

CRFPA 2022



DOSSIER D'ACTUALISATION PROCÉDURE PÉNALE

J. Bourcellier

Table des matières

TABLE DES MATIERES	2
BIBLIOGRAPHIE NON EXHAUSTIVE	5
I. GENERALITES.....	6
- DOCUMENT N° 1 : RATIFICATION DE L'ORDONNANCE PORTANT CREATION DE LA PARTIE LEGISLATIVE DU CODE DE LA JUSTICE PENALE DES MINEURS (P. BONFILS, JCP G 2021, DOCTR. 391) :	6
- DOCUMENT N° 1 BIS : LES GRANDS AXES DE LA REFORME DU DROIT PENAL DES MINEURS (E. GALLARDO, JCP G 2019, DOCTR. 1132) :	13
- DOCUMENT N° 2 : LES PRESOMPTIONS DE GRIEF EN PROCEDURE PENALE (E. CLEMENT, RSC 2020, P. 557) :	24
- DOCUMENT N° 3 : LOI N° 2021-1729 ET LOI ORGANIQUE N° 2021-1728 DU 22 DECEMBRE 2021 POUR LA CONFIANCE DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE (PROPOS LIMINAIRES) (E. VERNY, AJ PENAL 2022, P. 8) :	42
- DOCUMENT N° 4 : LOI POUR LA CONFIANCE DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE : DISPOSITIONS RELATIVES AUX GRANDS PRINCIPES DE PROCEDURE PENALE (E. DAOUD, J. BOLO-JOLLY, A. QUINIO, B. AGOSTINI-CROCE, A. GRAVELIN-RODRIGUEZ, D. ACTUALITE, 1 ^{ER} FEVR. 2022) :	46
- DOCUMENT N° 5 : LOI POUR LA CONFIANCE DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE : DISPOSITIONS RELATIVES A LA PROCEDURE DE JUGEMENT ET A L'EXECUTION DES PEINES (E. DAOUD, J. BOLO-JOLLY, A. QUINIO, B. AGOSTINI-CROCE, A. GRAVELIN-RODRIGUEZ, D. ACTUALITE, 1 ^{ER} FEVR. 2022) :	55
- DOCUMENT N° 6 : ENTREE EN VIGUEUR DU CODE PENITENTIAIRE (W. ROUMIER, DR. PENAL 2022, ALERTE 46) :	61
II. LES ACTIONS.....	64
1) <i>L'action publique</i>	64
▪ Enquête.....	64
- DOCUMENT N° 7 : DE QUELQUES PRECISIONS AUTOUR DE LA FLAGRANCE ET DU DEFEREMENT (E. DELACOURE, D. ACTUALITE, 6 DEC. 2021) :	64
- DOCUMENT N° 8 : LE SECRET PROFESSIONNEL DE LA DEFENSE ET DU CONSEIL : UNE CONSECRATION SINGULIERE ET DES INCERTITUDES A VENIR (C. PORTERON, AJ PENAL 2022, P. 19) :	66
- DOCUMENT N° 9 : ENQUETE PRELIMINAIRE : UNE REFORME PEU ADAPTEE AUX INVESTIGATIONS FINANCIERES (FL. LARDET, AJ PENAL 2022, P. 14) :	75
- DOCUMENT N° 10 : ENQUETE PRELIMINAIRE ET PERQUISITION CHEZ UN MAJEUR PROTEGE : INCONSTITUTIONNALITE DU REGIME ACTUEL (N. RIAS, AJ PENAL 2021, P. 160) :	86
- DOCUMENT N° 11 : BIG DATA IS WATCHING YOU (A. MARON ET M. HAAS, DR. PENAL 2022, COMM. N° 6) :	88
- DOCUMENT N° 12 : MAJEUR PROTEGE ET PROCEDURE PENALE : QUELQUES VARIATIONS (P.-J. DELAGE, RSC 2021, P. 666) :	90
- DOCUMENT N° 13 : VISITE DES LIEUX DE TRAVAIL : INTERPRETATION STRICTE DE L'ARTICLE 78-2-1 DU CODE DE PROCEDURE PENALE (A. CERF-HOLLENDER, RSC 2020, P. 961) :	95
- DOCUMENT N° 14 : L'ACTION EN NULLITE AU COURS DE L'ENQUETE DE POLICE JUDICIAIRE (S. TRIFKOVIC, AJ PENAL 2021, P. 192) :	97
- DOCUMENT N° 15 : CAPTATIONS D'IMAGES SUR LA VOIE PUBLIQUE DEPUIS DES LIEUX PRIVES VARIATIONS (P.-J. DELAGE, RSC 2021, P. 670) :	102
▪ Contrôle d'identité.....	104
- DOCUMENT N° 16 : LES CONTROLES D'IDENTITE DE POLICE JUDICIAIRE (TH. LEBRETON, AJ PENAL 2020, P. 571) :	104
▪ Statut du ministère public.....	114
- DOCUMENT N° 17 : IMPARTIALITE DU MINISTERE PUBLIC : LE SERPENT DE MER DE LA PROCEDURE PENALE REFAIT SURFACE (S. JOUNIOT, AJ PENAL 2021, P. 344) :	114
- DOCUMENT N° 18 : UNE INDEPENDANCE MESUREE (A. MARON ET M. HAAS, DR. PENAL 2021, COMM. N° 190) :	122
▪ Extinction	125
- DOCUMENT N° 19 : ACTION PUBLIQUE : PRESCRIPTION, DROIT TRANSITOIRE (J. BUISSON, PROCEDURES 2020, COMM. N° 233) :	125
- DOCUMENT N° 20 : PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE : LA LISTE DES ACTES INTERRUPTIFS DE L'ARTICLE 9-2 DU CODE DE PROCEDURE PENALE N'EST PAS LIMITATIVE (P.-J. DELAGE, RSC 2020, P. 113) :	125
- DOCUMENT N° 21 : AFFAIRE LE MONDE-BETTENCOURT : APPLICATION DE L'ARTICLE 6-1 DU CODE DE PROCEDURE PENALE (H. DIAZ, D. ACTUALITE, 22 OCT. 2020) :	127
- DOCUMENT N° 22 : LA PRESCRIPTION DU DELIT DE BANQUEROUTE : PRECISIONS SUR LE POINT DE DEPART DU DELAI H. MATSOPOULOU, RSC 2021, P. 361) :	131

▪ Alternatives aux poursuites	133
- DOCUMENT N° 23 : CJIP : AJUSTEMENTS APPORTES PAR LA LOI DU 24 DECEMBRE 2020 ET AUTRES SUJETS DE REFLEXION POUR L'AVENIR (E. RUSSO, AJ PENAL 2021, P. 68) :	133
- DOCUMENT N° 24 : CJIP INTERESSANT UN CAS DE BLANCHIMENT D'INFRACTION COMPTABLE (J. LASSERRE-CAPDEVILLE, AJ PENAL 2022, P. 216) :	139
- DOCUMENT N° 25 : LA DEJUDICIARISATION DE LA REPONSE PENALE A LA DELINQUANCE DU QUOTIDIEN (E. RASCHEL, RSC 2021, P. 673) :	141
2) <i>L'action civile</i>	152
- DOCUMENT N° 26 : LA COUR DE CASSATION REDESSINE LES CONTOURS DE LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE DES VICTIMES D'ATTENTAT TERRORISTE (J. ALIX, AJ PENAL 2022, P. 143) :	152
- DOCUMENT N° 27 : ACTION CIVILE - MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE PAR LES PROCHES DE VICTIMES DE VIOL (J.-P. VALAT, RSC 2020, P. 403) :	159
- DOCUMENT N° 26 : HOMICIDE INVOLONTAIRE ET REPARATION DU PREJUDICE MORAL DE L'ENFANT A NAITRE (M. RECOTILLET, D. ACTUALITE, 15 DEC. 2020) :	163
- DOCUMENT N° 27 : REPARATION DU PREJUDICE MORAL DES ASSOCIATIONS DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT (E. DAOUUD ET L. BARBEZAT, AJ PENAL 2021, P. 425)	164
- DOCUMENT N° 28 : LA MISE EN DANGER FERMEE A L'ACTION CIVILE DES ASSOCIATIONS ? UN ENJEU DE RATIO LEGIS (Y. MAYAUD, RSC 2021, P. 85) :	167
- DOCUMENT N° 29 : VOL : LIMITATION DE LA REPARATION DE LA VICTIME A HAUTEUR DE LA FAUTE QU'ELLE A COMMISE, J. GALLOIS, D. ACTUALITE, 7 DEC. 2020.	171
III. PREUVE PENALE	173
- DOCUMENT N° 30 : PROVOCATIONS POLICIERES, STRATAGEMES ET DELOYAUTE : LA MISE AU POINT DE L'ASSEMBLEE PLENIERE (C. AMBROISE-CASTEROT, AJ PENAL 2020, P. 88) :	173
- DOCUMENT N° 31 : AFFAIRE BENALLA : UNE OCCASION MANQUEE DE GARANTIR LE PRINCIPE DE LOYAUTE DE LA PREUVE (S. HASNAOUI-DUFRENNE, D. ACTUALITE, 11 DEC. 2020) :	175
- DOCUMENT N° 32 : LE REJET DES PREUVES OBTENUES AU MOYEN D'ACTES DE TORTURE PERPETRES PAR DES PERSONNES PRIVEES (J.-P. MARGUENAUD, RSC 2021, P. 155) :	179
- DOCUMENT N° 33 : POURSUITES. RESPONSABILITE D'UNE PERSONNE MORALE EN RAISON D'UNE CONTRAVENTION COMMISE DANS LA CONDUITE D'UN VEHICULE (J. BUISSON, PROCEDURES 2020, COMM. N° 182) :	181
IV. AUDITION LIBRE - GARDE A VUE	182
- DOCUMENT N° 34 : SECRET DE L'ENQUETE. GARDE A VUE : DESIGNATION DE L'AVOCAT PAR UNE PERSONNE AVISEE (J. BUISSON, DR. PENAL 2021, COMM. N° 326) :	182
- DOCUMENT N° 35 : GARDE A VUE DU MINEUR : DESIGNATION DU REPRESENTANT LEGAL (E. GALLARDO, AJ PENAL 2020, P. 480) :	184
- DOCUMENT N° 36 : L'INFORMATION AU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE DU PLACEMENT EN GARDE A VUE : UNE OBLIGATION SYSTEMATIQUE (J. LEBORNE, AJ PENAL 2021, P. 591) :	186
V. L'INSTRUCTION PREPARATOIRE	189
1) <i>Le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention</i>	189
- DOCUMENT N° 37 : L'ETENDUE DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT DE SE TAIRE PENDANT L'INSTRUCTION (M. DOMINATI, D. ACTUALITE, 7 DEC. 2020) :	189
- DOCUMENT N° 38 : GEOLOCALISATION EN CAS D'URGENCE : INFORMATION IMMEDIATE DU JUGE D'INSTRUCTION (F. CHARLENT, D. ACTUALITE, 16 NOV. 2020) :	191
- DOCUMENT N° 39 : ENTRE NON-EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 116-1, ALINEA 1 ^{ER} , DU CODE DE PROCEDURE PENALE ET AUTO-EXTENSION DE LA SAISINE DU JUGE D'INSTRUCTION A DES FAITS INDIVISIBLES (P.-J. DELAGE, RSC 2021, P. 132) :	192
- DOCUMENT N° 40 : UN PREREQUIS A TOUTE DETENTION : L'EXISTENCE D'INDICES GRAVES OU CONCORDANTS (J. BOUDOT, AJ PENAL 2021, P. 154) :	194
- DOCUMENT N° 41 : LE DROIT A L'ASSISTANCE TELEPHONIQUE EFFECTIVE D'UN AVOCAT NE SERA PAS ! (J. CHAPPELLE, AJ PENAL 2021, P. 373) :	196
- DOCUMENT N° 42 : LA GENERALISATION COORDONNEE DU DROIT DE SE TAIRE AUX MESURES DE CONTROLE (S. FUCINI, AJ PENAL 2021, P. 540) :	199
- DOCUMENT N° 43 : LE RETARD DU JLD DANS LA TENUE D'UN DEBAT CONTRADICTOIRE (D. LUCIANI-MIEN, AJ PENAL 2021, P. 156) :	201
- DOCUMENT N° 44 : L'IMPARTIALITE DU JUGE DES LIBERTES ET DE LA DETENTION, DE LA THEORIE A LA PRATIQUE (L. NAKIC, AJ PENAL 2021, P. 351) :	202

2) <i>La chambre de l'instruction et son président</i>	208
- DOCUMENT N° 45 : PROCEDURE DE DECLARATION D'IRRESPONSABILITE PENALE POUR CAUSE DE TROUBLE MENTAL : LE MIS EN EXAMEN QUI COMPARAIT DEVANT LA CHAMBRE DE L'INSTRUCTION A LE DROIT DE SE TAIRE (P.-J. DELAGE, RSC 2020, P. 686) : 208	
- DOCUMENT N° 46 : IRRESPONSABILITE PENALE ET APPEL D'UNE ORDONNANCE DE MISE EN ACCUSATION (D. GOETZ, D. ACTUALITE, 17 NOV. 2020) :	212
- DOCUMENT N° 47 : APPEL D'UNE ORDONNANCE DE MISE EN ACCUSATION VISANT UN DELIT CONNEXE (TH. BESSE, AJ PENAL 2022, P. 89)	213
- DOCUMENT N° 48 : CONSEQUENCES DU RENVOI POUR DES FAITS NON COMPRIS DANS LA MISE EN EXAMEN (S. FUCINI, AJ PENAL 2021, P. 597) :	215
3) <i>Le régime des nullités</i>	217
- DOCUMENT N° 49 : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL JUGE LE SYSTEME DE PURGE DES NULLITES EN MATIERE CRIMINELLE CONTRAIRE A LA CONSTITUTION (W. ROUMIER, DR. PENAL 2021, ALERTE N° 51) :	217
- DOCUMENT N° 50 : CONTENTIEUX DE LA NULLITE : EXTENSION DE L'ANNULATION (J. BUISSON, PROCEDURES 2020, COMM. N° 230) :	218
- DOCUMENT N° 51 : L'EMPRISE DU DROIT D'ACCES A UN TRIBUNAL SUR L'INTERDICTION DE FAIRE REVIVRE UN ACTE ANNULE (A. GOSTE, AJ PENAL 2021, 595) :	220
- DOCUMENT N° 52 : EXTENSION DES NULLITES EN RAISON DE LA PRESENCE DE JOURNALISTES (J.-B. THIERRY, AJ PENAL 2021, P. 325) :	222
- DOCUMENT N° 53 : REVIREMENTS JURISPRUDENTIELS EN MATIERE DE NULLITES : EXTENSION DE LA QUALITE POUR AGIR ET RESTRICTION DE L'EXISTENCE D'UN GRIEF (H. MATSOPOULOU, JCP 2021, N° 45, 1 161) :	224
VI. JUGEMENT	232
- DOCUMENT N° 54 : BOX VITRES : FEU DE TOUT BOIS AU NOM DE LA PRESOMPTION D'INNOCENCE (R. PARIZOT, RSC 2021, P. 120) :	232
- DOCUMENT N° 55 : LA NOTIFICATION TARDIVE DU DROIT DE SE TAIRE A L'AUDIENCE (J.-B. THIERRY, AJ PENAL 2022, P. 92) : 235	
- DOCUMENT N° 56 : PREMIERES REFLEXIONS ISSUES DE L'EXPERIMENTATION DE LA COUR CRIMINELLE DEPARTEMENTALE EN HAUTE-GARONNE (D. SENAT, AJ PENAL 2021, P. 176) :	237
- DOCUMENT N° 57 : LA FRANCE CONDAMNEE PAR LA COUR EUROPEENNE POUR SES TROP LONGS DELAIS DE REDACTION DES DECISIONS PENALES (M. BENDAVID ET P. LALANNE, AJ PENAL 2021, P. 545) :	245
- DOCUMENT N° 58 : DROIT DE SE TAIRE ET PRESOMPTION DE GRIEF DEVANT LA JURIDICTION DE JUGEMENT (F. ENGEL, D. ACTUALITE, 8 DEC. 2021) :	247
- DOCUMENT N° 59 : CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE POUR LA PREMIERE FOIS DEVANT LA COUR D'ASSISES D'APPEL (D. LUCIANI-MIEN, AJ PENAL 2022, P. 217) :	249
- DOCUMENT N° 60 : APPEL DU JUGEMENT OMETTANT DE STATUER SUR LA RECEVABILITE DE LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE (S. FUCINI, AJ PENAL 2022, P. 213) :	251
- DOCUMENT N° 61 : REFUS D'HOMOLOGATION DE CRPC PAR LE JUGE : NE CONTESTE PAS QUI VEUT (A. TALEB-KARLSSON, AJ PENAL 2021, P. 428) :	253
- DOCUMENT N° 62 : JUGE DES ENFANTS, ETRE OU NE PAS ETRE IMPARTIAL ? (P. COHN, AJ PENAL 2021, P. 348) :	254
VII. L'EXECUTION DES PEINES	261
- DOCUMENT N° 63 : LA FEUILLE DE ROUTE DE LA CHAMBRE CRIMINELLE POUR LA MISE EN OEUVRE DU « BLOC PEINES » DE LA LOI DU 23 MARS 2019 (J. FRINCHABOY, AJ PENAL 2021, P. 360) :	261
- DOCUMENT N° 64 : LOI CONFIANCE, LE VOLET « EXECUTION DES PEINES » (B. MONNERY ET J.-CL. BOUVIER, AJ PENAL 2022, P. 70) :	267
- DOCUMENT N° 65 : LIBERATION CONDITIONNELLE ET TERRORISME : LA SANTE PASSE AVANT LA SURETE (A. DEJEAN DE LA BATIE ET C. HAMONET, AJ PENAL 2021, P. 222) :	278
- DOCUMENT N° 66 : LONGUES PEINES : CONDITIONS PROBATOIRES A L'OCTROI D'UNE LIBERATION CONDITIONNELLE (M. DOMINATI, D. ACTUALITE 10 MAI 2021) :	280
- DOCUMENT N° 67 : MOTIVATION DE LA PERIODE DE SURETE (M. DOMINATI, D. ACTUALITE 10 MAI 2021) :	282
- DOCUMENT N° 68 : NOTE EXPLICATIVE RELATIVE AUX ARRETS N° 493, 503, 504 ET 505 DU 11 MAI 2021 - CHAMBRE CRIMINELLE	284
- DOCUMENT N° 69 : CONVERSION DE LA PEINE D'EMPRISONNEMENT SANS SURSIS (E. BONIS, DR. PENAL 2021, COMM. N° 136) : 293	
- DOCUMENT N° 70 : EFFET DEVOLUTIF DE L'APPEL EN MATIERE D'AMENAGEMENT DE PEINE (Y. CARPENTIER, AJ PENAL 2022, P. 223) :	294

Bibliographie non exhaustive

Code pénal et Code de procédure pénale, édition en cours Dalloz ou LexisNexis

- ***Sur la procédure pénale***

- M. Benillouche, *Les leçons de procédure pénale*, Ellipses, coll. « Leçons de droit ».
B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, Coll. « Précis », dernière éd.
B. Bouloc et H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, coll. « Manuel intégral concours », dernière éd.
F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, coll. « Corpus Droit privé », Economica, dernière éd.
F. Fourment, *Procédure pénale*, Paradigme, coll. « Manuel », dernière éd.
S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, coll. « Manuel », dernière éd.

- ***Sur l'exécution des peines***

▪ Ouvrages principaux :

- A. Ponselle, *Droit de l'exécution des peines*, Bruylant, coll. « Paradigme-Métiers », dernière éd.
M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines 2021-2022*, Dalloz, coll. « Dalloz action », dernière éd.
B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, coll. « Précis », dernière éd.
L. Griffon-Yarza, *Guide de l'exécution des peines 2020*, LexisNexis, 2019 ;
A. Beziz-Ayache et D. Boesel, *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, Wolters Kluwer, coll. Lamy Axe droit, dernière éd.

▪ Autres ouvrages utiles à l'étude de la matière :

- A. Valloton, *Introduction au monde de l'exécution des peines.- De la peine à son exécution*, Schulthess, coll. « Hors collection », dernière éd.
M. Giacomelli et A. Ponselle, *Droit de la peine*, LGDJ, coll. « Cours », dernière éd.
É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, coll. « Manuel », dernière éd.
H. Cappadoro, *Le sens de la peine*, th., préf. M. GIACOPELLI, L'Harmattan, coll. « Bibl. de droit », 2018 ;
Br. Lavielle, M. Janas et X. Lameyre, *Guide des peines 2012/2013*, Dalloz, coll. « Guide », dernière éd.

N. Jeanne, *La procédure pénale en cas pratique*, Dalloz, dernière éd.

I. Généralités

- **Document n° 1 : Ratification de l'ordonnance portant création de la partie législative du Code de la justice pénale des mineurs (P. Bonfils, JCP G 2021, doct. 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.

L. n° 2021-218, 26 févr. 2021 : JO 27 févr. 2021, texte n° 1

1. - Origine. - On le sait, l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante était devenue, au gré des nombreuses réformes dont elle avait été l'objet, particulièrement complexe et peu lisible, de sorte qu'une refonte globale du droit pénal des mineurs était attendue. Dans la lignée des préconisations de la Commission Varinard Note 1 , c'est l'idée d'un Code de la justice pénale des mineurs qui a été retenue, et le Gouvernement a décidé de procéder par voie d'ordonnance. Le choix de contourner le Parlement pour une réforme d'une telle importance a quelque chose de choquant, puisqu'on se trouve au cœur de la matière pénale et que celle-ci relève du domaine de la loi. Mais l'article 38 de la Constitution permet de déroger à l'article 40, à la condition que le Parlement délègue son pouvoir législatif dans une loi, et sous réserve du dépôt d'un projet de loi de ratification.

2. - Processus d'adoption. - Quoi qu'il en soit, le Gouvernement a inséré dans l'imposante loi n° 2019-22 du 23 mars 2019 un amendement Note 2 au terme duquel le Parlement l'habilitait à adopter, par voie d'ordonnance, la partie législative d'un Code de la justice pénale des mineurs venant donc abroger l'ordonnance du 2 février 1945 Note 3 . C'est ainsi qu'a été publiée l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019, contenant en annexe le Code de la justice pénale des mineurs, et fixant initialement son entrée en vigueur au 1er octobre 2020. Mais cette date a été repoussée, en raison de la Covid-19, pour permettre aux juridictions de se préparer au nouveau texte, et pour que puisse être votée la loi de ratification de l'ordonnance de 2019. La loi n° 2021-218 du 26 février 2021 ratifiant la partie législative du code est donc une des dernières étapes du processus, puisqu'il ne reste plus qu'à publier la partie règlementaire du texte, avant son entrée en vigueur Note 4 .

3. - Entrée en vigueur. - S'agissant justement de l'entrée en vigueur, celle-ci avait été initialement fixée par l'ordonnance du 11 septembre 2019 au 1er octobre 2020. Mais, en raison de la Covid-19, il est apparu nécessaire de repousser l'entrée en vigueur du code, d'abord au 31 mars 2021 par la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 Note 5 , puis au 30 septembre 2021 par la loi n° 2021-218 du 26 février 2021. C'est donc la date du 30 septembre 2021 qu'il faut retenir. Dans l'intervalle, les praticiens auront le temps de s'acclimater au nouveau droit pénal des mineurs, et le Gouvernement pourra publier la partie règlementaire du code.

4. - Application dans le temps. - L'article 10 de l'ordonnance du 11 septembre 2019, modifié légèrement par la loi de ratification, prévoit les modalités d'application dans le temps du code. Pour la procédure, il convient de distinguer en fonction de la date à laquelle ont été engagées les poursuites : si les poursuites ont été engagées avant l'entrée en vigueur du code, elles se poursuivront jusqu'à leur terme sous l'empire de l'ordonnance du 2 février 1945 ; si en revanche les poursuites ont été engagées après l'entrée en vigueur du code, la procédure relèvera du code. S'agissant des mesures de sûreté (contrôle judiciaire, assignation à résidence

avec placements sous surveillance électronique, détention provisoire) et des mesures éducatives Note 6 , il est prévu que les dispositions du code pourront s'appliquer immédiatement aux procédures en cours (relevant donc de l'ordonnance de 1945), si la nouvelle mesure est plus douce que l'actuelle ; c'est une sorte d'application immédiate in mitius. Enfin, concernant le droit pénal de fond, il conviendra de faire application des règles habituelles du droit pénal général et donc de distinguer selon que le code est plus sévère (non-rétroactivité) ou plus doux (rétroactivité in mitius).

5. - Plan. - À l'occasion de l'examen de la loi de ratification, le Parlement a pu retrouver partiellement le pouvoir législatif qu'il avait délégué au Gouvernement. Ce faisant, sous l'influence des rapporteurs du texte à l'Assemblée nationale et au Sénat, le vote de cette loi a été l'occasion d'apporter des précisions, des modifications voire des corrections au code. Si certaines de ces précisions sont purement formelles, voire orthographiques, d'autres ont apporté au CJPM des infléchissements non négligeables. Ces dispositions touchent aux principes directeurs de la justice pénale des mineurs (1), au droit substantiel (2) et à la procédure pénale applicable (3).

1. Les principes directeurs de la justice pénale des mineurs

6. - Plan. - La consécration des principes directeurs de la justice pénale des mineurs est l'une des innovations du Code de la justice pénale des mineurs (CJPM). Certes, les principes ne sont pas véritablement nouveaux, et le code ne fait que reprendre des principes dégagés par la jurisprudence, constitutionnelle, européenne et interne. Pour autant, leur formalisation en exergue du code est utile, parce qu'elle leur donne une meilleure visibilité, et renforcera sans doute leur portée. La loi de ratification vient compléter dans cette perspective l'article préliminaire, et plusieurs articles du titre préliminaire.

A. - L'article préliminaire

7. - Origine. - L'idée d'un article préliminaire en tête du CJPM sur le modèle de l'article préliminaire du Code de procédure pénale figure dans le rapport Varinard Note 7 . Plusieurs propositions de rédaction avaient été émises, qui ont sans doute inspiré les rédacteurs du code Note 8 .

8. - Version originaire. - Quoi qu'il en soit, dès sa publication en annexe de l'ordonnance du 11 septembre 2019, le Code de la justice pénale des mineurs comportait un article préliminaire, qui disposait que « le présent code régit les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale des mineurs est mise en œuvre, en prenant en compte l'atténuation de cette responsabilité en fonction de leur âge et la nécessité de rechercher leur relèvement éducatif et moral par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées ». La parenté avec le Principe fondamental reconnu par les lois de la République, dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 septembre 2002 Note 9 est évidente. Mais s'il était nécessaire de s'inscrire ainsi dans la lignée de la consécration constitutionnelle du principe d'autonomie du droit pénal des mineurs, il était dommage que l'intérêt supérieur de l'enfant ne figure pas, lui aussi, en exergue du code.

9. - Intégration de l'intérêt supérieur du mineur. - Le Parlement a finalement intégré la référence à l'intérêt supérieur de l'enfant, au sens de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE). Ainsi, l'article préliminaire dispose désormais que « le présent code régit les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale des mineurs est mise en œuvre, en prenant en compte, dans leur intérêt supérieur, l'atténuation de cette responsabilité... ». C'est une consécration importante pour cette notion, assez discrète en matière pénale. C'est aussi une intégration utile, même si l'article 3.1 de la CIDE était déjà directement applicable. Placée en tête du code, la notion d'intérêt supérieur du mineur est susceptible de jouer le rôle d'une boussole, en cas de difficulté d'application ou d'interprétation d'une règle technique. Par exemple, lorsqu'en application de l'article 388 du Code civil une expertise conduit à une fourchette d'âge qui se trouve à cheval sur un seuil, on

pourra se fonder sur l'article préliminaire du code et sur la notion d'intérêt supérieur du mineur, pour retenir l'âge le plus bas.

B. - Le titre préliminaire du code

10. - Présentation. - Le titre préliminaire comporte trois séries de dispositions, touchant au droit pénal général, à la procédure pénale, ou aux deux. Si la loi ne consacre pas de nouveaux principes, elle apporte des modifications qui méritent d'être signalées.

