement en quartiers d'isolement, en quartiers spécifiques impliquant notamment des mesures de sécurité renforcée, en quartiers de prise en charge de la radicalisation ou en unité pour détenus violents. En effet, l'administration pénitentiaire a la possibilité de retirer certaines pièces du dossier avant que l'avocat ne le consulte. Il existe donc des procédures en droit français au sein desquelles le droit d'accès au dossier n'est pas

[1938] M. TOUILLIER, « Quelle politique criminelle en matière de droits de la défense dans les procédures pénales dérogatoires ? », *Archives de politique criminelle – Droits de la défense n°37*, Paris, éditions PEDONE, 2015, p. 49.

pleinement garanti. Concernant les procédures relatives à l'organisation de la détention, la matière échappant au domaine de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, il est impossible d'invoquer l'application de cet article. Toutefois, l'intervention de l'avocat étant prévue dans les textes régissant ces différentes procédures, il est possible de questionner le réel intérêt d'une telle intervention si l'avocat n'a pas accès à tous les actes ayant poussé l'administration pénitentiaire à prendre une décision.

Par cet accès restreint aux pièces du dossier, une forte défiance vis-à-vis de l'avocat semble émerger. Or, une telle défiance ne se justifie pas. L'avocat est un professionnel du droit, soumis au secret professionnel. Nous comprenons aisément que l'administration pénitentiaire souhaite garder certaines informations relatives à son organisation méconnues des avocats ou des personnes extérieures à l'administration pénitentiaire. Néanmoins, en prévoyant cela, les textes vident de son essence l'intervention de l'avocat en milieu carcéral. Dès lors, il est recommandé que toutes les pièces sur lesquelles se fonde l'administration pénitentiaire, lors d'un changement de quartier de la personne détenue, doivent être laissées à la disposition du conseil.

534. « *Quant aux conseils sur le fond, bien fort celui qui peut se positionner sur un dossier dont il n'aura eu, encore une fois et s'il n'a pas oublié de le demander, que le procès-verbal de notification des droits avec la qualification pénale des faits reprochés, et absolument rien d'autre. C'est en réalité au cours de la première audition, après le premier moment clé des trente minutes évidemment, que l'avocat apprend, notamment à travers les questions posées par le policier, de quoi est constitué le dossier, quels sont les éléments à charge, s'il y a des écoutes, des traces ADN, etc.* »[1939]. En effet, lors d'une garde à vue, l'avocat n'a pas accès à toutes les pièces constituant le dossier mais les officiers de police judiciaire ne retirent pas à proprement parler certaines pièces du dossier, à l'instar de l'administration pénitentiaire. Ils ne laissent l'avocat lire que les procès-verbaux constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical éventuel de la personne gardée à vue et les procès-verbaux de ses auditions[1940]. Le conseil n'a donc pas accès aux autres éléments de la procédure, notamment ceux ayant pu décider du placement en garde à vue de son client. Cet accès limité est « *discutable [puisqu'il en résulte que] la police doit avoir un temps d'avance* »[1941]. De plus, il entre en contradiction avec les exigences européennes telles qu'elles ressortent notamment de la directive du 22 mai 2012[1942]. En son article 7 alinéa premier, cette directive recommande aux États membres « *lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, [de veiller] à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective […] la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat* ». En outre, le second alinéa de ce même article enjoint d'assurer un « *accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes, afin de*

[1939] J. BOUDOT, B. GRAZZINI, « L'avocat et la garde à vue », in M. GIACOPELLI, J.-B. PERRIER, *La garde à vue : de la réforme à la pratique*, 1ère éd., Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 60.
[1940] Art. 63-4-1 CPP.
[1941] C. RIBEYRE, « L'avocat et la phase préparatoire du procès pénal », *Dr. pénal* n° 5, Mai 2021, dossier 11, § 16, p. 29.
[1942] Directive (UE) 2012/13/UE du Parlement européen et du conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* 1er juin 2012, I. 142/1.

garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense ». Le champ de l'application de cette directive recouvre « n'importe quel stade de la procédure », il faut donc entendre que la garde à vue en fait partie. Or, cet accès restreint ne permet aucunement de connaître les éléments à charge et à décharge retenus contre la personne soupçonnée. Le deuxième alinéa n'est donc pas respecté. Le premier ne l'est pas davantage car hormis des nullités formelles – comme le défaut de notification de certains droits – il n'est pas possible pour l'avocat de contester la légalité de la garde à vue sur le fond. Là encore, cet accès limité semble s'expliquer par la méfiance nourrie à l'encontre de l'avocat. Cette méfiance ne se justifie pas car l'accès à l'entier dossier est garanti à l'avocat tout au long des autres étapes de la procédure pénale – y compris lors de l'instruction préparatoire alors que des actes d'enquête sont toujours en cours. La garde à vue doit donc s'aligner sur les régimes des autres procédures relevant de la matière pénale pour ce qui est de l'accès au dossier.

Afin de garantir un tel accès, il est également nécessaire d'écarter les motifs de sécurité publique ou de nécessité de l'enquête retenus pour restreindre l'accès au dossier de la procédure.

b) L'écart éventuel des motifs de sécurité publique et de nécessité de l'enquête

534. Afin de justifier l'accès restreint aux dossiers précédemment évoqués, des motifs sont invoqués, notamment ceux relatifs à la sécurité publique ou aux nécessités de l'enquête. Ces motifs sont prévus par la directive du 22 mai 2012 qui accorde en son article 7 la possibilité aux États membres de refuser l'accès à certaines pièces de la procédure « *lorsque cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, ou lorsque le refus d'accès est strictement nécessaire en vue de préserver un intérêt public important, comme dans les cas où cet accès risque de compromettre une enquête en cours ou de porter gravement atteinte à la sécurité nationale de l'État membre dans lequel la procédure pénale est engagée* ». Les procédures relatives à l'organisation de la détention ne sont pas concernées par cette directive. Néanmoins, le motif avancé pour occulter certains documents du dossier est la sécurité des personnes ou des établissements pénitentiaires. Il ne s'agit donc pas précisément du même motif mais il est mis en avant un intérêt collectif qui prime sur un intérêt individuel. Pour assurer un accès sans restriction au dossier, l'administration pénitentiaire devrait donc écarter ces motifs de sécurité des personnes ou des établissements pénitentiaires. Cependant, il n'est pas certain qu'elle y renonce. En effet, ces motifs permettent à l'administration pénitentiaire de dissimuler à l'avocat des informations qu'elle ne souhaite pas divulguer sur son organisation ou sur les personnes détenues.

De manière similaire, dans le cadre de la garde à vue, l'accès au dossier est limité à certaines pièces. Les motifs de cette restriction ne sont pas détaillées par le code de procédure pénale mais l'on peut comprendre qu'il s'agit de préserver le bon déroulement de l'enquête, tel que cela est prévu dans la directive du 22 mai 2012 précédemment citée.

L'idéal serait d'écarter ce motif justifiant l'accès limité au dossier. L'avocat n'empêche pas le bon déroulement d'une enquête, autrement il n'aurait pas une place si active lors d'une information judiciaire. Pour preuve, des États européens parviennent à assurer un accès à l'entier dossier à l'avocat lors d'une garde à vue sans que les enquêtes n'en soient entravées.

En effet, le code de procédure pénale italien garantit un accès à l'entier dossier[1943] tant à la personne soupçonnée qu'à son avocat. Le droit suisse garantit également un tel accès[1944]. Si la consultation du dossier par l'avocat au stade de l'enquête représentait un réel obstacle au bon déroulement de l'enquête, les législateurs suisse et italien ne l'auraient pas garanti. Ainsi, afin de se conformer enfin aux exigences européennes, le législateur français, prenant exemple de ses voisins, pourrait garantir l'accès à l'entier dossier à l'avocat dans le cadre de la garde à vue. Tout en formulant cette proposition nous craignons que le législateur français, très attaché au bon déroulement de l'enquête, refuse de modifier la loi.

Or, l'accès à l'entier dossier est déterminant dans l'exercice des droits de la défense. Ne pas garantir ce droit constitue une restriction qui « *[peut] compromettre l'équité de la procédure* »[1945]. Dès lors, s'il est peu probable que ni le législateur, ni les services de police acceptent de renoncer à ce motif, une solution peut se trouver dans la saisine du juge compétent[1946].

L'accès à l'entier dossier est admis en procédure disciplinaire en détention, cependant le dossier est rarement complet.

2) Garantir l'accès à un dossier complet

535. Parmi les droits de la défense, les droits relatifs à la bonne préparation de la défense comprennent l'accès à l'entier dossier. En matière disciplinaire en milieu carcéral, il est admis que l'avocat accède à l'entier dossier de la procédure, « *sous réserve que sa consultation ne porte pas atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes* »[1947]. Toutefois, si le dossier auquel accède l'avocat est entier, est-il pour autant complet ? Les différents rapports du Contrôleur général des lieux de privation de liberté répondent par la négative.

Dans un rapport de visite de 2020, il est ainsi constaté que « *les avocats ont cependant déploré l'indigence des dossiers disciplinaires, se résumant le plus souvent au compte-rendu d'incident et, au mieux, à quelques éléments de personnalité : ainsi qu'il a été dit supra, aucune précision n'est apportée quant au contexte dans lequel le fait litigieux est intervenu, les témoins ne sont jamais interrogés, les versions des autres protagonistes ne sont jamais reportées dans les enquêtes et l'accès aux images de vidéosurveillance, quand elles existent, ne serait pas*

[1943] Art. 368, al. 1 CPP italien : « 1. *Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria […] consegnano all'arrestato o al fermato una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa e, se questi non conosce la lingua italiana, tradotta in una lingua a lui comprensibile, con cui lo informano: e) del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda l'arresto o il fermo* » (« *Les officiers et les agents de police judiciaire remettent à la personne arrêtée ou placée en garde à vue une communication écrite, rédigée de manière claire et précise et, si elle ne parle pas la langue italienne, traduite dans une langue qui lui est compréhensible, avec laquelle ils l'informent : e) de son droit à accéder aux actes sur lesquels se fonde l'arrestation ou la garde à vue* ».

[1944] Art. 100 et 101 CPP suisse.

[1945] CEDH, Gr. ch., 9 sept. 2018, n° 71409/10, BEUZE c/ Belgique, § 135 : *AJ pénal* 2019, p. 30, note E. CLÉMENT, : « *La Cour a estimé, par exemple, qu'en fonction des circonstances spécifiques à chaque espèce et du système juridique concerné, les restrictions suivantes pouvaient compromettre l'équité de la procédure : – le défaut ou les difficultés d'accès par l'avocat au dossier pénal aux stades de l'ouverture de la procédure pénale, de l'enquête et de l'instruction* ».

[1946] Nous évoquerons cette saisine aux paragraphes § n° 536 et s.

[1947] Art. R. 234-17, al. 2 C. pénit.

toujours possible du fait de dysfonctionnements récurrents des installations présentes dans les salles où se tient la commission de discipline »[1948]. Par cette remarque, il est ainsi pointé les différents éléments qui doivent être apportés dans un dossier disciplinaire à savoir : le compte-rendu d'incident et le rapport qui en découle, des éléments de personnalité de la personne détenue, l'interrogation des témoins, l'audition de tous les protagonistes impliqués et les vidéos des caméras de surveillance. Ces différents éléments de preuve proviennent de la circulaire du 9 juin 2011[1949] au sein de l'article 2.5.3, relatif au contenu du rapport d'enquête. Dans cet article, il est en effet exigé de l'enquêteur de l'administration pénitentiaire d'instruire et d'examiner si les faits sont établis ou non[1950]. Il s'agit de l'unique obligation qui pèse sur lui. La circulaire détaille alors le contenu de l'enquête : le surveillant pénitentiaire enquêteur « *entend la personne détenue [et] […] recueille ses observations éventuelles* »[1951]. Les observations peuvent être retranscrites à l'écrit si la personne détenue le souhaite[1952]. Il est bienvenu que la retranscription dépende de la volonté de la personne détenue elle-même car cela préserve le principe du contradictoire. De plus, l'enquêteur « *peut* »[1953] entendre l'agent rédacteur du compte-rendu d'incident ainsi que « *toute personne dont les observations lui paraissent utiles* »[1954]. Par ailleurs, afin de mieux cerner la personnalité de la personne détenue, la circulaire permet à l'enquêteur de se rapprocher d'autres services comme celui du service pénitentiaire d'insertion et de probation[1955] ou de consulter le dossier individuel de la personne détenue[1956]. Enfin, la circulaire énonce diverses investigations qui peuvent être menées : « *photographies, mesures métriques, recueil et retranscription d'enregistrements des caméras de vidéo surveillance placées en détention (leur existence doit avoir fait l'objet d'un affichage et le système d'enregistrement doit avoir été dûment autorisé), retranscription de conversations téléphoniques […]* »[1957].

Ces nombreux éléments, permettant d'étoffer le contenu de l'enquête, sont très pertinents. Cependant, l'enquêteur n'est pas contraint d'y recourir comme le démontre l'emploi systématique du verbe « pouvoir ». En outre, une fois l'enquête achevée, le rapport d'enquête est ensuite transmis au chef de l'établissement pénitentiaire qui décide s'il engage ou non des poursuites disciplinaires s'il s'estime satisfait par le contenu de l'enquête[1958]. Au regard des remarques du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, il peut arriver que le chef d'établissement engage des poursuites disciplinaires bien que le rapport d'enquête soit très concis.

[1948] Rapport de visite du CGLPL du Centre pénitentiaire de Villefranche-sur-Saône (Rhône), 30 nov. -7 déc. 2020, pp. 91-92.
[1949] Art. 2.5.3, Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *BOMJL* n° 2011-06 du 30 juin 2011.
[1950] Art. 2.5.3, al. 1er Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011 : « *À réception du compte rendu d'incident, l'enquêteur doit instruire en vue de clarifier les circonstances de l'espèce et d'examiner si les faits sont établis ou non* ».
[1951] Art. 2.5.3, al. 2 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011.
[1952] Art. 2.5.3, al. 3 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011.
[1953] Art. 2.5.3, al. 4 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011.
[1954] Art. 2.5.3, al. 5 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011.
[1955] Art. 2.5.3, al. 9 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011.
[1956] Art. 2.5.3, al. 8 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011.
[1957] Art. 2.5.3, al. 7 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011.
[1958] Art. 2.5.4 Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011.

Afin de garantir la procédure la plus équitable possible et la défense effective des personnes privées de liberté, il est indispensable que l'administration pénitentiaire veille à constituer les dossiers les plus complets possibles avant la tenue de la commission de discipline. Il faudrait donc donner aux actes d'investigations et d'interrogation prévus dans cette circulaire une valeur plus contraignante. L'enquêteur devrait alors systématiquement procéder *a minima* à l'interrogation de témoins – s'il y en a – et au recueil d'images des caméras de surveillance – si les caméras de surveillance ont filmé les faits. Ces éléments de preuve sont relativement faciles à recueillir et permettent véritablement de déterminer si les faits sont établis ou non. Bien entendu, cette exigence se heurte au manque de personnels et de moyens et au temps parfois très restreint entre la commission d'une faute disciplinaire et la tenue d'une commission de discipline – surtout dans le cadre de la mise en cellule préventive. L'administration doit malgré tout fournir des efforts pour améliorer la constitution des dossiers disciplinaires car il est important « *de permettre aux personnes détenues – dont beaucoup, au sein des maisons d'arrêt, sont prévenues et présumées innocentes – l'exercice plein, entier et effectif de leurs droits de la défense et sur le caractère inacceptable de toute atteinte à cet exercice* »[1959].

En outre, la fourniture d'un dossier plus complet n'influence pas seulement la préparation de la défense mais également l'audience de la commission de discipline et surtout la rédaction de la décision de la commission. Pour ce qui est de l'audience, un dossier plus complet permet de discuter davantage de la commission de la faute mais aussi de la sanction la plus adaptée à la personne détenue – au regard des éléments de personnalité apportés. À notre sens, un dossier plus complet, comprenant donc plus d'éléments à charge ou à décharge, permettra à l'administration pénitentiaire de détailler davantage ses motifs, le défaut de motivation étant aussi une remarque apportée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté[1960]. Or, une décision peu motivée n'est pas comprise par la personne détenue et n'aide pas l'avocat dans son argumentation s'il souhaite déposer un recours sur le fond.

Notre proposition porte donc sur la constitution d'un dossier comprenant les différents éléments évoqués précédemment afin de donner aux parties, dont l'administration pénitentiaire, le dossier le plus complet possible.

Pour s'assurer de l'accès à un entier dossier, la saisine du juge est nécessaire.

B. La saisine nécessaire du juge en cas d'accès limité au dossier

---

[1959] CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale - Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Paris, Dalloz, 2018, p. 22.

[1960] Rapport de visite du CGLPL du Centre pénitentiaire de Villefranche-sur-Saône (Rhône), 30 nov. -7 déc. 2020, p. 92 : « *L'examen de dix décisions fait apparaître que la CDD ne les motive jamais suffisamment. En effet, le contenu de neuf d'entre elles est systématiquement comparable et manifestement insuffisant à cet égard : après une reprise des faits exposés dans le CRI, les observations présentées par la personne détenue devant la CDD sont résumées, de même que celles de son avocat puis, au titre de la motivation en fait de la sanction, sont rappelés les termes du ou des textes réglementaires ayant justifié la poursuite, suivis des considérations suivantes : « Attendu que M. X écrou Y ne reconnaît pas les faits qui lui sont reprochés. Attendu que l'assesseur extérieur a été régulièrement informé de la tenue de la commission de discipline et est présent. La commission de discipline après avoir entendu la personne et son conseil a valablement délibéré. La commission considère que la faute est matérialisée et constituée. », ce qui ne constitue aucunement une véritable motivation en fait* ».

536. En droit pénal, l'on pourrait imaginer la création d'un recours (1) tandis qu'en droit public, il faudrait saisir plus fréquemment le juge administratif (2).

1) La création indispensable d'un recours

537. Il n'est pas certain que le législateur décide spontanément de modifier la loi afin de garantir l'accès à l'entier dossier en matière de garde à vue. La directive du 22 mai 2012 admet un accès restreint au dossier de la procédure mais le texte apporte une condition en indiquant qu'« *une décision de refuser l'accès à certaines pièces en vertu du présent paragraphe [est] prise par une autorité judiciaire ou [est] au moins soumise à un contrôle juridictionnel* »[1961] .

Un tel contrôle par le juge n'est pas prévu actuellement en droit français. Or, il serait très intéressant de le mettre en place. L'accès à l'entier dossier de la procédure lors d'une garde à vue serait alors de droit. Si les services de police estimaient que certains documents devaient être soustraits à la connaissance de l'avocat, ils saisiraient en urgence l'autorité judiciaire en charge de la garde à vue afin qu'elle se prononce rapidement sur un tel retrait de documents. Le retrait de documents du dossier ferait alors l'objet d'une ordonnance particulièrement motivée. Au vu du court délai de certaines gardes à vue, il serait demandé à l'autorité judiciaire de rendre son ordonnance dans un très court délai.

538. Une question demeure quant à l'identité de cette autorité judiciaire. Si la garde à vue est contrôlée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, cela ne pose pas de difficulté. Ces juges seraient également compétents pour statuer sur l'accès restreint au dossier. Une difficulté apparait si la garde à vue est contrôlée par le procureur de la République. En effet, le procureur de la République est un magistrat et fait donc partie de l'autorité judiciaire. Il est donc aussi gardien de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. « *Toutefois, signe de ce que son rôle ne peut être que celui d'un gardien précaire de la liberté individuelle (parce qu'il porte l'action publique ? Parce qu'il n'est pas « pleinement » indépendant ?), c'est une compétence fragmentée qui se dessine dans la jurisprudence constitutionnelle, tant dans le contentieux de la garde à vue que dans celui de la détention provisoire* »[1962]. Par ailleurs, le lien entre le procureur de la République et les services de police est fort car les enquêtes sont réalisées par les services de police sous la direction du procureur de la République[1963]. Ce lien particulier avec les enquêteurs – ceux qui demanderont donc de retirer du dossier certains documents – nous fait douter de l'impartialité du procureur de la République en cette matière. Selon nous, il serait préférable que ce ne soit pas le procureur de la République qui se prononce sur ce retrait de documents mais le juge des libertés et de la détention.

[1961] Art. 7, § 4 Directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L. 1421, 1er juin 2012.

[1962] R. PARIZOT, « La jurisprudence constitutionnelle sur l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », *Titre VII*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°7, oct. 2021, p. 16.

[1963] P. BONFILS, L. BOURGEOIS-ITIER, « Enfance délinquante – La phase antérieure au jugement », *Rép. pénal Dalloz*, oct. 2018, actualisation mars 2022, §76 : « *L'enquête est confiée, sous la direction du procureur de la République, aux autorités de police et de gendarmerie chargées à ce titre de la police judiciaire* ».

Ce recours se rapproche de la saisine du juge des libertés et de la détention lorsqu'au cours d'une perquisition dans un cabinet ou au domicile d'un avocat, le Bâtonnier présent s'oppose à la saisie d'un document qu'il considère irrégulière[1964]. Le code de procédure pénale prévoit alors que ce document et le dossier de la procédure est transmis sans délai au juge des libertés et de la détention. C'est donc ce dernier qui statue s'il y a lieu à saisir ou non le document. Par ailleurs, le juge des libertés et de la détention est saisi par le magistrat qui demande la perquisition au cabinet ou au domicile de l'avocat. Il est donc possible d'imaginer que, dans le cadre d'une garde à vue, le procureur de la République ou le juge d'instruction saisisse le juge des libertés et de la détention afin de statuer sur l'accès de l'avocat, restreint ou non, au dossier. Si la garde à vue est contrôlée d'ores et déjà par un juge des libertés et de la détention, ce dernier reste compétent pour statuer sur cette question.

539. Maître François SAINT-PIERRE a également remarqué que « *le système de garantie des droits de la défense [méritait] assurément d'être révisé, renouvelé* »[1965]. Ainsi, il a envisagé le renvoi d'audience de droit qui pouvait être demandé « *dans tous les cas dans lesquels l'exercice des droits de la défense aurait été entravé, tels que le défaut de délivrance ou la délivrance tardive de la copie de procès-verbaux* »[1966]. Ce renvoi d'audience est aussi une solution, bien qu'intervenant *a posteriori* – l'avantage du recours pour empêcher l'accès restreint au dossier est qu'il permet à l'avocat d'empêcher un tel accès au moment où la garde à vue a lieu.

Enfin, selon l'auteur, le dessaisissement de magistrat serait une sanction de dernier recours. « *Nul souhait de notre part de viser la mise en jeu de la responsabilité des magistrats comme cible favorite. Mais, des exemples précis de perquisitions de cabinets d'avocats, d'écoutes téléphoniques de conversations confidentielles, de refus répétés de délivrance de copies de pièces sont révélateurs d'une attitude d'obstruction, c'est-à-dire d'entraves répétées et délibérées à l'exercice de la défense de la part de certains magistrats, autrement dit d'abus de pouvoir. Dans de telles situations, le dessaisissement ne constituerait-il pas une sanction appropriée ?* ». Nous sommes plus réservée sur ce dernier point. Les perquisitions de cabinets d'avocats et les écoutes téléphoniques de conversations d'avocats signifient que la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction est un avocat. En revanche, la restriction de l'accès au dossier par un avocat place celui-ci dans son rôle de défenseur et non de partie au procès. Il serait dès lors maladroit de mettre ces différentes actions sur le même plan. Cela étant dit, nous pouvons comprendre que l'auteur a souhaité pointer du doigt un comportement de défiance de la part de certains magistrats vis-à-vis de l'avocat. L'avocat pourrait en effet demander le dessaisissement du juge d'instruction au président du tribunal judiciaire sur le fondement de l'article 84 du code de procédure pénale[1967]. Cependant, le président du tribunal pourrait rendre une ordonnance de refus. Les relations entre l'avocat et le juge d'instruction n'en seraient alors que plus complexes. S'il était fait droit au contraire à la demande de l'avocat, ce dessaisissement

---

[1964] Art. 56-1, al. 3 CPP.

[1965] F. SAINT-PIERRE, « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 260.

[1966] *Ibid*.

[1967] Art. 84, al. 1er CPP : « *Sous réserve de l'application des articles 657 et 663, le dessaisissement du juge d'instruction au profit d'un autre juge d'instruction peut être demandé au président du tribunal, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, par requête motivée du procureur de la République, agissant soit spontanément, soit à la demande des parties* ».

ne nous semble pas être une solution pérenne car l'avocat pourrait avoir d'autres dossiers avec le premier juge d'instruction et ne peut demander son dessaisissement pour chaque dossier. Les relations entre avocat et juge seraient très tendues à l'issue d'une telle procédure.

Dans l'éventualité où un juge d'instruction empêche un avocat d'avoir accès au dossier de la procédure et ce, sans motif valable, il serait plus judicieux de saisir la chambre de l'instruction. Aucun fondement juridique ne permet au juge d'instruction d'occulter certains documents du dossier ou de refuser l'accès au dossier à l'avocat. L'avocat fera donc reconnaitre la grave atteinte aux droits de la défense par la chambre de l'instruction. Cette solution est préférée à la demande de dessaisissement plus tôt évoquée.

Pour ce qui est du droit public, il est possible de saisir plus fréquemment le juge administratif.

2) Une saisine plus fréquente du juge administratif

540. Pour la matière carcérale, le juge administratif est compétent. Ce dernier peut donc se prononcer sur des questions relatives au dossier disciplinaire en détention ou sur des dossiers relatifs à l'organisation de la détention.

L'avocat pourrait donc saisir cette juridiction par le biais de deux recours. Un recours en urgence et un recours pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire. Le référé conservatoire ou référé mesures utiles permet au juge des référés d'ordonner la réalisation de certains actes[1968]. L'avocat pourrait présenter un tel référé afin qu'il soit ordonné à l'administration pénitentiaire de faire interroger les témoins ou de faire extraire les images issues des caméras de surveillance en vue de la tenue d'une commission de discipline. Ce référé est en effet plus adapté que le référé-liberté car ce dernier ne permet pas au juge d'ordonner à l'administration de réaliser certains actes. De plus, le Conseil d'État a déclaré que « *le non-respect de certains droits de la défense ne constitue pas non plus une atteinte suffisamment grave à une liberté fondamentale* »[1969] lors d'une convocation devant la commission de discipline qui comportait un exposé sommaire et imprécis des faits reprochés au détenu[1970]. Dès lors, le référé mesures utiles est le plus opportun.

Cependant, contrairement au référé-liberté, le juge, saisi dans le cadre de ce référé, n'est pas tenu de statuer dans un très court délai. Le risque est donc que le juge administratif se prononce trop tard, voire après la tenue de la commission de discipline. Aussi, un recours pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire pourrait-il être pertinent. L'administration pénitentiaire peut en effet engager sa responsabilité pour faute ou sa responsabilité sans faute. La responsabilité sans faute de l'administration pénitentiaire a été introduite par la loi pénitentiaire de 2009 dans le cas du décès d'une personne détenue causé par des violences commises par une autre personne détenue[1971]. Pour ce qui est du régime de responsabilité pour faute, « *il existe plusieurs régimes de responsabilité : celui de la faute*

[1968] Art. L. 521-3 CJA.

[1969] J.-P. CÉRÉ « Prison : sanctions disciplinaires », *Rép. pénal Dalloz,* oct. 2018 actualisation oct. 2021, n°73.

[1970] CE 10 févr. 2004, req. n° 264182.

[1971] Art. 44, al. 2 Loi n° 2009-1436 24 nov. 2009 pénitentiaire, *JORF* n°0273 25 nov. 2009 p. 20192 : « *Même en l'absence de faute, l'État est tenu de réparer le dommage résultant du décès d'une personne détenue causé par des violences commises au sein d'un établissement pénitentiaire par une autre personne détenue* ».

simple, qui constitue le régime de droit commun de la responsabilité, et celui de la faute lourde. […] Cependant, un mouvement jurisprudentiel de fond a réduit considérablement le domaine de la faute lourde. […] Depuis lors, les cas de condamnations de l'administration pénitentiaire se sont multipliés »[1972]. En effet, par un arrêt de 2003, le Conseil d'État a ainsi engagé la responsabilité de l'administration pénitentiaire en cas de suicide de personne détenue[1973]. Tenant compte de cette jurisprudence, Maître Etienne NOËL, avocat au barreau de Rouen, a saisi le Tribunal administratif de Rouen pour que soit indemnisée la famille d'une personne détenue qui s'était suicidée[1974]. Le Tribunal administratif a ainsi accordé 4 000 euros en réparation du préjudice subi. Dans un arrêt de 2017, le Conseil d'État précise comment l'administration pénitentiaire engage sa responsabilité en cas de suicide de personne détenue : « *la responsabilité de l'État en cas de préjudice matériel ou moral résultant du suicide d'un détenu peut être recherchée pour faute des services pénitentiaires en raison notamment d'un défaut de surveillance ou de vigilance ; [une] telle faute ne peut toutefois être retenue qu'à la condition qu'il résulte de l'instruction que l'administration n'a pas pris, compte tenu des informations dont elle disposait, en particulier sur les antécédents de l'intéressé, son comportement et son état de santé, les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre de sa part pour prévenir le suicide* »[1975]. Ainsi, l'administration pénitentiaire n'engage sa responsabilité que lorsqu'elle ne démontre pas qu'elle a tout mis en œuvre pour prévenir le suicide d'une personne détenue qu'elle savait fragile. *A contrario,* si l'administration pénitentiaire ne connait pas les antécédents ou l'état de santé de la personne détenue, elle n'engagerait pas sa responsabilité. De plus, quand bien même elle serait au courant d'un tel risque, elle n'engagerait pas sa responsabilité si elle démontre qu'elle a tout mis en œuvre pour prévenir le suicide. Il s'agit donc d'une obligation de moyen.

541. Il pourrait ainsi être proposé de saisir le juge administratif en réparation du préjudice subi par un placement en quartier disciplinaire lorsque le dossier de la procédure est trop peu fourni. Le préjudice subi serait un préjudice moral résultant du placement en cellule disciplinaire. La faute commise par l'administration pénitentiaire serait d'avoir présenté un dossier trop succinct en commission de discipline – en omettant, selon l'espèce, d'entendre les éventuels témoins ou en ne prévoyant pas l'extraction d'images issues des caméras de surveillance. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice est établi car le défaut de preuves a pu conduire au prononcé du placement en cellule disciplinaire. La somme demandée en réparation serait ajustée au cas par cas. De cette façon, si le juge administratif reconnait que l'administration pénitentiaire engage sa responsabilité en n'effectuant pas toutes les diligences nécessaires pour préparer le dossier présenté en commission de discipline, l'administration pénitentiaire pourrait modifier sa façon de faire. C'est pourquoi, une saisine plus fréquente du juge administratif pourrait conduire l'administration pénitentiaire à être plus vigilante.

[1972] J.-P. CÉRÉ « Prison – organisation générale – règles de sécurité », *Rép. pénal Dalloz*, juin 2015 actualisation mai 2022, §§ 378-379.
[1973] CE 23 mai 2003, Mme CHABBA, n° 244663 : Rec. CE, p. 240, concl. E. PRADA BORDENAVE ; *AJDA* 2004, p. 157, note N. ALBERT ; *Dr. adm*. 2003. 44, note M. LOMBARD ; *JCP*, éd. A, 2003. 1718 et 1751, note J. MOREAU.
[1974] TA Rouen, 17 sept. 2004, n° 0202252.
[1975] Consid. 3, CE, 28 déc. 2017, req. n° 400560 , D. actu., 17 janv. 2018, obs. C. BIGET.

L'optimisation de la préparation de la défense nécessite également l'exercice renforcé des droits relatifs à cette préparation de la défense.

2nd paragraphe : Un exercice renforcé des droits relatifs à la préparation de la défense

542. Les droits de la défense doivent être respectés y compris concernant la préparation de la défense car « *assujettir l'acte coercitif au respect des droits de la défense apparait normal compte tenu du grief souffert par le justiciable lors de l'exécution de cet acte* »[1976].

Le renforcement des droits relatifs à la préparation de la défense implique de veiller au délai suffisant de préparation de la défense (A) et de veiller à la libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client (B).

A. Veiller au délai suffisant de temps de préparation

543. La Convention européenne des droits de l'Homme, en son article 6 § 3 c) relatifs aux droits de la défense, « *ne précise pas les conditions d'exercice du droit qu'il consacre. Il laisse ainsi aux États contractants le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir, la tâche de la Cour consistant à rechercher si la voie qu'ils ont empruntée cadre avec les exigences d'un procès équitable* »[1977]. La Cour européenne des droits de l'Homme ne censure donc pas une législation en soi, elle censure des atteintes aux droits que la Convention européenne des droits de l'Homme consacre.

Concernant le délai de préparation de la défense, la directive du 22 mai 2012 précise que ce délai doit consister en un « *temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation. Si les autorités compétentes entrent en possession d'autres preuves matérielles, elles autorisent l'accès à ces preuves matérielles en temps utile pour qu'elles puissent être prises en considération* »[1978].

En droit français, le délai laissé à l'avocat pour préparer la défense de son client est globalement satisfaisant. Toutefois, le délai en matière disciplinaire en détention a attiré notre attention. En effet, le délai est très court, sans pouvoir être inférieur à vingt-quatre heures[1979]. L'on comprend qu'il peut donc être égal à vingt-quatre heures. Pourquoi le délai est-il si court ? Car un placement en cellule disciplinaire préventif peut être décidé. Or, ce placement préventif ne peut dépasser la durée de deux jours ouvrables[1980]. Dès lors, le temps de préparation de la défense doit être inférieur à ce délai de deux jours ouvrables, ce qui explique ce délai minimal de vingt-quatre heures. L'administration pénitentiaire doit impérativement veiller au respect de ce délai. Dans le cas contraire, la décision peut être annulée par le juge administratif, comme

---

[1976] P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, Paris, éditions Panthéon-Assas, TH. Paris II Panthéon-Assas 2014, 2018, n°783, p. 516.
[1977] CEDH, Gr. ch., 12 nov. 2008, SALDUZ c/ Turquie, n° 36391/02, § 51 : *JCP* 2009. I. 104, obs. F. SUDRE.
[1978] Art. 7, § 3 Directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L. 1421, 1er juin 2012.
[1979] Art. R. 234-15 C. pénit.
[1980] Art. R. 234-20, al. 2 C. pénit.

cela a été le cas dans un arrêt de 2019 rendu par la Cour administrative de Bordeaux. En l'espèce, le 19 mars 2015, une personne détenue a fait l'objet d'un compte-rendu d'incident pour des faits de violence avec arme envers un codétenu. Le 16 avril 2015, le directeur de l'établissement pénitentiaire l'a condamné à vingt jours de placement en cellule disciplinaire dont dix avec sursis. La personne détenue a contesté cette sanction car un extrait de l'enregistrement de vidéosurveillance a été diffusé le jour même de la commission de discipline sans que la personne détenue, ou son conseil, ait été préalablement informée d'une telle diffusion. Le principe du contradictoire et le droit à bénéficier d'un délai suffisant pour préparer sa défense ont été atteints selon la personne détenue qui a contesté, en vain, cette décision devant la direction des services pénitentiaires de Bordeaux, puis, devant le juge administratif. Ce n'est que devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux que la personne détenue a obtenu gain de cause. La juridiction de seconde instance a, en effet, reconnu une atteinte à l'exercice de ses droits de la défense. Dès lors, la décision disciplinaire a été annulée. Il ressort de cette jurisprudence que l'administration pénitentiaire doit veiller au respect du délai sous peine d'annulation de la décision de la commission de discipline.

Ce délai d'au moins vingt-quatre heures est néanmoins très court quand la personne détenue est placée en cellule disciplinaire à titre préventif. En effet, l'avocat n'a, de toute évidence, pas le temps de préparer convenablement la défense. L'avocat n'aura très certainement accès au dossier que quelques minutes avant la tenue de la commission de discipline, ce qui est trop peu pour préparer la défense ou demander la réalisation de certains actes d'enquête. En effet, ce court délai peut être comparé à celui appliqué en matière de comparution immédiate. Cependant, en matière de comparution immédiate, le prévenu et son avocat ont la possibilité de demander un délai supplémentaire pour préparer leur défense. Dans le milieu carcéral, il n'en est rien.

544. La création d'un délai supplémentaire pour préparer la défense serait-il opportun en matière disciplinaire en détention ? Si la personne détenue n'est pas placée en cellule disciplinaire par mesure préventive, cela pourrait en effet être intéressant. Si un référé mesures utiles était déposé devant le juge administratif pour que certains actes d'investigation soient accomplis, le délai supplémentaire pourrait permettre au juge de se prononcer et à l'administration pénitentiaire d'exécuter les injonctions du juge. De plus, cela se complèterait avec le délai de sept jours prévu en cas de demande par la personne détenue de « *prendre connaissance de tout élément utile à l'exercice des droits de la défense* »[1981].

Cependant, si un placement préventif en cellule disciplinaire était décidé, il serait impossible de mettre en œuvre ce délai supplémentaire. En effet, la personne détenue ne peut être placée en cellule disciplinaire de manière préventive plus de deux jours. Instaurer un délai supplémentaire impliquerait un placement plus long. Ce délai est ensuite soustrait de la période de quartier disciplinaire décidée par la commission de discipline, c'est pourquoi il ne peut être trop long[1982]. Ainsi, prévoir la possibilité de demander un délai supplémentaire en matière disciplinaire en détention peut être une proposition intéressante mais qui ne peut s'appliquer lors d'un placement préventif en cellule disciplinaire.

[1981] Art. R. 234-17, al. 2 C. pénit.

[1982] La durée la plus longue de placement en cellule disciplinaire étant de vingt jours ou de trente jours dans des cas exceptionnels selon l'article R. 235-5 du code pénitentiaire.

545. De plus, dans le cadre d'une comparution immédiate, l'article 397-1 du code de procédure pénale dispose que si le prévenu ne consent pas à être jugé séance tenante ou si l'affaire ne parait pas en état d'être jugée, le tribunal renvoie l'audience à une date ultérieure. Le délai est alors compris entre deux à six semaines[1983]. Dans l'hypothèse où l'affaire est en état d'être jugée, ce délai est tout à fait raisonnable et permet ainsi de statuer assez rapidement sur l'affaire. Toutefois, si l'affaire n'est pas en état d'être jugée, cela signifie que des actes doivent être encore accomplis. L'avocat a bien entendu la faculté de demander au tribunal correctionnel tout acte d'information qu'il estimera nécessaire. Cependant, certains actes – tels que l'expertise – ne peuvent être réalisés dans un trop court délai. Le délai de deux à six semaines nous parait alors bien court. Le second alinéa de l'article 397-1 du code de procédure pénale prévoit que le délai peut être compris entre deux à quatre mois lorsque la peine encourue est supérieure à sept ans d'emprisonnement.

À notre sens, la distinction ne devrait pas porter sur le quantum de la peine d'emprisonnement encouru mais sur l'état de l'affaire. Si l'affaire n'est pas en état d'être jugée, le délai pourrait être prolongé au-delà de six semaines. À l'inverse, une affaire dans laquelle la peine encourue est supérieure à sept ans d'emprisonnement, mais qui est en état d'être jugée, peut être renvoyée à une date plus proche que les deux mois prévus par le texte. De cette manière, les actes d'information pourront être réalisés dans un délai raisonnable et les affaires en état d'être jugées, dont la peine encourue est supérieure à sept ans, pourront être jugées dans un plus court délai ce qui évitera de surcharger davantage le tribunal correctionnel.

546. Enfin, un délai est impacté par manque de précision : le renvoi du débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention portant sur un éventuel placement en détention provisoire. Le défaut de précision évoqué précédemment sur le service où se trouve le dossier – services de l'instruction ou du juge des libertés et de la détention – entraine une complication pour le délai de préparation de la défense. Une simple modification législative précisant le lieu où se trouve le dossier permettrait à l'avocat de savoir où se rendre pour le consulter et n'impacterait donc pas le délai de préparation de la défense.

Un allongement du temps de préparation de la défense permettrait d'éviter un trop grand écart entre les procédures s'allongeant sur de longues années et celles où le temps de préparation de la défense est insuffisant[1984].

Pour finir, il serait judicieux de veiller à la libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client.

B. Veiller à la libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client

[1983] Art. 397-1, al. 1er CPP.

[1984] J. DANET, *Les droits de la défense*, Paris, Dalloz, 2020, coll. À savoir, p. 277 : « *Le contraste est parfois saisissant entre d'une part des audiences menées au pas de charge où les juges se montrent pressés d'avancer au détriment de l'unique occasion donnée à la défense d'être confrontée aux témoins et d'autre part la lenteur extrême de certaines instructions au cours desquelles la Cour de Strasbourg relève des périodes de totale inaction de la justice qui se comptent en mois* ».

547. Il a été constaté que la libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client était garantie par les textes nationaux et supranationaux[1985]. Les difficultés apparaissent en revanche dans la pratique, c'est pourquoi des propositions seront faites pour assurer cette libre et confidentielle communication (1). Des moyens de faciliter la préparation de la défense seront également mis en avant (2).

1) L'optimisation de la libre et confidentielle communication

548. Contrairement aux propositions précédentes, celles faites dans cette partie ne pèsent pas sur le législateur ou sur le juge mais sur les acteurs de la mesure privative de liberté. En effet, les difficultés apparaissent dans la pratique comme l'a constaté à plusieurs reprises le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Toutefois, il a également constaté le bon exercice des droits relatifs à la préparation de la défense dans les lieux de privation de liberté.

549. Dès lors, il est proposé de se référer aux bonnes organisations et aux bonnes conditions[1986] des lieux de privation de liberté pour en tirer un enseignement. Certains lieux de privation de liberté garantissent en effet la confidentialité des échanges : « *une salle dédiée aux entretiens avec les avocats est située en face des cellules. Vaste et meublée d'une table avec trois chaises, elle permet de conduire des audiences dans de bonnes conditions de confort, y compris lorsqu'un interprète est nécessaire. Un douanier reste à proximité (dans le couloir derrière la porte) pour assurer la surveillance tout en respectant la confidentialité* »[1987]. En l'espèce, la salle peut être fermée et le douanier se trouve à l'extérieur, ce qui assure la confidentialité de l'entretien avec l'avocat. Les « parloirs avocats » doivent donc être équipés d'une porte qui permet de ne pas entendre la conversation entre l'avocat et son client. De plus, l'entretien ne doit en aucun cas se dérouler en la présence d'un membre de l'autorité en charge de la mesure privative de liberté.

Une libre communication peut se traduire par le fait que l'avocat puisse se déplacer rapidement et facilement dans les locaux. Cela a notamment été constaté lors de la visite de locaux relevant de l'administration des douanes : « *les avocats commis d'office sont joints par*

[1985] Art. 3 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013) : « *3. Le droit d'accès à un avocat comprend les éléments suivants: a) les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient le droit de rencontrer en privé l'avocat qui les représente et de communiquer avec lui, y compris avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire* » et article 4 de cette même directive : *« Les États membres respectent la confidentialité des communications entre les suspects ou les personnes poursuivies et leur avocat dans l'exercice du droit d'accès à un avocat prévu par la présente directive. Ces communications comprennent les rencontres, la correspondance, les conversations téléphoniques et toute autre forme de communication autorisée par le droit national* ».

[1986] Rapport de visite du CGLPL, Centre de semi-liberté de Briey (Meurthe-et-Moselle), 3-6 oct. 2016, p. 26 : « Selon les propos du bâtonnier, transcrits dans le compte-rendu du dernier conseil d'évaluation 2014, les conditions de visite des avocats au CSL se passent dans d'excellentes conditions et les modalités d'échanges avec les personnes détenues sont respectueuses des règles de confidentialité ».

[1987] Rapport de visite de lieux de privation de libertés relevant de l'administration des douanes (France métropolitaine et Haute-Corse), du 7 janvier au 7 juillet 2020, p. 22.

le biais de la permanence du barreau de Dunkerque. Ils se déplacent rapidement et sans difficulté dans les locaux. Les agents douaniers n'expriment pas de réticence par rapport à la présence de l'avocat et attendent son arrivée pour procéder aux auditions ou s'accordent avec lui sur un horaire. Le report de l'intervention de l'avocat n'est jamais sollicité auprès du procureur »[1988]. Nous n'évoquons pas ici le délai que met l'avocat à se rendre dans le lieu de privation de liberté. Ce lieu peut parfois être éloigné de l'endroit où se trouve l'avocat – les lieux de privation de liberté tels qu'une prison, un centre de rétention administrative sont très souvent excentrés des communes – il est donc normal que l'avocat n'arrive pas toujours dans les plus courts délais. Nous retenons surtout que l'avocat peut se déplacer rapidement et facilement dans le lieu de privation de liberté, ce qui assure un contact facile avec son client.

550. Une libre communication se manifeste aussi par le fait que l'avocat rencontre rapidement son client même dans un établissement pénitentiaire : « *Les avocats titulaires d'un permis de communiquer peuvent rencontrer leurs clients sans restriction d'horaires, du lundi au vendredi, sans rendez-vous. L'usage veut qu'ils préviennent généralement le greffe ou le chef d'établissement de leur venue. Les entretiens ont lieu dans la salle d'audience, au 1er étage de la détention* »[1989]. En effet, le fait de pouvoir rencontrer rapidement son client est fondamental pour assurer la bonne préparation de la défense. Restreindre ou empêcher les entretiens entre l'avocat et son client constitue un obstacle à la bonne préparation de la défense. Bien plus que de permettre à l'avocat de rencontrer rapidement son client, certains établissements pénitentiaires ne demandent même pas qu'un rendez-vous soit pris entre la personne détenue et son conseil. Il est seulement demandé à l'avocat de faire parvenir sa demande de rencontrer son client suffisamment tôt pour que les surveillants pénitentiaires s'organisent : « *les avocats peuvent se présenter sans rendez-vous ou utiliser une adresse électronique réservée aux prises de rendez-vous avec leurs clients. Ils adressent généralement par courriel la liste des personnes qu'ils souhaitent rencontrer au parloir-avocat, les permis de communiquer étant joints aux demandes. Le gradé de chaque bâtiment de détention informe la veille ou le matin même les personnes concernées qui peuvent être présentes à l'avance dans les salles d'attente du parloir-avocat, évitant aux avocats des attentes trop longues, sauf difficultés liées aux mouvements* »[1990]. Ces organisations peuvent être prises comme exemple par d'autres lieux de privation de liberté.

Veiller à la libre et confidentielle communication entre la personne privée de liberté et son avocat doit également se combiner avec le fait d'assurer toutes les facilités possibles à préparer la défense.

2) Le renforcement des facilités à préparer la défense

551. Certains lieux privatifs de liberté adoptent des mesures qui aident l'avocat et facilitent, de ce fait, la préparation de la défense.

