



HAL
open science

Les incidences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit pénal français : enjeux et perspectives

Laurent Drouvot

► **To cite this version:**

Laurent Drouvot. Les incidences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit pénal français : enjeux et perspectives. Droit. 2016. dumas-01487956

HAL Id: dumas-01487956

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01487956>

Submitted on 13 Mar 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Laurent DROUVOT

Les incidences de la jurisprudence de la Cour Européenne des
Droits de l'Homme sur le Droit Pénal Français: enjeux et
perspectives

Mémoire de Master 2 « Carrières Publiques »

Mention :

Spécialité : Sécurité Défense

Parcours :

Sous la direction de Mme Sophie PEREZ

Année universitaire 2015-2016

Remerciements

Je tiens particulièrement à remercier Mme Sophie PEREZ qui a pu m'aider dans la réalisation de ce travail et qui m'a soutenu dans l'élaboration de cette réflexion.

Sommaire

I. Les incidences des condamnations de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le Droit Pénal Français

A. Des modifications législatives de fond et de forme

B. Des incidences sur la jurisprudence

II. Les évolutions souhaitables et possibles

A. Poursuivre la mise en adéquation de la législation avec la jurisprudence

B. Une modification substantielle de notre système juridique

Introduction

«Celui qui sacrifie une liberté essentielle à une sécurité aléatoire et éphémère ne mérite ni la liberté ni la sécurité», cette citation de Benjamin Franklin nous amène à réfléchir sur l'équilibre traditionnel devant exister entre les exigences de lutte contre le crime et la délinquance et le respect des libertés publiques, la France comme d'autres pays démocratique n'échappe pas à ce dilemme, situation encore renforcée avec le défi posé par le terrorisme islamique aveugle et sanglant. L'histoire constitutionnelle française a consacré ce principe en confiant en interne par l'article 66 de la Constitution du 04.10.1958¹ des pouvoirs importants à l'autorité judiciaire chargée d'effectuer un contrôle des mesures privatives de liberté et afin que celle-ci en soit la gardienne scrupuleuse. Depuis le 04.11.1950, 47 Etats européens y compris la France ont eu la volonté dans le cadre du Conseil de l'Europe-sous les cendres de la deuxième conflagration mondiale-de se doter d'un outil de droit conventionnel supplémentaire original constituant un instrument constitutionnel d'un ordre public européen caractéristique d'un ordre démocratique, c'est l'outil, c'est la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales² avec sa juridiction la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a son siège à Strasbourg. Cette convention est entrée en vigueur en 1953 avec 14 protocoles additionnels qui l'ont suivi, les uns garantissant de nouveaux droits, les autres modifiant les procédures. La France a ratifié cette convention assez tardivement en 1974 (cette date correspond à l'arrivée de Valérie Giscard D'Estaing à la présidence Française souhaitant rompre avec le souverainisme de la période gaullio-pompidolienne) et n'a reconnu la réalité des requêtes individuelles pour les citoyens qu'en 1981 (autre date de rupture politique voyant l'arrivée d'un premier président socialiste à l'Elysée, François Mitterrand), toutefois, elle est partie à la dite Convention et doit s'y conformer selon l'adage « pacta sunt servanda ». On peut noter que le droit de se prévaloir de la norme internationale pour les droits de l'homme n'obéit pas aux règles classiques de la règle internationale, elle ne nécessite pas une exigence de réciprocité et elle bénéficie d'une présomption d'applicabilité directe, elle est «self executing», l'individu peut l'invoquer directement devant les juridictions internes. En droit international, le principe, formulé par la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) dans son avis du 03.03.1928 dans l'affaire dite du « Lotus »³, est qu'« un accord international ne peut, comme tel créer directement des droits et obligations pour des particuliers » sauf ajoute la Cour Internationale de Justice si les parties contractantes ont exprimé leur intention

d'adopter « des règles déterminées créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ». Cette condition est généralement remplie par les conventions relatives aux droits de l'homme dont l'objet est précisément de reconnaître des droits aux individus. Dans le cas de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, l'intention est claire « les hautes parties contractantes reconnaissent à toutes personnes relevant de leur juridiction les droits et libertés définis par la Convention ». La France ayant un système constitutionnel de type « moniste » (par opposition au système dit dualiste), elle intègre donc directement dans son ordre juridique interne les principes de cette Convention sans avoir à créer des dispositions spéciales pour cela, de plus l'arrêt de la Cour de Cassation Chambre Mixte dit « Jacques Vabres » du 24.05.1975⁴ a posé comme principe au niveau judiciaire que les juridictions françaises peuvent apprécier des dispositions conventionnelles conformément à l'article 55 de la Constitution du 04/10/1958 qui dispose : « que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accords ou traités, de son application par l'autre partie ». Le Conseil Constitutionnel pour sa part se refuse à effectuer un contrôle de la concordance de notre droit conventionnel avec notre bloc de constitutionnalité, cela se vérifie par une jurisprudence consacrée (que ce soit le considérant sur la constitutionnalité de la loi dite de confiance en l'économie numérique-LCEN-du 10.06.2004⁵ ou la jurisprudence Fraisse de la Cour de Cassation du 02.11.2000⁶). Il en découle une effectivité des principes de droit conventionnel de la Cour des Droits de l'Homme tant au niveau européen qu'au niveau interne cela se traduit aujourd'hui par un volume d'environ 2000 arrêts par ans. Cette convention énumère un certains nombres de droits fondamentaux, il serait néanmoins illusoire de croire que cette convention accorderait une protection intangible et absolue des droits offrant ainsi une efficacité importante en matière de défense en matière de droit pénal notamment, ainsi les droits que peuvent invoquer les justiciables en droit interne varient selon qu'ils soient intangibles (la vie, article 2, l'interdiction de la torture, article 3, l'interdiction de l'esclavage, article 4, la non-rétroactivité de la loi pénale, article 7 et la règle non-bis in idem, article 4 du protocole 7) ou qu'ils soient conditionnels (droit à un procès équitable, droit à un recours, droit à l'instruction, droit à des élections libres, droits à la liberté et à la sûreté, article 5). Il peut aussi exister des restrictions et il est possible de faire jouer pour l'Etat une clause générale d'ordre public, elle autorise ainsi l'Etat à limiter l'exercice du pouvoir proclamé tout en laissant subsister le droit, l'exercice du droit en cause peut faire l'objet des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans

une société démocratique à la protection de l'ordre public, enfin, il pourra aussi exister des droits indirects ou l'individu va se prévaloir de certains droits en liaison avec un autre droit garanti dans le texte conventionnel et aussi la protection dite par ricochet où il sera fait référence à un droit non expressément prévu dans le cadre de la convention. Les principes énumérés par la Convention affectent tous nos droits mais en particulier un droit éminemment régalien : notre Droit Pénal Français qui se voit contraint non seulement au niveau du Droit Pénal Général (nos grands principes juridiques) mais aussi au niveau de notre Procédure Pénale (notre fonctionnement procédural). Il y a donc une confrontation entre deux systèmes juridiques où l'on constate les influences de l'un (celui de la CESDHLF) sur l'autre (notre système pénal français), cette situation n'est pas sans poser des difficultés tant les deux systèmes sont différents et nécessitent des ajustements. On peut indiquer que la Cour Européenne des Droits de l'Homme dispose d'un mécanisme de contrôle exclusif avec ces trois formations contentieuses que sont le Comité (trois juges), la Chambre (sept juges) et la Grande Chambre (17 juges), la saisine peut s'effectuer soit par un Etat ou soit par un simple particulier. Il y a donc au niveau européen un grand nombre d'arrêts notamment si des violations sont constatées par elle d'un ou plusieurs grands principes défendus et protégés, on va constater une condamnation de l'Etat considéré et une indemnisation de la personne lésée. Il est à noter que la Cour sera saisie d'une manière subsidiaire, c'est-à-dire une fois les recours internes à l'Etat épuisés et quand la décision de justice aura acquis autorité de force jugée dans le pays. Il faut quand même préciser que les arrêts rendus par la CEDH peuvent être sans incidences directes tant sur les législations nationales que sur les décisions rendues par les juridictions internes, bref, ils ne s'imposent pas aux Etats même si certains promoteurs de la Convention auraient aimés à sa création une telle hypothèse (cf. projet Foster⁷ notamment). Il convient de distinguer trois situations juridiques quant à l'application de la Convention : premier cas, aucune violation de la Convention n'est constatée, la situation du demandeur ayant été en justice reste inchangée, second cas, la Cour relève qu'il y a eu une violation de la Convention non en raison d'un vice de la législation nationale mais par suite d'une mise en œuvre défailante du droit (par exemple un procès non-équitable, un procès ayant excédé un délai raisonnable, des sévices commis lors d'une mesure de garde à vue), il en résultera que le demandeur sera indemnisé du préjudice subit (première conséquence) et qu'un réexamen de l'affaire aura lieu en interne notamment si la condamnation de la personne a été faite en violation des principes inhérents à la Convention qui par leurs natures et leurs gravités entraînent des conséquences dommageables auxquelles une indemnisation ne peut mettre

un terme (deuxième conséquence existant dans notre droit positif à l'article 626.1 du Code de Procédure Pénale⁸, loi du 15.06.2000 sur la présomption d'innocence dites loi « Guigou »). Enfin, troisième hypothèse, il pourra y avoir des situations où la violation de la Convention procédera d'un système législatif national non conforme, cela aboutira à une condamnation pécuniaire de l'Etat intéressé, à un réexamen de l'affaire au niveau interne et au final la législation de l'Etat ainsi stigmatisée, l'Etat finira tôt ou tard par mettre son droit en harmonie avec les exigences de la Convention. Il y a également une conséquence non négligeable du contrôle de conventionalité qui est celui de placer la Cour de Cassation dans une situation éminente de Cour suprême puisqu'il lui revient en confrontation avec le Conseil Constitutionnel se refusant à le faire pour sa part, de contrôler nos principes législatifs avec la Cour de Strasbourg, ainsi la représentation nationale se voit rabrouée dans sa légitimité législative procédant du peuple souverain ce qui pourra susciter des oppositions heurtant historiquement notre souveraineté. Au-delà de sa portée juridique, le jugement établi par la Cour vise à la fois à la sauvegarde des droits garantis, leur développement mais encore plus sûrement d'élargir le champ d'application de la Convention et renforcer les obligations pesant sur les Etats avec pour finalité une certaine harmonisation des droits internes. Au niveau interne la CEDH a force obligatoire dans les Etats membres du Conseil de l'Europe donc en France, les juridictions internes doivent l'appliquer. Les justiciables et leurs défenseurs ont trouvé là un angle d'attaque non négligeable parmi d'autres (Questions Prioritaires de Constitutionnalité nouvellement créées en France par la réforme constitutionnelle du 23.07.2008⁹ permettant de contester la constitutionnalité d'un loi dans des modalités spécifiques, invocabilité du droit de l'Union Européenne qu'il soit primaire et/ou dérivé, Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne notamment) pour relever par l'intermédiaire de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation des non-conformités de certaines dispositions de la législation française au regard de la Convention à laquelle la France est partie, les dispositions ainsi fragilisées seront alors écartées au profit du prévenu et à sa grande satisfaction. On constate une effectivité du droit de recours individuel par l'intermédiaire de deux voies : d'une part, on a procédé à l'élargissement de l'accès au droit de recours, son titulaire sera une personne physique ou morale, le requérant doit avoir un intérêt à agir et à se plaindre d'une mesure individuelle portant atteinte à ses droits, il a même été accepté la notion de victime potentielle qui transforme ainsi les demandes de recours individuels en véritable « actio popularis », d'autre part, on a assoupli la règle de l'épuisement des voies de recours internes marquant le caractère subsidiaire du contrôle de la Cour, peu importe que le grief

tiré de la violation de la Convention ai été présenté devant les juridictions nationales (l'avoir avancé suffit), de plus la Convention dispense d'exercer des recours inutiles grâce à une solide jurisprudence établie, ainsi la règle de l'épuisement des voies de recours interne initialement protectrice de la souveraineté des Etats est devenue un mécanisme « boomerang » qui renforce le contrôle des organes de la Convention sur le droit interne. La réalité de l'application d'un tel droit conventionnel dans notre fonctionnement juridique interne n'est plus à démontrer (que cela soit au niveau administratif comme judiciaire d'ailleurs) et nous amène à procéder à cette réflexion qui portera uniquement sur un aspect judiciaire notamment sur les incidences de la jurisprudence d'une telle convention sur le Droit Pénal Français. A l'heure où existe en France une forte demande liée à la sécurité des citoyens, situation encore renforcée par la menace terroriste prégnante, nous présenterons dans un premier temps les incidences des condamnations de la Cour sur notre Droit Pénal Français (I) et dans un second temps nous étudierons les pistes qu'ils seraient souhaitables de suivre pour mettre notre Droit Pénal en adéquation avec les exigences de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (II).

¹ Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.

² Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, traité international signé par les États membres du Conseil de l'Europe le 04/11/1950 entré en vigueur le 03/09/1953, voir **annexe 1 p.64 du présent**.

³ « Les règles de droit liant les Etats procèdent...de la volonté de ceux-ci ».

⁴ La juridiction suprême de l'ordre judiciaire reconnaît la primauté de l'ordre juridique communautaire, notamment le Traité de Rome sur les lois nationales antérieures mais aussi sur les lois nationales postérieures.

⁵ Loi pour la confiance dans l'économie numérique, n° 2004-575 du 21/06/2004.

⁶ Cour de Cassation, Assemblée Plénière, Audience Publique du vendredi 2 juin 2000, N° de pourvoi: 99-60274.

⁷ Projet Foster du congrès du mouvement européen présenté au Comité des Ministres en juillet 1949, Recueil des travaux préparatoires, vol. 1, p. 42 et pp. 301-303.

⁸ Le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation des dispositions de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la " satisfaction équitable " allouée sur le fondement de l'article 41 de la convention ne pourrait mettre un terme.

⁹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

Partie 1

Les incidences des condamnations par la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le Droit Pénal Français

-

Chapitre 1

Des modifications législatives de fond et de forme

Notre Droit Pénal est directement et totalement affecté par l'application des dispositions de la Convention par l'action et les décisions de la Cour de Strasbourg. Cette réalité a pour finalité de faire progresser l'Etat de droit, les Etats s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs qui s'imposent à eux et ensuite d'effectuer des mesures de provision surtout s'il est constaté une violation de l'article 2 (droit à la vie) ou encore une violation de l'article 3 (interdiction de la torture). Les Etats ont en outre l'obligation positive de donner les moyens de l'exercice du droit et le Comité des Ministres surveille la prise en compte des arrêts de la Cour, les arrêts ont une portée ayant autorité relative de chose jugée, on évolue pour ceux-ci vers une autorité « erga omnes » (à l'égard de tous), il y a vérification que l'Etat change sa réglementation même si celui-ci n'est pas condamné en particulier. En Droit Pénal Français, on constate que les principes directeurs de notre Procédure Pénale sont issus des moyens retenus par la CEDH lisant la Convention¹⁰, nous pouvons les citer ici pour mettre en exergue le fait qu'ils sont très présents dans notre droit :

Principes de fond :

-droit à l'intervention de l'autorité judiciaire tout au long de la procédure, de l'arrestation jusqu'à l'exécution définitive de la peine (article 5, droit à la liberté et à la sûreté) et article 6 (droit à un procès équitable)

-légalité d'une arrestation ou détention contrôlée par un magistrat du Parquet ou par un Juge

-droit de toute personne de saisir un Juge lorsqu'une accusation en matière pénale est portée (article 6)

Garanties institutionnelles entourant l'accès au Juge :

-principe de la séparation des fonctions judiciaires entre le Parquet et le Siège compte tenu de l'indépendance et de l'impartialité attendue du Juge (article 6)

-principe de l'impartialité du Tribunal (article 6), à noter que la CEDH exige une impartialité objective (par exemple une indépendance par rapport à l'exécutif) et une impartialité subjective (elle renvoie ici au comportement personnel du Juge), à noter que ces exigences sont déjà actées néanmoins en droit interne français avec les mécanismes du recours en récusation, en bonne administration de la justice et/ou en suspicion légitime et aussi via un corps de règles organisant la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

-droit de s'exprimer dans sa langue (article 6)

Garanties procédurales applicables :

-non-bis in idem (article 4 et protocole 7) c'est-à-dire de ne pas être jugé deux fois pour le même fait

-droit au respect de la dignité humaine (article 3, ce qui interdit de facto la torture)

-droit à la présomption d'innocence (article 6)

-droit à des débats et à un jugement public (article 6)

-droit à la célérité de la procédure (article 5 et 6), ce droit comprenant l'information de la personne, le contrôle du juge, la durée de la détention provisoire, la durée des procédures d'information dans un « délai raisonnable » avec prise en compte par la Cour de l'espèce et de la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, l'attitude des autorités par exemple

-droit à l'équité de la procédure (article 6) comprenant la motivation, l'égalité des armes dans l'accès à la justice, le respect de la procédure contradictoire (avec communication des documents liés au dossier), l'exercice des voies de recours

-droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer

-droit de la défense (article 5 et 6) comprenant l'information sur la ou les raisons d'une arrestation, l'information sur la nature et les causes de l'accusation, la possibilité pour la personne poursuivie 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 avocat, le droit de se faire représenter par un avocat sans comparaître personnellement, le droit de convoquer et d'interroger des témoins, le droit à l'assistance d'un interprète, le droit d'exercer un recours contre toute décision pénale défavorable (article 2 du Protocole N°7), le droit à réparation en cas d'arrestation ou de détention injustifiée (article 5).

