

Concours : Premier concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistratureEpreuve : Composition sur un sujet de droit pénal ou de procédure pénale

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



« Le malfaiteur, s'il n'a pas été accusé, ne peut être reconnu coupable » évoquait déjà un adage romain. Celui-ci impliquait alors que l'auteur d'une infraction, d'une atteinte à l'ordre public, bénéficie de garanties effectives et efficaces lui permettant d'assurer sa défense et ainsi de contester les charges pesant sur lui. Aujourd'hui, l'ensemble de ces garanties désignent les droits de la défense.

Le grand orateur Cicéron, dans son Pro Roscio, s'exprimait : « Qui il y ait de nombreux accusateurs dans une cité est une chose utile », soulignant la nécessité, dans le système procédural qui avait adopté la République romaine, de délateurs engageant des poursuites pénales à l'encontre du délinquant. C'est évidemment sans omettre que le système pénal était celui de l'accusatoire, caractérisé par son oralité, sa contradiction, et sa publicité.

Un modèle jugé si inefficace lors de la Révolution française que le début du XIX^{ème} siècle fut marqué par le retour d'un système procédural inquisitoire, dans le Code d'instruction criminelle de 1808. D'une certaine manière, c'était l'ordonnance de 1610 qui se trouvait confortée.

Mais caractérisée, à l'inverse, par son secret, il apparaît que la procédure inquisitoire, par essence, ne peut que laisser une place résiduelle à la personne mise en cause qui en fait l'objet. Alors, une première contradiction naît, entre le respect des droits fondamentaux de l'Homme, et la redoutable efficacité répressive du système inquisitoire, éminemment présent dans la phase préparatoire du procès.

pénale. Celle-ci doit être entendue, au regard du Code de procédure pénale positif, comme la phase de mise en état d'une procédure, précédant le renvoi devant la juridiction de jugement. En d'autres termes, et c'est d'une grande importance, la phase préparatoire au procès désigne l'ensemble des actes d'investigation relatifs à une infraction constatée, jusqu'à la décision prise par un membre de l'autorité judiciaire de renvoyer l'auteur soupçonné devant une autre autorité, nécessairement séparée, qui se prononcera sur sa culpabilité. La phase de mise en état regroupe dès lors les enquêtes menées par la police judiciaire en vertu de l'article 14 du Code de procédure pénale, ainsi que l'instruction préparatoire, régie par les articles 79 et suivants du même Code. À l'issue de l'enquête, dirigée par le Procureur de la République en vertu de l'article 41 du Code de procédure pénale, décision sera prise par lui de mettre en mouvement l'action publique, de recourir à une procédure alternative, ou de classer sans suite, selon le principe d'opportunité des poursuites. La tenue d'une juridiction d'instruction, obligatoire s'agissant d'un crime et évidemment nécessaire lorsqu'un délit n'est point en état d'être poursuivi, donnera lieu à l'accomplissement de nouveaux actes d'investigation qui participent de l'avancement de la phase préparatoire.

Ainsi entendue, celle-ci invite à ce que lui soient comprises les garanties procédurales bénéficiant à toute personne mise en cause, devenant mise en examen et dans une certaine mesure, témoin assisté, en phase d'instruction. Encore faut-il déterminer la consistance des droits de la défense, composés des droits fondamentaux notamment énumérés au sein de la Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789 et de la Convention Européenne éponyme de 1950, textes pleinement impératifs. Les droits de la défense regroupent l'ensemble des droits, facultés et prérogatives dont dispose une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction à la loi pénale, lui permettant de contester sa participation ou la validité de la procédure qui l'a constatée.

Les droits de la défense figurent au premier rang des

garanties contre l'arbitraire, contre une décision unilatérale illégitime. Ils partagent de l'Etat de droit et, en définitive, sont l'expression du droit fondamental à la liberté et la sûreté, justifiant qu'ils soient protégés, et, surtout, effectifs. Cette effectivité peut questionner au regard du système mixte à dominante inquisitoire selon l'expression du Haut conseiller Jacques Guissou et du recteur Serge Guinchard, qui dirige de longue date la procédure pénale française et qui promeut l'efficacité répressive. En effet, la répression des troubles portés à l'ordre public justifie de façon éminente que les actes d'investigation se révèlent contraignants. Il en va de la protection de la société, objectif à valeur constitutionnelle.