[1988] Rapport de visite de lieux de privation de libertés relevant de l'administration des douanes (France métropolitaine et Haute-Corse), du 7 janvier au 7 juillet 2020, p. 28.
[1989] Rapport de visite de la Maison d'arrêt de Charleville-Mézières (Ardennes) du 28 juin au 2 juillet 2021, p. 65.
[1990] Rapport de visite du Centre pénitentiaire de Toulouse-Seysses (Haute-Garonne) du 31 mai au 11 juin 2021, p. 61.

Ainsi, certains établissements pénitentiaires n'hésitent pas à laisser à la disposition de l'avocat un ordinateur – ce dernier n'ayant pas le droit de rentrer en détention avec le sien. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a ainsi constaté que : « *Les avocats ne sont pas autorisés à entrer avec leur ordinateur personnel mais peuvent utiliser un ordinateur portable mis à leur disposition par l'établissement* »[1991]. Laisser un ordinateur à la disposition de l'avocat peut faciliter la prise de notes de ce dernier avec son client tout en conservant la sécurité de l'établissement pénitentiaire – puisque l'ordinateur lui appartient.

552. Une facilité pourrait également être apportée pour ce qui est du permis de communiquer délivrée par l'autorité judiciaire quand l'avocat veut rencontrer son client détenu dans un établissement pénitentiaire.

Tout d'abord, mentionnons que le décret du 31 janvier 2022[1992] a souhaité faciliter les rencontres entre personne détenue et avocat en insérant l'article D. 32-1-2 au code de procédure pénale. Cet article dispose que « *la demande de permis de communiquer adressée au juge d'instruction par l'avocat désigné par la personne mise en examen détenue […] ou par l'avocat commis d'office […] peut indiquer les noms des associés et collaborateurs pour lesquels la délivrance du permis est également sollicitée. Le permis de communiquer est alors établi au nom de ces différents avocats, y compris ceux qui n'ont pas été désignés par la personne mise en examen ou qui n'ont pas été commis d'office* ». Ainsi, la personne détenue peut rencontrer un avocat qui n'est pas celui désigné au cours de la procédure d'instruction. Le Conseil constitutionnel s'est récemment prononcé[1993] sur la constitutionnalité de l'article 115 du code de procédure pénale. Le requérant a estimé que cet article permettait au juge d'instruction de refuser de délivrer un permis de communiquer aux associés et collaborateurs de l'avocat désigné. Le Conseil constitutionnel a estimé que ces dispositions ne méconnaissaient pas les droits de la défense car elles préservaient au contraire le libre choix de l'avocat. Puis, le Conseil a ajouté que si la personne privée de liberté voulait désigner un nouvel avocat pour assurer sa défense, elle disposait de différents moyens pour le faire. Un permis de communiquer pour ce nouvel avocat pourrait alors être demandé.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel est très pertinent en ce qui concerne le libre choix de l'avocat. En effet, la personne détenue a fait le choix d'un avocat et pourrait ne pas comprendre pourquoi le collaborateur ou l'associé de ce conseil se rende aux parloirs en détention. Ajoutons que la mention des avocats collaborateurs ou associés se fait lors de la demande de délivrance d'un permis de communiquer. Ceci signifie que la demande d'intégrer ces autres avocats sur le permis de communiquer provient de l'avocat lui-même. Cette demande n'est donc pas faite par la personne détenue, pourtant première intéressée pour ce qui est du choix de son conseil.

En outre, le secret de l'instruction fait obstacle à ce qu'un avocat puisse parler de l'affaire avec une personne mise en examen sans être désigné par cette dernière comme conseil dans l'affaire. De plus, les avocats collaborateurs ou associés n'étant pas désignés comme avocats de la personne mise en examen, ils ne peuvent avoir accès au dossier de l'instruction. Dès lors,

---

[1991] Rapport de visite de la Maison d'arrêt de Charleville-Mézières (Ardennes) du 28 juin au 2 juillet 2021, p. 65.
[1992] Décret n° 2022-95 31 janv. 2022 relatif au permis de communiquer délivré à l'avocat d'une personne détenue, *JORF* n°0026 1er fév. 2022, texte n° 23.
[1993] Cons. constit. 20 mai 2022, M. Mohamed D., n° 2022-994 QPC, *JORF* n°0118 21 mai 2022, texte n° 17, *D. actu*. 3 juin 2022, obs. M. DOMINATI.

la rencontre en détention avec la personne mise en examen ne représenterait qu'un intérêt limité car le conseil ne connaitrait pas le contenu de l'affaire. Il ne saurait pas davantage où en est l'information judiciaire. La solution du Conseil constitutionnel est donc bienvenue.

La facilité que nous proposons porte sur la délivrance de ce permis. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé qu'un permis de communiquer est « *quérable et non portable* »[1994]. Ceci signifie qu'il « *doit donc être délivré et non remis au conseil, à qui il appartient de faire diligence pour en prendre possession, sauf circonstance insurmontable* »[1995]. L'avocat doit donc se déplacer au tribunal pour obtenir en mains propres son permis de communiquer. Les délais peuvent parfois être restreints entre la délivrance d'un permis de communiquer et la réalisation d'un acte d'information – par exemple si la personne mise en examen décide de changer d'avocat peu de temps avant un interrogatoire devant le juge. Il pourrait être judicieux de faire parvenir le permis de communiquer à l'avocat de manière dématérialisée afin de lui faire gagner du temps.

Ces propositions ponctuelles ont pour but d'optimiser la préparation de la défense. L'optimisation de la préparation de la défense va influer les missions exercées par l'avocat qui vont aussi connaître une proposition d'optimisation.

553. Conclusion de la section 1 : Afin d'optimiser la préparation de la défense, plusieurs propositions ont été faites. Ainsi, pour assurer un accès total au dossier, les textes doivent impérativement le garantir même si cela implique d'écarter les motifs de sécurité publique et de nécessité de l'enquête. Si une telle garantie n'était pas envisageable, une saisine du juge – judiciaire comme administratif – reste envisageable pour faire valoir les droits de la personne privée de liberté. Enfin, une optimisation de la préparation de la défense implique un exercice renforcé des droits y étant attachés tel que le fait de bénéficier d'un délai suffisant pour préparer la défense. Pour finir, la libre et confidentielle communication entre une personne privée de liberté et son conseil doit être assurée. Les textes la garantissent mais des difficultés surviennent dans la pratique. Dès lors, il ne s'agit que de propositions ponctuelles se fondant sur l'expérience de certains lieux de privation de liberté.

[1994] Cass. Crim. 10 mars 2020, n° 19-87.757, §10, *D. actu*. 16 juin 2020, obs. C. FONTEIX.
[1995] C. GUÉRY, « Détention provisoire – Régime de détention et droits du détenu », *Rép. pénal Dalloz*, avr. 2019 actualisation : juill. 2022, § 371.

Section 2 : Un renforcement des missions de l'avocat

554. « *On peut discuter à l'infini des mérites de la suppression annoncée du juge d'instruction. Cela ne résout pas un autre problème, bien plus substantiel, qui tient cette fois à la qualité de la défense pénale* »[1996]. La qualité de la défense pénale est une inquiétude de la doctrine depuis de nombreuses années. Assurer la qualité de la défense pénale implique notamment un renforcement des missions de l'avocat.

Certaines procédures assurent d'ores et déjà une garantie et un respect des droits de la défense. Pour certaines de ces procédures, des propositions seront faites uniquement pour consolider les droits déjà garantis et respectés. Il ne s'agira alors que d'un renforcement « ponctuel » (1er paragraphe). En revanche, la procédure de garde à vue et certaines procédures relatives à la détention ne respectent pas l'entièreté des droits de la défense. Dès lors, pour celles-ci des propositions seront également faites. Ces propositions seront plus « affirmées » car elles vont modifier en profondeur la procédure étudiée (2nd paragraphe).

1er paragraphe : Un renforcement ponctuel des missions

555. Devant l'autorité judiciaire, l'avocat a la possibilité d'exercer librement ses missions. Toutefois, des améliorations peuvent être proposées notamment lors de la mise en œuvre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (A) et lors du recours de la visioconférence (B).

A. L'optimisation possible des missions lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

556. Deux propositions peuvent être faites en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. D'une part, il pourrait être envisagé de créer un pouvoir de présenter une contre-proposition (1) et d'autre part, le droit à un recours effectif pourrait être consolidé (2).

1) La possibilité bienvenue de présenter une contre-proposition

557. En matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la personne renonce à ses droits de ne pas s'auto-incriminer et de discuter l'accusation puisque la mise en œuvre de cette procédure de jugement implique la reconnaissance préalable de la commission des faits. Selon le cinquième alinéa de l'article 495-8 du code de procédure pénale, la personne est obligatoirement assistée d'un avocat tout au long de cette procédure de jugement.

Le prononcé de la peine se fait en différents temps. Tout d'abord, le procureur de la République propose une ou plusieurs peines à la personne[1997]. Cette dernière bénéficie d'un

---

[1996] F. DEFFERARD, « Pour un service public de la défense pénale », *D.* 2009, p. 1213
[1997] Art. 495-8, al. 1er CPP.

temps de réflexion avec son avocat et décide si elle accepte ou non cette proposition. Le choix qui s'offre à elle est dès lors binaire : elle peut soit accepter, soit refuser la peine proposée[1998]. « *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a été avant tout conçue comme une simple proposition de peine, devant être acceptée et non discutée* »[1999]. Si la personne accepte la peine proposée, elle est ensuite entendue avec son avocat devant le président du tribunal judiciaire, ou d'un juge délégué, afin que ce dernier décide d'homologuer la peine proposée par le ministère public. Cependant, si la personne refuse la peine proposée, cela signifie que le procureur de la République la renvoie devant une audience du tribunal correctionnel ou requiert l'ouverture d'une information judiciaire. Or, un renvoi à une audience correctionnelle signifie d'une part, que l'affaire sera jugée ultérieurement – avec des délais parfois longs au vu de la surcharge de travail des juridictions de jugement – et d'autre part, que la personne ne se verra plus proposer de peine – la peine sera requise par le ministère public. Par ailleurs, les peines pouvant être prononcées peuvent être plus longues devant le tribunal correctionnel que lors de la mise en œuvre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. En effet, le quantum de la peine privative de liberté proposée dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être supérieur à trois ans, ni excéder la moitié de la peine encourue[2000]. Un tel plafond n'est pas prévu lors d'une audience correctionnelle, la personne peut donc se voir prononcer une peine d'emprisonnement délictuel au quantum plus important lors d'une audience correctionnelle[2001], en fonction de la peine encourue.

Au regard de ces éléments, un doute est émis quant au caractère libre du consentement de la personne. En effet, la crainte d'être condamné à une peine plus élevée lors de l'audience correctionnelle ultérieure peut contraindre la personne à accepter une peine qui ne lui convient pas. De plus, bien que le code de procédure pénale interdise, en son article 495-14, à la juridiction de jugement de ne pas fonder sa décision sur les déclarations faites ou les documents remis durant la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la juridiction peut avoir connaissance de l'échec de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. En effet, l'article 495-14 n'impose pas que le ministère public de l'audience correctionnelle soit différent de celui étant intervenu lors de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Dès lors, il est très probable que la juridiction de jugement sache déjà que la personne a reconnu les faits reprochés, ce qui n'assure pas le respect du principe de présomption d'innocence[2002]. Cette protection apportée par l'article 495-14 ne constituerait qu'une

---

[1998] Art. 495-8, al. 6 CPP : « *La personne […] est avisée par le procureur de la République qu'elle peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou si elle refuse la ou les peines proposées* ».

[1999] J.-B. PERRIER, « Procédure pénale », *D.* 2022, p. 1487.

[2000] Art. 495-8, al. 2 CPP.

[2001] A. TALEB-KARLSSON, « Refus d'homologation de CRPC par le juge : ne conteste pas qui veut », com. sous Cons. constit. 18 juin 2021, n° 2021-918 QPC, *AJ pénal* 2021, p. 428 : « *Le juge peut donc préférer un débat contradictoire lors d'une audience classique sans que, comme l'exige la loi, soient transmis les documents réalisés au cours de la CRPC. Dans ce cas, les peines encourues sont plus sévères que celles proposées en CRPC et l'avocat du prévenu peut d'ailleurs plaider en faveur du prononcé de peines moins sévères* ».

[2002] C. INGRAIN, P. MALLET, « Homologation d'une CRPC : la fin de l'ère du « juge-tampon » », com. sous Cass. Crim. 30 mars 2021, *AJ pénal* 2021, p. 317 : « *Quelle sera la force de la présomption d'innocence accordée par un tribunal correctionnel à un prévenu, d'une part si la presse se fait l'écho d'un refus d'homologation de*

« *protection de papier* »[2003]. Nous pouvons proposer, afin de renforcer cette protection, que l'article 495-14 ajoute que le membre du Parquet présent le jour de l'audience correctionnelle ne soit pas celui ayant proposé la peine lors de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cette proposition semble s'opposer au principe d'indivisibilité du Parquet selon lequel les membres du Parquet forment un ensemble indivisible. En réalité, elle se fonde sur l'interchangeabilité du Parquet. « *En conséquence, le principe d'interchangeabilité autorise que les membres du parquet puissent se succéder et se substituer aux différentes étapes du traitement de la même affaire, depuis la mise en mouvement de l'action publique jusqu'à l'exercice des voies de recours* »[2004]. Un nouveau membre du Parquet peut donc prendre des réquisitions le jour de l'audience correctionnelle.

558. Par ailleurs, l'assistance de l'avocat durant cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se limite à assister la personne devant le procureur de la République et le juge du siège devant homologuer la peine. De plus, il peut la conseiller lors de leur entretien confidentiel. Présenter une contre-proposition donnerait un rôle plus actif à l'avocat lors de cette procédure[2005]. Cette contre-proposition pourrait être réfléchie durant l'entretien entre la personne et son conseil. Ce dernier, si la personne décide de refuser la peine proposée par le procureur de la République, pourrait ensuite la présenter au procureur de la République. L'avocat est un auxiliaire de justice, il est donc à même de proposer des peines adaptées.

La Chambre criminelle a récemment souligné qu'aux termes « *de l'article 495-12 du code de procédure pénale, interprété à la lumière des travaux parlementaires relatifs aux lois n° 2004-204 du 9 mars 2004 et n° 2018-898 du 23 octobre 2018, [une] nouvelle proposition de peine ne saurait autoriser, après un refus d'homologation, la mise en œuvre d'une autre comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* »[2006]. Une contre-proposition permettrait ainsi d'éviter un échec de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui, une fois une ordonnance de refus d'homologation rendue, ne pourrait plus être mise en œuvre.

En outre, cette contre-proposition restaurerait le principe du contradictoire lors de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité puisqu'une vraie discussion sur la peine aurait lieu entre le ministère public et l'avocat. De plus, celui-ci aurait un rôle plus important dans cette procédure. Enfin, cela éviterait de renvoyer systématiquement devant une juridiction de jugement en cas de refus par la personne d'une peine proposée par le procureur de la République.

Le droit au recours pourrait être davantage consolidé dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

CRPC en raison de la gravité des faits qui lui sont reprochés, et d'autre part si la personne morale dont il était le dirigeant a conclu une convention judiciaire d'intérêt public qui a été homologuée ? ».

[2003] R. PARIZOT, « Pas de recours contre l'ordonnance de refus d'homologation en matière de CRPC », *RSC* 2021, p. 659 com. sous Crim. 30 mars 2021, n° 20-86.358, *AJ pénal* 2021, p. 317, obs. C. INGRAIN.

[2004] C. MIANSONI, « L'indivisibilité du Parquet aujourd'hui », *Les Cahiers de la justice n° 4*, 2013, p. 110.

[2005] Dans un entretien au Monde du 28 janvier 2004, Robert BADINTER avait qualifié l'avocat de « *suppliant* » lors de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

[2006] Cass. Crim. 17 mai 2022, n° 21-86.131, § 6 : *D.* 2022, p. 995 ; *D. actu.* 8 juin 2022, obs. M. SLIMANI.

2) La consolidation du droit au recours

559. Une fois que la personne a accepté la ou les peines proposées par le procureur de la République, elle doit comparaitre devant le président du tribunal judiciaire, ou son délégué, en présence de son avocat, afin que la peine proposée soit homologuée. La peine ne peut en effet être prononcée par un représentant du Parquet, un juge du siège doit donc intervenir.

Bien qu'il soit établi que l'ordonnance par laquelle le juge décide d'homologuer la peine peut être frappée d'appel par l'intéressé et par le procureur de la République à titre incident[2007], aucun recours n'est prévu en cas de refus d'homologation par le juge.

En outre, l'ordonnance portant homologation de la peine proposée par le procureur de la République « *est motivée par les constatations, d'une part, que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République, d'autre part, que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* »[2008]. Or, une telle motivation n'est pas exigée explicitement par les textes pour l'ordonnance de refus d'homologation. Le texte ne fait qu'énumérer les critères qui doivent être retenus par le président du tribunal judiciaire s'il décide de ne pas homologuer la peine proposée, à savoir : « *s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire ou lorsque les déclarations de la victime entendue en application de l'article 495-13 apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur* »[2009]. Ce défaut de garantie de motivation est regrettable car, à notre sens, l'ordonnance de refus d'homologation doit faire l'objet d'une plus grande motivation encore que l'ordonnance portant homologation de la peine proposée. En effet, à l'issue de la procédure, la personne a reconnu les faits et a accepté la ou les peines proposées par le procureur de la République. Si le président du tribunal refuse d'homologuer cette peine, il devrait rendre une ordonnance particulièrement motivée afin d'expliquer à la personne – et au procureur de la République – en quoi la peine proposée n'est pas adaptée.

560. À ce défaut de garantie de motivation par les textes, s'ajoute une autre lacune, l'absence de droit au recours. Le 30 mars 2021, la Chambre criminelle a estimé qu'un juge refusant d'homologuer une peine proposée par le procureur de la République dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne commettait aucun excès de pouvoir car ce refus relevait de son plein office de juge du fond. La Chambre criminelle n'estime donc pas que le président du tribunal judiciaire outrepasse ses pouvoirs en rendant une ordonnance de refus. Nous adhérons à ce raisonnement : le président du tribunal judiciaire est un juge du siège, parfaitement capable d'estimer si une peine est ou non adaptée. En l'espèce, l'ordonnance de refus renvoyait la personne devant le tribunal correctionnel avec les deux autres mis en cause qui avaient refusé la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Le tribunal correctionnel pourrait alors « *statuer en cohérence sur le rôle de chacun*

[2007] Art. 495-11, al. 3 CPP.
[2008] Art. 495-11, al. 1er CPP.
[2009] Art. 495-11-1 CPP.

des trois mis en examen »[2010]. Madame le Professeur Raphaële PARIZOT a souligné qu'« *il s'agirait d'abord d'éviter le recours à la CRPC dans l'hypothèse où, plusieurs personnes étant mises en cause dans une affaire, elles ne reconnaissent pas toutes les faits reprochés. Il s'agirait ensuite d'éviter la CRPC pour des affaires complexes impliquant notamment personnes morales (éventuellement concernées par une CJIP) et personnes physiques. Autrement dit, il nous semble opportun de rappeler que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité doit être limitée aux affaires simples* »[2011]. Au vu de l'absence de recours effectif en cas d'ordonnance de refus, il est en effet primordial que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité reste une procédure particulière de jugement réservée aux affaires les plus simples.

Sur cette absence de garantie de droit au recours, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer dans une décision du 18 juin 2021[2012]. Selon le Conseil, les dispositions ne méconnaissent pas le droit au recours effectif car la personne ne dispose pas d'un droit à être jugé dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – puisqu'il s'agit d'un choix procédural pris par le procureur de la République. Par ailleurs, la personne ne dispose pas davantage d'un droit à l'homologation par le président du tribunal judiciaire. Ainsi, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité étant une procédure particulière de jugement, il n'est pas nécessaire de prévoir un recours en cas de refus d'homologation par le président de la juridiction. Ceci signifie que le Conseil constitutionnel *« ne reconnaît pas de valeur constitutionnelle au principe du double degré de juridiction* »[2013].

Au regard de ces éléments, « *la CRPC semble inverser la logique du recours. En effet, par principe, un appel est formé en cas de désaccord avec la décision prononcée. Or, le législateur, dans le cadre de cette nouvelle procédure, n'a ouvert l'appel que si les deux parties principales au procès sont d'accord et que la décision du juge du siège vient entériner cet accord* »[2014]. Un appel serait au contraire bienvenu car au-delà de l'atteinte au droit au recours effectif, un appel permettrait de ne pas renvoyer l'affaire à une date ultérieure à une audience du tribunal correctionnel. Ceci allégerait la charge de travail du tribunal correctionnel et assurerait une procédure plus rapide.

En outre, l'hypothèse selon laquelle le président du tribunal judiciaire refuse d'homologuer une peine non adaptée a été évoquée. Il est possible de mentionner une autre hypothèse selon laquelle le président du tribunal refuse d'homologuer une peine illégale – peine non prévue par les textes, quantum de peine privative de liberté supérieur à celui prévu par les textes… Cela signifie que le procureur de la République a proposé une peine illégale et que l'avocat n'a pas remarqué ce caractère illégal. Cette erreur est alors préjudiciable à la personne faisant l'objet d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. L'intérêt du recours permettrait

---

[2010] Cass. Crim., 30 mars 2021, 20-86.358 P, § 6.
[2011] R. PARIZOT, « Pas de recours contre l'ordonnance de refus d'homologation en matière de CRPC », *RSC* 2021, p. 659.
[2012] Cons. constit., 18 juin 2021, M. Emmanuel R., n° 2021-918 QPC, *JORF* n°0141 19 juin 2021, texte n° 60, *D.* 2021, p. 1193 ; A. TALEB-KARLSSON, « Refus d'homologation de CRPC par le juge : ne conteste pas qui veut », *AJ pénal* 2021, p. 428.
[2013] A. TALEB-KARLSSON, « Refus d'homologation de CRPC par le juge : ne conteste pas qui veut », com. sous Cons. constit. 18 juin 2021, n° 2021-918 QPC, *AJ pénal* 2021, p. 428.
[2014] F. DESPREZ, « L'ordonnance de refus d'homologation dans le cadre de la CRPC », *D.* 2007, p. 2043.

donc de proposer à nouveau une peine légale à la personne sans la priver du bénéfice de cette procédure spéciale de jugement.

Enfin, la possibilité d'exercer un recours après une ordonnance de refus pousserait sans doute le président du tribunal à veiller plus scrupuleusement à la motivation de son ordonnance.

Un encadrement plus strict du recours à la visioconférence serait également bienvenu.

B. Le renforcement de l'assistance lors du recours à la visioconférence

561. Le recours à la visioconférence est prévu à l'article 706-71 du code de procédure pénale. Les troisième et quatrième alinéas de cet article prévoient que le recours à ce moyen de télécommunication audiovisuelle est possible pour la comparution du prévenu si celui-ci est détenu. Une telle comparution est néanmoins soumise à l'accord du procureur de la République et de l'ensemble des parties – dont le prévenu lui-même. Le troisième alinéa prévoit que le recours à la visioconférence est possible lors d'une comparution devant le tribunal correctionnel tandis que le quatrième alinéa prévoit un recours à ce moyen de communication lors de différents débats en matière pré-sentencielle et sentencielle, notamment en matière de détention provisoire. Lors d'un débat en matière de détention provisoire[2015], la personne détenue a la possibilité de refuser l'utilisation de ce moyen de télécommunication audiovisuelle « *sauf si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion* ». Ainsi, la personne détenue peut refuser le recours à la visioconférence, à moins qu'il n'y ait des risques « graves » de trouble à l'ordre public ou d'évasion. L'emploi de ce qualificatif « grave » démontre qu'il ne s'agit pas d'une simple éventualité mais bien d'un risque réel qu'il faut éviter.

Le recours à la visioconférence n'est pas l'apanage de la matière pénale car un tel recours est prévu en droit des étrangers notamment pour éviter le transport des étrangers entre le centre de rétention administrative et la juridiction[2016]. Le Conseil constitutionnel, dans une décision de 2003, n'a pas considéré que le recours au moyen de télécommunication était contraire au caractère public des débats, au respect des droits de la défense et au droit à un principe équitable dans la mesure où « *le déroulement des audiences au moyen de techniques de télécommunication audiovisuelle est subordonné au consentement de l'étranger, à la confidentialité de la transmission et au déroulement de la procédure dans chacune des deux salles d'audience ouvertes au public* »[2017]. Le consentement de l'intéressé, qu'il s'agisse d'une personne détenue ou d'une personne étrangère, est très important car il constitue l'un des obstacles au recours d'une visioconférence et assure ainsi la comparution personnelle du justiciable devant son juge.

562. La Cour européenne des droits de l'Homme a été saisie de la question de la compatibilité entre le recours à ce moyen de télécommunication et les droits protégés à l'article

---

[2015] Qu'il s'agisse du placement ou du maintien en détention provisoire ou d'un refus d'une demande de mise en liberté porté devant la chambre de l'instruction.

[2016] La visioconférence est possible lors du débat relatif à la rétention administrative (Art. L. 743-8 CESEDA) ou celui relatif au maintien en zone d'attente (Art. L. 342-7 CESEDA).

[2017] Cons. constit., 20 nov. 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité, n° 2003-484 DC, *JORF* n°274 27. nov. 2003, texte n° 2 : *AJDA* 2004, p. 599, note O. LECUQ ; *D.* 2004, p. 1405, note O. LECUQ ; *ibid.* p. 1278, obs. L. DOMINGO ; *RTD civ.* 2004, p. 65, obs. J. HAUSER.

6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dès 2006, elle a estimé que « *la participation de l'accusé aux débats par visioconférence n'est pas, en soi, contraire à la Convention* »[2018]. « *La Cour de Strasbourg vérifie concrètement, dans les cas qui lui sont soumis, si l'usage de la visioconférence a constitué une atteinte aux droits de la défense proportionnée au but légitime poursuivi - souvent, le souci de célérité* »[2019] tout en s'assurant que le justiciable a été « *en mesure de suivre la procédure et d'être entendu sans obstacles techniques et de communiquer de manière effective et confidentielle avec son avocat* »[2020].

Le recours à la visioconférence prévu à l'article 706-71 du code de procédure pénale est donc bien encadré par la loi puisque les débats ou les audiences au cours desquels ce moyen de communication peut être utilisé sont précisés. De plus, il est admis qu'en matière de détention provisoire, la personne détenue a la faculté de refuser le recours à la visioconférence. De ce fait, elle pourra comparaitre devant le juge. Par ailleurs, le recours à la visioconférence respecte les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme car il est toujours permis à la personne détenue de s'entretenir préalablement avec son avocat. En effet, si ce dernier se trouve auprès de son client, l'entretien est tout à fait possible avant l'audience et si l'avocat se trouve auprès du juge, l'entretien avec son client par le moyen de télécommunication est assuré.

563. Cependant, dès 2011, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a « *invité à la prudence* »[2021] en constatant que « *la visioconférence [constituait] un affaiblissement des droits de la défense en ce qu'elle met fin à la présence physique du comparant qui est aussi un moyen d'expression (d'autant plus que bon nombre de prévenus ont de grandes difficultés à s'exprimer oralement)* »[2022]. Malgré le caractère pratique de la visioconférence, celle-ci porte atteinte aux droits de la défense notamment au regard du droit de comparaitre devant ses juges. Ajoutons que la visioconférence ne permet pas toujours à la personne privée de liberté de s'exprimer facilement, ce qui constitue une atteinte au droit de discuter l'accusation.

La doctrine a également recommandé que le recours à la visioconférence ne soit que sporadique : « *dans la mesure où il y a une équivalence juridique entre la comparution corps présent et la comparution à distance par le truchement de la visioconférence, le respect des droits de la défense apparaît comme capital. […] Dans ce paradigme, le recours à la visioconférence doit par principe rester facultatif et être utilisé au cas par cas et avec précaution* »[2023].

564. De plus, une difficulté est survenue lors de la crise sanitaire due à la propagation du coronavirus. En effet l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 disposait que *« par dérogation à l'article 706-71 du code de procédure pénale, il peut être recouru à un moyen de*

[2018] CEDH, 5 oct. 2006, VIOLA c/ Italie, n° 45106/04, § 67, *JCP* 2007 I, p.106, obs. F. SUDRE.
[2019] B. FIORINI, « Visioconférence et détention provisoire : quand l'urgence justifie la distance », com. sous Cass. Crim. 22 juill. 2020, AJ pénal 2020, p. 482.
[2020] CEDH 2 nov. 2010, SAKHNOVSKI c/ Russie, n° 21272/03, § 98 *D. actu*., 12 nov. 2010, obs. M. LÉNA.
[2021] W. AZOULAY, « Audiences 2.0 et visioconférence : l'extension d'une option se poursuit », *D. actu*. 22 mars 2018.
[2022] Avis du CGLPL relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, 14 oct. 2011, *JORF* 9 nov. 2011, texte n°65.
[2023] L. BELFANTI, « La visioconférence en matière pénale : entre utilité et controverses », *AJ pénal* 2014, p. 165.

télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, autres que les juridictions criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties »[2024]. Monsieur le Professeur Édouard VERNY a constaté très justement que : « *Certes, ces dispositions poursuivaient ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuaient à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice. Toutefois, eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale et en l'absence d'encadrement légal sur les conditions et la mise en œuvre de ce procédé, elles portaient une atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid- 19* »[2025].

Le constat selon lequel la visioconférence peut porter atteinte aux droits de la défense a été confirmé lors de l'état d'urgence sanitaire : « *les praticiens ayant expérimenté le système de visioconférence savent à quel point la justice distanciée diffère d'une justice marquée par l'unité de temps et de lieu. Ils savent combien le sacrifice de la proximité peut modifier la perception de ce qui se joue et de ce qui se dit à l'audience, et combien ce changement peut compromettre la réalisation concrète des garanties associées au procès équitable* »[2026].

Ainsi, lors de l'état d'urgence sanitaire, le pouvoir exécutif n'a pas hésité à écarter les droits de la défense au profit de la protection de la sécurité et de la salubrité publiques. Nous ne remettons pas en cause l'intérêt de réduire les mouvements de population afin de réduire la propagation du virus de covid-19. Cependant, force est de constater que l'absence de comparution physique devant le juge porte préjudice à la personne détenue. Or, par l'ordonnance du 25 mars 2020, la visioconférence était devenue automatique et ce, sans que le consentement de la personne détenue ait été recherché.

565. Par conséquent, la rédaction de l'article 706-71 du code de procédure pénale est satisfaisante en ce qu'elle veille à conserver l'équilibre entre bonne administration de la justice et respect des droits de la défense – notamment en recherchant le consentement de l'intéressé. En revanche, l'ordonnance de 2020 n'a pas veillé à conserver cet équilibre. La sécurité publique a primé sur le respect des droits de la défense, comme très souvent. Si un nouvel état d'urgence sanitaire était ordonné, cela ne devrait pas constituer un « prétexte » à écarter à nouveau le respect des droits de la défense. Il faudrait alors que la comparution de l'avocat auprès de l'autorité judiciaire soit systématique. L'avocat de la personne détenue n'interviendrait donc pas auprès de son client mais auprès de l'autorité judiciaire. Une communication serait, comme cela est déjà le cas, garantie entre la personne détenue et son avocat avant le début de l'audience. Au cours de l'audience, l'avocat serait auprès du magistrat afin de délivrer de vive voix sa plaidoirie. Ce moyen d'expression est préféré à une plaidoirie faite par le biais de la télécommunication.

Le renforcement des missions de l'avocat devra être plus important lors des procédures de garde à vue et de discipline en détention.

[2024] B. FIORINI, « Visioconférence et détention provisoire : quand l'urgence justifie la distance », com. sous Cass. Crim. 22 juill. 2010, *AJ pénal* 2020, p. 482.
[2025] É. VERNY, *Procédure pénale*, 8e éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2022, §33, p. 36.
[2026] B. FIORINI, « Visioconférence et détention provisoire : quand l'urgence justifie la distance », com. sous Cass. Crim. 22 juill. 2020, *AJ pénal* 2020, p. 482.

2nd paragraphe : Un renforcement affirmé des missions

566. Les missions de l'avocat doivent être renforcées de manière très importante lors de la mise en œuvre d'une garde à vue ou de procédures relatives à la détention. Des propositions vont ainsi porter sur une discussion en garde à vue (A) et sur le renforcement des recours exercés en détention (B).

A. La nécessité d'une discussion en garde à vue

567. La garde à vue s'effectue sous l'autorité d'une autorité judiciaire : le procureur de la République, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention. Lors de cette procédure, le rôle de l'avocat est très limité. Dès lors, nous proposons la création d'une discussion plus fréquente et plus enrichie avec l'autorité judiciaire afin d'assurer une défense plus efficace. La discussion pourrait ainsi porter sur la mesure de garde à vue en soi (1) ainsi que sur l'enquête qui est en train de se réaliser (2).

1) Une discussion sur la mesure

568. En l'état actuel du droit, le rôle de l'avocat est très limité lorsqu'il assiste son client en garde à vue, il « *a principalement un rôle de simple contrôleur de la mesure, non de chef d'orchestre* »[2027]. En effet, il ne peut qu'être présent lors de l'audition de son client, poser des questions en fin d'audition et adresser des observations qui seront versées à la procédure. De plus, les questions qu'il souhaite poser peuvent être refusées par l'agent ou l'officier de police judiciaire. Ainsi, « *l'avocat ne défend pas vraiment le gardé à vue puisqu'il n'assiste pas activement aux interrogatoires et n'a pas communication complète du dossier – ce serait souvent inutile lorsque le dossier est vide, et discutable lorsque la police doit avoir un temps d'avance* »[2028].

Dès 2011, la doctrine a recommandé que le rôle de l'avocat soit renforcé « *en réservant au conseil le rôle d'un véritable « défenseur », et surtout pour introduire le principe du contradictoire dans la phase des enquêtes policières. Car il faut bien convenir que seule l'application de ce principe peut assurer l'effectivité et l'efficacité de l'exercice des droits de la défense* »[2029]. Si nous émettons une réserve sur le fait que la « seule application » du principe du contradictoire assure l'effectivité des droits de la défense[2030], nous souscrivons à l'analyse selon laquelle ce principe doit être renforcé dans le cadre de la garde à vue. L'efficacité de l'exercice des droits de la défense peut en effet être assurée par le respect du principe du

---

[2027] C. AMBROISE- CASTÉROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, 3ème éd., Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2020, n°348, p. 265.
[2028] C. RIBEYRE, « L'avocat et la phase préparatoire du procès pénal », *Dr. pénal* n° 5, Mai 2021, dossier 11, §16, p. 29.
[2029] H. MATSOPOULOU, « Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *D.* 2011, p. 3034.
[2030] L'effectivité de la défense ne peut être atteinte à notre sens qu'avec la garantie et le respect de chaque droit composant les droits de la défense.

contradictoire car la personne est ainsi assurée de connaitre tous les arguments de la partie adverse et est assurée de pouvoir présenter les siens.

Un renforcement des missions de l'avocat, grâce au respect du principe du contradictoire, quand ce dernier intervient en garde à vue, permettrait de respecter davantage les exigences de la directive du 22 octobre 2013. Ce texte recommande en effet que les personnes poursuivies « *aient droit à la présence de leur avocat et à la participation effective de celui-ci à leur interrogatoire* »[2031]. Une telle participation effective peut être obtenue avec une application du principe du contradictoire.

Par exemple, l'avocat pourrait discuter de la légalité et de l'opportunité de la mesure de garde à vue avec le procureur de la République – même par visioconférence. Ceci n'est pas prévu par la loi actuellement puisque les observations faites par l'avocat au cours de mesure peuvent être adressées au procureur de la République. Le texte emploie bien le verbe « pouvoir »[2032], ce qui signifie que ses observations ne sont pas systématiquement adressées au Parquet mais peuvent être simplement jointes à la procédure. En outre, rien ne prévoit que le procureur de la République y réponde. De ce fait, instaurer un temps de débat entre le procureur de la République et l'avocat sur la légalité ou l'opportunité de la mesure pourrait être intéressant. Au cours de cette discussion, l'avocat pourrait demander la mise en liberté de son client si la mesure était illégale ou inopportune.

Ce temps de discussion assurerait à la personne gardée à vue une défense plus efficace car son défenseur pourrait discuter directement avec l'autorité judiciaire en charge de la mesure. De plus, le régime de la garde à vue étant appliqué à d'autres mesures privatives de liberté, cette nouvelle discussion serait également appliquée dans ces autres procédures. Le code des douanes opère d'ores et déjà un renvoi aux articles 63-2 à 63-4-4 du code de procédure pénale[2033]. Un renvoi aux dispositions du code de procédure pénale sur une éventuelle discussion avec le procureur de la République sur la légalité et l'opportunité de la mesure est donc envisageable.

569. La discussion portant sur la légalité de la mesure et son opportunité peut également s'appliquer dans le cadre de retenues exécutées dans les services de police ou de gendarmerie, même si ces retenues s'effectuent sur un délai très court. Tel est ainsi le cas des retenues pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire[2034] ou de la retenue en cas de non-respect des obligations prononcées dans le cadre d'une condamnation[2035]. Lors de ces retenues, l'autorité judiciaire chargée de contrôler la mesure est le procureur de la République ou le juge de l'application des peines. Une discussion avec ces derniers sur la légalité ou l'opportunité de la mesure serait bienvenue. L'avocat pourrait ainsi chercher puis transmettre des justificatifs démontrant que la personne privée de liberté a bien respecté les obligations ou interdictions qui lui étaient imposées. De la même manière, lors de la retenue d'une personne

---

[2031] Art. 3, § 3, Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).

[2032] Art. 63-4-3, al. 3 CPP : « *L'avocat **peut** adresser ses observations, ou copie de celles-ci, au procureur de la République pendant la durée de la garde à vue* ».

[2033] Renvoi prévu à l'article 323-5 du code des douanes.

[2034] Art. 141-4, 3° CPP.

[2035] Art. 709-1-1, 3° CPP.

étrangère pour vérification de son droit de circulation[2036], l'avocat – dont le rôle est encore plus restreint qu'en garde à vue car il ne peut même pas poser de questions lors de l'audition de son client – pourrait avoir ce même temps de discussion avec le procureur de la République. Il pourrait ainsi fournir à l'autorité judiciaire le justificatif attestant du droit de son client de circuler sur le territoire français – titre de séjour ou récépissé de demande de titre de séjour – si ce dernier ne l'avait pas sur lui au moment du contrôle effectué par les services de police.

Ces retenues s'effectuent sur un délai très court de vingt-quatre heures mais l'avocat devrait pouvoir discuter avec l'autorité judiciaire prévenue de la mesure. En effet, le délai restreint n'est pas un obstacle à l'application du principe du contradictoire. Le fait que l'avocat intervienne sans pouvoir poser des questions directement à l'autorité judiciaire, parfois sans pouvoir poser de questions aux services de police, remet en cause son utilité. Cette discussion sur la légalité et l'opportunité de la mesure est donc un moyen de rendre la défense des personnes privées de liberté plus efficace.

L'on pourrait également imaginer que la discussion porterait sur l'enquête en cours.

2) Une discussion sur l'enquête

570. La garde à vue est une mesure décidée au stade de l'enquête ou de l'information judiciaire lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction. Ceci signifie que des actes d'enquête sont en cours. Or, si devant le juge d'instruction l'avocat peut demander que des actes d'enquête soient réalisés, une telle prérogative n'est pas possible lors d'une garde à vue. Il faudrait donc, selon les propos du Professeur PRADEL « *aller plus loin* »[2037]. En effet, « *l'avocat se contente pour l'heure d'accompagner et de conseiller son client mais ne peut influer sur la direction de l'enquête, à la différence de l'instruction* »[2038]. Dès lors, il serait intéressant pour l'avocat de pouvoir demander la réalisation de certains actes d'enquête. Cette demande pourrait être faite auprès du procureur de la République ou du juge d'instruction. Bien entendu, il ne sera pas demandé que la demande d'acte et la réalisation de l'acte soient effectuées durant le temps de la garde à vue car ce temps peut être très court – quarante-huit heures au plus en dehors des dérogations. L'avocat pourrait présenter la demande d'acte durant la garde à vue de son client puis, serait tenu informé de la réponse de l'autorité judiciaire. Si l'acte est réalisé, il lui sera transmis à son cabinet. L'avocat endossera ainsi davantage son rôle de « défenseur » proche de celui qu'il tient lors d'une information judiciaire.

De cette manière, le principe du contradictoire sera consolidé et le droit de discuter l'accusation sera aussi renforcé. En effet, la réalisation des actes d'enquête peut permettre de

---

[2036] Art. L. 813-1 et s. CESEDA.

[2037] J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375 : « *[...] Peut-on aller au-delà en développant encore les droits de la défense ? Pour ce qui est de l'instruction préparatoire, c'est quasiment impossible puisque ces droits ont pratiquement atteint leur maximalité depuis la loi du 31 déc. 1996. Mais pour ce qui concerne l'enquête, on pourrait soit en rester là compte tenu des difficultés rencontrées en 1993 pour assurer un équilibre entre défense et société, soit aller plus loin* ».

[2038] C. RIBEYRE, « L'avocat et la phase préparatoire du procès pénal », *Dr. pénal* n° 5, Mai 2021, dossier 11, §17, p. 29.

remettre en cause l'accusation portée à l'encontre de la personne privée de liberté[2039]. En outre, le fait que l'avocat obtienne un rôle plus important en garde à vue assure un respect plus homogène du principe de présomption d'innocence. Ce principe est, en effet, hautement protégé dans le cadre d'une instruction car l'avocat intervient et occupe un rôle actif. Or, dans le cadre d'une garde à vue, son rôle est bien moins important alors que son client est censé bénéficier tout autant de la protection du principe de présomption d'innocence.

Une difficulté apparait toutefois en cas d'intervention différée de l'avocat. Bien entendu, si l'intervention de l'avocat est différée[2040], ce dernier se trouve dans l'impossibilité de rencontrer son client et de prendre connaissance du dossier. En dehors de ce cas particulier, l'avocat pourrait présenter les demandes d'actes d'enquête qui lui paraissent pertinentes. L'article 3 de la directive du 22 octobre 2013 liste les circonstances exceptionnelles pouvant justifier une dérogation à l'application des droits de la défense. D'une part, le texte précise que cette dérogation ne peut être que « temporaire »[2041]. D'autre part, ces circonstances sont très précises et peu nombreuses : il ne peut s'agir que d'une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne et d'un besoin impérieux pour les autorités d'agir immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale. La demande d'actes ne constitue pas un obstacle à ces deux circonstances. En effet, la demande d'actes présentée par l'avocat ne constitue pas un empêchement à la prévention d'une atteinte grave à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté d'une personne. Enfin, une telle demande ne compromet pas sérieusement la procédure pénale, elle la sert au contraire.

571. Pour finir, le code de procédure pénale permet à l'avocat de poser des questions à l'issue de chaque audition ou confrontation à laquelle il assiste[2042]. Toutefois, ces questions ne sont posées qu'à l'issue de l'acte et peuvent être refusées par les enquêteurs. Si une comparaison est faite avec les règles applicables lors d'une instruction, il faut se référer à l'article 120 du code de procédure pénale qui dispose que l'avocat peut poser des questions lors d'un interrogatoire, d'une confrontation ou d'une audition ou présenter de brèves observations. Tout d'abord, cet article 120 n'impose pas que ces questions interviennent à l'issue de l'acte, elles peuvent ainsi intervenir tout au long de celui-ci. Il est donc préférable que l'avocat puisse poser des questions tout au long de l'audition ou de la confrontation lors de l'enquête. Ses questions seront alors posées au moment opportun. De plus, concernant le refus éventuel des

---

[2039] L'accès à l'entier dossier de la procédure est donc primordial car en ayant connaissance de l'entier dossier l'avocat saura quels sont les actes qu'il pourrait demander : audition de témoins, garde à vue d'éventuels coauteurs, etc.

[2040] Concernant l'intervention différée de l'avocat, il conviendra d'y revenir aux paragraphes n° § 602 et s.

[2041] Art. 3, § 6 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013) : *« Dans des circonstances exceptionnelles et au cours de la phase préalable au procès pénal uniquement, les États membres peuvent déroger temporairement à l'application des droits prévus au paragraphe 3 dans la mesure où cela est justifié, compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, sur la base d'un des motifs impérieux suivants: a) lorsqu'il existe une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne; b) lorsqu'il est impératif que les autorités qui procèdent à l'enquête agissent immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale* ».

[2042] Art. 63-4-3, al. 2 CPP.

questions de l'avocat, lors de l'enquête, les officiers ou agents de police judiciaire peuvent s'opposer aux questions « *si celles-ci sont de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête* »[2043]. Lors de l'instruction, ce motif de refus est également prévu par la loi et un autre est également prévu à savoir si la question nuit à la dignité de la personne[2044]. Tant les dispositions relatives à l'instruction qu'à l'enquête devraient abandonner ces motifs de refus. Il est en effet difficilement concevable d'imaginer en quoi les questions de l'avocat nuiraient davantage au bon déroulement de l'enquête ou de l'information ou à la dignité humaine que celles posées par les autorités en charge de l'enquête. De cette manière, l'avocat revêtirait un véritable rôle de défenseur en garde à vue et pourrait participer plus activement à l'enquête. « *Je pense qu'il existe désormais une conviction majoritaire pour considérer que l'enquête initiale, et ses acteurs, doivent s'orienter vers un meilleur contrôle de son déroulement et des actes qui la composent. Reste que l'objectif n'est pas en soi de rendre l'enquête contradictoire par une irruption généralisée et irraisonnée des droits de la défense. L'objectif est de garantir que cette phase d'enquête se déroule dans des conditions de dignité, de loyauté, de respect de la vie privée…qui garantisse globalement et finalement un « procès équitable ». Les droits de la défense en sont évidemment un moyen, et un moyen fondamental […]* »[2045].

Par ces deux aspects du renforcement du principe du contradictoire, les missions de l'avocat sont ainsi optimisées. Elles peuvent l'être encore davantage avec le renforcement du droit au recours effectif en détention.

B. Un droit au recours effectif en détention

572. Deux procédures méritent d'être renforcées en détention. La première est la procédure disciplinaire en détention (1) tandis que la seconde porte sur les conditions indignes en détention (2).