Ainsi, cette rapide présentation des différentes garanties du fonctionnement de notre Droit Pénal avec les exigences portées par la Cour nous permet d'évoquer les apports juridiques formels données par la Cour sur la législation française et ne peut qu'apporter des dissensus en Europe sur le fonctionnement de la Procédure Pénale Française, on peut constater une contradiction du système français où ces principes directeurs ont été importé, c'est un principe qu'on retrouvait dans les Etats ayant peu de lois et ayant au contraire une jurisprudence importante. Ce que nous impose la CEDH est en fait assez éloigné de notre

système qui est fondé sur la loi et non sur la jurisprudence comme dans les pays de tradition juridique anglo-saxonne de la « common-law ». Lorsque la loi du 15.06.2000 sur la présomption d'innocence¹¹ a créé l'article préliminaire du Code de Procédure Pénale¹², on a intégré une partie des dispositions de la Convention dans notre droit mais celui-ci reste lacunaire car beaucoup de principes de la dite Convention ne s'y trouvent pas encore intégrés. Il est à noter que cette loi du 15.06.2000 a été votée dans un climat passionnel à l'approche de la présidentielle de 2002 où les enjeux sécuritaires ont suscité de vifs débats au sein des partis politiques (présence d'ailleurs au second tour d'un candidat d'extrême droite dans cette élection ayant fait sa campagne sur ce thème des enjeux sécuritaires face au président Chirac en fin de premier mandat), Elizabeth GUIGOU, Garde des Sceaux dans le gouvernement de Lionel Jospin Premier Ministre était identifiée par ces contempteurs-comme aujourd'hui d'ailleurs Christiane TAUBIRA dans le gouvernement de Manuel VALLS-comme une ministre plaçant la doctrine pénale de la théorie ancêtre dite de « défense sociale »¹³ en premier lieu de sa politique pénale alors qu'elle n'a eu que pour but de procéder à une adaptation mutatis mutandis de la législation française aux exigences imposées par la Convention à laquelle la France était partie. Rétrospectivement, on peut examiner cette loi comme un premier effort volontariste de mise en adéquation de notre droit conventionnel avec notre législation nationale.

Voyons donc concrètement les situations rencontrées par les cas d'espèces amenant à ce que nous ayons des fragilités sur le fonctionnement de notre Droit Pénal avec les exigences de la Cour de Strasbourg aussi bien concernant notre Droit Pénal de fond (nos grands principes de Droit Pénal Général) que notre Droit Pénal de forme (le fonctionnement même de notre procédure) .

On pourra remarquer que dans la hiérarchie des dysfonctionnements et des condamnations dont nous faisons l'objet, qu'il y a des situations très hétérogènes quant aux problématiques soulevées, il conviendra d'évoquer les difficultés en hiérarchisant la gravité des unes par rapport aux autres.

¹⁰ www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf · *Fichier PDF*.

¹¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT...>, Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

¹² <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA>.

¹³ « La Défense sociale nouvelle », Marc Ancel, repenser tout le système pénal autour de la réadaptation sociale du délinquant.

1.1 Le Droit Pénal de Fond

On pourra citer ici un grand nombre de décisions traduisant une coexistence des principes de ce droit conventionnel avec nos réalités juridiques qui ne sont pas sans créer des difficultés. Pour revenir plus concrètement au Droit Pénal Général, on peut citer la décision « Krombach contre France » du 13.02.2001¹⁴ ayant fait évoluer la procédure dite de contumace en la désignant non conforme à l'article 6 (droit à un procès équitable) de la Convention, en effet, avant cette décision l'état du droit positif pénal en matière de condamnation par contumace (c'est-à-dire en l'absence du prévenu non-comparant) n'exigeait pas la présence d'un avocat le représentant, la Cour a jugé qu'une telle pratique était contraire à la Convention, situation ne permettant pas au prévenu contumax de faire valoir ses droits, c'est ainsi que la loi du 09.03.2004 dite Perben II¹⁵ est venue régulariser la situation en posant-pour ce système juridique en particulier-comme exigence la présence d'un avocat représentant le prévenu non comparant et a institué le défaut criminel. Avant cela, donc, uniquement en matière criminelle, quand un accusé ne se présentait pas à son procès, il était jugé sans la présence d'un défenseur. Le but premier de ce type de jugement était d'éviter la prescription, toutefois la procédure n'était pas tout à fait la même qu'un procès d'assises traditionnel. Elle était en effet écrite, sans audition de témoins ni d'experts, et l'accusé n'était pas représenté par un avocat. Quant au jugement, il était uniquement rendu par des magistrats professionnels, sans jury, comme c'est systématiquement le cas lors des procès d'assises, toute personne condamnée par contumace avant 2004, et retrouvée, était donc automatiquement rejugée, dans les conditions traditionnelles d'un procès d'assises. Dans le cas d'espèce ici souligné M.KROMBACH Dieter docteur et ressortissant allemand avait été convaincu d'être l'auteur d'un homicide sur une mineure de 15 ans et avait été désigné coupable par la juridiction Française précédemment et bien qu'absent lors de son jugement (les autorités Allemandes ne l'ayant pas extradé malgré plusieurs demandes en ce sens des autorités Françaises) avait contesté cette condamnation contumax devant la Cour qui avait fini par y donner droit et faire évoluer la législation française suite au moyen présenté par ce prévenu qui finalement fut enlevé par le père de la victime et ramené de force auprès des autorités judiciaires Françaises qui purent ainsi finalement le juger au même titre d'ailleurs que son

kidnappeur qui écopa également d'une peine pour un tel acte d'enlèvement et séquestration.

Autre éléments juridiques sur lesquels la Cour a porté une réflexion en matière de Droit Pénal Général cela concerne le contenu des faits justificatifs notamment celui comprenant ce qu'on appelle l'ordre de la loi, élément qui a son régime fixé par l'article 122.4 du Code Pénal et qui stipule : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ». Il s'agit de l'arrêt Guerdner contre France du 17.04.2014¹⁶. Les faits sont les suivants : en mai 2008, Joseph Guerdner membre de la communauté des gens du voyage était interpellé et placé en garde à vue dans les locaux de la gendarmerie de Brignoles (83) à la suite d'une enquête pour des faits de vol à main armée en bande organisée avec enlèvement et séquestration. Au terme d'une audition bien que toujours sous le régime de la garde à vue, il demanda à pouvoir fumer, il réussit à tromper la vigilance de son geôlier et à ouvrir une fenêtre, bien que menotté, il sauta à l'extérieur du bâtiment où il était retenu. Un gendarme voulant le stopper tira à plusieurs reprises dans sa direction. Joseph Guerdner décéda peu après des suites de ses blessures. L'enquête flagrante liée à une hypothèse de faits d'homicide volontaire aggravé commis par le Gendarme déboucha sur une ouverture d'information (obligatoire à ouvrir au profit d'un Juge d'ailleurs pour le Procureur s'agissant d'une affaire criminelle). Il s'en suivit une instruction assez longue qui dans ses conclusions abouties à la mise en accusation du Gendarme pré-cité pour homicide volontaire devant la Cour d'Assises du Var. A l'issue du procès d'Assises, le Gendarme mis en cause obtint un non-lieu qui indiquait dans ses conclusions que c'est bien légalement et conformément aux dispositions de l'article 122.4 du Code Pénal qu'il avait du faire usage de son arme pour arriver à stopper le prévenu (arrêt du 17.09.2010 qui acquitta le Gendarme présentant que celui-ci avait effectué un acte prescrit et autorisé par les dispositions législatives et/ou réglementaire). L'examen du dossier en Cour d'Assises conclua donc à l'innocence du Gendarme. Cette situation aboutit ensuite pour la famille du défunt à une saisine de la Cour de Strasbourg prétextant qu'il y avait sur le fond un usage excessif de la force par le Gendarme (non-respect de l'article 2, droit à la vie) et sur la forme que l'enquête avait été menée d'une manière partielle (à noter que l'enquête avait été menée sur l'affaire par un organe d'inspection de la Gendarmerie Nationale ce qui était effectivement discutable). La Cour a donc examinée successivement les deux moyens soulevés devant elle. Pour le premier, elle a conclu que la réglementation gendarmique fixant le régime d'utilisation de l'arme était conforme au respect du droit à la vie mais que se posait néanmoins un problème dans la pratique d'un tel usage de l'arme au niveau du Code de la Défense, sur le cas d'espèce une autre solution opérationnelle que l'ouverture du feu aurait pu être utilisée pour s'assurer du prévenu sans attenter à sa vie tout en garantissant son interpellation. Concernant le deuxième moyen soulevé et examiné par la Cour, il a été indiqué que le fait qu'un organe de contrôle des forces de la Gendarmerie (en l'occurrence l'Inspection de la Gendarmerie Nationale-IGN-désormais remplacée par l'Inspection Générale de la Gendarmerie Nationale-IGGN-pour mieux

« coller » à son rattachement organique à la Place Beauvau depuis 2009) puisse enquêter sur des dysfonctionnements commis par d'autres Gendarmes posait la question de la partialité. L'Etat Français fut donc condamné en violation de l'article 2 (droit à la vie) mais il fut reconnu la compatibilité des dispositions organiques du Code de la Défense en matière d'engagement des armes en considération des textes pour la force gendarmique, il fut demandé néanmoins de prévoir des ajustements nationaux à opérer pour encadrer et améliorer la lisibilité des dispositions relatives à l'usage des armes à feu par les Gendarmes, il fut aussi néanmoins validé le fait que des Gendarmes puissent enquêter sur d'autres Gendarmes, la France fut donc condamnée à raison d'un recours excessif à la force meurtrière en conclusion. Au titre du préjudice moral, la Cour alloua 50 000 euros conjointement à la conjointe et aux trois enfants de Joseph Guerdner, 10 000 euros à sa mère, 5 000 euros à chacun de ses frères et sœurs et 2 500 euros à sa tante. La Cour a par ailleurs alloué 15 000 euros aux requérants conjointement pour frais et dépens. Dans le même esprit concernant les faits justificatifs pouvant être invoqués pour exclure une responsabilité pénale, on pourra utilement citer ici le régime de la légitime défense fixé par l'article 121.5 du Code Pénal qui stipule : *« N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction »*. Dans la décision CEDH Lamartine et Taitai contre France du 08.07.2014¹⁷, la Cour étudie la situation des forces de l'ordre qui ayant engagé une course poursuite (« une chasse » dans le jargon policier) se voient reprocher la situation du décès du délinquant à l'occasion de celle-ci sur le moyen de l'article 2 du droit à la vie présenté par la famille des délinquants et requérants. Cette fois la Cour donne une lecture mesurée du cas d'espèce dans la mesure où elle juge de telles requêtes irrecevables et la Cour s'interroge s'il y a une atteinte à la vie lorsqu'on engage une course poursuite. La Cour indique qu'il faut interpréter les obligations pesant sur les forces de l'ordre de manière à ne pas imposer à celles-ci un fardeau insupportable ou excessif sans perdre de vue les difficultés que peuvent avoir les forces de l'ordre à exercer leur mission dans les sociétés contemporaines tout en prenant en compte l'imprévisibilité des comportements humains et les choix opérationnels à faire en matière de priorité et de ressources. La cour indique en outre qu'on ne saurait reconnaître à la charge de l'Etat une obligation positive de protection des personnes voulant se soustraire aux forces de l'ordre alors qu'elles ont commis des infractions pénales de nature délictuelles et/ou criminelles. Ainsi, à la lumière de la jurisprudence européenne, les courses poursuites qui abondent dans les faits divers ne sont pas hors la loi mais elles nécessitent pour leur mise en application des exigences formellement dégagées par les arrêts de la Cour : absence de contact physique entre le véhicule policier et celui des délinquants, absence de contrainte matérielle directe ou indirecte avec le véhicule en fuite, un certain discernement des forces de sécurité eu égard aux différents paramètres

rencontrés. Ainsi, sans interdire de telles pratiques la Cour les normes néanmoins sensiblement réduisant de fait une certaine marge des forces de sécurité.

