

CONCOURS ENM 2017

Droit pénal

Les droits de la défense durant la phase préparatoire au procès pénal

Selon une formule couramment énoncée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, « Le principe de la libre défense domine toute la procédure criminelle » (v. nota. Crim. 9 février 1988).

Bien qu'il constitue un incontournable principe directeur de la procédure pénale, le respect des droits de la défense demeure difficile à définir avec précision. Le caractère flou de son périmètre tient notamment au fait qu'il se présente à la fois « comme un principe général valant en tant que tel et emportant d'importantes conséquences, et comme l'agrégat de droits multiples (droit à l'assistance d'un avocat, droit de faire convoquer des témoins, droit de se taire...) ayant chacun une vie autonome ». (L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale* : Economica, 2e éd., 2012, n° 473, p. 328). Si l'on se réfère à l'article 6§3 de la Convention européenne, le principe du respect des droits de la défense regroupe le droit d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue que l'on comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre soi ; le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; le droit de se défendre soi-même ou avec l'assistance d'un défenseur de son choix, au besoin gratuitement ; le droit d'interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge ; le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète. La Cour européenne des droits de l'homme déduit de surcroît de l'esprit général du principe le contradictoire et l'égalité des armes. Dans la jurisprudence constitutionnelle, la liste des implications concrètes des droits de la défense s'avère également évolutive. Ainsi, le Conseil constitutionnel, y intègre parfois de nouvelles composantes (ex : droit au silence, QPC 30 juillet 2010), tandis qu'il semble hésiter à y inclure des garanties qui pourraient être perçues comme autonomes (ex : principe du contradictoire). Si les droits de la défense ainsi définis irriguent la procédure pénale dans son ensemble, seule leur application à la phase préparatoire au procès pénal doit ici retenir l'attention. Cette phase inclut toute la période qui précède la phase de jugement, c'est-à-dire, à titre principal, l'enquête de police, l'instruction préparatoire, et la période qui précède immédiatement la tenue du jugement.

De prime abord, le respect des droits de la défense s'impose comme un principe cardinal de la procédure pénale. Cela résulte en premier lieu de la valeur juridique de cette garantie. Après y avoir longtemps deviné un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le Conseil constitutionnel la relie désormais expressément à l'article 16 DDHC pour fonder sa valeur constitutionnelle. Le respect des droits de la défense a de surcroît valeur conventionnelle, puisqu'il figure parmi les garanties requises au titre du droit à un procès équitable (article 6§3 CESDH). L'article préliminaire du Code de procédure pénale confirme son assise en lui consacrant les premières lignes du Code de procédure pénale. Le respect des droits de la défense s'impose ainsi aux autorités policières et judiciaires, mais également au législateur. En second lieu le respect des droits de la défense fait figure de principe cardinal du fait du caractère étendu de son domaine d'application. Le domaine des droits de la défense excède en effet le cadre du procès pénal *stricto sensu* pour s'étendre à toute la matière pénale, au sens européen du terme. La garantie s'impose ainsi dans les matières para-pénales, à l'instar des sanctions administratives ou disciplinaires. En outre, si l'on considère le seul procès pénal *stricto sensu*, il importe de souligner que les droits de la défense se retrouvent du commencement d'une procédure pénale (ex : rôle tenu par l'avocat en garde à vue), à son achèvement (ex : rôle tenu par l'avocat au stade post-sentenciel, notamment depuis la juridictionnalisation de l'application des peines). Initialement, ce principe intéressait à titre principal la phase de jugement héritée du modèle accusatoire, mais il demeurait faiblement pris en compte dans la phase préparatoire au procès pénal, bien davantage inspirée du modèle inquisitoire. Progressivement, l'influence accusatoire, qui ambitionne de placer les parties sur un pied d'égalité et de leur conférer un rôle actif dans la manifestation de la vérité, a gagné la phase préparatoire au procès pénal. Dans un premier temps, cette évolution a intéressé la phase de l'information judiciaire. C'est notamment dans cette perspective que la loi du 15 juin 2000 a refondé le statut de témoin assisté, de manière à ce que les droits de la défense puissent bénéficier à la personne mise en cause mais non mise en examen. Dans un second temps, l'influence accusatoire, et, avec elle la prise en compte

accrue des droits de la défense, a conquis la phase de l'enquête de police. La loi du 14 avril 2011 est ainsi venue déployer le rôle tenu par l'avocat en garde à vue. Dans la même lignée, la loi du 27 mai 2014 a interdit qu'une personne suspecte puisse être auditionnée sans avoir eu la possibilité d'être assistée par un avocat. Enfin, la loi du 3 juin 2016 a imposé la présence de l'avocat aux reconstitutions de l'enquête de police. La garantie des droits de la défense se trouve ainsi de plus en plus vigoureusement protégée au cours de la phase préparatoire au procès pénal.