1) La modification indispensable du recours contestant les décisions disciplinaires

573. « *Un développement indéniable du droit en prison ces vingt dernières années. À mes débuts en 1997, la procédure disciplinaire venait d'être refondée et quelques années plus tard, le principe du contradictoire a été imposé. Avec lui, la présence des avocats jusque dans certains sous-sols de commissions de discipline. Un droit au recours a également été installé, juridiquement critiquable par l'absence d'effet suspensif et par le double niveau de recours (gracieux avant contentieux), néanmoins l'exercice du pouvoir disciplinaire en a été bouleversé* »[2046]. Pour contester une décision rendue par la commission de discipline, l'avocat de la personne détenue doit d'abord exercer un recours gracieux avant de pouvoir se tourner vers le juge administratif. Au vu du temps que cela prend, il est plus que préconisé d'exercer dans le

[2043] Art. 63-4-3, al. 2 CPP.
[2044] Art. 120, al. 2 CPP.
[2045] J. BEAUME, J. DANET, « Les droits de la défense et les évolutions à venir de l'enquête », *Archives de politique criminelle – Droits de la défense n°37*, Paris, éditions PEDONE, 2015, p. 114.
[2046] P. BOURDARET, « Droit en prison, droit d'exception ? », *Après-demain* n°45, éd. Fondation SELIGMANN, 2018, p. 13.

même temps un recours d'urgence, tel que le référé-liberté, afin de suspendre les effets de la décision de la commission de discipline.

Le « *contrôle de la légalité externe et interne de décisions concernant le détenu et faisant grief* »[2047] n'intervient donc que tardivement car il dépend d'un recours gracieux préalable auprès du directeur interrégional des services pénitentiaires qui dispose d'un délai d'un mois pour répondre. De plus, la réponse du directeur interrégional des services pénitentiaires n'est pas obligatoire. En effet, il est prévu que le défaut de réponse vaut rejet[2048]. La décision est rendue par la commission de discipline qui n'est pas un tribunal indépendant et impartial et le recours est exercé devant le directeur interrégional des services pénitentiaires qui n'est pas davantage un tribunal indépendant et impartial. La Cour européenne des droits de l'Homme admet que le recours ne soit pas nécessairement porté devant une instance judiciaire tant que l'indépendance de cette instance est établie et que des garanties de procédure sont offertes au justiciable[2049]. Le directeur interrégional n'est pas une instance indépendante étant donné qu'il relève également de l'administration pénitentiaire.

574. Ainsi, nous proposons que le recours gracieux préalable à une saisine du juge administratif soit supprimé. Il serait substitué à ce recours gracieux un recours administratif préalable obligatoire. Ce type de recours existe notamment en droit de la fonction publique pour les militaires. En effet, la loi du 30 juin 2000[2050] relative au référé devant les juridictions administratives a créé, par son article 23, à titre expérimental ce recours administratif préalable obligatoire pour les militaires voulant contester « *les actes relatifs à leur situation personnelle* »[2051]. Ce recours administratif préalable s'est pérennisé. Encore aujourd'hui, les militaires peuvent former un recours auprès de « *la commission des recours des militaires, placée auprès du ministre de la défense* »[2052]. Les membres de cette commission sont un contrôleur général des armées, quatre officiers appartenant à l'armée de terre, à la marine nationale, à l'armée de l'air et de l'espace et à la gendarmerie nationale, le directeur des ressources humaines du ministère de la défense et un officier général représentant la force armée dont relève l'intéressé[2053]. Une commission équivalente pourrait être créée. Elle serait présidée par un officier de l'administration pénitentiaire et composée de surveillants pénitentiaires, de directeurs des services pénitentiaires – directeurs d'établissements comme directeurs interrégionaux –, des membres du service pénitentiaire de l'insertion et de la probation ainsi que des citoyens extérieurs à l'administration pénitentiaire. L'entité saisie ne serait donc pas un supérieur hiérarchique direct – elle serait donc plus impartiale – et elle comporterait en son sein un, ou plusieurs, membre de la société civile comme lors de la commission de discipline.

Cette commission serait notamment chargée de statuer sur toutes les décisions de commission de disciplines contestées. À l'instar de la commission des recours des militaires, elle pourrait faire droit à la demande de la personne détenue – ce qui éviterait la saisine du juge

---

[2047] P. PONCELA, « Rendre le droit accessible aux détenus », *RSC* 1998, p. 161.
[2048] Art. R. 234-43 C. pénit.
[2049] CEDH 26 mars 1987, LEANDER c/ Suède, n° 9248/81, § 77.
[2050] Loi n°2000-597 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JORF* n°151 1er juill. 2000, texte n° 3.
[2051] Art. 23 Loi n°2000-597 30 juin 2000.
[2052] Art. R. 4125-1 C. déf.
[2053] Art. R. 4125-5 C. déf.

administratif – ou confirmer, en le justifiant, la décision rendue par la commission de discipline. « *La motivation de la décision rendue sur recours préalable a dès lors une vertu pédagogique en expliquant pourquoi la décision contestée a été prise* »[2054]. Au vu de sa composition, cette commission serait ainsi plus impartiale et assurerait un droit au recours plus effectif.

En outre, cette commission pourrait également statuer sur les contestations formées par les personnes détenues quant à leur placement au sein de quartiers instaurant des mesures de sécurité renforcée[2055], de quartiers de prise en charge de la radicalisation[2056] ou d'unité pour détenus violents[2057]. Ainsi, comme en droit belge[2058], une discussion pourrait être créée autour d'un tel placement et ce, auprès d'une commission plus impartiale. De plus, « *le recours préalable permet au service de rectifier lui-même les erreurs commises* »[2059].

Où siègerait cette commission ? Plusieurs hypothèses sont envisageables. Il pourrait s'agir d'une commission unique qui siègerait à Paris, auprès du ministère de la justice – à l'instar de la commission des recours des militaires. L'on pourrait également envisager qu'il n'y aurait pas une commission unique à Paris mais une commission par direction interrégionale. La commission siègerait alors dans les locaux de la direction interrégionale des services pénitentiaires.

Lorsque la personne détenue saisirait cette commission, elle pourrait être entendue avec son avocat. En effet, devant la commission des recours des militaires, « *la procédure d'instruction est écrite mais la commission peut entendre l'intéressé. Il ne s'agit que d'une faculté et le juge de l'excès de pouvoir n'a pas à apprécier son choix de ne pas convoquer l'intéressé* »[2060]. Cette audition pourrait également avoir lieu pour les personnes détenues qui souhaitent contester la décision de la commission de discipline. Pour éviter des déplacements complexes de personnes détenues, l'audition de la personne détenue pourrait se faire par le moyen de la visioconférence. L'avocat choisirait alors s'il reste auprès de son client ou s'il comparait devant la commission, comme cela est déjà le cas lorsqu'une visioconférence est organisée. Une comparution personnelle de la personne détenue serait l'idéal. Cependant, les déplacements des personnes détenues impliquent la mobilisation de personnel pénitentiaire. Or, une telle mobilisation ne serait pas envisageable au regard du manque de personnel dont souffre l'administration pénitentiaire. Le recours à la visioconférence ne permettrait donc pas la comparution personnelle de la personne détenue mais assurerait son audition.

Ce recours administratif préalable obligatoire se substituerait au recours hiérarchique existant. Dès lors, il n'aurait pas « *pour effet d'allonger le traitement des contestations* »[2061] qui est une critique émise quant aux contestations faites par les militaires.

[2054] M. KERNÉIS-CARDINET, « Recours administratifs préalables obligatoires et autres procédures de recours internes obligatoires », *JCP A* 2014, p. 2106, § 14.
[2055] Art. L. 224-1 et s. C. pénit.
[2056] Art. R. 224-19 C. pénit.
[2057] Art. R. 224-5 et s. C. pénit.
[2058] Au paragraphe § n° 488.
[2059] L. ERSTEIN, « Le recours préalable obligatoire, un signe de bonne administration ? », *JCP A* 2014, p .2017, § 7.
[2060] A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 1691, p. 945.
[2061] A. TAILLEFAIT, *op. cit.*, n° 1691, p. 944.

575. Cette proposition porte sur une contestation au fond mais des recours d'urgence peuvent également être exercés. Dans le cadre d'un référé liberté, le juge administratif doit se prononcer dans un délai de quarante-huit heures pour suspendre ou non la décision de la commission. Le placement en cellule disciplinaire peut parfois être court et être proche du délai de quarante-huit heures – dont est soustrait un éventuel placement préventif en cellule disciplinaire. Dès lors, l'exercice d'un tel recours perdrait son utilité si la personne détenue effectuait la plus grande partie de privation de liberté prévue. De plus, la Cour européenne des droits de l'Homme a critiqué le défaut d'effectivité de ce recours d'urgence à plusieurs reprises. Dans le célèbre arrêt *J.M.B. et autres contre France*[2062], la Cour énonce différents constats qui « *ruinent la capacité du référé-liberté à jouer un rôle pleinement protecteur contre les traitements inhumains et dégradants* »[2063]. En l'occurrence, ces constats portent surtout sur le pouvoir d'injonction très limité du juge, lors de l'exercice d'un référé-liberté, qui ne permet pas d'éviter les conditions indignes de détention. La Cour remet donc en cause l'effectivité de ce recours dans cet arrêt. Par ailleurs, dans l'arrêt *GEBREMEDHIN contre France*[2064], la Cour soulève une autre difficulté : « *La Cour constate cependant que la saisine du juge des référés n'a pas d'effet suspensif de plein droit, de sorte que l'intéressé peut, en toute légalité, être réacheminé avant que le juge ait statué […]* »[2065]. Ce raisonnement s'applique à la procédure disciplinaire. En effet, l'exercice d'un référé-liberté n'a pas d'effet suspensif de sorte que la sanction disciplinaire peut commencer à être exécutée avant que le juge des référés ne rende sa décision.

Peut-être faudrait-il envisager d'exercer un référé-suspension devant le juge administratif afin de suspendre les effets de la décision de la commission de discipline. Toutefois, contrairement au référé-liberté, le juge n'est pas tenu de se prononcer dans un très court délai. Or, pour les fautes disciplinaires les plus graves – les fautes de premier degré – la mise en cellule disciplinaire ne peut excéder vingt jours – trente jours selon circonstances particulières[2066]. Pour que ce référé soit effectif, il faudrait que le juge se prononce dans un très court délai, ce qui n'est pas le cas.

Si une analogie devait être faite, il faudrait observer les règles applicables en procédure pénale. Si une personne détenue prévenue était condamnée à une peine privative de liberté, le maintien en détention serait certainement ordonné par la juridiction de jugement[2067]. En droit pénal, l'appel n'a pas toujours d'effet suspensif[2068]. L'appel n'a, en effet, pas d'effet suspensif lorsqu'un jugement ordonne le maintien en détention de la personne prévenue[2069]. Cependant, la différence notable entre une peine privative de liberté assortie d'un maintien en détention

---

[2062] CEDH, 30 janv. 2020, J.M.B. et a. c/ France, n° 9671/15 : *AJDA* 2020, p. 122, note J.-P. CÉRÉ ; *ibid*. p. 1064, note H. AVVENIRE ; *D. 2020*, p. 753 note J.-F. RENUCCI ; *ibid*. p. 1195, obs. J.-P. CÉRÉ, J. FALXA et M. HERZOG-EVANS ; *JA 2020*, n° 614, p. 11, obs. T. GIRAUD ; *JCP Adm*. 2020, p. 78.

[2063] H. AVVENIRE, « Prisons indignes et référés inefficaces : la France sommée de revoir ses règles », com. sous CEDH, 30 janv. 2020, J.M.B. et a. c/ France, n° 9671/15, *AJDA* 2020, p. 1064.

[2064] CEDH, 26 avr. 2017, GEBREMEDHIN c/ France, n° 25389/05, *D*. 2007, p. 2780, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJ pénal* 2007, p. 476, note H. GACON.

[2065] CEDH, 26 avr. 2017, GEBREMEDHIN c/ France, § 65.

[2066] Art. R. 235-12 C. pénit.

[2067] La personne prévenue serait également envoyée aussitôt dans un établissement pénitentiaire en cas de mandat de dépôt.

[2068] Art. 464-2 et 506 CPP.

[2069] Cass. Crim. 25 juin 1984 : Bull. crim. n° 240.

prononcée par une juridiction de jugement et une sanction de placement en quartier disciplinaire décidée par une commission de discipline est la nature de l'instance qui prononce cette décision. En effet, l'appel portant sur une peine prononcée par une juridiction de jugement n'est pas toujours suspensif mais la peine a été prononcée par un juge, par une instance indépendante et impartiale, à l'inverse de la commission de discipline.

Il pourrait donc être opportun d'apporter un effet suspensif immédiat au recours administratif préalable obligatoire. Néanmoins, un tel effet entrerait en contradiction avec les règles du contentieux administratif. En effet, l'article L. 4 du code de la justice administrative dispose clairement que « *sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction* »[2070]. Il n'est donc pas certain que cette proposition soit viable.

Le recours portant sur les conditions indignes en détention pourrait également être modifié.

2) La modification nécessaire du recours portant sur les conditions indignes en détention

576. Par la loi du 8 avril 2021[2071], le législateur a créé un recours inséré à l'article 803-8 du code de procédure pénale qui permet à la personne détenue de saisir le juge des libertés et de la détention ou le juge de l'application des peines pour qu'il soit mis fin aux conditions de détention indignes. Madame Dominique SIMONNOT a appelé « *les avocats et détenus à s'emparer de cette nouvelle voie contentieuse ouverte par la loi du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité humaine en détention* »[2072].

Ce recours, bien que très récent, n'est pas pour autant exempt de critique. La Commission consultative des droits de l'Homme a publié une déclaration du 25 mars 2021 relative à la proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention du 25 mars 2021 dans laquelle elle relève que les modalités de ce recours ne sont pas conformes aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette déclaration portait sur la proposition de loi mais une remarque est encore applicable à l'actuel article 803-8 notamment au regard du transfèrement de la personne détenue présenté « *comme une option susceptible de remédier à ces conditions de détention* »[2073]. Or, le transfèrement dans un autre établissement pénitentiaire ne résout en rien le problème de la surpopulation carcérale qui est pourtant une des causes des conditions indignes de détention[2074].

[2070] Art. L. 4 CJA.

[2071] Loi n° 2021-403 8 avr. 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, *JORF* 9 avr. 2021, texte n° 3.

[2072] D. NECIB, « Régulation carcérale : la lutte sans fin de la Contrôleuse générale », *AJDA* 2022, p. 1124.

[2073] CNCDH, Déclaration relative à la proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, 25 mars 2021, D-2021-2, § 6.

[2074] CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale - Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Paris, Dalloz, 2018, p. 4 : « *La dégradation des conditions de détention résultant de la surpopulation carcérale est régulièrement dénoncée depuis plusieurs années, en France et plus largement dans les pays membres du Conseil de l'Europe, et de multiples documents ont été publiés sur cette question* ».

Par ailleurs, le juge, saisi de ce recours, peut s'opposer à ordonner un transfèrement ou une mise en liberté de la personne détenue[2075] si cette dernière a déjà refusé un transfèrement. Le texte ne prévoit que deux exceptions cumulatives : la personne détenue ayant refusé ce transfèrement est une personne condamnée – et non prévenue – et le transfèrement aurait eu pour effet de porter atteinte, de manière excessive, au droit au respect de sa vie privée et de sa vie familiale au regard du lieu de résidence de sa famille. La personne détenue prévenue ne peut donc s'opposer à un transfèrement, seul le juge en charge du dossier le peut[2076]. Cette différence de traitement ne se justifie pas car l'atteinte au droit au respect de la vie privée et de la vie familiale reste identique qu'il s'agisse d'une personne condamnée ou prévenue. Dès lors, cette différence devrait être corrigée.

Au vu de ces critiques, l'exercice d'un tel recours ne présente qu'un intérêt très limité pour l'avocat. En effet, selon la décision de l'autorité judiciaire, son client peut être transféré, ce qui aurait pour effet de l'éloigner davantage de son conseil. Or, plus la personne détenue est éloignée de son avocat, plus il est difficile d'assurer une libre communication entre ces deux personnes. De plus, le transfèrement ne résout en rien les conditions de détention indignes. L'avocat serait donc contraint de combiner le recours de l'article 803-8 du code de procédure pénale avec un recours compensatoire indemnitaire auprès du juge administratif pour obtenir réparation du préjudice subi. Les défauts de ce recours entrainent donc un travail plus important pour l'avocat.

577. Conclusion de la section 2 : Afin d'obtenir une défense plus efficace, les missions de l'avocat doivent être optimisées. Devant l'autorité judiciaire, les propositions d'optimisation ne sont que très ponctuelles. Elles visent en particulier la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Les propositions faites portent sur une restauration du principe du contradictoire et sur une consolidation du droit au recours effectif. De plus, le recours à la visioconférence doit être davantage encadré afin d'éviter les atteintes aux droits de la défense qu'il y a eues lors de l'état d'urgence sanitaire. Enfin, des propositions plus importantes ont été faites en matière de garde à vue et de procédure disciplinaire en détention. Lorsque l'avocat intervient dans le cadre d'une garde à vue, des propositions ont été présentées afin de sauvegarder le principe du contradictoire. Lors de la mise en œuvre de la procédure disciplinaire en détention, un renforcement considérable du droit au recours effectif a également été proposé.

[2075] Sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique s'il s'agit d'une personne détenue prévenue ou sous le contrôle d'un aménagement de peine ou d'une libération sous contrainte s'il s'agit d'une personne condamnée.
[2076] Art. 803-8, al. 5 CPP.

Conclusion du chapitre 1er

578. L'optimisation de la défense des personnes privées de liberté implique, notamment, l'optimisation des missions exercées par l'avocat.

Avant de proposer une optimisation de ses missions, il est nécessaire de proposer d'abord une optimisation de la préparation de la défense. Ainsi, la préparation de la défense peut être améliorée avec un renforcement indispensable de l'accès au dossier. Ce renforcement peut se faire par une garantie prévue par les textes au sein des procédures qui ne prévoyaient pas un tel accès. De plus, en cas d'accès toujours restreint, il pourrait être envisagé de saisir le juge compétent d'un recours afin de constater l'atteinte aux droits de la défense.

La préparation de la défense peut également être optimisée par un exercice affirmé des autres droits relatifs à la préparation de la défense tels que le fait de veiller au délai suffisant pour préparer la défense et le fait de veiller à la libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client. Ces propositions portent tant sur les textes qui peuvent être modifiés que sur la pratique. Pour modifier la pratique, il a été proposé de s'inspirer des organisations observées dans des lieux de privation de liberté qui veillent au respect des droits de la défense des personnes privées de liberté.

Une fois la préparation de la défense optimisée, il sera plus évident de proposer des solutions pour optimiser les missions exercées par l'avocat. Ce renforcement n'est parfois que ponctuel car, dans l'ensemble, l'avocat peut exercer librement ses missions devant ces autorités. Ces propositions ponctuelles portent sur la procédure particulière de jugement de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. De plus, il a été envisagé de renforcer le rôle de l'avocat lors du recours à la visioconférence, notamment en période d'état d'urgence sanitaire.

Le renforcement des missions de l'avocat est beaucoup plus important au sein de certaines procédures. Ainsi, afin de préserver l'ensemble des droits de la défense, il a été proposé d'instaurer une discussion entre l'avocat et l'autorité judiciaire en charge de la garde à vue. Enfin, le droit au recours, tel qu'existant actuellement dans l'univers carcéral, a été repensé pour qu'il soit effectif.

Chapitre 2 : L'optimisation de l'intervention de l'avocat

579. « *Vous pouvez passer un coup de fil.*
- À qui ?
- À qui vous voulez.
- À votre avocat par exemple, vous avez le droit de l'appeler mais il n'a pas le droit de venir, c'est comme ça. » Cet échange de répliques a lieu entre Guy MARCHAND, Lino VENTURA, policiers, et Michel SERRAULT, gardé à vue, dans le film de Claude MILLER de 1981 « Garde à vue ».

En effet, avant les lois des 4 janvier et 24 août 1993, l'avocat ne pouvait pas intervenir en garde à vue, il était seulement informé de la garde à vue de son client. L'intervention de l'avocat lors de la mise en œuvre des mesures privatives de liberté n'a pas toujours été une évidence mais les différentes réformes évoquées ont peu à peu étendu son intervention. Cette intervention croissante est bienvenue et rappelle « *l'importance incontestée du défenseur* »[2077].

Cependant, cela ne signifie pas que l'avocat intervient dès qu'une mesure privative de liberté est mise en œuvre. En effet, il existe encore des procédures qui ne prévoient pas l'intervention de l'avocat alors qu'une personne est privée de liberté. De plus, l'intervention de l'avocat n'est pas toujours garantie lors de la réalisation de certains actes alors que ceux-ci sont réalisés lorsqu'une personne est privée de liberté. Or, est-il nécessaire de rappeler l'importance de l'intervention de l'avocat dans une procédure mettant en œuvre une mesure privative de liberté ? La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *PAKELLI contre Allemagne*, détaille l'utilité de l'intervention de l'avocat : « *la comparution de son avocat aurait permis à M. Pakelli d'expliquer ses griefs, de les préciser au besoin et d'approfondir son argumentation écrite. Il aurait notamment pu commenter l'exposé du conseiller rapporteur* »[2078]. La présence d'un avocat permet ainsi « d'expliquer » ses griefs voire de les « préciser ». De plus, l'avocat aurait pu « approfondir » l'argumentation écrite du prévenu. L'intervention de l'avocat assure ainsi la bonne transmission des griefs du prévenu au juge. Ainsi, l'optimisation de la défense des personnes privées de liberté implique l'intervention de l'avocat étendue à toutes les procédures ordonnant une mesure privative de liberté afin de s'assurer que les griefs ou les intérêts de la personne privée de liberté soient toujours transmis au juge.

De plus, l'intervention de l'avocat est parfois imposée en fonction de la qualité de la personne faisant l'objet de la mesure privative de liberté ou en fonction de la procédure. Selon nous, les personnes privées de liberté devraient bénéficier d'une telle assistance imposée. Dès lors, pour optimiser la défense des personnes privées de liberté, l'intervention obligatoire de l'avocat devrait être généralisée.

[2077] K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, Th., Univ. Panthéon-Assas (Paris II), LGDJ, 2012, n°192, p. 145.
[2078] CEDH, 25 avr. 1983, PAKELLI c/ Allemagne, req. n° 8398/78, série A n°64, §37.

Après avoir abordé l'extension indispensable de l'intervention de l'avocat (section 1), la généralisation souhaitable de son intervention obligatoire sera étudiée (section 2).

Section 1 : L'extension indispensable de l'intervention de l'avocat

580. L'intervention de l'avocat doit être garantie dès qu'une personne est privée de liberté (1er paragraphe). Cette intervention étendue de l'avocat participe à optimiser la défense des personnes privées de liberté. Toutefois, cette défense ne saurait être efficace si l'avocat ne dispose pas de solides connaissances sur les différentes procédures dans lesquelles il intervient (2nd paragraphe).

1er paragraphe : L'intervention de l'avocat garantie à toute personne privée de liberté

581. Le droit à l'assistance d'un avocat doit être garanti sitôt qu'une personne est privée de liberté. L'intervention de celui-ci doit donc être étendu à toutes les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté (A). De plus, afin d'assurer une défense plus efficace, il conviendrait d'assurer l'intervention de l'avocat lors de la réalisation de certains actes en présence de la personne privée de liberté (B).

A. L'intervention de l'avocat étendue à toutes les mesures privatives de liberté

582. Si l'intervention de l'avocat est évidente lors de la mise en œuvre de retenues effectuées dans les locaux de police ou de gendarmerie (1), elle est en revanche plus délicate lors du placement en cellule de dégrisement d'une personne en état d'ébriété (2).

1) L'intervention évidente de l'avocat

583. L'intervention de l'avocat doit être garantie à certaines personnes privées de liberté qui, jusqu'ici, sont privées d'un droit à l'assistance d'un avocat. Une telle intervention est en effet nécessaire (a) bien que son financement puisse représenter une difficulté (b).

a) La nécessité d'une telle intervention

584. Deux mesures privatives de liberté effectuées dans les locaux de police ou de gendarmerie ne garantissent pas le droit à l'assistance de l'avocat : la retenue pour soupçon d'acte terroriste et la rétention pour vérification de l'identité.

L'article 78-3-1 du code de procédure pénale régit la retenue dans les locaux de police ou de gendarmerie pour soupçon d'acte terroriste. Lors de cette retenue, la personne ne bénéficie que de peu de droits, à savoir ceux d'être informé du fondement légal de la retenue et de la durée maximale de cette mesure, de son droit à garder le silence et de son droit à faire prévenir la personne de son choix ainsi que son employeur. Le droit à l'assistance de l'avocat ne lui est

donc pas garanti malgré la privation de liberté de quatre heures au plus dont elle fait l'objet, y compris s'il s'agit d'un mineur qui est assisté de son représentant légal[2079].

Malgré l'absence d'audition – prévue explicitement par le texte – l'assistance d'un avocat est essentielle car la personne est privée de liberté. En effet, sitôt qu'une privation de liberté est décidée, la personne devrait pouvoir être assistée d'un avocat. Cette position a déjà été tenue par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *DAYANAN contre Turquie* dans lequel elle énonçait : « *un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit* »[2080]. La Cour européenne des droits de l'Homme fait donc dépendre l'assistance de l'avocat de la privation de liberté et non de la tenue d'une audition.

En outre, bien qu'aucune audition n'ait lieu durant cette retenue, l'intervention de l'avocat a son utilité dans le cadre de cette mesure. En effet, l'article 78-3-1 comporte une forme de paradoxe en garantissant à la personne retenue son droit de garder le silence tout en précisant que la retenue ne peut donner lieu à une audition. Si la retenue ne donne pas lieu à une audition, pourquoi garantir un tel droit ? En quoi la personne pourrait-elle s'auto-incriminer alors qu'aucune question n'est censée lui être posée. L'assistance de l'avocat ne se limiterait en effet qu'à vérifier que les droits de la personne retenue ne sont pas atteints. Son rôle ne serait pas plus important car la retenue a pour but de « *consulter les traitements automatisés de données à caractère personnel […] et, le cas échéant, d'interroger les services à l'origine du signalement de l'intéressé ainsi que des organismes de coopération internationale en matière de police judiciaire ou des services de police étrangers* »[2081]. L'avocat ne pouvant participer à cette consultation, il resterait auprès de son client et s'assurerait que les règles procédurales sont respectées. Cette vérification du respect des droits et des règles procédurales est normalement dévolu à l'autorité judiciaire. Cependant, l'intervention de l'avocat immédiate auprès de la personne privée de liberté permettrait de s'assurer sur le moment que les droits de la personne privée de liberté sont bel et bien respectés. Si tel n'était pas le cas, l'avocat le dénoncerait au procureur de la République. Bien entendu, la retenue ne peut excéder quatre heures, ce qui signifie qu'il faut prévenir l'avocat aussitôt du placement en retenue pour soupçon d'acte terroriste de son client. L'avocat devrait également se transporter dans les locaux de gendarmerie ou de police dans les plus brefs délais.

585. Le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas davantage garanti, aux majeurs comme aux mineurs[2082], dans le cadre d'une rétention pour vérification d'identité. Cette retenue, prévue par l'article 78-3 du code de procédure pénale, dispose qu'il est possible de retenir une personne refusant ou se trouvant dans l'impossibilité de justifier de son identité. La durée de cette rétention ne peut excéder quatre heures. Encore une fois il s'agit d'une mesure privative de liberté au délai court. Malgré ce court délai, la personne est privée de liberté.

De plus, dans le cadre de cette mesure, l'intervention de l'avocat est essentielle car si la personne persiste à refuser de donner son identité ou si elle présente des documents d'identité

[2079] Art. 78-3-1, III CPP.
[2080] CEDH, 13 oct. 2009, DAYANAN c/ Turquie, n°7377/03, § 32 : *JCP* 2009. Actu. 382 ; *Gaz. Pal*. 2-3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJP* 2010, p. 27, étude C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 231, obs. D. ROETS.
[2081] Art. 78-3-1, al. 1er CPP.
[2082] Art. 78-3, al. 2 CPP.

manifestement falsifiés, « *les opérations de vérification peuvent donner lieu, après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue l'unique moyen d'établir l'identité de l'intéressé* »[2083]. Cet acte n'est pas anodin puisqu'il nécessite l'autorisation de l'autorité judiciaire. Par ailleurs, les services de police ne peuvent pas forcer la personne à obtempérer lors de la réalisation de ces actes. Toutefois, si elle refuse de coopérer à la prise de ses empreintes digitales ou de ses photographies, elle commet une infraction selon l'article 78-5 du code de procédure pénale[2084]. Le consentement de la personne n'apparait pas, dès lors, libre. Au vu de cette absence de consentement libre, l'assistance d'un avocat serait bienvenue. Ce dernier pourrait notamment le prévenir des risques encourus en cas de refus d'obtempérer.

Garantir le droit à l'assistance d'un avocat dans ces procédures permettrait de respecter les exigences du droit européen notamment au regard de la directive d'octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales. En son article 3, cette directive enjoint aux États membres de veiller « *à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient droit au minimum à la présence de leur avocat lors des mesures d'enquête* »[2085]. Qu'il s'agisse de la retenue pour soupçon d'acte terroriste ou de la rétention aux fins de vérification d'identité, la personne privée de liberté n'est pas une personne « poursuivie » car aucune infraction pénale n'a été encore constatée, elle ne fait donc pas l'objet de poursuites. Cependant, elle peut être désignée comme « suspect »[2086] car des mesures d'enquête sont mises en œuvre à son encontre. En effet, les actes de vérifications d'identité, de consultation des traitements automatisés de données à caractère personnel ou de rapprochement auprès des services ayant signalé la personne constituent des actes d'enquête. Un enquêteur exécute ces actes. La nature de l'autorité et celle des actes permet d'affirmer qu'il s'agit d'actes d'enquête.

Les directives européennes ne constituent pas l'unique source supranationale recommandant l'affirmation des droits de la défense dès le stade de l'enquête, « *les juridictions européennes, tant la Cour de justice de l'Union européenne que la Cour européenne des droits de l'homme considèrent que les droits de la défense doivent naître dès le stade de l'enquête préalable* »[2087]. La Cour européenne des droits de l'Homme l'a ainsi reconnu dans l'arrêt *DAYANAN* précédemment évoqué. La Cour de Justice de la Communauté Européenne a également déclaré dans son arrêt *Daw Chemical* de 1989 : « *si certains droits de défense ne concernent que les procédures contradictoires qui font suite à une communication de griefs, d'autres droits, par exemple celui d'avoir une assistance juridique et celui de préserver la confidentialité de la correspondance entre avocat et client […] doivent être respectés dès le stade de l'enquête préalable* ».

[2083] Art. 78-3, al. 4 CPP.

[2084] Art. 78-5 CPP : « *Seront punis de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ceux qui auront refusé de se prêter aux prises d'empreintes digitales ou de photographies autorisées par le procureur de la République ou le juge d'instruction, conformément aux dispositions de l'article 78-3* ».

[2085] Art. 3, § 3, Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).

[2086] « Suspect », S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), op. cit., p. 1015 : « *Terme générique désignant une personne soupçonnée d'avoir participé à la commission d'une infraction et qui n'est pas encore poursuivie* ».

[2087] B. BOULOC, « Pour une extension des droits de la défense », *AJ pénal* 2015, p. 6.

Si le droit à l'assistance d'un avocat est garanti lors de ces différentes retenues, il faudra alors assurer un accès facilité aux « *informations générales afin d'aider les suspects ou les personnes poursuivies à trouver un avocat* »[2088]. Il doit donc être possible de faire appel facilement à la permanence du barreau le plus proche. Le numéro de la permanence est connu des services de police et de gendarmerie qui y ont recours dans le cadre de la garde à vue et ce, sans difficulté[2089].

Faire intervenir l'avocat lors de la mise en œuvre de ces mesures privatives de liberté a d'autant plus de sens que, depuis la loi du 22 décembre 2021[2090], le Bâtonnier peut visiter sur son ressort les lieux de privation de liberté[2091]. La Bâtonnière de l'ordre des avocats de Paris a déjà procédé à la visite de locaux de garde à vue[2092]. L'on reconnait ainsi un rôle essentiel à l'avocat dans la prévention d'atteintes aux droits des personnes privées de liberté. Dès lors, l'avocat devrait pouvoir intervenir auprès de toute personne privée de liberté.

Si la nécessité de l'intervention de l'avocat lors de la mise en œuvre de ces mesures est évidente, la détermination de son coût l'est moins.

b) La difficulté du coût de cette intervention

586. Si l'intervention de l'avocat était admise lors de la mise en œuvre de ces mesures privatives de liberté, celui-ci n'interviendrait que sur un très court délai. Au vu de ce court délai, il n'est pas certain que l'avocat obtienne une rétribution importante. Si la personne privée de liberté choisit un avocat, la difficulté est moindre car les honoraires de l'avocat ont été fixés en accord entre le conseil et son client.

En réalité, la difficulté a lieu quand l'avocat intervient au titre de l'aide juridictionnelle[2093]. L'aide juridictionnelle est régie par la loi du 10 juillet 1991[2094] et a été notamment modifiée par

---

[2088] Art. 3, § 4 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).

[2089] Rapport de visite du CGLPL Hôtel de police de la direction de la police aux frontières d'Orly (Val-de-Marne), 12 oct. 2021, p. 19 : « *Aucun problème n'a été signalé pour faire venir les avocats de la permanence du barreau, qui gardent contact par téléphone avec l'OPJ pour préciser leur arrivée afin de prévoir leur présence pendant les auditions* ».

[2090] Loi n° 2021-1729 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* n°0298 23 déc. 2021, texte n°2.

[2091] Art. 719 CPP : « *Les députés, les sénateurs, les représentants au Parlement européen élus en France, les bâtonniers sur leur ressort ou leur délégué spécialement désigné au sein du conseil de l'ordre sont autorisés à visiter à tout moment les locaux de garde à vue, les locaux des retenues douanières définies à l'article 323-1 du code des douanes, les lieux de rétention administrative, les zones d'attente, les établissements pénitentiaires et les centres éducatifs fermés mentionnés à l'article L. 113-7 du code de la justice pénale des mineurs* ».

[2092] « Avocats - Première visite de la bâtonnière de Paris et de ses délégués dans des lieux de privation de liberté – Veille », JCP G. n°27, 11 juill. 2022, 867 : « *La délégation a néanmoins relevé des insuffisances : superficie insuffisante des cellules, promiscuité excessive, matelas et couvertures en nombre insuffisant et en mauvais état, insalubrité des sanitaires et des locaux de fouille, autant de conditions de garde à vue très dégradées qui portent atteinte au respect de la dignité humaine. Ce constat a fait l'objet d'un rapport détaillé transmis au ministre de l'Intérieur, au garde des Sceaux, à la procureure de Paris, au préfet de Paris, préfet de la région d'Île-de-France, ainsi qu'au préfet de Police de Paris* ».

[2093] L'aide juridictionnelle est abordée aux paragraphes § n° 223 et s.

[2094] Loi n° 91-647 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°0162 13 juill. 1991, p. 9170.

la loi du 29 décembre 2020[2095]. Par le décret du 28 décembre 2020[2096], la rétribution des avocats a été augmentée, bien qu'il ne s'agisse que d'une « *augmentation mesurée, sans bouleversement* »[2097]. Ainsi, l'intervention de l'avocat lors d'une vérification d'identité ou lors d'une retenue pour soupçon d'acte terroriste ne nécessite pas d'entretien avec la personne retenue – étant donné qu'aucune de ces retenues n'a pour but d'entendre la personne privée de liberté. L'intervention de l'avocat se limite donc à une assistance durant la mesure. Le décret du 28 décembre 2020 comporte une annexe II qui dresse un tableau des différentes rétributions perçues par l'avocat lors d'interventions pour des procédures non juridictionnelles.

Il est possible de se fonder sur les montants prévus pour une simple assistance lors de mesures privatives de liberté similaires. Le montant le plus faible est de 46 euros lors d'un défèrement devant le procureur de la République, le montant le plus élevé est de 61 euros lors d'une garde à vue ou de retenues exécutées dans les locaux de police. Nous sommes donc en droit de penser que la rétribution de l'avocat pour les deux procédures étudiées se situera aux alentours de ces montants. Il est même probable que le montant s'approche davantage des 46 euros au vu du faible temps passé dans les locaux de police.

Le montant serait donc peu élevé. Or, une faible rétribution peut dissuader les avocats de se déplacer dans les lieux de privation de liberté car le montant de la rétribution ne couvre pas les frais de déplacement. De plus, au vu du temps perdu dans les déplacements, une faible rétribution n'est tout simplement pas rentable pour l'avocat. Une augmentation des rétributions au titre de l'aide juridictionnelle ne serait pas inintéressante. Cependant, le financement de l'aide juridictionnelle représente un enjeu majeur sur lequel nous reviendrons ultérieurement[2098].

Il est un cas particulier où l'intervention de l'avocat est éventuelle.

2) L'intervention éventuelle de l'avocat

587. Le placement en cellule de dégrisement, régi par l'article L. 3341-1 du code de la santé publique ne prévoit pas davantage l'intervention de l'avocat. L'absence de l'intervention de l'avocat peut se justifier par le fait qu'aucune autorité judiciaire ne soit prévenue d'un tel placement. Le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la constitutionnalité de cette absence de contrôle par l'autorité judiciaire. Selon lui, au regard de la brièveté de la privation de liberté organisée à des fins de police administrative[2099], il n'est pas nécessaire que l'autorité judiciaire soit prévenue de la mise en œuvre de la mesure.

Il apparait cependant contradictoire de reconnaitre, d'une part, la privation de liberté et, d'autre part, d'affirmer qu'il n'est pas nécessaire d'en informer l'autorité judiciaire. Cette dernière est gardienne de la liberté individuelle aux termes de l'article 66 de la Constitution, il

---

[2095] Loi n° 2020-1721 29 déc. 2020 de finances pour 2021, *JORF* n°0315 30 déc. 2020, texte n° 1.
[2096] Décret n° 2020-1717 28 déc. 2020 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, *JORF* n°0314 29 déc. 2020, texte n° 32.
[2097] P. LINGIBÉ, « Le nouveau dispositif d'aide juridictionnelle cuvée 2021 : avancée réelle ou réforme en trompe-l'œil ? », *D. actu*., 18 janv. 2021.
[2098] En paragraphe § n° 617.
[2099] Consid. 8, Cons. constit. 8 juin 2012, M. Mickaël D., n° 2012-253 QPC, *JORF* 9 juin 2012, p. 9796, texte n° 41 : *Gaz. Pal.* 5 juill. 2012, n° 187, p. 11, note S. DETRAZ ; *Dr. pénal* 2012, n° 9, comm. 121, obs. J.-H. ROBERT.

est donc primordial de la prévenir de toute privation de liberté, si courte fût-elle. Cet argument est d'autant plus irrecevable que le procureur de la République est informé lors de la rétention pour vérification d'identité ou de la retenue pour soupçon d'acte terroriste, toutes deux évoquées précédemment, et ces mesures ne peuvent excéder quatre heures.

Il nous semble également pertinent de prévenir l'avocat de ce placement en chambre de sûreté car la durée de la privation de liberté n'est pas définie par les textes. Le Conseil constitutionnel ne la considère pas arbitraire aux motifs qu'elle prend fin quand la personne revient à la raison et il estime ainsi la durée de la privation de liberté « *à quelques heures au maximum* »[2100]. Cependant, le texte n'offre aucune garantie en ce sens.

Par ailleurs, le fait qu'aucune autorité judiciaire ne contrôle cette mesure renforce la crainte de la voir se prolonger plus que de raison. Il est donc nécessaire de faire intervenir l'autorité judiciaire et l'avocat lors de la mise en œuvre de cette retenue. Le conseil pourrait s'assurer que la durée de la privation de liberté ne soit pas trop longue et qu'elle ne constitue pas une détention arbitraire. En outre, ce placement semble être décidé si une audition est envisagée par la suite – autrement, la personne est placée par un officier de police judiciaire sous la responsabilité d'une personne qui se porte garante d'elle[2101]. Une garde à vue peut donc suivre ce placement en chambre de sûreté. Prévenir un avocat sitôt la personne placée en chambre de sûreté assurerait la présence effective de ce dernier dès le début de la garde à vue.

Toutefois, l'intervention de l'avocat n'est pas pour autant évidente car, en dehors du contrôle de la durée de la mesure, quel serait son rôle ? Étant donné qu'aucune audition ne peut avoir lieu tant que la personne est placée en cellule de dégrisement, l'assistance de l'avocat auprès de la personne privée de liberté n'est pas essentielle. De plus, nous avons émis l'idée que l'avocat pourrait intervenir dans le cadre de cette mesure afin de s'assurer que le délai de la privation de liberté ne soit pas trop long. Nous avons conscience qu'il sera difficile pour l'avocat de juger de la longueur excessive ou non du délai. Enfin, et surtout, la principale difficulté résidera dans la désignation de l'avocat. La personne, au vu de son état d'ébriété, risque de ne pas pouvoir exprimer clairement son choix quant à la désignation d'un avocat choisi ou de la nomination d'un avocat commis d'office.

Malgré ces difficultés réelles, nous maintenons qu'il est essentiel que l'autorité judiciaire se saisisse du contrôle de cette mesure et que l'avocat intervienne. Quant au choix de l'avocat, à moins que la personne n'exprime clairement la désignation d'un avocat choisi, un avocat commis d'office pourra être nommé afin d'assurer le respect des droits de la défense.

L'intervention de l'avocat est également nécessaire dans certains actes où son intervention n'est pas prévue par les textes.

B. L'intervention nécessaire de l'avocat étendue à tous les actes

588. Lors d'une enquête ou d'une instruction, certains actes sont réalisés en présence de la personne poursuivie ou mise en examen. La personne encourt donc une mesure privative de liberté – une garde à vue ou une détention provisoire – ou fait déjà l'objet d'une de ces

---

[2100] Consid. 6, Cons. constit. 8 juin 2012, M. Mickaël D., n° 2012-253 QPC, *JORF* 9 juin 2012, p. 9796, texte n° 41.
[2101] Art. L. 3341-1, al. 2 CSP.

mesures. Toutefois, les différents textes régissant ces actes ne prévoient pas l'assistance d'un avocat. Il serait au contraire nécessaire que l'avocat intervienne afin d'être présent lors de l'acte (1) ou de pouvoir assister son client (2).

1) Une intervention pour assurer la présence de l'avocat

589. Ces différents actes peuvent être des actes d'enquête ou des auditions menées par l'autorité judiciaire. La directive du 22 octobre 2013 a dressé une liste de différentes mesures de collecte de preuves au cours desquels la présence de l'avocat « *au minimum* »[2102] doit être garantie aux personnes suspectées ou poursuivies : les séances d'identification des suspects, les confrontations, les reconstitutions de la scène d'un crime. Le texte prévoit également que cette présence de l'avocat dépend de la présence première de la personne poursuivie. Pour ce qui est des confrontations, qu'elles aient lieu au stade de l'enquête ou au stade de l'instruction, l'intervention de l'avocat est garantie et ce dernier peut poser des questions[2103]. Concernant les autres actes, l'article 61-3 du code de procédure pénale garantit l'assistance de l'avocat à la personne poursuivie ou suspectée d'une infraction car elle peut demander qu'un avocat choisi ou commis d'office l'assiste lorsqu'elle participe à une opération de reconstitution de l'infraction et soit présent lors d'une séance d'identification des suspects dont elle fait partie[2104]. Il est intéressant de noter que l'article 61-3 emploie le terme « assister » lors de la reconstitution tandis que la formule « être présent » est employée lors d'une séance d'identification des suspects. Le rôle de l'avocat est donc différent d'un acte d'enquête à un autre.

Cependant, l'intervention de l'avocat n'est pas garantie pour tous les actes d'enquête : tel est le cas de la perquisition. Prévue aux articles 56 et suivants du code de procédure pénale, la perquisition consiste en un déplacement de l'officier de police judiciaire dans un lieu afin de saisir « *des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés* »[2105]. Ce lieu peut être le domicile de la personne, les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, le cabinet ou le domicile d'un avocat, etc. Quand la perquisition est effectuée au domicile d'une personne – n'ayant pas d'activité professionnelle visée par les régimes dérogatoires – sur le fondement de l'article 56 du code de procédure pénale, elle s'effectue en présence de « *la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu* »[2106]. Cet article 56 dispose, en son troisième alinéa, que doit être assuré « *le respect du secret professionnel et des droits de la défense* ». Cela signifie que les enquêteurs ne peuvent saisir un courrier d'un avocat à son client ni le brouillon de la réponse à

[2102] Art. 3, § 3, Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).
[2103] Lors de l'instruction : art. 120, al. 1er CPP ; lors de la garde à vue : art. 63-4-3, al. 2 CPP.
[2104] Art. 61-3, al. 1er CPP.
[2105] Art. 56, al. 1er CPP.
[2106] Art. 57, al. 1er CPP.

ce courrier, fût-ce un courrier ayant trait à l'exécution d'une condamnation pénale, en l'espèce un suivi socio-judiciaire, prononcée dans une instance distincte[2107].

Aucune disposition ne prévoit cependant l'intervention de l'avocat aux côtés de son client lors de la perquisition. Selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, une telle intervention n'est pas nécessaire aux motifs que la personne n'est ni privée de liberté, ni entendue par les enquêteurs. Dès lors, selon la Haute juridiction, la seule présence de l'intéressé « *est une garantie de ses droits* »[2108]. Le lendemain de la parution de cet arrêt, la Cour d'appel de Pau[2109] a confirmé ce raisonnement en précisant que « *si la personne intéressée est entendue en ses déclarations, et pour que ces dernières puissent être consignées dans les [procès-verbaux], elle doit nécessairement être informée de ses droits et bénéficier de l'assistance d'un avocat* »[2110]. Selon la jurisprudence, pour que l'avocat intervienne, il faut que la personne soit privée de liberté ou soit entendue par les enquêteurs. D'une part, la personne est tout de même contrainte par les enquêteurs et ne peut quitter les lieux, elle n'est donc pas libre. D'autre part, la perquisition peut mener au placement en garde à vue de la personne – en fonction des éléments trouvés – la privation de liberté est, par conséquent, bien encourue. De plus, bien qu'aucune audition de la personne ne soit prévue lors de la perquisition, des indices démontrant la commission d'une infraction pénale – des éléments à charge en réalité – sont recherchés. L'assistance d'un avocat serait donc bienvenue car la perquisition peut entrainer l'engagement de poursuites. Cette assistance serait d'autant plus précieuse quand elle est exécutée dans le cadre de la criminalité organisée – en dehors des horaires légalement prévus donc[2111].

L'avocat n'a donc pas vocation à intervenir lors d'une perquisition. Le curateur ou le tuteur d'un majeur protégé n'a pas vocation non plus à intervenir à ce stade. Dans un arrêt du 11 mai 2021, la Chambre criminelle a estimé que l'absence de la curatrice de la personne chez qui la perquisition avait lieu ne portait pas atteinte au droit à un procès équitable car, notamment, aucun interrogatoire n'a eu lieu « *de sorte que les droits de la défense ont été respectés* » [2112]. Il est surprenant que la Cour de cassation fasse dépendre l'intervention de l'avocat à une audition. Lors d'une séance d'identification des suspects, les textes prévoient la présence de l'avocat aux côtés de la personne alors qu'aucune audition n'est prévue. Ainsi, « *bien que cela soulève d'importants problèmes pratiques, n'est-il pas temps de permettre à l'occupant d'être assisté par un avocat [lors d'une perquisition], au moins lorsqu'il s'agit d'un majeur protégé*

[2107] Cass. Crim. 13 déc. 2006, n° 06-87.169 P : *D*. 2007. AJ 306 ; *ibid.* 2007. Pan. 977, obs. J. PRADEL ; *AJ pénal* 2007, p. 140, obs. C. GIRAULT ; *Dr. pénal* 2007. Comm. 64, obs. A. MARON.