Autre élément important du Droit Pénal de Fond, il s'agit du régime de fonctionnement des juridictions d'Assises pour ce qui est en particulier de la motivation des arrêts de Cour d'Assises. Il s'agit d'un débat qui a longtemps agité la doctrine et la jurisprudence avant que n'intervienne une loi imposant ce principe notamment la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs du 10.08.2011¹⁸ ayant inséré un article 365.1 dans notre Code de Procédure Pénale¹⁹. Avec l'arrêt CEDH du 13.01.2009 Taxquet contre Belgique, on a craint que la France ai à imposer une motivation des arrêts de Cour d'Assises au vu de l'attendu de cette affaire qui précise qu'une motivation des décisions de justice est étroitement liée aux préoccupations du procès équitable (article 6 de la Convention) car elle permet de préserver les droits de la défense s'agissant d'une forme de rempart contre l'arbitraire. Un arrêt dans le cadre de cette même affaire en Grande Chambre a nuancé toutefois le propos car il est expliqué encore qu'un procès équitable s'apprécie dans son ensemble et pas uniquement sur la non-motivation d'un verdict rendu par un jury populaire, ainsi les questions posées par le Président de la Cour d'Assises qui dirige les débats compensent largement la non-motivation. La loi du 10.08.2011 ainsi votée n'a fait que consacrer néanmoins une exigence du droit conventionnel européen en imposant au Président de Cours d'Assises ou à l'un de ses assesseurs que celui-ci doit désigner de rédiger les motivations de l'arrêt qu'il soit d'ailleurs de condamnation ou de non-lieu, il s'agit que soit remplie une feuille de motivation caractérisant des éléments objectifs de culpabilité ou d'innocence. La nécessité et la pratique d'une telle loi n'ont pas empêché l'existence de recours pendants et un arrêt à mis en exergue cette problématique concernant la condamnation de la France par la Cour survenue le 10.01.2013 dans l'affaire Agnelet²⁰ emblématique à plus d'un titre. Maurice AGNELET ancien avocat du barreau de Nice par ailleurs Secrétaire Régionale de la Ligue des Droits de l'Homme Méditerranéenne fut mis en accusation après de multiples rebondissements devant la Cour d'Assises des Côtes d'Armor (22) pour sa responsabilité pénale dans la disparition à la Toussaint 1977 de l'héritière du casino du Palais de la Méditerranée à Nice Agnès Leroux sur fond de guerre d'exploitation des casinos entre la famille Leroux propriétaire du Palais et Jean Dominique Fratoni qui détenait le Casino Rhul concurrent. Maurice Agnelet avait approché Agnès Leroux à la demande du clan Fratoni pour s'assurer du vote d'Agnès Leroux mettant en minorité sa mère et ainsi prendre le contrôle du Palais de la Méditerranée. Agnès Leroux a disparu peu après l'effectivité de son vote et son corps ne fut jamais retrouvé, Maurice Agnelet qui était l'amant d'Agnès Leroux fut très tôt suspecté d'avoir organiser sa disparition sans pour autant être condamné à l'époque, option renforcée par le fait qu'il avait obtenu de l'argent au préjudice d'Agnès Leroux (on peut d'ailleurs légitimement se poser des questions sur le manque de célérité judiciaire dans cette affaire qui peut constituer à elle seule un moyen juridique à présenter renforcé par l'adage anglo-saxon « justice delayed is justice denied »²¹ que la Cour manie volontiers à de multiples reprises). La France dans l'arrêt évoqué est condamnée pour manquement aux exigences du procès équitable posé par l'article 6 ce qui confirme par ailleurs l'arrêt Taxquet contre Belgique, elle examine l'équité du procès dans son

ensemble et non sur l'arrêt lui-même, il est vrai que cette affaire est assez exceptionnelle lorsqu'on examine dans le cas d'espèce la situation : prévenu qui ayant déjà fait l'objet d'un non-lieu en 1985 se retrouve en 2006 devant la Cour d'Assises des Alpes-Maritimes où il bénéficie d'un nouveau non-lieu, suite à un appel du Parquet de cette décision, le prévenu a été renvoyé devant la Cour d'Assises des Bouches-du-Rhône pour y être condamné à 20 ans de réclusion avant de faire appel d'une telle décision et de nouveau comparaître devant la Cour d'Assises d'Iles et Vilaine en 2014 qui confirma la condamnation de Marseille tout en organisant simultanément ce recours devant la CEDH. Il est à noter que la possibilité de faire appel des décisions de Cours d'Assises (au delà de la problématique de la motivation des arrêts d'Assises) avait déjà été purgée par les dispositions de la loi du 15.06.2000 sur la présomption d'innocence qui avait consacré la possibilité de prévoir un appel de la décision rendue par les Cours d'Assises (création des Cours d'Assises d'Appel) la situation antérieure ne prévoyant uniquement pour de tels cas de figure qu'un pourvoi en cassation qui s'évertuait à juger la lecture du droit et non les faits, il semblait logique que soit réservé une voie de recours recevable pour des décisions judiciaires porteuses des plus graves sanctions dans notre échelle de sanctions pénales, par ailleurs, la création des Cours d'Assises d'Appel n'a pas gommé l'option du pourvoi en cassation. La réflexion menée dans le travail législatif antérieur à la création de loi de 2000 ne pouvait ignorer l'article 2 du Protocole N°7 stipulant que « *toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi.* » et ce même si à l'époque aucune condamnation n'avait rendu nécessaire une telle évolution législative, la France semblait être garantie en droit par l'existence du pourvoi. Toutefois la gravité des peines encourues ainsi que l'appel institué dans d'autres pays faisant partis du Conseil de l'Europe ont orienté le législateur Français a consacré pour des raisons de morale et aussi d'engagement conventionnel à verrouiller en droit un tel dispositif.

¹⁴ Affaire Dieter Krombach également nommée Affaire Kalinka Bamberski, affaire criminelle survenue à Lindau en Allemagne le 10.07.1982.

¹⁵ Loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite loi Perben II.

¹⁶ Guerdner et autres c. France (n° 68780/10).

¹⁷ Rendue par la 5ème Section de la CEDH requêtes N° 25382/12 et 25368/12.

¹⁸ La loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs vise d'une part, à rapprocher les citoyens et la Justice et d'autre part, à améliorer l'efficacité de la procédure de jugement des mineurs, en permettant des réponses pénales plus rapides et mieux adaptées à leur personnalité.

¹⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGIT...>

²⁰ CEDH, 5^{ème} Section 10.01.2013 Agnelet Contre France Req N°61198/08.

²¹ Les Tribunaux apportant des réponses mortes à des questions mortes voir à ce sujet P-H Bolle, Les lenteurs de la Procédure Pénale, Rsc, 1982, p 291.

1.2 Le Droit Pénal de forme

Il est sans aucun doute aujourd'hui une problématique qui ne saurait être balayée d'un trait de plume au sein du Conseil de l'Europe, c'est celui de la situation fragilisée du Procureur de la République Français, magistrat de l'ordre judiciaire qui se voit contester sa qualité de magistrat indépendant par la Cour de Strasbourg au motif de la lecture de l'article 5 § 3 de la Convention (droit pour une personne arrêtée d'être aussitôt traduite devant un magistrat indépendant). Situation relativement paradoxale quand on sait aujourd'hui que dans les tribunaux Français ce magistrat du Parquet se voit confier l'essentiel de la délinquance de masse et que statistiquement ne passe plus par la voie des instructions judiciaires (c'est-à-dire par le biais d'un juge d'instruction) uniquement que 5 % des affaires pénales, situation éminemment consacrée par le vote de différentes lois pénales qui ont sensiblement accrues le rôle des Procureurs dans le traitement des dossiers (il n'est que de songer à la loi dites Perben II de 09/03/2004 à ce sujet créant des dispositions renforçant les pouvoirs des Procureurs à ce sujet concernant notamment les procédures de lutte contre la criminalité et délinquance organisée, article 706.73 du CPP²² listant de telles infractions ou encore les éléments figurant dans le projet de loi de lutte contre le terrorisme permettant aux Procureurs d'avoir recours aux « IMSI Catcher » pour les écoutes sur portable et aussi concernant les perquisitions de nuits en matière de terrorisme en phase d'enquête). Une affaire emblématique traitée par la Cour peut être évoquée ici, il s'agit de l'affaire « Medvedyev »²³ contre France rendue le 29.03.2010 dans une formation de Grande Chambre (c'est dire son importance). Cet arrêt vient remettre en cause frontalement le rôle du Parquet en tant que membre de l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles, situation pourtant consacrée pour le Procureur (comme d'ailleurs le juge) à l'article 66 de notre loi fondamentale. Dans cette affaire au printemps 2002, les autorités françaises participant à la lutte internationale contre les trafics de stupéfiants ont obtenu des informations selon lesquelles un cargo battant pavillon cambodgien serait susceptible de transporter d'importantes quantités de stupéfiants. Le 13.06, un bâtiment de la Marine Nationale Française a repéré au large des Iles du Cap Vert un navire n'arborant aucun pavillon mais qui fut identifié comme étant le « Winner ». Après tentative de prise de contact avec ce navire de commerce, son commandant resta muet mais depuis l'arrière,

ont pu distinguer que de nombreux colis étaient jetés à la mer par l'équipage, l'un des colis fut récupéré par la Marine Nationale et celui-ci contenait sans ambiguïté de la substance s'apparentant à de la cocaïne. Face à cette situation, il fut pris la décision d'arraisonner le navire, un des membres de l'équipage fut mortellement blessé et les onze autres membres furent consignés à son bord pendant treize jours délai nécessaire pour arriver sous escorte serrée à Brest où tous les membres d'équipage furent remis à des Officiers de Polices Judiciaires. Ils furent donc placés en garde à vue puis en détention provisoire pour in fine se trouver mise en accusation devant la Cour d'Assises Spéciale d'Iles et Vilaine qui finit par condamner quatre d'entre eux à de lourdes peines pour des faits de tentative d'importation non autorisée de stupéfiants commis en bande organisée. Face à cette situation, les condamnés ont alors saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le moyen de la violation de l'article 5 § 1 (droit à la liberté et à la sûreté) et §3 du même article (exigence de traduction devant un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable) de la Convention. Dans un premier temps, dans un arrêt du 10.07.2008, la Cour a estimé que les requérants n'avait pas été privés de leur liberté selon les voies légales au sens du § 1 de l'article 5 et que, d'autre part, la durée de privation de liberté qu'ils avaient subie était justifiée par « des circonstances tout à fait exceptionnelles » notamment l'inévitable délai suscité par leur acheminement du lieu d'arraisonnement du Winner jusqu'en France, ainsi il était donc jugé que les exigences de l'article 5 § 3 n'étaient pas méconnues. Les deux partis au litige (requérants et gouvernement Français) ont demandé l'examen des dispositions juridiques par appel en Grande Chambre, celle-ci a de la même façon conclu à la violation de l'article 5 § 1 et non celle du § 3 comme initialement. Quand on examine plus en détail la lecture juridique de la Grande Chambre des deux parties de l'article 5 sus visé, on peut indiquer que le §1 a été méconnu au motif que les requérants ont été soumis au contrôle de forces militaires spéciales et privés de leur liberté durant l'acheminement vers la France afin qu'il puisse être opérée une présentation devant l'autorité judiciaire compétente sans que de telles forces Françaises ne soient habilitées à le faire en haute mer, ici il y a donc bien eu méconnaissance du §1 de l'article 5. Concernant le §3 du même article, la Cour a rappelé que cet article figurait parmi les principales dispositions garantissant les droits fondamentaux qui protègent la sécurité physique des personnes. La cour a souligné également que le gouvernement Français a présenté uniquement devant la Grande Chambre la preuve effective que les mis en cause avait été présenté devant un Juge d'Instruction, autorité judiciaire effectivement habilitée par la loi à exercer des fonctions

judiciaires au sens des exigences de la Cour. Les juges de la Grande Chambre ont constaté que la dite présentation devant un tel juge habilité a eu lieu treize jours après l'arrestation en haute mer. En examinant les circonstances de l'arrestation, la Cour note que le Winner se trouvait au large des îles du Cap Vert et donc très éloigné des côtes Françaises, la Cour n'a rien constaté d'anormal quant à la durée d'acheminement des mis en cause vers la France et a pris en compte les données météorologiques et l'état du bateau rendant un acheminement rapide délicat et conforme à la situation rencontrée. L'examen de ces circonstances tout à fait exceptionnelles fait conclure à la Cour que les requérants n'auraient pu être présentés plus rapidement à un juge d'instruction que cela ne l'a été. Le délai de huit heures pour cette présentation après l'arrivée en France n'a pas été jugé anormal selon la Cour et conforme aux exigences conventionnelles ce qui a aboutie en terme de raisonnement juridique à une non violation du § 3 de l'article 5. En Grande Chambre, on peut noter que le gouvernement Français a pris soin de préciser que les mis en cause avaient bien été présentés à un juge d'instruction (chose qui bizarrement n'avait pas été éclaircie totalement en premier instance de Cour), magistrat qui est juge du siège donc totalement indépendant, qui a pour mission d'instruire à charge et à décharge sans pouvoir, ni exercer des actes de poursuite, ni participer au jugement des affaires pénales qui l'a instruite. En réalité, le délai de huit heure écoulé entre l'arrivée à Brest et la présentation effective devant un tel magistrat garant d'indépendance s'explique en fait que s'agissant d'une infraction flagrante même si elle a eu lieu en haute mer, c'est obligatoirement le Parquet (Procureur représentant le Ministère Public et donc les intérêts de la société et ne présentant pas les mêmes garanties d'indépendance qu'un magistrat du siège car nommé par l'exécutif) qui a été destinataire initialement des éléments factuels de la commission d'une telle infraction et il a ensuite une fois qu'on lui avait présenté les intéressés ouvert une information judiciaire par un réquisitoire aux fins d'informer permettant la saisine d'un juge du siège plus en adéquation avec les exigences conventionnelles imposées par la Cour. Finalement, la violation du § 1 et non du § 3 de l'article 5 a été un soulagement pour les autorités Françaises car « l'écueil » relevé par la Cour n'a pas porté sur le point juridique le plus saillant qui aurait amené dans le cas d'espèce à une fragilité générale de notre modèle procédural et ce quand bien même l'article 66 de la Constitution Française reconnaît à l'autorité judiciaire l'action de sauvegarde des libertés individuelles générales sans opérer de distinctions majeurs entre les autorités de poursuites que sont les Procureurs en partie exécuteurs des politiques pénales sur instruction du gouvernement et nommés par l'exécutif et les autorités de jugement que

sont les juges qui eux sont indépendants s'affranchissant plus généralement des directives gouvernementales. Il s'agissait ici d'une manière empirique d'un « avertissement sans frais » concernant notre modèle judiciaire qui n'inclinait pas pour le gouvernement français à la procrastination quand à une évolution nécessaire et souhaitable de notre modèle procédural mais nous reviendront à cette problématique quand nous évoquerons l'application du droit conventionnel de la Cour par la juridiction suprême française qu'est la Cour de Cassation en vertu de l'article 55 de la Constitution. Autre exemple emblématique que nous pourrons aussi évoquer d'ailleurs dans l'application du droit Conventionnel par la Cour de Cassation et qui a été aussi stigmatisé par la Cour de Strasbourg, il s'agit de la mesure privative de liberté par excellence que constitue la garde à vue²⁴ qui permet en Police Judiciaire à un Officier de Police Judiciaire de restreindre la liberté d'aller et venir d'une personne avec l'application de certains droits dès lors que celle-ci a commis une infraction revêtant une qualification de nature criminelle et/ou délictuelle, que l'infraction ai été commise dans un cadre flagrant ou non. Cette mesure privative de liberté est sans aucun doute la mesure qui a suscité à travers l'histoire pénale les plus grand débats et controverses (au niveau du droit interne comme du droit européen d'ailleurs), il n'est que de voir les multiples réformes dont celle-ci a fait l'objet et le droit conventionnel de la Cour de Strasbourg y a toute sa part. Ainsi, l'arrêt « Brusco contre France » du 14.10.2010²⁵ a condamné la législation Française en vigueur à cette période (loi du 05.03.2007, c'est dire en utilisant l'expression « à cette période » pourtant récente - 2007-sa volatilité!) sur le fondement du non-respect de l'article 6 § 1 et 3 (droit à un procès équitable et les droits liés à la mesure elle-même : information en langue comprise, option de préparer sa défense, option de se défendre soi-même, option de faire interroger des témoins et option de se faire assister par un interprète). Le cas d'espèce présentait la situation d'une personne placée sous le régime de la garde à vue dans le cadre d'une instruction judiciaire pour tentative d'assassinat et privée, outre de l'assistance d'un avocat, de son droit de garder le silence et aussi de ne pas contribuer à sa propre condamnation. Sur la même thématique de Procédure Pénale, après ce premier coup de semonce donné par l'arrêt Brusco, le pouvoir politique avait compris que cette mesure telle qu'elle fonctionnait dans notre droit devait subir des évolutions. Des réflexions ont été engagées tendant à respecter les exigences demandées par la Cour, le rapport du magistrat Philippe LEGER²⁶ missionné par la présidence de la République pour porter une réflexion sur l'adaptation de notre législation et remis en septembre 2009 proposait sur la phase préparatoire du procès-pénal et en particulier pour la garde à vue en phase policière un

accroissement des droits du gardé à vue, une restriction des cas de placement sous le régime d'une telle mesure et la création d'une retenue judiciaire pour les majeurs. Sans évolutions législatives déterminantes malgré la pertinence d'un tel rapport et ce malgré huit différentes proposition de loi, une deuxième alerte a été donné par la Cour de Strasbourg en date du 23.11.2010 par l'arrêt *Moulin contre France*²⁷ toujours sur cette thématique de garde à vue mais aussi sur la qualité de magistrat indépendant pour le Procureur de la République. France Moulin avocate au barreau de Toulouse avait été poursuivie dans la cadre d'une affaire de complicité de trafic de stupéfiants (« révélation d'informations à une tierce personne susceptible d'être mise en examen ») diligentée dans le cadre juridique des pouvoirs dévolus au Procureur dans la lutte contre la criminalité et délinquance organisée (loi Perben II). France Moulin placée en garde à vue sous le contrôle d'un Procureur n'avait pu rencontrer un Juge d'Instruction en violation de l'article 5 § 3 (droit d'être traduit devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et droit d'être jugé dans un délai raisonnable, le Procureur n'étant pas selon Strasbourg un magistrat indépendant au sens des exigences fixées par la Convention) qu'au bout de six jours même si elle avait pu voir un Procureur de la République avant ce délai qui contrôlait la mesure dont elle faisait l'objet (magistrat pour sa part considéré comme non indépendant par la Cour car d'une part rattaché à l'exécutif pour les circulaires de politique pénale et d'autre part engageant les poursuites et dirigeant les enquêtes). Cet arrêt *Moulin* fût un ultime avertissement de la Convention et eu une portée sans précédent car il fragilisait toute l'architecture de notre institution pénale et réussissait à la fois à fragiliser la mesure de garde à vue comme l'autorité qui l'avait prise à savoir le Procureur, à partir de là, il était certains que la garde à vue Française aurait à subir une évolution. Nous reviendrons dans la partie consacrée à l'application par la Cour de Cassation du droit conventionnel aux évolutions importantes et rapides qu'a subi le régime de la garde à vue sous une telle pression jurisprudentielle.