11. - L'âge de la responsabilité pénale. - L'article L. 11-1 du CJPM constitue certainement l'une des réformes les plus importantes, parce qu'il touche à l'âge de la responsabilité pénale. Le code essaye de concilier deux systèmes différents : celui d'un seuil souple, le discernement, et celui d'un seuil fixe, à l'âge de 13 ans. Le code affirme ainsi dans un alinéa 1er que les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables, dans la lignée de l'article 122-8 du Code pénal, et du célèbre arrêt Laboube Note 10 . Mais dans l'alinéa suivant il précise que le discernement est présumé acquis à l'âge de 13 ans, et donc présumé non acquis en dessous de cet âge. La loi de ratification ajoute un troisième alinéa, qui dispose qu'« est capable de discernement le mineur qui a compris et voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l'objet ». Cette précision n'est pas inutile, même si la définition du discernement qui se trouve ici adoptée n'est pas nouvelle, et s'inspire de celle qui figure dans l'arrêt Laboube précité Note 11 .

12. - La spécialisation du JLD. - L'article L. 12-1 du CJPM, relatif aux juridictions spécialisées ou adaptées compétentes en matière de mineur, est complété par un 3° bis qui vise « le juge des libertés et de la détention chargé spécialement des affaires concernant les mineurs ». Jusqu'à présent, le JLD pouvait connaître des mineurs, mais n'était absolument pas spécialisé (c'était une des rares exceptions, avec le tribunal de police et la chambre criminelle de la Cour de cassation). Mais, lors de l'examen de la loi de ratification, il fut discuté de la juridiction compétente pour ordonner une détention provisoire dans le cadre de la procédure de mise à l'épreuve éducative (en matière correctionnelle) avant la première audience d'examen de la culpabilité. Originellement, le code avait confié cette compétence au juge des enfants, mais les exigences du principe d'impartialité fonctionnelle avaient conduit les parlementaires à remplacer le juge des enfants, bien que spécialisé, par le JLD. Il est alors apparu nécessaire d'exiger que ce magistrat soit « chargé spécialement des affaires de mineurs ». Le renforcement du principe de spécialisation est à saluer, même si, en pratique, la spécialisation sera certainement discrète, comme l'est celle du juge d'instruction appelé à connaître de mineurs.

2. Le droit pénal substantiel des mineurs

13. - Plan. - Dans le livre Ier qu'il consacre aux mesures éducatives et aux peines Note 12 , le code réorganise profondément les premières, et n'apporte aux secondes que peu de modifications (hormis la possibilité pour le juge des enfants de prononcer en audience de cabinet les peines suivantes : confiscation, stage et travail d'intérêt général). De la même manière, la loi de ratification ne s'intéresse quasiment qu'aux mesures éducatives, si l'on excepte des modifications formelles ou orthographiques pour les peines Note 13 , et la possibilité de réprimer les contraventions par une peine complémentaire Note 14 . Plus précisément, la loi de ratification généralise le cumul des mesures éducatives et des peines, et modifie certaines mesures éducatives.

A. - Le cumul des mesures éducatives

14. - Cumul entre mesures éducatives et peines. - Dans sa version d'origine, le Code de la justice pénale des mineurs prévoyait que la possibilité de cumuler les mesures éducatives et les peines comportait une exception, figurant à l'article L. 111-3 du CJPM. Concrètement, les interdictions et obligations pouvant accompagner la mesure éducative judiciaire ne pouvaient être prononcées en même temps que les peines, sauf amende, travail d'intérêt général et emprisonnement avec sursis. Même si les combinaisons entre mesures éducatives et peines étaient largement admises, il existait une exception. La loi de ratification modifie l'article L.

111-3, et supprime cette exception au cumul. Désormais, le cumul entre mesures éducatives et peines est possible sans limitation, sous réserve de la faisabilité (par exemple, un mineur ne peut être en même temps détenu en établissement pénitentiaire et placé dans un centre éducatif). Ce faisant, la loi de ratification constitue l'aboutissement prévisible d'une évolution du principe de primauté de l'éducation sur la répression Note 15 .

15. - Cumul des mesures éducatives entre elles. - L'article L. 112-3 du CJPM limitait aussi le cumul des mesures éducatives entre elles. S'agissant de la mesure éducative judiciaire, il affirmait en effet que les modules pouvaient être prononcés alternativement ou cumulativement, mais ne mentionnait pas les interdictions et obligations figurant à l'article L. 112-2, dans la mesure éducative judiciaire. La loi de ratification modifie l'article L. 112-3 du CJPM pour viser, également, les interdictions et obligations. Ce faisant, le cumul est largement possible entre toutes les modalités de la mesure éducative judiciaire.

16. - Combinaison aménagement de peine et mesure éducative. - Si les combinaisons entre mesures éducatives et peines peuvent être réalisées par les juridictions de jugement, elles pouvaient paraître également souhaitables lors de la phase d'application des peines, dans le cadre d'un aménagement. Cela était du reste prévu par l'ordonnance de 1945, mais le code n'avait pas repris cette disposition. La loi de ratification vient réparer cet oubli, en insérant dans le livre VI un article L. 621-3 permettant au juge des enfants d'imposer au titre de l'aménagement de peine l'une des mesures de l'article L. 122-2, c'est-à-dire se soumettre à une mesure de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation de la PJJ, respecter les conditions d'un placement éducatif, suivre une formation professionnelle ou une scolarité, accomplir un contrat de service au sein d'un établissement de la Défense nationale, et même pour le placement à l'extérieur et la libération conditionnelle respecter les conditions d'un placement en Centre éducatif fermé (CEF).

B. - Le contenu des mesures éducatives

17. - Couvre-feu. - Avant qu'il ne soit imposé à tous en raison de la pandémie de Covid-19, le couvre-feu avait été imaginé par le législateur comme une sanction éducative, au sein de l'article 15-1 de l'ordonnance de 1945. La catégorie des sanctions éducatives a disparu dans le code, mais la plupart des sanctions éducatives ont été reprises, pour figurer au sein de la mesure éducative judiciaire, soit au titre des obligations ou interdictions de l'article L. 112-2, soit comme modalités de certains modules. Le couvre-feu est ainsi repris, et figure à l'article L. 112-2, 7° du CJPM. Le code avait initialement repris les horaires figurant dans l'ordonnance de 1945 (entre 23h et 6h), mais la loi de ratification a estimé utile de modifier légèrement ces horaires (le nouvel article mentionne entre 22h et 6h).

18. - Placement. - L'article L. 112-14 du du CJPM envisage les différentes modalités du module de placement, lorsqu'il est prononcé par les juridictions pénales pour mineurs. C'est vraisemblablement pour respecter cette dimension pénale que cet article est modifié et que la référence au service de l'aide sociale à l'enfance est supprimée. Le placement est donc possible : 1° à un membre de la famille ou une personne digne de confiance ; 2° à un établissement du secteur public de la PJJ (hors CEF) ; 3° à une institution ou un établissement éducatif privé habilité (hors CEF).

19. - Centres éducatifs fermés. - Le dispositif applicable aux centres éducatifs fermés est repris par le code, à l'article L. 113-7 du CJPM. Cet article est complété par la loi de ratification par deux alinéas. Le premier prévoit que « lorsque la place occupée par un mineur suite à une décision de placement reste vacante pendant une durée excédant sept jours, l'établissement accueillant le mineur concerné saisit d'une demande de mainlevée spécialement motivée le magistrat chargé de l'exécution de cette décision, qui statue sans délai ». Le second précise que des activités culturelles et socioculturelles sont organisées dans les CEF, ayant pour objet de développer les moyens d'expression, les connaissances et les aptitudes des mineurs placés dans ces centres. Par ailleurs, la loi de ratification insère dans la section relative aux CEF un article L. 113-8 sur les contrôles des effets du mineur et les

fouilles des chambres. Le texte prévoit en effet qu'à chaque entrée d'un mineur dans un CEF, le directeur de l'établissement ou les membres du personnel de l'établissement spécialement désignés par lui peuvent procéder au contrôle visuel des effets personnels du mineur, aux fins de prévenir l'introduction au sein de l'établissement d'objets ou de substances interdits ou constituant une menace pour la sécurité des personnes ou des biens, et que, de la même manière, ils peuvent, aux mêmes fins, procéder à l'inspection des chambres où séjournent ces mineurs. Le texte précise que cette inspection se fait en présence du mineur sauf impossibilité pour celui-ci de se trouver dans l'établissement et que le déroulé de cette inspection doit être consigné dans un registre tenu par l'établissement. Le texte indique aussi que « ces mesures s'effectuent dans le respect de la dignité des personnes et selon les principes de nécessité et de proportionnalité. »

3. La procédure pénale des mineurs

20. - Plan. - Le Code de la justice pénale des mineurs réforme profondément la procédure applicable aux mineurs, du moins pour les contraventions de 5e classe et les délits, avec l'instauration de la procédure de mise à l'épreuve éducative et la généralisation de la césure en deux audiences, la première sur la culpabilité et la seconde sur les mesures définitives et les peines. La loi de ratification ne remet pas en cause ce schéma, mais elle y apporte quelques modifications. La plus importante concerne le juge des libertés et de la détention spécialisé, mentionné dans le titre préliminaire, et dont on précise l'intervention dans la procédure de mise à l'épreuve éducative. Les autres modifications procédurales sont, en comparaison, plus modestes.

A. - Les fonctions du JLD (hors instruction)

21. - Mesures prononcées avant l'audience devant la juridiction de jugement. - Ainsi qu'on l'a mentionné précédemment, la loi de ratification donne au juge des libertés et de la détention la compétence de la détention provisoire, hors instruction, dans la procédure de la mise à l'épreuve éducative, en matière correctionnelle. Concrètement, si la détention est envisagée avant l'audience d'examen de la culpabilité pour les mineurs âgés d'au moins 16 ans, c'est le JLD qui sera compétent, et non le juge des enfants ; à partir de l'audience d'examen de la culpabilité, c'est le juge des enfants qui sera compétent, et non plus le JLD. L'article L. 423-9 du CJPM, relatif aux mesures prononcées avant la comparution du mineur devant la juridiction de jugement, est ainsi réécrit par la loi de ratification, afin d'envisager ce transfert de compétence au JLD. Selon ce texte, le juge des enfants est compétent : quel que soit l'âge du mineur pour prononcer une mesure éducative judiciaire provisoire jusqu'à l'audience d'examen de la culpabilité ; pour le mineur d'au moins 13 ans pour prononcer son placement sous contrôle judiciaire jusqu'à l'audience d'examen de la culpabilité ; pour le mineur âgé d'au moins 16 ans pour prononcer son placement sous assignation à résidence avec surveillance électronique. Le même texte précise désormais que le JLD est quant à lui compétent pour le mineur âgé d'au moins 16 ans et lorsque le tribunal pour enfant est saisi aux fins d'audience unique, pour prononcer son placement en détention provisoire jusqu'à l'audience d'examen de la culpabilité, laquelle doit intervenir dans un délai d'un mois maximum. La loi de ratification complète cet article en prévoyant que le procureur de la République doit alors aviser sans délai le juge des enfants pour qu'il transmette au JLD tout élément utile sur la personnalité du mineur. Dans la même perspective, la loi modifie l'article L. 423-11 du CJPM, relatif aux demandes de mainlevée, modification ou révocation des mesures provisoires avant jugement. Jusqu'alors, seul le juge des enfants était compétent. Mais compte tenu des fonctions dévolues au JLD dans ce cadre, il était nécessaire de préciser le rôle du JLD en la matière. Le texte indique donc que lorsqu'il constate que le mineur n'a pas respecté les obligations du contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence sous surveillance électronique, le juge des enfants peut saisir le procureur de la République aux fins de réquisitions et saisir le JLD aux fins de révocation du contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence, et de placement en détention provisoire. Le mineur placé en détention provisoire ou son avocat peut à tout moment

demander sa mise en liberté ; la demande est adressée au JLD, qui doit statuer dans les 5 jours, dans les conditions de l'article 148 du Code de procédure pénale.

22. - Appel des décisions du JLD (hors instruction). - L'instauration d'un JLD spécialisé pour connaître de la détention hors instruction a posé la question de la détermination de la juridiction d'appel. Puisque, dans cette hypothèse il n'y a pas d'instruction, c'est logiquement devant la chambre spéciale des mineurs et non devant la chambre de l'instruction que sont portés les appels contre les décisions du JLD dans ce cas. C'est dans ce sens que l'article L. 231-6 du CJPM, relatif à la compétence de la chambre spéciale des mineurs, a été modifié, pour intégrer « 3° Les décisions du juge des libertés et de la détention rendues à l'égard des mineurs en matière de détention provisoire, sauf dans le cadre d'une information judiciaire ». L'article L. 423-13 du CJPM prévoit les modalités concrètes de l'appel contre les décisions relatives aux mesures prononcées avant la comparution du mineur devant la juridiction de jugement, en matière correctionnelle (et hors instruction). Cette disposition est complétée pour intégrer le JLD. Ainsi, l'appel de l'ordonnance (du JE ou du JLD) prescrivant une mesure éducative judiciaire provisoire, un contrôle judiciaire ou une assignation à résidence avec surveillance électronique est porté devant le président de la chambre spéciale des mineurs qui statue dans un délai d'un mois ; l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire (du JLD nécessairement) est examiné par la chambre spéciale des mineurs dans un délai de 10 jours.

B. - Autres modifications procédurales

23. - Dossier unique de personnalité. - À la suite des recommandations de la Commission Varinard, la loi du 10 août 2011 avait mis en place le dossier unique de personnalité, destiné à recueillir l'ensemble des éléments relatifs à la personnalité d'un mineur au cours des différentes enquêtes dont il peut faire l'objet, aussi bien dans le cadre pénal que civil (assistance éducative). Ce dispositif est logiquement repris aux articles L. 322-8 et suivants du CJPM. La loi de ratification complète l'article L. 322-8 en précisant que le dossier unique de personnalité est disponible sous format numérique. L'article L. 322-10 du CJPM, relatif aux personnes ayant accès au dossier unique de personnalité est également modifié pour aligner la situation des personnels du secteur associatif habilité saisi d'une mesure judiciaire concernant le mineur sur celle des personnels de la PJJ (initialement, le texte prévoyait la nécessité d'une autorisation du juge des enfants pour l'accès du secteur associatif habilité).

24. - Contrôle judiciaire. - Les articles L. 331-1 et suivants du CJPM envisagent le contrôle judiciaire. L'article L. 331-4 du CJPM prévoit les modalités de placement sous contrôle judiciaire d'un mineur de moins de 16 ans en matière correctionnelle, et précise notamment qu'un débat contradictoire est indispensable, au cours duquel le ministère public développe ses réquisitions, et la juridiction entend les observations du mineur ainsi que celles de son avocat. Cette disposition est complétée par la loi de ratification, afin de prévoir, pour les mineurs âgés de 16 à 18 ans, que la juridiction qui envisage d'ordonner en matière correctionnelle un contrôle judiciaire sollicite les réquisitions du ministère public.

25. - Détention provisoire. - La loi insère dans le code un nouvel article L. 334-6 au CJPM qui interdit le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle pour statuer sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire d'un mineur, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison de risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion. C'est une réforme bienvenue, qui vient déroger (et même expressément) au droit commun affirmé par l'article 706-71 du Code de procédure pénale. Du reste, en pratique, la visioconférence pose à l'avocat une difficulté de positionnement, puisqu'il faut choisir entre se trouver aux côtés de son client (en maison d'arrêt ou en établissements pénitentiaires pour mineurs) ou se trouver devant la juridiction. Désormais, sauf cas particulier qu'il faudra certainement motiver, la visioconférence est exclue pour la détention provisoire. Par ailleurs, la loi de ratification élargit sensiblement les conditions dans lesquelles la détention provisoire peut être ordonnée, pour modifier l'assignation à résidence aux côtés

du contrôle judiciaire, dont le non-respect peut entraîner la détention, lors de l'audience d'examen de la culpabilité Note 16 ou durant la période de mise à l'épreuve éducative Note 17

26. - Audition libre. - Le Conseil constitutionnel avait censuré, par une décision du 8 février 2019 Note 18, l'article 61-1 du Code de procédure pénale, au motif que le droit commun de l'audition libre, qui s'appliquait aux mineurs faute de texte spécifique, ne prévoyait pas l'assistance obligatoire par un avocat. Aussi, la loi du 23 mars 2019 avait-elle adopté un régime spécifique pour les mineurs, inséré à l'article 3-1 de l'ordonnance de 1945 (en même temps qu'elle rétablissait l'article 61-1 du CPP). Mais si cette disposition prévoyait l'assistance obligatoire des mineurs en audition libre, elle comportait une limite profondément choquante : « sauf si le magistrat compétent estime que l'assistance d'un avocat n'apparaît pas proportionnée au regard des circonstances de l'espèce, de la gravité de l'infraction, de la complexité de l'affaire et des mesures susceptibles d'être adoptées en rapport avec celle-ci, étant entendu que l'intérêt supérieur de l'enfant demeure toujours une considération primordiale ». Il est pour le moins choquant, en effet, que l'assistance d'un avocat (et spécialement l'avocat d'un mineur) puisse dépendre de l'appréciation d'un magistrat, surtout lorsque celui-ci est le procureur de la République. L'article 3-1 de l'ordonnance de 1945 avait cependant été repris, tel quel, dans le Code de la justice pénale des mineurs. Mais la loi de ratification a finalement corrigé cette imperfection, et supprimé la limitation de l'assistance obligatoire d'un mineur en audition libre par un avocat. On ne peut que s'en féliciter.

27. - Débats d'audience. - Le déroulement des débats est régi par les articles L. 511-1 et suivants du CJPM. L'article L. 511-2 du CJPM, qui prévoit la possibilité pour le juge des enfants ou le président du tribunal pour enfants, d'ordonner que le mineur se retire pendant tout ou partie des débats, est complété par un nouvel alinéa qui permet aussi d'ordonner aux parties de se retirer au moment de l'examen de la situation personnelle du mineur, leurs avocats restant présents. Dans le cas plus spécifique de la procédure de mise à l'épreuve éducative, la loi de ratification vient compléter l'article L. 521-9 du CJPM, relatif à l'audience d'examen de la culpabilité, pour préciser que « lorsque la juridiction ordonne une mesure éducative judiciaire provisoire, une date de mise en place des mesures éducatives est communiquée à l'intéressé à l'issue de l'audience ». Ce faisant, dès l'audience, le mineur sera informé de la mesure ordonnée, de ses modalités et de la date à partir de laquelle la mesure sera mise en place.

L'essentiel à retenir

- Ratification par la loi n° 2021-218 du 26 février 2021 de l'ordonnance du 11 septembre 2019 portant création de la partie législative du CJPM.
- Report de l'entrée en vigueur du CJPM au 30 septembre 2021.
- Insertion d'une référence à l'intérêt supérieur du mineur dans l'article préliminaire.
- Définition du discernement dans l'article L. 11-1.
- Généralisation des cumuls entre mesures éducatives et peines.
- Création d'un JLD spécialisé en matière de mineurs, compétent pour statuer sur la détention provisoire en matière correctionnelle avant l'audience d'examen de la culpabilité.
- Suppression de la limitation au droit à l'assistance d'un avocat en audition libre.

Note 1 Adapter la justice pénale des mineurs, Rapp. Varinard : La documentation française, 2009 ; JCP G 2008, 714, P. Pédrón, Aperçu rapide.

Note 2 L. n° 2019-222, art. 93 .

Note 3 Sur le Code de la justice pénale des mineurs, V. not. JCP G 2019, doct. 1132, E. Gallardo ; AJ pénal 2019, dossier, p. 476 et s. – V. également Dr. famille 2021, dossier 1 à 11.

Note 4 JO 27 févr. 2021, texte n° 1 .

Note 5 JO 18 juin 2020, texte n° 1 .

Note 6 La loi de ratification a aligné les mesures éducatives sur les mesures de sûreté ; L. n° 2021-218, art. 18.

Note 7 Rapp. Varinard, préc. note 1, spéc. p. 60.

Note 8 Rapp. Varinard, préc. note 1, spéc. prop. n° 5. – Ph. Bonfils, Pour un article préliminaire en droit pénal des mineurs, Mél. Lazerges : Dalloz, 2014, p. 469 et s.

Note 9 Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : JO 10 sept. 2002, p. 14953.

Note 10 Cass. crim., 13 déc. 1956, n° 55-05.772 : Bull. crim. n° 840 ; D. 1957, p. 349, note M. Patin.

Note 11 V. sur le discernement Ph. Bonfils, Le discernement en droit pénal, Mél. Gassin : PUAM, 2007, p. 97 et s.

Note 12 La catégorie des sanctions éducatives est supprimée par le code (mais les sanctions éducatives sont, pour l'essentiel reprises au sein des mesures éducatives).

Note 13 La loi apporte aussi, en matière de mesures éducatives, une modification formelle surprenante, à l'article L. 111-1 du CJPM. En effet, la loi remplace le mot « mineur » par les mots « enfant » et « adolescent » : CJPM, art. L. 111-1 : « les mesures éducatives encourues par un enfant ou un adolescent à titre de sanction sont : 1° l'avertissement judiciaire ; 2° la mesure éducative judiciaire ». Il en résulte une impression gênante, car le Code de la justice pénale des « mineurs » énonce dans cet article les mesures éducatives encourues par les « enfants » ou « adolescents »... Mais, tout au long du code, on parle encore de mineurs... La modification de rédaction est donc inutile et malheureuse.

Note 14 L'article L. 121-3 du CJPM du code prévoyait que les dispositions de l'article 131-16 du Code pénal (peines complémentaires encourues en matière contraventionnelle) n'étaient pas applicables aux mineurs. La loi de ratification modifie le texte qui affirme désormais que « le tribunal de police peut prononcer 1° une dispense de peine ; 2° une peine d'amende en faisant application des règles d'atténuation mentionnée à l'article L. 121-6 ; 3° une des peines complémentaires énumérées à l'article 131-16 du Code pénal ».

Note 15 V. Ph. Bonfils, La primauté de l'éducation sur la répression, Mél. J.-H. Robert : Litec, 2012, p. 43 et s. – Ph. Bonfils, La nouvelle primauté de l'éducation sur la répression : Dr. pén. 2018, étude 20.

Note 16 CJPM, art. L. 521-10 .

Note 17 CJPM, art. L. 521-21 et L. 521-22 .

Note 18 Cons. const., 8 févr. 2019, n° 2018-762 QPC : JurisData n° 2019-001740 : Dr. famille 2019, comm. 90, note Ph. Bonfils.

- **Document n° 1 bis : Les grands axes de la réforme du droit pénal des mineurs (E. Gallardo, JCP G 2019, doct. 1132) :**

L'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs vient réformer le droit pénal des mineurs dans son ensemble. Tant attendue, cette réforme, dont l'entrée en vigueur a été reportée au 1er octobre 2020, envisage de simplifier les dispositions applicables aux mineurs, accélérer son procès et renforcer sa prise en charge par, selon les termes du Rapport fait au Président de la République, « des mesures probatoires adaptées et efficaces » avant le jugement. Si un projet de loi de

ratification doit être déposé dans les deux mois qui suivent sa publication, il est permis de se pencher, dès à présent, sur la teneur de cette réforme d'ampleur. Parmi les modifications réalisées, on retiendra : l'introduction d'un seuil de responsabilité pénale à 13 ans, la mise en place d'une nouvelle procédure de jugement - la mise à l'épreuve éducative - destinée à généraliser la césure du procès pénal du mineur et permettre ainsi au travail éducatif de s'effectuer au plus tôt, et enfin, la suppression des pouvoirs d'instruction du juge des enfants. L'étude propose de s'attacher tout particulièrement à ces différentes mesures qui sont représentatives des nouveaux axes de la justice pénale de mineurs : le renforcement de l'éducatif et l'accélération du procès, tout en s'interrogeant sur leur pertinence au regard des objectifs ainsi poursuivis.

Ord. n° 2019-950, 11 sept. 2019

1. - La réforme du droit pénal des mineurs est en marche et rien ne semble pouvoir l'arrêter. L'annonce faite par la garde des Sceaux en fin d'année 2018 Note 1 fut rapidement concrétisée dans l'article 93 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 qui habilite le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance, se substituant ainsi au débat national, une consultation nationale qui aura duré 6 mois. L'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 instituant la partie législative d'un futur Code de la justice pénale des mineurs Note 2 tend à remplacer la grande dame qu'était l'ordonnance du 2 février 1945 et dont l'enterrement n'avait eu de cesse d'être annoncé. Cette fois semble la bonne, même si, pour terminer un processus d'adoption quelque peu sui generis, la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance a été reportée au 1er octobre 2020. Voilà que notre grande dame bénéficie de quelques mois de répit avant l'abrogation finale pour laisser – enfin – la place au débat national qui aura bien du mal à débattre un texte déjà entièrement « prêt à l'emploi ». L'ordonnance du 2 février 1945 est (presque) morte, longue vie à l'ordonnance du 11 septembre 2019 !
2. - Certes le parallélisme des formes est loin d'être parfait. Pourtant, le choix du recours à l'ordonnance ne serait pas, selon son initiatrice, anodin. En effet, modifiée au moins à 40 reprises, l'ordonnance du 2 février 1945 aurait déjà fait l'objet de nombreux travaux de réflexion permettant d'accélérer l'adoption d'un nouveau Code de la justice pénale des mineurs. On se souvient que la Commission Varinard, en 2008 Note 3, avait préconisé l'élaboration d'un Code de la justice pénale des mineurs en proposant des pistes intéressantes d'amélioration du traitement des mineurs. Ces pistes, avaient, par ailleurs, trouvé un écho favorable dans les lois qui ont succédé au projet, permettant ainsi de rajouter considérablement les termes de l'ordonnance. On retiendra avec intérêt le tout premier projet d'article préliminaire de ce projet de code reprenant à la fois les termes de la décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002 Note 4 consacrant le PFRLR de justice pénale des mineurs en tenant compte de la conciliation nécessaire que cette même juridiction y avait apportée en exigeant du législateur que l'intérêt du mineur n'efface ni la défense de l'intérêt général, ni la prise en compte de l'intérêt des victimes. Quelques années plus tard, c'est en 2015 qu'un autre projet nourri de la philosophie issue de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 avait pu retenir l'attention Note 5. La suppression des sanctions éducatives, de même que celle des tribunaux correctionnels pour mineurs y figuraient aux côtés d'une volonté de rationalisation du recours au contrôle judiciaire et à la détention provisoire du mineur, ainsi qu'une réorganisation des mesures éducatives. L'ordonnance actuelle trouve largement son inspiration dans ses différents projets.
3. - On notera que les objectifs qui lui ont été assignés par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 sont toujours plus ou moins les mêmes : simplifier et accélérer le procès pénal du mineur tout en renforçant l'éducatif, si, du moins, ces deux objectifs qui paraissent antinomiques peuvent être poursuivis en parallèle. C'est donc presque une gageure que doit réaliser cette nouvelle ordonnance, tout en se plaçant sous l'égide des exigences internationales et constitutionnelles

tout en tenant compte de l'intérêt des victimes. Le résultat est désormais sous nos yeux. Certainement imparfait, mais bien réel. Avec l'ordonnance du 11 septembre 2019 s'ouvre la future partie législative du Code de la justice pénale des mineurs, partie qui sera sûrement complétée dans les mois à venir par une partie réglementaire.

4. - D'un point de vue formel, le code respecte la présentation actuelle des codes comme on la connaît depuis quelques années. La numérotation des articles, précédés par un L. rappelant leur appartenance à une partie législative, est déclinée en fonction des livres, titres et chapitres de rattachement. L'architecture d'ensemble entend également suivre un plan rationalisé, clair et bien identifié. On portera une attention à la présence d'un article préliminaire qui reprend – certes avec moins d'ambition – celui qui figurait au fronton du projet Varinard. Il n'est plus fait référence à l'intérêt du mineur ni à sa conciliation nécessaire avec les exigences à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions. La victime non plus n'y figure plus. Mais on remarquera le maintien de principes généraux du droit pénal des mineurs, destinés à irriguer le code dans son ensemble au sein desquels on retrouve le principe de la responsabilité pénale des mineurs (CJP mineurs, art. L. 11-1), l'interdiction de prononcer une peine en-dessous de 13 ans (CJP mineurs, art. L. 11-4), ou encore l'existence d'acteurs spécialisés de la justice pénale des mineurs, et notamment l'existence d'un magistrat du ministère public spécialement chargé des affaires concernant les mineurs (CJP mineurs, art. L. 12-2). Le droit-obligation à l'assistance d'un avocat y figure également (CJP mineurs, art. L. 12-4). Des clarifications tenant à l'âge du mineur (CJP mineurs, art. L. 13-2), lequel doit être entendu au sens civil du terme (CJP mineurs, art. L. 11-1), par la référence nette faite à l'article 388 du Code civil, de même que par des dispositions destinées à améliorer l'articulation du droit spécial et du droit commun sont faites (CJP mineurs, art. L. 13-1).