[2108] Cass. Crim., 3 avr. 2013, n° 12-88.428.

[2109] CA Pau, 4 avr. 2013, n° 12/01095.

[2110] B. SAYOUS, « Perquisition : droits au silence et à l'assistance d'un avocat », com. sous CA Pau, 4 avr. 2013, n° 12/01095, *JCP* n° 26, 24 juin 2013, n° 749, p. 1286.

[2111] Art. 706-90 CPP : « *Si les nécessités de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire peut, à la requête du procureur de la République, décider que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction pourront être effectuées en dehors des heures prévues à l'article 59, lorsque ces opérations ne concernent pas des locaux d'habitation.*
En cas d'urgence et pour les enquêtes préliminaires concernant une ou plusieurs infractions mentionnées au 11° de l'article 706-73, ces opérations peuvent toutefois concerner des locaux d'habitation en dehors des heures prévues à l'article 59 lorsque leur réalisation est nécessaire afin de prévenir un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ».

[2112] Cass. Crim. 11 mai 2021, n° 20-82.267, P.

? »[2113]. L'avocat devrait pouvoir intervenir lors de toute perquisition *a fortiori* lorsque celle-ci est effectuée au domicile d'un majeur protégé. Les majeurs protégés bénéficient en effet de l'assistance obligatoire d'un avocat, ce dernier devrait donc intervenir lors d'une perquisition.

590. Il est cependant un unique cas où une perquisition a lieu en présence d'un avocat. Lorsque la perquisition est effectuée « *dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile [elle ne peut] être [effectuée] que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué* »[2114]. Le bâtonnier est chargé de veiller « *au libre exercice de la profession d'avocat et à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil […] ne soit saisi et placé sous scellé* »[2115]. L'avocat chez qui la perquisition a lieu ne peut, en effet, tenir ce rôle pour des raisons évidentes d'impartialité. Le Bâtonnier n'a pas pour rôle d'assister son confrère mais bel et bien de veiller au respect du secret professionnel. Son rôle se limite uniquement à la protection du secret professionnel. La jurisprudence veille à ce que le Bâtonnier soit informé des raisons ayant motivé cette perquisition. En effet, la Cour de cassation a récemment exigé que l'ordonnance ordonnant la perquisition dans ces lieux doit énoncer « *des informations permettant [au Bâtonnier] de connaître les motifs de la perquisition et d'en identifier l'objet* »[2116]. La connaissance de ces motifs permettra au Bâtonnier d'identifier plus facilement les documents dont auront besoin les enquêteurs.

591. Cette absence de l'avocat est d'autant plus surprenante que le code des douanes, lors d'une visite domiciliaire, dispose que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant la visite domiciliaire doit comporter une mention selon laquelle la personne « *peut faire appel à un conseil de son choix* »[2117]. Cette garantie est bienvenue car la personne – selon les éléments trouvés à son domicile – peut être placée en retenue douanière, elle encourt donc une mesure privative de liberté. Cependant, il ressort des rapports du Contrôleur général des lieux de privation de liberté que, si les avocats se déplacent sans difficulté dans les locaux de la brigade pour assister leur client, « *ils arrivent toujours après la visite domiciliaire, dont ils sont pourtant prévenus qui s'effectue donc systématiquement sans leur présence* »[2118]. Les droits de la défense ne sont malheureusement pas respectés par les douaniers, malgré le choix du conseil fait par la personne. De plus, la Cour de cassation estime que la validité de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention n'est pas remise en cause lorsque la mention relative à l'avocat n'apparait pas mais qu'il devra « *en être tiré toute conséquence si un grief est invoqué par une partie dans le cadre d'un recours contre les opérations de visite et de saisies* »[2119]. Le

---

[2113] C. RIBEYRE, « Légalité de l'assentiment du majeur protégé à une perquisition sans information du curateur… sauf déloyauté des enquêteurs », com. sous Cass. Crim. 11 mai 2021, n° 20-82.267, P, *JCP* n° 28, 12 juill. 2021, n° 773, p. 1356.
[2114] Art. 56-1, al. 1er CPP.
[2115] Art. 56-1, al. 2 CPP.
[2116] H. MATSOPOULOU, « L'irrégularité d'une perquisition effectuée dans les locaux d'une caisse de règlement pécuniaire des avocats (CARPA) », com. sous Cass. crim., 18 janv. 2022, n° 21-83.751, B, *JCP* n° 9, 7 mars 2022, n° 284, p. 449.
[2117] Art. 64, 2. a) C. douanes.
[2118] Rapport de visite du CGLPL Lieux de privation de libertés relevant de l'administration des douanes (France métropolitaine et Haute-Corse), 7 janv. -7 juill. 2020, p. 41.
[2119] Cass. Com. 4 nov. 2021, n° 19-25.441.

législateur a pertinemment prévu l'intervention de l'avocat lors de ces visites domiciliaires. Cette intervention reste malgré tout fragilisée car les douaniers ne cherchent pas à savoir si elle est effective et la jurisprudence ne reconnait pas de grief dû à l'absence d'information de ce droit – malgré l'atteinte évidente aux droits de la défense.

Ainsi, qu'il s'agisse des perquisitions ou des visites domiciliaires, l'avocat devrait être au moins aux côtés de son client durant la réalisation de l'acte. Pour d'autres actes, bien plus que sa présence, c'est son assistance qui est préconisée.

2) Une intervention pour assurer l'assistance de l'avocat

592. Lors de certains actes, l'intervention de l'avocat n'est pas prévue. Pourtant, une telle intervention serait utile afin d'apporter une assistance à la personne privée de liberté. Tel est le cas lors de la prolongation de la durée de la garde à vue décidée par le juge des libertés et de la détention. Pour rendre sa décision, la personne gardée à vue est présentée à ce dernier[2120].

Il convient de souligner que si le texte prévoit que la personne comparait devant le juge des libertés et de la détention pour la première prolongation, une telle présentation est, « à titre exceptionnel », écartée lors d'une seconde prolongation. Le droit de comparaitre personnellement – faisant partie des droits de la défense – est ainsi écarté au profit, encore une fois, « des nécessités des investigations en cours ou à effectuer ».

L'atteinte aux droits de la défense est encore plus importante étant donné qu'aucune intervention de l'avocat n'est prévue lors de cette rencontre entre le juge des libertés et de la détention et la personne gardée à vue. Cependant, une telle intervention aurait son utilité. L'avocat pourrait assister la personne lors de sa présentation devant le juge des libertés et de la détention et présenter des arguments pour que la garde à vue ne soit pas prolongée. En droit italien, l'article 391 du code de procédure pénale prévoit la « *participation nécessaire du défenseur du gardé à vue* » lors du débat portant sur la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures. Nous pourrions nous inspirer de cette législation afin de faire intervenir l'avocat aux côtés de la personne gardée à vue.

593. L'intervention de l'avocat n'est pas davantage garantie lors du prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique prévu à l'article 706-56 du code de procédure pénale. Cette analyse d'identification est ensuite entrée dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques qui permet de regrouper les empreintes génétiques des personnes déclarées coupables ou à l'encontre desquelles il existe des indices laissant penser qu'elles ont commis une des infractions listées à l'article 706-55 du code de procédure pénale. Parmi ces infractions, l'on retrouve notamment les infractions sexuelles, les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, etc. Ce prélèvement biologique peut être fait sur une personne condamnée à une peine privative de liberté, une personne mise en examen et placée en détention provisoire, une

---

[2120] Art. 706-88, al. 2 et 3 CPP : « *Ces prolongations sont autorisées, par décision écrite et motivée, soit, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction. La personne gardée à vue doit être présentée au magistrat qui statue sur la prolongation préalablement à cette décision. La seconde prolongation peut toutefois, à titre exceptionnel, être autorisée sans présentation préalable de la personne en raison des nécessités des investigations en cours ou à effectuer* ».

personne privée de liberté donc. À l'instar de la vérification d'identité, la personne peut refuser de se soumettre à ce prélèvement biologique mais s'expose alors à des poursuites sur le fondement de l'article 706-56, II du code de procédure pénale. Ce refus est en effet puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

En outre, « *lorsqu'il est impossible de réaliser un prélèvement biologique sur un suspect, notamment dans l'hypothèse où ce dernier s'y refuse, l'ADN peut être prélevé à son insu, à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé* »[2121]. Cela signifie qu'il serait possible de procéder au prélèvement biologique grâce à un cheveu de la personne condamnée qui serait tombé.

L'intervention de l'avocat est donc nécessaire pour assister son client lors de ce prélèvement biologique. Il peut ainsi le tenir informé du risque de se voir prononcer une peine d'emprisonnement d'un an. Il remplit, de cette manière, une mission d'assistance. De plus, si son client refuse de se soumettre à un tel prélèvement, l'avocat peut s'assurer que le matériel biologique s'est naturellement détaché du corps de son client et que les enquêteurs n'ont pas eu à contraindre la personne de remettre ce matériel biologique. Sa présence assurerait ainsi que le prélèvement soit effectué dans de bonnes conditions.

L'assistance de l'avocat pourrait être également envisagée pour les opérations de prélèvement externes décidées au stade de l'enquête envers les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction – ces personnes peuvent donc être placées en garde à vue. L'article 55-1 du code de procédure pénale dispose que l'officier de police judiciaire « *procède, ou fait procéder sous son contrôle, aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers* ». Une telle opération est également applicable aux mineurs. « *[…] La loi du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure est venue le décliner dans le code de la justice pénale [des mineurs] à l'article L. 413-16, dont le premier alinéa dispose que « l'officier ou l'agent de police judiciaire qui envisage de procéder ou de faire procéder, en application du deuxième alinéa de l'article 55-1 du code de procédure pénale, à une opération de prise d'empreintes digitales ou palmaires ou de photographies d'un mineur entendu en application des articles L. 412-1 et L. 413-6 du présent code doit s'efforcer d'obtenir le consentement de ce mineur »* »[2122]. Or, le deuxième alinéa de cet article L. 413-16, créé par la loi du 24 janvier 2022[2123], dispose que « *[l'officier de police judiciaire] informe le mineur, en présence de son avocat, des peines prévues au troisième alinéa de l'article 55-1 du code de procédure pénale s'il refuse de se soumettre à cette opération* ». La présence de l'avocat est donc admise lors de cette opération d'enquête. Si l'intervention du conseil est admise pour un mineur, il est donc possible de la prévoir aussi pour une personne majeure.

Avec ces propositions, l'intervention de l'avocat sera donc plus fréquente. Pour s'assurer d'une défense efficace, une formation de qualité des avocats est indispensable

---

[2121] T. LEBRETON, « La recherche de l'identité des individus en matière pénale », *D.* 2021, p. 1634.
[2122] P. BONFILS, « Droit des mineurs », *D.* 2022, p. 1574.
[2123] Loi n° 2022-52 24 janv. 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, *JORF* n°0020 25 janv. 2022, texte n° 1.

2nd paragraphe : La nécessité grandissante de connaissances approfondies

594. La qualité de la défense dépend également de la formation de qualité reçue par l'avocat (A). Une précision des spécialisations accordées aux avocats serait également bienvenue (B).

A. La nécessité d'une formation de qualité

595. « *La Cour réaffirme que les avocats jouent un rôle très important dans l'administration de la justice. Elle a souvent rappelé que le statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice, et elle a souligné que, pour croire en l'administration de la justice, le public doit également avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables* »[2124]. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *CORREIA DE MATOS contre Portugal*, rappelle à juste titre que, par le rôle d'auxiliaire de justice qu'il occupe, l'avocat doit avoir la capacité de représenter les justiciables. Ceci signifie que l'avocat doit être suffisamment compétent pour représenter et défendre dans de bonnes conditions les besoins de ses clients.

Lors de sa visite d'un centre hospitalier, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a constaté qu' « *une dizaine d'avocats dédiés aux audiences JLD [intervenaient] dans le cadre d'une permanence. L'avocat rencontré par les contrôleurs a précisé ne pas avoir reçu de formation spécifique sur le droit des soins sans consentement mais s'être formé, comme ses confrères, « sur le tas »* »[2125]. Ce défaut de connaissances du contentieux du juge des libertés et de la détention relatif aux hospitalisations complètes a également été constaté par la doctrine : « *On peut sur ce point regretter la faible formation des praticiens, les permanences étant souvent assurées par des avocats non formés et dont le rôle tient plus de l'assistance à l'audience que de l'assistance du patient* »[2126]. Le défaut de formation est donc bien une réalité, certains avocats sont donc obligés d'apprendre grâce à la pratique. « Apprendre sur le tas » n'est cependant pas sans risque. En effet, l'avocat ne connaissant pas la procédure ou la matière risque de commettre des erreurs.

La formation des avocats est si importante que, selon le Conseil constitutionnel, elle participe au respect des droits de la défense[2127]. Cette position est bienvenue car si l'avocat

---

[2124] CEDH, Gr. ch., 4 avr. 2018, CORREIA DE MATOS c/ Portugal, n° 56402/12, § 139.
[2125] Rapport de visite du CGLPL du Centre hospitalier de l'Estran à Pontorson, 8-12 oct. 2018, p. 24.
[2126] J.- B. PERRIER, « Le juge des libertés et de la détention et l'hospitalisation sans consentement », Dossier : le juge des libertés et de la détention, *AJ pénal* 2019, p. 124.
[2127] Cons constit : 15 avr. 2021, n° 2021-292 L, Nature juridique de certaines dispositions des articles 11, 12 et 12-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* n°0090 du 16 avr. 2021, texte n° 76, § 4 : « *4. L'exigence d'un diplôme en droit d'un niveau minimal conditionnant l'accès à cette profession permet de s'assurer de l'aptitude des candidats à exercer les missions d'assistance et de représentation des personnes en justice garantissant le respect des droits de la défense. Ce faisant, les dispositions dont le déclassement est demandé constituent des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Par suite, elles ont un caractère législatif* ».

bénéficie d'une bonne formation, cela assure au justiciable une défense de qualité. La formation participe donc à l'effectivité de la défense. L'importance de la formation a été soulignée par Madame le Professeur Martine HERZOG-EVANS : « *Pour que les avocats puissent exercer leur activité à bon escient, il leur faudra faire un considérable effort de formation* »[2128].

596. Les avocats reçoivent, évidemment, en vue de la pratique du conseil et du contentieux, une formation portant notamment sur le statut et la déontologie professionnels, la rédaction des actes juridiques, la plaidoirie et le débat oral, les procédures, la gestion des cabinets d'avocats ainsi que sur une langue vivante étrangère[2129]. La formation des avocats ne se limite pas à celle qu'ils ont reçue au centre régional de formation professionnelle d'avocats, elle se poursuit tout au long de leur carrière[2130]. La formation continue est de vingt heures par année civile ou de quarante heures au cours de deux années consécutives. La formation peut alors couvrir différentes activités : la participation à des actions de formation, la participation à des formations dispensées par des avocats ou d'autres établissements d'enseignement, l'assistance à des colloques ou à des conférences à caractère juridique ayant un lien avec l'activité professionnelle des avocats, la dispense d'enseignements à caractère juridique ayant un lien avec l'activité professionnelle des avocats, dans un cadre universitaire ou professionnel et la publication de travaux à caractère juridique[2131].

L'avocat a donc la possibilité d'apprendre les règles applicables dans un contentieux qu'il découvre. Cependant, ces formations sont assez courtes puisqu'elles ne durent que vingt heures par an. Il n'est donc pas certain que l'avocat ait le temps de suffisamment bien se former sur cette courte période, surtout s'il s'agit d'un contentieux qu'il ne connait pas.

Une solution pourrait alors résider dans la spécialisation. Les avocats peuvent se spécialiser, ce qui entraine un nombre d'heures de formation supplémentaire. C'est grâce à cette spécialisation que l'avocat sera plus à même de maîtriser les contentieux.

B. La précision de la spécialisation

597. Les avocats peuvent obtenir un certificat de spécialisation. Toutefois, ce certificat peut couvrir une matière large, parfois trop large. Dès lors, la création de spécialisations plus précises serait bienvenue. La création de la nouvelle spécialisation « droit des enfants » en est un exemple (1). La précision de la spécialisation peut en effet constituer un atout pour la défense (2).

1) L'exemple de la spécialisation en droit des enfants

[2128] M. HERZOG-EVANS, É. PÉCHILLON, « L'entrée des avocats en prison », *D.* 2000, p. 481.
[2129] Art. 57, al. 1er Décret n°91-1197 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat, *JORF* n°0277 28 nov. 1991.
[2130] Art. 14-2, Loi n° 71-1130 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv. 1972, p. 131 : « *La formation continue est obligatoire pour les avocats inscrits au tableau de l'ordre* ».
[2131] Art. 85, Décret n°91-1197 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat, *JORF* n°0277 28 nov. 1991.

598. Au cours de leur carrière, les avocats peuvent obtenir une spécialisation. Ce certificat de spécialisation peut être obtenu après quatre années[2132] de pratique professionnelle juridique – soit en tant qu'avocat, salarié dans un cabinet d'avocat, juriste d'entreprise, en somme toute activité impliquant une maîtrise des connaissances juridiques[2133]. La liste des différentes spécialités est fixée par arrêté. Elles sont au nombre de vingt-six, « *outre la mention de spécialisation en procédure d'appel* »[2134] dont le droit des étrangers et de la nationalité, le droit fiscal et droit douanier, le droit pénal, le droit public et le droit de la santé.

Obtenir un certificat de spécialisation signifie que l'avocat connaît la matière en question. Cette connaissance est approfondie grâce à une formation continue. Le décret du 27 novembre 1991 indique, en son article 85, que les titulaires d'un certificat de spécialisation consacrent la moitié de la durée de leur formation continue à ce ou ces domaines de spécialisation. L'avocat titulaire d'une spécialisation a donc dix heures de formation à effectuer au cours d'une année civile « *et, s'il est titulaire de deux spécialités, il devra consacrer 10 heures au moins à chacune de ses spécialités ; ce qui absorbera la totalité des 20 heures obligatoires. La sanction de cette obligation est le risque de la perte du droit de faire usage de sa ou de ses mentions de spécialisation* »[2135]. Le certificat de spécialisation, bien plus que l'obtention d'un diplôme, est donc un gage de connaissances acquises et consolidées tout au long d'une carrière.

Avant le 1er octobre 2021, certaines associations pouvaient endosser le rôle de formateur auprès des avocats qui souhaitaient se former en droit des mineurs. Tel est le cas de l'association montpelliéraine « l'Avocat et l'Enfant », « *créée en 1993 à Montpellier à l'initiative d'un petit nombre d'avocats, et qui a grossi au fil des années jusqu'à compter soixante-quinze membres aujourd'hui* »[2136]. Cette association déclare ainsi sur son site : « *Notre Association a le souci de proposer des formations régulières relatives au Droit des mineurs, qui s'adresse à ses membres et aux membres du Barreau* » [2137].

599. De nouvelles mentions de spécialisation continuent d'être créées. Par arrêté du 1er octobre 2021, la mention « droit des enfants » fait désormais partie des certificats de spécialisation qui peuvent être demandés par les avocats[2138]. Par la création de cette spécialisation, le droit français reprend – peut-être involontairement – une règle de droit italienne qui prévoit l'élaboration par chaque barreau d'une liste comportant le nom des avocats spécialisés en droit des mineurs[2139]. Cette nouvelle spécialisation « *[facilite] l'identification des avocats d'enfants, notamment par les ordres, et [leur donne] une légitimité supplémentaire face*

[2132] Art. 12, Loi n° 71-1130 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv. 1972, p. 131.
[2133] Art. 88, Décret n°91-1197 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat, *JORF* n°0277 28 nov. 1991.
[2134] J.-J. TAISNE, M. DOUCHY-OUDOT, « Avocat – Moyens », *Rép. proc. civ. Dalloz*, avr. 2018 actualisation : mai 2022, n° 427.
[2135] D. LANDRY, R. MARTIN, « V° Avocat - Fasc. 20 : Avocats – Statut », *JCl. Civil Annexes*, 20 janv. 2022.
[2136] M. LARTIGUE, « Certificats de spécialisation : la liste des mentions s'allonge mais le nombre d'avocats « spécialisés en » stagne », *D. actu.*, 13 déc. 2021.
[2137] Site du barreau de Montpellier, présentation de l'association l'Avocat et l'Enfant (https://barreau-montpellier.com/lassociation-lavocat-et-lenfant/).
[2138] Arrêté 1er oct. 2021 modifiant l'arrêté du 28 décembre 2011 fixant la liste des mentions de spécialisation en usage dans la profession d'avocat, *JORF* n°0235 8 oct. 2021, texte n° 21.
[2139] Art. 11 Codice processo penale minorile : « *[…] il consiglio dell'ordine forense predispone gli elenchi dei difensori con specifica preparazione nel diritto minorile* » (« *le conseil de l'ordre établit une liste des défenseurs avec une formation spécifique en droit des mineurs* »).

aux autres intervenants à la procédure »[2140]. De plus, lorsque le mineur demande la commission d'office d'un avocat, si ce dernier est spécialisé en droit des enfants, le mineur pourra garder le même avocat tout au long de la procédure. En effet, « *le maintien du lien [entre l'avocat et son client] pendant la durée de la procédure [est] nécessaire à la préparation de l'audience de jugement* »[2141]. L'importance du rôle de l'avocat auprès des mineurs a été confirmée par Maître ATTIAS, avocate : « *Et j'ai découvert qu'en définitive les familles avaient raison, et les enfants encore plus, de considérer que cet avocat était transparent. Pourquoi ? Premièrement, parce que quand il y avait sept dossiers pour un mineur, sept avocats différents intervenaient parfois. Deuxièmement, parce que ces avocats intervenaient souvent dans l'urgence de la procédure pénale, qu'il s'agisse de majeurs ou de mineurs, et ne faisant pas la différence, ils ne voyaient pas la spécificité de la matière, ne connaissaient pas véritablement les différents acteurs institutionnels, ni même les textes qui leur auraient permis de soulever les nullités. Troisièmement, il aurait fallu qu'il y ait une véritable déontologie de cet avocat : même en étant peu payé, il ne s'agit pas de voir le dossier la veille, de ne pas avoir vu l'enfant. Il est indispensable que cet avocat connaisse bien le mineur, comme l'éducateur et le magistrat. Et même mieux, car l'avocat est appelé à devenir le fil rouge de la procédure* »[2142].

La spécialisation peut donc participer à assurer l'effectivité de la défense.

2) La spécialisation au service de la défense

600. Il existe plusieurs mentions de spécialisation comme le droit des étrangers et de la nationalité, le droit pénal ou le droit public.

Cependant, la mention de ces spécialisations nous semble très large. Un avocat spécialiste en droit public a-t-il déjà défendu une personne détenue contre l'administration pénitentiaire ? Un avocat spécialiste en droit pénal a-t-il assisté une personne condamnée lors d'un débat devant le juge de l'application des peines ? Rien n'est moins sûr car, en 2018, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté indiquait qu'il était nécessaire que « *les avocats, auxiliaires de justice, soient investis tant au stade du prononcé de la peine, où ils doivent être en mesure de faire des propositions aux juridictions, que dans le processus d'aménagement de la peine ; il est indispensable que les barreaux proposent des formations sur l'application des peines, matière où la défense est encore trop peu présente* »[2143]. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté recommande ainsi d'axer davantage la formation des avocats sur le contentieux de la sanction pénale et de l'exécution des peines. Bien plus qu'une formation, une spécialisation à part entière serait pertinente. Cela serait d'autant plus opportun que lors de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats, le droit de l'exécution des peines fait partie du programme de révision de la matière « procédure

---

[2140] M. LARTIGUE, « Certificats de spécialisation : la liste des mentions s'allonge mais le nombre d'avocats « spécialisés en » stagne », *D. actu.*, 13 déc. 2021.
[2141] M. PICOT, « Avocat de l'enfant », *Dr. fam. n°7-8*, Juill. 2006, étude 37.
[2142] D. YOUF, G. MEURIN (Propos recueillis par –), « Défendre les enfants et leurs droits – entretien avec D. ATTIAS », *Les Cahiers dynamiques* n°52, éd. Érès, sept. 2011, pp. 7-8.
[2143] CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale - Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Paris, Dalloz, 2018, p. 47.

pénale »[2144]. Grâce à la spécialisation, l'avocat pourrait suivre une formation continue, ce qui assurerait une meilleure défense à la personne condamnée car « *il est indispensable de bien connaître toutes les finesses du droit pénal et de la procédure pénale pour protéger efficacement les suspects, les inculpés, les prévenus et les accusés* ».[2145]

Toutefois, au 1er janvier 2020, « *seuls 5 596 [avocats] étaient titulaires d'un ou deux certificats de spécialisation, soit environ 8 % de l'ensemble de la profession (dont 40 % de femmes et 60 % d'hommes)* »[2146]. Les avocats ne semblent malheureusement pas très enclins à faire reconnaitre leur spécialisation malgré les avantages qu'elle leur conférerait.

Les avantages de la spécialisation sont pourtant multiples. D'une part, la spécialisation assure une formation continue donc une connaissance approfondie de la matière. D'autre part, cela permet de recenser et de mettre en avant les avocats spécialisés. Ainsi, lorsqu'une personne recherche un conseil pour la défendre, elle peut se tourner vers ceux qui portent la spécialisation qui l'intéresse. De plus, la permanence des avocats peut aussi essayer de contacter en priorité les avocats qui disposent de la spécialité relative au contentieux demandé. La spécialisation semble être un moyen d'assurer une défense plus efficace.

601. Monsieur Fabrice DEFFERRARD a réfléchi à un autre moyen d'optimiser la défense pénale car « *hormis quelques praticiens spécialisés dans la matière pénale dont la liste ne dépasserait pas une page dans ce pays, les avocats « font du pénal » comme ils interviennent finalement pour n'importe quel autre contentieux. Les procureurs, comme les officiers de police judiciaire, exercent à temps plein tandis que la plupart des avocats, qu'on le veuille ou non, sont des intermittents du spectacle* »[2147]. Il constate ainsi que « *la matière pénale est devenue trop complexe, trop instable, trop dangereuse pour la confier à des avocats généralistes, quand bien même seraient-ils soucieux de leur serment et consacreraient-ils aux affaires pénales leur énergie et leur savoir-faire. Cela fait longtemps que la justice s'est spécialisée à tous les stades du processus pénal. Il est temps que la défense fasse de même* »[2148]. L'auteur propose ni plus ni moins que la création d'un corps d'avocats, en tant que service public, dont l'unique fonction serait d'assurer la défense pénale. L'accès à ce corps professionnel se ferait par concours, comme celui d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats, et la formation serait diligentée par le biais de l'École nationale de la magistrature ou des écoles d'avocat. Nous saluons l'idée audacieuse de l'auteur. Toutefois, nous nous permettons d'émettre un avis très réservé à la réalisation de cette proposition. Il y aurait donc d'un côté ces « avocats » qui se chargeraient de l'entier contentieux pénal et de l'autre côté tous les autres avocats. Combien de temps s'écoulerait-il avant que les avocats spécialisés dans d'autres matières, comme le droit des mineurs ou le droit des étrangers, demandent eux aussi la création de leur propre service public ? Dès lors, il n'y aurait plus un seul corps de métier mais plusieurs corps distincts, hermétiques. Il serait ainsi impossible pour un avocat pénaliste de continuer à défendre ses clients si leurs affaires relèvent d'autre chose que du droit pénal. L'intégration des avocats

---

[2144] Arrêté 17 oct. 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats, *JORF* n°0243 18 oct.2016, texte n°6.
[2145] R. MERLE, « La défense pénale », in *La justice pénale*, Justices 1998, n° 10, p. 91.
[2146] M. LARTIGUE, « Certificats de spécialisation : la liste des mentions s'allonge mais le nombre d'avocats « spécialisés en » stagne », *D. actu*., 13 déc. 2021.
[2147] F. DEFFERRARD, « Pour un service public de la défense pénale », *D*. 2009, p. 1213.
[2148] *Ibid*.

pénalistes dans la fonction publique – avec le manque de moyens matériels et humains que l'on lui connaît – serait contre-productif. Les avocats pénalistes ne pourraient plus choisir ni leurs affaires, ni leurs clients, ni même le montant de leurs honoraires. Il faudrait donc créer une nouvelle profession à part entière qui intégrerait la fonction publique.

Nous comprenons qu'à travers cette proposition, l'auteur a voulu mettre en avant son souci de compétence des avocats pénalistes. À notre sens, rendre plus attractif le certificat de spécialisation est un bon début. Puis, créer une spécialisation propre à l'exécution des peines serait opportun au vu de la technicité de la matière qui se trouve actuellement noyée dans la spécialité très large de « droit pénal ». Ainsi, les avocats exerçant la majeure partie de leur activité auprès du juge de l'application des peines – ou auprès du juge des enfants, du juge des libertés et de la détention en matière des étrangers, etc. – attireront l'attention d'un potentiel client.

602. Conclusion de la section 1 : La défense des personnes privées de liberté peut être optimisée par l'extension de l'intervention de l'avocat. Ce dernier peut en effet intervenir sitôt qu'une mesure privative de liberté est mise en œuvre ou qu'un acte d'enquête effectué à l'encontre d'une personne privée de liberté est réalisé. Son intervention peut consister en une simple présence ou en une assistance plus effective. Cette intervention plus fréquente de l'avocat doit, pour être efficace, s'accompagner d'une formation de qualité à l'école des avocats. Si la formation à l'école des avocats n'est pas suffisante, la formation continue notamment par le biais de la spécialisation peut assurer une bonne connaissance des contentieux. Or, une bonne connaissance des règles de droit participe à l'optimisation de la défense des personnes privées de liberté.

Section 2 : La généralisation souhaitable de l'intervention obligatoire de l'avocat

603. Parmi les différentes interventions de l'avocat imposées à la personne privée de liberté, l'intervention de l'avocat imposée aux mineurs retient notre attention. Elle pourrait ainsi servir de modèle (1er paragraphe) et être généralisée à toutes les personnes qui pourraient être considérées comme vulnérables (2nd paragraphe).

1er paragraphe : La défense des mineurs comme modèle

604. La défense des mineurs quand ils sont privés de liberté obéit à un régime particulier car l'assistance de l'avocat est imposée et son intervention ne peut être différée. Comme nous allons ensuite aborder la manière dont pourrait être généralisée l'intervention obligatoire de l'avocat, nous traiterons d'abord de l'intervention de l'avocat qui ne peut être différée (A). L'analyse de l'intervention obligatoire sera donc examinée ultérieurement (B).

A. Une intervention ne pouvant être différée

605. La manifestation de cette intervention de l'avocat auprès du mineur privé de liberté qui ne peut être différée se trouve dans les dispositions relatives à la garde à vue. En effet, lorsque la personne gardée à vue est majeure, le régime de droit commun prévoit la possibilité de déférer l'intervention de l'avocat auprès de son client. Le procureur de la République peut déférer cette intervention de douze heures, le juge des libertés et de la détention peut autoriser à différer l'intervention de l'avocat au-delà de cette douzième heure et jusqu'à vingt-quatre heures[2149]. Le régime dérogatoire – si la personne gardée à vue est soupçonnée d'une infraction apparaissant à l'article 706-73 du code de procédure pénale – repousse l'intervention de l'avocat jusqu'à soixante-douzième heure[2150].

Le droit français n'est pas une exception car le droit britannique prévoit également le report de l'intervention de l'avocat à la quarante-huitième heure si la personne gardée à vue est soupçonnée d'avoir commis une infraction terroriste[2151]. De plus, la directive européenne du 22 octobre 2013 prévoit deux cas de report de l'intervention de l'avocat. Tout d'abord, « *lorsqu'il existe une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne et lorsqu'il est impératif que les autorités qui procèdent à l'enquête agissent immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale* »[2152]. Puis, « *lorsqu'il est impossible, en raison de l'éloignement géographique d'un suspect ou d'une personne poursuivie, d'assurer le droit d'accès à un avocat sans retard indu après la privation de liberté* »[2153]. Les modalités de ce report sont précisées au premier paragraphe de l'article 8

[2149] Art. 63-4-2, al. 5 CPP.
[2150] Art. 706-88, al. 6 CPP.
[2151] Site du gouvernement britannique : (https://www.gov.uk/arrested-your-rights/legal-advice-at-the-police-station).
[2152] Art. 3, § 6 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).
[2153] Art. 3, § 5 Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen,

de cette même directive. Ainsi, il ne peut s'agir que d'« *une dérogation temporaire [qui] doit […] être proportionnée et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire […] avoir une durée strictement limitée […] ne pas être fondée exclusivement sur la nature ou sur la gravité de l'infraction alléguée […] ne pas porter atteinte à l'équité générale de la procédure* ».

606. Or, pour ce qui est des mineurs placés en garde à vue, aucun report de l'intervention de l'avocat n'est autorisé par les textes. En effet, les articles de la section du code de la justice pénale des mineurs régissant la garde à vue ne prévoient pas un tel report. Mieux encore, elles réaffirment le caractère obligatoire de l'assistance par un avocat et ce, dès le début de la mesure[2154]. L'article 706-88, relatif au régime dérogatoire de garde à vue, est applicable au mineur de plus de seize ans quand une ou des personnes majeures sont soupçonnées d'avoir participé à la commission de l'infraction « *à l'exception [du] sixième alinéa* »[2155], alinéa relatif à l'intervention différée de l'avocat.

Le législateur exclut donc explicitement le report de l'intervention de l'avocat pour le mineur et ce, quel que soit l'âge de ce dernier et quels que soient les faits reprochés. Pourquoi l'intervention de l'avocat serait-elle particulièrement gênante pour les enquêteurs, au point de la différer, quand la personne gardée à vue est majeure ? Pourquoi n'est-ce pas le cas quand la personne est mineure ? En réalité, l'intervention de l'avocat n'est pas différée lors de la garde à vue d'un mineur car les mineurs font l'objet d'une très grande protection dans l'exercice de leurs droits[2156].

607. Bien que la personne majeure ne bénéficie pas d'une protection aussi accrue de ses droits, il serait essentiel de renoncer à différer l'intervention de l'avocat, peu importe l'infraction recherchée. En effet, si l'avocat peut intervenir à tout moment lors de la garde à vue d'un mineur, cela démontre bien que l'avocat n'est pas un obstacle à l'enquête. Ainsi, la raison du report de l'intervention prévue par la directive de 2013 selon laquelle les enquêteurs doivent agir immédiatement doit être écartée. La nécessité urgente de prévenir une atteinte à la vie ne peut être davantage retenue car ni l'entretien avec avocat, ni l'assistance de celui-ci ne constituent un obstacle à cette prévention. À moins que l'intervention de l'avocat n'empêche les enquêteurs d'obtenir par des moyens de pression certaines informations. Dans ce cas, l'intervention de l'avocat est d'autant plus importante pour s'assurer du respect du principe de la dignité humaine. Enfin, la directive européenne du 12 octobre 2013 indique qu'une limite à ce report est l'atteinte à l'équité de la procédure. Or, le report de l'intervention de l'avocat constitue nécessairement une atteinte à l'équité de la procédure puisque la personne est empêchée dans son exercice des droits de la défense. Cette atteinte est encore plus importante quand la durée de la garde à vue fait l'objet de prolongations car la personne est privée de liberté sur une plus longue période et l'intervention de son conseil peut être reportée jusqu'à la soixante-douzième heure.

---

au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013).

[2154] Art. L. 413-9 CJPM.

[2155] Art L. 413-11 CJPM.

[2156] Cette grande protection ressort notamment de la convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989, du Préambule de la Déclaration des droits de l'enfant et de la directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

Au vu de ces éléments, la possibilité du report de l'intervention de l'avocat auprès des majeurs doit être abandonnée. Notons que le Comité européen pour la prévention de la torture a proposé une solution dans le cadre de ce report d'intervention. Il a ainsi déclaré : « *la possibilité, pour le procureur ou le juge, de différer l'exercice du droit d'être assisté par un avocat, y compris lors des auditions et confrontations, ne devrait viser que l'avocat du choix de la personne gardée à vue ; en cas de recours à cette possibilité, il convient d'organiser l'accès à un autre avocat, qui peut, en l'espèce, être désigné par le bâtonnier* »[2157]. Selon le Comité, le report ne peut concerner que l'avocat choisi par la personne gardée à vue. La méfiance n'est pas alors portée à l'encontre de la profession d'avocat en elle-même mais à un avocat pris individuellement quand il a été choisi. Nous restons sceptique face à cette crainte vis-à-vis de l'avocat quand il a été choisi par l'intéressé. Par ailleurs, cela constituerait une atteinte au libre choix de l'avocat puisque le conseil qui l'assisterait concrètement ne serait pas le conseil de son choix. Par conséquent, nous préférons nous opposer de manière péremptoire à toute forme de report de l'intervention de l'avocat.

Si cependant, le législateur décidait de maintenir les dispositions relatives au report de l'intervention de l'avocat, ce report devrait être davantage encadré. Ainsi, le régime dérogatoire, prévu à l'article 706-88 du code de procédure pénale devrait s'aligner sur le régime de droit commun de l'article 63-4-2 et le juge des libertés et de la détention devrait rendre une décision « écrite et motivée » pour justifier un tel report. De cette façon, les droits de la défense seraient respectés de manière identique entre régime commun et régime dérogatoire. Nous proposons même d'aller encore plus loin car le régime de droit commun se réfère à une « autorisation » écrite et motivée qui n'est donc pas susceptible de recours. Plutôt que de rendre une simple autorisation, le juge des libertés et de la détention pourrait rendre une ordonnance spéciale en matière de report de l'intervention de l'avocat – que ce soit dans le cadre du régime commun ou du régime dérogatoire – contre laquelle l'avocat pourrait interjeter appel. La chambre de l'instruction pourrait alors être saisie en urgence et devrait se prononcer sur ce report dans un très court délai[2158]. Ainsi, l'intervention de l'avocat auprès de la personne gardée à vue ferait l'objet d'une plus grande protection.

Le régime des mineurs implique également une intervention obligatoire de l'avocat.

B. Une intervention obligatoire

608. « *Le mineur n'est plus envisagé comme « un adulte en miniature » mais comme un sujet de droit spécifique, un être en évolution, relevant d'une justice « sur mesure »* »[2159]. En effet, le mineur peut comparaitre devant des juridictions spécialisées – juge des enfants, tribunal pour enfants… En outre, s'il est reconnu coupable d'une infraction, des mesures éducatives, qui ne sont applicables qu'aux mineurs, peuvent être prononcées – avertissement

[2157] Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 15 au 27 novembre 2015, 7 avr. 2017, p. 18, n°22.

[2158] À l'instar du recours auprès du juge des libertés et de la détention en cas de refus d'accès à l'entier dossier que nous proposons au paragraphe § n° 537.

[2159] R. OTTENHOF, « La spécialisation des fonctions et des juridictions en droit pénal des mineurs » in *Droit pénal contemporain- Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Paris, Cujas, 1989, pp. 408-409.

judiciaire, mesure éducative judiciaire – et à l'inverse, certaines peines ne sont pas applicables aux mineurs comme l'interdiction du territoire français. Au sein de cette « justice sur mesure », il est possible d'évoquer le droit à l'assistance d'un avocat. Certes, le terme « justice » désigne plutôt d'ordinaire l'institution judiciaire mais l'avocat est un auxiliaire de justice. Dès lors, il fait partie à notre sens de cette « justice sur mesure » accordée au mineur.

En effet, l'intervention de l'avocat est imposée au mineur quel que soit son âge et quel que soit le contentieux en cours – à l'exception des rétentions pour vérification d'identité et de la retenue pour soupçon d'acte terroriste. Comme pour les adultes, il convient de garantir le droit à l'assistance d'un avocat durant la mise en œuvre de ces mesures privatives de liberté. Pour l'heure, le mineur est uniquement assisté de ses représentants légaux lors de l'exécution de ces mesures privatives de liberté. Ils seront donc écartés au profit de l'avocat qui apportera une réelle assistance juridique. Le régime selon lequel le mineur est obligatoirement assisté d'un avocat s'appliquera dans ces cas-là également.

609. Pourquoi garantir une telle assistance aux mineurs lorsqu'ils sont privés de liberté ? Tout d'abord, selon la Convention internationale des droits de l'enfant, parce que l'intérêt supérieur de l'enfant[2160] commande qu'il jouisse systématiquement d'une assistance juridique[2161]. En outre, la privation de liberté renforce le besoin d'une assistance obligatoire par l'avocat car le mineur se trouve « *dans une situation de particulière vulnérabilité lorsqu'[il est] privé de liberté* »[2162]. Le Contrôleur général des lieux de privation a lui aussi constaté « *l'importance du rôle de l'avocat du mineur privé de liberté impliqué dans une procédure pénale* »[2163]. La Cour européenne des droits de l'Homme souligne également « *l'importance fondamentale de la possibilité pour tout mineur placé en garde à vue d'avoir accès à un avocat pendant cette détention […] compte tenu de la vulnérabilité particulière des mineurs, de leur degré de maturité et de leurs capacités sur les plans intellectuel et émotionnel* »[2164]. La Cour de Strasbourg prend en considération un autre critère : les capacités sur le plan émotionnel. Ce critère est tout à fait juste car le mineur peut être impressionné et déstabilisé par la mesure de privation de liberté dont il fait l'objet.

Il semble évident que la privation de liberté joue un rôle déterminant dans le caractère obligatoire de l'assistance par un avocat. Dès lors, si l'on reconnait que la privation de liberté place les mineurs dans une situation de particulière vulnérabilité au point de devoir garantir systématiquement une intervention obligatoire de l'avocat, pourquoi ne pas appliquer ce même régime aux personnes majeures privées de liberté ?

Il apparait donc nécessaire de généraliser l'intervention obligatoire de l'avocat à toutes les personnes privées de liberté.

[2160] Art. 3 Conv. Intern. des droits de l'enfant : « *1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

[2161] Préambule, Déclaration des droits de l'enfant, 20 novembre 1959 : « *Considérant que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance* ».

[2162] Préambule de la directive du 11 mai 2016 : « *45. Les enfants se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable lorsqu'ils sont privés de liberté* ».

[2163] CGLPL, *Droits fondamentaux des mineurs enfermés*, Dalloz, 2021, pp. 89-90.

[2164] CEDH Gr. Ch., 23 mars 2016, BLOKHIN c/ Russie, n°47152/09, § 199.

2nd paragraphe : La généralisation de l'intervention obligatoire aux personnes les plus vulnérables

610. Parmi les personnes privées de liberté, certaines doivent impérativement bénéficier d'une intervention obligatoire : les personnes étrangères (A). Peut-être serait-il également pertinent d'étendre cette assistance obligatoire à toutes les personnes privées de liberté si nous les considérons toutes comme personnes vulnérables (B).

A. L'intervention obligatoire auprès de personnes particulièrement vulnérables : les étrangers

611. Les auteurs ayant analysé la jurisprudence en matière de droit des étrangers, plus particulièrement en matière de rétention administrative, ont relevé quelques décisions surprenantes rendues durant la période de confinement du premier 2020. En principe, la rétention administrative ne doit pas excéder soixante jours[2165] et ce n'est que dans le cadre de circonstances très précises et exceptionnelles qu'elle peut être portée à une période maximale pouvant aller jusqu'à soixante-quinze jours, à savoir l'obstruction par la personne étrangère de l'exécution d'office de la décision d'éloignement, le dépôt d'une demande d'asile « *dans le seul but de faire échec à la décision d'éloignement* »[2166]… Or, lors du premier confinement du mois de mars 2020, des personnes étrangères ont vu la durée de leur rétention administrative être prolongée au-delà de soixante jours et « *certains juges iront même jusqu'à expliquer que l'enfermement de l'étranger sans domicile est destiné à le protéger contre une contamination par le virus* »[2167]. La prolongation de la rétention administrative a donc été illégale puisque les juges administratifs ont mis en avant un motif qui n'a été prévu ni par la loi ni par les ordonnances rendues lors de l'état d'urgence sanitaire.

Par ailleurs, le Conseil d'État, statuant en tant que juge d'appel d'un référé-liberté, a constaté que l'autorité administrative a pu procéder à des éloignements d'étrangers, placés auparavant dans des centres de rétention administrative, malgré les restrictions par de nombreux États de l'entrée sur leur territoire et malgré la baisse des transports aériens. De ce fait, le Conseil d'État a estimé que « *la fermeture temporaire de l'ensemble des centres de rétention administrative [ne devait pas être ordonnée, au motif d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir] […] alors que la loi donne au juge des libertés et de la détention compétence pour mettre fin à la rétention lorsqu'elle ne se justifie plus pour quelque motif que ce soit* »[2168]. Le petit nombre de personnes étrangères ayant fait l'objet d'une mesure d'éloignement a suffi à justifier le maintien en centre de rétention administrative de toute personne étrangère, le juge administratif renvoyant au juge des libertés et de la détention la charge de mettre fin à cette mesure quand les conditions ne seraient plus remplies. De plus, par ordonnance rendue le 7 mai 2020, le Conseil d'État a estimé que le maintien au centre de

---

[2165] Art. L. 742-4 CESEDA.
[2166] Art. L. 742-5 CESEDA.
[2167] CAA Douai, 20 mars 2020, n° 20/00500 cité par K. PARROT dans O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2021, p. 255.
[2168] CE 27 mars 2020, n° 439720, *AJDA* 2020, p. 700.

rétention administrative de personnes étrangères testées positives au covid-19 ne portait pas une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie, au droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants ou au droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé tout en reconnaissant qu'il était « *acquis, et non contesté par le ministre de l'intérieur, qu'aucun étranger contaminé par le virus covid-19 ne saurait faire l'objet d'un éloignement tant qu'il demeure malade et contagieux* »[2169]. Cette solution semble paradoxale car le Conseil d'État reconnait que les personnes étrangères, positives au covid-19, doivent être maintenues au centre de rétention administration tout en admettant que, du fait de leur état de santé, elles ne feront pas l'objet d'une mesure d'éloignement.

612. L'ensemble de ces décisions, propres au contexte de la crise sanitaire due au covid-19, nous laisse penser que les droits des personnes étrangères – notamment au respect de la vie et à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants – sont écartés au profit de l'exécution d'une mesure d'éloignement. Au vu de l'atteinte importante à leurs droits, la constitution obligatoire d'un avocat pour ces personnes étrangères ne serait pas inintéressante, afin qu'un professionnel du droit représente leurs intérêts.