Toutefois, si, dans tout Etat de droit, le respect des droits de la défense doit incontestablement être garanti dans la phase préalable au procès, une protection excessive de ce principe est de nature à mettre en péril d'autres intérêts qu'il s'avère également nécessaire de préserver. D'abord, le regain de vigueur constant de la protection des droits de la défense est de nature à compromettre la nécessaire sauvegarde de l'ordre public, objectif à valeur constitutionnelle, dont l'une des composantes majeures réside dans la manifestation de la vérité. Or, par exemple, la présence de l'avocat aux auditions et confrontations d'une personne gardée à vue - imposée par la loi du 14 avril 2011 - est nécessairement de nature à rompre la tension morale générée par la privation de liberté, qui jusqu'alors favorisait le recueil d'informations. De plus, depuis la loi du 27 mai 2014, le législateur interdit d'entendre, même hors mesure de garde à vue, une personne suspecte sans que celle-ci ait eu la possibilité d'être assistée par un avocat, mettant ainsi un terme à la possibilité de tout face à face suspect / enquêteur. Comme le démontre l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 22 mars 2016 dans l'affaire Paul bismuth, les restrictions à la manifestation de la vérité vont encore plus loin s'il s'agit d'établir l'implication d'un avocat dans la commission d'une infraction pénale puisque, en pareille hypothèse, les différents actes d'enquête (écoutes, perquisitions...) sont soumis à un régime de mise en œuvre particulièrement rigoureux. Ensuite, la protection croissante des droits de la défense lors de la phase préparatoire au procès pénal pourrait, à terme, mettre en péril la sécurité des personnes impliquées dans une procédure pénale en qualité de victime ou de témoin. C'est notamment ce qu'illustre la thématique de l'accès au dossier de la procédure. On sait en effet que les avocats revendiquent un accès complet au dossier de la procédure dès le stade de l'enquête de police, accès que prescrit d'ailleurs une directive communautaire non encore transposée en droit français. Mais, ouvrir à l'avocat l'accès aux identités et coordonnées des plaignants et témoins, lors d'une phase procédurale où, ni le contrôle judiciaire, ni la détention provisoire ne peuvent être employés, pourrait bien exposer les personnes impliquées à des pressions ou représailles. Cette crainte ne peut qu'être accrue par la loi du 27 mai 2014 qui énonce que la personne mise en cause, non assistée d'un avocat, doit bénéficier du même accès au dossier que celui qui aurait été ouvert à son avocat, si elle avait bénéficié d'un conseil. Enfin, l'extension de la garantie des droits de la défense lors de la phase préparatoire au procès pénal est de nature à contrevenir au principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale. Bien qu'elle soit réglementée, la profession d'avocat est organisée sur le modèle du libéralisme. Or, à la différence de ce que l'on retrouve dans les sociétés de *common law*, les structures de la société civile française (regroupements d'intérêts, groupements associatifs), ne permettent qu'imparfaitement de pallier les difficultés financières des plus démunis. Par conséquent, accroître le rôle tenu par l'avocat dans la phase préparatoire au procès pénal pourrait bien favoriser l'inégalité des citoyens devant la justice pénale.

S'intéresser à l'évolution des droits de la défense durant la phase préparatoire au procès pénal pose ainsi inmanquablement la question de savoir si les impératifs de sauvegarde de l'ordre public, de protection de la sécurité des personnes impliquées, et d'égalité des citoyens devant la justice pénale ne s'estompent pas au profit de la protection des droits de la défense de la personne mise en cause.

Aussi bien l'extension du domaine de la garantie des droits de la défense (I), que le renforcement de son régime (II) portent à répondre par l'affirmative à cette interrogation.

I – Extension du domaine des droits de la défense durant la phase préparatoire au procès pénal

D'inspiration essentiellement inquisitoire, la phase préparatoire au procès pénal fait classiquement peu de place aux droits de la défense. En effet, dans le modèle inquisitoire, seules les autorités judiciaires et policières jouent un rôle actif dans la recherche de la vérité, les parties demeurant pour leur part cantonnées dans le rôle passif de simples spectateurs de la procédure qui se déroule à leur insu. Toutefois, sous l'influence notamment du droit européen des droits de l'Homme, la phase de mise en état de l'affaire pénale s'est progressivement teintée d'accusatoire, faisant ainsi une place de plus en plus large aux droits de la défense. Cette évolution a intéressé

dans un premier temps le stade de l'instruction préparatoire (A), avant de gagner la phase procédurale de l'enquête de police (B)

A) Extension du domaine des droits de la défense à la phase de l'instruction préparatoire

Inspirée du droit des pays de *common law*, la Cour européenne des droits de l'Homme privilégie traditionnellement le modèle accusatoire, qu'elle juge plus démocratique et plus respectueux des droits et libertés individuelles. Par touches successives, cette conception européenne a inspiré le législateur français pour réformer la phase de l'instruction préparatoire en y introduisant une plus large protection des droits de la défense. Le domaine d'application des droits de la défense au cours de l'instruction préparatoire s'est ainsi trouvé étendu quant aux personnes en bénéficiant (1), et quant aux temps de l'instruction auxquels ils trouvent à s'appliquer (2).