5. - Une fois cet ancrage réalisé, l'ordonnance s'attache à détailler, dans un livre Ier, les mesures éducatives et les peines prévues à l'égard des mineurs, en rappelant, aux articles L. 121-5 et L. 121-7 la diminution de moitié du montant de la peine d'emprisonnement, obligatoire en dessous de 16 ans et uniquement facultative, au-dessus, allant ainsi à l'encontre de l'avis rendu par la CNCDH le 9 juillet 2019 Note 6 . Elle veille également à affirmer la nécessité d'une spécialisation des acteurs de cette justice pénale, dans un livre II. Elle prévoit, ensuite, dans un livre III, des dispositions communes aux différentes phases de la procédure pénale, tandis qu'un livre IV fait le point sur les « mesures de sûreté » qui peuvent être prononcées ante-sententiam, en ne manquant pas d'intégrer les modifications faites à l'audition libre, dans la foulée de la déclaration d'inconstitutionnalité du 8 février 2019 Note 7 et des modifications opérées par la loi du 23 mars 2019. Le livre V est consacré au jugement, et c'est enfin un livre VI, qui reprend, à droit constant, les dispositions relatives à l'application et à l'exécution des peines et des mesures éducatives. Reposant à la fois sur l'acquis constitutionnel du droit pénal des mineurs et sur les dernières évolutions récentes, dues elles-mêmes à la transposition, par la loi du 23 mars 2019, de la directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil en date du 11 mai 2016 et relative à la mise en place des garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales Note 8 , l'Ordonnance entend, néanmoins, rénover la matière.

6. - S'il est difficile d'affirmer que l'ordonnance a entendu réconcilier Note 9 le droit pénal des mineurs avec lui-même, il est manifeste qu'à une volonté de renforcer l'éducatif, le Gouvernement a souhaité accélérer le procès pénal du mineur, permettant, ici et là, d'améliorer l'efficacité de la justice pénale des mineurs, en particulier, par une gestion de flux. Quand bien même ces objectifs pourraient paraître contradictoires, tels sont les grands axes du droit pénal des mineurs : d'une part, renforcer l'éducatif (au profit du répressif ?), (1), et, d'autre part, accélérer le procès pénal du mineur, (au risque de le ralentir ?), (2).

1. Renforcer l'éducatif

7. - L'un des objectifs de la réforme est de renforcer la prise en charge éducative du mineur, même si l'on peut se demander si ce renforcement n'a pas pour visée, comme bien souvent, un renforcement de l'approche répressive. Ce renforcement est palpable tant s'agissant de la création du nouveau seuil de responsabilité, réalisé grâce à une invocation du droit international (A), que s'agissant de la réorganisation des mesures éducatives (B).

A. - Le nouveau seuil de responsabilité : l'invocation du droit international

8 - Heureux hasard ou étrange coïncidence, c'est l'année où l'on fête les 30 ans de la Convention internationale des Droits de l'enfant conclue à New-York sous l'égide des Nations unies et recommandant aux États l'adoption d'un seuil de responsabilité que le Gouvernement français fait le choix de déterminer un âge de responsabilité pénale Note 10 . On connaît le débat qu'a suscité cette question ces dernières années, entre les partisans d'un seuil fixe de responsabilité pénale et ceux, plus enclins au maintien du système actuel qui reposait sur la notion de discernement. L'arrêt L., du 13 décembre 1956 Note 11 , avait posé la première pierre en exigeant que l'auteur des faits ait eu la conscience et la volonté de commettre l'acte, en l'absence de quoi il était impossible de retenir sa responsabilité pénale. Le droit pénal des mineurs était alors habité par une des plus grandes controverses qui, tendant à retenir l'âge de 13 ans – âge à partir duquel l'ordonnance du 2 février 1945 autorisait le prononcé d'une peine – comme étant un seuil de responsabilité Note 12 . En deçà de l'âge de 13 ans, il aurait existé une présomption irréfragable d'irresponsabilité, au-delà, une présomption simple d'irresponsabilité. Le nouveau Code pénal, et en particulier la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, modifiant l'article 122-8 du Code pénal, était venue, enfin clore le débat, pour retenir le critère du discernement. Tel n'est plus certain aujourd'hui puisque le code modifie ce principe de la responsabilité pénale du mineur. Cette modification, qui n'était apparemment pas prévue initialement dans le projet, avait fait l'objet d'une annonce remarquée par la ministre de la Justice, Nicole Belloubet, en juin dernier Note 13 .

8. - L'article 122-8, nouveau, pose un nouveau principe selon lequel : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge, dans des conditions fixées par le code de la justice pénale des mineurs » ; L'article L. 11-1 du code introduit, quant à lui, une double présomption selon que le mineur est âgé ou pas de 13 ans. Pour les mineurs de moins de 13 ans, ceux-ci sont présumés « ne pas être capables de discernement », tandis que ceux qui sont âgés d'au moins 13 ans « sont présumés capables de discernement ».

9. - Ces présomptions renvoient inéluctablement aux difficultés quant à la présomption d'irresponsabilité pénale des mineurs, auxquelles le législateur de 1994 avait entendu trouver une solution d'apaisement. En plus de l'image d'une justice laxiste, la réalité risque d'être bien plus inquiétante. En effet, on peut véritablement craindre un risque d'exploitation des mineurs les plus jeunes, notamment ceux issus de publics fragiles et précaires, par des individus majeurs qui entendraient ainsi tirer profit de cette nouvelle irresponsabilité pénale des mineurs de moins de 13 ans. Leur relégation à la compétence des départements dont on connaît la situation elle aussi fragile et précaire, est un réel désengagement de l'État dont on imagine sans grande difficulté les raisons budgétaires Note 14 . Il est à souhaiter qu'une telle mise à l'écart ne sera pas suivie d'un bond en avant de la délinquance des mineurs lorsque ces enfants auront atteint l'âge de 13 ans.

10. - Qui plus est la question de la mise en pratique de ces dispositions qui ne posent apparemment qu'une présomption simple ne manquera pas de se poser. On peut craindre l'avènement de difficultés de mise en pratique de ces dispositions qui vont nécessiter des expertises plus fréquentes destinées à établir le discernement de l'enfant ou son absence, lesquelles ne manqueront pas de mentionner leur marge d'erreur...sans compter du fait que ce sera le parquet qui sera le premier à déterminer, la capacité ou pas d'un mineur à discerner. On

fera remarquer que la retenue judiciaire, qui est possible à l'égard des mineurs de 10 ans, a bien entendu été conservée par la réforme, ce qui fait craindre le risque d'une utilisation des déclarations qui seront faites par des mineurs de 10 ans, qui se retrouveront, par la suite, exclus de la procédure.

11. - C'est dire que ce nouveau principe de responsabilité pénale du mineur censé clarifier notre droit et le mettre en accord les engagements internationaux de la France, risque de complexifier une justice déjà bien encombrée, et de renforcer une approche répressive, au détriment de l'objectif éducatif affiché. Il en va de même des mesures destinées au relèvement éducatif.

B. - La réorganisation des mesures éducatives

13 - Principal axe de la réforme, la refonte des mesures éducatives, suivie de la suppression des sanctions éducatives, est destinée à recentrer l'approche éducative du mineur en offrant au juge des enfants une véritable boîte à outils lui permettant de mieux adapter la réponse en fonction de l'évolution de la personnalité du mineur. La nécessité de réorganisation des mesures éducatives, lesquelles pouvaient paraître éparpillées au sein de l'ordonnance du 2 février 1945, ainsi que la volonté de supprimer les sanctions éducatives qui, manifestement au regard des chiffres Note 15 , n'avait pas su convaincre les magistrats, trouvent leur origine dans les précédents projets de réforme. La prévision des nouvelles mesures éducatives, à travers notamment la nouvelle mesure éducative judiciaire, permet ainsi d'afficher un net objectif éducatif (1°), tout en maintenant la possibilité de combiner l'éducatif et le répressif, s'agissant de leur prononcé (2°).

1° La prévision

12. - Il ne faudra certainement pas être surpris de lire à l'article L. 111-1 que « Les mesures éducatives encourues par un mineur à titre de sanction sont : 1° L'avertissement judiciaire ; 2° La mesure éducative judiciaire » (MEJ). Il s'agit là certainement de rappeler qu'une mesure éducative, prononcée en vertu de cette ordonnance, n'est en rien une mesure d'assistance éducative, et qu'elle est la conséquence du prononcé d'une condamnation pénale. L'expression utilisée ne manquera pas de faire réfléchir celui qui s'interroge sur la notion de sanction pénale. La réorganisation, pour ne pas dire la réduction des mesures éducatives est considérable, puisque l'on passe de 8 mesures éducatives (en regroupant les placements) prévues par l'ordonnance du 2 février 1945, à 2. Le projet de 2015 n'avait pas su mieux faire puisque le nombre n'était tombé qu'à 4. Pour autant, il ne faudrait pas se leurrer, dans la mesure où la multiplicité des mesures éducatives telles qu'on les connaît va se retrouver au sein de la nouvelle mesure éducative judiciaire Note 16 .

13. - En effet, cet accompagnement comporte 4 modules : insertion, réparation, santé et placement au sein desquels on retrouvera les mesures éducatives déjà connues. Le module d'insertion reprend à son compte la mesure d'accueil de jour, de placement dans un internat scolaire et de placement dans une institution ou un établissement public ou privé d'enseignement ou de formation professionnelle habilité. Un autre tourné vers la réparation se teinte de mesures déjà pratiquées au stade des alternatives aux poursuites, puisqu'on y retrouve, non seulement une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité, véritable « caméléon » du droit pénal des mineurs, à laquelle, on a ajouté « une médiation entre le mineur et la victime ». Il en va de même du module « Santé », qui permet d'orienter le mineur vers une prise en charge sanitaire adaptée à ses besoins, de prononcer un placement dans un établissement de santé, à l'exclusion des services de psychiatrie, ou dans un établissement médico-social. Enfin, le module exclusivement dédié au placement permet de confier le mineur à un membre de sa famille ou une personne digne de confiance ainsi qu'au service de l'aide sociale à l'enfance, à un établissement du secteur public de la protection judiciaire de la jeunesse, et enfin, à une institution ou un établissement éducatif privé habilité, à l'exclusion des centres éducatifs fermés qui restent en-dehors des

mesures éducatives. En effet, en vertu de l'article L. 113-7 du Code de la justice pénale des mineurs, ceux-ci restent réservés aux mineurs placés en application d'un contrôle judiciaire, d'un sursis probatoire, d'un placement à l'extérieur ou à la suite d'une libération conditionnelle.

14. - Outre ces modules, la MEJ comporte un certain nombre d'interdictions et d'obligations qui ne peuvent être prononcées qu'à l'égard des mineurs de plus de 10 ans, ce qui n'est pas sans rappeler les anciennes sanctions éducatives, qui en réalité ont été supprimées pour réapparaître au sein de la mesure éducative judiciaire, contribuant peut-être à brouiller les pistes entre l'éducatif et le répressif, lorsqu'on sait qu'elles constituent des peines ou des modalités de peine par ailleurs Note 17 . On retrouve ainsi les interdictions de paraître en certains lieux, d'entrer en contact avec la victime, coauteurs ou complices pour une durée d'un an. L'ancienne sanction éducative de « couvre-feu » a été conservée puisqu'il peut être interdit au mineur « d'aller et de venir sur la voie publique entre vingt-trois heures et six heures sans être accompagné de l'un de ses représentants légaux, pour une durée de six mois maximum ». Enfin, les obligations de remise d'un objet en lien avec l'infraction et de suivre un stage de formation civique destiné au rappel de la loi, d'une durée d'un mois peuvent être également prononcées.

15. - Si l'on peut être quelque peu dubitatif sur le maintien du cap éducatif tel qu'il a été annoncé, toujours est-il qu'un effort de rationalisation a été fourni, ce qui doit être salué, tout comme l'effort qui a été fait de prévoir en amont de leur exposé le prononcé de ces mesures éducatives.

2° Le prononcé

16. - Le prononcé d'une MEJ s'inscrit, en principe dans la durée. En effet, ces mesures peuvent être prononcées pour une durée de 5 ans, sauf durée plus courte prévue ponctuellement Note 18 . Une MEJ peut même être prononcée si le mineur est devenu majeur au jour du jugement. Dans ce cas, elle prendra fin, au plus tard lorsqu'il aura atteint 21 ans Note 19 . Afin de garantir leur effet éducatif, les décisions prononçant une mesure éducative sont exécutoires par provision, et ne peuvent constituer le premier terme de la récidive (CJP mineurs, art. L. 111-5). Il en va de même des dispenses de mesures éducatives ou du prononcé d'une déclaration de réussite éducative, appellation désormais consacrée lorsque la dispense intervient dans le cadre de la procédure de mise à l'épreuve éducative. En outre, la juridiction peut décider de ne pas les faire mentionner au casier judiciaire (CJP mineurs, art. L. 111-6).

17. - S'agissant des possibilités de cumul, l'ordonnance envisage plusieurs, tout en veillant à rationaliser leur prononcé. Ainsi, elle reprend la règle existant à l'égard des anciennes admonestation et remise à parents Note 20 , à savoir que « si un avertissement judiciaire a déjà été prononcé à l'égard du mineur pour une infraction identique ou assimilée au regard des règles de la récidive commise moins d'un an avant la commission de la nouvelle infraction, il ne peut être prononcé seul ». Au sein même de la MEJ, il est possible de prononcer cumulativement ou alternativement les modules entre eux, sous réserve de certaines exceptions Note 21 . S'agissant des interdictions et obligations, ceux-ci peuvent être prononcés cumulativement ou alternativement entre eux. Il est même possible de combiner les modules éducatifs, hormis le module santé, pour des raisons que l'on a du mal à cerner, notamment au regard de l'intérêt de la victime.

18. - Enfin, de façon plus globale, l'ordonnance autorise des cumuls avec le prononcé de peine. L'article L. 111-3 autorise le cumul d'une mesure éducative avec le prononcé d'une peine criminelle, correctionnelle ou pour les contraventions de la cinquième classe en émettant deux réserves. Dans un premier temps, « lorsque le juge des enfants ou le tribunal pour enfants prononce une mesure éducative judiciaire cumulativement avec une peine autre qu'une peine d'amende, de travail d'intérêt général ou d'emprisonnement avec sursis, il ne peut assortir la mesure éducative judiciaire que des modules prévus au 1° à 4° de l'article L. 112-2 ». Autrement dit, s'ils prononcent une peine d'emprisonnement ferme, ils ne peuvent

prononcer en plus les interdictions et obligations prévues dans le cadre de la MEJ. Cela est assez logique quand on sait que ces interdictions et obligations s'apparentent à des peines complémentaires. Cela reviendrait à combiner le répressif avec le répressif. En revanche, cela ne semble pas poser de difficultés quand une peine d'amende, de TIG ou d'emprisonnement avec sursis est prononcée. Dans un second temps, la cour d'assises des mineurs peut cumuler toute peine avec une MEJ, hormis ses interdictions et obligations. Il en résulte que si la cour d'assises ne prononce pas de peine, le prononcé des interdictions et obligations reste possible, même si l'hypothèse semble peu probable.

19. - La question que l'on se pose, finalement, est celle du bon dosage de ces possibilités de cumul qui permettent, malgré tout, bien plus un renforcement du répressif que de l'éducatif. Le prononcé d'une peine peut, en effet, se trouver encouragé par l'adjonction presque systématique d'une mesure éducative, destinée à colorer la réponse qui est faite. Un doute similaire traverse l'esprit d'autant plus lorsque l'ordonnance prévoit le prononcé d'une MEJ à titre provisoire, en vertu de l'article L. 323-1. Associée à une évaluation personnalisée du mineur, à travers la mesure d'investigation judiciaire, reprise dans le dossier unique de personnalité que la réforme conserve aux articles L. 322-8 et suivants, la MEJ remplit l'objectif assigné de préparer le dossier du mineur s'agissant de ses éléments de personnalité afin d'accélérer son jugement et, banalement, de gérer les flux.

2. Accélérer le procès pénal du mineur

20. - L'accélération voulue par la réforme du 11 septembre 2019 n'est pas en soi une nouveauté si l'on examine les dernières réformes qu'a connues non seulement le droit pénal des mineurs, mais également le droit commun dans son ensemble. Cette accélération du procès pénal du mineur va se manifester à deux égards. Dans un premier temps, il n'aura échappé à personne que les recommandations du rapport rendu par Jean Terlier et Cécile Untermaier Note 22 s'agissant de la généralisation de la procédure de césure pénale ont trouvé une résonance importante dans la réforme avec l'instauration d'un jugement en deux temps du mineur. Cette valse à deux temps qui va désormais rythmer le procès pénal du mineur est envisagée comme le mode de saisine de droit commun laissant peu de place aux modes de saisine plus traditionnels. Elle laisse également peu de place, sinon aucune, à l'instruction dont on peut se demander sérieusement aujourd'hui si le Gouvernement n'a pas entendu écrire, à travers les lignes du Code de la justice pénale des mineurs, son requiem.

A. - Une valse à deux temps

Reposant sur le mécanisme de l'ajournement de peine prévu à l'article 132-60 du Code pénal, la césure du procès pénal du mineur a été instaurée par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 afin de permettre au mineur d'évoluer entre la première audience de culpabilité et la seconde audience destinée à se prononcer sur la mesure éducative ou sur la peine qui paraît, à l'issue de la période de césure, appropriée à la personnalité et à la situation du mineur. La victime trouve également un intérêt à ce mécanisme puisqu'elle peut obtenir une décision sur son indemnisation dès la première audience qui va statuer à la fois sur la culpabilité de l'auteur et sur sa responsabilité civile. Présentant donc de nombreux avantages, la césure paraît s'inscrire dans une optique de renforcement de l'éducatif par rapport au répressif. Pourtant, la possibilité offerte, dès 2011, de recourir à la césure lorsque le parquet ne bénéficie pas des éléments de personnalité suffisants pour recourir aux procédures rapides de convocation par officier de police judiciaire prévue à l'article 8-3 de l'ordonnance ou à la procédure de présentation immédiate de l'ancien article 14-2 a donné une autre physionomie à cette procédure Note 23 . C'est cet effet d'accélérateur attaché à la césure qui a retenu les faveurs du gouvernement, lequel l'a renommé en procédure de mise à l'épreuve éducative et en a fait la procédure privilégiée de saisir de la juridiction pour mineurs, bien que certains chemins de traverse restent prévus à titre exceptionnel, notamment pour la prise en charge des mineurs récidivistes, permettant ainsi de revenir à un jugement en audience unique (CJP mineurs, art. L. 423-4, al. 3). L'article L. 423-4 de l'ordonnance du 11 septembre prévoit ainsi que «

lorsque le procureur de la République poursuit un délit ou une contravention de la cinquième classe imputé à un mineur devant la juridiction de jugement spécialisée, il saisit le juge des enfants aux fins de jugement selon la procédure de mise à l'épreuve éducative [...] ». Si le mineur est âgé d'au moins 13 ans et qu'il encourt une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à 3 ans – c'est-à-dire la majeure partie des délits – le procureur de la République peut également saisir le TPE aux fins de jugement selon la même procédure dès lors que la personnalité du mineur, ou la gravité ou encore la complexité des faits le justifie. Les modalités de la procédure sont précisées aux articles L. 521-1 et L. 521-7 à L. 521-15 du Code de la justice pénale des mineurs.

21. - On y retrouve les deux temps forts de la césure : une audience destinée à statuer sur la culpabilité et, le cas échéant, l'action civile, et 6 à 9 mois plus tard, une audience sur la mesure ou la sanction qui sera définitivement choisie. On notera que le procureur de la République, peut, lorsque le mineur a été déféré devant lui, en application de l'article L. 423-6, requérir auprès du juge des enfants que des mesures probatoires soient prononcées en attente de l'audience sur la culpabilité. Ces mesures prévues à l'article L. 423-9 s'analysent soit en des mesures de sûreté : contrôle judiciaire pour les plus de 13 ans, ARSE, pour les plus de 16 ans (CJP mineurs, art. L. 331-1), soit, quel que soit l'âge du mineur, en une mesure éducative judiciaire provisoire. La détention provisoire est alors exclue par le choix de la procédure de mise à l'épreuve éducative, et reste réservée au cas d'audience unique pour les mineurs récidivistes de plus de 16 ans, faisant l'objet de la procédure prévue à l'article L. 423-4, alinéa 3. Ces mesures qui sont prises, après débat contradictoire, peuvent faire l'objet d'un appel, dans le délai d'un mois, dans les conditions prévues à l'article L. 423-13 du Code de la justice pénale des mineurs.

22. - Le temps d'épreuve entre les deux audiences est placé sous le contrôle du juge des enfants. Ce temps a pour objectif à la fois d'évaluer la personnalité du mineur par des expertises ou par la mise en place d'une mesure judiciaire d'investigation éducative (MJIE), de favoriser son relèvement éducatif en prescrivant une mesure éducative judiciaire provisoire ou encore de prononcer des mesures de sûreté telles qu'un contrôle judiciaire ou une assignation à résidence avec surveillance éducative. À l'issue de cette période d'épreuve, la juridiction de jugement statue sur la sanction, et le cas échéant, sur l'action civile (CJP mineurs, art. L. 521-14). La période de mise à l'épreuve peut faire l'objet de modifications, ce qui rapproche, en plus de son appellation, cette procédure de l'actuel sursis avec mise à l'épreuve, qui deviendra très prochainement, le sursis probatoire. On retiendra ainsi qu'en vertu de l'article L. 521-15 qu'« À tout moment au cours de la mise à l'épreuve éducative, y compris lorsqu'elle s'étend à des faits nouveaux, le juge des enfants peut prescrire, modifier ou lever la mesure éducative judiciaire provisoire ou les mesures de sûreté mentionnées à l'article L. 521-14, d'office, à la demande du mineur ou de son avocat ou sur réquisitions du procureur de la République ». En outre, le prononcé de la sanction peut être anticipé soit en cas de méconnaissance par le mineur de ses obligations découlant du contrôle judiciaire ou de l'ARSE Note 24 , soit « si l'évolution de la situation du mineur pendant la période de mise à l'épreuve éducative le justifie ». La nouvelle audience doit intervenir dans un délai d'au moins 10 jours. Cette décision est également une mesure d'administration judiciaire.

23. - On rajoutera que la procédure de mise à l'épreuve éducative entend assurer également le suivi éducatif du mineur. La juridiction territorialement compétente peut toujours se dessaisir au profit de la juridiction compétente à raison de la résidence du mineur, ou de celle de ses parents ou représentants légaux. Ce dessaisissement, qui constitue une mesure d'administration judiciaire, est envisageable aussi bien lors de l'audience de culpabilité (CJP mineurs, art. L. 521-12), pendant la période d'épreuve (CJP mineurs, art. L. 521-17), qu'au stade de l'audience statuant sur la sanction (CJP mineurs, art. L. 521-15).

24. - En définitive, on ne peut qu'être circonspect à l'égard de cette nouvelle mutation du procès pénal du mineur. Le doublement des audiences via le recours à la procédure de mise à l'épreuve éducative n'aura-t-il pas l'effet inverse que celui escompté, lorsque l'on sait que les délais d'audiencement dépassent les 18 mois actuellement Note 25 ? Quid également des nombreux mineurs non accompagnés qui ne se représenteront pas à l'issue de l'audience de culpabilité, à l'égard desquels cette procédure ne paraît pas appropriée ? Cette valse à deux temps mise en avant par le Gouvernement ne doit en outre pas occulter le véritable objectif de la réforme, la mise à l'écart du juge des enfants, du moins s'agissant de ses fonctions d'instruction.

B. - Un requiem pour l'instruction ?

25. - Le double objectif affiché. La création de la procédure de mise à l'épreuve éducative ne doit pas occulter un recul majeur opéré par l'ordonnance s'agissant de l'instruction des affaires concernant les mineurs. Tout en rappelant qu'en matière criminelle, l'information est obligatoire, ce sont seulement trois articles qui traitent de l'instruction, regroupés dans un chapitre unique (CJP mineurs, art. L. 221-1 et s.). Si la lecture de ces dispositions rassure en offrant une possibilité de dessaisissement au profit du magistrat qui connaît le mieux le mineur, l'essentiel ne doit pas être occulté, à savoir le retrait du juge des enfants de son rôle d'instruire. Désormais, le juge des enfants ne pourra plus mener d'instruction en matière délictuelle comme cela était possible auparavant Note 26 .

26. - C'est à la lecture du rapport fait au président de la République que la disparition des pouvoirs d'instruction du juge des enfants est annoncée Note 27 . Les raisons en sont plus que surprenantes. La première de ces raisons découlerait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel interdisant au juge des enfants à la fois d'instruire l'affaire et de présider la juridiction de jugement. On connaît les influences européennes d'une telle décision Note 28 , et on sait également comment le législateur avait réceptionné cette interdiction visant à sauver le respect du principe d'impartialité Note 29 . Le système mis en place dans certaines juridictions visant à élaborer des binômes pouvait effectivement paraître contestable voire difficile à mettre en place dans les petites juridictions. Fallait-il pour autant résoudre le problème en le supprimant aussi radicalement ? On ne peut qu'être dubitatif. En outre, l'argument tenant aux critiques formulées à l'encontre de l'enquête officieuse ne tient pas non plus. En effet, on rappellera que la Cour de cassation avait procédé à la sauvegarde de l'enquête officieuse de plus en plus menacée par une mutation du procès pénal du mineur due à l'influence de lois toujours plus répressives. Cette enquête qui était libérée des contraintes pourtant protectrices des libertés individuelles prévues par le Code de procédure pénale devait son salut à une décision rendue le 14 mai 2013 Note 30 , par la chambre criminelle estimant que celle-ci ne pouvait être conforme selon le droit à un procès équitable qu'à condition de respecter un minimum des droits garantis par l'article 6, § 1. S'il s'agissait d'offrir aux mineurs la possibilité de se défendre comme toute personne mise en examen au cours d'une information répondant aux règles protectrices prévues par le Code de procédure pénale, il suffisait de supprimer l'enquête officieuse, comme cela avait déjà été envisagé dans le projet de 2015. La suppression des pouvoirs d'instruction du juge des enfants n'était pas une réponse nécessaire et appropriée pour répondre à l'ensemble des critiques formulées ces dernières années à son égard.

27. - Cette suppression est d'autant plus surprenante que, par ailleurs, l'ordonnance donne au juge des enfants des pouvoirs qu'il ne disposait pas, s'agissant du prononcé de peines. En effet, il faut rechercher dans le titre II consacré aux peines, dans le chapitre premier consacré aux peines encourues Note 31 , un article L. 121-4 qui autorise désormais le juge des enfants, « statuant en chambre du conseil, sur réquisitions du procureur de la République, si les circonstances et la personnalité du mineur le justifient, (de) condamner un mineur âgé d'au moins treize ans aux peines : 1° De confiscation de l'objet ayant servi à commettre l'infraction ; 2° De stage ; 3° De travail d'intérêt général, si le mineur est âgé d'au moins seize ans au

moment du prononcé de la peine . ». Cette disposition, qui évite de saisir le tribunal pour enfants, paraît en décalage avec le retrait de ses pouvoirs d'instruction, sauf à la considérer à la lumière de l'objectif de simplification, et, corrélativement, d'accélération, recherché par le Gouvernement.