Un lien peut être fait avec les personnes détenues qui n'ont pas été non plus libérées en grand nombre afin de prévenir le risque de propagation du virus[2170]. Selon nous, la vulnérabilité des personnes étrangères est encore plus prégnante. Pourquoi l'assistance de l'avocat est-elle imposée aux mineurs et aux majeurs protégés ? Selon le Préambule de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 parce que « *l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée* ». Cette analyse peut également s'appliquer aux majeurs protégés qui se trouvent également vulnérables du fait de leur manque de maturité physique et intellectuelle.

La maturité physique de la personne étrangère privée de liberté n'est pas mise en cause mais sa maturité intellectuelle l'est. Nous ne remettons, bien évidemment, pas en cause les capacités intellectuelles des personnes étrangères à comprendre la situation dans laquelle elles se trouvent lors d'une rétention administrative. Cependant, la personne étrangère ne comprend peut-être pas la langue française ou ne saisit pas les règles procédurales. Cette situation de privation de liberté dans un pays qui n'est pas le sien ou face à des interlocuteurs qui ne parlent pas la langue de la personne étrangère constitueraient une situation de particulière vulnérabilité. Dès lors, si le législateur admet que la particulière vulnérabilité est un motif pour prévoir l'assistance obligatoire d'un avocat, il nous parait évident de garantir l'assistance obligatoire d'un avocat auprès d'une personne étrangère privée de liberté, en particulier dans le cadre d'une rétention administrative.

En outre, nous proposons de rendre l'intervention de l'avocat obligatoire pour toutes les personnes privées de liberté étrangères et non pas seulement pour celles placées en rétention

---

[2169] CE 7 mai 2020, n° 440255, *AJDA* 2020, p. 974.

[2170] K. PARROT, « Rétention administrative des étrangers et épidémie de Covid-19 : inégalités et illégalités », *Plein droit*, éd. GISTI, 2020/2, n° 125, p. 45 : « *Au nombre des mesures permettant d'éviter l'apparition de nouveaux foyers de contamination et de ralentir la propagation du virus, la fermeture des centres de rétention administrative (CRA) et la libération d'une grande partie des personnes enfermées en prison s'imposaient : la forte promiscuité, associée aux conditions d'hygiène déplorables qui règnent dans ces lieux d'enfermement, en font naturellement des zones à haut risque pour leurs occupant·es*. ».

administrative. En effet, peu importe la mesure privative de liberté mise en œuvre, la personne étrangère peut être assimilée à une personne particulièrement vulnérable. À ce titre, il convient de lui assurer une protection particulièrement importante de ses droits de la défense. Cette protection peut être assurée par l'assistance imposée d'un avocat.

Ce statut de personne particulièrement vulnérable pourrait également être reconnu à toute personne privée de liberté.

B. La personne privée de liberté reconnue comme personne vulnérable

613. Il nous semble évident que la personne privée de liberté, quelle que soit la mesure privative de liberté mise en œuvre, doit être reconnue comme particulièrement vulnérable (1). En revanche, cette vulnérabilité nous semble moindre lorsque la privation de liberté est seulement encourue (2).

1) La reconnaissance évidente de la particulière vulnérabilité de la personne privée de liberté

614. Une telle vulnérabilité devrait être reconnue à toute personne privée de liberté (a). Cependant, elle n'est pas sans conséquence au regard du financement par l'État de l'intervention de l'avocat (b).

a) Une reconnaissance assurée au bénéfice de toute personne privée de liberté

615. La directive européenne du 11 mai 2016[2171] instaurant des garanties procédurales pour les mineurs poursuivis dans le cadre d'une procédure pénale indique que les mineurs privés de liberté se trouvent « *dans une situation de particulière vulnérabilité* »[2172]. Les mineurs sont des personnes vulnérables – les régimes de protection dont ils bénéficient le prouvent – mais la privation de liberté les fait devenir particulièrement vulnérables. Dès lors, s'il est reconnu que la privation de liberté rend les mineurs particulièrement vulnérables, pourquoi cette privation de liberté ne rendrait pas également les personnes majeures vulnérables ?

Nous avons abordé à plusieurs reprises le régime de la garde à vue. Pour que l'optimisation de la défense soit totale lors de l'exécution de cette mesure, il convient d'imposer la défense par un avocat à la personne gardée à vue. Cette intervention obligatoire est nécessaire car, si la saisine du juge des libertés et de la détention est admise lors de l'accès restreint au dossier par l'avocat, cette saisine devrait être effectuée par un professionnel du droit. Ce dernier connaitrait les règles procédurales, les délais imposés par la loi et surtout, les arguments à présenter au juge des libertés et de la détention pour que l'accès soit total. De plus, s'il est également admis que l'on peut demander la réalisation de certains actes d'enquête lors d'une garde à vue, cette

[2171] Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L. 132/1, 21 mai 2016, pp. 1-20.

[2172] Préambule de la directive du 11 mai 2016 : « *45. Les enfants se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable lorsqu'ils sont privés de liberté* ».

demande devrait être faite par un avocat qui connait les différents actes d'enquête qui peuvent être demandés et connait également leur pertinence. Si l'avocat n'intervient pas de manière obligatoire, ce sera à la personne gardée à vue de faire cette demande. « *C'est bien lorsque l'intéressé est suspecté d'avoir commis une infraction qu'il a besoin de se défendre. La contrainte employée à son égard ne fait que renforcer cette exigence, en raison de la vulnérabilité qu'elle crée* »[2173]. Or, au vu de la durée de la garde à vue et de l'enfermement qu'elle subit, la personne peut ne pas penser à tous les actes d'enquête qu'il serait opportun de demander.

L'avantage de prévoir l'intervention obligatoire de l'avocat en garde à vue est que cette intervention obligatoire sera également prévue pour les autres mesures privatives de liberté dont les procédures renvoient aux dispositions régissant la garde à vue. Par exemple, l'avocat interviendrait systématiquement lors d'une retenue douanière. Nous avons évoqué la nécessité de faire intervenir l'avocat auprès de personnes privées de liberté qui ne bénéficient pas à ce jour de l'assistance d'un avocat – rétention pour vérification d'identité et retenue pour soupçon d'acte terroriste. Bien évidemment, nous recommandons que l'avocat intervienne de manière imposée auprès de ces personnes puisqu'elles sont privées de liberté.

De plus, lors de la phase sentencielle, la personne prévenue ne comparait pas toujours libre. En effet, si elle était placée en détention provisoire, il est possible qu'une ordonnance de maintien en détention ait été rendue. La personne prévenue – ou accusée – n'a pas alors pu préparer dans de bonnes conditions sa défense du fait de son enfermement. En effet, il lui est plus difficile de demander la convocation de témoins ou de rassembler des pièces pour discuter de l'accusation portée à son encontre ou pour proposer une peine adaptée. L'avocat se trouve à l'extérieur, il lui sera plus facile de réaliser ces différents actes.

Enfin, la personne détenue ne bénéficie pas d'une intervention obligatoire de l'avocat. Qu'il s'agisse d'une comparution devant le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines, devant la commission de discipline en détention ou de discussion avec l'administration pénitentiaire sur l'organisation de sa détention, la personne détenue a toujours la possibilité de se défendre seule. L'intervention obligatoire de l'avocat à ses côtés serait cependant bienvenue. Comme pour la phase sentencielle, le placement en établissement pénitentiaire ne lui permet pas de recueillir et de transmettre sereinement des justificatifs pour obtenir un aménagement de peine. Certes, les services pénitentiaires d'insertion et de probation sont là pour épauler la personne détenue dans son projet de réinsertion mais la présence d'un avocat travaillant de concert avec le conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation ne serait pas inintéressante. L'avocat a pu rencontrer les membres de la famille ou les proches de la personne détenue afin de leur indiquer les démarches à suivre pour obtenir un permis de visite. Ainsi, le contact établi entre l'avocat et l'entourage de la personne détenue facilite l'obtention de justificatifs. L'avocat peut également travailler en amont avec la personne détenue le projet d'aménagement de peine le plus adapté à sa situation. Pour finir, pour ce qui est des contentieux qui opposent la personne détenue à l'administration pénitentiaire, la présence *a minima* d'un avocat auprès de la personne détenue nous semble opportune. Lors de la mise en œuvre de la procédure disciplinaire, l'intervention de l'avocat ne se limite pas à une simple présence mais consiste en une réelle assistance. L'avantage d'une telle intervention obligatoire de l'avocat lors

[2173] J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D*. 2011, p. 1699.

d'une comparution devant la commission de discipline est double. D'une part, l'avocat pourrait faire des demandes relatives à l'instruction du dossier – comme demander l'audition de témoins ou que l'extraction d'images issues des caméras de surveillance. D'autre part, si la personne détenue souhaite contester la sanction prononcée, l'avocat saura exercer les voies de recours adéquates. Maître Virginie BIANCHI a ainsi constaté, à juste titre que « *le point commun de ces défenses [en matière disciplinaire, en comparution immédiate ou en droit des étrangers] est bien souvent l'urgence, mais surtout un public de justiciables touchés par la pauvreté et l'exclusion, peu au fait de leurs droits, face à des « juridictions » peu soucieuses de ceux qu'elles ont à juger. Et c'est justement pour cela, avec le peu de moyens dont ils disposent, avec le peu de garanties procédurales auxquelles ils peuvent prétendre, que les avocats doivent impérativement être présents dans ces procédures d'exception et dont les conséquences ne sont jamais négligeables, tant humainement - les suicides sont beaucoup plus fréquents au quartier disciplinaire qu'en détention « normale » - qu'en matière d'aménagements de peine* »[2174].

Il ressort de ces propositions que nous faisons dépendre le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat de la seule qualité de personne privée de liberté. Contrairement au droit suisse qui impose l'intervention de l'avocat à compter d'une certaine durée de privation de liberté[2175], nous proposons de ne pas tenir compte du critère de la durée de la privation de liberté.

616. Ces développements peuvent laisser penser que nous estimons que la personne privée de liberté n'est pas capable d'assumer seule sa défense. Nous ne remettons aucunement en cause cette capacité, nous tentons de présenter les propositions les plus judicieuses pour optimiser la défense des personnes privées de liberté. Faire intervenir un avocat aux côtés d'une personne privée de liberté augmente – ou en tout cas ne diminue pas – ses chances de succès. Nous reconnaissons toutefois que le caractère obligatoire de cette intervention peut « *susciter une forme d'incompréhension de la part du justiciable. […] Cette incompréhension est particulièrement nette concernant les frais occasionnés pour l'exercice de leur défense* »[2176]. Cependant, les personnes privées de liberté peuvent avoir recours à l'aide juridictionnelle si elles en remplissent les conditions. Les frais de justice peuvent donc être partiellement voire totalement pris en charge.

Cette prise en charge ne sera pas sans conséquence.

b) L'obstacle du financement

617. « *La privation de liberté à elle seule ne saurait priver les personnes enfermées de leur qualité de sujets de droit. Elle ne doit jamais avoir pour effet de restreindre l'exercice effectif des prérogatives ou obligations qui en découlent. Les personnes privées de liberté disposent d'un droit au droit, dont les autorités en charge des lieux d'enfermement doivent*

[2174] V. BIANCHI, « La défense en matière disciplinaire », *AJ pénal* 2005, p. 407.
[2175] Art. 130 CPP suisse.
[2176] C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré – Étude des transformations du jugement pénal*, Th., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de Thèses, volume 120, 2012, § 396, p. 423.

garantir l'effectivité »[2177]. Par ses recommandations minimales, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté rappelle la qualité de « sujet de droit » des personnes privées de liberté et, à ce titre, de leur « droit au droit ». À travers cette formule, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté fait référence au droit à l'accès au droit. Ce droit est notamment renforcé par l'aide juridictionnelle qui assure un droit à l'assistance à l'avocat aux personnes les plus démunies.

Nous proposons donc que l'avocat intervienne obligatoirement sitôt qu'une personne est privée de liberté. Si l'avocat intervient plus fréquemment, le recours à l'aide juridictionnelle sera considérablement plus important. Or, « *le gouvernement qu'il soit de gauche ou de droite est préoccupé depuis longtemps par le coût et la rationalisation des choix des dépenses à faire, la justice n'étant pas une priorité première parmi les nombreuses à satisfaire. Les chiffres parlent d'eux-mêmes : de plus de 382.000 en 1992, le nombre d'admissions au bénéfice de l'AJ est passé à 985.110 en 2017 ; les dépenses budgétaires liées à l'AJ sont passées de 317 millions d'euros en 2013 à 484 millions en 2020. Cependant, pour l'année 2016, le budget français réservé pour l'aide juridictionnelle est de 5,06 € par habitant et se situe au-dessous de la moyenne européenne de 6,5 € et de loin derrière plusieurs États européens, tels par exemple la Suède ou les, Pays-Bas (Rapp. du Conseil de l'Europe Commission européenne pour l'efficacité de la justice [CEPEJ] en 2018 pour l'année 2016)* »[2178].

Nous avons conscience que le financement d'une telle intervention augmentée de l'avocat auprès des personnes privées de liberté représente un réel obstacle. Aborder le financement de l'aide juridictionnelle a été décrit comme « *évoquer l'épouvantable chimère à mille têtes* »[2179]. La problématique n'est, hélas, pas nouvelle. Il nous est, malheureusement, difficile de proposer une solution pour contrer cet ancien problème du financement de l'aide juridictionnelle. Cependant, malgré ce problème de financement, nous maintenons l'ensemble de nos propositions.

Si la vulnérabilité des personnes privées de liberté est évidente, celle des personnes encourant une mesure privative de liberté l'est moins.

2) La vulnérabilité moindre des personnes encourant une mesure privative de liberté

618. « *Traditionnellement, le recours à l'assistance obligatoire d'un avocat est envisagé dans des situations marquées par la situation de vulnérabilité du bénéficiaire de ce*

[2177] Recommandations minimales du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté, JORF 4 juin 2020, texte n°88, § 165.

[2178] P. LINGIBÉ, « Le nouveau dispositif d'aide juridictionnelle cuvée 2021 : avancée réelle ou réforme en trompe-l'œil ? », *D. actu*., 18 janv. 2021.

[2179] M. BABONNEAU, : « *Parler du financement de l'aide juridictionnelle, c'est un peu évoquer « l'épouvantable chimère à mille têtes » d'Hugo. Car il n'y a, dans ce sujet, que des antagonismes. D'un côté, une Chancellerie qui n'a pas beaucoup d'argent à offrir, contrainte par un ministère des Finances qui n'en a que faire. De l'autre, les instances représentatives de la profession d'avocat qui voudraient bien que leurs propositions voient le jour mais doivent se contenter, depuis un certain nombre d'années, de bien maigres gages. Il y a les justiciables démunis. Et puis, les avocats. Ceux qui travaillent à l'aide juridictionnelle pour vivre et survivre, ceux pour qui c'est un devoir de défendre à bas prix des justiciables qui n'ont pas les moyens de s'offrir un conseil, ceux qui s'en moquent et, enfin, ceux qui n'en font pas mais qui soutiennent leurs confrères. Enfin, une opinion publique qui n'est guère émue par les atermoiements d'une profession qu'elle imagine riche à millions* ».

droit. Il peut s'agir d'une fragilité de type personnel – au regard des caractéristiques de la personne bénéficiaire – ou d'une fragilité résultant de la gravité exceptionnelle de la situation procédurale dans laquelle elle se trouve »[2180]. Ce raisonnement est tout à fait juste, le caractère obligatoire de l'intervention de l'avocat est défini soit par la qualité de l'intéressé – mineur, majeur protégé…– soit par la procédure – session de cour d'assises, débat sur l'admission en soins psychiatriques sans consentement…

Si une personne majeure, non protégée, encourt seulement une mesure privative de liberté, doit-elle bénéficier systématiquement de l'assistance d'un avocat ? Le caractère obligatoire de cette assistance ne nous semble pas nécessaire. En effet, l'intervention obligatoire de l'avocat se justifie par la particulière vulnérabilité de l'intéressé. Or, le simple fait d'encourir une mesure privative de liberté ne suffit pas à démontrer une particulière vulnérabilité. En effet, la personne n'est pas empêchée dans l'exercice de ses droits de la défense et peut ainsi préparer dans de bonnes conditions cette dernière.

Un prévenu libre comparant devant le tribunal correctionnel peut ainsi se charger de recueillir des documents attestant de son innocence, tout comme le condamné libre a facilement accès aux justificatifs nécessaires pour demander un aménagement de peine. De plus, dans ces deux occurrences, la personne dispose de son droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat. Il ne lui est pas imposé mais elle peut tout à fait l'exercer si elle le souhaite.

Pour ce qui est de l'information judiciaire, est-il nécessaire de faire intervenir de manière obligatoire l'avocat auprès de la personne majeure mise en examen comparant devant le juge d'instruction ? Il s'agit de la seule matière où une reconnaissance explicite de l'intervention obligatoire de l'avocat serait bienvenue. En effet, la législation actuelle prévoit une intervention implicite de l'avocat auprès de la personne qui comparait devant le juge d'instruction lors de son interrogatoire de première comparution. Lorsque la personne comparait assistée d'un avocat, le juge d'instruction procède immédiatement à l'interrogatoire[2181]. À l'inverse, si la personne n'est pas assistée d'un avocat lors de sa comparution, son droit à l'assistance d'un avocat lui est notifié. Si la personne décide alors de l'exercer, l'avocat choisi ou le Bâtonnier sont alors informés « *par tout moyen et sans délai* »[2182]. Si elle décide au contraire de ne pas exercer son droit, le juge d'instruction ne peut que recueillir ses déclarations ou prendre acte de son droit à garder le silence car, aux termes de l'alinéa cinq de l'article 116 du code de procédure pénale, « *l'accord pour être interrogé ne peut être donné qu'en présence d'un avocat* ». Garantir l'assistance obligatoire de l'avocat lors de l'interrogatoire de première comparution permettrait d'entériner son rôle essentiel lors de l'instruction. En outre, l'assistance de l'avocat est obligatoire devant le juge des libertés et de la détention qui doit statuer sur une éventuelle détention provisoire. Il serait donc logique de prévoir l'assistance d'un avocat dès l'interrogatoire de première comparution. Ainsi, le droit des majeurs s'alignerait sur le droit des

---

[2180] C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré – Étude des transformations du jugement pénal*, Th., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de Thèses, volume 120, 2012, § 389, p. 416.
[2181] Art. 116, al. 4 CPP : « *Lorsqu'il a été fait application des dispositions de l'article 80-2 et que la personne est assistée d'un avocat, le juge d'instruction, après l'avoir informée de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire, procède à son interrogatoire ; l'avocat de la personne peut présenter ses observations au juge d'instruction* ».
[2182] Art. 116, al. 5 CPP.

mineurs car le code de la justice pénale des mineurs prévoit l'assistance obligatoire de l'avocat auprès du mineur au stade de l'information judiciaire[2183].

619. Conclusion de la section 2 : La défense du mineur privé de liberté obéit à des règles particulières. D'une part, l'intervention de l'avocat ne peut être reportée, d'autre part elle est imposée au mineur. Le mineur bénéficie d'une telle intervention car il est considéré comme personne vulnérable. Lors de l'exécution d'une mesure privative de liberté, il est même considéré comme une personne particulièrement vulnérable. Dès lors, la réglementation de sa défense pourrait constituer un modèle pour optimiser la défense des personnes privées de liberté. L'intervention obligatoire de l'avocat nous parait évidente auprès des personnes étrangères privées de liberté qui peuvent aussi être considérées comme particulièrement vulnérables du fait de la barrière de la langue. De plus, toute personne privée de liberté peut être reconnue comme personne vulnérable – du fait de la privation de liberté – ce qui justifierait l'intervention obligatoire de l'avocat auprès de chacune de ces personnes, bien que cela représente un financement très important pour l'État. Enfin, pour ce qui est des personnes encourant seulement une mesure privative de liberté, il serait plus judicieux de prévoir uniquement l'intervention obligatoire de l'avocat lors d'une information judiciaire. À l'inverse, les personnes prévenues encourant une peine privative de liberté n'ont pas à bénéficier d'une assistance obligatoire par l'avocat.

[2183] Art. L. 431-1, al. 3 CJPM : « *[Le juge d'instruction] précise également qu'à défaut de choix d'un avocat par le mineur ou ses représentants légaux, [il] fera désigner un avocat d'office par le bâtonnier* ».

Conclusion du chapitre 2

625. L'optimisation de la défense des personnes privées de liberté implique nécessairement une revalorisation de l'intervention de l'avocat. Cette revalorisation se manifeste par la garantie de l'intervention de l'avocat à toutes les personnes privées de liberté.

En effet, certains actes, accomplis en présence d'une personne privée de liberté, et certaines mesures privatives de liberté elles-mêmes étaient exécutées sans que l'avocat n'intervienne. Or, « *Maître Jean-Yves Moyart avait eu l'occasion de dire de l'avocat pénaliste qu'il est le frère en humanité de son client. Sans empathie, sans humanisme, sans la capacité de faire accéder les actes de son client à la compréhension de ceux qui doivent le juger, la technique juridique pourrait n'être qu'une sale manie* »[2184]. Rien ne justifie l'absence de garantie du droit à l'assistance d'un avocat. La mesure privative de liberté peut être d'une courte durée ou représenter des enjeux de sécurité publique importants, les droits de la défense doivent être garantis à tout prix.

Bien entendu, l'intervention de l'avocat étant plus fréquente et généralisée à toutes les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté, il est indispensable de renforcer la formation des avocats. Une formation de qualité participe à assurer une défense plus efficace car un avocat bien formé sera plus à même de défendre les intérêts de son client. Cette formation peut se faire à l'école des avocats ou de manière continue dans le cadre d'un certificat de spécialisation.

Enfin, afin de s'assurer d'une défense plus efficace des personnes privées de liberté, il serait intéressant de multiplier les procédures au cours desquelles l'avocat interviendra de manière obligatoire car « *ces droits de la défense ne sont correctement et complètement garantis qu'en présence d'un avocat ; sans lui, ils sont amoindris, amputés...* »[2185]. Pour ce faire, le système de défense des mineurs pourrait servir de modèle : l'intervention de l'avocat serait obligatoire et ne pourrait être différée.

Cette nouvelle réglementation de l'intervention obligatoire de l'avocat doit être garantie aux personnes considérées comme particulièrement vulnérables. Il est évident que les personnes étrangères privées de liberté doivent en bénéficier mais toute personne privée de liberté – du fait de son enfermement – se retrouve en situation de particulière vulnérabilité et pourrait donc en bénéficier aussi.

[2184] J. - B. THIERRY, « Maître Mô, Au guet-apens, Chroniques de la justice pénale ordinaire, La Table ronde, 2011 », AJ pénal 2021, p. 125.

[2185] C. AMBROISE- CASTEROT, « Droits de la défense et secret de l'instruction », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD- Justices et droits du procès Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010, p. 892.

Conclusion du Titre II

625. Pour que la défense des personnes privées de liberté soit optimisée, il faut tout d'abord s'intéresser à l'optimisation des missions exercées par l'avocat.
Ainsi, plusieurs propositions ont été faites pour améliorer ponctuellement les missions de l'avocat lorsqu'elles sont exercées. Ces propositions n'ont été que ponctuelles car l'exercice des missions est satisfaisant au regard des exigences des droits de la défense – droit de contester l'accusation, principe du contradictoire… L'optimisation de ces missions consiste surtout à renforcer le principe du contradictoire et le droit au recours.

L'optimisation des missions exercées par l'avocat, lors d'une garde à vue ou dans le cadre de la procédure disciplinaire en détention, est bien plus importante. Le principe du contradictoire et le droit de discuter l'accusation sont très peu garantis et le rôle de l'avocat est restreint. Les propositions faites modifient donc en profondeur ces procédures.

Afin de pouvoir exercer ces missions, il est nécessaire de revaloriser la préparation de la défense. En effet, si aucun droit relatif à la préparation de la défense n'est ni garanti, ni respecté, aucune mission ne peut être efficacement exercée. Ainsi, quelques propositions sur le délai suffisant pour préparer la défense et le respect de la libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client ont été faites. L'optimisation de la préparation de la défense porte surtout sur l'accès à l'entier dossier de la procédure. Les propositions impliquent donc une garantie indispensable de ce droit. De plus, s'il était envisagé de porter atteinte à ce droit, une saisine de l'autorité judiciaire serait indispensable.

Une fois les missions de l'avocat optimisées, l'intervention de l'avocat doit être à son tour améliorée. Pour cela, l'intervention de l'avocat doit être étendue à toutes les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. Cette intervention doit même être imposée dans ces cas. Au soutien de cette intervention plus importante de l'avocat, nous soulignons l'importance de la formation des avocats. Malheureusement, l'intervention obligatoire de l'avocat entraine un financement important, de la part de l'État, qui peut constituer un obstacle.

L'effectivité de la défense implique « *que le justiciable jouisse d'une assistance juridique efficace dans la préparation et la conduite de sa défense* »[2186]. Par le biais de ces propositions, nous tentons ainsi de tendre vers cette effectivité de la défense.

[2186] S. CAROTENUTO, « Le statut constitutionnel de l'avocat », *LPA* 23 juin 2003, p. 5.

Conclusion de la partie II

625. Après avoir constaté que la défense des personnes privées de liberté n'était que partiellement effective, il a été envisagé de rechercher à la rendre plus efficace. La défense des personnes privées de liberté n'est pas toujours effective. Nous avons cherché à comprendre les raisons de cette effectivité partielle.

Ainsi, il ressort de nos observations que la défense des personnes privées de liberté tend vers l'effectivité lorsque l'avocat assiste une personne privée de liberté comparaissant devant un magistrat du siège. La défense est même effective lors d'une information judiciaire car l'ensemble des droits de la défense sont garantis et respectés. De plus, l'avocat devant le juge d'instruction revêt le rôle d'un défenseur actif en prenant pleinement part à la procédure en demandant par exemple la réalisation de certains actes. Pourtant, lors de cette phase du procès pénal, une enquête est en cours. Or, le motif selon lequel l'intervention de l'avocat peut perturber le déroulement de l'enquête est souvent mis en avant lorsque l'avocat intervient en phase d'enquête, notamment lors de l'exécution de « mesures policières ». Il a été également relevé que la défense n'était pas effective lors de la mise en œuvre de la procédure disciplinaire en détention.

L'étude des législations d'États européens nous a appris que l'avocat, dans certains pays, est admis sans report d'intervention pour assister son client. De plus, l'accès restreint au dossier de la procédure n'est pas prévu par les textes. Si l'avocat peut intervenir librement lors d'une garde à vue à l'étranger et consulter librement le dossier, sans déranger l'enquête en cours, cela peut donc être envisageable également en droit français.

Ainsi, des propositions visant à optimiser la défense des personnes privées de liberté sont faites. La majeure partie de ces propositions visent le régime de la garde à vue et le régime de la procédure disciplinaire en détention. Le but est de restaurer les différents droits composant les droits de la défense ainsi que le rôle de « défenseur » de l'avocat.

Ces propositions n'auront peut-être pas pour effet de rendre la défense des personnes privées de liberté effective. Néanmoins, elles permettent d'assurer une défense plus efficace et ainsi, de tendre vers l'équité de la procédure[2187].

[2187] CEDH, Gr. ch., 9 sept. 2018, n° 71409/10, BEUZE c/ Belgique, *AJ pénal* 2019, p. 30, note E. CLÉMENT, § 135 : « *La Cour a estimé [que] les restrictions suivantes pouvaient compromettre l'équité de la procédure :*
– l'absence d'un avocat lors des mesures d'enquête ».

Conclusion générale

625. Les droits de la défense relèvent des droits et principes procéduraux au même titre que le principe du contradictoire ou le principe de l'égalité des armes. Si ces deux principes participent à assurer un bon déroulement de la procédure, ils ne permettent pas à eux seuls d'atteindre les objectifs des droits de la défense : assurer l'équité globale de procédure[2188] et la défense effective du justiciable[2189].

Les droits de la défense ont peu à peu été reconnus aux personnes privées de liberté par le législateur. Celui-ci a souvent été poussé à les reconnaitre par le Conseil constitutionnel[2190] et la Cour européenne des droits de l'Homme. La matière pénale a été la première étape de cette reconnaissance notamment en phases pré-sentencielle et sentencielle. Le droit à l'assistance d'un avocat est un des droits – si ce n'est le droit – les plus cardinaux des droits de la défense. Nous entendons par « cardinal » le fait que ce droit constitue le droit le plus évident des droits de la défense dans l'opinion publique et il constitue également un droit très important des droits de la défense. Il est important car grâce à l'intervention de l'avocat, ce dernier va pouvoir vérifier le respect des autres droits de la défense et des droits attachés à la personne privée de liberté.

Ainsi, la reconnaissance progressive des droits de la défense au sein de toutes les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté a conduit à une augmentation de l'intervention de l'avocat. Cette intervention est, pour la plupart des procédures, facultative. Cela signifie que les personnes peuvent renoncer à exercer leur droit à l'assistance d'un avocat. Il existe, toutefois, des procédures qui garantissent un droit imposé à l'assistance d'un avocat. Ce droit est imposé en fonction de la nature de la personne – s'il s'agit d'une personne vulnérable comme les mineurs, les majeurs protégés, les personnes admises en soins psychiatriques sans consentement. Il peut être également imposé en fonction de la procédure mise en œuvre – le point commun de ces procédures est qu'elles relèvent toutes du procès pénal.

626. Une telle augmentation de l'intervention de l'avocat pourrait faire croire que la défense des personnes privées de liberté ou encourant une mesure privative de liberté est effective. Cependant, il ressort de l'étude des textes que l'intervention de l'avocat n'est pas garantie au sein de toutes les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. De plus, la seule garantie du droit à l'assistance d'un avocat ne suffit pas à atteindre une défense effective. Pour ce faire, l'ensemble des droits composant les droits de la défense doit être garanti par les textes et respectés par les acteurs de la procédure.

[2188] CEDH, Gr. ch., 4 avr. 2018, CORREIA DE MATOS c/ Portugal, n° 56402/12, § 160 : « *Il reste à la Cour à rechercher si la procédure pénale ayant visé le requérant, dans laquelle les juridictions nationales ont appliqué la règle litigieuse de l'assistance obligatoire par un avocat, peut être tenue pour globalement équitable* ».

[2189] CEDH, 13 mai 1980, ARTICO c/ Italie, n° 6694/74, § 33 : Série A n° 37 ; *Cah. dr. eur.* 1982, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1981, p. 288, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. ROLLAND.

[2190] J.-L. DEBRÉ, « Le Conseil constitutionnel et les droits de la défense », Discours lors de la rentrée du Barreau de Paris, Théâtre du Chatelet, 4 décembre 2009 : « *Le Conseil constitutionnel s'est également intéressé plus directement au rôle de l'avocat dans l'exercice des droits de la défense. Il a développé ainsi un véritable droit constitutionnel « de l'avocat ». Le recours et l'assistance d'un avocat constituent un droit constitutionnellement surveillé et garanti par le Conseil constitutionnel* ».

Les autres droits composant les droits de la défense peuvent être scindés en deux catégories : les droits relatifs à la préparation de la défense et les droits relatifs à l'exercice des missions de l'avocat.

Les droits relatifs à la préparation de la défense ne sont pas garantis de manière identique. Ainsi, si le droit à l'information des faits reprochés ou des raisons de la privation de liberté et l'information rapide de l'avocat de la privation de liberté de son client sont garantis par l'ensemble des textes, d'autres droits ne le sont pas. Le droit particulièrement atteint est celui de libre accès à l'entier dossier de la procédure. La manifestation de cette atteinte à ce droit se trouve au sein du code de procédure pénale, dans la partie régissant la garde à vue, où il est prévu que l'avocat n'a accès qu'aux procès-verbaux relatifs à son client. Les autres documents ne sont pas consultables par le défenseur, même s'ils comportent des éléments à charge à l'encontre de son client.

Une telle atteinte constitue un véritable obstacle à la défense effective car les droits de la défense sont interdépendants. Comment l'avocat peut-il assister efficacement son client s'il ne connait pas l'entièreté des éléments constituant le dossier de la procédure et, par extension, les charges retenues à l'encontre de son client ?

Un autre droit relatif à la préparation de la défense est atteint, non pas par l'absence de garantie par les textes, mais par la pratique. Il s'agit du droit de libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client. Ce droit est garanti par l'ensemble des textes mais la pratique empêche le bon exercice de ce droit comme l'ont indiqué à plusieurs reprises des autorités constitutionnelles, des autorités administratives indépendantes ou des associations comme le Contrôleur général des lieux de privation, le Défenseur des droits, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, l'Observatoire International des prisons, etc. En effet, la personne privée de liberté se trouve dans un lieu d'enfermement, elle n'est donc pas libre de communiquer avec son conseil au moment où elle le souhaite. De plus, la confidentialité des entretiens n'est pas toujours assurée au vu de la vétusté ou de l'organisation de certains lieux de privation de liberté.

L'atteinte à ce droit est un problème car, si la communication n'est ni libre, ni confidentielle entre la personne privée de liberté et son conseil, comment la personne privée de liberté peut-elle se confier pleinement à son avocat sur l'affaire ? Si l'avocat ne connait pas la version des faits de son client, ses envies, ses besoins, il ne peut donc pas les représenter devant l'autorité en charge du contrôle ou du prononcé de la mesure privative de liberté.

627. Les droits relatifs à l'exercice des missions de l'avocat sont également garantis de manière déséquilibrée. Pour prendre l'exemple de l'instruction préparatoire, l'ensemble des droits de la défense est parfaitement garanti et l'avocat peut les exercer sans encombre. Mieux encore, les textes prévoient qu'il lui est possible de présenter des demandes de réalisation d'actes au juge d'instruction. Ainsi, non seulement les droits de la défense sont garantis mais de nouveaux droits sont accordés à l'avocat. Ces droits supplémentaires lui confèrent un véritable rôle de défenseur, ce qui assure une défense effective de la personne mise en examen.

Cependant, dans d'autres procédures les droits relatifs à l'exercice des missions de l'avocat ne sont pas garantis. La garde à vue et la procédure disciplinaire en détention ne permettent pas, une fois encore, d'assurer la défense effective de la personne car le principe du contradictoire n'est pas respecté en garde à vue et le droit au recours n'est pas effectif en procédure disciplinaire en détention. Ces deux procédures ne sont pas les seules à ne pas garantir un libre exercice des missions de l'avocat. En effet, des procédures juridictionnelles ne garantissent pas

ces droits. Tel est le cas de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui écarte le droit à discuter de l'accusation.

Il ressort de l'ensemble de ces constatations qu'en l'état, la défense des personnes privées de liberté n'est que partiellement effective. En effet, toutes les procédures ne garantissent pas l'ensemble des droits de la défense aux personnes privées de liberté. Le respect des droits de la défense n'est pas toujours assuré dans ces procédures, comme il n'est pas toujours assuré à la personne privée de liberté qu'elle puisse exercer ses droits de la défense.

628. En analysant toutes ces différentes procédures, il apparait que les atteintes aux droits de la défense sont surtout portées par les procédures en lien avec l'administration pénitentiaire et par le régime de la garde à vue. Ces différents régimes justifient notamment ces atteintes aux droits de la défense par un souci de préserver la sécurité publique et par le bon déroulement de l'enquête. Cependant, ces motifs ne sont pas toujours recevables car lors de l'information judiciaire, une enquête est également en cours et le rôle important de l'avocat ne remet pas en cause le bon déroulement de l'enquête. Au contraire, le conseil participe à la manifestation de la vérité.

Après avoir compris les raisons de ce manque d'unité entre les différentes procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté, l'étude des législations d'États européens permettrait d'élaborer des solutions pour « gommer » ces différentes atteintes.

Les législations étudiées sont belge, suisse, italienne et britannique. L'étude de ces législations démontrent que le rôle de l'avocat lors d'une garde à vue en Belgique est assez similaire à celui en France dans la même procédure. En revanche, les législations suisse et italienne laissent une place plus importante à l'avocat. En effet, ce dernier peut accéder à l'entièreté du dossier lors de la garde à vue, la garde à vue est contrôlée par un magistrat indépendant et impartial, les avocats qui remplacent des avocats désistés peuvent bénéficier d'un délai supplémentaire de sept jours afin de prendre connaissance du dossier. L'étude de ces législations démontrent qu'il est possible de garantir et respecter les droits de la défense dans les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté.

629. La défense des personnes privées de liberté n'est pas effective en droit français et peut-être ne peut-elle pas tout simplement l'être. Cependant, il est possible d'envisager d'assurer une défense plus efficace à la personne privée de liberté. Une défense plus efficace n'est pas effective, certes, mais elle permet de retirer certaines atteintes aux droits de la défense et de garantir ou de faire respecter des droits négligés.

Ainsi, une série de propositions visant à optimiser la défense des personnes privées de liberté a été présentée. Ces propositions portent sur les missions de l'avocat puis sur l'intervention de l'avocat.

Pour commencer, des propositions ponctuelles afin d'optimiser la préparation de la défense ont été faites. La plus importante porte sur le droit à l'accès à l'entier dossier de la procédure. Une proposition de garantie par le législateur de ce droit est nécessaire. De plus, pour consacrer définitivement ce droit, il est nécessaire d'avoir recours plus fréquemment au juge judiciaire comme administratif pour contester l'accès restreint au dossier.

Puis, des propositions ont été faites afin d'optimiser les missions de l'avocat. Ces missions n'ont été renforcées que sporadiquement devant l'autorité judiciaire. En revanche, elles ont été repensées voire créées en matière de garde à vue et de procédure disciplinaire en détention. Il a ainsi été pensé de rétablir véritablement le principe du contradictoire lors d'une garde à vue en laissant à l'avocat la possibilité de discuter la légalité et l'opportunité de la mesure voire, à

l'instar de son rôle devant le juge d'instruction, de proposer la réalisation de certains actes afin de faire avancer l'enquête.

Enfin, les dernières propositions portent sur l'intervention de l'avocat. Ce dernier doit en effet intervenir désormais dans toutes les procédures impliquant une mesure privative de liberté et lors de la réalisation d'actes en présence du client privé de liberté. De plus, le régime de l'intervention obligatoire de l'avocat auprès des personnes les plus vulnérables a été étudié. Ce régime assure une intervention de l'avocat qui ne peut être différée. À notre sens, il serait très intéressant de généraliser ce régime à l'ensemble des personnes privées de liberté qui peuvent être considérées comme des personnes vulnérables du fait de leur enfermement.

630. Cette étude aura ainsi permis de mettre en avant les dysfonctionnements de la loi et de la pratique dans la défense des personnes privées de liberté. Il est possible de retirer ces dysfonctionnements afin d'assurer une défense plus efficace voire effective à la personne privée de liberté. Les instances internationales, européennes et constitutionnelles, ainsi que les associations peuvent alerter sur les difficultés rencontrées par les personnes privées de liberté. Néanmoins, l'optimisation de la défense des personnes privées de liberté ne sera possible qu'avec le concours du législateur.

Bibliographie

I Manuels, ouvrages généraux et traités

C. AMBROISE- CASTÉROT, P. BONFILS
Procédure pénale, 3ème éd., Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2020, 452 p.

C. ALBIGES
Introduction au droit, 6e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2019, 323 p.

B. BOULOC
Procédure pénale, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, 1266 p.

P. BONFILS, M. GIACOPELLI,
Droit pénal général, 3e éd., Paris, éd. Cujas, coll. Synthèse, 2021, 473 p.

Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU- TERNEYRE,
Droit civil- Introduction, biens, personnes, famille, 21e éd., Paris, Sirey, coll. Université, 2019, 1248 p.

R. CABRILLAC,
Introduction générale au droit, 14ème éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2021, 290 p.

R. CABRILLAC (dir.),
Libertés et droits fondamentaux, 28e éd., Paris, Dalloz, coll. Spécial CRFPA, 2022, 1018 p.

R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.),
Droits et libertés fondamentaux, 3e éd, Paris, Dalloz, 1996, 513 p.

Droits et libertés fondamentaux, 8e éd, Paris, Dalloz, 2002, 880 p.

J.-M. CARBASSE, P. VIELFAURE,
Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, Paris, 3e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2014, 544 p.

A. CASTALDO, Y. MAUSEN,
Introduction historique au droit, 5e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2019, 815 p.

P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, M. TOURBE,
Droit administratif, 17 éd, Dalloz, coll. Université, 2020, 928 p.

F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER,
Traité de procédure pénale, 4e éd., Paris, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2016, 2480 p.

L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHÉVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX,
Droit constitutionnel, 24e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, 1200 p.

L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX, G. SCOFFONI,
Droit des libertés fondamentales, 8e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, 978 p.

S. GUINCHARD, J. BUISSON,
Procédure pénale, 12e éd., Paris, Lexis Nexis, coll. Manuel, 2019, 1489 p.

J. HILAIRE,
Histoire du droit, 14e éd., Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2017, 230 p.

J. LEROY,
Procédure pénale, 6e éd., Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2019, 662 p.

Y. MAYAUD,
Droit pénal général, 7e éd., Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2021, 844 p.

R. MERLE, A. VITU,
Traité de droit criminel – Procédure pénale, 5e éd., Paris, éd. Cujas, 2001, 1180 p.

J. PRADEL,
Procédure pénale, Paris, 19e éd. Cujas, 2017, 1088 p.

M.- L. RASSAT,
Procédure pénale, 3e éd., Paris, Ellipses, 2017, 808 p.

É. VERNY,
Procédure pénale, 8e éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2022, 463 p.

P. WACHSMANN,
Libertés publiques, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2021, 1033 p.

J. WALINE,
Droit administratif, 27e éd, Dalloz, coll. Précis, 2018, 835 p.

II Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

C. ALBIGES,
De l'équité en droit privé, Paris, LGDJ, Th., Université de Montpellier I, coll. Bibliothèque de droit privé Tome 329, 2000, 383 p.

M. ARON,
Les grandes plaidoiries des ténors du barreau, Paris, éd. Pocket, 2015, 448 p.

B. BEIGNIER, J. VILLACÈQUE,
Droit et déontologie de la profession d'avocat, 5e éd., Paris, LGDJ, coll. Gazette du Palais, 2022, 484 p.

B. BELDA,
Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté – Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'Homme, Th., Université de Montpellier, 2007, 665 p.

É. BELFAYOL,
Le contentieux pénal douanier, Paris, Économica, coll. Pratique du droit, 2016, 278 p.

V. BOLARD, M. PIERRAT,
Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky, (dir.), Paris, Dalloz, 2019, 377 p.

P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE,
Droit des mineurs, 3e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, 1375 p.

B. BOULOC,
Droit de l'exécution des sanctions pénales, 6e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020, 598 p.

Y. CAPDEPON,
Essai d'une théorie générale des droits de la défense, Th., Université Montesquieu Bordeaux IV, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, 504 p.

H. CAPPADORO,
Les sens de la peine, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2018, 177 p.

J.-M. CARBASSE,
Les 100 dates du droit, 3ème éd., Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2022, 122 p.

A. CASTELOT,
Marie-Antoinette, 1976, Genève, éd. FAMOT, 429 p.

A. CHRISTIN,
Comparutions immédiates- enquête sur une pratique judiciaire, Paris, éditions la Découverte, coll. Enquêtes de terrain, 2008, 204 p.

G. CHRISTOL,
Je n'ai jamais plaidé que pour moi – Esquisses, instants et traces, Pézenas, éd. Domens, coll. La belle inconnue, 2020, 267 p.

P. COLLET,
L'acte coercitif en procédure pénale, Paris, éditions Panthéon-Assas, TH. Paris II Panthéon-Assas 2014, 2018, 961 p.

J. DANET,
Défendre, pour une défense pénale critique, 2e éd., Paris, Dalloz, coll. États de droit- regards sur la justice, 2004, 288 p.

Les droits de la défense, Paris, Dalloz, coll. À savoir, 2020, 326 p.

F. DEKEUWER- DÉFOSSEZ,
Les droits de l'enfant, 10e éd., Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, 128 p.

U. ECO,
Le nom de la rose, Paris, Le livre de poche, 2015, 763 p.

F.-X. FORT,
Droits et obligations dans la fonction publique, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2022, 1110 p.

A. FREDON, A. HU-YEN-TACK,
Guide juridique de l'hospitalisation sous contrainte- conséquences pratiques des réformes de 2011 et 2013 et projet de loi de santé de 2015, Bordeaux, LEH Édition, 2015, 454 p.

M. A. FRISON-ROCHE,
Généralités sur le principe du contradictoire- droit processuel, Paris, LGDJ, Th., Paris II 1988, coll. Anthologies du droit, 2014, 238 p.

K. GACHI,
Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal, Th., Univ. Panthéon-Assas (Paris II), LGDJ, 2012, 568 p.

C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK,
Droit européen des droits de l'Homme, 1ère éd., Paris, Sirey, coll. Université, 2016, 532 p.

C. GUÉRY, P. CHAMBON,
Droit et pratique de l'instruction préparatoire 2022-2023, 11e éd., Paris, D. action, 2022, 1580 p.

S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD,
Institutions juridictionnelles, 15e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2019, 1318 p.

M. GIACOPELLI, A. PONSEILLE,
Droit de la peine, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2019, 470 p.

M. GIACOPELLI, J.-B. PERRIER,
La garde à vue : de la réforme à la pratique, 1ère éd., Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, 113 p.

C. GUÉRY,
Détention provisoire, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Corpus l'Encyclopédie Dalloz au format poche, 2019, 190 p.

S. GUINCHARD,
Droit processuel- droits fondamentaux du procès, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2017, 1526 p.

S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL,
Droit processuel- Droit commun et droit comparé du procès équitable, 11e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, 1611 p.

S. FARGES,
L'ordre public sociétaire, Th., Université Paris-Saclay, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de Thèses volume 217, 2022, 791 p.

M. HERZOG-EVANS,
Droit pénitentiaire, 3ème éd., Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2019, 1374 p.

A. HEYMANN-DOAT,
50 libertés et droits fondamentaux, 3e éd., Paris, Dalloz, coll. À savoir, 2022, 309 p.

V. HUGO,
L'Homme qui rit, Paris, Pocket, 2012, 762 p.

P. IDOUX,
La contradiction en droit administratif français, Th., Université de Montpellier I, 2003, 924 p.

D. INCHAUSPÉ,
L'innocence judiciaire – Dans un procès on n'est pas innocent, on le devient, PUF, coll. Questions judiciaires, 2012, 484 p.

J. LARGUIER, P. CONTE,
Procédure pénale, 25e éd., Paris, Dalloz, coll. Les mémentos Dalloz, 2019, 423 p.

B. LE BOËDEC MAUREL,
Jusqu'au bout de mes peines – Chronique d'un juge de l'application des peines, Paris, Enrick B. Éditions, 2021, 312 p.

M. LEVINET,

Théorie générale des droits et libertés, 3e éd., Bruxelles, Bruylant Nemesis, coll. Droit et justice, 2010, 648 p.