1) Une extension quant aux personnes

Au fil des réformes législatives, la liste des personnes devant bénéficier de la protection des droits de la défense au cours de l'instruction préparatoire s'est considérablement allongée. C'est une **loi du 8 décembre 1897** qui a pour la première fois permis aux avocats d'entrer dans les cabinets d'instruction en conférant à l'inculpé la possibilité d'être assisté d'un avocat dans cette phase procédurale, et en ouvrant à ce dernier l'accès au dossier de la procédure. **La loi du 4 janvier 1993** a ensuite substitué la mise en examen à l'ancienne notion d'inculpation tout en maintenant, bien sûr, le bénéfice des droits de la défense à la personne concernée. Il est également acquis que les droits de la défense, au cours de l'instruction préparatoire, doivent bénéficier à la victime constituée partie civile. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé la Cour européenne des droits de l'Homme dans un **arrêt Menet contre France du 14 juin 2005**. Dans cette même perspective de multiplication des titulaires des droits de la défense au stade de l'instruction préparatoire, **la loi du 15 juin 2000** a refondé le statut de témoin assisté de manière à ce que les droits de la défense puissent bénéficier à la personne mise en cause, mais non mise en examen. Ainsi, la plupart des personnes impliquées dans une instruction préparatoire bénéficient désormais de la garantie des droits de la défense.

Plus récemment, la **loi du 27 mai 2014**, transposant une directive du 22 mai 2012 de l'Union européenne, est allée encore plus loin. Ce texte prévoit en effet que, les parties qui ne sont pas assistées d'un avocat doivent, malgré l'absence de représentation, bénéficier de l'accès au dossier de la procédure. Ainsi, les parties à l'instruction préparatoire non assistées par un avocat peuvent désormais se faire directement délivrer copie de tout ou partie des pièces ou actes du dossier, la délivrance devant intervenir dans le mois suivant la demande. Dans la même dynamique, une décision rendue sur question prioritaire de constitutionnalité, par le **Conseil constitutionnel le 16 septembre 2016**, déclare contraires à la Constitution les troisième et quatrième alinéas de l'article 197 du code de procédure pénale, qui privaient les parties non assistées par un avocat de la possibilité d'avoir connaissance des réquisitions du ministère public devant la chambre de l'instruction. Les personnes bénéficiant de la garantie des droits de la défense se font ainsi de plus en plus nombreuses. Cette évolution vers l'accusatoire est d'autant plus significative que le respect des droits de la défense s'est dans le même temps étendu à des moments de plus en plus nombreux de l'instruction préparatoire.

2) Une extension quant aux moments de l'instruction.

L'attraction de l'instruction préparatoire par le modèle accusatoire explique encore que les temps d'expression du principe du respect des droits de la défense se soient multipliés depuis le début des années 90. Tout d'abord il importe de préciser que les droits de la défense se déploient tout du long de la phase de l'instruction préparatoire. C'est notamment ce dont témoigne la **loi du 4 janvier 1993**, qui a permis aux parties d'adresser à tout moment au juge d'instruction des demandes d'actes qu'elles jugent utiles à la manifestation de la vérité. Au-delà de cette possibilité, les temps forts, plus ponctuels, d'exercice des droits de la défense au cours de l'information judiciaire se sont multipliés. Il en va notamment ainsi de l'interrogatoire de première comparution précédant une mise en examen. En effet, depuis **la loi du 15 juin 2000**, l'article 80-1 CPP dispose qu'à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut procéder à une mise en examen qu'après « avoir préalablement entendu les observations de la personne ou l'avoir mise en mesure de les faire, en étant assistée par son avocat ». Le débat préalable au placement en

détention provisoire constitue sans doute le second des temps forts de l'expression des droits de la défense au stade de l'instruction. En effet, le juge des libertés et de la détention ne peut statuer sur la détention provisoire qu'après qu'un débat contradictoire ait eu lieu, au cours duquel l'avocat de l'intéressé doit obligatoirement être présent. Par ailleurs, si la personne mise en examen ou son avocat sollicite un délai pour préparer la défense, le juge des libertés et de la détention ne peut ordonner immédiatement le placement en détention.

Plus récemment, la **loi du 5 mars 2007** est intervenue pour donner naissance à deux nouveaux temps d'exercice des droits de la défense au cours de l'instruction préparatoire. En premier lieu, ce texte est venu renforcer le caractère contradictoire de l'expertise. Ainsi, par exemple, alors que jusqu'alors l'ordre d'expertise restait secret, l'article 161-1 CPP dispose désormais que la décision ordonnant une expertise doit être adressée au procureur de la République et aux avocats des parties, qui peuvent demander au juge d'instruction, notamment de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert. En outre, la loi du 5 mars 2007 prévoit la possibilité pour le juge d'instruction de solliciter un rapport provisoire d'expertise, de manière à ce que les parties puissent formuler des observations écrites avant rapport définitif. Ce même texte a d'autre part profondément modifié la clôture de l'instruction de manière à en renforcer le caractère contradictoire et, par suite, à mieux y garantir le respect des droits de la défense. Ainsi, aussitôt que l'information lui paraît terminée, le juge d'instruction communique le dossier au procureur de la République et en avise en même temps les parties. Les parties disposent alors d'un délai d'un ou de trois mois, selon que la personne est ou non détenue, pour formuler des demandes d'actes, former des requêtes en nullité et adresser des observations écrites au juge d'instruction. A l'issue de ce premier délai, les parties disposent d'un nouveau délai de dix jours ou d'un mois pour adresser au juge d'instruction des observations complémentaires au vu des réquisitions qui leur ont été communiquées par le parquet. Ce n'est qu'à l'issue de ce délai que le juge d'instruction peut rendre son ordonnance de règlement.