28. - L'inquiétude naît nécessairement de la prédominance du procureur de la République sur la phase de la mise en état du dossier pénal du mineur, en plus de son pouvoir d'orientation de la procédure. Et ce d'autant plus que cette phase de mise en état semble se suffire d'elle-même depuis les modifications opérées par la loi du 23 mars 2019 transposant certes un ensemble de droits procéduraux à l'égard du mineur, comme le droit à l'information et à l'accompagnement des représentants légaux ou encore le droit à l'assistance d'un avocat lors de l'audition libre, tout en conditionnant le bénéfice et la mise en œuvre de ses droits à la notion pour le moins sujette à interprétation « d'intérêt de l'enfant », dont on sait qu'elle sera appréciée par celui-là même qui sera en charge de déclencher et d'orienter les poursuites, à savoir le procureur de la République. L'absence – l'impossibilité pratique – de spécialisation du juge des libertés et de la détention fait craindre une perte de spécificité de cette phase d'enquête.

29. - Réconcilié avec lui-même ? Rien n'est moins sûr.

L'Essentiel à retenir

- L'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 réforme le droit pénal des mineurs. Elle crée la partie législative du futur code du droit pénal des mineurs qui entrera en vigueur eu 1er octobre 2020. L'ordonnance du 2 février 1945 sera, à cette date, abrogée.
- Cette ordonnance entend mettre en conformité notre droit avec les exigences internationales et constitutionnelles tout en permettant un jugement plus rapide du mineur.
- Ainsi les mineurs de moins de 13 ans seront pénalement irresponsables, tandis que les mineurs âgés de plus de 13 ans seront présumés capables de discernement.
- L'ordonnance réorganise les mesures éducatives qui pourront être prononcées, notamment à l'occasion de la procédure de mise à l'épreuve éducative.
- Il s'en suit que l'instruction devient exceptionnelle et que le juge des enfants perd son pouvoir d'instruire. Seul le juge d'instruction sera compétent.
- L'ordonnance va faire l'objet d'une loi de ratification, dont le projet doit être déposé dans les deux mois suivant sa publication.

Note 1 AN, séance 19 nov. 2018.

Note 2 JO 13 sept. 2019, texte n° 2 .

Note 3 Comm. de proposition de réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants, présidée par André Varinard, dite « Rapport Varinard », Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs, 2008, 238 p. – sur les travaux de la commission V. JCP G 2009, I, 100, Entretien avec A Varinard et P. Pédrón ; P. Pédrón, Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : JCP G 2008, act. 714, Aperçu rapide.

Note 4 Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : JO 10 sept. 2002, p. 14953 ; Gaz. Pal. 4-5 sept. 2002, note J.-E. Schoettl.

Note 5 E. Alain, Le pré-projet de réforme de justice des mineurs : AJ pénal 2015, p. 4.

Note 6 Avis relatif à la réforme de la justice pénale des mineurs, 9 juill. 2019, p. 10.

Note 7 Cons. const., 8 févr. 2019, n° 2018-762 QPC : JurisData n° 2019-001740 ; Constitutions 2018, p. 606 ; Dr. famille 2019, comm. 90, obs. P. Bonfils.

Note 8 JOUE n° L 132, 21 mai 2016, p. 1. - Th. Cassuto, Dernières directives relatives aux droits procéduraux : AJ pénal 2016, p. 314.

Note 9 E. Gallardo, L'évolution de la justice pénale des mineurs : l'âge de la conciliation in Les nouveaux Problèmes Actuels de Sciences Criminelles, vol. XXIV : 2013, p. 111-138.

Note 10 Art. 40.3.

Note 11 Cass. crim. 13 déc. 1956, n° 55-05.772, L. : D. 1957, p. 349, note M. Patin.

Note 12 Not. C. Lazerges, De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants : RSC 1995, p. 149. – S. Jacopin, Contribution à l'évolution de la responsabilité pénale du mineur : th. Paris I, 1999, spéc. n° 125 et s. et 136 et s. – J.-F. Renucci, Droit pénal des mineurs : Masson, 1994, p. 115 et s.

Note 13 P. Januel, Le projet de Code de justice pénale des mineurs : Dalloz actualité, 17 juin 2019.

Note 14 Ph. Bonfils, Réforme de la justice pénale des mineurs : D. 2019, p. 984.

Note 15 Selon les chiffres-clés de la justice 2018, parus le 18 octobre 2018, le nombre de sanctions éducatives s'élèverait à 2 495, contre 30 875 mesures éducatives et 25 989 peines, toutes natures confondues : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf

Note 16 V. E. Gallardo, Présentation du projet de loi relatif à la justice pénale des enfants et des adolescents – Un avant-projet de réforme, et après ? : Rev. pénit. 2015, p. 827-845.

Note 17 Le lien avec la peine de confiscation, (C. pén., art. 131-21), d'interdiction de séjour (C. pén., art. 131-31) ou les obligations assorties au sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-45) ne fait plus de doute aujourd'hui.

Note 18 L'accueil de jour ne peut excéder un an (CJP mineurs, art. L. 112-6), de même que le module de réparation (CJP mineurs, art. L. 112-9), et les placements prononcés au titre du module du même nom, lesquels ne peuvent dépasser la majorité de l'individu qu'avec son accord (CJP mineurs, art. L. 112-15).

Note 19 Sous réserve des dispositions prévues s'agissant de l'accueil de jour et du module placement.

Note 20 Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945, art. 8 , ancien.

Note 21 Il n'est ainsi pas possible de cumuler l'accueil de jour du module insertion avec le module placement, cette mesure et ce module pouvant paraître antinomiques.

Note 22 Mission d'information sur la justice des mineurs, présidée par J. Terlier et C. Untermaier, Rapp. AN n° 1702, 20 févr. 2019.

Note 23 Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC , Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, cons. 45 : JO 11 août 2011, texte n° 4. – V. not. C. Lazerges, La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel : RSC 2011, p. 728-740, n° 3. – V. également le rappel opéré par la Cour de cassation : Cass. crim., 19 nov. 2013, n° 12-87.641 : JurisData n° 2013-026245 ; Bull. crim., n° 231.

Note 24 Le délai ne peut être alors inférieur à 10 jours. CJP mineurs, art. L. 521-20. À défaut d'audience anticipée sur la sanction, le juge des enfants peut envisager de placer le mineur en détention provisoire. Il doit alors le convoquer, ainsi que ses parents, le service auquel la mesure était confiée et son avocat à un débat contradictoire. Il en avise également le procureur de la République (V. CJP mineurs, art. L. 521-21).

Note 25 Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs : JO 13 sept. 2019, texte n° 1.

Note 26 Ord. n° 45-174, art. 8 ancien .

Note 27 Rapp. préc. note (25) : « L'instruction devant le juge des enfants est supprimée [...] ».

Note 28 CEDH, 4e sect., 2 mars 2010, n° 54729/00, Adamkiewicz c/ Pologne : JurisData n° 2010-030719 ; D. 2010, p. 1324, note P. Bonfils ; D. 2010, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; RSC 2010, p. 687, D. Roets.

Note 29 Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC , préc. – V. not. Ph. Bonfils, La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 : D. 2011, p. 2286. – Ch. Claverie-Rousset, L'impartialité de la justice pénale des mineurs : Dr. pén. 2012, étude 8, p. 13-17 .

Note 30 Cass. crim., 14 mai 2013, n° 12-80.153 : JurisData n° 2013-009419 ; Bull. crim. n° 104.

Note 31 Alors qu'en réalité il s'agirait plus de prononcé de la peine que de la peine encourue.

- **Document n° 2 : Les présomptions de grief en procédure pénale (E. Clément, RSC 2020, p. 557) :**

Résumé : Confrontée au silence du code de procédure pénale sur les nullités, la jurisprudence a dû élaborer seule leur régime. Elle a ainsi créé des présomptions de grief là où le code se borne à en exiger un. Certaines sont des présomptions probatoires simples, qui permettent la preuve du grief lorsqu'elle apparaîtrait impossible autrement. D'autres à l'inverse sont des présomptions substantielles, irréfragables, qui affirment l'existence du grief. Inapplicables aux nullités d'ordre public, ces présomptions de grief participent à côté des notions de qualité pour agir et d'intérêt à agir à la complexité du régime des nullités d'intérêt privé.

Selon l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles relatives à la procédure pénale. L'étude de cette branche de la matière pénale donne à penser qu'il s'agit parfois davantage d'un vœu pieux que d'une réalité.

L'exemple des nullités de la procédure pénale l'illustre parfaitement, elles ne font l'objet que de quelques textes aussi épars qu'incomplets. En guise de dispositions générales, seuls huit articles du code de procédure pénale sont consacrés aux nullités et à leur régime. Sept sont les articles 170 à 174-1, consacrés spécifiquement aux nullités dans l'information judiciaire, le dernier est l'article 802. Ce texte est symptomatique de l'architecture anarchique, presque amatrice, du code. Pourquoi le seul texte consacré aux nullités en général est-il contenu dans un Titre relatif aux frais de justice au sein d'un Livre consacré aux procédures d'exécution ?

La nature juridique semblant avoir horreur du vide, la jurisprudence est venue combler les imprécisions de la loi. À l'exigence de grief prévue aux articles 171 et 802 du code de procédure pénale, les juges ont ajouté une exception et apporté un tempérament. L'exception, ce sont les nullités d'ordre public pour lesquelles l'exigence de grief disparaît totalement. Le tempérament, c'est la présomption de grief. Par construction, cette présomption de grief ne concerne donc que les nullités d'intérêt privé, celles pour lesquelles les articles 171 ou 802 du code de procédure pénale s'appliquent.

« Le droit des nullités doit garantir la sérénité de la procédure, sans pour autant entraver la marche vers la vérité »(1) et l'exigence de grief y participe. Cette exigence limite le droit pour une partie au procès pénal d'obtenir l'annulation d'un acte de la procédure. Dans certains cas cependant, la jurisprudence présume l'existence du grief, sans jamais toutefois le dire expressément. C'est en vain qu'on chercherait le terme de présomption dans les arrêts. Ils se bornent à affirmer que la violation de la norme de procédure « porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée »(2), ou « fait nécessairement grief aux intérêts de la personne concernée »(3), voire que « le grief de ladite personne résulte nécessairement » de

cette violation(4). Mais au diable l'expression pourvu qu'on ait la présomption. Et c'est bien d'une présomption, « conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu, procédé technique qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu »(5) qu'il s'agit. Plusieurs auteurs s'accordent sur cette qualification(6).

On objectera qu'une présomption a classiquement pour effet de déplacer la charge de la preuve, d'un fait inconnu à un fait connu, tandis que le procédé ici analysé dispense purement et simplement le demandeur de prouver l'un des éléments nécessaires au bien-fondé de sa demande. Il ne s'agirait pas tant de déplacer la charge de la preuve que de l'alléger. Ce serait oublier que tel Janus, la présomption présente un double visage. La doctrine civiliste, plus familière d'un mécanisme expressément décrit dans le code civil(7), propose de distinguer les présomptions probatoires des présomptions substantielles. Si les premières tendent simplement à déplacer la charge de la preuve, les secondes créent en réalité une nouvelle règle de fond dispensant totalement de la preuve d'un fait(8). Il n'est pas évident au premier abord de déterminer à laquelle de ces catégories se rattache la présomption de grief en procédure pénale. L'étude des solutions prétoriennes tend à montrer qu'elle semble relever alternativement des deux catégories(9). Peut-être la détermination des origines de ce mécanisme nous renseignera-t-elle à ce propos.

Cette présomption de grief évoque le mécanisme juridique consistant à déduire le dommage de la faute(10). De nombreux exemples se rencontrent dans toutes les branches du droit privé. Ainsi en droit commercial, le trouble commercial s'y déduisant nécessairement de l'acte de concurrence déloyale(11), en droit du travail où l'irrégularité de la procédure disciplinaire(12) ou de licenciement(13) cause nécessairement un préjudice au salarié, ou encore en droit de la responsabilité médicale, la jurisprudence estimant que le manquement du médecin à son obligation d'information cause nécessairement un préjudice au patient(14) Dans un bel article consacré au dommage déduit de la faute, Laurène Gratton a proposé d'expliquer ainsi la jurisprudence en matière d'atteinte à la vie privée(15).

Cette vivacité civiliste amène à s'interroger : ne serait-elle pas la source d'inspiration, le modèle de la jurisprudence dans la création de la présomption de grief en procédure pénale ? Cette généalogie ne saurait être définitivement exclue, mais l'ancienneté de la présomption de grief dans la jurisprudence pénale la rend douteuse. L'atteinte nécessairement portée aux intérêts du demandeur y est évoquée dans les motifs propres de la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis les années quatre-vingt(16) et dans les pourvois depuis les années soixante(17). La source en peut-elle alors être recherchée dans le droit judiciaire privé ? Celui-ci constituait en effet le droit commun procédural jusqu'à l'orée des années quatre-vingt, lorsque la chambre criminelle de la Cour de cassation observa que la valeur réglementaire du nouveau code de procédure civile lui interdisait d'être une source utilisée en procédure pénale(18). Au terme des articles 114 et 119 du code de procédure civile, l'exigence de grief ne concerne que les nullités pour vice de forme. Si certains arrêts ont pu sembler présumer le grief en raison de la gravité de la violation(19), ils semblent cependant davantage s'expliquer par une appréciation in abstracto du grief(20). La preuve de ce dernier s'en trouve simplifiée sans être évacuée. La présomption de grief en procédure pénale aurait donc à la fois un champ d'application plus large, puisqu'elle ne concerne pas que les vices de forme, et un effet potentiellement plus radical puisqu'elle conduit parfois à postuler l'existence du grief.

Pourtant certaines incertitudes demeurent, tant sur ce champ d'application que sur ces effets. La raison en est qu'ils ne reposent pas sur le terrain stable et solide de la loi, mais sur des sables mouvants au gré des évolutions de la jurisprudence. S'agissant du champ d'application

de cette prescription de grief, le critère qui détermine le choix de l'appliquer à telle ou telle nullité n'est pas connu ou du moins n'a-t-il jamais été exprimé clairement par la Cour de cassation. L'étude de la jurisprudence en son état actuel fait ressortir trois catégories : celle des nullités pour lesquelles on peut affirmer avec confiance que le grief est présumé, celle des nullités pour lesquelles il est évident que le grief n'est pas, ou pas encore, présumé et enfin celle des nullités pour lesquelles, faute d'affirmations claires dans un sens ou dans l'autre, l'hésitation est encore permise.

Les causes de nullité d'ordre privé à grief présumé sont aussi nombreuses que diverses. Il s'en trouve depuis le stade des vérifications d'identité en amont de toute enquête, par exemple en cas de méconnaissance des garanties instituées par l'article 78-3 du code de procédure pénale(21) et jusqu'à l'audience de jugement, notamment en cas de refus de donner la parole en dernier à l'avocat de la défense et au prévenu(22). Les enquêtes de police demeurent le terrain privilégié des nullités à grief présumé, typiquement en cas de retard dans la notification de ses droits au gardé à vue(23) ou encore en l'absence de motivation de la décision d'effectuer une perquisition en dehors des horaires légaux(24). L'instruction préparatoire en connaît également comme l'illustre la nullité de l'interrogatoire de première comparution réalisé dans des conditions incompatibles avec l'état de santé du possible mis en examen(25).

On peine à comprendre la logique sous-jacente de l'inventaire à la Prévert que constitue la liste des cas de nullités à grief présumé. La doctrine a tenté des systématisations(26), mais sans y parvenir complètement. Comme le relève Gérard Pitti, « s'il n'existe pas de critère permettant de qualifier une violation de nullité portant nécessairement atteinte aux intérêts du requérant, des champs d'application spécifiques semblent néanmoins pouvoir être dégagés »(27). La catégorie des griefs présumés ne se laisserait ainsi approcher que de manière impressionniste, entraînant par là-même désarroi chez les juges du fond et fols espoirs chez les plaideurs(28).

La disparité des violations portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée semble accréditer cette perception. Certes, nombre d'entre elles constituent des atteintes aux droits de la défense. Pourtant, impossible de résumer aussi simplement l'état du droit puisque toutes les atteintes aux droits de la défense ne donnent pas lieu à présomption(29) et la chambre criminelle de la Cour de cassation présume le grief découlant de certaines violations étrangères aux droits de la défense(30). Plus généralement, il ne semble pas que certains droits, fussent-ils fondamentaux, ne constituent la raison d'être exclusive des présomptions de griefs.

De même, beaucoup de griefs présumés relèvent des formalités substantielles afférentes au placement en garde à vue, mais là encore, l'état du droit s'avère plus complexe. Toutes ces formalités ne donnent pas lieu à présomption, le grief doit être démontré en cas de violation du droit à l'assistance d'un interprète au cours de la garde à vue(31), de défaut de notification au gardé à vue d'une partie des faits reprochés(32), de l'une des qualifications reprochées(33) ou encore du lieu présumé de l'infraction qu'il est soupçonné d'avoir commise(34). Par ailleurs, des présomptions de grief existent tant en amont qu'en aval de garde à vue(35). Il ne semble donc pas que certains domaines ou certains champs procéduraux soient plus propices que d'autres à l'éclosion de griefs présumés.

L'hypothèse que nous voudrions proposer est la suivante : les griefs ne sont présumés ni à raison de la nature, ni à raison du domaine de la règle de procédure violée, mais parce qu'il est techniquement, matériellement nécessaire de les présumer. Paraphrasons une célèbre analyse :

la jurisprudence n'a pas une théorie du grief, elle a une politique du grief ; une politique prétorienne, avec tout ce que cela suppose d'incertitudes et d'évolutions, que lui impose le silence du code de procédure pénale sur la question. Dans le cadre de cette politique, la jurisprudence a eu recours à diverses techniques, dont la présomption de grief. La raison d'être de cette présomption serait ainsi plus technique qu'axiologique, davantage liée à des considérations procédurales concrètes qu'à une hiérarchie entre les différentes règles de procédure ou entre les droits garantis par elles.

Le régime de la présomption de grief serait en quelque sorte sa propre raison d'être : c'est parce qu'il est concrètement conduit à présumer le grief que le juge recourt au mécanisme de la présomption à l'exception de tout autre. Nécessité fait loi ou, en l'occurrence, jurisprudence. Cette hypothèse permet d'inférer la nature (I) et l'autonomie (II) des présomptions de grief.

I - La nature des présomptions

Sur quoi repose une présomption ? Schématiquement, deux hypothèses peuvent expliquer l'existence d'une présomption : l'hypothèse probatoire dans laquelle la présomption va simplement renverser la charge de la preuve (A) et l'hypothèse réaliste dans laquelle la présomption permet de se dispenser de prouver une vérité affirmée (B). L'étude des manifestations des présomptions de grief en procédure pénale indique qu'il en existe des deux formes. Plus qu'une présomption de grief, il semble exister des présomptions de grief.

A - Les présomptions de grief probatoires

L'hypothèse probatoire correspond à certaines manifestations de la présomption de grief en procédure pénale (1). Concernant son régime, cette forme de présomption est par construction une présomption simple (2).

1 - L'hypothèse probatoire

Indépendamment de la nature, de l'importance ou du contenu de la règle violée, le grief est présumé car, *probatio diabolica*, il serait impossible de le démontrer. La présomption remédierait alors à l'impossibilité de la démonstration. Déplacer la charge probatoire d'une preuve impossible à une preuve réalisable, n'est-ce pas le principe même d'une présomption ? Or le grief, atteinte aux intérêts de la partie concernée, peut être particulièrement difficile à établir. Lorsqu'une règle de procédure est méconnue, démontrer le grief suppose de prouver que le respect de cette règle aurait amélioré la situation de la partie qui sollicite l'annulation. Il est donc exigé de la partie demanderesse qu'elle prouve une potentialité, qu'elle démontre ce qui aurait pu être si la procédure avait été respectée.

Au vu de certaines hypothèses de griefs présumés, cette logique probatoire semble convaincante. Si l'évidence de l'atteinte s'impose parfois, il est des cas dans lesquels elle est plus douteuse. Comment par exemple convaincre un juge de l'atteinte aux intérêts du mis en examen en cas de retard dans l'avis au procureur de la République d'un placement en garde à vue(36) ? Si ce magistrat tardivement informé n'a pas levé la garde à vue, il sera impossible de démontrer une atteinte aux intérêts du suspect faute de pouvoir démontrer qu'il aurait décidé différemment s'il avait été informé plus tôt. De même encore lorsque le grief présumé résulte d'un défaut de notification de ses droits au suspect ; celui qui a avoué en garde à vue alors que son droit au silence ne lui a pas été notifié aura toutes les peines du monde à prouver qu'il a subi une atteinte à ses intérêts : comment établir qu'il aurait décidé de ne pas parler s'il avait su qu'il pouvait garder le silence ? La question se pose encore lorsque certaines des garanties instaurées par l'article 78-3 du code de procédure pénale ont été méconnues.

Reconnaître une nature probatoire à la présomption de grief suppose que l'atteinte aux intérêts de la partie en cause ne découle pas automatiquement de la violation de la règle de procédure. Cela nécessite de considérer que le grief ne réside pas dans la méconnaissance en elle-même d'une règle de la procédure pénale, mais dans les conséquences de cette violation ; conséquences qui ne doivent pas être automatiques, sans quoi le grief pourrait être affirmé au lieu de n'être que supposé. Cette conception est parfaitement en accord avec l'esprit que le législateur a insufflé aux textes relatifs aux nullités de procédure pénale. Les articles 171 et 802 du code de procédure pénale le proclament, toute violation des règles formelles n'emporte pas nécessairement atteinte aux intérêts de la partie concernée.

Reste que l'hypothèse probatoire ne peut expliquer l'ensemble des présomptions de grief et ce pour deux raisons. La première tient au fait que certaines situations dans lesquelles la preuve du grief semble difficile, voire impossible, à rapporter ne donnent pourtant lieu à aucune présomption de grief. Ainsi, lorsqu'elle exige que soit prouvé le grief découlant du défaut d'information du gardé à vue sur le lieu présumé de l'infraction qu'il est soupçonné avoir commise, la Cour de cassation ne s'explique guère sur la manière dont il pourrait l'être(37). Elle balaye les arguments de la chambre d'accusation qui avait présumé le grief en avançant le fait que le lieu de commission de l'infraction, un blanchiment en l'espèce, n'était pas connu. Au lieu de constater, comme cela aurait été logique, une impossibilité matérielle de donner cette information au gardé à vue, la chambre criminelle affirme l'absence de tout grief. Pourtant, le suspect se retrouvera bel et bien questionné sur une infraction sans savoir où il est censé l'avoir commise. Faut-il expliquer cette solution par la nature « immatérielle » du blanchiment ? Faute de précision en ce sens dans l'arrêt, la Cour de cassation semble bien exiger ici une démonstration impossible.

Plus déterminante, la seconde raison tient à ce que certains griefs demeurent présumés même lorsque leur absence pourrait être démontrée. Exemple en est donné par le défaut d'enregistrement audiovisuel d'un interrogatoire de première comparution : la Cour de cassation considère qu'il porte nécessairement atteinte aux intérêts du mis en examen même lorsqu'il n'a pas été interrogé(38) ou a fait usage de son droit de se taire(39) ou lorsque le juge d'instruction n'ayant pas fait enregistrer le premier interrogatoire de première comparution procède à un second interrogatoire, identique au précédent, qui sera bien enregistré(40). Ces objections excluent le fait que toutes les présomptions de grief soient des présomptions probatoires. Elles n'excluent pas que certaines de ces présomptions le soient, ce que leur caractère simple établit.

2 - Le caractère simple de la présomption

Une présomption probatoire remédie à une difficulté, voire une impossibilité probatoire. Elle se contente d'inverser la charge de la preuve, elle n'affirme pas l'existence de ce qu'elle présume. L'impossibilité ou la grande difficulté de prouver le grief n'empêchent pas de prouver l'absence de grief. C'est pourquoi les présomptions probatoires de grief sont des présomptions simples, elles ouvrent la possibilité de rapporter la preuve contraire.

La présomption de grief en cas de défaut de notification de son droit de se taire à une personne placée en garde à vue en constitue une bonne illustration. Si le grief est présumé, il est néanmoins possible de prouver que ce défaut de notification n'a entraîné aucune atteinte aux intérêts du suspect. Ainsi, lorsque la condamnation n'est fondée ni exclusivement, ni même essentiellement sur les déclarations tenues par le prévenu en garde à vue sans que son droit de se taire lui ait été notifié, l'annulation de ces déclarations doit être refusée par les

juges(41). Cette annulation doit encore être refusée lorsque l'absence de notification de son droit de se taire a été sans incidence sur le caractère spontané des déclarations faites par le gardé à vue(42).

Théoriquement, le régime juridique découle de la notion. Pratiquement, le constat du régime permet d'identifier la notion. Le constat du caractère simple d'une présomption de grief permet donc d'affirmer sa nature probatoire. Toutefois, certaines situations ne se sont jamais présentées à la Cour de cassation, l'empêchant ainsi de se prononcer sur la nature simple ou irréfragable de la plupart des présomptions de grief. L'étude des décisions qui seront rendues en la matière devrait permettre de déterminer la nature de toutes les présomptions pour lesquelles l'incertitude demeure. En effet, si la présomption probatoire est par construction simple, la présomption substantielle est par définition irréfragable.

B - Les présomptions de grief substantielles

La plupart des griefs présumés le sont en application d'une présomption substantielle, réaliste (1). Cette hypothèse réaliste conduit à établir des présomptions irréfragables (2).

1. L'hypothèse substantielle ou réaliste

La chambre criminelle de la Cour de cassation donne parfois l'impression d'affirmer l'existence du grief qu'elle présume. La présomption se confondrait alors avec une démonstration du grief. Mais si le grief était démontré, il n'y aurait nul besoin de le présumer. La présomption de grief s'analyse alors davantage en un postulat. En mathématiques, le postulat est une affirmation que l'on pose sans la démontrer et qui va fonder tout le raisonnement. C'est un point que l'on admet parce qu'il semble intuitivement vrai.

Lorsque la chambre criminelle présume le grief du détenu que son avocat ne peut assister faute de permis de visite(43) de la personne chez laquelle a lieu une perquisition documentée par un journaliste(44) ou du gardé à vue auquel on n'a pas permis de recevoir l'assistance d'un avocat(45), nul ne songe à en contester l'existence. Évident également le grief lorsqu'une perquisition est effectuée en dehors des heures légales ou que le juge n'a pas motivé son autorisation de faire procéder à une sonorisation(46). Indéniable encore le grief de celui dont la garde à vue est prolongée au-delà des limites fixées par la loi ou sans que cette prolongation soit autorisée par le procureur de la République(47). Face à l'évidence, la chambre criminelle ne peut que constater que l'irrégularité soulevée n'a pas pu ne pas causer d'atteinte aux intérêts de l'intéressé. Il ne s'agit alors pas de simplifier la preuve ou d'en renverser la charge. Les faits de l'espèce parlent d'eux-mêmes, la preuve est d'ores et déjà rapportée.

Cette hypothèse substantielle permettrait d'expliquer certaines décisions incertaines dans lesquelles la Cour de cassation démontre le grief tout en affirmant qu'il résulte nécessairement de la violation alléguée. Ces arrêts reposent souvent sur une formulation imprécise de la cour d'appel que la Cour de cassation se borne ensuite à valider. Exemple en peut être donné par le cas du recours abusif à la procédure de la garde à vue alors qu'une audition libre apparaissait suffisante : la cour d'appel affirme que « cette irrégularité a nécessairement occasionné un grief à l'intéressé », ce qui évoque un grief présumé, mais ajoute ensuite une démonstration dudit grief en précisant que celui-ci réside dans la contrainte dont il a été l'objet. La chambre criminelle affirme alors que la cour d'appel a justifié sa solution sans préciser si présomption il devait y avoir(48). Seconde illustration, le fait pour des officiers de police judiciaire de retranscrire les confidences que le mis en examen leur a faites au cours de son transfert vers la

maison d'arrêt. La Cour de cassation relève qu'une fois le suspect mis en examen, seul le juge d'instruction est susceptible de l'interroger, ce dont il résulte que le recueil, par les policiers, de propos par lesquels le mis en examen s'incriminait lui-même « avait pour effet d'éviter les droits de la défense » et constituait une cause de nullité(49). Faut-il en déduire que la preuve du grief était ici établie par le caractère auto-incriminant des propos tenus, ou cette preuve était-elle inutile au regard de l'atteinte nécessairement portée aux droits de la défense ? Difficile alors de déterminer si la solution de la Cour de cassation repose sur une présomption de grief ou sur des arguments de la cour d'appel qui auraient effectivement établi l'atteinte aux intérêts de l'intéressé(50). L'hypothèse substantielle tranche ce noeud gordien en validant les deux explications, en les rassemblant même : c'est parce que le grief est démontré, ou au moins postulé, qu'il est affirmé par le biais d'une présomption.