La Cour a aussi jugé dans une décision du 24.04.1990 dite « affaire *Kruslin/Huvig contre France* »²⁸ que nos interceptions de communications telles qu'elles fonctionnaient n'étaient pas vertueuses quant aux exigences posées à l'article 8 (droit au respect de la vie privé), il en est résulté le vote de la loi du 10.07.1991²⁹ sur les interceptions de communication sous le gouvernement d'Edith Cresson imposant une séparation entre les écoutes dites administratives (celle destinées à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation et décidées à Matignon par le Premier Ministre sous certaines conditions et mises

en place par le Groupement Interministériel des Communications-GIC- basé aux Invalides) et celles dites judiciaires (celles décidées exclusivement par un Juge d’Instruction dans le cadre d’une instruction judiciaire pouvant être délictuelle et/ou criminelle) pour l’apport de preuve permettant l’instruction des infractions (articles 100.1 et suivants du CPP³⁰). Cette décision de la Cour faisait suite à l’affaire dites des écoutes téléphoniques de l’Elysée sous la Présidence de François Mitterrand ou avait été pratiqué par le pouvoir politique de l’époque des écoutes toutes azimuts de personnalités sans aucun contrôle qu’il soit administratif et/ou judiciaire. Ainsi, cette évolution législative a créé la loi du 10.07.1991 suite à la décision de la Cour et a inséré en matière judiciaire les articles 100.1 et suivants de Code pré cité fixant le régime des écoutes judiciaires. Cette loi a aussi au niveau administratif créé le régime des écoutes administratives et une possibilité de contestation de celles-ci avec la création d’une autorité administrative indépendante la Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité³¹. On peut citer cette décision comme non négligeable dans son caractère intrusif sur le fonctionnement même de notre système politique.

²² [Code de procédure pénale - Article 706-73 | Legifrance.](#)

²³ Deux décisions : celle du 10/07/2008 5ème Section et celle du 29.03.2010 Grande Chambre.

²⁴ Cf. H.Vlamynck, Approche policière de la garde à vue, AJ Pénal,2008, page 262.

²⁵ Le 14 octobre 2010, la Cour européenne des droits de l’homme a condamné la France à verser 5 000 euros pour dommage moral à M. Claude Brusco, dont le droit au silence et le droit à avoir l’assistance d’un défenseur ont été bafoués.

²⁶ Cf. Rapport du Comité de Réflexion sur la justice pénale, 01.09.2009, p17 et suivants.

²⁷ L’arrêt Mme [France Moulin](#) contre France du [23 novembre 2010](#) de la [Cour européenne des droits de l’homme](#) confirme la jurisprudence [Medvedyev contre France](#) du 29 mars 2010 relative à l’absence de statut « d’autorité judiciaire » du [Procureur de la République](#) ce qui influe dans la procédure.

²⁸ CEDH. AFFAIRE HUVIG c. FRANCE (Requête no 11105/84), 24.04.1990. Strasbourg.

²⁹ Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques.

³⁰ Article 100-1, entrée en vigueur 1991-10-01, « La décision prise en application de l’article [100](#) doit comporter tous les éléments d’identification de la liaison à intercepter, l’infraction qui motive le recours à l’interception ainsi que la durée de celle-ci ».

³¹ La Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité (CNCIS) est une [autorité administrative indépendante française](#) créée en [1991](#) avec pour mission première la vérification de la légalité des autorisations d’interception ([écoutes téléphoniques](#) non-judiciaires, contrôle étendu à compter de 2003 aux interceptions demandées en urgence absolue). A noter que cette commission a été remplacée par la

1.3 La nécessité d'un travail législatif approfondi

Ces quelques exemples présentant le télescopage de notre droit interne avec le droit conventionnel soulignent si l'en était besoin la nécessité d'un travail parlementaire approfondi en amont dans la création de notre législation pénale en particulier en liaison avec les deux commissions des lois des deux assemblées à savoir celle de l'Assemblée Nationale désignée « *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République* » et pour celle du Sénat désignée « *Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale* » qu'il s'agisse d'ailleurs de projet de loi du gouvernement comme de proposition de loi venant des députés. De plus, une autre Commission en particulier du Sénat désignée « *Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées* » a aussi un rôle sensible puisque la dite commission examine les projets de lois de ratification de traités et accords internationaux notamment lorsqu'il sera nécessaire d'opérer des ratifications concernant les évolutions de la Convention susceptibles d'avoir des incidences en terme de modification de nos procédures de droit positif interne³². Les deux commissions initialement désignées effectuent un travail en amont dans la création législative en liaison avec le Ministère des Affaires Etrangères et du Développement International intéressé par nos engagements européens et leurs périmètres et pouvant à ce sujet dans la particularité du Droit de la Convention apporter une expertise intéressant la production législative Française. Force est de constater que notre Droit Pénal a connu ces dernières années une accélération sensible en terme de création législative que ce soit alternativement selon les majorités politiques se succédant ou selon les besoins de la société face à la délinquance dans le cadre d'une doctrine pénale plus coercitive (principes défendus par l'école positiviste³³) ou plus humaniste (principes développés par l'école de la défense sociale nouvelle déjà évoquée). On peut rappeler ici les multiples lois touchant la matière (qu'elles soient de natures administratives et où judiciaires d'ailleurs, qu'elles

affectent également le Droit Pénal Général, La Procédure Pénale ou encore le Droit Pénal Spéciale) qui ont été votées depuis 1993 sans être exhaustif, qu'on y songe plutôt : lois des 04.01 et du 24.08.1993³⁴ portant réforme de la Procédure Pénale, loi du 01.02.1994 sur la perpétuité réelle³⁵, loi d'Orientation et de Programmation pour la Sécurité Intérieure du 21.01.1995³⁶, loi du 13.05.1996 et du 10.07.2000 sur la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence³⁷, loi du 15.06.2000 sur la présomption d'innocence, loi sur la Sécurité Quotidienne de 15.11.2001, loi d'orientation et de programmation de la justice de 09.09.2002 dite Perben I, loi Sécurité Intérieure du 18.03.2003³⁸, loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite Perben II du 21.03.2004 concernant la lutte contre la criminalité et la délinquance organisée, loi relative à la lutte contre le terrorisme du 23.01.2006, loi du 05.03.2007 relative à la prévention de la délinquance, loi d'Orientation et de Programmation pour la Sécurité Intérieure du 29.08.2002 dite LOPSI I plus tard suivie de la loi d'Orientation et de Programmation pour la Performance de la Sécurité Intérieure du 14.03.2011 dite LOPPSI II³⁹, loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme de 21.12.2012, loi du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées de lutte contre l'immigration, loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme⁴⁰, loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement⁴¹... Ainsi, on ne peut que constater l'empilement de dispositifs qui ne traduisent pas une certaine forme de sérénité dans des droits qui par définitions devraient être stabilisateurs et qui ne devraient pas se trouver perturbés et renchérissés par une actualité quotidienne certe prégnante sur la thématique sécuritaire mais qui devrait être traitée législativement en dehors du contexte et avec le recul nécessaire, situation qui n'est pas propre à l'actualité des faits divers. Le raccourcissement du temps politique avec la création du quinquennat, la pression médiatique, la communication de masse et aussi la forte demande publique d'autorité et de sécurité font confondre parfois à la représentation nationale vitesse et précipitation. Ce « bougisme » législatif traduisant une réelle intempérance normative crée des situations où parfois certaines lois ne sont pas assez travaillées car prises sous la pression d'un fait divers et rentrent en contradiction les unes avec les autres si elles ne sont pas parfois en contradiction avec nos engagements internationaux, sans parler des difficultés de leur application pour ceux qui doivent les mettre en fonctionnement. Il n'est ici que de songer aux multiples discussions et tergiversations qui ont émaillé la présentation à l'Assemblée Nationale et au Sénat du projet de loi organique ayant pour objectif de constitutionnaliser l'état d'urgence (article 1)

et la déchéance de nationalité pour les nationaux convaincus de terrorisme (article 2) après les attentats terroristes à Paris du 13.11.2015 (annonce effectuée par le Président de la République suite à la réunion du Congrès à Versailles immédiatement après les attentats), il y a eu beaucoup d'hésitations entre ceux qui étaient partisans de supprimer la nationalité Française à une telle catégorie de citoyen ayant la double nationalité et ceux qui prétextaient qu'une telle option était susceptible de créer une discrimination entre les différents citoyens Français se trouvant frappés d'une telle mesure par leur comportement anti national et ceux ayant la bi-nationalité également frappés de cette mesure, sans parler de ceux qui étaient contre une telle constitutionnalisation défendant l'idée qu'une telle option était envisageable simplement par la loi avec notre droit civil (articles 25 et suivants du Code Civil) sans avoir à emprunter le chemin d'une modification constitutionnelle hasardeuse. Finalement, le gouvernement en vu de la présentation de son projet de loi organique a retenu la suppression de la nationalité en générale pour tout auteur de terrorisme qu'il soit Français ou binational avec une ratification de la Convention de 1961 de lutte contre l'apatridie comprenant des exceptions liées à des comportements terroristes. Les chances d'aboutissement au Sénat pour un consensus sur ce projet de loi paraissent serrées (le Président du Sénat parlant d'une recreation du passeport Nansen, passeport créé à l'initiative du Haut-Commissaire aux Réfugiés de la Société des Nations-SDN-pour garantir aux apatrides une libre circulation internationale de ceux-ci notamment à l'époque de la proclamation de l'URSS après 1922 ayant eu pour conséquence de déchoir de la nationalité soviétique certains russes blancs!), une telle loi organique devra susciter néanmoins un accord permettant une réunion des deux chambres en Congrès à Versailles pour la validation d'une telle réforme constitutionnelle, la particularité de celle-ci étant qu'elle n'aboutira pas à la constitution d'une commission mixte paritaire à l'Assemblée Nationale s'agissant d'une loi organique réformant la Constitution. Les principes de la Convention comme d'autres d'ailleurs n'échappent pas à une telle réalité d'hésitation notamment quand le droit Français doit intégrer des nouveaux protocoles de la Convention en droit interne. Ainsi, il est devenu nécessaire de rationaliser la production législative en cette matière du droit et comme on a voulu le faire en générale pour tout type de loi, il faut s'assurer qu'un dispositif voté puisse avoir la garantie de son application dans une situation pérenne en droit conventionnel auquel nous sommes partis, ainsi comme le soulignait Pierre Mazeaud⁴² lorsqu'il quitta la tête du Conseil Constitutionnel en 2007, il faut éviter le « verbiage de la loi » et que celle-ci retrouve une solennité qu'elle n'aurait jamais dû perdre avec une effectivité réelle, ce phénomène avait déjà été constaté par les pères de la

nation lorsque Montesquieu indiquait à la fin du XIX^{ème} siècle que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires. ». Certaines bonnes pratiques sont aujourd’hui retenues comme le fait de ne pas voter de nouvelles lois tant que les décrets d’application des précédentes n’ont pas été votés. Ces différentes remarques concernent aussi bien l’application du droit de la Convention en particulier comme d’autres conventions internationales auxquelles notre pays est parti.

³² Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 15 portant amendement à la convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales , Par Mme Michelle DEMESSINE, Enregistré à la Présidence du Sénat le 11 mars 2015.

³³ Les penseurs de cet école sont italiens comme Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929), Rafael Garofalo (1851-1934), ils rejettent la notion de libre arbitre.

³⁴ Loi N°93-2 du 04 janvier 1993 et loi N°93-1013 du 24 aout 1993.

³⁵ Loi N° 94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.

³⁶ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

³⁷ Lois dites « Fauchon », deux lois avec dix ans d’écart sur le responsabilité pénale suite à imprudence, travaux du Sénat du 09.10.2010.

³⁸ Loi 2003-1839 du 05.03.2003 ayant créée l’infraction de racolage passif (art 225.10.1 du Code Pénal) en matière de prostitution et aussi l’infraction d’occupation illégale d’immeuble (art L126.3 du Code de la Construction), voir les travaux du Sénat concernant le bilan de cette loi sur ces deux thématiques lors de la 12^{ème} Législature.

³⁹ Promulguée le 14 mars 2011, la Loppsi 2 (loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure) prévoit l'introduction de nouvelles dispositions au sein de diverses branches du droit français. Par une décision du 10 mars 2011, le Conseil Constitutionnel a censuré certains articles adoptés par le Parlement.

⁴⁰ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

⁴¹ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 parue au JO n° 171 du 26 juillet 2015.

⁴² Pierre Mazeaud (né en 1929), Président du Conseil Constitutionnel du 03.03.1998 au 03.03.2007.