L'influence du modèle accusatoire sur l'instruction préparatoire s'est donc faite de plus en plus forte ces dernières années, se traduisant par une meilleure garantie des droits de la défense à ce stade de la procédure. Dans un second temps, la même tendance a gagné la phase de l'enquête de police.

B) Extension du domaine des droits de la défense à la phase de l'enquête de police

Sous l'impulsion notamment de la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'Homme, utilement relayée en droit interne, la garantie des droits de la défense tend depuis quelques années à s'imposer au stade de l'enquête de police, au point parfois de compromettre la nécessaire manifestation de la vérité. Dans un premier temps, cet affaiblissement de la tradition inquisitoire a concerné la mesure de garde à vue (1), mesure phare de cette phase procédurale, avant de gagner d'autres actes de l'enquête de police (2).

1) Extension des droits de la défense à la mesure de garde à vue

Mesure privative de liberté avant jugement, la garde à vue permet, grâce à la situation de tension morale qu'elle institue pour la personne qui en est l'objet, le recueil par la police d'indices, d'informations, d'aveux qui n'auraient pas été obtenus sans privation de liberté du suspect, et qui permettront le cas échéant ultérieurement d'asseoir une décision de condamnation. Préférant l'aveu « arraché » de la personne mise en cause à l'aveu négocié des modèles accusatoires, la tradition inquisitoire avait commandé d'organiser la garde en un huis-clos suspect / enquêteur. Cette solution a été mise à mal, dans un premier temps, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, sur le terrain du droit à un procès équitable, tel que garanti par l'article 6§3 CESDH, qui prévoit le droit, pour tout accusé, de se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix. Dans une décision **Salduz contre Turquie du 27 novembre 2008**, la grande chambre de la CEDH a conféré une portée nouvelle à cette exigence. La Cour conclut en effet dans cette décision à la violation des articles 6§1 et 6§3 CESDH par les dispositions internes interdisant l'accès par l'avocat au dossier de la procédure pendant la mesure de garde à vue, n'organisant ni la présence de l'avocat aux auditions de la personne gardée à vue, ni la notification de son droit au silence à la personne gardée à vue, et autorisant le report systématique du moment de l'entretien du gardé à vue avec son avocat pour les infractions les plus graves. Quelques mois plus tard, le

droit français de la garde à vue était condamné des raisons identiques (**CEDH 14 octobre 2010, *Brusco c/ France***). A la suite de ces décisions, le mécanisme du contrôle de conventionnalité a permis à la Cour de cassation de déclarer inconstitutionnelles les dispositions législatives françaises définissant le rôle tenu par l'avocat en garde à vue. Dans quatre arrêts rendus **le 15 avril 2011, l'Assemblée plénière** énonce, dans un attendu de principe dépourvu d'ambiguïtés, que, « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires* ».

Ces solutions consistant à densifier les droits de la défense au cours de la mesure de garde à vue n'ont pas tardé à être relayées par le Conseil constitutionnel puis, par le législateur. Pourtant, les droits de la défense n'étaient pas ignorés par la législation française antérieure aux bouleversements européens. **La loi du 15 juin 2000** avait notamment institué la règle de l'intervention immédiate de l'avocat dans les gardes à vue de droit commun, pour un entretien confidentiel avec la personne gardée à vue. Ces prévisions ont été jugées insuffisantes par le Conseil constitutionnel. En effet, dans une décision rendue sur **QPC le 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel**, a jugé les dispositions législatives définissant le rôle tenu par l'avocat en garde à vue contraires aux articles 9 et 16 DDHC. Pour parvenir à cette solution, les sages se sont livrés à un contrôle de proportionnalité en vertu du principe de « *rigueur nécessaire* », mettant en balance, d'une part, l'atteinte portée au principe du respect des droits de la défense par les prévisions législatives définissant le rôle tenu par l'avocat au cours de la mesure de garde à vue, et, d'autre part, l'objectif de préservation de l'ordre public que poursuit la mesure. Le Conseil en a déduit l'existence d'un déséquilibre en défaveur du principe du respect des droits de la défense. Plus précisément, ont notamment été déclarées inconstitutionnelles les dispositions autorisant l'interrogatoire d'une personne gardée à vue, sans permettre « *à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat* », ainsi que le défaut de notification de son droit au silence à la personne gardée à vue. Une fois la déclaration d'inconstitutionnalité survenue, il appartenait au législateur de réformer la mesure de garde à vue. Tel a été l'objet de la **loi du 14 avril 2011**. Tirant les conséquences des solutions européennes et constitutionnelles, le législateur y réforme profondément le régime de la mesure. Il organise notamment la présence de l'avocat lors des auditions de la personne gardée à vue, l'accès par l'avocat à certaines pièces du dossier de la procédure, et réintroduit dans notre droit la notification obligatoire de son droit au silence à la personne gardée à vue. Si l'évolution de notre droit vers une meilleure protection des droits de la personne gardée à vue satisfait d'un point de vue théorique l'idée d'une justice plus équitable, il demeure qu'elle ne va pas sans soulever d'importantes difficultés. En effet, si l'on admet que la garde à vue est une mesure à finalité probatoire, dont l'objet est de placer le suspect dans un état de tension morale tel qu'il délivrera des informations utiles à la manifestation de la vérité, la présence de l'avocat lors de chacun des interrogatoires risque fort de priver la mesure de son utilité. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que l'extension des droits de la défense concerne aujourd'hui des actes de plus en plus nombreux de l'enquête de police.