La raison du juriste ne doit-elle cependant pas refuser de considérer que derrière des formulations identiques se cachent des notions et, partant, des régimes juridiques distincts ? Que sous un même « a nécessairement entraîné une atteinte aux intérêts de l'intéressé » cohabitent des présomptions probatoires et substantielles ? Une telle dualité ne bénéficie assurément pas à la prévisibilité de l'état du droit des nullités pénales. Pourtant, l'analyse conduit à l'affirmer et la responsabilité en incombe sans doute moins à la jurisprudence qu'au législateur. Confrontée à l'inaction de celui-ci, celle-là a dû construire l'édifice des nullités pénales avec un nombre fort limité de briques. Pour créer tous les régimes distincts nécessaires à régir les hypothèses que la réalité lui soumet, elle a dû approfondir et raffiner les distinctions classiques. De l'exigence de grief, elle a tiré la présomption de grief. Lorsqu'une unique forme de présomption s'est révélée insuffisante à régir toutes les hypothèses, il a fallu l'affiner encore en distinguant les présomptions probatoires et substantielles. Et l'existence de ces deux catégories de présomption est indéniable, l'opposition de leurs régimes juridiques le proclame : les présomptions probatoires sont des présomptions simples tandis que les présomptions substantielles sont irréfragables.

2. Le caractère irréfragable de la présomption

Le grief postulé ne souffre pas la preuve contraire. Par définition, la Cour de cassation affirmant l'existence d'une atteinte aux intérêts du demandeur, elle ne saurait admettre la démonstration de l'inverse. Un exemple en a déjà été évoqué : le défaut d'enregistrement audiovisuel d'un interrogatoire de première comparution entraîne une atteinte aux intérêts du mis en examen, peu important qu'il n'ait pas été interrogé(51), ait fait usage de son droit de se taire(52) ou qu'un second interrogatoire identique, mais enregistré, ait été ensuite réalisé(53). La présomption de grief attachée à ce défaut d'enregistrement est bel et bien irréfragable. Seconde illustration, le défaut de délivrance à l'avocat d'un permis de communiquer avec le détenu avant un débat contradictoire portant sur la prolongation de la détention provisoire. Alors qu'une cour d'appel avait cru pouvoir écarter la nullité au motif que les avocats régulièrement désignés ne s'étaient pas présentés au cabinet du juge des libertés et de la détention pour prendre connaissance du dossier et s'entretenir confidentiellement avec le détenu avant l'audience, la chambre criminelle censure le raisonnement au nom d'une atteinte nécessairement causée aux intérêts de l'intéressé(54). Troisième manifestation du caractère irréfragable de ces présomptions, la Cour de cassation estime que le retard dans la notification de ses droits au gardé à vue entraîne nécessairement une atteinte à ses intérêts, quand bien même aucune audition n'aurait eu lieu entre son placement en garde à vue et la notification de ses droits(55). Alors que la cour d'appel relevait qu'en l'absence d'audition, l'intéressé n'avait pas été privé de la possibilité d'exercer ses droits, la chambre criminelle répond que faute d'avoir relevé une circonstance insurmontable, les juges du fond auraient dû prononcer l'annulation. L'atteinte effective aux intérêts du gardé à vue est irréfragablement présumée.

Toutefois, ces deux séries d'illustration suscitent une interrogation tenant à cette notion de « circonstances insurmontables ». La jurisprudence considère que l'annulation de la garde à vue doit être refusée lorsque le caractère tardif de la notification des droits au gardé à vue(56) ou de l'information du procureur(57) résulte de telles circonstances. De même, l'impossibilité technique d'y procéder excuse le défaut d'enregistrement audiovisuel d'un interrogatoire de première comparution(58) ou d'une audition en garde à vue(59). Faut-il déduire de cet état du droit que les présomptions de nullité édictées en la matière ne seraient pas irréfragables ? Qu'il serait possible de les renverser en prouvant une circonstance insurmontable ou une impossibilité technique ?

Ce raisonnement ne convainc pas. Circonstances insurmontables et difficultés techniques s'apparentent à des cas de force majeure ; elles permettent d'excuser la commission du dommage, ici du grief, mais ne le font pas disparaître. L'atteinte aux intérêts de la personne demeure constituée. Le juge se refuse simplement à en tirer les conséquences puisque les autorités n'ont pas failli. Elles ont agi au mieux de ce que les circonstances leur permettaient. La présomption de grief affirme la conséquence de la violation de la règle procédurale et, partant, le bien-fondé de la demande d'annulation. La preuve des circonstances insurmontables remet en cause la nature fautive de la violation de la règle de procédure et, partant, l'opportunité de l'annulation.

Distinction purement sémantique ? Assurément pas. Certes, la nullité sera pareillement écartée dans les deux cas, mais elle ne le sera pas pour les mêmes raisons. Le fait que la partie adverse puisse faire échec à la nullité en démontrant l'existence de circonstances insurmontables ne change rien au caractère irréfragable de la présomption de grief. Il est et reste impossible de s'opposer à l'annulation en démontrant que la violation alléguée n'aurait pas porté atteinte aux intérêts du demandeur.

Le caractère irréfragable des présomptions substantielles les distingue clairement des présomptions probatoires. Pourtant, rien ne les distingue dans la formulation des arrêts rendus par la Cour de cassation. Ces deux formes de présomption cohabitent en procédure pénale, ce qui impose une analyse casuistique des décisions de la chambre criminelle afin de proposer une classification de ces présomptions. Reste à souhaiter que la jurisprudence fournisse la matière première que la doctrine travaillera pour produire la classification annoncée. L'enjeu en sera exclusivement la nature simple ou irréfragable de ces présomptions car si leur nature les oppose, leur régime les rassemble. Toutes sont pareillement autonomes des autres mécanismes relatifs à la nullité des actes de la procédure pénale.

II - L'autonomie des présomptions

Autonomes, les présomptions de grief le sont tant de la notion de nullité d'ordre public (A) que des notions de qualité pour agir (B).

A - La présomption distincte des nullités d'ordre public

En procédure pénale, la nullité d'ordre publique doit être prononcée automatiquement, elle ne requiert donc pas la moindre démonstration de grief(60). Voilà qui tend à la rapprocher de la nullité à grief présumé et plusieurs auteurs assimilent d'ailleurs ces deux nullités(61). Elles semblent pourtant demeurer autonomes tant en ce qui concerne leur raison d'être (1) qu'au regard de leurs régimes respectifs (2).

1. L'autonomie quant au fondement

La nullité d'ordre public sanctionne la violation d'une règle imposée pour protéger l'ordre public, la bonne administration de la justice, l'intérêt général. S'il est inutile de démontrer un grief pour en obtenir le prononcé, c'est tout simplement parce que le grief ne se conçoit pas. Il n'y a pas d'atteinte à un intérêt particulier ou, du moins, pas directement. Une telle atteinte ne pourrait survenir que par ricochet, par contrecoup d'une atteinte à l'intérêt général.

Lorsque la nullité résulte de la violation des règles relatives à la nomination(62) ou à la désignation du juge d'instruction(63), aux formes du réquisitoire introductif(64), à la désignation d'un interprète(65) ou d'un expert(66), aux limites de la saisine d'un juge d'instruction(67) ou encore à la publicité des audiences(68), quel intérêt privé pourrait être considéré comme lésé ? Le respect des normes en question intéresse certainement les parties. Comment nier, par exemple, que le mis en examen ne soit pas lésé par le comportement du juge d'instruction qui, enquêtant au-delà de sa saisine, trouverait de nouveaux faits à lui reprocher ? Mais l'intérêt du mis en examen n'est alors pas le seul en cause. C'est plus globalement, plus fondamentalement, le fonctionnement même de l'institution répressive qui se trouve compromis. Tolérer ce dépassement reviendrait de facto à priver le parquet de l'opportunité des poursuites. Rassembler les intérêts du mis en cause et du parquet sous une bannière commune, c'est là un miracle que seule une nullité d'ordre public peut réaliser.

La nullité d'intérêt privé à grief présumé suppose une atteinte aux intérêts de l'une des parties. La présomption de grief permettra soit d'en faciliter la preuve, soit d'en dispenser purement et simplement le demandeur mais, malgré cette présomption, la nullité demeure d'intérêt privé. La nullité d'ordre public en revanche suppose une atteinte à une règle protégeant l'intérêt général ou la bonne administration de la justice. Bien que les régimes de ces deux formes de nullités paraissent les rapprocher, leurs fondements respectifs divergent. L'une vise à protéger un intérêt privé, concret, ciblé et individualisé ; l'autre sanctionne l'atteinte à un intérêt général, abstrait, global et presque diffus.

Néanmoins, l'opposition entre ces deux formes de nullités semble s'affaiblir lorsque sont en jeu certains droits de la défense ou leurs « droits satellites ». En la matière, il existe des présomptions de grief établies(69). Mais la Cour de cassation se borne parfois à affirmer que certaines atteintes à ces droits doivent être censurées par l'annulation. Aucune exigence de grief ou de lésion des intérêts de l'intéressé, seulement une affirmation de la nullité de l'acte. Pourtant, ces décisions ne font pas davantage référence à l'ordre public. Ainsi en cas de violation de l'égalité des armes par la privation du droit pour l'avocat d'une partie d'assister à l'audition d'un expert effectuée sur réquisition du ministère public(70). Ainsi encore en cas d'atteinte au principe de loyauté de la preuve, par exemple lorsque les autorités auront participé à l'obtention d'une preuve déloyale par une personne privée(71). Un autre exemple en est donné dans un arrêt rendu le 3 avril 2007(72). Les juges y exigent expressément une atteinte aux intérêts du demandeur pour prononcer la nullité pour violation du droit du suspect de désigner un représentant pour assister à une perquisition, preuve qu'ils avaient l'exigence de grief à l'esprit. Mais dans sa réponse à un second moyen concernant la retranscription par les enquêteurs de propos que le suspect leur avait tenu officieusement, la chambre criminelle se contente d'affirmer que cette manipulation « élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense ». L'arrêt ajoute laconiquement « que la validité d'un tel procédé ne peut être admise ». Aucune évocation explicite du grief qu'aurait subi le demandeur. Pourtant, ce grief pourrait être deviné dans la compromission des droits de la défense.

S'agit-il encore seulement de nullités d'intérêt privé ? Faudrait-il plutôt considérer que certains droits de la défense et leurs corollaires constituent un ordre public qui ne dit pas son nom ?

Ou encore qu'il s'agît d'une nouvelle catégorie intermédiaire entre les nullités d'ordre public et les nullités d'intérêt privé ? L'hésitation a longtemps été permise car la jurisprudence semblait contradictoire notamment s'agissant du principe de loyauté de la preuve pénale.

D'un côté, l'analyse de certaines décisions incitait à penser qu'il s'agissait de classiques nullités à grief présumé via une présomption substantielle. Prenons en exemple les décisions relatives à la sonorisation des cellules de garde à vue. Elles affirment la déloyauté du procédé résultant de la combinaison des mesures de garde à vue et de sonorisation. Nulle référence explicite au grief, mais la chambre criminelle va toutefois préciser, dans ses motifs propres, que le procédé « a amené M. X... à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue »(73). Plus explicite encore, l'Assemblée plénière relèvera que ce stratagème « constitue un procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable »(74). Quoi qu'il ne soit pas nommé, le grief est bien affirmé par la Cour. La lésion des intérêts du demandeur qu'exigent les articles 171 et 802 du code de procédure pénale réside dans l'atteinte aux droits de la défense.

De l'autre côté pourtant, les nullités pour atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale obéissaient au régime des nullités d'ordre public : toutes les parties étaient en principe recevables à s'en prévaloir(75). Il semblait donc s'agir de nullités d'ordre public, d'un ordre public toutefois bien particulier puisqu'il ne se trouvait compromis qu'à travers l'atteinte aux droits d'une partie au procès. À travers cette atteinte particulière, c'est un principe fondateur, un pilier du système répressif tout entier qui se trouvait lésé et cette atteinte à l'intérêt général l'emportait sur la lésion de l'intérêt privé lorsqu'il faut déterminer le régime de la nullité. Le doyen Bouzat définissait la loyauté probatoire comme « une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »(76). La déloyauté des autorités répressives compromettait ainsi cette dignité, elle constituerait un manquement à l'esprit chevaleresque qui doit irriguer la procédure pénale et compromettrait ainsi l'honorabilité de ses institutions. Entre nullités d'ordre public et nullités d'intérêt privé à grief présumé, la sanction des atteintes à la loyauté probatoire demeurait incertaine.

L'arrêt rendu le 9 décembre 2019 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation(77) a semble-t-il tranché cette incertitude en faveur d'une troisième option : la nullité d'intérêt privé avec grief à démontrer. Interrogée sur la conformité d'un stratagème policier au principe de loyauté probatoire, la Cour de cassation répond que « Seul est proscrit le stratagème qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie ». Elle reproche alors aux requérants de n'avoir ni démontré, ni même allégué une atteinte à leurs droits au soutien de leur demande en nullité. La déloyauté ne suffit plus à justifier l'annulation d'un acte de procédure, il faut encore qu'elle ait entraîné (que cela ait été l'objectif - « pour objet » - ou non - « pour effet ») une atteinte aux droits de la personne suspectée ou poursuivie, que l'acte ait vicié la recherche de la preuve(78). La déloyauté probatoire ne constitue dès lors plus qu'un moyen par lequel les enquêteurs pourraient porter atteinte aux droits et garanties reconnus à la personne et ce n'est qu'à la condition de démontrer cette atteinte que le suspect pourra obtenir une annulation. La dignité de la justice qu'évoquait le doyen Bouzat et à laquelle la déloyauté probatoire devait d'obéir au régime des nullités d'ordre public n'est plus mentionnée.

S'agissant des autres nullités d'ordre public, leur proximité avec les nullités d'intérêt privé à grief irréfragablement présumé n'est qu'apparente. Leurs fondements diffèrent radicalement et, contrairement à ce qu'il semble au premier abord, leurs régimes se distinguent également.

2 - L'autonomie quant au régime

Nullités à grief présumé et nullités d'ordre public peuvent pareillement être prononcées sans qu'un grief ait à être démontré. Les apparences sont donc contre l'autonomie des régimes, mais ces apparences sont trompeuses. Ces deux formes de nullités diffèrent d'abord quant à la possibilité pour les parties de les soulever, ensuite quant au moment pour les soulever et enfin quant à la possibilité pour les parties de les couvrir.

Quant à la possibilité de les soulever d'abord. Contrairement aux nullités d'intérêt privé, fussent-elles à grief présumé(79), les nullités d'ordre public ne nécessitent pas la démonstration d'une qualité pour agir(80). Toute partie qui y a intérêt peut donc en principe les invoquer sans avoir à démontrer qu'elle est concernée par l'acte de procédure dont elle sollicite l'annulation(81). Seul l'intérêt à solliciter l'annulation de l'acte processuel déterminera la qualité pour agir en cas de nullité d'ordre public(82). À l'inverse, les nullités à grief présumé demeurent également des nullités d'intérêt privé. Partant, elles ne peuvent être soulevées que par une partie qui démontre être concernée par l'acte en cause(83). Or il n'y a pas d'équivalence logique entre le fait d'être concerné par un acte et le fait d'avoir intérêt à son annulation. Le suspect qu'un complice accuserait pendant son interrogatoire aurait intérêt à demander l'annulation de celui-ci, mais il n'est pas concerné par cet acte. Inversement, la personne qui conserve le silence pendant son audition est évidemment concernée par celle-ci, mais faute de s'être incriminée à cette occasion, elle n'a aucun intérêt à solliciter son annulation.

Quant au moment pour les soulever ensuite. Le caractère d'ordre public d'une nullité devrait par ailleurs autoriser à la soulever à tout moment de la procédure(84). La jurisprudence l'avait jadis admis ; elle relevait que si l'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation purgeait la procédure de toutes les nullités d'intérêt privé, les parties demeureraient recevables à soulever devant la juridiction de jugement les vices d'ordre public de la procédure tels que l'atteinte aux droits de la défense(85) ou l'incompétence du juge d'instruction(86). Pourtant, la règle s'est inversée, au moins devant le tribunal correctionnel. La chambre criminelle de la Cour de cassation considère que l'article 385 du code de procédure pénale interdit au juge de prononcer une nullité liée à la procédure antérieure et qui n'aurait pas été soulevée in limine litis, et que « que cette règle s'applique à toutes les nullités, mêmes substantielles, touchant à l'ordre public à la seule exception de celles affectant la compétence »(87). Un arrêt du 20 janvier 2009 a ajouté aux règles relatives aux compétences des juridictions pénales celles qui concernent la prescription de l'action publique en jugeant que « la prescription constitue une exception péremptoire et d'ordre public qui peut être soulevée par le prévenu en tout état de la procédure »(88). De même, les moyens tirés de la prescription(89) ou de l'incompétence(90) sont recevables pour la première fois devant la Cour de cassation. À l'exception de ces deux hypothèses, la distinction des régimes des nullités d'ordre public et des nullités d'intérêt privé s'atténue ici. De même, aucune distinction quant à la possibilité reconnue au juge de relever ces nullités d'office. Cette possibilité est reconnue à raison de la juridiction concernée et non de la nature de la nullité en cause. Le pouvoir de relever une nullité d'office est ainsi accordé aux chambres de l'instruction(91) et à la Cour de cassation(92), mais dénié aux juridictions de jugement(93), sauf atteinte aux règles de compétence(94).

Quant à la possibilité de les couvrir enfin. Nullités d'ordre public et d'intérêt privé se distinguent à nouveau clairement(95). D'un côté les nullités qui, parce qu'elles visent à garantir le bon fonctionnement des institutions répressives, ne sauraient être écartées par la volonté de qui que ce soit(96). De l'autre les nullités qui, parce qu'elles préservent l'intérêt privé d'une partie au procès, ne peuvent être prononcées si elle renonce expressément à s'en

prévaloir en présence de son avocat ou ce dernier dûment appelé(97). La distinction entre les nullités d'intérêt privé à grief présumé et celles dont le grief doit être démontré se manifeste également en la matière : lorsque le grief doit être démontré, la jurisprudence tend à considérer que l'absence de protestation émise par la personne au moment de l'acte litigieux montre qu'elle y a consenti(98). Elle semble ainsi admettre qu'en matière de grief à démontrer, il soit possible de renoncer tacitement à une nullité, malgré la lettre de l'article 172 du code de procédure pénale(99).

Le mécanisme de la présomption de grief diffère du système des nullités d'ordre public, il se distingue également des notions de qualité et d'intérêt à agir en nullité.

B - La présomption distincte des notions de qualité et d'intérêt à agir

L'existence d'une présomption de grief n'a aucun effet sur la détermination de l'intérêt à agir (1), pas plus qu'elle ne se confond avec la détermination de la qualité pour agir (2).

1 - Le grief présumé distinct de la notion d'intérêt à agir

« Pas d'intérêt, pas d'action » dit l'adage. Or, l'intérêt à agir ne découle-t-il pas du grief, de l'atteinte aux intérêts du requérant ? En conséquence, présumer le grief ne revient-il pas à postuler l'intérêt à agir du demandeur ? Affirmer que la présomption de grief n'a pas de lien avec la notion d'intérêt à agir semble donc contre-intuitif. Pourtant, les notions de présomption de grief et d'intérêt à agir en nullité semblent se distinguer, subtilement mais réellement, d'abord d'un point de vue théorique, ensuite d'un point de vue pratique.

Théoriquement d'abord, il faut rappeler la distinction classique entre d'une part la recevabilité d'une demande et d'autre part le bien-fondé de cette demande. L'intérêt à agir est, en droit processuel, une condition de recevabilité de l'action, non de son bien-fondé. C'est une condition parfois jugée insatisfaisante par la doctrine(100) du fait de son insuffisance - laquelle conduit à lui adjoindre la condition de qualité pour agir - et de son imprécision. Il faut donc se réjouir que les normes légales et prétoriennes de la procédure pénale n'exigent pas une telle condition.

Le grief mentionné par les articles 171 et 802 du code de procédure pénale ne conditionne pas la recevabilité de la demande en nullité, uniquement son succès. La lettre de l'article 802 du code de procédure pénale est à ce titre fort éloquente : « toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». La juridiction est saisie de la demande, ce qui suppose que cette dernière soit recevable, mais il n'y sera satisfait qu'à la condition qu'il y ait eu une atteinte aux intérêts de la partie concernée. Le grief au sens de la procédure pénale ne se confond pas avec l'intérêt à agir au sens du droit judiciaire privé. Et peu importe, à ce titre, que ce grief soit présumé ou doive être démontré.

Pratiquement ensuite, à supposer que l'on adopte une définition spécifique au procès pénal de la notion d'intérêt à agir, elle serait encore partiellement distincte de la notion de grief. Supposons donc qu'il faille comprendre la notion d'intérêt à agir non comme une condition de recevabilité de la demande, mais comme l'exigence pour le demandeur d'un intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué. Serait-ce alors (enfin) le grief ? À bien étudier la jurisprudence en matière de présomption substantielle de grief, la réponse est négative. La présomption substantielle de grief est irréfragable, elle conduit à prononcer l'annulation quand bien-même

celle-ci serait dénuée d'intérêt pratique, concret, pour le demandeur. Quel intérêt une personne mise en examen qui conserverait le silence durant son interrogatoire de première comparution aurait-elle à demander son annulation pour défaut d'enregistrement d'icelui ? Concrètement aucun, et pourtant la Cour de cassation présume le grief(101), elle affirme l'atteinte aux intérêts du demandeur.

L'intérêt lésé par la violation d'une norme de procédure pénale ne se confond donc pas avec l'intérêt qu'aurait la personne concernée à solliciter l'annulation de l'acte illicite. Un intérêt - au sens d'un droit - peut avoir été lésé sans que, pour autant, son titulaire ait un intérêt - au sens d'une utilité concrète - à faire sanctionner cette lésion par une nullité. L'exemple précédent en témoigne. Inversement, une personne pourrait par exemple avoir un intérêt (utilité) à faire annuler une audition au cours de laquelle elle se serait incriminée elle-même sans toutefois parvenir à démontrer que l'un de ses intérêts (droits) aurait été atteint, pour peu que l'audition ait été faite dans les règles. L'intérêt à agir ne se confond pas avec l'intérêt qui justifie qu'on agisse. Et cela se complique encore lorsque le demandeur ne peut arguer de la bonne qualité pour agir.

2 - Le grief présumé distinct de la notion de qualité pour agir

La qualité pour agir en nullité appartient à « la partie qu'elle concerne », l'expression figure dans les articles 171 et 802 du code de procédure pénale. Qui est donc concerné par une nullité ? La formule laisse libre cours à l'interprétation de la jurisprudence. L'état actuel du droit remonte à 2012(102). Le 14 février 2012, deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation(103) ont renoué avec la jurisprudence antérieure à 2006. Le coprévenu d'un suspect qui a été privé de son droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue est irrecevable à solliciter l'annulation de cette mesure qui ne le concerne pas directement. Dans l'hypothèse où son coprévenu l'aurait dénoncé durant sa garde à vue, le demandeur aurait pourtant un intérêt à agir en nullité. Pourtant, il est irrecevable à le faire. La question se pose alors : est-ce parce qu'il ne peut se prévaloir d'aucun grief, parce qu'aucun de ses intérêts n'aurait été lésé par cette violation des droits de son coprévenu ? Est-ce le grief qui détermine la qualité pour agir ? A priori non, puisque la qualité pour agir détermine la recevabilité de la demande là où le grief en détermine le bien-fondé. Ces deux exigences se succèdent sans se confondre. Notons d'ailleurs que, dans l'une des affaires, l'avocat général invitait la chambre criminelle à distinguer clairement l'intérêt à agir d'une part et le grief d'autre part en reconnaissant que le requérant (poursuivi pour vol, il sollicitait l'annulation de la garde à vue dont avait fait l'objet son coprévenu poursuivi pour recel) avait un intérêt à agir, mais ne pouvait se prévaloir d'aucun grief faute d'établir en quoi l'irrégularité de la garde à vue de son coprévenu aurait porté atteinte à ses droits propres(104). La Cour de cassation a été encore plus loin en déniant au demandeur jusqu'à la qualité pour agir en nullité. Comme le relève Christian Guéry, « la question du grief ne se pose que si la partie a qualité pour se prévaloir de la nullité »(105).

Par la suite pourtant, la jurisprudence semble avoir parfois fondé l'irrecevabilité de demandes d'annulation d'actes concernant un tiers sur l'absence de grief, sur la non-titularité de l'intérêt lésé par la violation de la procédure(106). Dans un arrêt de 2014 par exemple, la chambre criminelle relève ainsi que le demandeur n'établissait aucun « intérêt, propre à sa personne, auquel il aurait été porté atteinte »(107). Le demandeur contestait l'introduction d'un officier de police judiciaire dans un lieu privé sur lequel il ne pouvait se prévaloir d'aucun droit. La chambre de l'instruction avait déclaré sa requête irrecevable, faute de démontrer en quoi cette opération lui aurait été préjudiciable. L'irrecevabilité semble alors liée à l'intérêt lésé, donc au grief. De même, la Cour de cassation a par deux fois rejeté des pourvois dirigés contre des décisions de juge du fond rejetant l'annulation de la garde à vue d'un tiers faute pour le

demandeur d'avoir démontré en quoi l'irrégularité invoquée (un défaut de notification de ses droits au gardé à vue) aurait porté atteinte à ses propres droits ou intérêts(108).

Seul le titulaire du droit violé a qualité pour agir. Ainsi, une perquisition ne peut être contestée que par l'occupant ou le titulaire d'un droit sur le local(109), une géolocalisation que par le titulaire d'un droit sur le véhicule géolocalisé(110) et une sonorisation que par la personne dont le droit à l'intimité de la vie privée a été atteint par l'enregistrement de ses propos(111). C'est toujours l'irrecevabilité qui sanctionne la demande d'annulation de l'acte concernant un tiers et sauf lorsque l'acte est issu d'une autre procédure à laquelle le demandeur n'était pas partie(112).

Le grief demeure ainsi parfois lié à la qualité pour agir du demandeur. La jurisprudence semble quasiment avoir ressuscité la notion d'intérêt à agir au sens du droit judiciaire privé(113), transformant le grief en condition de recevabilité de la demande alors qu'il ne devrait conditionner que son bien-fondé. Quoi qu'il en soit, le fait que ce grief soit présumé n'a aucune incidence dans cette affaire. Qu'elle soit probatoire ou substantielle, la présomption de grief ne modifie pas la victime de l'atteinte. Même présumé irréfragablement, un grief ne pourra être invoqué que par la partie concernée, au sens que la jurisprudence donne actuellement à cette expression. Les nullités à grief présumé demeurent des nullités d'intérêt privé, la présomption n'élargira pas le cercle des personnes recevables à les soulever.

En pratique, la présomption du grief ne facilitera même pas la preuve de la qualité pour agir du demandeur. Si la question de cette preuve se pose, ce n'est qu'exceptionnellement, notamment lorsque le suspect conteste par exemple que ce soit sa voix que l'on entende sur un enregistrement(114), qu'il soit l'occupant du local perquisitionné(115) ou encore l'utilisateur du véhicule géolocalisé. Le demandeur doit d'abord démontrer qu'il est concerné par l'acte litigieux, en reconnaissant par là-même son implication. La présomption de grief ne saurait l'en dispenser, puisqu'elle concerne le bien-fondé de la demande et non sa recevabilité.

Les présomptions de grief constituent bien une notion juridique autonome, notion dont le régime doit tout à la jurisprudence et rien à la légalité. La souplesse et l'adaptabilité y gagnent ce que la prévisibilité y perd parfois ; pour le pire ou le meilleur, la procédure pénale n'est pas entièrement dans son code.

Mots clés :

PROCEDURE PENALE * Perquisition * Nullité * Grief * Procès pénal * Présomption de grief * Nullités

(1) J.-P. Bouillaud, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », D. 1996. 98.