A. LONDRES,
Au bagne, Paris, Arléa Poche, 2008, 224 p.

Chez les fous, Paris, Arléa Poche, 2009, 164 p.

J.-P. MASSON,
Le droit dans la littérature française, 2e éd., Bruxelles, éd. LARCIER, coll. Petites fugues, 2022, 741 p.

H. MOTULSKY,
Écrits – études et notes de procédure civile, Paris, Dalloz, 2010, 392 p.

P. PONCELA,
Droit de la peine, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2001, 479 p.

A. PONSEILLE,
Droit de l'exécution des peines, Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2021, 446 p.

J. PRADEL,
Droit pénal comparé, 4e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, 1116 p.

E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.),
Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté, Paris, éd. Mare & Martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2016, 424 p.

F. QUILLERÉ- MAJZOUB,
La défense du droit à un procès équitable, Bruxelles, Bruylant, coll. Nemesis, 1999, 320 p.

A. RAISON,
Le statut des mineurs et des majeurs protégés, 4e éd., Librairie du journal des notaires et des avocats, 1989, 612 p.

J.-F. RENUCCI,
Introduction générale à la Convention européenne des droits de l'Homme – Droits garantis et mécanismes de protection, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2005, 135 p.

T. REVET, J. LAURENT, B. CHAFFOIS, C. BOËRIO, K. MOYA,
Déontologie de la profession d'avocat, Paris, 2018, LGDJ, coll. La Bibliothèque de l'avocat, 433 p.

F. SAINT-PIERRE,
Pratique de défense pénale- Droit, histoire, stratégie, 3e éd., Paris, LGDJ, coll. Les intégrales, 2020, 770 p.

B. SEILLER, M. GUYOMAR,
Contentieux administratif, 6e éd., Paris, Dalloz, coll. Hyper Cours, 2021, 674 p.

A. TAILLEFAIT,
Droit de la fonction publique, 9e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2022, 1020 p.

V. TOUREILLE,
Crime et châtiment au Moyen-Âge, Paris, éd. Du Seuil, coll. L'univers historique, 2013, 336 p.

A. TRAVERSI,
La défense pénale – Techniques de l'argumentation et de l'art oratoire, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, 310 p.

C. VIENNOT,
Le procès pénal accéléré – Étude des transformations du jugement pénal, Th., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de Thèses, volume 120, 2012, 605 p.

N. GOURMELON, F. BAILLEAU, P. MILBURN,
« Les établissements privatifs de liberté pour mineurs : entre logiques institutionnelles et pratiques professionnelles- Une comparaison entre établissements pénitentiaires pour mineurs (EPM), quartiers mineurs en maison d'arrêt (QM) et centres éducatifs fermés (CEF) » Rapport final, Laboratoire « Printemps » UMR CNRS ENAP CIRAP CESDIP Université de Versailles, janvier 2012, 407 p.

C. TZUTZUIANO,
L'effectivité de la sanction pénale, Th., Université de Toulon, 2015, 574 p.

S. ZWEIG,
Fouché, Grasset, coll. Poche, 2011, 320 p.

III Doctrine

A. Articles, chroniques

J. ALIX,
« La lente réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », *Archives de politique criminelle – Droits de la défense n°37*, éd. PEDONE, 2015, p. 27 et s.

« Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.* 2011, p. 1699 et s.

D. ALLIX,
« Le droit à un procès équitable- de l'accusation en matière pénale à l'égalité des armes », in *La justice pénale*, Justices 1998- Revue générale de droit processuel, n° 10, p. 19et s.

C. ARRIGHI,
« Les pouvoirs du président de la chambre d'accusation après la loi du 30 décembre 1996 », *RSC* 1998, p. 687 et s.

H. AVVENIRE,
« Prisons indignes et référés inefficaces : la France sommée de revoir ses règles », AJDA 2020, p. 1064 et s.

W. AZOULAY,
« Audiences 2.0 et visioconférence : l'extension d'une option se poursuit », *D. actu.* 22 mars 2018

M. BABONNEAU,
« Baisse du budget de l'aide juridictionnelle : le barreau de Nantes en grève… et bientôt les autres », *D. actu.* 27 sept. 2013

R. BADINTER,
« La cour d'assises, souvenirs et enjeux », *Les Cahiers de la Justice*, 2017/4 (N° 4), pp. 569 à 573

« La prison après la peine », Le Monde, 27 nov. 2007 cité dans C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC* 2008, p. 731 et s.

S. BALLESTRA-PUECH,
« *Le droit mutilé dans l'Homme qui rit* », Revue droit et littérature – Victor HUGO et le droit n°2, éd. Lextenso, 2018, p. 77 et s.

J. BARTHÉLEMY, L. BORÉ,
« Le principe constitutionnel d'égalité devant la justice depuis le 1er mars 2010 », *Constitutions* 2011, p. 339 et s.

O. BEAUD,
« Le secret professionnel des avocats faiblement protégé. En quoi est-ce un problème ? », *D.* 2021, p. 2081 et s.

L. BELFANTI,
« La visioconférence en matière pénale : entre utilité et controverses » AJ pénal 2014, p. 165 et s.

C. BERLAUD,
« Permis de communiquer et droits de la défense : si l'avocat ne se déplace pas et ne demande pas le renvoi … », *Gaz. Pal.*, 2020, n°12, p. 36 et s.

V. BIANCHI,
« La défense en matière disciplinaire », *AJ pénal* 2005, p. 407 et s.

A. BLANC,
« Décloisonnement et réinsertion : poursuivre l'ouverture », *Les cahiers de la sécurité intérieure- Prisons en société,* Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, 1998, pp. 53-77

P. BONFILS,
« Ratification de l'ordonnance portant création de la partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *JCP*, n° 14, 6 Avril 2021, doctr. 391

P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE,
« Droit des mineurs », *D.* 2022, p. 1574 et s.

É. BONIS,
« Respect du principe du contradictoire devant la juridiction d'appel », *Dr. pénal*, n° 9, Septembre 2020, comm. 166

J. BONNET, P.- Y. GAHDOUN,
« Le Conseil constitutionnel déclare la guerre aux interprétations supranationales de la loi » *AJDA* 2020, p. 2158

O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT,
« Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2021, p. 255 et s.

« Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2022, p. 244 et s.

A. BOTTON,
« Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants et des parties impartiales », *RSC* 2021, p. 887 et s.

B. BOULOC,
« Pour une extension des droits de la défense », AJ pénal 2015, p. 6 et s.

P. BOURDARET,
« Droit en prison, droit d'exception ? », *Après-demain* n°45, éd. Fondation SELIGMANN, 2018, p. 13

A. BRAUNSCHWEIG,
« Détention provisoire. Droits de la défense. Grève du barreau. Circonstance insurmontable », *RSC* 1991, p. 602 et s.

S. CAROTENUTO,
« Le statut constitutionnel de l'avocat », *LPA* 23 juin 2003, p. 5 et s.

C. CASTAING,
« La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement- quel droit pour quel juge ? » *AJDA* 2013, p. 153 et s.

J. -P. CÉRÉ,
« Surpopulation carcérale : l'arrêt « quasi pilote » de la Cour européenne des droits de l'Homme », *AJ pénal* 2020, p. 122 et s.

J. -P. CÉRÉ, J. FALXA, M. HERZOG-EVANS,
« Exécution des peines », *D.* 2020, p. 1195 et s.

« Exécution des peines », *D.* 2021, p. 1106 et s.

V. CHAMPEIL-DESPLATS,
« Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires Paris Ouest, 2008, p. 11 et s.

B. CHAPLEAU,
« L'audition libre des mineurs à l'aune de la loi du 27 mai 2014 », *D.* 2014, p. 1506 et s.

A.-S. CHAVENT-LECLÈRE,
« Les limites à la défense de rupture », *Procédures* 2015, n° 8-9, p. 272 et s.

C. COLLIN,
« Un état de l'État de droit dans l'Union européenne », *D. actu*. 27 oct. 2020

F. CORDIER,
« L'avocat choisi par le mis en examen doit être convoqué au débat contradictoire en vue de la révocation d'une mesure de contrôle judiciaire », *RSC* 2019, p. 426 et s.

« Les modalités pour un ressortissant étranger ne comprenant pas langue française du droit à bénéficier d'un interprète pour s'entretenir avec son avocat », *RSC* 2017, p. 769 et s.

A. DANET,
« Procédure pénale et numérique : Panorama 2019-2020 », *AJ pénal* 2021, p. 142 et s.

J. DANET,
« Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ pénal* 2005, p. 133 et s.

« La CRPC : du modèle législatif aux pratiques...et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *AJ pénal* 2005, p. 433 et s.

« Le procès d'assises après la réforme », *RSC* 2003, p. 289 et s.

E. DAOUD,
« Le rôle de l'avocat pénaliste dans la phase de jugement », *Dr. pénal* n° 5, Mai 2021, dossier 12, pp. 30-33

F. DEFFERARD,
« Pour un service public de la défense pénale », *D.* 2009, p. 1213 et s.

A. DEJEAN DE LA BÂTIE,
« Trouble mental et droits de la défense : le procès équitable aura-t-il lieu ? », *Gaz. Pal.*, 13 nov. 2018, n° 39, p. 16 et s., n° 333w6

F. DELINDE,
« Quelle défense pour les Djihadistes ? Quels droits pour les victimes ? », *Revue pénit. Pénal*, éd. Cujas, n° 1, 2018, p. 27 et s.

L. DESESSARD,
« L'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » in (dir.) M. DANTI-JUAN, *Quelle place pour les alternatives à la prison au seuil du XXIème siècle ?*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ, 2017, pp. 25-35

H. DIAZ,
« Crise sanitaire et visioconférence : l'inéluctable censure », *D. actu*., 16 sept. 2021

F. DOUAY-SOUBLIN,
« La rhétorique en France au XIXe siècle à travers ses pratiques et ses institutions : restauration, renaissance, remise en cause », in M. FUMAROLI (dir.), *Histoire de la rhétorique dans l'Europe moderne. (1450-1950)*, Paris, PUF, 1999, p. 1071 et s.

B. DUMONTET,
« L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques », *AJ pénal* 2004, p. 275 et s.

S. DUPONT,
« Le plaider coupable dans les systèmes anglo-saxon et romano-germanique », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 1, n°. 1, 2015, p. 75 et s.

L. ERSTEIN,
« Le recours préalable obligatoire, un signe de bonne administration ? », *JCP A* 2014, p. 2017

F.-X. FORT,
« La protection de la dignité de la personne détenue », *AJDA* 2010, p. 2249 et s.

T. FOSSIER,
« Droits de la défense et personnes vulnérables », *RSC* 1998, n°21, p. 57 et s.

M. FOUQUET, A.- L. MÉANO, A.- S. de LAMARZELLE, C. CARBONARO, L. ASCENSI,
« Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2021, p. 379 et s.

R. FRAISSE,
« L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°44, Le Conseil constitutionnel et le procès équitable, juin 2014

E. GARÇON,
Commentaire sous Art. 378 Ancien Code pénal

Y. GAUDEMET,
« L'ordre public – propos introductifs » in *L'ordre public*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 58, 2015/1 p. 3 et s.

A. GIUDICELLI,
« Droit à l'assistance effective d'un avocat au cours de la garde à vue : l'Assemblée plénière rappelle au respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 2011, p. 410 et s.

« La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004, p. 261 et s.

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

M. GIACOPELLI,
« Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *RFDA* 2010, p. 25

« La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions de l'application des peines : état des lieux », *RSC* 2015, p. 799

D. GOETZ,
« Garantie du droit au respect de la dignité en prison : la loi publiée », *D. actu*. 13 avr.2021

R. GOMA MACKOUNDI,
« La réparation des préjudices nés de la détention provisoire et du placement sous contrôle judiciaire », *AJ pénal* 2013, p. 391 et s.

A. GRABOY-GROBESCO,
« Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades » *AJDA* 2004, p. 65 et s.

S. GUINCHARD,
« Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 191 et s.

M. GUYOMAR,
« La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA* 2009, p. 413 et s.

« Limites des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire : déclassements d'emploi et changements d'affectation des détenus » ? *RFDA* 2008, p. 87 et s.

C. d'HARCOURT, A. SAVY,
« Repenser un code à droit constant », *AJDA* 2021, p. 838 et s.

A. HAZAN,
« Les droits fondamentaux des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire », *AJ pénal* 2020, p. 200 et s.

M. HERZOG- EVANS,
« Exécution des peines », *D.* 2020, p. 1195 et s.

« Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement. Plaidoyer pour un artisanat judiciaire » *AJ pénal* 2008, p. 274 et s.

M. HERZOG-EVANS, É. PÉCHILLON,
« L'entrée des avocats en prison », *D.* 2000, p. 481 et s.

M. JANAS,
« Le JAP et l'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *AJ Pénal* 2005, p. 101 et s.

M. KERNÉIS-CARDINET,
« Recours administratifs préalables obligatoires et autres procédures de recours internes obligatoires », *JCP A* 2014, 2106

M. LARTIGUE,
« Certificats de spécialisation : la liste des mentions s'allonge mais le nombre d'avocats « spécialisés en » stagne », *D. actu*., 13 déc. 2021

C. LAZERGES,
« La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC* 2008, p. 731 et s.

C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL,
« Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649 et s.

R. LE BRETON DE VANNOISE,
« Loi sur les hospitalisations sans consentement » Dossier Hospitalisation sans consentement, *AJ Fam.* 2016, p. 20 et s.

M. LE CORRE,
« Recours exercé par les étrangers détenus ou retenus : une nouvelle protection », *AJDA* 2020, p. 2171 et s.

N. LE COZ,
« L'entraide pénale dans l'Union européenne », *AJ pénal* 2013, p. 523

T. LEBRETON,
« La recherche de l'identité des individus en matière pénale », *D.* 2021, p. 1634 et s.

G. LEVASSEUR,
« L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *RSC* 1991, p. 9

G. LINDON,
« Pour une interprétation stricte de l'article 145-2 du code de procédure pénale », *D.* 2022, p. 609 et s.

P. LINGIBÉ,
« Le nouveau dispositif d'aide juridictionnelle cuvée 2021 : avancée réelle ou réforme en trompe-l'œil ? », *D. actu.*, 18 janv. 2021

L. LUPARIA,
« La police judiciaire dans le procès pénal italien : questions anciennes et scénarios inédits », *Archives de politique criminelle – Police et justice pénale n°33,* éd. PEDONE, 2011, p. 163 et s.

S. MAIL-FOUILLEUL,
« Les droits de la défense et le juge de l'application des peines », *Dr. pénal n° 2,* Février 2001, chron. 7

R. MERLE,
« La défense pénale », in *La justice pénale,* Justices 1998, n° 10, p. 91 et s.

C. MIANSONI,
« L'indivisibilité du Parquet aujourd'hui », *Les Cahiers de la justice n° 4,* 2013, p. 103 et s.

L. MILANO,
« Droit à la liberté et à la sûreté - Le confinement dans une zone de transit transfrontalière n'est pas constitutif d'une privation de liberté », *JCP G* n° 51, 16 déc. 2019, p. 1342 et s.

C. MINCKE,
« Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », RIEJ 1998, n° 40, p. 115 et s.

F. MOLINS,
« De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalités », *AJ pénal* 2004, p. 177 et s.

A. MOLLA,
« L'avocat face à son client », *AJ pénal* 2007, p. 308 et s.

M. de MONSEMBERNARD,
« Référés d'urgence : le référé-liberté – Atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale », *Rép. Dalloz ctx adm*., fév. 2020, n°62

V. MONTOURCY,
« Les procédures d'hospitalisation sans consentement » Dossier Hospitalisation sans consentement, *AJ Fam.* 2016, p.14 et s.

Y. MSIKA,
« Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs », *AJ pénal* 2005, p. 445 et s.

L. MUCCHIELLI, E. RAQUET,
« Les comparutions immédiates au TGI de Nice, ou la prison comme unique réponse à une délinquance de misère », *RSC* 2014, p. 207 et s.

P. NICOLOPOULOS,
« La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *RSC* 1989, p. 11 et s.

K. PARROT,
« Rétention administrative des étrangers et épidémie de Covid-19 : inégalités et illégalités », *Plein droit*, éd. GISTI, 2020/2, n° 125, p. 45 et s.

J.- M. PASTOR,
« Les sénateurs veulent agir pour les droits des détenus », *AJDA* 2021, p. 537 et s.

« Un nouveau recours en cas de détention indigne », *AJDA* 2021, p. 659 et s.

B. PASTRE-BELDA,
« L'amélioration des conditions de détention grâce au juge administratif », *D.* 2022, p. 1744 et s.

S. PELLÉ,
« Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I) », *D.* 2014, p. 1508 et s.

V. PELTIER,
« L'avocat et la peine », *Dr. pénal* 2021 n° 5, dossier 13

L. E. PETTITI,
« L'évolution de la défense et du droit de la défense à partir de la DUDH », *RTDH* 2000, p. 5 et s.

J.-B. PERRIER,
« Dignité et détention provisoire », *RFDA* 2021, p. 87 et s.

« Le juge des libertés et de la détention et l'hospitalisation sans consentement », Dossier : le juge des libertés et de la détention, *AJ pénal* 2019, p. 124 et s.

« Procédure pénale », *D.* 2021, p. 1564 et s.

« Procédure pénale », *D.* 2022, p. 1487 et s.

M. PICOT,
« Avocat de l'enfant », *Dr. fam. n°7-8*, Juill. 2006, étude 37

A. PONSEILLE, M. AFROUKH,
« La persistance de l'indignité des conditions d'accueil dans les locaux de garde à vue », *D.* 2021, p. 1912 et s.

« La proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention : une avancée en trompe-l'oeil ? », *D.* 2021, p. 736 et s.

J. PRADEL,
« Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375 et s.

« La mise en état des affaires pénales », *D.* 1990, p. 301 et s.

« Procédure pénale », *D.* 2020, p. 1643 et s.

« Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mise à mort ? », *D.* 2009, p. 438 et s.

J.- F. RENUCCI,
« Droit au procès équitable et droit de la défense », *RSC* 2017, p. 803 et s.

« La justice pénale des mineurs », in *La justice pénale*, Justices 1998, n° 10, p. 111 et s.

C. RIBEYRE,
« L'avocat et la phase préparatoire du procès pénal », *Dr. pénal* n° 5, Mai 2021, dossier 11, p. 29 et s.

D. ROETS,
« Le droit d'accès à un avocat phagocyté par le droit à une procédure pénale « globalement » équitable », *RSC* 2019, p. 174 et s.

« Quelques réflexions sur la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière des droits de l'Homme en matière de droits de la défense », *Archives de politique criminelle – Droits de la défense n°37*, Paris, éditions PEDONE, p. 13 et s.

S. ROIG,
« Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire », *AJ pénal* 2021, p. 124 et s.

G. ROUSSEL,
« Les garanties de la défense pénale dans les premières décisions rendues sur QPC », *AJ pénal* 2011, p. 286 et s.

« Tableau synthétique du déroulement de la procédure de CRPC », *AJ pénal* 2005, p. 442 et s.

F. SAINT-PIERRE,
« La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 260 et s.

J. SCHMITZ,
« Dialogue des juges en matière de conditions de détention provisoire », *AJDA* 2021, p. 694 et s.

« La Constitution, la loi, le règlement et l'exécution des peines de détention », *RFDA* 2015, p. 148

« Le juge administratif des référés dans l'urgence sanitaire des prisons », *AJDA* 2020, p. 1298

« Responsabilité de l'État en raison de conditions de détention », *AJDA* 2017, p. 637 et s.

M. SCHWENDENER,
« La nouvelle garde à vue « terrorisme » issue de la loi du 23 janvier 2006 », *AJ pénal* 2006, p. 164 et s.

E. SENNA,
« Conditions de détention indignes : la France condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D. actu*., 6 fév. 2020

« Le volet procédural de l'indignité des conditions de détention », *D.* 2021, p. 977 et s.

V. TELLIER- CAYROL,
« L'assistance du majeur placé en garde à vue, encore un effort… », *D.* 2019, p. 1241 et s.

S. THÉRON,
« La loi du 27 septembre 2013 : une révision partielle du régime des soins psychiatriques », *RDSS* 2014, p. 133 et s.

J. - B. THIERRY,
« Maître Mô, Au guet-apens, Chroniques de la justice pénale ordinaire, La Table ronde, 2011 », *AJ pénal* 2021, p. 125 et s.

M. TOUILLIER,
« Quelle politique criminelle en matière de droits de la défense dans les procédures pénales dérogatoires ? », *Archives de politique criminelle – Droits de la défense n°37,* Paris, éd. PEDONE, 2015, p. 41 et s.

J.- P. VALAT,
« Mise à disposition de la procédure au profit de l'avocat qui assiste son client depuis la maison d'arrêt », *RSC* 2019, p. 854 et s.

M. VERPEAUX,
« État d'urgence sanitaire et procédure pénale », *AJDA* 2021, p. 810 et s.

H. VLAMYNCK,
« La procédure de comparution immédiate : vitesse ou précipitation ? », *AJ pénal* 2011, p. 10 et s.

C. WAQUET,
« Le point de vue d'un avocat sur l'apport de la jurisprudence sur les garanties inhérentes à la liberté individuelle mises au jour par le Conseil constitutionnel », *Titre VII*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°7, oct. 2021, pp. 23-31

A. WEBER,
« Danse avec les juges », in *La justice*, Paris, Autrement, coll. Morales, 1994, p. 187 et s.

T. WICKERS,
« Avocat », *D.* 2021, p. 104 et s.

D. YOUF, G. MEURIN (Propos recueillis par –),
« Défendre les enfants et leurs droits – entretien avec D. ATTIAS », *Les Cahiers dynamiques* n°52, éd. Érès, sept. 2011, pp. 7-8

« Avocats - Première visite de la bâtonnière de Paris et de ses délégués dans des lieux de privation de liberté – Veille », JCP G. n°27, 11 juill. 2022, 867

« Crise sanitaire (gestion de la sortie) : présentation d'un projet de loi », *D.* 2021, p. 847 et s.

« Dossier : Le juge des libertés et de la détention », *AJ pénal* 2019, p. 119 et s.

« Étrangers (entrée et séjour) : recodification à droit constant », *D.* 2021, p. 16

B. Articles extraits de Mélanges

C. AMBROISE- CASTEROT,
« Droits de la défense et secret de l'instruction », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD- Justices et droits du procès Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010, p. 887 et s.

J.- M. AUSSEL,
« La condition des délinquants présentant des troubles mentaux en droit français » in *Droit pénal contemporain- Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Paris, Cujas, 1989, p. 9 et s.

M. GUYOMAR,
« Le juge administratif, juge pénitentiaire », in *Terres du droit - Mélanges en l'honneur d'Yves JÉGOUZO*, Paris, Dalloz, 2009, p. 471 et s.

R. OTTENHOF,
« La spécialisation des fonctions et des juridictions en droit pénal des mineurs » in *Droit pénal contemporain- Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Paris, Cujas, 1989, p. 405 et s.

J. PRADEL,
« La montée des droits du délinquant au cours de son procès », *Mélanges en l'honneur du professeur LARGUIER*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 223 et s.

A. VARINARD,
« La justice pénale des mineurs : une justice à réformer », in *Justices et droit du procès- Du légalisme procédural à l'humanisme processuel : Mélanges offerts à Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 997 et s.

C. Articles d'encyclopédie

C. AMBROISE-CASTÉROT,
« Présomption d'innocence », *Rép. pénal Dalloz*, oct. 2019

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA,
« Conv. EDH, art. 5 : Droit à la liberté et à la sûreté », *Rép. de droit euro. Dalloz*, sept. 2015 actualisation juin 2016

H. ANGEVIN, H.- C. LE GALL,
« Art. 268 à 287 - Fasc. 20-10 : COUR D'ASSISES. – Procédure préparatoire aux sessions d'assises. – Actes obligatoires », *JCl. Procédure pénale*, fév. 2020

L. BELFANTI,
« Juge d'instruction – L'institution du juge d'instruction », *Rép. pénal Dalloz,* oct. 2015, actualisation janv. 2019

M. BLANQUET,
« Effet direct du droit communautaire – Substance de l'effet direct », *Rép. droit euro. Dalloz*, août 2008 actualisation avr. 2015

J.- S. BODA,
« Fasc. 1088-20 : Aide juridictionnelle- aide à l'accès au droit », *JCl. Adm*., 25 mars 2018

A. CAPPELLO,
« Question prioritaire de constitutionnalité – Impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur la matière pénale », *Rép. pénal Dalloz*, juin 2015 actualisation déc. 2017

D. CARON,
« Art. 406 à 417 - Fasc. 20 : TRIBUNAL CORRECTIONNEL. – Débats. – Comparution et citation », *JCl. Procédure pénale*, nov. 2018

J.-P. CÉRÉ,
« Prison – organisation générale – règles de sécurité », *Rép. pénal Dalloz*, juin 2015 actualisation avr. 2022

« Prison : sanctions disciplinaires », *Rép. pénal Dalloz,* oct. 2018 actualisation oct. 2021

J.-P. CÉRÉ, L. GRÉGOIRE,
« Peine : nature et prononcé », *Rép. pénal Dalloz*, juin 2020 actualisation juin 2022

P. DOURNEAU-JOSETTE,
« Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », *Rép. pénal Dalloz*, oct. 2019

F. EUDIER, N. GERBAY,
« Jugement – Délibéré du jugement et vote des juges », *Rép. Dalloz proc. civ*., oct. 2018 actualisation juill. 2022, n° 197

R. GAUZE,
« Enquête de flagrance Pén. », *Rép. pénal Dalloz*, novembre 2005 actualisation : Mai 2020, n°112

B. GENEVOIS, M. GUYOMAR
« Principes généraux du droit : panorama d'ensemble – Refus d'ériger en principes généraux certaines dispositions d'ordre procédural », *Rép. Dalloz Ctx adm.*, juin 2017

M. GIACOPELLI et Y. JOSEPH-RATINEAU,
« Témoin Pénal », *Rép. pénal Dalloz*, Sept. 2015 actualisation en mars 2019

C. GUÉRY,
« Comparution immédiate – Procédure devant le procureur de la République », *Rép. pén. Dalloz*, avril 2016 actualisation mars 2019

S. GUINCHARD,
« Procès équitable – Garanties institutionnelles », *Rép. proc. civ. Dalloz*, mars 2017 actualisation déc. 2019

M. HERZOG-EVANS
« Peine : exécution – Autorités », *Rép. pénal Dalloz*, juill. 2016 actualisation avril 2020

M.- A. KOSTOPOULOU, L.- A. SICILIANOS,
« Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Garanties particulières concernant la protection de l'accusé », *Rép. de droit euro. Dalloz*, janv. 2018 actualisation février 2020

D. LANDRY, R. MARTIN,
« V° Avocat - Fasc. 20 : Avocats – Statut, *JCl. Civil Annexes*, 20 janv. 2022

D. LOCHAK,
« Droits et libertés des étrangers – Liberté individuelle », *J.- Cl. Droit international*, Fasc. 254-60, 2011

J.-Y. MARÉCHAL,
« Fasc. 28-75 : PEINES APPLICABLES AUX PERSONNES MORALES. – Peines criminelles et correctionnelles », *JCl. Sociétés Traité*, 2 avr. 2021

F. MOLINS,
« Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *Rép. pén. Dalloz*, Dalloz, mai 2018, actualisation en juin 2019

Y. MAYAUD,
« Terrorisme- poursuite et indemnisation- procédure interne », *Rép. pén. Dalloz*, février 2020

M. REDON,
« Tribunal correctionnel », *Rép. pén. Dalloz*, juin 2017 actualisation janv. 2020

P. PÉDRON,
« Art. 724 à 728 - Fasc. 30 : DÉTENTION. – Régime de détention. – Sécurité », *JCl. Procédure pénale*, févr. 2010 actualisation févr. 2022

L.- A. SICILIANOS et M.-A. KOSTOPOULOU,
« Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Garanties particulières concernant la protection de l'accusé », *Rép. droit euro. Dalloz*, janv. 2018, actualisation janv. 2020

D. SZYMCZAK,
« Convention européenne des droits de l'homme : application interne », *Rép. droit euro*., Dalloz, juill. 2017

J.-J. TAISNE, M. DOUCHY-OUDOT,
« Avocat – Moyens », *Rép. proc. civ. Dalloz*, avr. 2018 actualisation : mai 2022

R. VANDERMEEREN,
« Police- responsabilité publique en matière de police administrative de la sécurité publique », *Rép. responsabilité puissance publique Dalloz*, avr. 2017 actualisation déc. 2019

D. VIRIOT-BARRIAL,
« Dignité de la personne humaine », *Rép.pénal Dalloz*, juin 2014 actualisation sept. 2020

D. Notes de jurisprudence

H. AVVENIRE,
« Prisons indignes et référés inefficaces : la France sommée de revoir ses règles », com. sous CEDH, 30 janv. 2020, J.M.B. et a. c/ France, n° 9671/15, *AJDA* 2020, p. 1064

C. BENELLI- de BÉNAZÉ,
« L'accusé n'a pas toujours la parole en dernier », com. sous Crim. 2 déc. 2015, F-P+B, n° 14-85.581, *D. actu.* 18 déc. 2015

A. BOLZE,
« Procédure disciplinaire et procès équitable : droit d'avoir la parole en dernier », *D. actu.*, 14 mars 2019, com. sous Civ. 1re, 20 févr. 2019, F-P+B, n° 18-12.298

J. BOUDOT,
« Un prérequis à toute détention : l'existence d'indices graves ou concordants » com. sous Crim. 27 janv. 2021, *AJ pénal* 2021, p. 154 et s.

D. BRACH-THIEL,
« Nullité de la garde à vue en cas d'absence de notification immédiate de la nature d'une infraction » com. sous Crim. 16 juin 2015, *AJ pénal* 2015, p. 505 et s.

É. CLÉMENT,
« Avocats en grève, détention sans trêve » com. sous Crim. 21 avril 2020, *AJ pénal* 2020, p. 361 et s.

P. de COMBLES de NAYVES,
« En garde à vue, la désignation de l'avocat peut se faire à tout moment » com. sous Crim. 5 nov. 2013, *AJ pénal* 2014, p. 90 et s.

S. DETRAZ,
« Constitutionnalité du contrôle de la retenue douanière par le procureur de la République », com. sous Cass. Crim. QPC 4 avr. 2012, n°12-90010, *RSC* 2012, p. 593 et s.

B. FIORINI,
« Visioconférence et détention provisoire : quand l'urgence justifie la distance », com. sous Crim. 22 juill. 2010, *AJ pénal* 2020, p. 482 et s.

F. FOURMENT,
« Ne pas confondre assister à l'audition du gardé à vue et assister le gardé à vue « à l'issue » de son audition », com. sous Crim. 20 nov. 2013, n°13-84280, *Gaz. Pal.* 11 févr. 2014, n° 166a9, p. 41 et s.

J. FRINCHABOY,
« Inconstitutionnalité du régime de garde à vue applicable aux majeurs protégés », com. sous Cons. constit. 14 sept. 2018, *AJ pénal* 2018, p. 518 et s.

L. GRÉGOIRE,
« Les juridictions de la rétention de sûreté et le droit commun » com. sous Crim. 28 mars 2018, *AJ pénal* 2018, p. 327 et s.

A. LEROYER,
« La sangle qui attache tue le lien qui soigne », RTD civ. 2020, p. 853, com. sous Cons. constit. 19 juin 2020, M. Éric G., n° 2020-844 QPC, JORF n°0151 du 20 juin 2020, texte n° 66

A. MARON, M. HAAS,
« Le choix de l'avocat peut-il être imposé ? », com. sous Cons. constit. , QPC, 17 févr. 2012, n° 2011- 223 QPC, *Dr. pénal* 2012, Avril 2012, com. n° 62

H. MATSOPOULOU,
« L'irrégularité d'une perquisition effectuée dans les locaux d'une caisse de règlement pécuniaire des avocats (CARPA) », com. sous Cass. crim., 18 janv. 2022, n° 21-83.751, B, *JCP* n° 9, 7 mars 2022, n° 284, p. 449 et s.

D. MIRANDA,
« Débat contradictoire devant le JLD : l'avocat choisi par le mis en examen doit être impérativement avisé », com. sous Crim. 13 févr. 2019, *AJ pénal* 2019, p. 215 et s.

C. OTERO,
« La faculté pour le condamné de consulter son dossier individuel tenu par le JAP », com. sous CE, 17 avr. 2015, *AJ pénal* 2015, p. 445 et s.

R. PARIZOT,
« Pas de recours contre l'ordonnance de refus d'homologation en matière de CRPC », *RSC* 2021, p. 659 et s. com. sous Crim. 30 mars 2021, n° 20-86.358

J.-B. PERRIER,
« Criminalité organisée : constitutionnalité du report de l'intervention de l'avocat lors de la garde à vue », com. sous Cons. constit. 21 nov. 2014, *AJ pénal* 2015, p. 100 et s.

« Notification au gardé à vue de la désignation d'un avocat par un proche » obs. sous Crim. 4 oct. 2016, *AJ Pénal* 2016, p. 598 et s.

C. PORTERON,
« Le droit au silence n'est pas le droit de ne rien dire, mais celui de ne pas répondre à des questions » com. sous Crim. 17 déc. 2013 – *AJ pénal* 2014, p. 139 et s.

J. PRADEL,
« Si l'accusé récuse son avocat, le président de la cour d'assises peut commettre d'office ce dernier », com. sous Crim. 23 nov. 1994, n° 94-81.219, *D.* 1995, p. 321 et s.

J. PRONIER,
« Les décisions de remise de cause et le droit au procès équitable » com. sous Crim. 20 sept. 2011, *AJ pénal* 2012, p. 47 et s.

G. ROUSSEL,
« Nature de la nullité résultant de l'absence de remise du formulaire récapitulatif », com. sous Crim. 7 févr. 2017, n° 16-85.187 P, *AJ pénal* 2017, p. 241 et s.

C. SAAS,
« La requalification face au respect du procès équitable » com. sous– CEDH 19 décembre 2006 MATTEI c/ France, n° 34043/02 ; *AJ pénal* 2007, p. 82 et s.

B. SAYOUS,
« Perquisition : droits au silence et à l'assistance d'un avocat », com. sous CA Pau, 4 avr. 2013, n° 12/01095, *JCP* n° 26, 24 juin 2013, Pr. Pénale n° 749, p. 1286 et s.

IV Actes de colloques, documents officiels et rapports

A. Rapport du Comité international de prévention de la torture

Septième rapport périodique soumis par l'Italie en application de l'article 19 de la Convention, 21 mars 2022, CAT/C/ITA/7

B. Rapports du Comité européen de prévention de la torture

Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 15 au 27 novembre 2015, 7 avr. 2017

Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 mars au 6 avril 2017, CPT/Inf (2018) 8

Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 22 mars au 1 er avril 2021, CPT/Inf (2022) 9, Strasbourg, le 8 juin 2022

C. Documents du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Avis du CGLPL relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, 14 oct. 2011, *JORF* 9 nov. 2011, texte n°65

Avis du CGLPL relatif à l'enfermement des enfants en centres de rétention administrative, 9 mai 2018, *JORF* 14 juin 2018, texte n°57

Avis du CGLPL relatif à la défense dans les lieux de privation de liberté, 23 avr. 2020, *JORF* 25 juin 2020, texte n°130

Dossiers du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

CGLPL, *Droits fondamentaux des mineurs enfermés*, Dalloz, 2021, 165 p.

CGLPL, *Isolement et contention dans les établissements de santé mentale*, Dalloz, 2016

CGLPL, *Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale*, Dalloz, 2017

CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale - Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Paris, Dalloz, 2018, 52 p.

Rapports du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Rapport d'activité CGLPL, *Chap. 3 : Secret(s) et confidentialité dans les lieux de privation de liberté*, 2010

Rapport de visite du CGLPL à la Brigade de proximité de gendarmerie d'Uzès (Gard), 5 et 6 fév. 2018

Rapport de visite du CGLPL du Centre éducatif fermé de Doudeville (Seine-Maritime), 8-10 juill. 2019

Rapport de visite du CGLPL du Centre éducatif fermé de Limayrac Colombiès (Aveyron), 8 - 11 mars 2021

Rapport de visite du CGLPL du Centre éducatif fermé de Châtillon-sur-Seine (Côte-d'Or), 7 10 déc. 2020

Rapport de visite du CGLPL du Centre hospitalier les Murets la-Queue-en-Brie, 2 -9 juill. 2018

Rapport de visite du CGLPL du Centre hospitalier de l'Estran à Pontorson, 8-12 octobre 2018

Rapport de visite du CGLPL du Centre pénitentiaire d'Aiton, (Savoie), 11-15 janv. 2021

Rapport de visite du CGLPL au Centre pénitentiaire de Condé-sur-Sarthe (Orne), 8-12 janvier 2018

Rapport de visite du CGLPL au centre pénitentiaire de Remire-Montjoly (Guyane), 1er-12 oct. 2018

Rapport de visite du CGLPL du Centre pénitentiaire de Villefranche-sur-Saône (Rhône), 30 nov. -7 déc. 2020

Rapport de visite du CGLPL du Centre de rétention administrative d'Oissel (Seine-Maritime), du 5-7 août 2019

Rapport de visite du CGLPL, Centre de semi-liberté de Briey (Meurthe-et-Moselle), 3-6 oct. 2016

Rapport de visite du CGLPL, Centre de semi-liberté de Gagny (Seine-Saint-Denis), 27-29 nov. 2017

Rapport de visite du CGLPL Hôtel de police de la direction de la police aux frontières d'Orly (Val-de-Marne), 12 oct. 2021

Rapport de visite du CGLPL Lieux de privation de libertés relevant de l'administration des douanes (France métropolitaine et Haute-Corse), 7 janv.-7 juill. 2020

Rapport de visite du CGLPL à la Maison d'arrêt de Châlons-en-Champagne (Marne), 3-7 déc. 2018

Rapport de visite du CGLPL à la Maison d'arrêt de Chaumont (Haute-Marne), 7-11 janv. 2019

Rapport de visite du CGLPL au service de psychiatrie Hôpital de Semur-en-Auxois (Côte-d'Or), 7-10 janv. 2019

Rapport de la 2e visite du CGLPL à l'Unité pour malades difficiles de Cadillac (Gironde), 5-8 oct. 2015

Rapport de visite du CGLPL à l'Unité hospitalière spécialement aménagée Paul Guiraud de Villejuif (Val de Marne), 14-17 avr. 2014

Rapport de visite du CGLPL au Tribunal de Grande Instance de Mont-de-Marsan (Landes), le 12 sept. 2016

Rapport de visite du CGLPL au Tribunal de Grande Instance de Valence (Drôme), le 8 fév. 2016

Recommandations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Recommandations minimales du CGLPL pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté, *JORF* 4 juin 2020, texte n°88

Recommandations du CGLPL 19 juill. 2021 relatives aux conditions matérielles de garde à vue dans les services de police, *JORF* 21 sept. 2021 texte n°32

Recommandations en urgence du CGLPL 19 août 2022 relatives à l'établissement public de santé mentale de Vendée à La Roche-sur-Yon, JORF 27 oct. 2022, texte n°102

D. Avis de la Commission Nationale Consultative des droits de l'Homme

CNCDH, Avis relatif à la proposition de loi visant à encadrer strictement la rétention des familles avec mineurs : une occasion manquée, 24 sept. 2020, A-2020-12

CNCDH, Avis sur la privation de liberté des mineurs, 27 mars 2018

CNCDH, Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016

CNCDH, Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, 20 nov. 2018

E. Décision du Défenseur des droits

Défenseur des droits, Décision n°2020-094 relative à des observations devant le Conseil d'État à la suite de la saisine par deux ordres des avocats qui sollicitaient que l'État soit enjoint de fournir des masques de protection et du gel hydroalcoolique aux avocats dans l'exercice de leurs missions, 14 avr. 2020

F. Analyse OIP

C. BECKER, Grasse : l'accès aux dossiers de commission de discipline entravé, 21 oct. 2021, Rubrique analyses, site de l'OIP

G. Rapports officiels

Rapport remis au Président de la République le 15 févr. 1993 par le comité consultatif pour la révision de la Constitution, *JORF* n°39 16 févr. 1993, p. 2537

Rapport Ledoux n°1613, 19 mai 1999

H. Lettres ouvertes

A. MORINEAU, A. CHAUDEY, Lettre commune SAF / A3D au Bâtonnier de Lille, 11 janv. 2021

A. MORINEAU, Lettre ouverte : COVID19 et droits de la défense, 15 mars 2020

I. Articles de presse

H. LECLERC, « La perpétuité incompressible, désespérante et inhumaine », *Libération*, 4 juill. 2022

V Dictionnaires, lexiques et encyclopédies juridiques

D ALLAND et S. RIALS (dir.),
Dictionnaire de la culture juridique, 1ère éd., Paris, Lamy PUF, coll. Quadige-Dicospoche, 2003, 1649 p.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.),
Dictionnaire des Droits de l'Homme, 1ère éd., Paris, PUF, coll. Quadrige- Dicos poche, 2008, 1074 p.

L. CADIET (dir.),
Dictionnaire de la justice, 1e éd., Paris, PUF, 2004, 1362 p.

G. CORNU (dir.),
Vocabulaire juridique, 14ème éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2022, 1105 p.

G. GADBIN-GEORGE (dir.),
Glossaire de droit anglais – Méthode, traduction et approche comparative, 2ème éd., Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2019, 466 p.

S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.),
Lexique des termes juridiques 2022-2023, 30e éd., Paris, Dalloz, 2022, 1138 p.

A. REY (dir.),
Dictionnaire de la langue française, Paris, 3e éd., Le Robert, coll. Le Robert micro, 2006, 1506 p.

VI Textes normatifs

A. Droit interne

1) France

Lois

Loi 30 juin 1838 sur les aliénés, *Recueil Duvergier* p. 490

Loi 8 déc. 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits, *JORF* 10 déc. 1897 p. 6907

Loi 22 juill. 1912 sur les tribunaux pour enfants et la liberté surveillée, *JORF* 25 juill. 1912

Loi n° 683 27 juill. 1942 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 13 août 1942, p. 2778

Loi n° 57-1426 31 déc. 1957 instituant un code de procédure pénale, *JORF* 8 janv. 1958, p. 258

Loi n°70-643 17 juill. 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *JORF* 19 juill. 1970, p. 6751

Loi n° 71-1130 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv. 1972, p. 131

Loi n°80-9 10 janv. 1980 relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, *JORF* 11 janv. 1980, p. 71

Loi n° 81-908 9 oct. 1981 portant abolition de la peine de mort, *JORF* 10 oct. 1981 p. 2759

Loi n°81-973 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF* 30 oct. 1981, p. 2969

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* 1er octobre 1986 p. 11749

Loi n°89-461 6 juill. 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire, *JORF* 8 juill. 1989, p. 8536

Loi n° 90-527 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, *JORF* n°150 30 juin 1990 p. 7664

Loi n° 91-647 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°0162 13 juill. 1991, p. 9170

Loi n° 92-625 du 6 juill. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF* n°158 9 juill. 1992, p. 9185

Loi n° 93-2 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n°0003 4 janv. 1993, p. 215

Loi constitutionnelle n° 93-952 27 juill. 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII, *JORF* n°172 du 28 juill. 1993, p. 10600

Loi n° 93-1013 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n° 0196 25 août 1993 p. 11991

Loi n° 96-1235 30 déc. 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, *JORF* n°1 1er janv. 1997, p. 9

Loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* n°0088 du 13 avr. 2000, p. 5646, texte n°1

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1

Loi n°2000-597 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JORF* n°151 1er juill. 2000, texte n° 3

Loi n° 2002-305 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002, texte n°3

Loi n° 2002-1138 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* 10 sept. 2002, p. 14934

Loi n°2004-204 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 10 mars 2004 p. 4567

Loi n° 2007-1545 30 oct. 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *JORF* n°253 31 oct. 2007, texte n° 1

Loi n° 2008-174 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* n°0048 26 févr. 2008, texte n°1

Loi constitutionnelle n° 2008-724 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JORF* n°0171 24 juill. 2008, texte n° 2

Loi n° 2009-1436 24 nov. 2009 pénitentiaire, *JORF* n°0273 25 nov. 2009 p. 20192

Loi n° 2010-769 9 juill. 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* n°0158 10 juill. 2010 p. 12762, texte n° 2

Loi n° 2011-267 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JORF* n°0062 15 mars 2011, texte n° 2

Loi organique n° 2011-333 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n°0075 30 mars 2011, texte n° 1

Loi n° 2011-392 14 avr. 2011 relative à la garde à vue, *JORF* n°0089 15 avr. 2011 p. 6610, texte n°1

Exposé des motifs Loi n° 2011-803 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n°0155 6 juill. 2011 p. 11705, texte n° 1

Loi n° 2011-803 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n°0155 6 juill. 2011 p. 11705, texte n° 1

Loi n° 2012-1560 31 déc. 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, *JORF* n°0001 1er janv. 2013, texte n° 4

Loi n° 2013-669 25 juill. 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, *JORF* n°0172 26 juill. 2013, texte n°2

Loi n° 2013-711 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* n°0181 6 août 2013, texte n° 4

Loi n° 2013-869 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n°0227 29 sept. 2013 p.16230, texte n° 1

Loi n° 2014-535 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JORF* n°0123 28 mai 2014, p. 8864, texte n° 2

Loi n° 2014-790 10 juill. 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, JORF n°0159 11 juill. 2014, p. 11496, texte n° 3.