Chapitre 2

Des incidences sur la jurisprudence de la Cour de Cassation Française

Il ne saurait être ignoré dans ce chapitre la réalité devenu incontournable pour notre Droit Pénal de la lecture par la Cour de Cassation Française des dispositions conventionnelles défendues par la Convention de Strasbourg, il n'est que de voir la multiplicité des arrêts produits et les moyens soulevés par les justiciables pour s'en rendre compte. Rappelons tout d'abord en préambule que la Cour de Cassation n'est pas considérée comme un troisième degré de juridiction derrière la Cour d'Appel elle-même saisi derrière les juges de fond en première instance, le rôle de la Cour de Cassation est de dire le droit uniquement sans revenir aux éléments particuliers de fait tout en vérifiant donc que la Cour d'Appel et les juges du fond ont fait pour chacun d'eux une bonne lecture et analyse du droit, ainsi la Cour de Cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Elle veille aussi à une application uniforme de la loi par les juridictions pénales. Les justiciables ont ainsi trouvé par ce biais la possibilité d'obtenir une contestation des effets du Droit Pénal, même si la plupart des arrêts rendus par la Cour de Cassation sont souvent des arrêts de rejet, il ne faut pas oublier néanmoins que la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation relève dans certains cas des non-conformités de certaines dispositions de la législation Pénale Française importantes et non négligeables aussi bien en Droit Pénal de fond qu'en Droit Pénal de forme au regard de la Convention, cette situation n'est tout de même pas résiduelle et mérite d'être évoquée. Nous savons que depuis l'arrêt « Société des Cafés Jacques Vabres » de 1975, la Cour de Cassation a conquis sa liberté pour s'octroyer le droit de vérifier la conformité de notre droit avec nos engagements conventionnels en vertu de l'article 55 de notre loi fondamentale, il faut souligner qu'elle a été plus prompte que le Conseil d'Etat à garantir cette option qui pour sa part a résisté jusqu'en 1989 avec l'arrêt Nicolò⁴³, on peut donc dire que la Cour de Cassation a très tôt jugée utile de mettre en accord nos convictions diplomatiques et politiques avec la lecture et l'application de notre droit positif. Par ailleurs la loi organique du 25.06.2001 a consacré sa faculté à trancher une question de droit avec la procédure de saisine pour avis hors le cadre contentieux.⁴⁴ Ainsi, la Cour de Cassation par le rôle important qu'elle joue avec le mécanisme de contrôle opéré entre notre droit et celui de la Convention, s'est instituée comme étant une véritable Cour Suprême « sui generis » car elle édicte par les arrêts rendus une nécessaire refonte législative de certaines dispositions fragilisées par sa production jurisprudentielle et ce dans un contexte où la complexité de la norme est devenue une réalité, où les multiples contrôles de fondamentalité s'opèrent (Conseil Constitutionnel avec les Questions Prioritaires de Constitutionnalité, invocabilité du Droit de l'Union Européenne avec la Charte des Droits Fondamentaux) et son rôle n'en est que renforcé et quoi de plus normal qu'elle agisse promptement avant que Strasbourg ne le fasse quand il y a constatation d'inadéquation tout en assurant un vif débat pour faire avancer le droit dans le dialogue des juges, certains la désignent comme une véritable institution concurrençant le Conseil Constitutionnel tant elle vérifie d'une manière sourcilieuse par son activisme jurisprudentiel la conventionalité de nos dispositions législatives pénales. Il en va de nombreux textes de natures pénaux qui fragilisés par des arrêts de la Chambre Criminelle voient une nécessaire remise en cause de leur régime comme de leur fondement, si la CEDH peut condamner la France pour sa législation, la Cour de Cassation Française peut aussi y trouver à redire et certains la voient comme une juridiction bafouant en notre sein même notre principe de souveraineté dans une telle matière de droit régaliennne par excellence, on retrouve aussi bien notre Droit Pénal de fond comme notre Droit Pénal de

fond qui subit de la même manière qu'avec la CEDH depuis Strasbourg une pression depuis le Quai de l'Horloge à Paris, les enjeux évoqués ne sont pas minces puisque les pans du Droit Pénal touchés sont assez fondamentaux. Le législateur par la loi du 20.06.2014 a pris acte de cette réalité incontournable de la CEDH avec la création de l'article 622.1 du Code de Procédure Pénale⁴⁵ qui donne compétence dans notre droit à la Cour de Cassation pour le réexamen des décisions pénales définitives susceptibles d'être introduites à la suite d'un arrêt de condamnation de la France par la Convention. Sans entrer dans le détail comme nous le ferons ci-dessus on peut évoquer le régime de la garde à vue, le régime des géolocalisations mais aussi le statut du Parquet tel qu'il fonctionne en France mais cela ne constitue que des exemples parmi d'autres même si ceux-ci sont significatifs. Mais examinons maintenant concrètement les situations d'inadéquation rencontrées pour mettre en exergue les propos évoqués ici.

⁴³ Par son arrêt d'Assemblée du 20 octobre 1989, le Conseil d'État a pleinement reconnu la supériorité du droit international sur le droit national.

⁴⁴ Loi organique du 25.06.2001 relative au statut des magistrats et au Conseil Supérieur de la Magistrature, les juridictions pénales (hors Cour d'Assises et Juridictions d'Instructions) peuvent désormais solliciter l'avis de la Cour pour une question de droit nouvelle et se posant dans de nombreux litiges.

⁴⁵ Le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour le condamné, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la convention précitée ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions.

2.1 Le Droit Pénal de fond

On pourra donc cité ici un ensemble de moyens soulevés pas des justiciables dans des cas d'espèce ayant aboutis à une saisine de la Cour de Cassation devant rendre une décision fondée en droit en ultime phase de juridiction derrière les Cours d'Appel et s'appuyant sur les grands principes existant au sein de la Convention et les mixant avec nos dispositions pénales de Droit Pénal Général. Le droit pénal de fond et donc aussi pour sa part scruté par les hauts magistrats Français pour que soit examiné leur compatibilité en droit conventionnel. On retrouve parfois simultanément des éléments juridiques examinés à la fois par la Cour de Strasbourg d'une manière externe et aussi par la Cour de Cassation d'une manière interne s'appropriant les exigences de Strasbourg. Ainsi on pourra cité ici l'arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation daté du 18.02.2003⁴⁶ ou la Cour a du se prononcer sur la compatibilité du décret du 20.05.1903⁴⁷ autorisant les Gendarmes Français à faire usage de leurs armes à feu hors les cas de légitime défense avec le moyen soulevé faisant référence à l'article 2 du droit à la vie de la Convention, on peut faire un parallèle ici avec les attendus qui avaient été développés par Strasbourg sur le cas d'espèce Guerdner contre France du 17.04.2014, décision de la CEDH déjà évoquée ci-dessus et qui avait abouti à une conformité de la réglementation gendarmique sur les armes avec les

exigences de l'article 2 du droit à la vie même si avait été stigmatisé le comportement du Gendarme mis en cause. La Cour de Cassation a effectué une lecture similaire puisqu'elle a admis également pour sa part dans l'arrêt d'espèce cité elle aussi une conformité du décret de 1903 avec les exigences posées par l'article 2 de la Convention. On pourra aussi citer d'autres paramètres de droit pénal de fond examinés par la Cour de Cassation suite à des moyens soulevés tel que l'arrêt de la Cour de Cassation du 04.03.1998⁴⁸ qui est relatif à la qualification des faits, cet arrêt pose le principe selon lequel la liberté de qualification est limitée par le principe des droits de la défense et que tout changement dans la qualification des faits doit être réalisé dans le respect des droits de la défense, il faut donc une nécessaire notification de l'accusation à l'intéressé sur les causes et donc la qualification retenue, fondement posé par l'article 6 de la Convention faisant référence au procès équitable, comme tout à l'heure cité, ce moyen a déjà été évoqué dans un arrêt de la Cour de Strasbourg désigné Pelissier et Sassi contre France le 25.03.1999⁴⁹. La Cour de Cassation va même dans le prolongement de l'arrêt Jacques Vabres de 1975 prendre un autre arrêt sur le même fondement le 30.06.1976, arrêt d'ailleurs auquel la doctrine se réfère pour souligner que la CEDH est directement applicable dans notre ordre juridique interne, même si la Cour de Cassation se refuse à l'évoquer frontalement nous ne sommes ainsi pas loin d'un contrôle indirect de constitutionnalité, c'est dire l'importance prise par la CEDH et singulièrement par ricochet par la Cour de Cassation dans notre architecture judiciaire interne. Autre disposition de droit de pénal de fond que Strasbourg a déjà examiné, la motivation des arrêts de Cour d'Assises, ainsi un arrêt de la Cour de Cassation du 14.10.2009 avait validé le dispositif français à l'égard des exigences posées par l'article 6 (droit au procès équitable) en posant comme fondement que devait être assuré l'instruction préalable des charges pendant l'accusation, le libre exercice des droits de la défense et la garantie d'impartialité des juges, une telle compatibilité avait aussi été relevée dans un arrêt du 15.06.2011, toutefois, malgré ses décisions favorables le législateur Français a créé se sentant néanmoins fragilisé par Strasbourg (le justiciable ayant donc été vers cette Cours à ce sujet et ayant obtenu satisfaction) la loi du 10.08.2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs entendu à l'article 365.1 du Code de Procédure Pénale⁵⁰ imposant au Président de Cour d'Assises de rédiger la motivation de ses arrêts. Il faut reconnaître que les arrêts rendus par la Cour de Cassation affectent plus singulièrement le droit pénal de forme que le droit pénal de fond à savoir notre manière d'effectuer les enquêtes et donc la procédure pénale même si effectivement on pourrait au sein même de la procédure pénale relever ce qui serait plus du domaine de l'accessoire que du central, nous avons fait le choix ici face à un grand nombre d'arrêts de porter notre réflexion sur les éléments de procédure de forme les plus significatifs sur lesquels la Cour de Cassation et notamment la Chambre Criminelle a dû porter ses réflexions sur la base des éléments de droit de la Convention.

⁴⁶ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 18 février 2003, 02-80.095, Publié au bulletin.

⁴⁷ Décret du 20 mai 1903 portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie.

⁴⁸ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, audience Publique du 04.03.1998 N° de pourvoi 97-81188.

⁴⁹ Requête no 25444/94, arrêt de Grande Chambre du 25 mars 1999.

⁵⁰ Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement

aux votes sur les questions.

La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364.

Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision.

2.2 Le Droit pénal de forme

S'il est un domaine du droit pénal de forme clivant intéressant particulièrement les forces de sécurité intérieure dans leur rôle d'auxiliaire de justice en Police Judiciaire c'est bien le fonctionnement du régime de la garde à vue⁵¹ qui est la possibilité pour un Officier de Police Judiciaire sous le contrôle du Procureur de la République ou d'un Juge d'Instruction de priver de liberté une personne le temps de l'enquête et le temps de réunir des éléments utiles à la manifestation de la vérité quand cette personne a commis un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement. Cette mesure peut être de droit commun (24h éventuellement prolongée de 24H) et/ou dites dérogatoire quand elle concerne des matières particulières avec des durées bien supérieures (Criminalité et Délinquance Organisées, infractions listées à l'article 706.73 du CPP jusqu'à 96 h, Trafic de stupéfiants jusqu'à 96h également, Terrorisme jusqu'à 120 h possible). Cette mesure restrictive et privative de liberté au-delà de ses réformes successives, intéresse la Cour de Strasbourg comme la Cour de Cassation dans son contrôle de Conventionalité. Le 20.02.1990⁵² la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation avait déjà eu à se prononcer sur le fonctionnement de cette mesure et sa compatibilité avec les exigences de la Convention de Strasbourg, à l'époque, le moyen évoqué avait été la référence à l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté), la Chambre Criminelle à l'époque avait estimé sur le cas d'espèce une compatibilité avec la Convention. Las, cet état de fait favorable à la France n'a pas duré et le régime de la garde à vue tel qu'il fonctionne chez nous a suscité plus de difficultés que de facilités et il a été fréquemment condamné en droit européen, qu'on en juge par le régime de renouvellement législatif qu'a connu la mesure en France : lois des 04.01 et 24.08.1993, loi du 15.06.2000, loi du 04.03.2002, loi du 09.09.2002, loi du 18.03.2003, loi du 09.03.2004, loi du 23.01.2006, loi 05.03.2007, loi du 14.04.2011 et aussi loi du 27.05.2014, toutes ces lois mêmes si elles abordaient différentes thématiques sécuritaires ce sont à chaque fois penchées sur le fonctionnement du régime Français de la garde à vue pour l'amender et le réformer sous la pression de Strasbourg. L'actualité la plus prégnante sur le fonctionnement du régime a sans aucun doute été la présence et l'intervention de l'avocat en phase policière puisque celui-ci n'y avait été toléré seulement qu'à partir de la loi du 15.06.2000 dite loi Guigou (toujours sous la pression de Strasbourg) et encore dans un périmètre très restreint s'agissant uniquement d'un entretien préalable⁵³ avec le mis en cause. Toujours sur la pression de Strasbourg, il a été cette fois ci question d'une possibilité d'assistance du prévenu par l'avocat dans un périmètre d'action plus étendu toujours en phase policière, cette réalité était manifestement « le sens de l'histoire » car beaucoup de pays européens avaient choisi cette option. En France, l'avocat occupait déjà le bureau du Juge d'Instruction depuis la fin du XIXème siècle mais était absent du bureau des enquêteurs judiciaires depuis toujours. Par trois décisions du 19.10.2010, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation en Formation Plénière⁵⁴ a réservé au prévenu en garde à vue les mêmes droits que ceux reconnus par les juges européens au visa de l'article 6 (droit à un procès équitable), droits pour ceux-ci de bénéficier ainsi d'un avocat pour organiser leur défense et que soit préparé avec le conseil les interrogatoires policiers, voyant l'impréparation du gouvernement Français pour mettre en place de telles règles

nouvelles et les difficultés techniques d'un tel changement, la Chambre Criminelle a toutefois demandé de différer dans le temps l'application de ces règles nouvelles (Applicabilité demandée pour le 01.07.2011). A noter qu'elle s'était d'ailleurs alignée en ce sens sur une Question Prioritaire de Constitutionnalité du 30.07.2010⁵⁵ qui après avoir constaté une invalidation de la garde à vue à la Constitution avait reporté au 10.07.2011 la date d'abrogation de l'ancien système pour permettre au législateur Français de remédier à une telle inconventionnalité. Face à cette situation, le législateur a entamé un processus législatif qui à son terme a débouché sur la loi du 14.04.2011⁵⁶ devant entrer en vigueur le 01.06.2011 et réformant le régime de la garde à vue Française, il faut préciser que bien avant la première condamnation du 19.10.2010, la représentation nationale sentant que notre régime de garde à vue était « chancelant » en Europe tel qu'il fonctionnait avait porté des réflexions de réforme avec pas moins de huit propositions de lois⁵⁷ toutes relatives à ce régime et aussi un avant-projet de réforme du Code de Procédure Pénale. Le 15.04.2011⁵⁸, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation s'est encore prononcée sur ce régime dans le cadre de quatre arrêts portant sur la régularité de mesures de garde à vue qui s'étaient déroulées conformément aux règles du droit interne applicable au moment où les opérations litigieuses avaient été effectuées. Les personnes mises en causes en l'espèce n'avaient pas pu bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant leurs interrogatoires. La Haute Juridiction a conclu dans ces attendus à la violation de l'article 6§1 de la Convention (droit au procès équitable) et a estimé cette fois ne pas devoir reporter dans le temps les effets de sa jurisprudence, il a été évoqué pour ce faire que les principes de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne pouvaient être invoquées pour priver les justiciables de leur droit à un procès équitable et donc à une assistance par l'avocat. Enfin, ultérieurement, quatre arrêts de la même Chambre Criminelle ont repris les principes retenus précédemment le 15.04.2011. Il est à noter que la Cour de Cassation cette fois a écarté la décision QPC du Conseil Constitutionnel qui avait repoussé au 01.07.2011 la date de l'abrogation du dispositif censuré et ce en méconnaissance des prescriptions de l'article 62 Al 3 de la Constitution imposant « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles de se conformer aux décisions du Conseil Constitutionnel ». Ainsi devant le conflit entre les règles conventionnelles et les normes constitutionnelles, la haute juridiction a fait privilégier les premières au détriment des secondes. Cette exigence d'applicabilité de la convention sur le domaine de la garde à vue en particulier a imposé aux services de sécurité intérieure pratiquant la Police Judiciaire à s'adapter rapidement à cette nouvelle façon de concevoir la gestion des enquêtes et les services ont dû gérer dans une grande célérité cette nouvelle façon de travailler en réservant dans leur enquête un périmètre d'intervention à l'avocat, situation assez inconfortable et assez singulière pour des administrations qui se croyaient de par leurs missions régaliennes par excellence protégées d'une telle irruption du droit européen dans leur cœur de métier. La Cour de Cassation dans un arrêt du 11.01.2001 sous le visa de l'article 6 a aussi pu censurer des juges de fond ayant fondé la culpabilité d'une personne au cours d'une garde à vue par lesquelles la personne avait contribué à sa propre incrimination sans avoir pu bénéficier de la présence d'un avocat et qui s'était ensuite rétractée. Dans un autre domaine celui de l'article 8 touchant au respect de la vie privée garanti par la Convention, la Cour de Cassation et sa Chambre Criminelle a estimé que la technique dite de géolocalisation c'est-à-dire la possibilité pour un service d'enquête de poser une balise sur un véhicule aux fins de savoir où il se trouve dans une enquête constituait une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessitait qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge. Il en est résulté la remise en question sur ce seul arrêt de toutes les techniques d'enquête qu'utilisaient les services dédiés à la lutte contre le trafic de stupéfiants et aussi dans les affaires de criminalité