(2) V. par ex. Crim. 29 avr. 1996, n° 95-82.081, Bull. crim. n° 167 ; Crim. 3 mars 2010, n° 09-87.924, Bull. crim. n° 47 ; D. 2010. 1688, obs. C. Girault, note L. Belfanti ; AJ pénal 2010. 294, obs. L. Ascensi ; Crim. 7 juin 2017, n° 16-87.429 ; Crim. 9 janv. 2019, n° 17-84.026, D. 2019. 74 ; AJ pénal 2019. 144, note A. Dejean de la Bâtie ; Légipresse 2019. 90, obs. E. Derieux.

(3) V. par ex. Civ. 1re, 18 mai 2005, n° 04-50.018, Bull. civ. I, n° 215 ; Crim. 12 déc. 2017, n° 17-87.757 ; Crim. 4 déc. 2018, n° 18-85.674 ; Crim. 6 mars 2019, n° 18-83.098.

(4) Crim. 31 oct. 2017, n° 17-80.872, D. 2017. 2253 ; AJ pénal 2018. 95, obs. F.-X. Roux-Demare.

(5) G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, coll. Quadrige, 8e éd., 2007.

- (6) V. par ex. A. Gallois, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, coll. Guide Pratique, 2e éd., 2017, n° 167 s. ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, coll. Référence, 19e éd., 2017, n° 893 ; E. Vergès, *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. Cours, 5e éd., 2017, n° 465 ; C. Laronde-Clérac, *La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale*, Dr. pénal 2013, n° 4, étude 9.
- (7) C. civ., art. 1354 et 1382. Cf. également art. 1349 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 févr. 2016.
- (8) P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, coll. Droit civil, 4e éd., 2012, n° 177.
- (9) Cf. infra.
- (10) Sur lequel V. L. Gratton, *Le dommage déduit de la faute*, RTD civ. 2013. 275.
- (11) Com. 9 oct. 2001, n° 99-16.512 ; RTD. civ. 2002. 304, note P. Jourdain.
- (12) Soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216, Dr. soc. 2001. 885, obs. C. Roy-Loustaunau.
- (13) Soc. 5 mars 2002, n° 00-41.453, Bull. civ. V, n° 84.
- (14) V. par ex. Civ. 1re, 12 juin 2012, n° 11-18.327, D. 2012. 1794, obs. I. Gallmeister, note A. Laude ; *ibid.* 2013. 40, obs. P. Brun et O. Gout ; RDSS 2012. 757, obs. F. Arhab-Girardin ; JCP 2012. 987, note O. Gout et 1224, obs. Ph. Stoffel-Munck..
- (15) L. Gratton, *Le dommage déduit de la faute*, op. cit.
- (16) V. par ex. Crim. 12 mai 1980, n° 79-91.945, Bull. crim. n° 142 ; Crim. 25 mars 1987, n° 87-80.097.
- (17) V. par ex. Crim. 10 mars 1966, n° 65-93.528, Bull. crim. n° 92.
- (18) Crim. 2 juin 1980, n° 79-90.178, Bull. crim. n° 169 ; Crim. 9 déc. 1980, n° 80-92.313, Bull. crim. n° 340 ; Crim. 24 août 1981, n° 80-92.380, Bull. crim. n° 249 ; D. 1982. Somm. 71.
- (19) V. par ex. Civ. 2e, 21 oct. 1976, n° 75-10.481, Bull. civ. II, n° 285 : la Cour de cassation déduit ici le grief d'atteinte au double degré de juridiction du simple caractère imprécis de l'assignation, celle-ci portant en en-tête « assignation commerciale » alors que son destinataire se trouvait assigné devant le tribunal de grande instance.
- (20) En ce sens, V. G. Clément, *De la règle « pas de nullité sans grief » en droit judiciaire privé et en procédure pénale*, RSC 1984. 433.
- (21) Crim. 2 nov. 2016, n° 16-81.716, Bull. crim. n° 281 ; D. 2017. 279, note J.-L. Lennon ; *ibid.* 1676, obs. J. Pradel.
- (22) Crim. 29 avr. 1996, n° 95-82.081, Bull. crim. n° 167 ; Crim. 14 mai 1997, n° 96-84.216 ; Crim. 21 oct. 2015, n° 15-81.032, Bull. crim. n° 374 ; D. 2015. 2252 ; *ibid.* 2016. 1727, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2016. 218, obs. D. Brach-Thiel ; RSC 2016. 99, obs. A. Giudicelli ; *ibid.* 100, obs. A. Giudicelli.
- (23) Crim. 30 avr. 1996, n° 95-82.217, Bull. crim. n° 182 ; RSC 1996. 879, obs. J.-P. Dintilhac ; Crim. 3 déc. 1996, n° 96-84.503, Bull. crim. n° 443 ; D. 1997. 52 ; Crim. 29 avr. 1998, n° 98-80.121, Bull. crim. n° 145 ; D. 1998. 163 ; RSC 1998. 785, obs. J.-P. Dintilhac ; Crim. 24 mai 2016, n° 16-80.564, Bull. crim. n° 155 ; D. 2016. 1597, chron. B. Laurent, L. Ascensi, E. Pichon et G. Guého.
- (24) Crim. 8 juill. 2015, n° 15-81.731, Bull. crim. n° 48 ; D. 2015. 1542 ; AJ pénal 2016. 44, obs. L. Ascensi ; RTD eur. 2016. 374-35, obs. B. Thellier de Poncheville.
- (25) Crim. 7 juin 2017, n° 16-87.429, Bull. crim. n° 152 ; D. 2017. 1252.
- (26) V. not. G. Pitti, *Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression*, AJ pénal 2016. 194.
- (27) *Ibid.*
- (28) En ce sens, V. J. Danet, *Brèves remarques sur la typologie et la mise en oeuvre des nullités*, AJ pénal 2005. 133.
- (29) V. par ex. la jurisprudence exigeant la démonstration d'un grief en cas de défaut de notification au gardé à vue d'une partie des faits reprochés (Crim. 2 nov. 2016, n° 16-81.716,

D. 2017. 279, note J.-L. Lennon ; *ibid.* 1676, obs. J. Pradel) ou du lieu présumé de l'infraction qu'il est soupçonné d'avoir commise (Crim. 27 mai 2015, n° 15-81.142, Bull. crim. n° 126 ; AJ pénal 2016. 89, obs. D. Luciani-Mien ; RSC 2015. 676, obs. A. Giudicelli).

(30) V. par ex. l'atteinte nécessairement causée par le non-respect des règles de publicité restreinte des audiences du juge des libertés et de la détention lorsqu'il statue sur le placement en détention provisoire d'un mineur (Crim. 20 oct. 2009, n° 09-85.138).

(31) Crim. 22 juin 2010, n° 10-81.275, Bull. crim. n° 112.

(32) Crim. 2 nov. 2016, n° 16-81.716, D. 2017. 279, note J.-L. Lennon ; *ibid.* 1676, obs. J. Pradel.

(33) Crim. 31 oct. 2017, n° 17-81.842 ; Crim. 15 oct. 2019, n° 19-82.380, D. 2019. 1995 ; *ibid.* 2020. 1643, obs. J. Pradel. Déjà en ce sens, V. Crim. 16 juin 2015, n° 14-87.878, Bull. crim. n° 149 ; D. 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ pénal 2015. 505, obs. D. Brach-Thiel ; RSC 2015. 678, obs. A. Giudicelli.

(34) Crim. 27 mai 2015, n° 15-81.142, Bull. crim. n° 126 ; AJ pénal 2016. 89, obs. D. Luciani-Mien ; RSC 2015. 676, obs. A. Giudicelli.

(35) Cf. *supra*.

(36) Crim. 24 mai 2016, n° 16-80.564, Bull. crim. n° 155 pour la présomption de grief dans cette hypothèse, D. 2016. 1597, chron. B. Laurent, L. Ascensi, E. Pichon et G. Guého.

(37) Crim. 27 mai 2015, n° 15-81.142, Bull. crim. n° 126 ; AJ pénal 2016. 89, obs. D. Luciani-Mien ; RSC 2015. 676, obs. A. Giudicelli.

(38) Crim. 3 mars 2010, n° 09-87.924 ; D. 2010. 1024, obs. C. Girault ; *ibid.* 1688, obs. C. Girault, note L. Belfanti ; AJ pénal 2010. 294, obs. L. Ascensi.

(39) Crim. 22 juin 2016, n° 15-87.752, D. 2016. 1565.

(40) Crim. 19 sept. 2017, n° 17-81.016, D. 2017. 1912 ; *ibid.* 2018. 1611, obs. J. Pradel.

(41) Crim. 18 sept. 2012, n° 11-85.031, Bull. crim. n° 190.

(42) Crim. 17 déc. 2013, n° 12-84.297 et 13-86.565 ; D. 2014. 15 ; AJ pénal 2014. 139, obs. C. Porteron.

(43) Crim. 12 déc. 2017, n° 17-85.757, D. 2018. 11 ; *ibid.* 1611, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2018. 157, obs. T. Lefort ; Crim. 7 janv. 2020, n° 19-86.465, D. 2020. 85 ; AJ pénal 2020. 139, obs. J. Chapelle.,

(44) Crim. 10 janv. 2017, n° 16-84.740, D. 2017. 113 ; *ibid.* 1676, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2017. 140, obs. J.-B. Thierry ; *Légipresse* 2017. 72 et les obs. ; *ibid.* 81, Étude E. Dreyer ; RSC 2017. 334, obs. F. Cordier. Par la suite, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence en considérant que la simple présence d'un tiers lors d'une perquisition portait nécessairement atteinte aux intérêts du suspect, que ce tiers ait ou non documenté la mesure (Crim. 9 janv. 2019, n° 17-84.026, D. 2019. 74 ; AJ pénal 2019. 144, note A. Dejean de la Bâtie ; *Légipresse* 2019. 90, obs. E. Derieux).

(45) V. Crim. 21 oct. 2015, n° 15-81.032, Bull. crim. n° 374 pour une hypothèse de refus d'informer l'avocat choisi par le gardé à vue, D. 2015. 2252 ; *ibid.* 2016. 1727, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2016. 218, obs. D. Brach-Thiel ; RSC 2016. 99, obs. A. Giudicelli ; *ibid.* 100, obs. A. Giudicelli.

(46) Crim. 6 janv. 2015, n° 14-85.448, Bull. crim. n° 5 ; D. 2015. 159 ; *ibid.* 1716, point de vue F. Fourment ; *ibid.* 1738, obs. J. Pradel.

(47) Crim. 9 mai 2001, n° 01-82.104, Bull. crim. n° 115 ; D. 2001. 2000.

(48) Crim. 7 juin 2017, n° 16-87.588, D. 2017. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier ; AJ pénal 2017. 403, obs. G. Roussel ; RSC 2017. 765, obs. F. Cordier ; Dr. pénal 2017. Chron. 8, obs. V. Lesclous.

(49) Crim. 5 mars 2013, n° 12-87.087, Bull. crim. n° 56 ; D. 2013. 711 ; *ibid.* 1993, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2013. 288, obs. L. Belfanti ; RSC 2013. 595, obs. J. Danet ; Dr. pénal 2013. comm. 63, obs. A. Maron et C. Haas ; Procédures 2013. comm. 162, obs. A.-S. Chavent-Leclère ; Gaz. Pal. 21 juill. 2013, p. 44, note F. Fourment.

- (50) En ce sens, J. Danet, Brèves remarques sur la typologie et la mise en oeuvre des nullités, AJ pénal 2005. 133.
- (51) Crim. 3 mars 2010, n° 09-87.924, préc.
- (52) Crim. 22 juin 2016, n° 15-87.752, préc.
- (53) Crim. 19 sept. 2017, n° 17-81.016, préc.
- (54) Crim. 7 janv. 2020, n° 19-86.465, préc.
- (55) Crim. 10 mai 2000, n° 00-81.201, Bull. crim. n° 182.
- (56) Crim. 30 avr. 1996, n° 95-82.217, Bull. crim. n° 182 ; RSC 1996. 879, obs. J.-P. Dintilhac ; Crim. 3 déc. 1996, n° 96-84.503, Bull. crim. n° 443 ; D. 1997. 52 ; Crim. 2 mai 2002, n° 01-88.453 ; Crim. 31 mai 2007, n° 07-80.928, Bull. crim. n° 146 ; D. 2007. 2033 ; AJ pénal 2007. 385, obs. G. Roussel ; RSC 2008. 651, obs. J. Buisson.
- (57) Crim. 10 mai 2001, n° 01-81.441, Bull. crim. n° 119 ; Civ. 2e, 19 févr. 2004, n° 03-50.025, Bull. civ. II, n° 70 ; D. 2004. 677, et les obs. ; AJ pénal 2004. 160, obs. A. Pitoun ; Crim. 12 avr. 2005, n° 04-86.780, Bull. crim. n° 125.
- (58) C. pr. pén., art. 116-1, in fine.
- (59) C. pr. pén., art. 64-1, in fine.
- (60) La règle est différente en procédure civile : le second alinéa de l'article 114 du code de procédure civile prévoit que le demandeur à une nullité pour vice de forme doit établir son grief, même s'il s'agit d'une nullité d'ordre public.
- (61) V. contra S. Guinchard et J. Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, coll. Manuel, 8e éd., 2012, n° 2373 ; E. Verny, Procédure pénale, Dalloz, coll. Cours, 6e éd., 2019, n° 385 ; A.-S. Chavent-Leclère, J.-Cl. Proc. pén., art. 802, fasc. 20, nos 111 s.
- (62) Crim. 15 juin 1982, n° 82-91.100, Bull. crim. n° 161.
- (63) Crim. 17 avr. 1980, n° 79-94.128, Bull. crim. n° 109 ; JCP 1991. II. 19632, note W. Jeandidier.
- (64) Crim. 4 déc. 1952, Bull. crim. n° 290 ; Crim. 6 juill. 1955, Bull. crim. n° 339 ; Crim. 23 avr. 1971, n° 70-92.577, Bull. crim. n° 115.
- (65) Crim. 2 févr. 1977, n° 76-92.003, Bull. crim. n° 42.
- (66) Crim. 4 juin 1973, n° 72-93.802, Bull. crim. n° 251 ; Crim. 2 sept. 1986, n° 86-93.266, Bull. crim. n° 251 ; Crim. 22 oct. 1986, n° 86-94.398, Bull. crim. n° 301.
- (67) Crim. 23 janv. 1979, n° 77-93.007, Bull. crim. n° 29.
- (68) Crim. 12 nov. 1974, n° 74-92.001, Bull. crim. n° 325 pour un exemple d'audience tenue à huis-clos alors qu'elle aurait dû être publique ; Crim. 16 janv. 1978, n° 77-91.751, Bull. crim. n° 17 pour un exemple d'audience tenue publiquement alors qu'elle aurait dû se tenir en chambre du conseil.
- (69) Cf. supra.
- (70) Crim. 11 mai 2010, n° 10-80.953, Bull. crim. n° 78 ; D. 2010. 1944 ; ibid. 1653, chron. P. Chaumont, A. Leprieur et E. Degorce ; AJ pénal 2010. 510, obs. C. Renaud-Duparc.
- (71) Crim. 20 sept. 2016, n° 16-80.820, D. 2016. 1863 ; ibid. 2018. 259, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; Just. & cass. 2017. 206, rapp. N. Bonnal ; ibid. 206, rapp. N. Bonnal ; ibid. 223, concl. P. Lagauche ; AJ pénal 2016. 600, obs. C. Ambroise-Castérot ; Légipresse 2016. 516 et les obs. ; ibid. 613, comm. E. Dreyer ; RSC 2016. 797, obs. F. Cordier.
- (72) Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807, Bull. crim. n° 102 ; D. 2007. 1422 ; ibid. 1817, chron. D. Caron et S. Ménotti ; ibid. 2008. 2757, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2007. 285, obs. G. Royer.
- (73) Crim. 7 janv. 2014, n° 13-85.246, Bull. crim. n° 1 ; D. 2014. 407, note E. Vergès ; ibid. 264, entretien S. Detraz ; ibid. 1736, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2014. 194, obs. H. Vlamynck ; RSC 2014. 130, obs. J. Danet.
- (74) Cass., ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, Bull. crim. ass.plén. n° 2 ; D. 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; ibid. 1738, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2015. 362, note C. Girault ; RSC 2015. 117, obs. P.-J. Delage ; ibid. 971, chron. J.-F. Renucci.

- (75) V. par ex. Crim. 15 déc. 2015, n° 15-82.013, Bull. crim. n° 592 : le mis en examen est recevable à solliciter l'annulation de l'audition d'autres mis en examen lorsqu'il invoque une déloyauté que le juge d'instruction aurait commis à cette occasion.
- (76) P. Bouzat, La loyauté dans la recherche des preuves, in Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à M. L. Hugueney, Sirey, 1964, p. 155.
- (77) Cass., ass. plén., 9 déc. 2019, n° 18-86.767, D. 2019. 2413, et les obs. ; AJ pénal 2020. 88, obs. C. Ambroise-Castérot ; RSC 2020. 103, obs. P.-J. Delage ; JCP 2020, n° 5, 129, note H. Matsopoulou.
- (78) C. Ambroise-Castérot, préc.
- (79) Cf. infra.
- (80) M. Guerrin, Nullités de procédure, Rép. pén. 2019, n° 176 ; A. Gallois, Les nullités de la procédure pénale, op. cit., n° 27.
- (81) V. par ex. Crim. 16 sept. 2003, n° 03-82.918, D. 2004. 670, et les obs., obs. J. Pradel, (l'absence d'autorisation du procureur de la République de recourir à des personnes qualifiées peut être invoquée par toute partie qui y a intérêt) ; Crim. 8 juin 2017, n° 17-80.709, D. 2017. 1252 ; AJ pénal 2017. 406, obs. A. Oudoul, (le mis en examen est recevable à solliciter l'annulation de l'audition de son fils réalisée par le juge d'instruction en dépassement des limites de sa saisine).
- (82) À cet égard, l'arrêt d'assemblée plénière rendu par la Cour de cassation le 9 décembre 2019 laisse incertaine la question de savoir si une partie demeurera recevable à invoquer la déloyauté probatoire commise à l'égard d'un tiers (en ce sens, V. H. Matsopoulou, Une restriction importante à l'application du principe de loyauté des preuves, note ss Ass. plén., 9 déc. 2019, JCP n° 5, 129). La nullité pour violation du principe de loyauté de la preuve pénale étant devenue une nullité d'intérêt privé, la logique voudrait que la réponse soit négative.
- (83) V. par ex. Crim. 10 mai 2012, n° 11-87.328 pour la méconnaissance du formalisme de gardes à vue et le défaut d'enregistrement d'interrogatoires et de confrontations devant le juge d'instruction, D. 2012. 1485 ; Crim. 11 févr. 2014, n° 13-86.878 pour le défaut de notification du droit de se taire lors d'une audition libre, D. 2014. 486 ; AJ pénal 2014. 369, obs. G. Royer.
- (84) En ce sens, V. A. Gallois, Les nullités en procédure pénale, op. cit., n° 30 ; J.-P. Brouillaud, Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées, D. 1996. 98, spéc. n° 22.
- (85) Crim. 14 mars 1974, n° 73-93.274, Bull. crim. n° 114 ; D. 1974. 604, note J.-M. Robert ; Crim. 15 oct. 1974, n° 74-90.335, Bull. crim. n° 292 ; Crim. 22 mai 1975, n° 73-93.224, Bull. crim. n° 130 ; Crim. 26 juin 1979, n° 78-93.955, Bull. crim. n° 230.
- (86) Crim. 18 mai 1983, n° 82-93.410, Bull. crim. n° 148.
- (87) Crim. 25 févr. 1991, n° 90-81.383, Bull. crim. 94 ; D. 1991. 158 ; Crim. 21 juin 2016, n° 15-82.651.
- (88) Crim. 20 janv. 2009, n° 08-80.021, Bull. crim. n° 21 ; D. 2009. 502 ; AJ pénal 2009. 177, obs. C. Girault ; Dr. pénal 2009, comm. 57, obs. A. Maron et C. Haas.
- (89) Crim. 16 janv. 2002, n° 01-84.667 ; Crim. 19 févr. 2013, n° 12-83.781, Bull. crim. n° 42 ; D. 2013. Pan. 1993, obs. J. Pradel.
- (90) Crim. 28 oct. 1981, n° 81-90.228, Bull. crim. n° 287 ; Crim. 2 mai 1983, n° 80-93.395, Bull. crim. n° 121 ; Crim. 26 sept. 1989, n° 89-80.281, Bull. crim. n° 328 ; Crim. 22 mai 1996, n° 95-84.899, Bull. crim. n° 212 ; D. 1996. 205 ; Crim. 15 févr. 2000, n° 99-81.685, Bull. crim. n° 70.
- (91) C. proc. pén., art. 206.
- (92) C. pr. pén., art. 595.
- (93) C. pr. pén., art. 385.
- (94) Crim. 14 oct. 1991, n° 90-84.818, Bull. crim. n° 341 ; Crim. 10 oct. 2006, n° 06-81.833, Bull. crim. n° 246 ; D. 2006. 2752.

- (95) V. P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*. T. 2., Dalloz, 1963, n° 1307 considérant que là réside l'enjeu essentiel de la distinction.
- (96) Crim. 6 mars 1969, n° 68-91.776, Bull. crim. n° 112 ; Crim. 2 juin 1986, n° 84-95.593, Bull. crim. n° 185.
- (97) C. pr. pén., art. 172.
- (98) V. par ex. Crim. 6 nov. 2012, n° 12-83.766, Bull. crim. 238 ; Crim. 18 mars 2014, n° 13-87.758, Bull. crim. n° 83 ; D. 2014. 779. V. également Crim. 27 nov. 2019, n° 18-83.942, D. 2019. 2303, pour le refus de sanctionner une atteinte au principe d'oralité des débats (règle d'ordre public) en l'absence d'incident contentieux ou de demande de donné acte.
- (99) C. Laronde-Clérac, *La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale*, Dr. pénal 2013, n° 4, étude 9, n° 12 ; M. Guerrin, *Nullités de procédure*, Rép. pén. 2019, n° 154.
- (100) N. Cayrol, *Action en justice*, Rép. proc. civ. 2019, n° 232 s.
- (101) Cf. supra.
- (102) Sur l'évolution antérieure, V. P.-J. Delage, *La qualité à agir du tiers à un acte de procédure irrégulier*, RSC 2018. 725.
- (103) Crim. 14 févr. 2012, n° 11.84-694, Bull. crim. n° 43 et n° 11-87-757, Bull. crim. n° 42 ; D. 2012. 612 ; Ibid. 779, note H. Matsopoulou ; ibid. 775, concl. D. Boccon-Gibod ; ibid. 2118, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2012. 159, note C. Guéry ; RSC 2012. 394, obs. D. Boccon-Gibod ; Dr. pénal 2012. Comm. 61, obs. C. Guéry ; JCP 2012. 341, obs. A. Maron ; ibid. 485, obs. J. Pradel ; Procédures 2012. Comm. 127, obs. A.-S. Chavent Leclère.
- (104) D. Boccon-Gibod, *Sur l'irrégularité de la garde à vue invoquée par un tiers*, D. 2012. 775, concl. préc.
- (105) C. Guéry, *Touche pas à ma garde à vue*, AJ pénal 2012. 159, obs. préc.
- (106) C. Guéry, *Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux*, D. 2014. 1460.
- (107) Crim. 14 janv. 2014, n° 13-84.909, Bull. crim. n° 8 ; AJ pénal 2014. 248, obs. L. Ascensi.
- (108) Crim. 13 mars 2012, n° 11-88.737, Bull. crim. n° 67 ; D. 2012. 948 ; Crim. 17 juin 2015, n° 14-80.886.
- (109) Crim. 6 mars 2013, n° 12-87.810, Bull. crim. n° 62 ; D. 2013. 1993, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2013. 349, obs. J. Pronier.
- (110) Crim. 2 nov. 2016, n° 16-81.716, Bull. crim. n° 281 ; D. 2017. 279, note J.-L. Lennon ; ibid. 1676, obs. J. Pradel.
- (111) Crim. 26 juin 2013, n° 13-81.491, Bull. crim. n° 164 ; RSC 2013. 591, obs. J. Danet ; RTD eur. 2014. 470, obs. B. Thellier de Poncheville ; Crim. 10 avr. 2018, n° 17-85.301, Bull. crim. n° 69.
- (112) Crim. 20 juin 2018, n° 17-86.657, Bull. crim. n° 116 ; AJ pénal 2018. 474, obs. É. Clément ; RSC 2018. 725, obs. P.-J. Delage.
- (113) Cf. supra.
- (114) V. par ex. Crim. 6 févr. 2018, n° 17-84.380, Bull. crim. n° 30 ; D. 2018. 352 ; AJ pénal 2018. 204, obs. Y. Capdepon.
- (115) Ibid.

- **Document n° 3 : Loi n° 2021-1729 et loi organique n° 2021-1728 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire (Propos liminaires) (E. Verny, AJ pénal 2022, p. 8) :**

Le projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire et le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire ont été déposés au bureau de l'Assemblée nationale le 14 avril 2021. Le gouvernement a engagé la procédure accélérée sur ces textes. Ils ont été

adoptés en première lecture le 25 mai par l'Assemblée nationale puis, en des termes différents, par le Sénat le 29 septembre. La commission mixte paritaire est parvenue à un accord le 21 octobre. Ils ont été adoptés définitivement le 16 novembre par l'Assemblée nationale et le 18 novembre par le Sénat.

Par deux décisions du 17 décembre 2021(1), le Conseil constitutionnel, saisi par le Premier ministre, a d'une part déclaré la loi organique conforme à la Constitution, sous quelques réserves et à l'exception des dispositions concernant l'enregistrement des audiences devant la Cour de justice de la République, et d'autre part seulement constaté que la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire avait été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution ; aucune autre question de conformité à la Constitution n'ayant été soulevée d'office et le Premier ministre n'ayant invoqué aucun grief particulier, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la conformité à la Constitution du contenu des dispositions de cette loi.

Au Journal officiel du 23 décembre, ont été publiées la loi organique n° 2021-1728 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire et la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

La loi organique comprend des dispositions relatives aux magistrats exerçant à titre temporaire et aux magistrats honoraires exerçant des fonctions juridictionnelles ainsi que des dispositions, en lien avec l'article 10 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, relatives au statut de l'avocat honoraire exerçant des fonctions juridictionnelles.

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire comprend, en sept titres successifs, des dispositions sur l'enregistrement et la diffusion des audiences, sur l'amélioration du déroulement des procédures pénales (garanties judiciaires au cours de l'enquête et de l'instruction, limitation du recours à la détention provisoire, modification du jugement des crimes et de l'exécution des peines, et diverses modalités éparses), sur le service public pénitentiaire, sur des simplifications procédurales relatives à la médiation préalable en matière administrative, sur la confiance du public dans l'action des professionnels du droit (déontologie et discipline des officiers ministériels et des avocats, conditions d'intervention des professions du droit), sur l'accès au droit en Nouvelle-Calédonie et enfin sur des modifications diverses et des règles transitoires.

Dans ce dossier en deux parties, feront l'objet d'une étude spéciale : la réforme de l'enquête préliminaire et ses impacts sur les enquêtes financières(2), l'avertissement pénal probatoire(3), le secret professionnel de l'avocat(4), la prise illégale d'intérêts(5), les réductions de peines et le travail en détention(6) ainsi que les dispositions relatives au tiers propriétaire de biens judiciairement confisqués(7). C'est pourquoi et de façon complémentaire, seront exposés dans ces propos préliminaires, parmi d'autres registres couverts par cette loi, l'enregistrement et la diffusion des audiences ainsi que le jugement des crimes.

1. Enregistrement et diffusion des audiences

L'article 1er de la loi n° 2021-1729 pour la confiance dans l'institution judiciaire introduit notamment un article 38 quater dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, afin de prévoir un nouveau régime d'autorisation d'enregistrement audiovisuel des audiences judiciaires et administratives en vue de leur diffusion fondée sur un motif d'intérêt général. L'enregistrement des audiences publiques est soumis à une autorisation mais pas à l'accord des parties (excepté s'il s'agit d'un mineur) ; cet accord est à l'inverse nécessaire pour l'enregistrement des audiences non publiques.