2) L'extension hors GAV

L'extension des droits de la défense durant la phase de l'enquête de police s'est accélérée au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 pour affecter des actes d'investigation de l'enquête de police non privatifs de liberté. Dans un premier temps, la **loi du 27 mai 2014** a imposé leur application à l'audition de personnes suspectes hors garde à vue. Appliquée aux suspects, l'audition « hors garde à vue » était avant cette intervention législative classiquement dénommée « audition libre ». Non réglementée par le Code de procédure pénale, elle permettait d'entendre les personnes à l'encontre desquelles il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction, sans que les droits afférents à la mesure de garde à vue soient mis en œuvre. La loi du 27 mai 2014 a donné sa consécration légale à l'audition libre des suspects, tout en réformant profondément le régime. L'article 61-1 CPP prévoit ainsi désormais que la personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction peut être entendue librement sur ces faits, à condition de ne pas être contrainte de se tenir à disposition de la police, auquel cas le régime de la garde à vue doit s'appliquer. Surtout, la loi du 27 mai 2014 institue la possibilité pour le suspect d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement faisant l'objet d'une audition « libre » d'être assisté d'un avocat au cours de son audition. En outre, le texte met en place de multiples obligations d'information à charge des enquêteurs. Ainsi, la personne suspecte ne peut faire l'objet d'une audition hors le régime de la garde à vue qu'après avoir été informée notamment de son droit au silence et de son droit d'être

assistée au cours de son audition ou de sa confrontation par un avocat. En procédant ainsi à un alignement partiel du régime de « l'audition libre » sur celui de la garde à vue, le législateur a privé cette mesure d'une grande partie de son intérêt pour les enquêteurs, et a par là même compromis la recherche de la preuve et, plus particulièrement, de l'aveu. Par ailleurs, même si ce temps ne relève pas stricto sensu de l'enquête de police, il importe de noter que la loi du 27 mai 2014 a imposé la présence de l'avocat lors du déferrement de la personne devant le Procureur de la République.

Dans un second temps, la **loi du 3 juin 2016** est venue procéder à de nouvelles extensions des droits de la défense. D'une part, ce texte élargit la présence de l'avocat aux opérations de reconstitution et d'identification de suspects. Ainsi, un nouvel article 61-3 CPP prévoit que toute personne à l'égard de laquelle existent une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a participé à la commission d'un délit puni d'emprisonnement peut demander qu'un avocat l'assiste lorsqu'elle participe à une opération de reconstitution de l'infraction et/ou soit présent lors d'une séance d'identification des suspects dont elle fait partie. D'autre part, la loi du 3 juin 2016 vient introduire l'exercice des droits de la défense à la fin de l'enquête préliminaire. Le texte énonce en effet que, toute personne suspecte d'une infraction punie d'une peine privative de liberté, qui a fait l'objet d'une audition libre ou d'une mesure de garde à vue, peut, un an après, demander au procureur de la République de consulter le dossier de la procédure afin de formuler ses observations. Dans cette hypothèse, si l'enquête lui paraît terminée et s'il envisage de poursuivre la personne, le procureur de la République doit l'aviser de la mise à la disposition de son avocat d'une copie de la procédure. La personne ou son avocat dispose alors d'un délai d'un mois pour formuler des observations ainsi que des demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité. Les droits de la défense viennent ainsi régir la fin de l'enquête préliminaire.

Si quelques actes de l'enquête de police font encore peu de place à l'exercice des droits de la défense, à l'instar des perquisitions et saisies (en ce sens, v. nota. Crim 3 avril 2013), cette garantie n'a cessé de voir s'étendre son domaine d'application durant la phase préparatoire au procès pénal, de telle sorte que, à de nombreux égards, elle semble primer sur la nécessaire manifestation de la vérité, et donc, in fine, sur l'impératif de sauvegarde de l'ordre public. Cette extension du domaine d'application du principe du respect des droits de la défense est d'autant plus notable qu'elle se double d'un renforcement de son régime.

II- Renforcement du régime des droits de la défense durant la phase préparatoire au procès pénal

En même temps qu'ils ont étendu le domaine d'application des droits de la défense durant la phase préparatoire au procès pénal, Conseil constitutionnel, législateur et jurisprudence ont œuvré à renforcer le régime de cette garantie. Le contenu des droits de la défense s'est ainsi trouvé enrichi (A), et la sanction de leur violation renforcée (B). Cette évolution a contribué à ériger le principe du respect des droits de la défense en un véritable principe cardinal de la phase préalable au procès pénal.