Loi n° 2014-896 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* n°0189 17 août 2014, p. 13647, texte n° 1

Exposé des motifs de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016

Loi n° 2016-274 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, *JORF* n°0057 8 mars 2016, Texte n° 1

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

Loi n° 2016-731 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* n°0129 4 juin 2016, texte n° 1

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF* n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1

Loi n° 2019-222 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n°0071 24 mars 2019, texte n°2

Loi n° 2019-1479 28 déc. 2019 de finances pour 2020, *JORF* n°0302 29 déc. 2019, texte n° 1

Loi n° 2020-290 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n°0072 24 mars 2020, texte n°2

Loi n° 2020-546 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF* n°0116 12 mai 2020, texte n° 1

Loi n° 2020-1379 14 nov. 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, *JORF* n°0277 15 nov. 2020, texte n°1

Loi n° 2020-1576 14 déc. 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021, *JORF* n°0302 15 déc. 2020, texte n° 1

Loi n°2020-1672 24 déc. 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *JORF* n°0312 26 déc. 2020, texte n° 4

Loi n° 2020-1721 29 déc. 2020 de finances pour 2021, *JORF* n°0315 30 déc. 2020, texte n° 1

Loi n° 2021-218 26 févr. 2021 ratifiant l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs *JORF* 27 févr. 2021, texte n° 1

Loi n° 2021-403 8 avr. 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, *JORF* 9 avr. 2021, texte n° 3

Loi n° 2021-689 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF* n°0125 1er juin 2021, texte n°1

Loi n° 2021-1729 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* n°0298 23 déc. 2021, texte n°2

Loi n° 2022-52 24 janv. 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, *JORF* n°0020 25 janv. 2022, texte n° 1

Loi n° 2022-1089 30 juill. 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19, *JORF* n°0176 31 juill. 2022, texte n° 1

Travaux parlementaires

Travaux préparatoires de la loi n° 2000-321 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* n°0088 13 avr. 2000, p. 5646, texte n°1

Prop. loi de M. PACCAUD et a. visant à supprimer l'aide juridictionnelle aux auteurs d'actes terroristes, Paris, Sénat, n° 423, 12 avr. 2018

Ordonnances

Ord. n° 45-174 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* 4 févr. 1945 p. 530

Ord. n°45-2658 2 nov. 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office National d'immigration, *JORF* 4 nov. 1945, p. 7225

Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* 23 déc. 1958 p. 11551

Ord. n° 2004-1248 24 nov. 2004 relative à la partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JORF* n°0274 25 nov. 2004, p. 19924, texte n° 12

Ord. n° 2020-303 25 mars 2020, Portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0074 26 mars 2020, texte n°3

Ord. n° 2020-1401 18 nov. 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale, *JORF* n°0280 19 nov. 2020, texte n° 35

Ord. n° 2020-1733 16 déc. 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF n°0315 du 30 décembre 2020, Texte n° 41

Ord. n° 2022-478 30 mars 2022 portant partie législative du code pénitentiaire, *JORF* n°0080 5 avr. 2022, texte n° 8

Décrets

Décret n°91-1197 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat, *JORF* n°0277 28 nov. 1991

Décret n° 91-1266 19 déc. 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°0296 20 déc. 1991 p. 16609

Décret n°2005-790 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat

Décret n° 2016-1456 28 oct. 2016 pris pour l'application de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 et portant diverses dispositions relatives à l'entrée, au séjour et au travail des étrangers en France, *JORF* n°0254 30 oct. 2016, Texte n° 14

Décret n° 2020-1717 28 déc. 2020 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, *JORF* n°0314 29 déc. 2020, texte n° 32

Décret n° 2021-537 30 avr. 2021 relatif à la procédure applicable devant le juge des libertés et de la détention en matière d'isolement et de contention mis en œuvre dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement, *JORF* n°0103 2 mai 2021, texte n° 53

Décret n° 2021-810 24 juin 2021 portant diverses dispositions en matière d'aide juridictionnelle et d'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, *JORF* n°0147 26 juin 2021, texte n° 11

Décret n° 2021-1194 15 sept. 2021 relatif au recours prévu à l'article 803-8 du code de procédure pénale et visant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, *JORF* n°0216 16 sept. 2021, texte n° 22

Décret n° 2022-95 31 janv. 2022 relatif au permis de communiquer délivré à l'avocat d'une personne détenue, *JORF* n°0026 1er fév. 2022, texte n° 23

Décret n° 2022-419 23 mars 2022 modifiant la procédure applicable devant le juge des libertés et de la détention en matière d'isolement et de contention mis en œuvre dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement, *JORF* n°0071 25 mars 2022, texte n° 30

Décret n° 2022-479 30 mars 2022 portant partie réglementaire du code pénitentiaire, *JORF* n°0080 5 avr. 2022, texte n° 9

Règlements de profession

Statut du personnel des chambres du métier et de l'artisanat

RIN (Règlement Intérieur National de la profession d'avocat).

Circulaires

Circ. AP 2003-04 9 mai 2003 relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *BOMJ* n° 90 (1er avril - 30 juin 2003), AP 2003-04 PMJ4/09-05-2003

Circ. CRIM n° 2004-12 E8, 2 sept. 2004

Circ. CRIM 04-16 E8, 21 sept. 2004, *BOMJ* 2004, n° 95, p. 5

Circ. JUSK1140024C, 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *BOMJL* n° 2011-06 du 30 juin 2011

Arrêtés

Arrêté 17 oct. 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats, *JORF* n°0243 18 oct.2016, texte n°6

Arrêté du 25 avril 2019 relatif à l'expérimentation de la cour criminelle, *JORF* n°0098 du 26 avril 2019, texte n° 3

Arrêté 2 mars 2020 portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle, *JORF* n°0054 4 mars 2020, texte n° 3

Arrêté 2 juill. 2020 portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle dans six départements, *JORF* n°0178 22 juill. 2020, texte n° 14

2) Belgique

Lois

Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001

Loi 26 juin 1990, Loi relative à la protection de la personne des malades mentaux Coordination officieuse en langue allemande, Moniteur belge 22 juill. 2009, p. 50207, F. 2009-2589, C − 2009/00474

Loi 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, Moniteur belge 02 avr. 1998, p. 10027, F. 98-856, S-C : 98/09267

Loi 12 janv. 2005 de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus, Moniteur belge 1er févr. 2005, p. 2815, F. 2005 — 252, C − 2005/09033

Loi 13 août 2011, modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, Moniteur belge 05 sept. 2011, p. 56347, F. 2011-2349, C − 2011/09606

Loi 21 nov. 2016, relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire, Moniteur belge 24 nov. 2016, éd. 2, p. 77974, C − 2016/09565

Exposé des motifs de la proposition de loi contenant le code de procédure pénale, 11 mai 2020, DOC 55 1239/001

Jurisprudence

Cour de cassation belge, 12 mars 1840, Pasicrisie 1840, 1, 316

3) Italie

Legge 23 dicembre 1978, n°833, Istituzione del servizio sanitario nazionale, GU n°360 del 28 dicembre 1973 (Loi 23 déc. 1978, n°833, Institution su service sanitaire national, Gazette Officielle n°360 du 28 déc. 1978)

Legge 30 luglio 1990, n° 217 Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, GU n°182 del 06 agosto 1990 (Loi 30 juill. 1990, n°217, Institution de l'aide juridictionnelle pour les démunis, Gazette Officielle n°182 du 06 août 1990)

4) Royaume-Uni

Sites internet

https://www.cps.gov.uk

https://www.gov.uk/arrested-your-rights/legal-advice-at-the-police-station

https://www.mygov.scot/arrested-your-rights/legal-advice-at-a-police-station

https://www.gov.uk/arrested-your-rights

Acts

Prosecution of Offences Act 1985

Terrorism Act 2000

5) Suisse

Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 23 juin 2000, RS 935.61, Feuille fédérale FF 2006 5531

Loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (LALEI) 13 nov. 2007, RSF 114.22.1

Art. 19 Loi fédérale 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs, RS 312.1, Feuille fédérale FF 2009 1705

B. Droit européen et Conseil de l'Europe

Règles pénitentiaires européennes

Commentaire de la Recommandation Rec (2006)2 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes

Décisions-cadre et directives

Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, n° 2002/584/JAI, JO n° L 190 du 18/07/2002 p. 0001 – 0020

Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil, 27 nov. 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, *JOUE* 5 déc. 2008, L. 327/27

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOUE* 24 décembre 2008, L. 348/98

Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétariat et à la traduction des procédures pénales, *JOUE* 26 octobre 2010, L280

Directive (UE) 2012/13/UE du Parlement européen et du conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* 1er juin 2012, I. 142/1

Directive n° 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (*JOUE* n° L 294, 6 nov. 2013)

Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* 11 mars 2016, I. 65/1

Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* L. 132/1, 21 mai 2016

Recom. Com. Européenne 27 nov. 2013 relative à des garanties procédurales en faveur des personnes vulnérables soupçonnées ou poursuivies dans le cadre des procédures pénales, 2013/C 378/02, *JOUE* 24 déc. 2013

Résolution du Parlement européen du 5 février 2009 sur la mise en œuvre dans l'Union européenne de la directive 2003/9/CE sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile et refugiés : visites de la commission LIBE de 2005 à 2008 (2008/2235(INI)

Magna Carta des juges (principes fondamentaux), Conseil consultatif de Juges européens, 17 novembre 2010

VII Jurisprudence

A. Droit interne

1) Décisions constitutionnelles

Cons. constit., 16 juill. 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, n° 71-44 DC, *JORF* 18 juill. 1971, p. 7114

Cons. Constit., 2 déc. 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail, n°76-70 DC, *JORF* 7 déc. 1976, p. 7052

Cons. constit., 12 janv. 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, n°76-75 DC, *JORF* 13 janv. 1977, p. 344

Cons. Constit., 9 janv. 1980, Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée

et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, n°79-109 DC, *JORF* 11 janv. 1980, p. 84

Cons. constit., 20 janv. 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, n° 80-127, *JORF* 22 janv. 1981, p. 308 : *JCP* 1981, II p. 19701, note C. FRANCK ; *D.* 1981, p. 101, note J. PRADEL ; *D.* 1982, p. 441, note A. DEKEUWER ; *AJDA* 1981, p. 275, note J. RIVERO, et p. 278, note C. GOURNAY

Cons. constit., 25 janv. 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, n° 85-187 DC, *JORF* 26 janv. 1985, p. 1137

Cons. constit., 28 juill. 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n° 89-260 DC, *JORF* 1er août 1989, p. 9676

Cons. constit. 29 déc. 1989, Loi de finances pour 1990, n° 89-268 DC, *JORF* 30 déc. 1989, p. 16498 : *RFDA* 1990, p. 143, note B. GENEVOIS

Cons. constit. 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, n° 93- 326 DC, *JORF* 15 août 1993, p. 11599 : *D.* 1993, p. 299, note J. PRADEL ; *JCP* 1993.I, p. 3720, note F. LE GUNEHEC ; *Rev. fr. dr. constit.* 1993, p. 849, note T. S. RENOUX ; *Petites Affiches* 5 janv. 1994, note B. MATHIEU et M. VERNEAUX

Cons. constit., 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n°93-325 DC, *JORF* 18 août 1993, p. 11722

Cons. Constit., 2 févr. 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, n° 95-360 DC, *JORF* 7 févr. 1995, p. 2097, *D.* 1995. Chron. 171, J. PRADEL ; *D.* 1995. Chron. 201 J. VOLFF ; *D.* 1997, Somm. 130, obs. T. S. RENOUX ; *RFDC* 1995, p. 405, note T. S. RENOUX

Cons. Constit., 27 nov. 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, n°2001-451 DC, *JORF* 1er déc. 2001, p. 19112

Cons. constit., 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, n° 2003-467 DC, *JORF* 19 mars 2003, p. 4789: *D.* 2004, p. 1273, obs. S. NICOT ; *RSC* 2003, p. 614, obs. V. BÜCK ; *ibid.* p. 616, obs. V. BÜCK

Cons. constit., 20 nov. 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité, n°2003-484 DC, *JORF* n°274 27. nov. 2003, texte n° 2

Cons. constit., 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n°2004-492 DC, *JORF* 10 mars 2004, p. 4637, texte n°4

Cons. Constit., 30 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, n° 2006-533 DC, *JORF* 24 mars 2006, p. 4446, texte n° 6 : *AJDA* 2006, p. 1961, note C. GESLOT

Cons. Constit., 27 juill. 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n°2006-540 DC, *JORF* 3 août 2006, p. 11541, texte n° 2

Cons. constit., 21 févr. 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n° 2008-562 DC, *JORF* n°0048 26 févr. 2008 p. 3272, texte n° 2

Cons. constit., 3 déc. 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 2009-595 DC, *JORF* n° 028711 déc. 2009, texte n° 2

Cons. constit., 23 juill. 2010, Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres, n° 2010-15/23 QPC, *JORF* 24 juill. 2010, p. 13727, texte n° 120, *AJDA* 2010, p. 1553, tribune J.-D. DREYFUS ; *D.* 2010, p. 2686, note C. LACROIX ; *ibid*., p. 2254, obs. J. PRADEL ; *Rev. science crim*. 2011, p. 188, obs. B. de LAMY ; *ibid*., p. 193, chron. C. LAZERGES

Cons. constit, 30 juill. 2010, M. Daniel W. et autres, n°2010-14/22 QPC, *JORF* 31 juill. 2010, p. 14198, texte n° 105

Cons. Constit. 22 sept. 2010, M. Samir M. et autres, n° 2010-32 QPC, *JORF* 23 sept. 2010, p. 17291, texte n° 40

Cons. Constit., 10 déc. 2010, Mme Barta Z., n° 2010-77 QPC, *JORF* 11 déc. 2010, p. 21711, texte n° 82 ; P.- J. DELAGE, « Résistances et retournements » *RSC* 2010, p. 831

Cons. constit. 6 mai 2011, M. Abderrahmane L., n° 2011-125 QPC, *JORF* n°0106 6 mai 2011, texte n°76

Cons. constit. 9 juin 2011, Abdellatif B. et a., n° 2011-135/140 QPC, *JORF* 10 juin 2011, p. 9892, texte n° 66, Rec. Cons. constit. 272 ; *RFDC* 2011, p. 844, obs. X. BIOY ; *RTD civ*. 2011, p. 514, obs. J. HAUSER ; *JCP Adm*. 2011, n° 455, étude É. PÉCHILLON

Cons. constit., 8 déc. 2011, Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, n°2011-641 DC, *JORF* 14 déc. 2011, p. 21121, texte n°2

Cons. constit., 17 févr. 2012, Ordre des avocats au Barreau de Bastia, n° 2011-223 QPC, *JORF* 18 févr. 2012, p. 2846, texte n° 72 : *D.* 2012. Actu. 504; *AJ pénal* 2012, p. 342, obs. J.-B. PERRIER; *RSC* 2013, p. 441, obs. B. DE LAMY ; *Dr. pénal* 2012, n° 62, obs. A. MARON et M. HAAS ; *ibid*. Chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2012, n° 126, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE

Cons. constit. 22 mars 2012, Loi relative à la protection de l'identité, n° 2012-652 DC, *JORF* 28 mars 2012, p. 5607, texte n° 6

Cons. constit., 20 avr. 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie, n° 2012-235 QPC, *JORF* 21 avr. 2012 ; *AJDA* 2012, p. 855; *JCP A* 2013, p. 2230, note É. PÉCHILLON; *Dr. adm.* 2013, n° 61, note C. CASTAING ; *Dr. fam*. 2012, n° 128, note I. MARIA

Cons. constit. 8 juin 2012, M. Mickaël D., n° 2012-253 QPC, *JORF* 9 juin 2012, p. 9796, texte n° 41 : *Gaz. Pal.* 5 juill. 2012, no 187, p. 11, note S. DETRAZ ; *Dr. pénal* 2012, n° 9, comm. 121, obs. J.-H. ROBERT

Cons. constit., 9 oct. 2014, M. Maurice L. et autre, n° 2014-420/421 QPC, *JORF* 12 oct. 2014 p. 16578, texte n° 32 : *D.* 2014. 2278, note A. BOTTON

Cons. constit., 21 nov. 2014, M. Nadav B., n° 2014-428 QPC, *JORF* n°0271 23 nov.2014 : *AJ pénal* 2015, p. 100, obs. J.-B. PERRIER

Cons. constit., 27 fév. 2015, M. Pierre T. et autre , n° 2014-450 QPC, *JORF* n°0051 1er mars 2015, p. 4021, texte n° 33

Cons. constit., 14 oct. 2015, M. Omar K., n°2015-490 QPC, *JORF* n°0240 16 oct. 2015 p. 19327, texte n° 76 : Rec. Cons. const., p. 524 ; *Constitutions* 2015, p. 585, note O. LE BOT

Cons. constit., 23 sept. 2016, Syndicat de la magistrature et autre, n° 2016-569-QPC, *JORF* n°0224 25 sept. 2016, texte n° 29, *AJDA* 2016, p. 1779 ; *D*. 2016, p. 2545, note J.-B. PERRIER ; *Constitutions* 2016, p. 541, chron

Cons. constit., 14 sept. 2018, M. Mehdi K., n° 2018-730 QPC, *JORF* n°0213 15 sept. 2018, texte n° 56 : *AJ pénal* 2018, p. 518, obs. FRINCHABOY

Cons. constit. 15 févr. 2019, M. Charles-Henri M., n° 2018-765 QPC, *JORF* n°0040 16 févr. 2019, texte n° 79

Cons. constit., 20 sept. 2019, M. Abdelnour B., n° 2019-802 QPC, *JORF* n°0220 21 sept. 2019, texte n° 81

Cons. constit. 6 déc. 2019, Mme Saisda C., n° 2019-818 QPC, *JORF* n°0284 7 déc. 2019, texte n° 93

Cons. constit. 30 avr. 2020, M. Maxime O., n° 2020-836 QPC, *JORF* n°0107 2 mai 2020, texte n° 40

Cons. constit. 19 juin 2020, M. Éric G., n° 2020-844 QPC, JORF n°0151 du 20 juin 2020, texte n° 66

Cons. constit., 3 juill. 2020, M. Sofiane A. et autre, n° 2020-851/852 QPC, *JORF* n°0164 4 juill. 2020, texte n° 102

Cons. constit. 2 oct. 2020, M. Geoffrey F. et autre, n° 2020-858/859 QPC, *JORF* n°0241 3 oct. 2020, texte n° 106 : *D. actu*., 9 oct. 2020, obs. F. ENGEL ; *ibid*., 23 sept. 2020, J. MUCCHIELLI ; *AJDA* 2020, p. 1881 ; *ibid*. 2158, note J. BONNET et P.-Y. GAHDOUN ; *D*. 2021, p. 57, note J. ROUX ; *ibid*. 2020, p. 2056, entretien J. FALXA ; *ibid*., p. 2367, obs. G. ROUJOU de BOUBÉE, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE ; *AJ fam*. 2020, p. 498, obs. L. MARY ; *AJ pénal* 2020, p. 580, note J. FRINCHABOY ; *RFDA* 2021, p. 87, note J.-B. PERRIER ; A. SIMON, « Prisons indignes : le législateur contraint à l'imagination », Gaz. Pal., 24 nov. 2020, n° 41, p. 22 ; A. MARON, G. POISSONNIER, « Constitution first, ou les seconds seront les premiers », *Dr. pénal*, nov. 2020, n° 11, p. 36 ; V. PELTIER, « Conditions de détention des détenus prévenus : abrogation de l'article 144-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale », *JCP*, 30 nov. 2020, n° 49, p. 2164.

Cons. constit. 15 janv. 2021, M. Krzystof B., n° 2020-872 QPC, *JORF* n°0014 16 janv. 2021, texte n° 70 : *D*. 2021, p. 82 ; *D. actu*., 8 févr. 2021, obs. S. GOUDJI ; *RSC* 2021, p. 479, obs. A. BOTTON

Cons. constit. 29 janv. 2021, M. Ion Andronie R. et autre, n° 2020-878/879 QPC, *JORF* n°0026 30 janv. 2021, texte n° 82 : *D. actu*. 2 mars 2021, obs. F. ENGEL

Cons. constit. 12 févr. 2021, M. Jacques G., n° 2020-884 QPC, *JORF* n°0038 13 févr. 2021, texte n° 107

Cons. constit., 4 mars 2021, M. Oussama C., n° 2020-886 QPC, *JORF* n°0055 5 mars 2021, texte n° 96

Cons. constit., 9 avr. 2021, M. Francis S. et autres, n° 2021-895/901/902/903 QPC, *JORF* n°0085 10 avr. 2021, texte n° 84 : *D.* 2021, p. 699 ; *D. actu.* 27 avr. 2021, obs. D. GOETZ

Cons. constit., 15 avr. 2021, Nature juridique de certaines dispositions des articles 11, 12 et 12-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, n° 2021-292 L, *JORF* n°0090 16 avr. 2021, Texte n° 76

Cons. constit. 16 avr. 2021, Section française de l'observatoire international des prisons, n° 2021-898 QPC, *JORF* n°0091 17 avr. 2021, Texte n° 68, *D. actu*. 28 avr. 2021, obs. D. GOETZ

Cons. constit., 4 juin 2021, M. Wattara B. et autres, n° 2021-911/919-QPC, *JORF* n°0129 5 juin 2021, texte n° 83: *D.* 2021, p. 1085 ; *D. actu*. 10 juin 2021, obs. D. GOETZ ; *AJDA* 2021, p. 1174

Cons. constit., 4 juin 2021, M. Pablo A. et autres, n° 2021-912/913/914 QPC, *JORF* n°0129 5 juin 2021, texte n° 84, *D.* 2021, p. 1324 : *D.* 2021, p. 1086 ; *Dr. fam*., n° 10, oct. 2021. Comm. 149, note L. MAUGER-VEILPEAU ; *Gaz. Pal*., 9 nov. 2021, n° 39, p. 29, obs. S. SALLES

Cons. constit., 18 juin 2021, M. Emmanuel R., n° 2021-918 QPC, *JORF* n°0141 19 juin 2021, texte n° 60, D. 2021, p. 1193

Cons. constit.,14 sept. 2021, Ligue des droits de l'homme, n°2021-927 QPC, *JORF* n°0216 16 sept. 2021, texte n° 75

Cons. constit., 30 sept. 2021, M. Djibril D., n° 2021-934 QPC, *JORF* n°0229 1er oct. 2021, texte n° 74

Cons. constit., 30 sept. 2021, M. Rabah D., n° 2021-935 QPC, *JORF* n°0229 1er oct. 2021, texte n° 75

Cons. constit., 4 nov. 2021, M. Aristide L., n°2021-945 QPC , *JORF* n°0258 5 nov. 2021, texte n° 75

Cons. constit. 17 mars 2022, M. X et autres, n° 2021-983 QPC, *JORF* n°0066 19 mars 2022, texte n° 69 : *AJDA* 2022, p. 609 ; *D.* 2022, p. 608

Cons. constit. 20 mai 2022, M. Mohamed D., n° 2022-994 QPC, *JORF* n°0118 21 mai 2022, texte n° 17, *D. actu*. 3 juin 2022, obs. M. DOMINATI

2) Décisions de juridictions judiciaires

Assemblée Plénière

Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302 P: *D.* 1995, p. 513, concl. M. JÉOL et note R. DRAGO ; *JCP* 1995. II, p. 22478, concl. M. JÉOL et note A. PERDRIAU

Cass. Ass. plén., 15 avr. 2011, 4 arrêts (n° P 10-17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242), *D.* 2011. 1080, et les obs. ; ibid. 1128, entretien G. ROUJOU de BOUBÉE ; *JCP* 2011, n° 17, p. 483, S. DÉTRAZ

Cass. Ass. plén., 15 juin 2012, n°10-85.678, *D.* 2012, p. 1916, note O. BEAUD, *RFDA* 2012, p. 1203, note O. DESAULNAY, *AJP* 2013, p. 46, obs. S. LAVRIC

Cass. Ass. plén., 4 juin 2021, n° 21-81.656 (n° 655 P+R), *D.* 2021, p.1136

Chambre civile

Cass. Civ. 7 mai 1828, S. 1828, 1. 329

Cass. Civ. 18 novembre 1946, *JCP* 1947 II n°3394

1e chambre civile

Cass. Civ. 1ère 12 mai 1993, *D.* 1993, p. 411

Cass. Civ. 1ère, 4 avr. 1995, *B.* n° 156

Cass. Civ. 1ère, 21 nov. 2012 : *Dr. pénal* 2013. Comm. 11, obs. A. MARON et M. HAAS

Cass. Civ. 1ère, 13 sept. 2017, n° 16-22.819 P: *D.* 2017, p. 1837 ; *D. avocats* 2017, p. 364, obs. G. ROYER ; DP santé, Bull. n° 286/287, nov.-déc. 2017, p. 6, obs. M. COUTURIER

Cass. Civ. 1ère, 7 févr. 2018, n° 16-24.824 : *D.* 2018, p. 355 ; *AJDA* 2018, p. 306

Cass. Civ. 1ère, 5 juill. 2018, n° 18-50.042 : *DP santé*, Bull. n° 296, oct. 2018, p. 8, note M. COUTURIER

Cass. Civ. 1ère, 20 févr. 2019, n° 18-12.298, P ; *D.* 2019, p. 438

Cass. Civ. 1ère, 15 janv. 2020, n° 19-12.282

Cass. Civ. 1ère, 14 oct. 2020, n° 19-15.197, *D.* 2020, p. 2067 ; *AJDA* 2020, p. 1994

Cass. Civ. 1ère, 10 févr. 2021, n° 19-25.224, *D.* 2021, p. 353

Cass. Civ. 1ère, 17 mars 2021, n° 19-22.083, *AJDA* 2021, p. 654

Cass. Civ. 1ère, 14 avr. 2021, n° 19-21.037, *AJDA* 2021, p.832

Cass. Civ. 1ère, 26 mai 2021, n° 20-12.512, P, D. 2021, p. 1033

Cass. Civ. 1re, 29 sept. 2021, n°20-17.036, *D.* 2021, p. 1768

Cass. Civ. 1ère, 13 oct. 2021, n° 20-12.449

Cass. Civ. 1ère, 17 nov. 2021, n° 20-17.139 ; *D.* 2021, p. 2091 ; *AJDA* 2021, p. 2302

Cass. Civ. 1ère, 15 déc. 2021, n° 20-50.034 : *Rev. crit. DIP* 2022, p. 273

Cass. Civ. 1ère, 09 février 2022, n° 19-15.655, P

2e chambre civile

Cass. Civ. 2ème, 4 mars 1999, n°98-50.005, P., *D.* 1999, p. 88

Chambre commerciale

Cass. Com. 4 nov. 2021, n° 19-25.441

Chambre criminelle

Cass. Crim. 19 sept. 1895, Bull. n° 243

Cass. Crim 9 sept. 1897, Bull. Crim n°309

Cass. Crim. 20 févr. 1913 et 21 mars 1913, *D.* 1916. 1, p. 181

Cass. Crim., arrêt *Imbert*, 12 juin 1952, Bull. n° 153, JCP 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT

Cass. Crim., 8 août 1959, Bull. crim., n° 387

Cass. Crim. 7 nov. 1968, n° 68-91.175 P

Cass. Crim., 12 mai 1970, n° 70-90.223

Cass. Crim. 15 juin 1982, n° 82-91.100 P

Cass. Crim. 24 janv. 1984, n° 83-94.417 P

Cass. Crim. 25 juin 1984, n° 83-92.808 : Bull. crim. n° 240

Cass. Crim. 10 déc. 1986, n°86-91.567, P

Cass. Crim. 5 juin 1989, n° 87-91.278, Bull. n° 232

Cass. Crim 2 avr. 1990, Bull. n°140

Cass. Crim. 11 juill. 1990, Bull. n° 282 : *RSC* 1991, p. 602, obs. A. BRAUNSCHWEIG

Cass. Crim. 5 déc. 1990, n° 90-81.761 P

Cass. crim. 5 févr. 1992, n° 92-80.125, Bull. crim. n° 52

Cass. Crim. 23 nov. 1994, n° 94-81.219 P : *D.* 1995. Somm. 321, obs. J. PRADEL

Cass. Crim. 9 sept. 1998 : *Dr. pénal* 1999. Comm. 16, obs. A. MARON ; *JCP* 1999. I, p. 112, chron. A. MARON

Cass. Crim. 24 nov. 1999, n° 97-85.694, *BICC* 1999, n° 143

Cass. Crim. 10 mai 2000, n° 00-81.201 P

Cass. Crim. 2 mai 2002, n° 01-88.453

Cass. Crim. 9 juill. 2003, n° 03-82.273 P : *AJ pénal* 2003, p. 29

Cass. Crim. 23 juin 2004, n° 04-81.051, *AJ pénal* 2004, p. 412, obs. J. LEBLOIS-HAPPE

Cass. Crim., ord. prés., 1er févr. 2006, n° 06-80.697 P

Cass. Crim. 13 déc. 2006, n° 06-87.169 P : *D.* 2007. AJ 306 ; *ibid.* 2007. Pan. 977, obs. J. PRADEL ; *AJ pénal* 2007, p. 140, obs. C. GIRAULT ; *Dr. pénal* 2007. Comm. 64, obs. A. MARON

Cass. Crim. 3 mai 2007, n° 06-86.420 : *AJ pénal* 2007, p. 446, obs. M. HERZOG-EVANS

Cass. Crim. 4 déc. 2007, n° 07-86.794 P : *D.* 2008. AJ 356 ; *ibid*. 2008. Pan. 2762, obs. J. PRADEL ; *AJ pénal* 2008, p. 95, obs. S. LAVRIC ; *Dr. pénal* 2009. Chron. 1, p. 21, obs. D. GUÉRIN

Cass. Crim. 13 févr. 2008, n°07-81.097, Bull. n° 38

Cass. Crim. 21 janv. 2009 n° 08-83.492 P : *D.* 2009. AJ 374 ; *ibid*., p. 1111, note H. MATSOPOULOU ; *AJ pénal* 2009, p. 178, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Dr. pénal* 2010. Chron. 1, obs. D. GUÉRIN

Cass. Crim. 3 juin 2009, n° 08-83.665, *D.* 2009. AJ 1762 ; *AJ pénal* 2009, p. 370

Cass. Crim. 16 déc. 2009, n° 09-85.153

Cass. Crim. 12 janv. 2010, n° 09-82.171, *D. actu.*, 8 mars 2010, obs. M. LÉNA ; *AJ pénal* 2010, p. 250, obs. G. ROYER

Cass. Crim., 2 mars 2010, n°09.88-452, Bull. crim. n°42

Cass., QPC, 19 mai 2010 ; *D.* 2010. Actu, p. 1352

Cass. Crim., 31 mai 2010, n°05-87.745 09-86.381 10-81.098 10-90.001 10-90.002 10-90.003 10-90.004 10-90.005 10-90.006 10-90.007 10-90.008 10-90.009 10-90.010 10-90.011 10-90.012 10-90.013 10-90.014 10-90.015 10-90.016 10-90.017 10-90.018 10-90.019 10-90.020 10-90.023 10-90.024 10-90.028

Cass. Crim. 20 sept. 2011 : *D. actu*. 24 oct. 2011, obs. M. BOMBLED ; *D.* 2011. Actu. 2542, obs. M. LÉNA ; *ibid*. 2012. Chron. 171, obs. C. ROTH, A. LEPRIEUR et M.-L. DIVIALLE ; *AJ pénal* 2012, p. 47, obs. J. PRONIER ; *RSC* 2012, p. 198, obs. J. DANET

Cass. Crim. 8 févr. 2012, n° 11-81.259 P : *D. actu*. 24 févr. 2012, obs. M. BOMBLED ; *D.* 2012, p. 723, note S. DETRAZ ; *AJ pénal* 2012, p. 291, obs. G. ROUSSEL ; *Gaz. Pal*. 2012. 2. 2228, obs. E. DREYER ; *RSC* 2012, p. 589, obs. S. DETRAZ

Cass. Crim. 11 juill. 2012, n° 12-82.980 P

Cass. Crim., 19 sept. 2012, n°11-8111 : JCP G 2012, note 1242, F. FOURMENT ; Procédures 2012, comm. 331, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; RSC 2012, p. 887, obs. D. BOCCON-GIBOD et X. SALVAT

Cass. Crim. 27 nov. 2012, n° 11-88.678 P : *D. actu*. 19 déc. 2012, obs. M. BOMBLED ; *AJ pénal* 2013, p. 169, obs. J.-B. PERRIER

Cass. Crim., 3 avr. 2013, n° 12-88.428

Cass. Crim. 5 nov. 2013, n° 13-82.682 P : *D. actu*. 25 nov. 2013, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; *D*. 2013. Actu. 2646 ; *AJ pénal* 2014, p. 90, obs. P. COMBLES de NAYVES ; *Procédures* 2014, p. 23, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal*. 9 févr. 2014, p. 40, note F. FOURMENT

Cass. Crim. 6 nov. 2013, n° 13-84.320

Cass. Crim. 29 janv. 2014, n° 13-82.785 P : *Dr. pénal* 2014, p. 47, note A. MARON et M. HAAS

Cass. Crim. 3 mars 2015, n° 14-86.498, *D. actu.*, 7 avril 2015, obs. C. FONTEIX ; *AJ pénal* 2015, p. 378, obs. G. PITTI

Cass. Crim. 17 mars 2015, n° 14-88.310, P, n° 55 ; *D*. 2015, p. 735 ; *RSC* 2015, p. 400, obs. D. BOCCON-GIBOD ; *Dr. pénal*, n° 2015, comm. 76, A. MARON et M. HAAS

Cass. Crim. 16 juin 2015, n° 14-87.878 P: *D. actu*. 23 juill. 2015, obs. C. BENELLI-de BÉNAZÉ ; *AJ pénal* 2015, p. 505, obs. D. BRACH-THIEL ; *Dr. pénal 2016*. Chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS ; RSC 2015, p. 678, obs. A. GIUDICELLI

Cass. Crim., 24 juin 2015, n° 14-84.221, FS-P+B+I, Bull. Crim., 2015, n° 137 ; AJ Pénal 2016, p. 38 ; *Procédures* 2015, n° 8-9, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE

Cass. Crim., 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-82.765, Bull. crim. 2015, n° 252

Cass. Crim. 2 déc. 2015, F-P+B, n° 14-85.581 : *D. actu.* 18 déc. 2015

Cass. Crim. 2 févr. 2016, n° 15-86.596 P : *AJ pénal* 2016, p. 273, obs. C. GIRAULT

Cass. Crim 9 mars 2016, n° 14-86.795 : *RSC* 2016, p. 540 obs. J. FRANCILLON, *RSC* 2017, p. 81 obs. A. GIUDICELLI

Cass. Crim. 13 avr. 2016, n° 15-82.982, Bull. Crim. 2016 n°133

Cass. Crim. 4 oct. 2016, n° 16-81.778 P : *AJ pénal* 2016, p. 598, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2017. Chron. 8, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2016, n° 378, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *RSC* 2016, p. 802, note F. CORDIER

Cass. Crim. 7 févr. 2017, n° 16-85.187 P: *D.* actu. 27 févr. 2017, obs. L. PRIOU-ALIBERT.; *AJ pénal* 2017, p. 241, obs. G. ROUSSEL

Cass. Crim., 11 juill. 2017, n° 16-82.960, P : *D. actu*., 4 sept. 2017, obs. M.-H. YAZICI ; *D.* 2017, p. 1532

Cass. Crim., 12 sept. 2017, n° 17-83.874, P

Cass. Crim. 14 nov. 2017, n° 17-85.205 P

Cass. Crim. 12 déc. 2017, n° 17-85.757 P : *AJ pénal* 2018, p. 157, obs. T. LEFORT ; *D.* 2018. Pan. 1611, obs. J. PRADEL

Cass. Crim. 24 janv. 2018, no 17-86.265 P: Dr. pénal 2018, no 55, obs. A. MARON et M. HAAS

Cass. Crim. 27 févr. 2018, n° 17-87.133 P : *D. actu*. 22 mars 2018, obs. W. AZOULAY ; *Dr. pénal* 2018, n° 89, obs. A. MARON et M. HAAS

Cass. Crim., 19 sept. 2018, n° 18-83.868, Bull. crim. 2018, n°161, P+B

Cass. Crim., 11 déc. 2018, n°18-80.872

Cass. Crim. 15 janv. 2019, n° 18-86.247, Bull. crim. n° 13

Cass. Crim. 13 févr. 2019, n° 18-86.559 P: *D.* actu. 11 mars 2019, obs. H. DIAZ ; *AJ pénal* 2019. 215, obs. D. MIRANDA ; Procédures 2019, n° 126, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *JCP* 2019, n° 340, obs. P. COLLET ; *RSC* 2019. Chron. 426, note F. CORDIER

Cass. Crim., 14 mai 2019, n° 19-81.408, P : *JCP* 2019, n° 705, obs. RIBEYRE ; *D. actu*. 6 juin 2019, obs. S. FUCINI ; *AJ pénal* 2019, p. 390 obs. D. MIRANDA

Cass. Crim. 26 juin 2019, n° 19-82.779, D. GOETZ, « Procédure applicable aux mineurs : des rappels bienvenus », *D. actu*., 16 juillet 2019

Cass. Crim. 18 sept. 2019, n° 19-83.950 P : *D. actu*. 10 oct. 2019, obs. W. AZOULAY ; *AJ pénal* 2019, p. 560, obs. FRINCHABOY ; *RSC* 2019, p. 808, note Y. MAYAUD

Cass. Crim. 15 oct. 2019, n° 19-82.380, *D.* 2019, p. 1995

Cass. Crim. 16 oct. 2019, n° 19-84.773 P : *RSC* 2019, p. 854, note J.-P. VALAT

Cass. Crim. 8 janv. 2020, n°18-86.517, P.B.I., F. FOURMENT, « Validité irrévocable de la convocation régulièrement délivrée à la défense », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 18, p. 64

Cass. Crim. 19 févr. 2020, n° 19-87.545 : *D. actu*. 6 avr. 2020, obs. C. FONTEIX

Cass. Crim. 17 juin 2020, n° 20-80.240 P : *D. actu*. 16 juill. 2020, obs. M. DOMINATI ; *AJ pénal* 2020, p. 423, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pénal* 2020, n° 9, obs. É. BONIS

Cass. Crim. 8 juill. 2020, n° 20-81.739 P : *D. actu*. 31 août 2020, obs. C. MARGAINE ; *Dr. pénal 2020*, n° 146, obs. A. MARON et M. HAAS ; *AJ pénal* 2020, p. 404, note. J. FRINCHABOY ; *Dr. pénal* 2020, n° 177, obs. A. MARON et M. HAAS

Cass. Crim. 22 juill. 2020, n° 20-82.213, *AJ pénal* 2020, p. 482, obs. B. FIORINI

Cass. Crim. 30 sept. 2020, n° 20-83.548, FS-P+B+I (rejet) : *D.* 2020, p. 1955

Cass. Crim. 14 oct. 2020, n° 20-82.961, *AJ pénal* 2021, p. 27, note J. BOUDOT ; *RSC* 2020, p. 967, obs. J.-P. VALAT

Cass. Crim. 12 janv. 2021, n° 20-82178

Cass. Crim. 12 janv. 2021, n°20-85.841

Cass. Crim. 27 janv. 2021, n° 20-85.990 P : *D. actu*. 27 janv. 2021, obs. M. DOMINATI ; *AJ pénal* 2021, p. 154

Cass. Crim. 9 février 2021, n° 20-86.339

Cass. Crim, 9 février 2021, n° 20-86.464

Cass. Crim. 10 fév. 2021, n° 20-86.327

Cass. Crim., 16 fév. 2021, n°20-86.541

Cass. Crim. 2 mars 2021, n° 20-85.491 ; *D*. 2021, p. 471 ; *AJ pénal* 2021, p. 271, obs. A. PUJOL ; *RSC* 2021, p. 445, obs. J.-P. VALAT

Cass. Crim 2 mars 2021, n° 20-86.799

Cass. Crim. 2 mars 2021, n°20-86.803

Cass. Crim., 2 mars 2021, n° 21-90.001

Cass. Crim. 9 mars 2021, n° 20-86.954

Cass. Crim. 10 mars 2021, n°20-86919, *D*. 2021, p. 528

Cass. Crim. 16 mars 2021, n° 20-87.044

Cass. Crim. 16 mars 2021, n° 20-87.141 P

Cass. Crim. 17 mars 2021, n°20-87.192

Cass. Crim., 17 mars 2021, n°20-83.269

Cass. Crim 13 avr. 2021, n° 21-80.989

Cass. Crim., 24 mars 2021, n° 21-80.143

Cass. Crim., 30 mars 2021, n° 20-86.358 P

Cass. Crim. 11 mai 2021, n° 20-82.267, P

Cass. Crim. 27 mai 2021, n° 20-82.727

Cass. Crim. 28 juill. 2021, n° 21-83.005, *D*. 2021, p. 1542

Cass. Crim 19 oct. 2021, n° 21-81.569

Cass. Crim, 19 oct. 2021, n° 21-82.230

Cass. Crim. 10 nov. 2021, n° 21-85.182

Cass. Crim. 23 fév. 2022, n° 21-86.762 (n° 330 FS-B), *D*. 2022, p. 399

Cass. Crim, 9 mars 2022, n°21-82.580, B

Cass. Crim. 23 mars 2022, n° 21-83.064 : *D. actu*. 11 avr. 2022, obs. M. DOMINATI ; E. BARBÉ, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D*. 2022, p. 1628 ; P.-J. DELAGE, « Droits de la défense : consultation effective du dossier de procédure et traduction des pièces essentielles », *RSC* 2022, p. 627

Cass. Crim. 17 mai 2022, n° 21-86.131, § 6 : *D*. 2022, p. 995 ; *D. actu*. 8 juin 2022, obs. M. SLIMANI

Cass. Crim. 31 mai 2022, n° 22-81.770, B

Cass. Crim. 28 juin 2022, n° 22-82.698, F-B

Cass. Crim., 14 sept. 2022, n° 21-86.796 : *D*. 2022, p. 1599

Cass. Crim., 18 oct. 2022, n° 22-81.934 P : *D*. 2022, p. 1857

Cours d'appel

CA Pau 27 juill. 1992, *Clunet* 1993, p. 913, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE

CA, Paris, 18 sept. 2002, n° 2002/09562, *D*. 2002, p. 2893

CA Pau, 4 avr. 2013, n° 12/01095

CA Montpellier, ord., 17 sept. 2019, n° 19/06690 : *Gaz. Pal*., n° 19, mai 2020, p. 42, Pan., C. ALBIGES

CA Aix-en-Provence, 28 janv. 2020, n°2020/0108

3) Décisions des juridictions administratives

Conseil d'État

CE 10 août 1918, Villes, Lebon 848

CE 28 juill. 1932, Sieur Brunaux, Lebon 816 ; CE sect. 4 mai 1979, Comité d'action des prisonniers, Lebon 182

CE, 5 mai 1944, Dame Veuve TROMPIER-GRAVIER, n°69751

CE, 13 déc. 1968, Ass. syndicale des propriétaires de Champigny- sur- Marne, *RD publ.* 1969, p. 512, note M. WALINE

CE, Sect., 12 mai 1961, Société la Huta, n°40674, Lebon 313

CE, Ass., 17 févr. 1995, *Marie*, concl. FRYDMANN, *RFDA* 1995, p. 353 ; Lebon 83 ; *AJDA* 1995, p. 379, chron. L. TOUVET et J.-H. STAHL

CE, ord., 3 avr. 2002, Min. Intérieur c/ M. Kurtarici, req. n° 244686 , Lebon T. 871

CE 23 mai 2003, Mme CHABBA, n° 244663 : Rec. CE, p. 240, concl. E. PRADA BORDENAVE ; *AJDA* 2004, p. 157, note N. ALBERT ; *Dr. adm*. 2003. 44, note M. LOMBARD ; *JCP, éd. A*, 2003. 1718 et 1751, note J. MOREAU

CE 10 févr. 2004, req. n° 264182

CE, Ass., 14 déc. 2007 : Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. BOUSSOUAR (1re esp.), M. PLANCHENAULT (2e esp.), M. PAYET (3e esp.) ; *RFDA* 2008, p. 87, concl. M. GUYOMAR (1re et 2e esp.), concl. C. LANDAIS (3e esp.)