organisée. Cet arrêt a abouti à la création de la loi du 28.03.2014⁵⁹ sur les techniques de géolocalisation apportant un encadrement beaucoup plus serré (avis au Juge des Libertés et de la Détention notamment) sur l'usage de telles techniques de géolocalisation. Pour citer un autre exemple de lecture conventionnel par la Cour de Cassation, on pourra citer l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 07.01.2011 pris sous le visa de l'article 6§1 (droit à un procès équitable) où les hauts magistrats ont du se prononcer sur le principe de loyauté de la preuve concernant un enregistrement de communication téléphonique à l'insu d'un mis en cause, procédé qui a été jugé déloyal et rendant irrecevable sa production à titre de preuve dans l'enquête. Enfin, on pourra aussi ici cité utilement l'arrêt du 15.12.2010⁶⁰ de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation concernant le contrôle de conventionalité opéré par la Cour sur la vision qu'à Strasbourg de notre Procureur qualifié de magistrat non indépendant car rattaché au pouvoir exécutif tel que fonctionne le Ministère de la Justice n'ayant pas coupé le lien avec les Procureurs appliquant la politique pénale du gouvernement, position de la Cour inspirée par les arrêts éponymes de la CEDH désignés Medvedyev (pris en 2008 et en 2010) et Moulin (pris en 2010) en lecture des dispositions conventionnelles de l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté). Cette position de la Cour de Cassation suite à la Cour de Strasbourg a suscité beaucoup de réflexions pour trouver une solution satisfaisante en respect de conventionalité : suppression des requêtes individuelles pour les Procureurs en 2013⁶¹, réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature⁶² pour que celui-ci dans la nomination des Procureurs soit un gage d'impartialité, certains voient dans ce dynamisme de contrôle de conventionalité de la Cour pour le Procureur une attaque intolérable à notre souveraineté et ce d'autant plus que le Procureur se voit confier aujourd'hui dans les tribunaux la majeure partie de la délinquance de masse (le rôle des juges d'instructions étant à ce jour résiduel), certains porte aussi la critique en indiquant qu'il est normal que les Procureurs soient rattachés à l'autorité du pouvoir exécutif issue des urnes car celui-ci traduit une volonté populaire et démocratique de voir appliquer une certaine politique pénale qu'il sera (si l'on coupe le Procureur de l'exécutif) désormais impossible à mettre en place sans parler des risques évoqués d'un affranchissement trop important de la dite autorité.

⁵¹ Cf. H. VLAMINCK, Approche policière de la garde à vue, AJ Pénal, 2008, p 262.

⁵² Cf. CAss. Crim, 20.02.1990, Bulletin Criminel N°84.

⁵³ Confronté à l'augmentation de la délinquance ainsi qu'aux réserves de divers syndicats de la police et aussi de la magistrature, la loi pré citée a donné lieu à la rédaction d'un rapport d'évaluation rédigé par le député Ps Julien DRAY le 19.12.2001 c'est dire les forces de résistances s'opposant à « l'entrisme » conventionnel.

⁵⁴ Cf. Cass. Crim., 19.10.2010 : Bulletin Criminel N°163, 164 et 165.

⁵⁵ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M Daniel W. et autres, nouvelles règles de procédure concernant la garde à vue ne devant s'appliquer que lors de l'entrée en vigueur de la loi devant modifier le régime juridique de la garde à vue ou au plus tard le 01.07.2011.

⁵⁶ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

⁵⁷ Cf. Proposition de loi tendant à instituer la présence de l'avocat durant tous les actes de la procédure établis au cours de la garde à vue, 21.12.2009, N°2181 ; Proposition de loi visant à imposer l'audition immédiate des personnes mises en garde à vue, 21.12.2009, N°2191 ; Proposition de loi tendant à rendre obligatoire la présence de l'avocat dès la première heure de garde à vue, 21.12.2009, N°2193 ; Proposition de loi visant à instituer la présence de l'avocat dès le début de la

garde à vue, 11.02.2010, N°2295 ; Proposition de loi portant réforme de la garde à vue, 24.02.2010, N°2356 ; Proposition de loi tendant à garantir les droits de la défense des personnes placées en garde à vue, 24.02.2010, N°2364 ; Proposition de loi tendant à l'amélioration des droits de la défense dans la procédure de garde à vue, 01.04.2010, N°2406 ; Proposition de loi visant à réformer le droit relatif à la garde à vue, 01.04.2010, N°2410.

⁵⁸ Cf. Ass. Plén, 15.04.2011, nos 10-17.049, 10-30.242 et 10-30.313.

⁵⁹ Loi n° 2014-372 du 28/03/2014 parue au JO n° 75 du 29/03/2014.

⁶⁰ Chambre criminelle, 15 décembre 2010, 10-84112.

⁶¹ Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, cette loi **vise à empêcher toute ingérence de l'exécutif dans le déroulement des procédures pénales, afin de ne pas laisser la place au soupçon qui mine la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire. Il inscrit dans le code de procédure pénale la prohibition pour le ministre de la justice d'adresser aux magistrats du parquet des instructions dans des affaires individuelles.**

⁶² Réforme du Csm toujours en attente et otage d'oppositions politiques virulentes.

2.3 La Cour de Cassation un nouveau rôle ?

Incontestablement des questions se posent sur la place de la Cour de Cassation au sein des juridictions suprêmes nationales et européennes⁶³. Celle-ci peut ainsi subir des critiques et on peut s'interroger parfois sur l'intelligibilité et la compréhensibilité de la norme juridique qu'elle développe dans le contrôle de conventionalité qu'elle opère, pour sa part, la Cour tente de s'affranchir des critiques qu'elle subit en regardant avec exigences les principes de droit qui gouvernent sa mission et qu'elle doit retenir puisque la France fait partie intégrante de la CEDH⁶⁴ et la lecture de notre conventionalité lui permet d'effectuer des contrôles exigeants. Dans un environnement où la prégnance des normes se développe, une nécessaire interprétation du droit s'impose, la juridiction suprême joue parfaitement ce rôle et se porte en garante d'une lecture sourcilleuse des principes développés par la Convention de Strasbourg. Ainsi, la Cour vérifie que notre droit et son fonctionnement se trouve bien accord avec nos exigences conventionnelles et obère la puissance de celui-ci si ce n'est pas le cas. Que cela plaise ou non, ceci est devenu une réalité et les critiques formulées ici ou là sur cette réalité ne sont pas recevables sauf à présenter sans aucun doute un projet politique qui au lieu de s'en prendre au fonctionnement même de notre contrôle conventionnel opéré par la Cour devrait proposer une sortie totale des principes développés par la Cour pour mettre en adéquation les idées et l'action politique plutôt que de prendre à témoin le public peut au fait des réalités de notre contrôle conventionnel et du fonctionnement du droit. Il est certain que le nouveau rôle que la Cour s'accorde dans le respect du droit peut paraître excessif eu égard aux enjeux sécuritaires actuels mais celle-ci développe un argumentaire solide constituant face à la réalité du crime et de la délinquance un dénominateur commun d'humanité traduisant une certaine maturité démocratique, ainsi nous avons grâce à elle une forme de mutualité commune dans l'application de la norme et une certaine efficacité juridique. D'autre argumenterons que ce comportement d'affranchissement à notre fonctionnement régalien est insupportable et porte à terme une remise au pas de la conquête de cette liberté dans un souci de rétablissement de l'autorité de l'Etat. Force est de constater que la Cour participe plutôt à une forme de justice saisie

par le droit où l'on voit devenir la Cour de Strasbourg et donc notre Cour de Cassation par son biais un acteur incontournable qui est un intervenant nouveau agissant en face du pouvoir législatif et exécutif Français. Ainsi, la matière répressive se soumet au droit et la force envahissante de la Cour se pose avec acuité non seulement d'une manière externe mais aussi d'une manière interne avec le contrôle de conventionalité, les conclusions rendues à la Conférence d'Interlaken en 2008⁶⁵ ne peuvent que renforcer cette réalité où il a été conclu qu'il convient de tenir compte des décisions intervenues à l'égard de tout Etat sans attendre un éventuel arrêt visant spécifiquement la législation de tel ou tel pays. La Cour de Cassation neutralise ainsi certaines dispositions législatives considérées comme non conformes à la jurisprudence européenne. Face à un nombre important de loi et d'une qualité parfois discutable n'est-il pas normal que la Cour de Cassation prenne à cœur sa mission importante d'interprétation et d'applicabilité des textes produits avec les valeurs normatives d'essences supranationales ? Cette question est sans aucun doute au cœur du débat démocratique qui transcende les réflexions actuelles dans la période troublée que nous vivons.

⁶³ Cf. Rapport Annuel 2014 de la Cour de Cassation, discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le 12.01.2015 par M. Bertrand LOUVEL, 1er Président de la Cour de Cassation.

⁶⁴ Le 3 mai 1974, la France fit déposer auprès du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ses instruments de ratification de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 14 novembre 1950 par Robert Schuman, alors Ministre des Affaires Étrangères. Éclipsé par la campagne des élections présidentielles qui battait son plein, l'événement est passé pratiquement inaperçu et a été négligé par la grande presse.

⁶⁵ L'avenir de la Cour de Strasbourg et le renforcement des normes de la CEDH : contribution à la Conférence d'Interlaken. Compte rendu de l'audition tenue à Paris le 16 décembre 2009 (extrait du document AS/Jur (2009) PV 09).

Après avoir constaté et présenté les éléments caractérisant la prégnance des exigences de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans notre Droit Pénal Français, il convient de porter une réflexion sur les évolutions possibles et souhaitables pour adapter notre droit aux réalités de la Convention, il s'agit là d'une démarche proactive pour déterminer au présent les pistes de réflexion pouvant satisfaire une bonne régulation de notre droit et renforcer aussi son efficacité. Avant de porter une telle réflexion, il convient de faire un rappel pour que soit bien compris les difficultés que nous rencontrons avec les exigences de la Convention dans notre Droit Pénal. Si nous avons clairement compris à travers notre réflexion ci-dessus l'incidence majeure des arrêts de la CEDH sur la matière répressive, il nous faut présenter notre modèle Français pour montrer que l'idée selon laquelle les juges fabriquent de la loi est une idée longtemps restée sacrilège au regard de notre tradition juridique. En effet, la France est la mère du légicentrisme c'est-à-dire d'un système juridique reposant sur l'idée simple et centrale selon laquelle la loi exprime tout le droit et que tout le droit est dans la loi. En France pays de tradition jacobine⁶⁶ et de centralisme, on place le législateur national comme le garant de la souveraineté et qu'ainsi il est le seul légitime pour imposer du droit ayant force obligatoire. Cette conception légicentriste du système juridique coïncide avec la Révolution Française et l'Empire, cette conception héritée de l'histoire a été fortement ébranlée par le fonctionnement de l'Europe (et particulièrement du Conseil de l'Europe) dans la production d'une importante jurisprudence imposant certaines pratiques. Le légicentrisme exprime avant tout une bataille de normes puisque cette doctrine pose que la loi est la seule et unique expression de la souveraineté de la nation et on ne gomme pas l'histoire d'un pays d'un trait de plume. En cela la loi dispose d'une autorité indépassable et c'est elle qui fonde l'état légal. Ainsi, si l'on devait donner une figure au système juridique, ce serait un cercle avec en son cœur d'une façon unique la loi souveraine, à la foi autosuffisante dans son fondement (souveraineté) et dans sa production (principe de légalité). Cette conception moniste (unité de la loi) par opposition à un système dualiste (ou cohabite plusieurs sources de droit en concurrence s'intégrant en droit interne) a pour principal source la philosophie politique de Jean-Jacques Rousseau présentée par l'aphorisme « le juge ne doit être que la bouche de la loi », c'est encore sur lui que la France conserve le principe de souveraineté parlementaire (le gouvernement est responsable devant le Parlement) et de souveraineté de la loi. Mais depuis la Révolution Française, les esprits et les faits ont changé. Ainsi s'est construite une doctrine inverse : « le pluralisme juridique » qui pose en contradiction que le droit vient de nombreuses sources, comme la coutume, les pratiques,

les jugements etc. Il n'est pas étonnant que les auteurs qui affirment le pluralisme juridique ne viennent pas de la philosophie politique mais d'avantage de la sociologie comme Georges GURVITCH ou le doyen Jean CARBONNIER. En outre les frontières nationales ont perdu de leurs consistances en fait et en droit, c'est pourquoi un auteur comme Mireille DELMAS-MARTY⁶⁷ s'appuie sur le fait de la construction de l'Europe des Droits de l'Homme d'une part et de la globalisation d'autre part pour affirmer que le légicentrisme a fait place à un pluralisme juridique généralisée dans lequel la Convention Européenne (même si elle n'est pas seule) a toute sa part. Ainsi l'arrêt Pessino de la CEDH du 10.10.2006⁶⁸ assimile la jurisprudence comme détenant le même rang que la loi, réalité fortement en contradiction avec nos traditions juridiques Françaises plaçant la primauté de la loi au cœur de notre fonctionnement étatique. Les gouvernements Français successifs ont longtemps essayé de minimiser voir d'ignorer la jurisprudence tant que la France n'était pas concernée mais la réalité s'est imposée et la France a dû évoluer car les arrêts de la CEDH sont devenus supérieurs à la loi. La problématique vient du fait que nos principes directeurs ont été importés, cette réalité se retrouvait plutôt dans des Etats qui avaient peu de loi mais avaient des jurisprudences importantes, ainsi, ce que nous impose la CEDH est très éloigné de notre système qui est fondé sur la loi et non sur la jurisprudence. En réalité 1981 a sonné le glas de la fermeté en levant les réserves qui interdisaient aux justiciables Français de saisir la CEDH de toute violation de leurs droits fondamentaux. La France s'est ainsi vue soumise à une attraction au modèle européen et au modèle anglo-saxon créateur de droit par le biais de la jurisprudence. On a donc vu les faiblesses apparaître d'un système fondé sur une tradition inquisitoriale et accusatoire par rapport à un système de nature plus contradictoire. On a constaté dans cette confrontation des critiques à l'encontre de la Procédure Pénale Française au titre de son ancrage historique dans le système inquisitoire dont les traits fondamentaux (procédure écrite, secrète et non-contradictoire) étaient peu compatibles avec l'évolution du monde d'aujourd'hui même si de tels traits sont néanmoins désormais atténués où l'on évolue plutôt dans un système dit mixte mélangeant du contradictoire avec de l'inquisitorial. Avec la CEDH on a donc vu arriver la tradition accusatoire anglo-saxonne (groupe des pays de la Common-Law) s'affronter avec le système inquisitorial (groupe des pays de tradition romano-germanique), la tradition contradictoire faisant la part belle aux débats publics et oraux en oubliant parfois l'inégalité des parties dans la recherche des preuves et la nécessité de recourir à des procédures simplifiées comme le « plea-bargaining »⁶⁹ pour permettre au système de fonctionner. Autre problématique concernant les critiques sur notre juge