A) L'enrichissement du contenu des droits de la défense

Le contenu du principe du respect des droits de la défense - et donc ses implications concrètes sur la phase préparatoire au procès pénal - s'est considérablement enrichi ces dernières années au point, à certains égards, de mettre en péril les impératifs essentiels que cette garantie est susceptible de contrarier. Tel que définis par le droit européen des droits de l'Homme (art. 6§3 CESDH), le contenu des droits de la défense se définit à la fois par des garanties explicites (implications des droits de la défense énumérées à l'article 6 §3 CESDH), et par des conséquences implicites (conséquences non expressément visées par le texte mais déduites du principe par la jurisprudence au fil de ses interprétations). Or, que l'on considère garanties explicites ou garanties implicites, le constat de l'enrichissement du contenu des droits de la défense est évident. Ainsi, tandis que les garanties explicitement déduites des droits de la défense font l'objet d'applications extensives (1), les garanties implicitement déduites des droits de la défense se multiplient dans la phase préparatoire au procès pénal (2)

1) Des garanties explicites largement entendues

L'article 6 §3 CESDH énonce que « *Tout accusé a droit notamment à : a. être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d. interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e. se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* ». Parmi ces garanties explicites, le droit d'être informé de nature et de la cause de l'action portée, et le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense sont certainement celles dont les ramifications sur la phase préalable au procès pénal se sont le plus manifestement densifiées. Les **lois du 14 avril 2011 et du 27 mai 2014** ont ainsi contribué à élargir les implications du droit d'être informé de la nature et de la cause de l'action portée, en enrichissant le contenu de la notification faite à la personne placée en garde à vue. Le nouvel art. 63-1 CPP prévoit en effet désormais que la personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, notamment, de la nature et de la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre, de la qualification de l'infraction ainsi que du lieu présumé de sa commission. Par ailleurs, ces mêmes textes permettent à l'avocat de la personne gardée à vue ou à la personne gardée à vue elle-même si elle n'est pas assistée d'un défenseur, d'avoir accès au procès-verbal de placement en garde à vue. Enfin, dans la même perspective, la loi du 27 mai 2014 impose que toute mesure de garde à vue ou toute audition d'une personne suspecte hors garde à vue, débute par la remise à la personne d'un formulaire écrit, traduit le cas échéant dans une langue qu'elle comprend, l'informant de la nature, de la date et de la qualification de l'infraction ainsi que des droits qui sont les siens.

Le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense a également vu croître ses implications concrètes sur la phase préalable au procès pénal, notamment à travers la thématique de l'accès au dossier de la procédure. En effet, que l'on s'intéresse à la période de l'instruction préparatoire ou à celle de l'enquête de police, le droit pour la personne mise en cause d'accéder au dossier de la procédure n'a cessé de se renforcer au fil des interventions législatives. Dans le cadre de l'instruction préparatoire, la **loi du 8 décembre 1897**, dont les dispositions ont été étendues à la partie civile par la **loi du 22 mars 1921**, et au témoin assisté par la **loi du 15 juin 2000**, a aménagé un droit d'accès au dossier de la procédure, durant l'instruction préparatoire, au profit des parties assistées d'un conseil. Après la première comparution de la personne mise en examen ou la première audition de la partie civile ou du témoin assisté, la procédure est mise à tout moment à la disposition des avocats de ces personnes, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction (art. 114 al. 3 CPP). Ceux-ci peuvent se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces et actes du dossier. Ils peuvent en outre, depuis la **loi du 30 décembre 1996**, transmettre une reproduction des copies ainsi obtenues à leur client sous certaines conditions. Afin d'assurer la transposition de la directive du 22 mai 2012 de l'Union européenne, la **loi du 27 mai 2014** a élargi cet accès en prévoyant que, les parties qui ne sont pas assistées d'un avocat peuvent se faire directement délivrer copie de tout ou partie des pièces ou actes du dossier, la délivrance devant intervenir dans le mois suivant la demande. Pourtant, dans une affaire *Menet c/ France* du 14 juin 2005, la CEDH avait jugé conforme aux exigences de l'art. 6 CESDH le dispositif français d'accès au dossier de la procédure, rappelant qu'il n'est pas incompatible avec les droits de la défense de réserver à l'avocat l'accès au dossier de l'instruction. Cette évolution contrevient directement à la nécessité de préserver le caractère secret de l'instruction, lequel se justifie par des raisons relatives à la protection de la vie privée des parties au procès et aux intérêts de la justice. En outre, selon la loi du 27 mai 2014, que les copies soient sollicitées par l'avocat ou par une partie non assistée, elles ne sont plus délivrées « *à leurs frais* », mais gratuitement pour la première copie de chaque pièce ou acte. Cette même évolution consistant à faciliter l'accès au dossier de la procédure se retrouve au stade de l'enquête de police. Jusqu'à présent, de manière notamment à garantir la sécurité des personnes impliquées en qualité de victime ou de témoin dans une procédure pénale, l'avocat n'avait pas accès au dossier de la procédure au stade de l'enquête de police, phase procédurale au cours de laquelle ni la détention provisoire ni le contrôle judiciaire ne peuvent être envisagés. La loi du 14 avril 2011 a réformé cette règle. En effet, l'art. 63-4-1 CPP prévoit désormais la possibilité pour l'avocat de consulter, à sa demande, plusieurs pièces du dossier : procès-verbal constatant la notification du placement en garde à vue

et des droits y étant attachés ; certificat médical ; procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste. La loi du 27 mai 2014 a étendu cet accès à certaines pièces du dossier au bénéfice de la personne gardée à vue elle-même, même non assistée d'un avocat. Sans doute l'accès au dossier de la procédure a-t-il encore vocation à s'élargir dans les années à venir, puisque l'on sait qu'il s'agit là d'une revendication récurrente de la profession d'avocat, à laquelle une directive de l'union européenne non encore transposée en droit interne fait écho.