CE, ord., 18 sept. 2008, Benzineb, req. n° 320384 , Lebon T. 861

CE 17 déc. 2008, n° 293786 : *AJ pénal* 2009, p. 87, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJDA* 2008, p. 2364 ; *D*. 2009. 1376, obs. É. PÉCHILLON

CE, 20 mai 2011, M. L. B., n° 326084, Rec

CE, 23 mai 2012, n° 348557, « Du respect des droits de la défense dans la procédure disciplinaire des chambres de métier », Rec. Lebon 2012

CE, 11 juill. 2012, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 347148, Lebon T. p. 759 ; *AJDA* 2012, p. 1429

CE 28 déc. 2012, n° 357494 : *AJDA* 2013, p. 958 ; *D*. 2013, p. 1304, obs. J.-P. CÉRÉ

CE, 13 mars 2013, n°354976

CE, sect., 6 déc. 2013, n° 363290, Lebon ; *AJDA* 2014, p. 237, concl. D. HEDARY ; *ibid*. 2013, p. 2461 ; AJ pénal 2014, p. 143, obs. É. PÉCHILLON

CE 21 mai 2014, n° 359672 : *D. actu*. 28 mai 2014, obs. D. POUPEAU ; *AJDA* 2014, p. 1065

CE, 18 févr. 2015, n° 375765 : *D. actu*. 11 mars 2015, obs. M. LÉNA ; AJ pénal 2015, p. 195, obs. M. HERZOG-EVANS et É. PÉCHILLON

CE 1er juin 2015, n° 380449 P : *D. actu*. 9 juin 2015, obs. C. de MONTECLER ; *D*. 2016. Pan. 1220, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJ pénal* 2015, p. 447, obs. É. PÉCHILLON ; *AJDA* 2015, p. 1071 ; *ibid*. 2015, p. 1596, concl. A. BRETONNEAU

CE 13 janv. 2017, n° 389711, Lebon ; *AJDA* 2017, p. 637, note J. SCHMITZ

CE, 28 déc. 2017, n° 400560 , D. actu., 17 janv. 2018, obs. C. BIGET

CE 3 déc. 2018, n° 412010, Lebon ; *AJDA* 2019, p. 279, chron. Y. FAURE et C. MALVERTI ; *ibid*. 2018, p. 2366, *D*. 2019. 1074, obs. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et É. PÉCHILLON

CE 27 mars 2020, n° 439720, *AJDA* 2020, p. 700

CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894, 439877, 439887, 439890, 439898, § 19 P : *D. actu*. 9 avr. 2020, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2020, n° 103, obs. A. MARON et M. HAAS

CE, ord., 14 avr. 2020, n° 439899

CE, 20 avr. 2020, Protection des avocats, n° 439983 et 440008 : *AJDA* 2020, p. 816 ; *D. avocats* 2020, p. 266

CE, ord., 22 avr. 2020, n° 440039

CE 7 mai 2020, n° 440255, *AJDA* 2020, p. 974

CE, ord., 27 nov. 2020, ADAP et autres, n° 446712, 446724, 446728, 446736, 446816, *D. actu*., 1er déc. 2020, obs. J.-M. PASTOR ; *AJDA* 2020, p. 2345 ; *D.* 2020, p. 2400 ; *ibid*. 2021, p. 1564, obs. J.-B. PERRIER ; *AJ fam.* 2020, p. 617, obs. L. MARYCE 5 févr. 2021, req. n° 434659, *AJ pénal* 2021, p. 221, obs. J.-P. CÉRÉ

CE réf. 12 févr. 2021, n° 448972, 448975 et 448981, Syndicat des avocats de France, Conseil national des barreaux, *AJDA* 2021, p. 369

CE 5 mars 2021, n° 440037 et 440165, *D. actu*., 10 mars 2021, obs. J.-M. PASTOR ; Lebon ; *AJDA* 2021, p. 537 ; *AJ pénal* 2021, p. 167 ; *RFDA* 2021, p. 570, chron. A. ROBLOT-TROIZIER

CE 4 août 2021, n° 447916

CE réf. 22 novembre 2021, n°456924, *D*. 2021, p. 2137

CE, 22 avril 2022 n° 455520

Cours administratives d'appel

CAA Nantes, 18 juill. 2013, req. n° 12NT03128 , *AJDA* 2013, p. 2162, obs. S. DEGOMMIER, *D*. 2014. 1237, obs. J.-P. CÉRÉ

CAA Nancy, 13 févr. 2014, req. n° 13NC01290

CAA Nancy, 7 mars 2019, req. n° 18NC01172

Tribunaux administratifs

TA Strasbourg, 20 janv. 1998, req. n° 953005

TA Pau, 5 oct. 2000, req. n° 991089 et 991090

TA Rouen, 27 mars 2008, D. 2008, p. 1959, note M. HERZOG-EVANS

TA Marseille, 13 déc. 2012, ord., n° 1208103, Section française de l'Observatoire international des prisons, *AJDA* 2012, p. 2414

4) Décisions du Tribunal des conflits

T. confl. 17 févr. 1997, n° 03045 A : *JCP* 1997. II. 22885, concl. J. SAINTE-ROSE ; *Dr. adm*. 1997, n° 138, note M. PAILLET

T. confl. 11 mai 2020, EARL Finucchiola, n° C4181 : *JCP Adm*. 2020, nos 21-22, note P. YOLKA

B. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne

1) Arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme

Comm. EDH 30 juin 1959, SZWABOWICZ c/ Suède, n° 434/58, Ann. II, p. 355

Comm. EDH 23 mai 1966, n°1794/63, Annales de la Commission, vol. IX, p. 179

Comm. EDH, 9 juill. 1981, KRÖCHER et MÖLLER c/ Suisse, n°8463/78, DR 34/24

CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche*, n°1936/63

CEDH, 8 juin 1976, ENGEL et a. c/ Pays-Bas, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Série A n° 22; *Cah. dr. eur.* 1978, p. 364, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, p. 481, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1978, p. 695, obs. P. ROLLAND

CEDH, 27 février 1980, DEWEER c/ Belgique, n°6903/75, §46, Série A n° 35; *Cah. dr. eur.* 1982, p. 196, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1981, p. 286, obs. R. PELLOUX ; JDI 1982, p. 197, obs. P. ROLLAND

CEDH, 13 mai 1980, ARTICO c/ Italie, n° 6694/74 : Série A n° 37; *Cah. dr. eur.* 1982, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1981, p. 288, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. ROLLAND

CEDH 23 juin 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN et DE MEYERE c/ Belgique, n° 6878/75 et 7238/75

CEDH 1er oct. 1982, PIERSACK c/ Belgique, n° 8692/79 : Série A n° 53 ; *Ann. fr. dr. int*. 1985, p. 415, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1985. 210, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER

CEDH, 25 mars 1983, MINELLI c/ Suisse, n° 8660/79

CEDH, 25 avr. 1983, PAKELLI c/ Allemagne, n° 8398/78, série A n°64

CEDH 9 avr. 1984, GODDI c/ Italie, n° 8966/80, Série A n° 76 ; *Ann. fr. dr. int.* 1985, p. 394, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1986, p. 1055, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER

CEDH 28 juin 1984, CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni, n° 7819/77; 7878/77 : Série A n° 80; *Cah. dr. eur.* 1986, p. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1986, p. 1058, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER

CEDH 26 oct. 1984, DE CUBBER c/ Belgique, n° 9186/80 : Série A n° 86

CEDH 26 mars 1987, LEANDER c/ Suède, n° 9248/81

CEDH 7 oct. 1988, SALABIAKU c/ France, n° 10519/83, § 28 : Série A n° 141-A; *Rev. pénale (suisse)* 1990, p. 29, obs. B. BOULOC ; *RTD eur.* 1989, p. 167, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *RSC* 1989, p. 16, obs. L.-E. PETTITI et P.-H. TEITGEN ; *JDI* 1989, p. 829, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER

CEDH 19 déc. 1989, KAMINSINSKI c/ Autriche, série A, n° 168 691

CEDH 21 févr. 1990, VAN DER LEER c/ Pays-Bas, n° 11509/85

CEDH, 30 août 1990, FOX, CAMPBELL et HATLEY c/ Royaume-Uni, n° 12244/86 , 12245/86 et 12383/86

CEDH 12 mai 1992, MEGYERI c/ Allemagne, n° 13770/88

CEDH, 27 août 1992, TOMASI c/ France, n° 12850/87, *D.* 1993, p. 383, obs. J.-F. RENUCCI ; *AJDA* 1993, p. 105, chron. J.-F. FLAUSS ; *RSC* 1993, p. 33, obs. F. SUDRE, et 142, obs. L.-E. PETTITI

CEDH, 25 sept. 1992, CROISSANT c/ Allemagne, n° 13611/88

CEDH 12 oct. 1992, T. c/ Italie, n° 14104/88

CEDH 25 févr. 1993, FUNKE c/ France, n° 10828/84 : Série A n° 256-A ; *D.* 1993, p. 457, note J. PANNIER ; *D.* 1993. Somm. p. 387, obs. J.-F. RENUCCI ; *Cah. CREDHO* 1994/2, p. 115, obs. R. GOY ; *RSC* 1994, p. 362, obs. R. KOERING-JOULIN et 1993, p. 581, obs L.-E. PETTITI ; *RUDH* 1993, p. 217, obs. F. SUDRE

CEDH, 27 oct. 1993, DOMBO BEHEER B. V. c/ Pays- Bas, n° 14448/ 88

CEDH 23 nov. 1993, POITRIMOL c/ France, n° 14032/88 : Série A, n° 277-A, *Dr. pénal* 1994. Comm. 97 ; *RSC* 1994, p. 370, obs. L.-E. PETTITI

CEDH, 24 nov. 1993, IMBRIOSCIA c/ Suisse, n°13972/88

CEDH 10 févr. 1995, ALLENET DE RIBEMONT c/ France, n° 15175/89 : Série A n° 308 ; *Justices* 1997, p. 177 et 182, obs. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS ; *Ann. fr. dr. int*. 1995, p. 485, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1996, p. 211, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RSC* 1996, p. 484, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RTDH* 1998, p. 69, obs. S. MARCUS-HELMONS ; *RSC* 1995, p. 639, obs. L.-E. PETTITI ; *D.* 1996. Somm. 196, obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP* 1997. I. 4000, obs. F. SUDRE

CEDH 24 févr. 1995, Mc MICHAËL c/ Royaume Uni, n° 16424/90, §80 : série A, n° 307- B ; *D.* 1995, p. 449, note M. HUYETTE

CEDH, 20 févr. 1996, VERMEULEN c. Belgique, n° 19075/ 91

CEDH, 17 déc. 1996, VACHER c/ France, n°20368/92

CEDH 18 mars 1997, FOUCHER c/ France, n°22209/93, §36, *D.* 1997, somm. comm. 360, obs. J.-F. RENUCCI ; *Clunet* 1998, obs. V. LEGRAND ; *RGDP* 1998, p. 247, obs. J.-F. FLAUSS

CEDH 20 mai 1998, GAUTRIN et a. c/ France, n° 21257/93, 21258/93, 21259/93 : Rec. 1998-III

CEDH 25 mars 1999, PÉLISSIER et SASSI c/ France, n° 25444/94 § 54 : *D.* 2000, p. 357, note D. ROETS ; *RTDH* 2000, p. 281, obs. G. FLÉCHEUX et T. MASSIS

CEDH 23 mai 2000, VAN PELT c/ France, n° 31070/96 , §67, *JCP* 2001. I, p. 291, obs. F. SUDRE ; *D.* 2001. Somm. 1061, obs. J.-F. RENUCCI ; *RSC* 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS

CEDH 25 juill. 2000, MATTOCCIA c/ Italie, n° 23969/94

CEDH 14 nov. 2000, DELGADO c/ France, n° 38437/97

CEDH 30 janv. 2001, VAUDELLE c/ France, n° 35683/97

CEDH 3 avr. 2001, KEENAN c/ Royaume-Uni, n° 27229/95

CEDH, 16 oct. 2001, BRENNAN c/ Royaume-Uni, n°39846/98

CEDH 31 oct. 2001, SOLAKOV c/ Macédoine, n° 47023/99

CEDH, 26 juill. 2002, MEFTAH et autres c/France, n° 32911/96, 35237/97 et 34595/97

CEDH 20 janv. 2005, MAYZIT c/ Russie, n°63378/00

CEDH 31 mars 2005, MATTICK c/ Allemagne, n° 62116/00

CEDH 12 avr. 2005, CHAMAÏEV et a. c/ Géorgie et Russie, n° 36378/02

CEDH, Gde ch. 12 mai 2005, ÖCALAN c/ Turquie, n° 46221/99, 84, 98, 178, 233, 591, *AJDA* 2006, p. 466, chron. J.-F. FLAUSS ; *RFDA* 2006, p. 308, étude H. LABAYLE ; *RSC* 2006, p. 431, obs. F. MASSIAS

CEDH, 5 oct. 2006, VIOLA c/ Italie, n° 45106/04, *JCP* 2007 I, p.106, obs. F. SUDRE

CEDH 19 déc. 2006, MATTEI c/ France, n° 34043/02 : *AJ pénal* 2007, p. 82, obs. C. SAAS ; *JDI* 2007, p. 710, obs. O. BACHELET

CEDH, Gde ch., 12 nov. 2008, SALDUZ c/ Turquie, n° 36391/02 : *JCP* 2009. I. 104, obs. F. SUDRE

CEDH, 25 sept. 2009, MARESTI c/ Croatie, n° 55759/07

CEDH, 13 oct. 2009, DAYANAN c/ Turquie, n°7377/03 : *JCP* 2009. Actu. 382 ; *Gaz. Pal*. 2-3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJP* 2010, p. 27, étude C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 231, obs. D. ROETS

CEDH Gr. ch., 29 mars 2010, MEDVEDYEV et a. c/ France, n° 3394/03 : *D.* 2010, p. 898, obs. S. LAVRIC ; *ibid*. p. 952, note P. SPINOSI ; *ibid*. p. 970, note D. REBUT ; *ibid*. p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid*. p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *JCP* 2010, n° 16, 454, note F. SUDRE ; *Gaz. Pal*. 2010. 1. Jur. 870, note H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 2011, p. 1283, obs. O. BACHELET et P. TAVERNIER ;

CEDH, 14 oct. 2010, BRUSCO c/ France, n° 1466/07 , *D.* 2010, p. 2950, note J.-F. RENUCCI; *Dr. pénal* 2010, p. 6, n° 12, obs. C. MAURO ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 290, p. 18, obs. M. BOUGAIN

CEDH 2 nov. 2010, SAKHNOVSKI c/ Russie, n° 21272/03, *D. actu*., 12 nov. 2010, obs. M. LÉNA

CEDH, 4 nov. 2010, KATRITSCH c/France, n° 22575/08

CEDH 23 nov. 2010, MOULIN c/ France, n° 37104/06 : *AJDA* 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D*. 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC, note J. PRADEL ; *ibid*. 2010, p. 2761, édito. ROME ; *ibid*. 2011, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *ibid*. p. 277, note J.-F. RENUCCI ; *RFDA* 2011, p. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *RSC* 2011, p. 208, obs. D. ROETS

CEDH 20 janv. 2011, PAYET c/ France, n° 51246/08 : *D. actu*. 27 janv. 2011, obs. S. LAVRIC ; *D*. 2011. Actu. P. 380, obs. S. LAVRIC ; *ibid*. p. 643, obs. J.-P. CÉRÉ ; *ibid*. Pan. 1313, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJ pénal* 2011, p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC* 2011, p. 718, obs. J.-P. MARGUÉNAUD

CEDH 12 avr. 2011, ADRIAN CONSTANTIN c/ Roumanie, n° 21175/03

CEDH 20 sept. 2011, OAO NEFTYANAYA KOMPANIYA YUKOS c/ Russie, n° 14902/04

CEDH, 15 déc. 2011, AL-KHAWAJA ET TAHERY c/ Royaume-Uni, n° 26766/05 et 22228/06

CEDH, 19 janv. 2012, POPOV c/ France, n° 39472/07 et 39474/07 : *AJDA* 2012, p. 127 ; *D*. 2012, p. 363 ; *ibid*. 864, obs. S. SLAMA ; *Dr. adm*. avr. 2012, Comm. 37, note V. TCHEN ; *Dr. fam*. 2012. Comm. 43, note M. BRUGGEMAN ; *JCP* 2012. Actu. 221, obs. F. SUDRE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 826, obs. K. PARROT

CEDH 6 mars 2012, LEAS c/ Estonie, n° 59577/08

CEDH 10 juill. 2012, TRAMPEVSKI c/ Ex-République yougoslave de Macédoine, n° 4570/07

CEDH 10 oct. 2012, GREGAČEVIĆ c/ Croatie, n°58331/09

CEDH 10 oct. 2012, VIDGEN c/ Pays-Bas n° 29353/06

CEDH 25 juill. 2013, KHODORKOVSKIY et LENEDEV c/ Russie, n° 11082/06 et 13772/05

CEDH 21 mai 2015, YENGO c/ France, n° 50494/12 : *D*. 2016, p. 1220, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJDA* 2015, p. 1289, tribune A. JACQUEMET-GAUCHÉ et S. GAUCHÉ ; *AJ pénal* 2015, p. 450, obs. E. SENNA

CEDH, Gde Ch., 20 oct. 2015, DVORSKI c/ Croatie, n° 25703/11, *D. actu*., 2 nov. 2015, obs. A. PORTMANN ; *D*. 2016, p. 225, obs. J.-F. RENUCCI

CEDH Gde Ch., 23 mars 2016, BLOKHIN c/ Russie, n°47152/09

CEDH, gr. ch., 13 sept. 2016, IBRAHIM et a.c/ Royaume-Uni, n° 50541/08 : *D. actu*. 15 sept. 2016, obs. A. PORTMANN

CEDH, 26 avr. 2017, GEBREMEDHIN c/ France, n° 25389/05, *D*. 2007, p. 2780, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJ pénal* 2007, p. 476, note H. GACON

CEDH, gr. ch., 4 avr. 2018, CORREIA DE MATOS c/ Portugal, n° 56402/12

CEDH, gr. ch., 9 sept. 2018, n° 71409/10, BEUZE c/ Belgique, *AJ pénal* 2019, p. 30, note E. CLÉMENT

CEDH, 24 juin 2019, KNOX c/ Italie, n°76577/13

CEDH, Gde Ch., 21 nov. 2019, ILIAS ET AHMED c/ Hongrie, n° 47287/15

CEDH, Gr. ch., 21 nov. 2019, Z. A. et autres c/ Russie, n° 61411/15

CEDH, 30 janv. 2020, J.M.B. et a. c/ France, n° 9671/15 : *AJDA* 2020, p. 122, note J.-P. CÉRÉ ; *ibid*. p. 1064, note H. AVVENIRE ; *D. 2020*, p. 753 note J.-F. RENUCCI ; *ibid*. p. 1195, obs. J.-P. CÉRÉ, J. FALXA et M. HERZOG-EVANS ; *JA 2020*, n° 614, p. 11, obs. T. GIRAUD ; *JCP Adm*. 2020, p. 78

CEDH, 25 juin 2020, MOUSTAHI c/ France, n° 9347/14

CEDH 22 juill. 2021, n° 57035/18, MD et AD c/ France, *AJDA* 2021, p. 1592 ; *AJ fam*. 2021, p. 567, obs. M. SAULIER ; *AJ pénal* 2021, p. 476, obs. M. LACAZE

CEDH, 1e sect., 30 nov. 2021, GALOVIĆ c/ Croatie, n° 45512/11

CEDH 9 déc. 2021, R. M. c/ Lettonie, n° 53487/13 : *AJ fam*. 2022, p. 45, obs. M. SAULIER

CEDH 7 juin 2022, VANDENBUSSCHE c/ Belgique, n° 21402/16

CEDH 28 juillet 2022, DUBOIS c/ France, n° 52833/19

2) Arrêts de la Cour de justice de l'Union Européenne

CJCE 14 mars 2000, Association Eglise de scientologie de Paris et Premier ministre, aff. C-54/99

CJUE 13 févr. 2020, aff. C-688/18, *D*. 2020, p. 391

CJUE 28 jan. 2021, aff. C-649/19, *D*. 2021, p. 183

CJUE, 15 sept. 2022, aff. C/347/21, *D*. 2022, p. 1599

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux numéros de pages)

Accès au dossier
  Absence de délai prévu, 212
  Accès immédiat, 206
  Accès soumis à un délai, 209
  Contentieux des étrangers, 219
  Création d'un recours, **384**
  Diligence de l'avocat, 210
  Garde à vue, 220
  Instruction, 216
  Mineur, **219 et s.**
  Optimisation en détention, 378
  Optimisation en garde à vue, 379
  Organisation de la détention, 223
  Procédure disciplinaire en détention, 223
  Procédure pénale, **215**
  Soins psychiatriques sans consentement, 219
Admission en soins psychiatriques sans consentement, **119 et s.**
  Art. 706-135 CPP, 119
  Assistance obligatoire, 136
  Belgique, 345
  Isolement et contention, 121
  Italie, 364
  UHSA, **122**
Aide juridictionnelle, **163**
  Belgique, 349
  Italie, 348
  Royaume-Uni, 349
  Suisse, 349
Aménagement de peine, 270
  Réinsertion de la personne, 271
Assesseur extérieur *Voir* Procédure disciplinaire en détention
Assistance par l'avocat, 249
  Conclusions d'incident, 250
  Demande d'actes, **253 et s.**
  Dépôt de conclusions écrites, 249
  Interrogation des témoins et experts, **259**
  Nullités, 251
  Plaidoirie, **255 et s.**
Autorité judiciaire, **304**
  Parquet, **306**
Avocat, 26
  Auxiliaire de justice, 26
  Dénomination au Royaume-Uni, 352
  Formation, 426
  Missions, 26
  Optimisation de la spécialisation, 429
  Spécialisation, 428
Bracelet électronique, 35
  Assignation à résidence sous surveillance électronique, 35
  Bracelet anti-rapprochement, 36
  Détention à domicile sous surveillance électronique, 35
  PSEM, 36
Cellule de dégrisement
  Absence de l'avocat, 176
  Optimisation, 419
Chambre de l'application des peines, **107**
  Intervention de l'avocat, 155
Chambre de l'instruction, 76 et s.
Chambre de l'instruction
  Visioconférence, 77
Comité européen pour la prévention de la torture, 39
Comité européen pour prévention de la torture, **369**
Commission de l'application des peines, **108**
Communication *Voir* Libre communication ou confidentielle communication
Comparution à délai différé, 82
  Intervention de l'avocat, 152
Comparution immédiate
  Intervention de l'avocat, 151
  Rôle de l'avocat, 279
Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 79
  Défaut de recours, 287
  Droit au recours consolidé, 398
  Impossibilité de discuter l'accusation, 275
  Intervention de l'avocat, 148
  Optimisation par contre-proposition, 395
Confidentielle communication, **236**
  Optimisation, **391**

Royaume-Uni, 370
Convocation des témoins, **239**
Cour d'assises
Intervention de l'avocat, 153
Libre choix de l'avocat, 153
Cour européenne des droits de l'Homme, 341
Défense
Définition, 28
Défense effective, 63
Délai de préparation de la défense, **202 et s.**
Caractère suffisant, 204
Optimisation, 388
Demande de mise en liberté, 269
Détention
Article 803-8, **264**
Article 803-8 optimisé, 411
Isolement, **102**
Optimisation de l'accès au dossier, 378
Quartier de radicalisation, **103**
Quartier spécifique, **103**
Saisine des autorités administratives indépendantes, 267
Sécurité, 325
Sécurité des personnes, 332
Unité pour détenus violents, 103
Détention provisoire
Allongement de plein droit des délais de détention provisoire, 74
Suisse, 345
Discussion de l'accusation
Royaume-Uni, 363
Droit à être jugé dans un délai raisonnable, 299
Droit à l'interprète, **192**, 228
Droit à l'assistance d'un avocat, 58
Absence de notification, 168
Choix d'exercer ce droit, **159**
Droit imposé à toute personne privée de liberté, 434
Formulaire écrit, 166 et s.
Langue, 194
Notification immédiate, 193
Droit au procès équitable, 19, 298
Due process of law, 19
Magna Carta, 19
Droits de la défense
Article 6 Conv. EDH, 23
Belgique, 342
Définition, 23
Italie, 343
Principe fondamental reconnu par les lois de la République, 25
Principe général du droit, 24
Suisse, 344
Efficacité de la défense
Définition, **42**
Équité de la procédure, 64
État d'urgence sanitaire
Effets sur la défense, 282
État de droit, 19
État d'urgence sanitaire
Motif d'atteinte aux droits de la défense, 332
Étrangers
Vulnérabilité reconnue lors de la privation de liberté, 436
Garde à vue, **88 et s.**
Absence de recours, 288
Arrêts SALDUZ et DAYANAN, 91
Assistance imposée de l'avocat en Italie, 346
Belgique, 365, 366
Infractions terroristes, 173
Italie, 367
Loi du 14 avril 2011, 92
Optimisation, 403
Optimisation des demandes d'actes, 405
Parquet, 310
Recherche des auteurs d'infractions, 335
Report de l'intervention de l'avocat, 170
Report pour préserver sécurité des personnes, 330
Rôle de l'avocat, 277
Royaume-Uni, 347, 365
Suisse, 366
Grève des avocats, 281
Hospitalisation d'office, **118**
Information de l'accusation, **187**
Information de l'avocat
Privation de liberté du client, 196
Information de l'avocat
Date d'audience, 197
Délais conformes aux droits de la défense, 198
Délais non conformes aux droits de la défense, 200

Information des raisons de l'arrestation, 188
Information des raisons de l'arrestation
Célérité, 191
Insertion ou réinsertion de la personne, 271
Instruction
Belgique, 363
Intervention de l'avocat, 143
Isolement et contention *Voir* Admission en soins psychiatriques sans consentement
Juge administratif, **319**
Compétence en recul, 321
Droits processuels, 319
Juge d'instruction, 69
Juge de l'application des peines, **106**
Juge de l'application des peines
Condamnés libres, 84
Incarcération provisoire, 85
mineurs, **108**
Juge des libertés et de la détention, 71
Intervention de l'avocat, 146
Juge d'instruction
Loi du 8 décembre 1897, 69
Juridiction nationale de rétention de sûreté
Intervention de l'avocat, 156
Juridiction régionale de rétention de sûreté
Intervention de l'avocat, 156
juridictions pénales de jugement
cour d'assises, 81
Juridictions pénales de jugement, 81
Tribunal correctionnel, 81
Liberté individuelle
définition, 30
Libre communication, **225**
Atteintes, **232**
Courrier, 227
Entretien, 228
Optimisation, **391**
Sécurité de l'établissement pénitentiaire, 327
Téléphone, 227
Visioconférence, 229
Mandat d'arrêt européen
Intervention de l'avocat, 160
Mineurs
Absence d'assistance par un avocat, 135
Administrateur ad hoc, 132
Assistance obligatoire d'un avocat, **129 et s.**
Belgique, 357
convention internationale relative aux droits de l'enfant, 127
Garde à vue, 93
Italie, 359
Modèle d'optimisation, **432 et s.**
représentants légaux, 134
Retenue judiciaire, 95
Spécialisation *Voir* Spécialisation en droit des mineurs
Nullités, **251**
Optimisation
Obstacle de faible rétribution, 418
Obstacle du financement de l'aide juridictionnelle, 441
Ordre public, **323**
Distinction avec sécurité publique, 323
Parquet, **307**
Accroissement des pouvoirs, 309
Garde à vue, 310
Interchangeabilité, 397
Perquisition
Cabinet d'avocat, 423
Optimisation, 421
Personne privée de liberté
Vulnérabilité établie, 438
Placement en zone d'attente, **117**
Prélèvement biologique
Proposition d'optimisation, 424
Préparation de la défense
Italie, 362
Suisse, 361
Principe d'égalité des armes
Effet insuffisant, 56 et s.
Effet positif, 51 et s.
Principe de présomption d'innocence, 302
Garde à vue, 311
Principe du contradictoire
Effet positif, 49 et s.
Effets négatifs, 53 et s.
Lien avec les droits de la défense, 50
privation de liberté
encourue, 37
Procédure disciplinaire en détention, **105 et s.**
Assesseur extérieur, **317**
Belgique, 348
Composition de la commission de discipline, 313

Contenu du dossier, 382
Loi du 12 avril 2000, 104
Mesures d'ordre intérieur, 284
Optimisation des recours, 410
Optimisation du délai de préparation, 388
Proposition de création d'une commission, 407
Recours au fond, 284
Recours d'urgence, 285
Tribunal indépendant et impartial, 313
Publicité des débats, 299
Recherche des auteurs, 335
Recherche d'informations
Enjeu de la garde à vue, 335
Recours
Aménagement de peine, 270
Appel, 268
Cassation, 268
Demande de mise en liberté, 269
Recours en indemnisation pour les frais de justice avancés, **263**
Recours en réparation d'une détention infondée, **262**
Représentation par l'avocat, **246 et s.**
Contradictoire à signifier, 246
Soins psychiatriques sans consentement, 247
Rétention administrative, **112**
Mineurs, **115**, 116
rétention de sûreté, **110**
Rétention douanière, **96**
Rétention pour vérification d'identité *Voir* Vérification d'identité
Retenue de la personne étrangère pour vérification de son droit de circuler sur le territoire français, **101**
Retenue en cas de non-respect des obligations prononcées dans le cadre d'une condamnation, **98**
Retenue judiciaire, **100**
retenue pour non-respect des obligations du contrôle judiciaire, **98**
Retenue pour soupçon d'acte terroriste
Absence de l'avocat, 177
Optimisation, 415
Retenue pour vérification du droit de circulation
Rôle de l'avocat, 278
Sécurité publique, **325 et s.**
Motif à écarter, 380
Sécurité des personnes, 330
Terrorisme, 328
Spécialisation en droit des mineurs
Belgique, 360
Italie, 360
Terrorisme
Aménagement de peine, 329
Aménagements de peine impossibles, 288
Garde à vue, 328
Royaume-Uni, 368
Sécurité publique, 328
Tribunal correctionnel
Détention provisoire, 82
Visioconférence, 83
Tribunal de l'application des peines, **106**
Tribunal indépendant et impartial, 299
Vérification d'identité
Absence de l'avocat, 176
Optimisation, 416
Visioconférence
Communication entre avocat et client, 229
État d'urgence sanitaire, 230
état d'urgence sanitaire, 282
Optimisation, 400
tribunal correctionnel - crise sanitaire, 83
Visite domiciliaire des douaniers, 423

Table des matières

Sommaire 9
Liste des principales abréviations 11
Introduction 17
I- L'objet de l'étude 19
II- Le champ de l'étude 34
III- Les intérêts de l'étude 40
IV- La problématique 41
V- L'exposé de la démonstration 43
Première partie : L'effectivité partielle de la défense des personnes privées de liberté 44
Titre 1er : La consolidation de la défense des personnes privées de liberté 45
Chapitre 1 : Les fondements juridiques de la défense 47
Section 1 : L'intérêt de la garantie des droits de la défense 47
1er paragraphe : La portée insuffisante du principe d'équité dans le procès 48
A. Les effets positifs des principes 49
1) L'effet positif du principe du contradictoire sur le débat 49
2) L'effet positif du principe d'égalité des armes sur le droit au recours 51
B. Les effets limités des principes 53
1) Les effets limités du principe du contradictoire 53
a) Les effets du principe circonscrits au débat 53
b) Les effets du principe insuffisants sur la compréhension du débat 55
2) L'absence d'effet du principe d'égalité des armes sur la défense effective de la personne 55
2nd paragraphe : La nécessité de la garantie des droits de la défense 57
A. Une nécessité justifiée par la nature de la notion des droits de la défense 57
1) Une notion vaste 58
2) Une notion extensible 59
B. Une nécessité justifiée par les objectifs des droits de la défense 63
1) Assurer la défense effective de la personne 63
2) Participer à assurer l'équité de la procédure 64
Section 2 : La reconnaissance progressive des droits de la défense 67
1er paragraphe : Les droits de la défense reconnus au bénéfice des personnes encourant une mesure privative de liberté 68

A. La reconnaissance essentielle des droits de la défense en phase pré-sentencielle 68

1) La reconnaissance ancienne des droits de la défense devant le juge d'instruction 69

2) La reconnaissance indispensable des droits de la défense devant le juge des libertés et de la détention 71

3) La reconnaissance bienvenue des droits de la défense devant la Chambre de l'instruction 76

B. La reconnaissance nécessaire des droits de la défense en phase sentencielle et post-sentencielle 78

1) La reconnaissance ancienne en phase sentencielle 78

a) Le cas particulier de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité 79

b) L'évidente reconnaissance devant une juridiction pénale de jugement 80

2) La récente reconnaissance en phase post-sentencielle 84

2nd paragraphe : Les droits de la défense reconnus au bénéfice des personnes privées de liberté 87

A. La garantie progressive des droits de la défense des personnes placées en garde à vue 88

1) Le renforcement des droits de la défense en garde à vue 88

a) Le renforcement des droits de la défense au bénéfice des majeurs placés en garde à vue 88

b) Le renforcement des droits de la défense auprès des mineurs au stade de l'enquête 93

2) La diffusion du régime de la garde à vue 96

a) Un régime appliqué à la rétention douanière 96

b) Un régime appliqué aux mesures privatives de liberté exécutées dans les locaux de police 98

B. La reconnaissance inattendue des droits de la défense au bénéfice des personnes détenues 102

1) La défense des détenus lors de procédures mises en œuvre par l'administration pénitentiaire 102

a) Les procédures relatives à l'organisation de la détention 102

b) Les recours relatifs à la discipline en détention 104

2) La défense des détenus lors de recours exercés devant l'autorité judiciaire 106

a) Les juridictions de l'application des peines 106

b) Les juridictions régionale et nationale de la rétention de sûreté 110

C. Une reconnaissance poussée par la judiciarisation des mesures privatives de liberté 111

1) La judiciarisation des procédures relatives aux mesures privatives de liberté prononcées à l'encontre des étrangers 112

2) La judiciarisation récente des admissions en soins psychiatriques sans consentement 118

Chapitre 2 L'intervention étendue de l'avocat 125

Section 1 : L'intervention de l'avocat imposée ponctuellement 125

1er paragraphe : Le caractère obligatoire déterminé par le statut de la personne 126

A. La prévision récente par la loi d'une intervention obligatoire auprès des mineurs 126

1) Le principe : une intervention obligatoire et renforcée de l'avocat 127

a. Les fondements de cette défense renforcée 127

b. Les manifestations de cette défense renforcée 128

2) Les exceptions : l'absence de l'assistance de l'avocat imposée au mineur 133

B. La prévision légale d'une intervention obligatoire auprès des majeurs particulièrement vulnérables 135

1) L'intervention de l'avocat auprès de personnes placées en soins psychiatriques sans consentement 136

2) L'intervention de l'avocat auprès de majeurs protégés en procédure pénale 138

2nd paragraphe : Le caractère obligatoire déterminé par la procédure 142

A. L'intervention obligatoire lors de la phase de l'instruction préparatoire 143

1) L'implicite intervention obligatoire de l'avocat auprès des majeurs devant le juge d'instruction 143

2) L'intervention obligatoire devant le juge des libertés et de la détention 146

B. L'intervention obligatoire lors des procédures pénales de jugement 147

1) Le caractère obligatoire justifié par la célérité de la procédure 148

a. Le cas particulier de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité 148

b. Les procédures de comparution immédiate et de comparution à délai différé 151

2) Le caractère obligatoire justifié par l'enjeu des peines criminelles 152

C. L'intervention de l'avocat imposée ponctuellement en phase post-sentencielle ... 155

Section 2 Le droit étendu de l'assistance par un avocat 159

1er paragraphe : L'augmentation et la consolidation de l'intervention de l'avocat 159

A. Une intervention augmentée par la diffusion du droit d'être assisté par un avocat 159

1) Une intervention soumise à la volonté de l'individu 159

2) Une intervention encouragée par l'accès à l'aide juridictionnelle 163

B. Une intervention consolidée par la mise en place de garanties procédurales 166
1) L'information du droit à l'avocat effectuée par écrit dans la procédure pénale 166
2) La sanction de la carence de la notification du droit à l'avocat 168
2nd paragraphe : L'intervention fragilisée de l'avocat 170
A. L'intervention de l'avocat en garde à vue différée en contradiction avec les impératifs des droits de la défense 170
1) Le report décidé pour des raisons tenant aux circonstances de l'affaire 170
2) Le report décidé en matière d'infractions terroristes et d'infractions à la législation sur les stupéfiants 173
B. L'intervention de l'avocat écartée au mépris des droits de la défense 175
1) L'absence de droit à l'assistance d'un avocat justifiée par la durée de la mesure 176
2) L'absence de droit à l'assistance d'un avocat lors d'une retenue pour soupçon d'infraction terroriste 177
Titre 2nd : Une effectivité affaiblie par un manque d'unité 183
Chapitre 1 : Une préparation de la défense à parfaire 185
Section 1 : Des délais influençant la préparation de la défense 186
1er paragraphe : Un délai variable de l'information de l'avocat de la privation de liberté 186
A. L'information préalable de la personne privée de liberté 186
1) Une information complète de l'accusation et de la privation de liberté 186
a) Le contenu de l'information 187
b) La qualité de l'information 190
2) L'information concomitante du droit à l'assistance d'un avocat 193
B. Un délai variable de l'information de l'avocat de la privation de liberté 195
1) Une information immédiate de l'avocat 195
a) Une information de la privation de liberté 195
b) Une information de la date d'audience 197
2) Une information de l'avocat soumise à un délai 198
a) Des délais conformes aux droits de la défense 198
b) Des délais non conformes aux droits de la défense 200
2nd paragraphe : Les délais laissés à l'avocat pour la préparation de la défense 202
A. Un délai variable de préparation de la défense 202
1) L'indifférence de la longueur du délai 202
2) La primordialité du caractère suffisant du délai 203
B. Un délai variable d'accès au dossier 206

1) Un délai directement lié à l'intervention de l'avocat 206
a) Un accès immédiat au dossier 206
b) Un accès au dossier soumis à un délai légal 209
2) Le défaut de délai prévu par les textes 210
a) Une lacune comblée par la diligence de l'avocat 210
b) Une lacune au mépris des droits de la défense 212
Section 2 : Les facilités nécessaires à la préparation de la défense 215
1er paragraphe : Une gradation de l'accès au dossier 215
A. Un accès conforme aux droits de la défense 215
1) Un accès total au dossier imposé en procédure pénale 215
2) Un accès total au dossier garanti au-delà de la procédure pénale 219
B. Un accès au dossier non conforme aux droits de la défense 220
1) Un accès au dossier limité à certaines pièces 220
2) Un accès au dossier limité par l'insuffisance de l'enquête 223
2nd paragraphe : Les facilités relevant de facteurs extérieurs au dossier 225
A. La libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client 225
1) Une libre communication écrite et orale 225
a) Une libre communication garantie par les textes 225
b) Une communication difficile dans la pratique 232
2) Le corollaire de la confidentialité des échanges 236
B. La demande de convocation des témoins 239
Chapitre 2 : Les missions de l'avocat à harmoniser 244
Section 1 : Le plein exercice des missions de l'avocat 245
1er paragraphe : Les missions exercées en phases pré-sentencielle et sentencielle 245
A. La représentation essentielle du client par l'avocat 246
B. Les différentes missions relevant de l'assistance de l'avocat 249
1) Une assistance écrite 249
a) L'assistance écrite par l'argumentation 249
b) L'assistance écrite par la demande d'actes 253
2) Une assistance orale 255
a) Le monologue de l'avocat : la plaidoirie 255
b) La discussion menée par l'avocat : l'interrogation des personnes présentes à l'audience 259
2nd paragraphe : Les missions exercées en phase post-sentencielle 261
A. Les recours en réparation de la privation de liberté 261

1) Une détention infondée 262
2) Une détention indigne 263
B. Un recours en contestation de la mesure privative de liberté 268
1) Une contestation sous différentes formes 268
2) La démonstration nécessaire de l'insertion sociale de la personne privée de liberté 271
Section 2 : L'exercice restreint des missions de l'avocat 275
1er paragraphe : Les missions exercées au « prétoire » 275
A. Les différentes atteintes lors de l'audience 275
1) L'impossibilité de contester l'accusation en comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité 275
2) Une discussion limitée par la nature de la procédure 277
a) Une discussion limitée à des questions et des observations 277
b) Une discussion limitée en comparution immédiate 279
B. Les atteintes ponctuelles aux droits de la défense 281
1) Des atteintes causées par les mouvements de grève 281
2) Des atteintes justifiées par le contexte de crise sanitaire 282
2nd paragraphe : Une contestation empêchée de la privation de liberté 283
A. L'atteinte au droit au recours effectif 283
1) Un droit au recours aux effets limités : l'exemple de la commission de discipline 283
2) Une absence de recours 286
B. Une demande de mise en liberté impossible 288
1) Une mise en liberté non prévue par les textes 288
2) Une impossibilité pratique à la mise en liberté 289
Deuxième partie : L'efficacité recherchée de la défense des personnes privées de liberté 293
Titre 1er : La rationalisation de la défense des personnes privées de liberté 295
Chapitre 1 : La rationalisation interne : la justification du manque d'unité 296
Section 1 : Les droits de la défense respectés en fonction de l'autorité 297
1er paragraphe : Le respect prégnant des droits de la défense devant l'autorité judiciaire 297
A. Un respect certain devant les magistrats du siège 297
1) La garantie de droits processuels en soutien du respect des droits de la défense 297
a) Les droits de la défense complétés 297
b) Les droits de la défense renforcés 300

2) Un respect justifié par la nature de l'autorité judiciaire 304
B. Le cas particulier du Parquet 306
1) Le statut controversé du Parquet 307
2) Le régime particulier de la garde à vue 310
2nd paragraphe : L'atteinte aux droits de la défense en l'absence de l'autorité judiciaire 312
A. Le défaut de procès équitable devant l'administration pénitentiaire 312
1) Le défaut de tribunal indépendant et impartial 313
2) L'insuffisance de l'assesseur extérieur en commission de discipline 317
B. L'exception du juge administratif 318
Section 2 : Les droits de la défense en concurrence avec des enjeux contradictoires 322
1er paragraphe : Les enjeux relatifs à la sécurité publique 322
A. La sécurité publique protéiforme 323
1) La sauvegarde de l'ordre public 323
2) La protection de la sécurité publique 325
a) La protection de la sécurité dans les établissements pénitentiaires 325
b) La protection de la sécurité publique en cas d'infraction terroriste 328
3) La protection de la sécurité des personnes 330
B. La sécurité publique lors de l'état d'urgence sanitaire 332
2nd paragraphe : Les nécessités de l'enquête 334
A. L'enjeu explicite de la recherche des auteurs 334
B. L'enjeu implicite de la recherche d'informations 335
Chapitre 2 : La rationalisation externe : la comparaison avec les législations européennes 339
Section 1 : La garantie identique des droits de la défense 339
1er paragraphe : L'intervention accrue de l'avocat 340
A. La reconnaissance unanime des droits de la défense 340
1) Des sources identiques 340
2) Les manifestations de la reconnaissance 342
B. L'extension du droit à l'assistance d'un avocat 344
1) Une intervention accrue au sein des procédures ordonnant des mesures privatives de liberté 344
a) Une intervention imposée ponctuellement 345
b) Une intervention facultative récurrente 347
c) Une intervention possible grâce à l'aide juridictionnelle 348

2) La présence inattendue des parents du mineur 350
2nd paragraphe : Des missions identiques 352
A. La représentation du client 352
B. L'assistance du client 353
Section 2 : L'exercice similaire des droits de la défense 357
1er paragraphe : Le point commun à tous les systèmes européens : la défense obligatoire des mineurs 357
A. Une défense des mineurs renforcée dans de nombreux pays 357
B. L'accroissement de l'exigence de spécialisation en droit des mineurs 360
2nd paragraphe : Un défaut d'unité commun aux systèmes européens 360
A. Un respect des droits de la défense conditionné par la nature de l'autorité 361
1) Un respect des droits de la défense plus soutenu en présence d'une autorité judiciaire 361
a) Le respect des droits de la défense relatifs à la préparation de la défense 361
b) Le respect des droits relatifs à la discussion de l'accusation 363
2) Une atteinte plus importante aux droits de la défense 364
a) Une atteinte aux droits de la défense en présence du maire en Italie 364
b) Une atteinte générale aux droits de la défense lors de la garde à vue 365
B. Les obstacles à l'exercice des droits de la défense 368
1) Une restriction justifiée par la commission d'infractions terroristes 368
2) Une restriction inévitable en raison des conditions de privation de liberté 369
Titre 2nd : L'optimisation de la défense des personnes privées de liberté 375
Chapitre 1 : L'optimisation des missions de l'avocat 377
Section 1 : L'optimisation de la préparation de la défense 377
1er paragraphe : L'optimisation indispensable de l'accès au dossier 378
A. La garantie indispensable de l'accès à l'entier dossier 378
1) Garantir l'accès à toutes les pièces de la procédure 378
a) Une modification législative envisageable 378
b) L'écart éventuel des motifs de sécurité publique et de nécessité de l'enquête 380
2) Garantir l'accès à un dossier complet 381
B. La saisine nécessaire du juge en cas d'accès limité au dossier 383
1) La création indispensable d'un recours 384
2) Une saisine plus fréquente du juge administratif 386
2nd paragraphe : Un exercice renforcé des droits relatifs à la préparation de la défense 388

A. Veiller au délai suffisant de temps de préparation 388
B. Veiller à la libre et confidentielle communication entre l'avocat et son client .. 390
1) L'optimisation de la libre et confidentielle communication 391
2) Le renforcement des facilités à préparer la défense 392
Section 2 : Un renforcement des missions de l'avocat 395
1er paragraphe : Un renforcement ponctuel des missions 395
A. L'optimisation possible des missions lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité 395
1) La possibilité bienvenue de présenter une contre-proposition 395
2) La consolidation du droit au recours 398
B. Le renforcement de l'assistance lors du recours à la visioconférence 400
2nd paragraphe : Un renforcement affirmé des missions 403
A. La nécessité d'une discussion en garde à vue 403
1) Une discussion sur la mesure 403
2) Une discussion sur l'enquête 405
B. Un droit au recours effectif en détention 407
1) La modification indispensable du recours contestant les décisions disciplinaires 407
2) La modification nécessaire du recours portant sur les conditions indignes en détention 411
Chapitre 2 : L'optimisation de l'intervention de l'avocat 414
Section 1 : L'extension indispensable de l'intervention de l'avocat 415
1er paragraphe : L'intervention de l'avocat garantie à toute personne privée de liberté 415
A. L'intervention de l'avocat étendue à toutes les mesures privatives de liberté 415
1) L'intervention évidente de l'avocat 415
a) La nécessité d'une telle intervention 415
b) La difficulté du coût de cette intervention 418
2) L'intervention éventuelle de l'avocat 419
B. L'intervention nécessaire de l'avocat étendue à tous les actes 420
1) Une intervention pour assurer la présence de l'avocat 421
2) Une intervention pour assurer l'assistance de l'avocat 424
2nd paragraphe : La nécessité grandissante de connaissances approfondies 426
A. La nécessité d'une formation de qualité 426
B. La précision de la spécialisation 427
1) L'exemple de la spécialisation en droit des enfants 427

2) La spécialisation au service de la défense 429
Section 2 : La généralisation souhaitable de l'intervention obligatoire de l'avocat 432
1er paragraphe : La défense des mineurs comme modèle 432
A. Une intervention ne pouvant être différée 432
B. Une intervention obligatoire 434
2nd paragraphe : La généralisation de l'intervention obligatoire aux personnes les plus vulnérables 436
A. L'intervention obligatoire auprès de personnes particulièrement vulnérables : les étrangers 436
B. La personne privée de liberté reconnue comme personne vulnérable 438
1) La reconnaissance évidente de la particulière vulnérabilité de la personne privée de liberté 438
a) Une reconnaissance assurée au bénéfice de toute personne privée de liberté 438
b) L'obstacle du financement 440
2) La vulnérabilité moindre des personnes encourant une mesure privative de liberté 441
Conclusion générale 447
Bibliographie 451
Index alphabétique 504

Résumé :

La valeur normative des droits de la défense n'a cessé de croitre depuis la moitié du XXe siècle, devenant des droits fondamentaux du « procès ». Ils ont été progressivement reconnus dans toute procédure, même non juridictionnelle. De ce fait, les droits de la défense sont appliqués dans les procédures mettant en œuvre une mesure privative de liberté. La manifestation de cette reconnaissance progressive des droits de la défense est, notamment, l'intervention croissante de l'avocat dans ces procédures. Toutefois, l'un des objectifs des droits de la défense est d'assurer une défense effective. Cet objectif est-il assuré au bénéfice des personnes privées de liberté ? Bien que l'avocat intervienne plus souvent, cela ne suffit pas à rendre la défense effective. Pour cela, il faut que l'ensemble des droits de la défense soient garantis, respectés et puissent être exercés. Or, cette étude relève plusieurs manquements qui ne rendent la défense des personnes privées de liberté que partiellement effective. De plus, notre analyse a permis de mettre en exergue la difficulté d'assurer une défense effective lors de la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté. Après avoir cherché à comprendre les raisons de l'effectivité partielle de cette défense – en s'intéressant tant au droit français qu'au droit d'autres États européens – il sera possible de faire des propositions d'optimisation afin d'y remédier. Ainsi, nos propositions d'optimisation, visant tant l'intervention de l'avocat que les missions qu'il exerce, auront pour objectif de rendre la défense plus efficace.

Mots-clefs : Droits de la défense – avocat – personnes privées de liberté – effectivité de la défense – privation de liberté

Abstract :

The normative value of defence rights has increased since the second half of the 20th century.They became fundamental rights of the trial. They've been gradually guaranteed in every proceedings,even in non-judicial ones. Therefore, the defence rights apply to all persons who are deprived of liberty. The defence rights are clearly enshrined because the lawyer can defend all types of persons who are deprived of liberty. However, one of the purposes of the defence rights is the benefit of a "practical and effective" defence. Do all persons deprived of liberty benefit from this effective defence ? Although the lawyer takes part in the proceedings when a person can be deprived of their liberty, it is not enough to make the defence effective. In order to achieve this goal, all the rights of defence must be guaranteed, respected and easily exercised. However, our study has shown that the rights of defence are often prejudiced to the point where the defence cannot be totally effective. Moreover, we have shown the difficulties to insure the benefit of an effective defence when a person is deprived of liberty. We will try to research the reasons for these prejudices – studying the laws in France and other European countries – so we can make a proposal to improve the defence of the persons deprived of liberty. These proposals modify the intervention and the mission of the lawyer and will make the defence more efficient instead of effective.

Keywords : Defence rights – lawyer, advocate – persons deprived of liberty – effective defence – deprivation of liberty