d'instruction eu égard au rattachement de notre procédure à la tradition inquisitoriale, l'ancien Président de la République en 2009 avait ouvert un Comité de Réflexion sur la Justice Pénale⁷⁰ à son sujet pour sa suppression et présidé par Philippe Léger (réflexion déjà ancienne portée également après-guerre par le juriste Henri Donnadieu de Vabres). En 2009, la réflexion avait porté sur le fait de confier au Ministère Public toute la responsabilité de conduite des enquêtes pénales avec le contrôle d'un Juge de l'Instruction (celui-ci comprenant un Juge de l'Enquête et des Libertés, un Tribunal de l'Enquête et des Libertés et enfin en dernier degré une Grande Chambre de l'Enquête et des Libertés), le rapport Léger avait abordé les trois phases de la Procédure Pénale : phase préparatoire (enquête et instruction), phase décisive (jugement) et phase exécutoire (exécution de la sanction), le Juge perdant la direction des investigations se seraient recentré sur le contrôle de l'équilibre de la procédure vis-à-vis du Parquet et des parties (victime et mis en cause) avec un Procureur ayant des garanties nouvelles en plus de celle garantissant déjà son action pour conduire les procédures et des aménagements significatifs en terme d'organisation. Une telle réflexion sur le Juge d'Instruction avait aussi été menée au sein de la Commission « Justice Pénale et Droits de l'Homme » en 1990 par Mme DELMAS-MARTY ou on a affirmé la nécessité d'effectuer une séparation nette entre les fonctions d'instruction et les fonctions de natures juridictionnelles, solution en phase avec le fait qu'aujourd'hui le Juge d'Instruction ne traite plus dans les TGI que 4% des affaires pénales, la majorité étant traitées par le Procureur lui-même non exempte non plus de critiques sur son indépendance que nous avons déjà évoqué, il n'est que de voir à ce sujet les réformes successives sur la fin des requêtes individuelles et aussi les réflexions portées sur la composition du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) le tout ayant pour but de couper le « cordon ombilical » existant entre le Procureur et le pouvoir exécutif. Les principales critiques que cristallisent le Juge d'Instruction sont : la confusion sur une même personne des missions d'investigations et des tâches juridictionnelles qui lui impose de conduire deux tâches très antinomiques tels « Maigret et Salomon » (R. Badinter), d'autre part, il ne garantit pas suffisamment le respect du délai raisonnable dans les procédures (il subit d'ailleurs à ce sujet les foudres de la CEDH), enfin, il est aussi stigmatisé sur le problème de la détention provisoire que l'institution d'un Juge des Libertés et de la Détention (JLD) en 2000 n'a en rien freiné. Différentes critiques ont lieu aussi sur le fonctionnement même de l'institution, problème de structuration des cabinets fondé sur une démarche peu propice au travail en équipe et source de fragilité avec les mutations situation d'ailleurs que la loi du 05.03.2007 n'a pas étanchée malgré la création des pôles

de l'instruction suite à la commission d'enquête sur la dramatique affaire d'Outreau⁷¹, doute aussi sur la plus-value de l'instruction à l'heure de l'apparition de la preuve scientifique, question aussi sur l'utilité des tâches de synthèse et d'orientation conduites par le magistrat au regard des charges bureaucratiques et de formalisme prenant beaucoup de temps avec le greffe, accumulation des réformes accroissant une lourdeur procédurale sans que pour autant cela se traduise par une plus grande efficacité et une meilleure garantie des droits. Critiques également sur l'isolement international de notre système au regard des grands mouvements de droits observés, en effet les Juges d'Instructions ont souvent disparu du droit des pays voisins (Allemagne, Italie, Autriche ou encore Suisse), les pays de la Common-Law ne reconnaissent plus cette institution et demandent à l'unisson sa suppression au profit du Parquet et d'un rôle délégué par lui à des enquêteurs avec un contrôle de ceux-ci opéré par un juge chargé exclusivement de cela. On voit ainsi à travers ces quelques notions que la Jurisprudence de la CEDH heurte de plein fouet notre modèle pénal et qu'il est nécessaire au travers de la présente étude de porter une réflexion sur les possibilités de faire face à de si grands défis dans une matière aussi centrale que l'action pénale garante de la régulation sociale dans le système cher à Max Weber du monopole de violence légale⁷² et ses tempérances.

⁶⁶ À son origine, le jacobinisme est une doctrine politique qui défend la souveraineté populaire et l'indivisibilité de la République française. Il tient son nom du club des Jacobins, dont les membres s'étaient établis pendant la Révolution française dans l'ancien couvent des Jacobins à Paris.

⁶⁷ Nommée, par le Garde des Sceaux Pierre Arpaillange, présidente de la commission « Justice pénale et droits de l'homme » et signe en cette qualité de nombreux rapports au Premier ministre.

⁶⁸ Pessino c/ France, CEDH, 10 octobre 2006.

⁶⁹ Cf. à ce sujet la loi 2004-404 du 09.03.2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » ayant créé aux articles 495.7 à 495.16 du CPP le système de Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité (CRPC) où une personne mise en cause se voit renvoyée devant un Procureur au TGI alors qu'elle a reconnu les faits et que cette décision du Procureur est ensuite homologuée par un Juge en cas d'accord des partis.

⁷⁰ Comité de Réflexion sur la justice pénale présidée par Philippe Léger ancien Avocat Général près la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) de Luxembourg 01.09.2009.

⁷¹ Juillet 2004-décembre 2005, affaire de mœurs sur mineurs de 15 ans en réunion ou des mineurs avaient dénoncés des adultes comme auteur de viol et d'agressions sexuelles s'en était suivi des détentions provisoires avec le suicide de

certain prévenus alors même que certains accusateurs s'étaient rétractés, situation ayant mis en exergue la relative solitude du Juge d'Instruction dans l'enquête, situation ayant donc abouti au vote de la loi 2007-791 du 05.03.2007 tendant à renforcer l'équilibre de la Procédure Pénale.

⁷² Le monopole de la violence (en allemand : *Gewaltmonopol*), plus précisément le monopole de la violence physique légitime (*Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit*), est une définition sociologique de l'État développée par Max Weber dans Le Savant et le politique qui a été important en sociologie mais aussi dans la philosophie du droit et la philosophie politique. Cette expression définit selon lui la caractéristique essentielle de l'État en tant que groupement politique, comme le seul à bénéficier du droit de mettre en œuvre, lui-même ou par délégation, la violence physique sur son territoire.

Partie 2

L'adaptation de la loi Française aux réalités du droit conventionnel de la Cour, des évolutions possibles et souhaitables

Chapitre 1

**Poursuivre la mise en adéquation de la législation avec
la jurisprudence**

1.1 Un empilement législatif ?

Face à la prégnance de l'application du droit conventionnel sur la réalité du fonctionnement de notre Droit Pénal, quelle attitude adopter pour l'autorité politique en responsabilité? Doit-on sortir de la Convention ou doit-on encore et toujours adapter notre modèle au droit de la Convention? Cette double interrogation est au cœur des réflexions menées par tous les occupants successifs de la Place Vendôme, jusqu'à présent la première option a été le choix récurrent de toutes les majorités qui se sont succédées, elle a l'avantage de ne pas remettre frontalement en question toute notre architecture et notre histoire et elle est peut-être moins couteuse politiquement qu'une refonte totale de notre système régalien de justice. Beaucoup de problématiques (en plus de l'application du droit conventionnel) s'empilent sur le fonctionnement de notre justice et cela a été souligné dans le cadre de la Conférence Nationale des Procureurs⁷³, les Procureurs de la République des Tribunaux de Grande Instance (TGI) assumant la majorité du traitement de la délinquance de masse : la multiplication des nouvelles missions (annonce notamment sur la création dans les TGI de salles de crises permettant de gérer en temps réel et en tout point du territoire des attentats multiples), les réformes successives de la Procédure Pénale (qu'elle viennent d'ailleurs du Droit Conventionnel de la CEDH, du Conseil Constitutionnel avec les Question Prioritaires de Constitutionnalité-QPC-ou du Droit de l'Union Européenne avec les Directives à transposer en Droit Français s'appuyant sur le Charte des Droits Fondamentaux), l'animation des instances partenariales dans le cadre de la Politique de la Ville (par exemple les Contrats Locaux de Sécurité et de Prévention de la Délinquance-CLSPD), ces situations amènent des allongements de délais de procédure avec aussi des risques d'erreur pouvant être dramatiques. Autre problématique couronnant le tout, celle concernant les moyens, en effet, la plupart des Tribunaux sont en cessation de paiement et ont du mal à faire face à leur fonctionnement courant et aussi ont du mal à pouvoir payer les experts requis en qualité d'auxiliaires de justice, cette situation est indigne du service public de la justice. Depuis le début de l'année, des annonces ont été faites pour améliorer le fonctionnement de la justice en effectuant des recrutements de magistrats, de greffiers, d'attachés d'administration ou d'assistants spécialisés, on parle également de faire appel à des magistrats honoraires c'est-à-dire en retraite et venant épauler leurs confrères encore en activité. Ce besoin en effectif peut être mis en perspective avec les chiffres en Europe connus sur la justice⁷⁴ : selon les statistiques officielles, on compte aujourd'hui en France 2.9 parquetiers pour 100 000 habitants contre 12 au niveau européen. Ceux-ci traitent en moyenne chacun 2532 affaires par an contre 615 pour nos voisins européens, pour ce qui est du coût de la justice, celle-ci représente en moyenne 61 Euros par habitants en France contre 121 Euros en Europe. Ces chiffres nous font comprendre le double facteur endogène et exogène qui constitue sans aucun doute un véritable frein au fonctionnement serein et

efficace d'un service judiciaire fiable et performant pour une démocratie moderne comme la France. La Cour Européenne des Droits de l'Homme ne présente pas notre Procureur sous un jour favorable car elle lui dénie la qualité de magistrat indépendant au motif qu'il a encore un lien avec le pouvoir exécutif, ce point de l'indépendance du Procureur a été plusieurs fois revu par différentes réformes que l'on peut évoquer ici. Il faut rappeler d'abord que tous les magistrats sont recrutés par voie unique au sein de l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM) de Bordeaux et ils peuvent alternativement connaître une carrière dans la magistrature du siège (les Juges d'Instruction) et/ou dans la magistrature du Parquet (les Procureurs), cette réalité est diversement appréciée par la doctrine qui évoque un manque de lisibilité pour les justiciables et un reproche selon lequel certains magistrats passés par le parquet avant une carrière au siège seraient « marqués » politiquement⁷⁵. Concernant la réforme de l'unicité de la magistrature, des changements ont donc été menés concernant le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) qui a compétence en vertu de l'article 65 de la Constitution pour la nomination et la discipline de l'ensemble des magistrats (deux formations compétentes pour le Siège et le Parquet)⁷⁶. La loi constitutionnelle du 23.07.2008 de modernisation des institutions de la Vème République complétée par la loi organique du 22.07.2010 a modifié le fonctionnement du CSM autour de trois points essentiels : premier point, la modification de sa composition pour garantir son indépendance et pour ouvrir sa composition (fin de la présidence du Conseil par le Président de la République qui est remplacé par le premier président de la Cour de Cassation et de sa Vice-Présidence par le Garde des Sceaux pouvant néanmoins encore y siéger dans des formations autres que disciplinaires qui lui est remplacé par le Procureur Général près la Cour de Cassation). Par ailleurs, le CSM est désormais composé de membres n'appartenant pas à la magistrature (six personnalités qualifiées n'appartenant ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire ou à l'ordre administratif, un avocat désigné par le Conseil National des Barreaux-CNB-après avis conforme de l'assemblée générale du Conseil National des Barreaux), il est aussi organisé la nomination de personnalités qualifiées au sein du CSM et aussi est consacré l'existence d'une formation plénière destinée à représenter d'une manière plus équilibrée les différentes composantes de la hiérarchie judiciaire et pour que cette formation examine certaines demandes du Président de la République ou du Garde des Sceaux et que soit élaboré un recueil des obligations déontologiques des magistrats. Ensuite, il a été rappelé dans le Droit Constitutionnel que les membres du CSM exercent leur mission dans le respect des exigences d'indépendance, d'impartialité, d'intégrité et de dignité. Second point de réforme, l'extension des attributions du CSM s'agissant des nominations des magistrats du Parquet, désormais la formation du Conseil compétente à l'égard des magistrats émet un avis sur toutes les nominations les concernant alors que cela n'était pas le cas auparavant après le conseil des ministres qui nommait sans garde-fou. Troisième point, la mise en place d'une saisine du CSM par les justiciables et une refonte de diverses dispositions relatives à la discipline des magistrats, cette réforme permet à un justiciable de saisir le CSM d'une demande de poursuite disciplinaire à l'encontre d'un magistrat, cette saisine ne sera pas la seule cause pouvant amener à la récusation d'un magistrat. Ce volet comporte également une possibilité pour les chefs de cours de saisir le Conseil pour demander une demande d'interdiction temporaire d'exercice d'un magistrat jusqu'à décision définitive de poursuite contre un magistrat. Ainsi, avec ces réformes, on voit bien ici que l'autorité politique s'est penchée très singulièrement sur une volonté d'améliorer le « ressenti » de Strasbourg sur la garantie d'indépendance de notre magistrature et de notre Procureur chargé de responsabilités fondamentales en matière de respect des libertés publiques et de la direction de la Police Judiciaire, l'indépendance de notre Procureur a toujours été un point non négociable avec Strasbourg ayant déjà suscité des premières réformes dès le début des

années 90 : prohibition des instructions de non-poursuites, exigences que toutes instructions individuelles soient écrites et versées au dossier de la procédure dans un souci de transparence. Ces évolutions se sont renforcées avec la soumission des projets de nomination des Procureurs Généraux à l'avis du CSM avec aussi la publication de la loi du 25.07.2013⁷⁷ qui prohibe dorénavant explicitement pour l'autorité politique toutes instructions par le Garde des Sceaux dans les affaires particulières. Le 13.03.2013 avait été faite une annonce de nouvelle réforme du CSM visant à obtenir un avis conforme du CSM pour les nominations faites par la chancellerie au Parquet au lieu d'un seul avis consultatif auparavant dans un contexte où les Procureurs ont de plus en plus de pouvoirs suites aux différentes évolutions législatives avec en sus une sorte d'alignement sur le statut des magistrats du siège, malgré tout, dans le cadre de ce projet de réforme, le CSM n'aurait pas la main sur les nominations pour les plus hautes fonctions telles les chefs de cours, de juridictions ou de Cour de Cassation. Si un alignement des statuts des magistrats du Siège et du Parquet aurait l'avantage d'une réforme rapide de l'ordonnance de 1958⁷⁸ sans passer par une réforme constitutionnelle trop lourde de la magistrature, cette nouvelle réforme du CSM impliquera si elle est menée dans sa globalité une réforme constitutionnelle nouvelle avec réunion du Congrès à Versailles beaucoup plus complexe. Il était prévu la réunion de ce Congrès pour constitutionnaliser l'état d'urgence et la déchéance de nationalité mais cette réunion n'a pas eu lieu par manque de cohérence entre les deux Assemblées, il semble que cette réalité pèsera sur une réforme nouvelle du CSM. Ainsi, le Procureur et son statut de magistrat indépendant est au cœur des réflexions de la Chancellerie comme le fut en 2001 pour l'autorité administrative après l'arrêt Kress de Strasbourg⁷⁹ le statut du représentant de l'autorité étatique au sein de la juridiction administrative, de ce que l'on appelait le commissaire du gouvernement devenu depuis le rapporteur public depuis cet arrêt⁸⁰, on saisit ici toute la difficulté en France d'avoir une autorité politique issue des urnes à laquelle on conteste en Europe la volonté de pratiquer une politique pour laquelle le peuple à porter des choix dans des orientations précises. Aujourd'hui, face à la réalité du terrorisme de masse et la célérité qu'implique sa lutte face à une opinion publique avide de sécurité et d'efficacité, les responsables politiques se sont orientés pour tenter de s'affranchir de la lourdeur procédurale judiciaire et des exigences conventionnelles vers des pouvoirs confiés à l'autorité administrative situation qui a ému le monde judiciaire traditionnel gardien des libertés individuelles en vertu de l'article 66 de notre loi fondamentale⁸¹, ainsi, l'année 2015 aura été marqué par le recours à l'Etat d'Urgence⁸² et à la présentation d'un projet de réforme de la Procédure Pénale confiant d'une manière inhabituelle des pouvoirs importants à l'autorité administrative qu'est le Préfet mais quoi de plus naturel que de se tourner vers lui quand les fondements mêmes de l'Etat semblent être menacés par le défi terroriste?). Les responsables judiciaires y voient là une atteinte grave à la séparation des pouvoirs consacrée traditionnellement dans notre pays entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif mais encore une fois cette réalité est-elle un gage d'affranchissement total aux déterminants juridiques de la Convention tant celle-ci se montre aussi exigeante vis-à-vis du pouvoir judiciaire que vis-à-vis du pouvoir administratif dans le respect de ces articles reconnus par la France, en réalité, cette option politique ne fait que déplacer le curseur d'une autorité vers une autre sans avoir de garanties sur une totale réussite de l'une sur l'autre subissant pour chacune d'entre elles les foudres de la Convention.