2) La multiplication des garanties implicites

Les garanties implicitement déduites des droits de la défense sont celles qui ne sont pas mentionnées textuellement, mais que la jurisprudence déduit au fil de des décisions de l'esprit général du principe du respect des droits de la défense. Or, CEDH, Conseil constitutionnel et Cour de cassation ont, ces dernières années, multiplié celles de ces garanties affectant la phase préalable au procès pénal. Les illustrations les plus récentes d'un tel renforcement des garanties implicitement déduites du principe du respect des droits de la défense intéressent la procédure suivie devant la chambre de l'instruction d'une part, et, d'autre part, l'hypothèse particulière dans laquelle il s'agit d'établir la participation d'un avocat à la commission d'une infraction pénale. L'enrichissement des implications concrètes des droits de la défense sur la procédure suivie devant la chambre d'instruction trouvent essentiellement leur source dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Par exemple, dans une décision rendue sur **question prioritaire de constitutionnalité le 16 septembre 2016**, le conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les troisième et quatrième alinéas de l'article 197 du code de procédure pénale qui privent les parties non assistées par un avocat de la possibilité d'avoir connaissance des réquisitions du ministère public devant la chambre de l'instruction. Dans une décision rendue le **9 septembre 2011**, toujours saisie par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité était parvenu à une conclusion identique relativement à l'article 175 du code de procédure pénale. Le Conseil constitutionnel choisit donc de faire prévaloir les principes d'égalité et les droits de la défense sur la protection du secret de l'instruction.

L'enrichissement des garanties implicitement déduites du principe du respect des droits de la défense s'exprime en deuxième lieu avec une acuité toute particulière lorsqu'il s'agit d'établir la participation d'un avocat à la commission d'une infraction pénale. Les actes d'investigation susceptibles d'être diligentés à l'encontre d'un avocat soupçonné d'avoir participé à la commission d'une infraction pénale, bien que nécessaires à la manifestation de la vérité, peuvent s'avérer directement contraires au principe du respect des droits de la défense. Législateur et jurisprudence en ont déduit, la nécessité de les aménager. Ainsi, depuis longtemps, **l'art. 56-1 du CPP** impose notamment la présence du bâtonnier pour toute perquisition qui serait conduite au domicile ou dans les locaux professionnels d'un avocat. La jurisprudence est récemment venue rappeler et transposer de telles restrictions relativement aux écoutes téléphoniques. Ainsi, dans **trois arrêts rendu le 22 mars 2016 (affaire Paul Bismuth)**, la chambre criminelle, se livrant à une application rigoureuse de l'article 100-5 CPP, rappelle la règle selon laquelle *« même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure qu'à titre exceptionnel, s'il apparaît que son contenu et sa nature sont propres à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction »*. Par ailleurs, dans un attendu de principe, la chambre criminelle pose dans cette affaire une règle nouvelle ayant pour conséquence d'enrichir les implications concrètes des droits de la défense selon laquelle *« même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation téléphonique dans laquelle un avocat placé sous écoute réfère de sa mise en cause dans une procédure pénale à son bâtonnier ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure, à moins qu'elle ne révèle un indice de participation personnelle de ce dernier à une infraction pénale »*.

Le contenu des droits de la défense s'est ainsi trouvé considérablement enrichi s'agissant de la phase préalable au procès pénal. Cette évolution, qui vient se combiner avec l'extension du domaine d'application des droits de la défense accrédite l'idée d'une influence grandissante de l'inspiration accusatoire sur cette phase procédurale. C'est encore le même constat qui s'impose lorsque l'on s'intéresse à la sanction de la violation du principe du respect des droits de la défense.

B) Le renforcement de la sanction de la violation des droits de la défense

Le principe du respect des droits de la défense est certainement celui dont notre procédure pénale sanctionne le plus rigoureusement la violation. Cette dimension, qui confère *in fine* son effectivité à tout principe, traduit sans

ambiguïté l'intention du Conseil constitutionnel, mais également de la Cour de cassation, d'ériger ce principe en un véritable principe cardinal de la phase préalable au procès pénal. Ainsi, aussi bien les prévisions de procédure pénale (1), que les règles de droit pénal de fond (2) tendent désormais à assurer leur pleine effectivité aux droits de la défense.