Des lors revient-il de s'interroger quant à la place qui occupent les droits de la défense au sein de la phase préparatoire qui, comme nous l'avons annoncé, se caractérise par ses aspects contraignants et coercitifs. Les droits de la défense, protégés tant par l'article 6 paragraphe troisième de la Convention européenne que par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, renferment une diversité mais n'ont qu'une finalité, celle de la contestation et de la contradiction des charges pesant sur le mis en cause, et ce titre exclusif - nous le verrons - de l'étude de la présomption d'innocence, ne constituant pas en elle-même un droit de la défense. Partant, les droits de la défense trouvent-ils une pleine effectivité dans la phase préparatoire au procès, compte tenu de la conciliation nécessaire qui doit être faite entre ceux-ci et l'impératif d'efficacité répressive?

Il apparaît, et il conviendra de le démontrer avec rigueur, que ceux-ci naissent spontanément et naturellement de la seule qualité de mis en cause, n'impliquant pas de celui-ci une quelconque action (I), tandis qu'ils se prolongent et s'expriment dans la participation active du mis en cause à la phase préparatoire (II).

I L'existence inhérente de droits de la défense tenant à la seule qualité de mis en cause, ou la manifestation d'une phase préparatoire loyale et équitable.

La personne soupçonnée d'avoir commis une infraction se trouve de ce seul fait titulaire de droits inhérents qui trouvent pleine effectivité dans la phase préparatoire. Ainsi, le droit à l'information, accompagné de ses corollaires, se présente comme une condition sine qua non de l'exercice des droits de la défense (11), tandis que le droit à l'assistance d'un avocat se trouve toujours plus fortifié (13).

1A. Le droit à l'information et ses corollaires, conditions préalables sine qua non à l'exercice de tout autre droit de la défense

Le droit à l'information trouve son fondement dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale établissant que toute personne suspectée ou poursuivie a le droit d'être informée des charges retenues contre elle. L'article 6 § 3 a) de la Convention européenne des droits de l'homme, et après l'art. ECHR, détaille ce droit en stipulant que tout accusé a le droit d'être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui.

Dans la phase préparatoire, le droit à l'information s'exprime pleinement tant en phase d'enquête qu'en phase d'instruction. Dans la première, des dispositions relatives à l'audition libre et à la garde à vue prévoient expressément un tel droit qui, de toute évidence, conditionne tous les autres. Ainsi l'article 61-1 du Code de procédure pénale dispose-t-il que la personne ne peut être entendue librement sur les faits objets de l'audition libre qu'après avoir été informée de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction. Il faut noter que ce droit premier, essentiel puisqu'il permet au mis en cause d'exercer ses droits, a été renforcé, non seulement par l'apparition de l'audition libre, effectivement encadrée, mais aussi

Concours : Premier concours d'accès à l'École nationale de la magistratureEpreuve : Composition sur un sujet de droit pénal ou de procédure pénale

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



par l'antépénultième alinéa du même article, prévoyant une information de l'infraction soupçonnée, et c'est essentiel, dans la convocation à l'adite audition, rompant avec la pratique qui consistait à indiquer sur la convocation en vue de l'audition la simple mention : « pour affaire vous concernant ».

Le droit à l'information ainsi qu'à celui de l'interprète qui ne peut en être séparé, trouve ainsi pleine efficacité en garde à vue, comme l'énonce l'article 63-1 du Code de procédure pénale. Idemiquement, les articles 80-2 et 146 du même Code prévoient le même droit.

Le droit à l'information constitue le premier droit de la défense, conditionnant tous les autres. Il est indissociable du droit à l'interprète et explique le droit de se taire.

En effet, la personne mise en cause ayant été informée des charges qui pèsent contre elle et de l'infraction reprochée, pourra parfaitement faire le choix de garder le silence et, éventuellement, de ne pas s'auto-incriminer. Le droit à l'information implique tout autant celui de la requalification. En effet, la personne mise en cause doit être informée de toutes les infractions. Dans le cas d'une mise en examen supplétive, par exemple, le juge d'instruction est tenu d'informer le mis en examen des nouvelles qualifications.