Le magistrat chargé de la police de l'audience pourra, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement. Sa diffusion ne pourra avoir lieu qu'après décision définitive de jugement. L'image et les autres éléments d'identification des personnes enregistrées ne pourront être diffusés qu'avec leur consentement donné par écrit avant la tenue de l'audience et ils ne pourront en aucun cas être diffusés lorsqu'il s'agira de mineurs ou de majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique. Aucun élément d'identification des personnes enregistrées ne pourra être diffusé cinq ans après la première diffusion de l'enregistrement ou dix ans après l'autorisation d'enregistrement. Cette protection de l'anonymat est certes louable mais s'avérera illusoire lors des procès médiatisés ou encore à l'égard de l'entourage des justiciables.

Après recueil de l'avis des parties, les audiences publiques devant le Conseil d'État et la Cour de cassation pourront également être diffusées le jour même, sur décision de l'autorité compétente au sein de la juridiction, dans des conditions qui seront fixées par décret en Conseil d'État.

Ces enregistrements et diffusions seront également applicables, par dérogation à l'article 11 du code de procédure pénale, aux audiences intervenant au cours d'une enquête ou d'une instruction ainsi qu'aux auditions, interrogatoires et confrontations réalisés par le juge d'instruction. Lors des auditions, interrogatoires et confrontations, l'enregistrement sera subordonné à l'accord préalable et écrit des personnes entendues et le juge d'instruction pourra, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement.

Dans sa décision du 17 décembre 2021 concernant la loi organique, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions qui prévoyaient l'enregistrement et la diffusion des audiences devant la Cour de justice de la République. Certes, il était loisible au législateur organique, au regard de l'intérêt public qu'elles présentent, d'autoriser l'enregistrement des audiences devant cette Cour en vue de leur diffusion. Mais en prévoyant que l'enregistrement des audiences devant la Cour de justice de la République serait « de droit », sans déterminer précisément ses conditions et modalités, le législateur n'avait pas garanti le droit au respect de la vie privée et la présomption d'innocence.

2. Jugement des crimes

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire modifie aussi le jugement des crimes à plusieurs égards. Elle prévoit la création d'une réunion préparatoire criminelle qui, d'ailleurs, avait jusqu'à présent souvent lieu de façon informelle. Cette réunion sera organisée par le président de la cour d'assises, en présence du ministère public et des avocats de l'ensemble des parties, afin de rechercher un accord sur la liste des témoins et experts qui seront cités à l'audience et sur leur ordre de déposition, ainsi que sur la durée de l'audience(8).

Les juges d'instruction composant l'un des pôles de l'instruction, qui resteront seuls compétents pour connaître des informations donnant lieu à une cosaisine, seront certes toujours en principe seuls compétents pour connaître des informations en matière de crime. Toutefois, parce que cet éloignement systématique vers les pôles de l'instruction apparaît parfois plus néfaste qu'utile, s'il s'agit d'un crime puni de quinze ans ou vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'il n'est pas commis en état de récidive légale (relevant ainsi de la compétence de la cour criminelle départementale), le procureur de la République, dès lors qu'il considérera qu'en raison des circonstances de l'espèce et de l'absence de complexité, le recours à une cosaisine s'avère peu probable, pourra requérir l'ouverture de l'information

après du juge d'instruction du tribunal judiciaire dans lequel il n'y a pas de pôle de l'instruction(9).

Un ou plusieurs tribunaux judiciaires désignés par décret exerceront une compétence concurrente pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes prévus aux articles 221-1 à 221-5 (atteintes volontaires à la vie), 222-1, 222-3 à 222-6 (tortures et actes de barbarie) et 224-1 à 224-3 (enlèvement et séquestration) du code pénal, ainsi que des délits qui leur seraient connexes, lorsque les investigations les concernant présenteront une particulière complexité et que l'une au moins des deux conditions suivantes sera remplie : si ces crimes ont été commis ou sont susceptibles de l'avoir été de manière répétée à des dates différentes par une même personne à l'encontre de différentes victimes (crimes dits « sériels ») ou bien si leur auteur n'a pas pu être identifié plus de dix-huit mois après leur commission. Le procureur de la République pourra alors requérir du juge d'instruction initialement saisi de se dessaisir au profit de la juridiction d'instruction disposant d'une compétence concurrente.

La compétence des cours criminelles, désormais dénommées « cours criminelles départementales », ne sera plus limitée à certains départements. Ces cours seront toujours composées de cinq magistrats, un président et quatre assesseurs dont deux au plus peuvent être des magistrats exerçant à titre temporaire ou des magistrats honoraires exerçant des fonctions juridictionnelles. L'un des assesseurs pourra être un avocat honoraire et, dans ce cas, un seul autre assesseur pourra être un magistrat exerçant à titre temporaire ou un magistrat honoraire (ce dispositif sera d'abord expérimenté dans certains départements)(10).

Lorsqu'une ordonnance du juge d'instruction qui n'est plus susceptible d'appel aura, au regard des qualifications criminelles retenues, renvoyé par erreur l'accusé devant la cour d'assises au lieu de la cour criminelle départementale ou inversement, le président de la chambre de l'instruction pourra, sur requête du procureur de la République ou d'une partie, procéder par ordonnance motivée à la rectification de cette erreur et renvoyer l'accusé devant la juridiction criminelle compétente(11).

S'agissant de la cour d'assises, une décision de culpabilité ou de prononcé du maximum de la peine privative de liberté encourue supposait jusqu'à présent, en premier ressort, au moins six voix (sur neuf). La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire relève cette majorité renforcée à sept voix au moins sur neuf. Ainsi, une telle condamnation supposera toujours que les jurés votent majoritairement en ce sens(12). Lorsque la cour d'assises statuera en premier ressort, l'un des assesseurs (un seul) pourra être désigné parmi les magistrats exerçant à titre temporaire (en premier ressort comme en appel, cet assesseur peut être désigné parmi les magistrats honoraires exerçant des fonctions juridictionnelles).

3. Observation incidente

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, et ce présent dossier en rendra compte, apporte des modifications importantes à notre procédure pénale. Encore une fois... La procédure pénale est rarement associée à l'opulence, excepté toutefois en ce qui concerne les réformes législatives qui sont en cette matière abondantes. Ces deux lois succèdent ainsi, notamment, à celle 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, à celle du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, à celle du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, à celle du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, à celle du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée ou encore à celle du 8 avril 2021 améliorant l'efficacité de la justice de proximité et de la réponse

pénale... Et il serait étonnant que les états généraux de la justice, même réunis dans une certaine précipitation, ne suggèrent pas quelques modifications législatives de la procédure pénale. Cent fois sur le métier remettre son ouvrage... Et si l'on consacrait davantage d'ardeur à changer le métier ? Celui de magistrat du ministère public, en lui conférant une pleine indépendance statutaire (nominations et sanctions) ? Mais rétorquera-t-on, on ne réforme pas ainsi l'article 65 de la Constitution ! L'article 7 du projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique s'en chargera peut-être un jour, mais le moment n'est pas encore venu ! Hors sujet donc... Mais pourtant, n'est-il pas question de la confiance dans l'institution judiciaire ?

Mots clés :

CONFIANCE DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE * Audience * Enregistrement * Crime * Compétence * Instruction

(1) Cons. const. 17 déc. 2021, n° 2021-830 DC, Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire ; Cons. const. 17 déc. 2021, n° 2021-829 DC, Loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire.

(2) F. Lardet, Enquête préliminaire : une réforme peu adaptée aux investigations financières, *infra* p. 14.

(3) E. Maurel, Loi pour la confiance : une réforme qui fait sens au parquet de Nîmes, *infra* p. 10.

(4) C. Porteron, Le secret professionnel de la défense et du conseil : une consécration singulière et des incertitudes à venir, *infra*, p. 19.

(5) E. de Castelbajac et E. Daoud, Le délit de prise illégale d'intérêts enfin revisité, à paraître dans le numéro de février de l'AJ pénal.

(6) B. Monnery et J.-C. Bouvier, Interview croisée, à paraître dans le numéro de février de l'AJ pénal.

(7) M. Hy, analyse à paraître dans le numéro de février de l'AJ pénal.

(8) C. pr. pén., nouv. art. 276-1.

(9) C. pr. pén., nouv. art. 276-1.

(10) C. pr. pén., art. 52-1.

(11) C. pr. pén., nouv. art. 181-1 s.

(12) C. pr. pén., nouv. rédaction des art. 359 et 362.

- **Document n° 4 : Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : dispositions relatives aux grands principes de procédure pénale (E. Daoud, J. Bolo-Jolly, A. Quinio, B. Agostini-Croce, A. Gravelin-Rodriguez, D. actualité, 1^{er} févr. 2022) :**

L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021, JO 23 déc.

La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a été publiée au Journal officiel du 23 décembre. Elle porte notamment des dispositions relatives aux grands principes de la procédure pénale.

Dans le prolongement du rapport Guinchard qui affichait « l'ambition raisonnée d'une justice apaisée » (rapport au garde des Sceaux du 30 juin 2008), la loi du 22 décembre 2021 fait quant à elle le pari fou de restaurer la confiance en l'institution judiciaire.

Les projets de lois organique et ordinaire « pour la confiance dans l'institution judiciaire » ont ainsi été définitivement adoptés et ont fait l'objet d'une publication au Journal officiel du 23 décembre 2021.

Le gouvernement ayant décidé d'engager la procédure accélérée sur ces textes, ils ont été adoptés en première lecture le 25 mai dernier par l'Assemblée nationale puis, en des termes différents, par le Sénat le 29 septembre. La commission mixte paritaire s'est finalement accordée sur une nouvelle version le 21 octobre, laquelle a été adoptée définitivement le 16 novembre par l'Assemblée nationale et le 18 novembre par le Sénat.

Par deux décisions du 17 décembre 2021, le Conseil constitutionnel, sur saisine du Premier ministre, a, d'une part, déclaré la loi organique conforme à la Constitution, sous quelques réserves et à l'exception des dispositions concernant l'enregistrement des audiences devant la Cour de justice de la République, et, d'autre part, constaté que la procédure d'adoption de la loi ordinaire était régulière sans toutefois se prononcer sur la conformité à la Constitution du contenu de ses dispositions.

Construite en sept titres, la loi pour la confiance en l'institution judiciaire dresse successivement le portrait des nouvelles dispositions ou des rénovations qu'elle projette. Il s'agira ici de décrypter les principales dispositions d'une loi qui n'a rien à envier aux inventaires à la Prévert.

Cet article se propose de livrer un aperçu des dispositions relatives aux grands principes de la procédure pénale et d'aborder plus précisément les dispositions relatives au contradictoire, aux droits de la défense et à la réforme de l'enquête préliminaire, à la protection du secret de l'enquête et de l'instruction, à l'objectif de recours limité à la détention provisoire et à une sélection de diverses mesures.

Renforcement du contradictoire, des droits de la défense et réforme de l'enquête préliminaire
Aux termes de l'exposé des motifs déposé sur le bureau du président de l'Assemblée nationale le 14 avril dernier, le gouvernement expliquait avoir notamment pour objectif de « renforcer la confiance des justiciables en améliorant le déroulement des procédures pénales » en consolidant « les garanties judiciaires au cours de l'enquête et de l'instruction ».

Ainsi, les articles 2 et 3 sont venus modifier « le code de procédure pénale afin de mieux encadrer, dans le temps et au regard des droits des personnes suspectées et des victimes, le déroulement des enquêtes préliminaires, et de mieux protéger le secret de la défense ».

Sont ainsi réformées la durée des enquêtes préliminaires, les modalités de mise en œuvre du contradictoire au stade de l'enquête et la portée du secret professionnel de l'avocat.

Un renforcement en trompe-l'œil de l'encadrement de la durée des enquêtes préliminaires

Conformément à la promesse lancée par Éric Dupond-Moretti lors de sa nomination place Vendôme, annonçant sa volonté de faire en sorte que « les enquêtes préliminaires restent préliminaires », le nouvel article 75-3 du code de procédure pénale limite désormais la durée de celles-ci à deux années « à compter du premier acte de l'enquête, y compris si celui-ci est intervenu dans le cadre d'une enquête de flagrance ». Ce délai pourra toutefois faire l'objet d'une prolongation d'une année supplémentaire, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, versée à la procédure. La sanction de ce délai s'annonce stricte puisque « tout acte » qui viendrait à intervenir « après l'expiration » du délai serait « nul ».

Consécration d'un encadrement attendu de longue date, la portée de cette disposition est toutefois considérablement affaiblie par plusieurs aménagements et dérogations.

D'abord, en vertu de l'article 59 de la loi promulguée, le nouvel article 75-3 n'est applicable qu'aux enquêtes commencées à compter de la publication de la loi, c'est-à-dire le 24 décembre 2021. Toute procédure ouverte antérieurement restera donc régie par la loi antérieure et, par conséquent, dépourvue de limite de durée.

Ensuite, la nouvelle disposition prévoit également que, s'agissant des crimes et délits prévus aux articles 706-73 et 706-73-1 (crimes et délits commis bande organisée), et des crimes et délits relevant de la compétence du procureur national antiterroriste (PNAT), la durée maximale de l'enquête préliminaire est portée de deux à trois ans, une prorogation étant possible selon les mêmes formalités qu'en matière de droit commun (décision écrite, motivée et versée au dossier), mais pour une période non pas d'une mais de deux années supplémentaires. En d'autres termes, les enquêtes préliminaires pourront donc durer jusqu'à cinq années lorsqu'elles portent sur les infractions les plus graves.

On ne pourra que regretter une telle dérogation, a fortiori en matière criminelle : si, en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, le ministère public reste libre de décider du moment où il requiert l'ouverture d'une information judiciaire, l'article 79 du code de procédure pénale rend néanmoins obligatoire le recours à une instruction préparatoire en matière de crime. Il est donc difficilement compréhensible que le nouveau texte entérine la validité d'une enquête préliminaire de cinq années portant sur des faits de nature criminelle...

Autre assouplissement du dispositif, lorsqu'une enquête ayant fait l'objet d'un classement sans suite fera l'objet d'une réouverture sur décision du procureur de la République, le délai pendant lequel elle a été interrompue ne sera pas pris en compte.

De même, lorsqu'une entraide judiciaire internationale sera mise en œuvre, le délai sera également suspendu entre la date, non pas de la transmission, mais de la signature de la demande d'entraide par le parquet français et la réception des pièces d'exécution. Une telle dérogation n'est pas anodine : rien n'empêchera les enquêteurs français, pendant l'exécution de la demande d'entraide internationale, de procéder à d'autres actes dans l'attente du retour de cette demande, laquelle peut parfois être particulièrement longue à obtenir, certains États se montrant peu coopératifs en la matière... Cette dérogation aura donc pour effet d'amenuiser considérablement la portée du principe posé par le nouvel article 75-3, a fortiori en matière d'infractions terroristes ou commises en bande organisée pour lesquelles des délais dérogatoires s'appliqueront déjà, comme évoqué précédemment. Cette double atténuation du principe est d'autant plus discutable que, aux termes du rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale, l'allongement des délais pour les infractions relevant de la délinquance ou de la criminalité organisée et du terrorisme était notamment motivé par le fait que ces affaires « peuvent comporter un volet international » (rapport de l'Ass. nat., p. 55). On voit mal, dès lors, quel était le besoin d'ajouter cette entorse relative au délai d'exécution de la demande d'entraide judiciaire.

Une dernière dérogation, et non des moindres, atténue considérablement le champ d'application de la nullité encourue en cas de dépassement des délais prévus : lorsque l'acte effectué après l'expiration de la durée maximale concernera « une personne qui a été mise en cause [...] depuis moins de deux ans ou, en cas de prolongation, de trois ans », la nullité de l'acte ne sera pas encourue. Ainsi, la garde à vue et les auditions d'un mis en cause identifié

dix-huit mois auparavant, dans une enquête ouverte il y a plus de deux ans, ne devraient pas être frappées de nullité.

Seul garde-fou prévu par le texte, lorsque plusieurs enquêtes feront l'objet d'un regroupement au sein d'une seule, le point de départ du délai devant être pris en compte sera celui de la date du premier acte de l'enquête la plus ancienne, et ce afin d'éviter le regroupement successif de plusieurs enquêtes dans le seul but de prolonger artificiellement leurs durées.

Si le principe d'un encadrement de la durée des enquêtes préliminaires est désormais bien inscrit dans le code de procédure pénale, le cortège de dérogations qui l'accompagne atténue considérablement sa portée. À tel point que l'on peut légitimement s'interroger sur l'efficacité réelle de ce dispositif, alors même qu'en 2020, seules 3,2 % des enquêtes préliminaires avaient été ouvertes il y a plus de trois ans...

Un renforcement salutaire du contradictoire au stade de l'enquête préliminaire

Le principe du contradictoire, qui avait fait son entrée au sein de l'enquête préliminaire à la faveur de la loi du 3 juin 2016, se voit à nouveau renforcé par la refonte de l'article 77-2 du code de procédure pénale, lequel ne sera là encore applicable qu'aux enquêtes ouvertes à compter du 24 décembre 2021.

Tout d'abord, le nouveau texte maintient la faculté, pour le procureur de la République, de décider seul, de manière discrétionnaire et facultative, de communiquer à la victime ou à la personne mise en cause une copie de la procédure afin de recueillir ses observations. Cette simple faculté devient cependant une obligation à l'égard du plaignant et du mis en cause, lorsque ce dernier a fait l'objet d'une audition libre, d'une garde à vue ou d'une perquisition dans les deux années qui précèdent. Faute de respecter cette obligation, l'enquête « ne peut se poursuivre » à l'égard de celui-ci.

Outre cette évolution, le législateur a souhaité, d'une part, étendre les hypothèses dans lesquelles l'ouverture au contradictoire peut être sollicitée par la personne mise en cause et, d'autre part, restreindre les possibilités pour le parquet de refuser de faire droit à une telle demande.

Ainsi, le procureur sera désormais tenu d'apporter une suite favorable à toute demande de communication de la procédure émanant de toute personne mise en cause ayant été entendue il y a plus d'un an sous le régime de l'audition libre ou sous celui de la garde à vue. Évolution notable de la disposition : cette obligation s'imposera au procureur quand bien même l'enquête ne lui paraîtrait pas terminée, ce qui n'était pas le cas jusqu'à présent.

Cet accès à la procédure sera également possible à toute personne soupçonnée ayant fait l'objet d'une perquisition, là encore à condition que celle-ci date d'il y a plus d'un an. On notera, à toutes fins utiles, que cette nouveauté vient s'ajouter à l'article 802-2 du code de procédure pénale, créé par la loi du 23 mars 2019, qui ouvre la possibilité pour toute personne ayant fait l'objet d'une perquisition et n'ayant pas été poursuivie dans un délai de six mois, de saisir le juge des libertés et de la détention en vue d'obtenir l'annulation de ladite perquisition.

Enfin, la demande d'accès pourra également être effectuée par la personne soupçonnée lorsqu'il aura été porté atteinte à sa présomption d'innocence publiquement dans les médias. Une telle possibilité sera toutefois écartée lorsque les déclarations émaneront de la personne

mise en cause ou de son avocat, ou concerneront des faits relevant du terrorisme ou de la délinquance et de la criminalité organisées.

Reste toutefois à déterminer ce que constitue une « atteinte à la présomption d'innocence » : le rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de loi mentionne simplement que la condition devra être considérée remplie lorsque « des médias ont présenté publiquement cette personne coupable des faits objets de la procédure en portant atteinte à sa présomption d'innocence ». Cette approche semble éminemment restrictive... Dès lors, la dépêche d'une agence de presse informant que telle personne publique a été entendue en qualité de mis en cause dans une procédure constituera-t-elle une atteinte à la présomption d'innocence ? Ou faudra-t-il être expressément présenté comme « coupable » ? Le texte ne le dit pas ; seuls la pratique judiciaire et l'éclairage de la jurisprudence permettront d'y voir plus clair.

Enfin, il convient de noter que, lorsque la personne mise en cause sollicitera l'accès au dossier sur le fondement des situations susmentionnées, le procureur pourra toutefois restreindre la communication de pièces dans deux hypothèses particulières : il pourra retirer des pièces du dossier s'il existe un risque de pression sur des parties ou des tiers, ou différer cette communication pendant six mois (ou un an en matière de terrorisme ou de délinquance organisée) lorsqu'il estimera qu'une telle communication ferait courir un risque pour les investigations à venir. Sa décision, prise dans un délai d'un mois à compter de la demande, devra alors être motivée, versée au dossier de la procédure et transmise au demandeur qui pourra la contester devant le procureur général, lequel disposera à son tour d'un mois pour rendre sa décision.

Lorsqu'il fera droit à la demande, le procureur de la République devra aviser le demandeur de la mise à disposition de la procédure et de son droit de formuler des observations, et notamment celles portant « 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 ». Un tel avis devra, en outre, être adressé spontanément par le parquet à la victime plaignante, le cas échéant.

Cette demande a également pour effet de geler partiellement l'orientation procédurale, le procureur ne pouvant prendre aucune décision pendant un mois à compter de la réception de la demande, sauf à décider de l'ouverture d'une information judiciaire, d'une comparution immédiate ou d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Sont donc exclues, pendant ce délai, toutes les autres modalités de poursuites.

En outre, les observations transmises par les parties seront versées à la procédure et le procureur sera tenu d'y répondre, son éventuel refus de procéder à certains actes sollicités pouvant faire l'objet d'un recours devant le procureur général, sans toutefois que les modalités de ce recours soient précisées par le nouvel article 77-2.

Ultime précision : ce droit d'accès au dossier ne devrait être effectif que dans l'hypothèse où le procureur estime qu'il existe effectivement, à l'encontre du demandeur, des raisons plausibles de le soupçonner au jour de la demande. A contrario, dans le silence du texte, si les investigations diligentées ont permis de le mettre hors de cause, l'accès au dossier devrait pouvoir lui être refusé. À noter, cependant, que, dans l'hypothèse d'un simple classement sans suite, les dispositions de l'article R. 155 du code de procédure pénale demeurent applicables

pour solliciter la copie du dossier mais, dans ce cas, l'autorisation préalable du procureur est à nouveau requise et, pour l'heure, discrétionnaire.

Un renforcement de façade du secret professionnel de l'avocat

L'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire a modifié la portée du secret professionnel de l'avocat et la protection qu'il offre aux justiciables. Ces dispositions entreront en vigueur le 1er mars 2022.

La pratique en précisera les contours, mais il peut d'ores et déjà être affirmé qu'alors que la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire avait pour ambition de renforcer le secret professionnel, les exceptions prévues en matière de conseil ont pour conséquence directe de l'affaiblir.

Un secret professionnel unifié consacré à l'article préliminaire

L'article préliminaire du code de procédure pénale précise désormais que le respect du secret professionnel de la défense et du conseil est garanti au cours de la procédure pénale.

La perquisition au sein d'un cabinet d'avocat ou au domicile d'un avocat

La perquisition d'un cabinet d'avocat ou du domicile d'un avocat doit désormais être autorisée par décision écrite et motivée du juge des libertés et de la détention.

Visant à circonscrire le champ des investigations portant sur un avocat, l'article précise que lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe.

La loi nouvelle a prévu, pour partie, des dispositions protectrices du secret professionnel puisqu'il est désormais précisé que le magistrat qui effectuera la perquisition devra non seulement veiller à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, ce que le texte prévoyait déjà, mais également 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.

Comme avant la réforme, le bâtonnier ou son délégué pourra s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie est irrégulière. Le contentieux relatif à la régularité de la saisie sera alors porté devant le juge des libertés et de la détention, qui statuera par ordonnance motivée, dans un délai de cinq jours. Cette ordonnance sera susceptible de recours, dans un délai de vingt-quatre heures par le procureur de la République, l'avocat, le bâtonnier ou son délégué, l'administration ou l'autorité administrative compétente, devant le président de la chambre de l'instruction. Celui-ci sera tenu de statuer dans les cinq jours suivant sa saisine.

Alors que ces dispositions auraient permis d'assurer une meilleure protection du secret professionnel, on ne peut que déplorer que le législateur ait prévu des exceptions en matière de conseil, introduites à l'article 56-1-2 du code de procédure pénale.

Ainsi, désormais, en matière de perquisition, le secret professionnel du conseil sera inopposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque (i) celles-ci porteront sur des infractions de fraude fiscale, de corruption, de trafic d'influence en France comme à l'étranger, de financement du terrorisme, ainsi qu'au blanchiment de ces délits et (ii) lorsque les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions. Ces conditions sont cumulatives ; à défaut, le secret professionnel sera bien opposable.

Il ressort d'une lecture combinée des articles 56-1-2 et 56-1 du code de procédure pénale que le bâtonnier ou son délégué pourra s'opposer, pendant la perquisition, à la saisie des documents susmentionnés, quand bien même les conditions apparaîtraient remplies. Il appartiendra alors au juge des libertés et de la détention, puis, le cas échéant, au président de la chambre de l'instruction de déterminer si les documents ont trait, d'une part, à l'activité de conseil de l'avocat et si les documents saisis établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission d'une infraction.

Le délai de cinq jours dans lequel les magistrats devront se prononcer fait craindre qu'ils se livrent à une analyse expéditive des documents saisis alors que la délimitation de l'activité de conseil et de défense n'est pas évidente et que les infractions prévues dans le régime dérogatoire sont complexes.

En tout état de cause, il s'agit là d'un recul pour la protection du secret professionnel des avocats et, plus largement, pour les droits de la défense. En outre, de telles dispositions contribuent à jeter le discrédit sur une profession vraisemblablement soupçonnée par les limiers de Bercy d'être directement impliquée dans la commission d'infractions financières et fiscales. Nos confrères apprécieront.

La perquisition réalisée en dehors d'un cabinet d'avocat ou du domicile d'un avocat

La possibilité de s'opposer à la saisie d'un document couvert par le secret professionnel de l'avocat appartient désormais à toute personne chez qui il est procédé à une perquisition.

Comme en matière de perquisitions dans un cabinet d'avocat, le juge des libertés et de la détention sera saisi du contentieux de la régularité de la saisie. Il statuera dans les mêmes conditions, dans un délai de cinq jours, par une ordonnance motivée, susceptible de recours devant le président de la chambre de l'instruction, lequel statuera également dans les cinq jours suivants sa saisine.

Les exceptions prévues à l'article 56-1-2 du code de procédure pénale sur l'inopposabilité du secret professionnel du conseil trouveront également à s'appliquer. Il appartiendra donc au justiciable, non assisté par un avocat pendant la mesure de perquisition, de s'opposer à la saisie des documents (consultations, pièces et correspondances) transmis par l'avocat. On notera, à ce propos, que, un temps envisagée, la possibilité d'autoriser la présence des avocats lors des perquisitions a finalement été rejetée par le Parlement...

Le secret professionnel du conseil en matière d'interceptions judiciaires

L'article 100 du code de procédure pénale prévoit désormais qu'aucune interception ne pourra porter sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile. Elle restera toutefois possible s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté

de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe. Cette mesure devra être autorisée par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par ordonnance motivée du juge d'instruction, prise après avis du procureur de la République, et devra être proportionnée au regard de la nature et de la gravité des faits.

Le législateur a également étendu aux dispositions relatives aux interceptions de correspondances, les exceptions prévues en matière de perquisition à l'article 56-1-2 du code de procédure pénale. Ainsi, en matière d'infractions de fraude fiscale, de corruption, de trafic d'influence national et international et de financement du terrorisme et de blanchiment de ces délits, la transcription des correspondances avec un avocat, réalisées dans le cadre de son activité de conseil, sera possible si ces correspondances établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions.

Réquisitions des données de connexion correspondant à la ligne d'un avocat

Enfin, il ressort de l'article 60-1-1 du code de procédure pénale, créé par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, qu'à peine de nullité, l'accès aux données de connexion émises par un avocat et liées à l'utilisation d'un réseau ou d'un service de communications électroniques, parmi lesquelles figurent les factures détaillées, ne puisse être autorisé que lorsqu'il existera des raisons plausibles de soupçonner l'avocat d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction.

Cet accès devra être autorisé par le juge des libertés et de la détention par une ordonnance motivée, toutefois insusceptible de recours.

La protection accrue du secret de l'enquête et de l'instruction

Le secret de l'enquête et de l'instruction, consacré par l'article 11 du code de procédure pénale, est renforcé par la présente réforme, qui clarifie au passage le régime pénal applicable en cas de violation de ce secret.