1) Selon les prévisions de procédure pénale

La violation des droits de la défense, lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre de la phase préalable au procès pénal, présente cette particularité d'être frappée d'une sanction « à double détente », puisque lorsque la traditionnelle nullité ne peut être prononcée, la preuve peut encore être déclarée irrecevable bien que régulièrement recueillie. En premier lieu, la nullité, sanction traditionnelle des irrégularités affectant l'enquête de police et l'instruction préparatoire, reçoit une application toute particulière de par son caractère extensif, quand elle consiste en une violation des droits de la défense. D'une part, à la différence d'autres causes d'irrégularités que la Cour de cassation analyse comme des causes de nullité d'intérêt privé soumises à l'exigence d'un grief, les irrégularités des actes de l'instruction préparatoire ou de l'enquête de police entachés d'une violation des droits de la défense sont le plus souvent considérés comme affectés de causes de nullité d'intérêt privé à grief présumé. Il en va ainsi par exemple du droit à l'assistance d'un avocat au cours de la mesure de garde à vue. Cette qualification signifie que l'acte de la phase préalable au procès pénal entaché d'une violation des droits de la défense est par principe frappé de nullité, sans que la preuve d'un grief ne soit exigée, la nullité ne pouvant être écartée que dans l'hypothèse où la partie poursuivante parvient à démontrer que la violation des droits de la défense trouve sa source dans des circonstances insurmontables. Ainsi, la violation des droits de la défense donne en principe lieu à la nullité de l'acte qu'elle affecte et de sa procédure subséquente. La Cour de cassation assure de la sorte la pleine effectivité de la garantie. D'autre part, la Haute Cour va encore plus loin lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences d'une violation des droits de la défense au cours de la phase préalable au procès pénal, puisqu'elle n'a pas hésité, à conférer un effet quasi-rétroactif à la nullité de mesures de garde à vue entachées d'une violation des droits de la défense. En effet, dans 4 arrêts rendus en assemblée plénière le 15 avril 2011, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe, que « *les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* ». Cette posture emporte cette conséquence que doivent être déclarées nulles sans délai les gardes à vue effectuées sans l'assistance effective par un avocat dès le début de la mesure et pendant les interrogatoires, et ce alors même que ces mesures étaient conformes aux exigences légales alors en vigueur.

En second lieu, lorsqu'il n'est pas possible de conclure à la nullité car les prévisions légales relatives aux droits de la défense ont été respectées, mais qu'un aveu a été recueilli hors la présence de l'avocat, il peut être considéré irrecevable. La loi du 14 avril 2011 a en effet ajouté à l'article préliminaire du Code de procédure pénale un alinéa selon lequel « *en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui.* » Ainsi, les aveux régulièrement recueillis hors la présence de l'avocat (ex : avocat qui ne se présente pas malgré l'avertissement des policiers, report régulier du moment de l'entretien avec l'avocat...) ne peuvent fonder une décision de condamnation qu'à la condition d'être étayés par d'autres éléments de preuve. A défaut, ils constituent une preuve irrecevable. Ainsi, dans un arrêt rendu le 5 mars 2013, la chambre criminelle a jugé que les aveux spontanément formulés par une personne mise en examen hors la présence de son avocat, aux policiers chargés d'assurer son transport ne constituent pas une preuve recevable. Rendu au visa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, l'arrêt énonce en effet dans un attendu de principe « *qu'est contraire au droit à un procès équitable et aux droits de la défense le fait pour des officiers de police judiciaire d'entendre, dans le cadre d'une même information, sous quelque forme que ce soit, une personne qui, ayant été mise en examen, ne peut plus, dès lors, être interrogée que par le juge d'instruction, son avocat étant présent ou ayant été dûment convoqué* ». Les droits de la défense constituent ainsi la seule garantie processuelle de la phase préalable au procès pénal dont la mise à mal peut justifier que l'irrecevabilité soit déclarée, lorsque, la preuve ayant été régulièrement recueillie, la nullité ne peut être prononcée.

2) Selon les prévisions du droit pénal de fond

La chambre criminelle est allée encore plus loin s'agissant des droits de la défense, puisqu'elle a érigé cette garantie processuelle en un véritable fait justificatif de l'infraction. Ainsi, depuis 1951, la jurisprudence estime, de manière générale, que le professionnel, mis en cause dans son honneur ou sa compétence, peut violer le secret professionnel, à condition que cette violation soit rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense (en ce sens, v. nota. Crim. 16 mai 2000). La solution a été étendue par deux arrêts rendus par la chambre criminelle les 11 juin 2002 et 11 février 2003 à l'infraction de recel de violation du secret de l'instruction. Dans ces affaires, les prévenus, journalistes, pour se défendre à l'occasion d'une procédure entamée contre eux pour diffamation, avaient produit des copies de pièces couvertes par le secret de l'instruction. Ils étaient poursuivis de ce fait du chef de recel de violation du secret de l'instruction. A deux reprises, la Cour de cassation censure les arrêts d'appel qui concluaient à la condamnation des journalistes au visa du « *principe du respect des droits de la défense* ». En dernier lieu c'est l'infraction de vol qui s'est trouvée justifiée par l'exercice des droits de la défense. Ainsi, dans deux arrêts rendus le 11 mai 2004, la chambre criminelle valide la relaxe du chef de vol d'une salariée qui s'était emparée de documents appartenant à son employeur au motif que « *les documents de l'entreprise que la prévenue a appréhendés et reproduits sans l'autorisation de son employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier* ».

Or, à aucun moment le code pénal ne prévoit que l'exercice nécessaire des droits de la défense soit de nature à justifier la commission d'une infraction. Dès lors, la question se pose de savoir quel fondement juridique attribuer à cette solution. Seul le « *principe du respect des droits de la défense* » est visé par la Cour de cassation. La doctrine en déduit que l'exercice nécessaire des droits de la défense doit désormais se comprendre comme une cause autonome de justification pénale. Bien qu'elle apparaisse opportune en ce qu'elle bénéficie à des salariés qui ne bénéficiaient d'aucun autre moyen que la commission d'une infraction pour se défendre contre leur employeur, la solution questionne d'un point de vue symbolique. Érigés en faits justificatifs de l'infraction, les droits de la défense semblent prendre le pas sur l'impératif de sauvegarde de l'ordre public.