Le droit à l'information est intangible mais peut toutefois connaître un report. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle reconnu l'existence d'un obstacle inav-

montable d'étréte (Léon. 3 avril 1995) et, au contraire, reconnaît la nullité de la garde à vue lorsque le droit à l'information a été différé sans motif légitime.

La modification des droits, au droit à l'information, constitue la condition *sine qua non* de l'exercice des autres droits de la défense. Le droit à l'information précède celui, extrêmement conforté, du droit à l'avocat et son assistance.

3. La fortification du droit à l'assistance d'un avocat.

Le droit à l'assistance d'un avocat, ou d'un défenseur, est un principe véritablement supralégal, puisqu'il est expressément consacré à l'article 6 § 3 c) Conv. E.D.H. L'article préliminaire du Code de procédure pénale ajoute de façon extrêmement favorable au mis en cause qu'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 assisté par lui. Il faut rappeler que le Conseil constitutionnel avait notamment déclaré la garde à vue issue des anciennes dispositions du Code de procédure pénale inconstitutionnelle dans sa décision Q.P.C. du 30 juillet 2010 précisément parce que la procédure méconnaissait les droits de la défense et notamment le droit à l'assistance d'un avocat.

L'assistance de l'avocat se retrouve effective tout au long de la phase préparatoire au procès pénal, et ainsi la personne entendue librement par la commission d'un crime ou d'un délit bénéficie de ce droit (61-1 (PP)), depuis la création de l'audition libre qui, faut-il le souligner, marque une étape essentielle dans l'effectivité des droits de la défense. L'instruction préparatoire fait de l'assistance de l'avocat le principe (146 (PP)), dont seule la personne mise en examen peut refuser. Évidemment, la règle identique se retrouve en matière de garde à vue.

Désormais nous faut-il souligner la fortification récente du droit à l'assistance de l'avocat par la loi du 18 novembre 1966 relative à la modernisation de la Justice du XXI^{ème} siècle qui rend obligatoire l'assistance de l'avocat en cas de garde à vue du mineur.

L'assistance de l'avocat peut connaître des exceptions dans le report de l'intervention de celui-ci. L'article 706-88, applicable en matière de criminalité et de l'ingrance organisée, permet ainsi le report de l'intervention de l'avocat en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction. Comme nous nous attachons à le démontrer, les impératifs répressifs peuvent implanter ce droit mais sans jamais l'annuler. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il abrogé dans une décision QTE du 17 février 2012 l'article 706-88-2 du Code de procédure pénale qui permettait au juge des libertés et de la détention de choisir l'avocat sur une liste limitative dans le cadre d'une garde à vue décidée sur le fondement de l'article 706-73^{II} ; relatif aux infractions terroristes.

Les droits de la défense précédemment exposés se caractérisent par leur intangibilité. S'ils peuvent connaître des limitations, ils ne peuvent en aucun cas être niés, démontrant alors la place prégnante qu'ils occupent dans la phase préparatoire au procès, qui se caractérise pourtant par son caractère inquisitoire. En réalité, les droits de la défense constituent des symboles et les manifestations d'une procédure équitable et partiellement accusatoire.

Ceci exposé, il reste que les droits de la défense, loin s'en faut, ne se limitent point à ceux examinés et s'expriment avec davantage d'acuité dans les prérogatives procédurales dont dispose le mis en cause.

II. Les droits de participation active du mis en cause dans la phase préparatoire, ou d'intensification de la contradiction.

Les droits de participation du mis en cause dans la procédure, résultant d'intensification du contradictoire, s'ils s'exercent classiquement en phase d'instruction (B), connaissent une réelle augmentation en phase d'enquête (A).

A. La participation naissante du mis en cause en phase d'enquête.

Si la loi du 3 juin 2016 a intensément renforcé les dispositifs pénaux antiterroristes, il est indéniable qu'elle a dans le même temps fait naître la contradiction en phase d'enquête.