En effet, jusqu'à lors, une telle violation était analysée comme une simple atteinte au secret professionnel, telle que prévue et réprimée par les articles 226-13 et 226-14 du code pénal, les peines encourues étant d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende. Parallèlement, le délit spécifique de divulgation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction à des personnes susceptibles d'être impliquées venait compléter la protection du secret de l'enquête ou de l'instruction, l'article 434-7-2 du même code prévoyant, dans une telle hypothèse, des peines de deux à cinq ans d'emprisonnement et 30 000 à 75 000 € d'amende. En outre, une troisième infraction prévue par l'article 114-1 du code de procédure pénale punissait, quant à elle, la diffusion, à des tiers, de pièces remises à une partie à l'occasion d'une information judiciaire, faisant encourir à l'auteur de cette diffusion une simple amende de 10 000 €.

La loi du 23 décembre 2021 refonde ce régime et aggrave considérablement les peines encourues.

En effet, l'article 434-7-2 réprime désormais spécifiquement la violation du secret de l'enquête et de l'instruction, punissant de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende le fait, pour toute personne en ayant connaissance en raison de ses fonctions, de révéler sciemment à des tiers des informations issues d'une telle procédure, quels que soient le ou les tiers bénéficiaires de ces informations.

Dès lors, si les articles 226-13 et 226-14 du code pénal demeurent inchangés, ils seront désormais inapplicables à de tels faits, en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*.

Le délit de divulgation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction à des personnes susceptibles d'être impliquées subsiste, quant à lui, au sein du même article 434-7-2 mais les peines se voient également aggravées, passant de trois à cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 € à 75 000 € d'amende, et jusqu'à sept ans et 100 000 € lorsque l'enquête ou l'instruction porte sur un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement.

Enfin, le délit susmentionné prévu à l'article 114-1 du code de procédure pénale voit les peines encourues également aggravées, l'amende de 10 000 € étant remplacée par trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

Parallèlement, le droit de communication du procureur de la République prévu à l'article 11 du code de procédure pénale est considérablement élargi, puisque ce dernier pourra désormais faire état d'éléments tirés de la procédure non plus seulement « afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public » mais également « lorsque tout autre impératif d'intérêt public le justifie », sans que l'on sache précisément ce qu'il convient d'entendre par cette formule obscure. En outre, ce droit de communication pourra désormais être exercé indirectement, « par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire agissant avec son accord et sous son contrôle ».

Un objectif de recours limité à la détention provisoire

La loi pour la confiance consacre son titre 2, intitulé « Dispositions améliorant le déroulement des procédures pénales », au régime de la détention provisoire et ambitionne de limiter son recours.

L'objectif affiché par la loi, et plus précisément par son article 5, est clair : favoriser le recours à l'assignation à résidence sous surveillance électronique (ARSE) et au dispositif électronique mobile antirapprochement applicable en cas de violence au sein du couple.

La loi pour la confiance renforce l'exigence de motivation des décisions ordonnant la prolongation de la détention provisoire au-delà de huit mois ou rejetant une demande de mise en liberté concernant une demande de mise en liberté de plus de huit mois. Ces décisions devront désormais comporter un énoncé des considérations de fait sur le caractère insuffisant des obligations de l'assignation à résidence avec surveillance électronique mobile (ARSE) ou du dispositif bracelet antirapprochement après huit mois de détention provisoire.

En outre, la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire met également en place une saisine obligatoire des services pénitentiaires d'insertion et de probation sur la faisabilité d'une ARSE pour la seconde prolongation d'une détention provisoire lorsque la personne encourt une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans.

Cet article est d'ores et déjà entré en vigueur depuis le 23 décembre 2021. Les nouveaux articles 137-3 et 142-6 du code de procédure pénale, tels que modifiés par la loi, sont donc applicables aux procédures en cours. Reste à déterminer si ces mesures permettront réellement de limiter le recours à la détention provisoire...

Focus sur certaines mesures introduites par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire
Généralisation de la notification du droit de se taire

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire modifie l'article préliminaire du code de procédure pénale et le code de la justice pénale des mineurs afin de prévoir l'obligation de notifier à la personne suspectée ou poursuivie le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés.

Cette notification doit intervenir à toutes les phases de la procédure, lorsqu'un individu est présenté pour la première fois à un service d'enquête ou à un magistrat, avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté.

L'article préliminaire précise qu'aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que le droit de se taire ait été notifié.

Ces dispositions sont applicables depuis le 23 décembre dernier.

L'avertissement pénal probatoire

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire a supprimé le rappel à la loi en ce qu'il s'agissait d'un dispositif « mal perçu » par les citoyens afin de le remplacer par une mesure d'avertissement pénal probatoire : l'auteur de l'infraction se verra alors rappeler les obligations résultant de la loi ainsi que les peines encourues en cas de réitération.

Si, malgré tout, l'individu réitère dans un délai de deux ans – la période « probatoire » – l'infraction à l'occasion de laquelle l'avertissement a été prononcé pourra faire l'objet de poursuites.

À noter, toutefois, que ces dispositions ne seront applicables qu'à compter du 1er janvier 2023.

La création d'une procédure spécifique applicable aux crimes sériels ou non élucidés

Autre nouveauté de la loi, son article 8 met en place un traitement national centralisé des crimes sériels, complexes ou non élucidés, aussi appelés cold cases.

L'ambition de l'exécutif est de générer une spécialisation de certains tribunaux judiciaires sur le traitement des crimes sériels non élucidés, et ce dans un souci de bonne organisation de la justice. Cette disposition devrait en effet faciliter les recoupements entre différentes affaires aujourd'hui suivies en différents points du territoire.

Ce nouveau titre XXV bis inséré dans le code de procédure pénale intitulé « De la procédure applicable aux crimes sériels ou non élucidés » entrera en vigueur selon une date et des modalités précisées par un décret qui désignera le ou les tribunaux judiciaires auxquels la compétence sera attribuée, et ce dans un délai maximum de six mois après publication de la loi.

- **Document n° 5 : Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : dispositions relatives à la procédure de jugement et à l'exécution des peines (E. Daoud, J. Bolo-Jolly, A. Quinio, B. Agostini-Croce, A. Gravelin-Rodriguez, D. actualité, 1^{er} févr. 2022) :**

L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021, JO 23 déc.

La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a été publiée au Journal officiel du 23 décembre. Elle porte notamment des dispositions relatives à la procédure de jugement et à l'exécution des peines.

Dans le prolongement du rapport Guinchard qui affichait « l'ambition raisonnée d'une justice apaisée » (rapport au garde des Sceaux du 30 juin 2008), la loi du 22 décembre 2021 fait quant à elle le pari fou de restaurer la confiance en l'institution judiciaire.

Les projets de lois organique et ordinaire « pour la confiance dans l'institution judiciaire » ont ainsi été définitivement adoptés et ont fait l'objet d'une publication au Journal officiel du 22 décembre 2021.

Le gouvernement ayant décidé d'engager la procédure accélérée sur ces textes, ils ont été adoptés en première lecture le 25 mai dernier par l'Assemblée nationale, puis, en des termes différents, par le Sénat le 29 septembre. La commission mixte paritaire s'est finalement accordée sur une nouvelle version le 21 octobre, laquelle a été adoptée définitivement le 16 novembre par l'Assemblée nationale et le 18 novembre par le Sénat.

Par deux décisions du 17 décembre 2021, le Conseil constitutionnel, sur saisine du Premier ministre, a, d'une part, déclaré la loi organique conforme à la Constitution, sous quelques réserves et à l'exception des dispositions concernant l'enregistrement des audiences devant la Cour de justice de la République, et, d'autre part, constaté que la procédure d'adoption de la loi ordinaire était régulière sans toutefois se prononcer sur la conformité à la Constitution du contenu de ses dispositions.

Construite en sept titres, la loi pour la confiance en l'institution judiciaire dresse successivement le portrait des nouvelles dispositions ou des rénovations qu'elle projette. Il s'agira ici de décrypter les principales dispositions d'une loi qui n'a rien à envier aux inventaires à la Prévert.

Cet article se propose de décrypter les mesures phares de la réforme en matière de procédure de jugement et du droit de la peine. Plus précisément, cet article dresse un aperçu des dispositions relatives à l'enregistrement et à la diffusion des audiences, aux nouveautés précédant l'ouverture de l'audience devant la cour d'assises, au rétablissement de la « minorité de faveur », à la généralisation des cours criminelles départementales, l'aménagement des peines, l'exécution des peines et la création d'un contrat d'emploi pénitentiaire.

Des nouveautés quant à la possibilité de filmer les procès

La loi « Badinter » du 11 juillet 1985 avait autorisé l'enregistrement de certains procès, par le biais de captations en direct, intégrales et sans le moindre montage, dans le but de constituer des archives historiques. Les dispositions des articles L. 221-1 à L. 221-5 ainsi que des articles L. 222-1 à L. 222-3 du code du patrimoine en régissent le fonctionnement.

Cette possibilité constituait déjà une exception à l'article 38 ter de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 dont le premier alinéa dispose : « Dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer,

de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction. »

Or, désormais, la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire instaure un nouvel article 38 quater à la loi de 1881, lequel est entré en vigueur depuis le 24 décembre 2021. Cet article constitue également une dérogation à l'article 38 ter précité et permet ainsi d'autoriser l'enregistrement sonore ou audiovisuel d'une audience, pour « un motif d'intérêt public d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique, en vue de sa diffusion » (art. 38 quater, al. 1er), ce qui va donc plus loin que l'« intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice » de l'article L. 221-1 du code du patrimoine.

La demande d'autorisation doit être adressée au ministre de la Justice et l'autorisation est délivrée, après avis de ce dernier, par « le président du Tribunal des conflits, le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes, concernant leurs juridictions respectives ». Il est, en outre, précisé qu'une telle autorisation est délivrée « après avis du ministre de la Justice, par le président de la juridiction concernant les juridictions administratives et les juridictions comprenant un magistrat du siège membre de la Cour de cassation, et par le premier président de la cour d'appel concernant les cours d'appel et les juridictions de l'ordre judiciaire de leur ressort » (ibid.).

Un certain nombre de conditions est érigé par le texte afin de pouvoir procéder à un enregistrement, parmi lesquelles l'accord préalable et écrit des parties (art. 38 quater, al. 2). En outre, plusieurs garanties semblent être mises en place, puisqu'il est précisé que ledit enregistrement ne porte pas atteinte au bon déroulement de la procédure et des débats ni aux droits des parties et des personnes enregistrées (art. 38 quater, al. 3). La confidentialité des échanges entre l'avocat et son client est préservée, tout comme la sécurité, le respect de la vie privée et celui de la présomption d'innocence (art. 38 quater, al. 5).

Par ailleurs, le magistrat chargé de la police de l'audience peut suspendre ou arrêter l'enregistrement à tout moment. Sa décision n'est pas susceptible de recours.

L'article 38 quater nouveau s'avère également constituer une dérogation à l'article 11 du code de procédure pénale, relatif au secret de l'enquête et de l'instruction. En effet, il est désormais possible que des audiences intervenant au cours d'une enquête et d'une instruction fassent l'objet d'un enregistrement sonore ou d'une captation, tout comme les « auditions, interrogatoires et confrontations réalisés par le juge d'instruction ». Dans ces trois derniers cas, l'accord préalable écrit des personnes entendues est nécessaire. Le juge d'instruction peut toutefois décider de suspendre ou d'arrêter l'enregistrement à n'importe quel moment.

Des nouveautés précédant l'ouverture de l'audience devant la cour d'assises

L'ordonnance de mise en accusation ne couvre pas forcément les vices de la procédure

Dans le cadre de son chapitre lié aux dispositions améliorant la procédure de jugement des crimes, la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire insère un article 269-1 au sein du code de procédure pénale, en vigueur depuis le 31 décembre 2021, qui vient poser une exception au principe selon lequel l'ordonnance de mise en accusation couvre les vices de la procédure (C. pr. pén., art. 181, al. 4).

En effet, il apparaît qu'un accusé dispose d'un délai allant jusqu'à trois mois avant la date de sa comparution devant une cour d'assises pour saisir le président de la chambre de l'instruction d'une requête en nullité, quand bien même l'ordonnance de mise en accusation serait devenue définitive. Toutefois, il semble que cette hypothèse corresponde à la situation où « l'accusé n'a pas été régulièrement informé, selon le cas, de sa mise en examen ou de sa qualité de partie à la procédure, de l'avis de fin d'information judiciaire ou de l'ordonnance de mise en accusation et que cette défaillance ne procède pas d'une manœuvre de sa part ou de sa négligence ».

L'instauration d'une réunion préparatoire criminelle

Une autre nouveauté de la loi réside dans l'instauration, par la création d'un nouvel article 276-1 du code de procédure pénale, d'une « réunion préparatoire criminelle » organisée par le président de la cour d'assises après que ce dernier a procédé à l'interrogatoire de l'accusé. Il est précisé qu'une telle réunion se tient en présence du ministère public et des avocats de l'ensemble des parties. Le but de celle-ci est de « rechercher un accord sur la liste des témoins et des experts qui seront cités à l'audience, sur leur ordre de déposition et sur la durée de l'audience ». L'instauration d'une telle réunion n'est pas sans rappeler les recommandations du rapport Getti, qui proposait la mise en place d'une « audience criminelle d'orientation » (« La finalité de cette nouvelle étape consisterait à procéder à une mise en état en amont du procès criminel, afin de rationaliser la durée prévisible de l'audience et d'acter l'orientation du dossier devant la cour d'assises sur reconnaissance de culpabilité », Rapport de la commission cours d'assises et cours criminelles départementales, 11 janv. 2021)...

Toutefois, si un accord intervient, celui-ci ne fait guère obstacle à ce que le ministère public ou les parties fassent citer d'autres témoins ou experts que ceux prévus, tout comme il leur est parfaitement possible de modifier leur ordre de déposition (C. pr. pén., art. 276-1 nouv., al. 2).

Le rétablissement de la « minorité de faveur »

Enfin, il convient de souligner que, lorsque la cour d'assises statue en premier ressort, la majorité des voix nécessaires à une décision défavorable à l'accusé passe de six à sept, par le biais d'une modification de l'article 359 du code de procédure pénale (art. 6, 9°). La loi semble ainsi remettre au goût du jour le principe de la « minorité de faveur ». Il faut également noter que le deuxième alinéa de l'article 362 du même code est également modifié en ce sens, puisqu'il dispose désormais : « La décision sur la peine se forme à la majorité absolue des votants. Toutefois, le maximum de la peine privative de liberté encourue ne peut être prononcé qu'à la majorité de sept voix au moins lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et qu'à la majorité de huit voix au moins lorsque la cour d'assises statue en appel. »

La généralisation des cours criminelles départementales

Enfin, l'article 9 de la loi met en place la généralisation des cours criminelles départementales à compter du 1er janvier 2023 en insérant dans le code de procédure pénale les nouveaux articles 181-1 et 181-2. En outre, un sous-titre II intitulé « de la cour criminelle départementale » vient compléter le titre Ier du livre II dudit code, regroupant les nouveaux articles 380-16 à 380-22.

Toutefois, dans l'attente du début de cette expérimentation, le législateur a chargé un comité d'évaluation du suivi de celle-ci. Ce comité comprend deux sénateurs et deux députés (art. 9, II).

Sur l'aménagement des peines

Léger palliatif à la suroccupation chronique des maisons d'arrêt, l'article 17 de la loi érige une exception à l'incarcération des personnes prévenues en maison d'arrêt, en prévoyant que ces dernières peuvent être détenues dans un établissement pour peines dans le cas particulier où elles ont interjeté appel ou formé un pourvoi en cassation contre leur condamnation à une peine d'emprisonnement et que cet établissement pour peines offre des conditions d'accueil plus favorables que celles de la maison d'arrêt où ces personnes devraient être incarcérées, eu égard aux taux d'occupation des établissements en cause.

Le texte vient également préciser que, pour les auteurs de violences sur personnes dépositaires de l'autorité publique, il ne sera pas possible de bénéficier de l'automatisme de la libération sous contrainte en fin de peine, et que les possibilités de réduction de peine seront restreintes.

Sur le droit de l'exécution des peines

S'il est un domaine où la loi pour la confiance se veut particulièrement novatrice, c'est à propos du droit de l'exécution des peines.

S'agissant du régime de réduction des peines, d'abord, la loi du 22 décembre dernier, se fondant sur les bases solides posées par la loi « Perben » de 2004 qui était jusqu'alors le socle normatif du droit de l'exécution des peines, vient refondre le régime actuel en supprimant les crédits de réduction de peine automatique et en fusionnant le régime avec celui des réductions de peine supplémentaire. L'objectif affiché par le législateur est clair : il s'agit de mettre fin à l'automatisme des crédits de réduction de peine au profit d'un système fondé sur le mérite et la bonne conduite des détenus. À cet égard, Éric Dupont-Moretti annonçait vouloir valoriser « les efforts et la bonne conduite envers le personnel pénitentiaire qui sont des gages tangibles de la volonté du détenu de se réinsérer ».

Le régime antérieur prévoyait trois mécanismes : les crédits de remise de peine, les réductions supplémentaires de peine et les réductions exceptionnelles de peine. En substance, les crédits de remise de peine étaient accordés de manière automatique aux personnes condamnées (à l'exception des condamnés pour des actes de terrorisme, v. C. pr. pén., art. 721-1-1) à hauteur de trois mois pour la première année d'emprisonnement prononcée et de deux mois pour les années suivantes. S'agissant de la réduction supplémentaire de peine, le juge de l'application des peines pouvait l'accorder à la personne condamnée qui manifestait des efforts sérieux de réadaptation sociale (suivi d'enseignements, suivi thérapeutique, indemnisation des victimes, etc.). Cette réduction pouvait être accordée une fois par an, dans une limite de trois mois de réduction par année d'incarcération. Enfin, à ces deux outils s'ajoutait la réduction de peine exceptionnelle qui pouvait être accordée à celui qui collaborait en matière de criminalité organisée.

Un nouveau cas est désormais prévu par la réforme, lorsqu'un condamné permet d'éviter des violences contre des agents pénitentiaires ou permet d'y mettre fin. Ce dispositif ayant vocation à s'appliquer dans des cas très particuliers, il ne fera pas l'objet de plus amples développements.

L'article 11 de la loi pour la confiance en l'institution judiciaire supprime les crédits de remise de peine et modifie le régime des autres mécanismes. Il est ainsi prévu que le juge de l'application des peines pourra accorder des réductions de peines allant jusqu'à six mois par année de détention – et quatorze jours par mois pour une durée d'incarcération inférieure à un an – pour les condamnés ayant « donné des preuves suffisantes de bonne conduite ou qui ont manifesté des efforts sérieux de réinsertion ». On constatera que si la loi définit effectivement les critères d'octroi sur lesquels le juge pourra se fonder pour accorder de telles réductions de

peines (absence d'incidents en détention, respect du règlement intérieur), elle ne limite pas pour autant le pouvoir du juge qui pourra, au cas par cas, décider, après avis de la commission d'application des peines, de la distribution d'une réduction de peine.

De plus, la loi enrichit d'une nouvelle hypothèse la catégorie des réductions exceptionnelles de peines en prévoyant qu'un condamné qui, au cours de sa détention, permettrait d'éviter ou mettrait fin à une action collective de nature à perturber gravement l'ordre et la sécurité de l'établissement pénitentiaire pourra bénéficier de réductions exceptionnelles de peines.

Alors que l'exécutif se félicite de cette individualisation du régime de l'exécution des peines et du temps que le juge d'application des peines pourra consacrer aux détenus effectuant de véritables efforts en vue de leur réinsertion, l'imprécision de la rédaction du texte et la subjectivité des critères retenus génère quelques inquiétudes quant à l'application effective de ces nouvelles dispositions. Elles posent, en outre, la question des inégalités notamment territoriales qui pourraient surgir dans l'application de ce nouveau droit de l'exécution des peines.

La création d'un contrat d'emploi pénitentiaire

Afin de favoriser l'attractivité de l'emploi en détention et de renforcer les chances de réinsertion des personnes incarcérées, la loi remplace l'acte unilatéral d'engagement jusqu'alors en vigueur par un contrat d'emploi pénitentiaire.

Il est prévu que ce contrat à temps plein ou à temps partiel relèvera des juridictions administratives et que le lien contractuel pourra unir, en fonction du régime de travail, la personne détenue à l'administration pénitentiaire et/ou une entreprise, une association ou un service chargé de l'activité de travail (art. 20). Par ailleurs, la loi précise que le régime du contrat d'emploi pénitentiaire s'étendra au travail effectué en dehors de la zone de détention, sur le domaine pénitentiaire et aux abords immédiats et au travail effectué pour le compte d'un donneur d'ordre dont une partie s'effectuerait en dehors du domaine pénitentiaire. Il vient également préciser les règles relatives à la durée du travail en détention ainsi que les modalités de formation et de cessation de la relation de travail. La loi s'emploie ainsi à construire tout un régime autour du travailleur pénal.

Le processus de recrutement est formalisé et scindé en deux étapes : une première étape de classement au travail par le chef d'établissement et une seconde étape d'affectation lors de laquelle l'entreprise, l'association ou le service chargé de l'activité de travail jouera un rôle premier.

La loi vient également prévoir qu'à l'exception du motif disciplinaire, la décision de désaffectation sera prise par l'entreprise, le service ou l'association donneur d'ordre et liste les motifs de suspension du contrat d'emploi pénitentiaire.

Plus encore, un décret d'application devrait être pris en Conseil d'État en ce qui concerne la durée du travail, le repos et les jours fériés des personnes détenues dans le cadre du contrat d'emploi pénitentiaire et cela, dans un délai maximal de six mois après la publication de la loi.

Par ailleurs, la loi prévoit également que le gouvernement puisse légiférer par ordonnance pour permettre « l'ouverture de droits sociaux aux personnes détenues, dès lors qu'ils sont utiles à leur réinsertion et notamment les droits à l'assurance-chômage, vieillesse, maladie et maternité et maladie professionnelle et accident du travail ». La création d'un code

pénitentiaire doit aussi faire l'objet d'une ordonnance, au même titre que la possibilité pour les détenus âgés de 16 à 29 ans de suivre une formation en apprentissage. Il s'agira donc de surveiller les ordonnances à intervenir en la matière afin de sonder si, comme annoncé, les droits sociaux des détenus connaissent effectivement des avancées significatives.

Ces dispositions relatives au nouveau contrat d'emploi pénitentiaire sont intégrées dans une section 1 bis dans le chapitre II du titre II du livre V du code de procédure pénale intitulé « Du travail des personnes détenues » ; elles entreront en vigueur le 1er mai 2022. Dans les faits, les actes d'engagement signés avant le 1er mai 2022 resteront en vigueur, au plus tard jusqu'au 31 décembre 2022, dans les conditions fixées à l'article 33 de la loi n° 20091436 du 24 novembre 2009. Durant cette période, toute personne détenue ayant précédemment signé un acte d'engagement se voit proposer la signature d'un contrat d'emploi pénitentiaire.

- **Document n° 6 : Entrée en vigueur du Code pénitentiaire (W. Roumier, Dr. pénal 2022, alerte 46) :**

Ord. n° 2022-478, 30 mars 2022 : JO 5 avr. 2022, texte n° 8

L'article 24 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire (JO 23 déc. 2021, texte n° 2) a habilité le Gouvernement à créer la partie législative d'un Code pénitentiaire par la voie d'une ordonnance et à procéder aux modifications nécessaires au respect de la hiérarchie des normes, à la cohérence rédactionnelle des textes, à l'harmonisation de l'état du droit, à la correction d'éventuelles erreurs et à l'abrogation de dispositions devenues sans objet.

Le Code pénitentiaire, entré en vigueur le 1er mai 2022, s'ouvre sur un titre préliminaire rassemblant les dispositions générales et sommitales fixant les missions, catégories de publics et principes d'action du service public pénitentiaire. En particulier, la prohibition de la détention arbitraire et les exigences de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine sont affirmées avec force. Par ailleurs, une disposition rappelle, dès l'introduction du Code pénitentiaire, que les modalités spécifiques de la prise en charge des personnes mineures par l'administration pénitentiaire sont énoncées au Code de la justice pénale des mineurs.

Le livre Ier du Code pénitentiaire est consacré à la présentation du service public pénitentiaire. Le titre Ier présente les acteurs du service public pénitentiaire, notamment à travers une description de l'organisation de l'administration pénitentiaire et des missions de ses personnels. Le titre II est consacré à la déontologie du service public pénitentiaire, dont le champ d'application n'est pas circonscrit aux seuls agents de cette administration mais s'étend également aux intervenants concourant au service public pénitentiaire. Enfin le titre III rassemble les dispositions relatives au contrôle et à l'évaluation des établissements et services pénitentiaires, qui régissent notamment les prérogatives en la matière des parlementaires, des autorités administratives et judiciaires, et du Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Les livres II à V traitent des interventions de l'administration pénitentiaire en direction des personnes détenues.

Dans cet ensemble, le livre II est consacré à la détention en établissement pénitentiaire. Le titre Ier détaille les différentes phases de la prise en charge des personnes détenues, en traitant notamment de la mise sous écrou, des règles d'affectation et d'encellulement ou encore des

transfèrements et extractions. Le titre II de ce livre rassemble ensuite les dispositions régissant le maintien de la sécurité dans les établissements, notamment celles qui concernent les moyens de contrôle, la prise en charge de personnes détenues dans des quartiers spécifiques, les fouilles, ainsi que l'usage de la force et des armes. Enfin, avant d'exposer dans un titre IV les règles d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion nationale des personnes détenues, un titre III rassemble la totalité des règles formant le régime disciplinaire.

Le livre III est consacré aux droits et obligations des personnes détenues et permet de consolider l'ensemble des dispositions en la matière, réparties selon huit thématiques correspondant à autant de titres couvrant de nombreux domaines (accès au droit, santé et protection sociale, gestion des biens, relations avec l'extérieur aux moyens des visites et des correspondances écrites ou téléphoniques, exercice du culte, citoyenneté, accès aux publications écrites et audiovisuelles, etc.).

Le livre IV rassemble l'ensemble des dispositions régissant les dispositifs mis en œuvre pour la réinsertion des personnes détenues et qui correspondent, en premier lieu, aux activités en détention (titre Ier), dont le travail pénitentiaire, l'enseignement et la formation professionnelle. En second lieu, le titre II de ce livre IV est consacré à la préparation de la sortie de détention et décrit les interventions assurées par l'administration pénitentiaire pour, d'une part, la préparation des mesures d'aménagement de peine et, d'autre part, la mise en œuvre de dispositifs concourant à la réinsertion des personnes détenues sous la forme de mesures de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de permission de sortir ou de détention à domicile sous surveillance électronique.

Le livre V est consacré à la libération des personnes détenues. La gestion administrative de la libération est traitée au titre Ier, tandis que le titre II est relatif aux aides matérielles susceptibles d'être accordées à la sortie de détention. Les dispositifs particuliers relatifs à la mise en œuvre de la libération conditionnelle et de mesures de surveillance sont respectivement traités dans les titres III et IV. Dans ce dernier titre, sont détaillées les interventions de l'administration pénitentiaire dans le cadre des mesures de rétention de sûreté, d'injonction de soins, de surveillance judiciaire, de surveillance de sûreté et de surveillance électronique mobile, ainsi que dans le cadre des mesures judiciaires de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion.

Le livre VI traite de l'intervention de l'administration pénitentiaire auprès des personnes non détenues. Au sein du titre Ier, sont rassemblées les dispositions relatives à préparation de décisions judiciaires préalables à d'éventuelles mises en détention ou condamnation, sous la forme d'enquêtes sociales ou techniques. Le titre II est consacré aux interventions auprès des personnes condamnées dans le cadre des mesures de sursis probatoire, de détention à domicile sous surveillance électronique prononcée à titre de peine, de peine de travail d'intérêt général, de peine de stage, de bracelet anti-rapprochement imposé à une personne condamnée et de suivi socio-judiciaire. Le titre III rassemble les dispositions relatives à l'exécution des mesures judiciaires qui concernent des personnes ni détenues ni condamnées, tandis que le titre IV est relatif au concours apporté par l'administration pénitentiaire à la mise en œuvre de mesures administratives de surveillance.

Enfin, le livre VII rassemble les dispositions particulières relatives aux outre-mer.

Le décret n° 2022-479 du 30 mars 2022 (JO 5 avr. 2022, texte n° 9) porte quant à lui partie réglementaire du Code pénitentiaire (art. D. 112-1 à D. 777-8).