Le nouvel article 39-3 du Code de procédure pénale qui confie au procureur de la République la mission de contrôler les actes d'enquête et leur proportionnalité, ainsi que leur légalité, innove surtout en le chargeant de veiller à ce que les enquêtes soient menées à charge et à décharge, tâche traditionnellement dévolue au juge d'instruction (articles 80 et suivants CPP).

Cette nouvelle obligation a évidemment impliqué que la place du mis en cause soit réexaminée et c'est ainsi qu'une « dose » de contradictoire a été installée dans la procédure d'enquête.

Le nouvel article 77-2 est remarquable en ce qu'il prévoit la possibilité pour une personne qui a fait l'objet d'une audition libre ou d'une garde à vue, un an après l'accomplissement de ces actes, demander au procureur de la République, de consulter le dossier de la procédure afin de formuler ses observations. Même encore, est consacrée la faculté pour la personne mise en cause de formuler des demandes d'actes.

Cette nouveauté essentielle ne doit d'être eue

Concours : Premier concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature

Epreuve : Composition sur un sujet de droit pénal ou de procédure pénale

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



vue et interprétée. Jusqu'à présent, la personne mise en cause subissait véritablement l'enquête puisqu'elle ne pouvait influencer sur elle, au contraire de la procédure d'instruction. Ce renforcement incide sur le caractère contradictoire de l'enquête, tant préliminaire que flagrante, et naissant, mais laisse augurer de prochaines transformations.

Les droits de la défense ne peuvent qu'en être renforcés. L'on pourra ainsi relever la consécration de la parade d'identification ou de la reconstitution, prévues par les articles 61-3 du Code de procédure pénale qui peut être demandée par la personne mise en cause.

Ces actes enrichissent le caractère contradictoire nouveau de la procédure d'enquête et, plus largement, de la phase préparatoire.

Néanmoins, on soulignera que la faculté d'effectuer des observations au Procureur de la République ne sera sans incidence sur la décision de l'action publique qu'il prendra, puisqu'il en reste maître. Elle influera sur l'opportunité d'une telle décision.

• A cette nouveauté essentielle correspond la persistance des droits de la défense en phase d'instruction.

B. La participation persistante du mis en examen en phase d'instruction.

La personne mise en examen, dans la phase d'instruction, outre qu'elle jouit des droits de la défense clairement énumérés précédemment, dispose de nombreuses possibilités afin de contester l'infraction qui lui est reprochée ou les actes d'investigation entrepris. Bien entendu, ces droits font partie intégrante des droits de la défense qui, rappelons, j'aurais sans notre acceptation la part belle aux droits de contestation de la procédure.

Les droits de la défense s'exercent en premier lieu au travers des nombreuses demandes d'actes qui peuvent être formulées par le mis en examen.

Ces-ci sont précisés à l'article 81 du Code de procédure pénale. Le juge, lors de la mise en examen, est tenu d'informer la personne qu'elle peut réaliser de telles demandes (article 116 (CP)). Pour les besoins de la cause, l'on se contentera de renvoyer aux dispositions pour la connaissance de leur régime.

Outre les demandes d'actes, ce sont les actions en nullité qui appartiennent au mis en examen, dans les conditions fixées aux articles 173 et suivants CPP. La contestation des actes d'investigation participe activement de la préservation des droits de la défense, de même que les recours enverts devant la chambre de l'instruction tendant principalement à la contestation de la procédure ou encore du recours formé contre un refus de libération de détention provisoire.

Au demeurant, il est parfaitement logique que le mis en examen, contre lequel pèsent des indices graves et concordants d'avoir commis l'infraction

tion, jouement de tels droits. D'on pourra noter en fin
le droit d'observation contre le réquisitoire définitif
- du procureur de la République qui impute, en
- vertu de l'article 175 CP, une véritable procé-
dure contradictoire en fin d'instruction.

Les droits de la défense dans la procédure d'enquête
ou d'instruction sont effectifs. A toute interrogation
préalable, la réponse sera affirmative étant toutefois
souligné les limites qui ils connaissent par essence
dans une procédure inquisitoire. Il faut essentiel
de relever les innovations apportées par la loi du
3 juin 1906 qui, dans un sens inverse, a considéra-
blement accru les pouvoirs de l'autorité judiciaire dans
cette même phase préparatoire.