⁷³ Cf. Assemblée Générale de la Conférence Nationale des Procureurs, communication aux médias de M.Thomas PISON, Procureur de la République de Nancy et président de la Conférence Nationale des Procureurs.

⁷⁴ Sources Conseil de l'Europe Strasbourg.

⁷⁵ Voir en ce sens J-P DINTILHAC, *Rendez-nous la justice*, éd. Jacob-Duvernoy, 2006, spéc.p.106 et s.

⁷⁶ **Loi organique n° 94-101 du 5 février 1994 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature.**

⁷⁷ **Voir au sujet de la dite loi les travaux préparatoire du Sénat sur le projet de loi désigné « Projet de loi relatif aux attributions du Grade des Sceaux et des Magistrats du Ministère Public en matière de politique pénale », audition de M. Jean-Claude MARIN Procureur Général près la Cour de Cassation par M. Jean-Pierre SUEUR, rapporteur auprès de la Commission des Lois du Sénat, annexe 3 du rapport législatif.**

⁷⁸ **Cf. Légifrance, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.**

⁷⁹ *L'arrêt Kress contre France* (Requête n°39594/98), rendu le 7 juin 2001 par la Cour européenne des droits de l'homme, est relatif à la place du rapporteur public (anciennement nommé commissaire du gouvernement) dans le Conseil d'État français.

⁸⁰ **Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.**

⁸¹ Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.

⁸² L'état d'urgence est, en France, une situation spéciale, une forme d'état d'exception permettant aux autorités administratives de prendre des mesures restreignant les libertés comme l'interdiction de la circulation ou la remise des armes. Les mesures les plus sévères sont les assignations à résidences, la fermeture de certains lieux, l'interdiction de manifester et les perquisitions de jour et de nuit. Ainsi, il dessaisit la justice de certaines de ses prérogatives. C'est donc un régime exceptionnel de Police déclaré soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leurs natures et leurs gravités, le caractère de calamité publique. Contrairement à l'état de siège, il n'implique pas les forces armées. Son régime est fixé par la loi du 03.04.1955, loi qui avait été créé historiquement pour pouvoir faire face à la situation des événements algériens dans la phase de décolonisation, ce régime de légalité de crise a été appliqué sept fois entre 1955 et 2015 puis une huitième fois après les attentats du 13.11.2015. A l'opposition de l'état de siège dont le régime est fixé par l'article 16 de la Constitution (certains y voyant historiquement « la constitutionnalisation du 18.06.1940 » par le Général de Gaulle »-Jean Foyer dans ce cas précis) et donnant des pouvoirs importants aux militaires (il fut toutefois contesté une fois mais la réponse fût sans ambiguïté par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Rubens de Servens en 1962), il n'est pas constitutionnalisé. Il peut être contesté devant la juridiction administrative d'où l'intérêt d'une éventuelle constitutionnalisation qui avait été retenue par les réflexions du Comité Balladur avant la réforme constitutionnelle du 23.07.2008, voir à ce sujet l'arrêt CE Ass. 24.03.2006 Rolin et Boisvert ayant contesté le recours à un tel régime suite aux émeutes dans les banlieues en 2005 contre le décret du 08.11.2006 l'ayant établi, voir également la difficulté et la fragilité d'un tel régime législatif et non constitutionnel eu égard aux Questions Prioritaires de Constitutionnalité prévues à l'article 61.1 de la Constitution issue de la réforme du 23.07.2008 s'agissant d'une loi pouvant être contestée, à ce sujet décision QPC du CC 2016-536 du 19.02.2016 jugeant inconstitutionnelles certaines perquisitions et saisies opérées dans un tel cadre. Ne pas confondre non plus ce régime avec celui des circonstances exceptionnelles d'origines prétoriques dont le régime est donné par la jurisprudence du Conseil d'Etat voir notamment à ce sujet l'arrêt CE du 28.02.1919 désigné « Dames Dol et Laurent » où deux prostituées de Toulon avaient contesté devant la juridiction administrative du Conseil d'Etat la prise d'un arrêté interdisant la prostitution à Toulon pendant la 1ère guerre mondiale, période exceptionnelle pour ne pas que des fuite de secrets militaires puissent avoir lieu suite à une telle activité, le Conseil d'Etat a validé une telle mesure administrative eu égard à la situation permettant donc au Préfet d'aménager le régime des libertés publiques. Enfin, on se gardera également de confondre un tel régime avec celui désigné « vigipirate » et datant de 1978 et plusieurs fois réformé pour

« caller » à la menace terroriste et permettant d'adopter des mesures visant à protéger les populations avec plusieurs niveaux de restriction des libertés et d'organisation des pouvoirs publics.

1.2 Une nécessaire formation des forces de sécurité intérieure

Les quelques pistes de réflexions que nous avons menées ci-dessus présentent sur certains points les défis de l'instabilité juridique que peut connaître notre Droit Pénal dans ses applications, si le monde de la magistrature est certes touché de plein fouet, les structures administratives chargées d'appliquer ce droit que sont les auxiliaires de justice de la Police Nationale et de la Gendarmerie Nationale n'en sont pas moins affectées puisque ces structures pratiquent la Police Judiciaire en vertu de l'article 14⁸³ qui la définit pour reprendre la terminologie de cet article du Code de Procédure Pénale «comme constatant les infractions, rassemblant les preuves et recherchant les auteurs des infractions tant qu'une information n'est pas ouverte». Les évolutions législatives successives en générales comme déjà évoquées ainsi que les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur les quelques points développés ici, affectent au premier chef l'activité et l'efficacité des services de Police Judiciaire de nos deux forces de sécurité intérieure. L'exemple des exigences de la présence de l'avocat en garde à vue suite à l'application du Droit Conventionnel par la Cour de Cassation est un exemple très particulier où les services ont dû dans l'urgence intégrer très rapidement un dispositif procédural de nature contradictoire après avoir travaillé pendant des années avec un système de type inquisitorial et accusatoire. Cela a constitué une véritable révolution dans les services et a imposé aux exécutants de rapidement se former dans un contexte total d'impréparation de l'administration puisque les logiciels de rédaction de procédure en usages (LRP pour la Police notamment) n'ont pas été immédiatement paramétrés pour intégrer ces nouvelles méthodes de travail. La Police a su toujours faire face aux problématiques qu'elle rencontrait, toutefois, cet épisode a été difficile dans la mesure où les fonctionnaires auxiliaires de justice ont dû se former et aussi aller rechercher de la ressource juridique sur les sites intranets dédiés à condition que ceux-ci prennent le temps de le faire et en connaissent parfaitement les rouages. Le Centre de Documentation Pédagogique de la Police Nationale (CDPPN) au sein de L'Institut National de la Formation de la Police Nationale (INFPN) à Clermont-Ferrand (63) dépendant de la Direction des Ressources et des Compétences de la Police Nationale (DRCPN) a pu produire de la documentation de qualité pour aider les personnels en difficulté sur ces thématiques judiciaires, par ailleurs, des stages dans les Zones de Défense et de Sécurité sont assez fréquemment organisés afin que les connaissances puissent être mises à jour pour les personnels sur base du volontariat dans la mesure à ne pas mettre sous tension l'institution par manque d'effectifs, enfin, il est effectué dans les services dans la mesure du possible des temps organisés de formation pour que circulent les nouvelles dispositions à intégrer dans le management et l'efficacité du travail. Aujourd'hui au sein des structures d'enquête de Police Judiciaire de la Police Nationale et ce depuis un décret de 1998⁸⁴, un grand nombre d'Officier de Police Judiciaire de l'article 16 du Code de Procédure Pénale font partis du Corps d'Encadrement et D'Application (CEA) de la Police Nationale c'est-à-dire du Corps des gradés et gardiens (Gardien de la Paix, Brigadier, Brigadier-Chef et Major), ce corps est aux avant postes dans la pratique de la Police Judiciaire dans les services en général et on constate une forme de désengagement des autorités intermédiaires (même si on a affaire à des

fonctionnaires très motivés⁸⁵) dans la matière de Police Judiciaire au profit de la Police Administrative. La tendance qui s'observe pour les personnels est à une baisse d'intérêts pour cette matière tant celle-ci s'est complexifiée au fur à mesure des années sans une recrudescence des moyens (il n'est que de voir la mise en place récemment de la structure PNIJ-Plate-Forme Nationale des Interceptions Judiciaires- dispositif visant à centraliser sur une structure unique dans les Yvelines à Elancourt (78) l'ensemble des demandes d'identification des téléphones portables et des écoutes, structure ayant du mal à fonctionner correctement par manque d'investissements sur les réseaux notamment en province). Cette PNIJ en dysfonctionnement a d'ailleurs fait l'objet d'une communication de la Commission des lois du Sénat critiquant son fonctionnement comme son coût et demandant que soit repoussé son usage⁸⁶. Dans une telle situation où les exigences de l'application de la Convention portent en Police Judiciaire l'administration de la preuve en point central pour engager la culpabilité des délinquants, des questions se posent quant à l'avenir des Procédures Pénales face à l'échec d'un tel dispositif. Le gouvernement a fait des annonces relayées par le Directeur Général de la Police Nationale (DGPN) à ses forces pour alléger la Procédure Pénale et ce par voie d'un projet de décret en sus du projet de loi de lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme en débat au Parlement: création d'une plateforme garde à vue destinée à gérer en un point unique et identifié, l'ensemble des demandes pour le suspect liées à sa garde à vue tels que les interprètes, les avocats, les médecins, l'avis famille avec l'évaluation d'un tel procédé au niveau de l'Inspection Générale de la Police Nationale (IGPN), création suite à cette plateforme d'un procès-verbal unique de notification de fin de garde à vue récapitulant à lui tout seul l'ensemble des diligences accomplies par le suspect dans le cadre de sa garde à vue, une compétence judiciaire d'Agent de Police Judiciaire (article 20 du CPP) donnée aux agents de Police Technique et Scientifique (ASPTS) pour soulager le travail des Officiers de Police Judiciaires, la fin de la règle un acte, un procès-verbal, mise en place d'un Traitement en Temps Réel (TTR) judiciaire au niveau du Parquet via une application « e-TTR » relayée au niveau de la chancellerie pour chaque Tribunaux de Grande Instance, généralisation d'accord de principe du Parquet pour autoriser en groupé les demandes de réquisition judiciaire notamment en préliminaire, une harmonisation avec le Parquet pour assurer un règlement plus rapide des petites procédures et aussi la réorganisation des tâches indues. Ainsi, le Droit Pénal qui devrait être par définition un droit stabilisateur devient très difficile à pratiquer et l'instabilité juridique règne en maître là où devrait apparaître la sérénité de la loi, l'application de la Convention n'est pas étrangère dans cette instabilité dénoncée même si comme on l'a vu elle n'est pas la seule en cause. La présentation d'un nouveau projet de loi réformant la Procédure Pénale⁸⁷ après les attentats de novembre 2015 issu d'une co-production législative entre la Place Beauvau, la Place Vendôme et Matignon ne va pas faciliter le travail de la Police Judiciaire, ce texte devant être amendé par la Sénat le jugeant un peu fourre-tout fait une place de choix à la justice administrative pour lutter contre le terrorisme, renforce les moyens d'enquête du Parquet (toujours lui) et campe un certain nombre de dispositions pour lutter contre le blanchiment d'argent et le trafic d'armes. Ce projet de loi a donc plusieurs objectifs, tout d'abord, renforcer l'efficacité de la Procédure Pénale pour lutter contre le terrorisme, il s'agit par exemple de criminaliser le terrorisme avec l'association de malfaiteur car trop rarement les faits de terrorisme sont criminalisés empêchant la justice de prononcer des peines supérieures à dix ans et de renforcer la répression sur tout le spectre de la mouvance terroriste. Il s'agit aussi de peaufiner le dispositif facilitant les enquêtes en matière de cybercriminalité et aussi permettre l'interception des messages électroniques stockés dans le cloud et les boîtes mails comme « Yahoo! » ou « gmail », jusqu'à présent ce type de perquisition numérique requérait l'accord des personnes concernées (à l'heure notamment où internet est le

principal vecteur de la diffusion djihadiste). Ce projet crée aussi en aval dans l'exécutif un régime d'aménagement de peine plus rigoureux pour les personnes convaincues de terrorisme si celles-ci ne se sont pas vues notifier en phase de sanction une période de sûreté. Les demandes d'aménagement feront désormais l'objet d'un examen plus rigoureux devant des commissions spéciales et collégiales et non plus devant un juge unique. D'autres mesures venant du gouvernement peuvent aussi être soulignées car elles renforcent les pouvoirs de la Police et de la Justice Administrative, il sera possible d'effectuer une retenue de quatre heures suite à un contrôle d'identité sur la voie publique et ce bien que la personne ait été en mesure de présenter des papiers d'identité si cette personne apparaît sur le Fichier des Personnes Recherchées (FPR), pour les mineurs, la retenue dans pareil cas ne sera seulement que deux heures avec la présence d'une personne de la famille ou à défaut d'un représentant du Procureur. Ensuite, des mesures d'assignation à résidence pour les personnes revenant d'un théâtre d'opération extérieur en guerre pourront être prises à hauteur d'une durée d'un mois en l'absence d'éléments factuels permettant de déclencher une enquête de nature judiciaire visant la personne de retour. Il a été également examiné le régime de l'usage des armes à feu par les Policiers en créant « une cause d'irresponsabilité pénale dès lors que l'usage de l'arme à feu est strictement nécessaire et proportionnée à la situation » (cas de la neutralisation d'individus porteurs d'engins explosifs improvisés-EEI-). Il a également été étendue la possibilité d'enquête administrative avant la survenance de grands événements et ciblés par décrets (Euro 2016, Cop 21..), la possibilité pour les forces de l'ordre sous l'autorité du Préfet de pouvoir effectuer des fouilles complètes de véhicules et de bagages en cas de menaces terroristes, la généralisation des caméras-piéton pour les policiers, cette option n'ayant pas pu se mettre en place par décret sera prévue dans la loi, le régime de perquisition de nuit sera assoupli, il est aussi prévu une facilitation de l'utilisation de « l'IMSI Catcher » en judiciaire, dispositif d'écoute des portables sur un rayon déjà consacré en matière administrative dans la loi de juillet 2015 sur le renseignement, il pourra être aussi utilisé des techniques spéciales d'enquêtes (sonorisation, balise, caméras), et sera étendu le dispositif des repentis, sera aussi ajouté le critère de domicile de la victime pour élargir les saisines en matière de dossiers liés à la cybercriminalité ainsi que l'aggravation des peines encourues en matière de trafic d'armes, l'intégration du délit d'évasion dans la criminalité et la délinquance organisée article 706.73.1 du CPP modifié, la création d'une incrimination spécifique liée au trafic de bien culturel en corrélation avec une entreprise terroriste, une définition plus précise du régime des interceptions techniques avec obligation pour le Juge des Libertés et de la Détention de se prononcer sur la validité et le cadre des écoutes relatives à certaines professions réglementées, des pouvoirs plus étendus données aux délégués du Procureur permettant à ceux-ci de pouvoir renvoyer une personne devant le Tribunal en cas d'échec d'une mesure d'alternative aux poursuites antérieurement signifiée par le Procureur, l'accès pour tous les OPJ à certains fichiers qui antérieurement nécessitaient l'usage d'une réquisition (Ficoba..). Toutes ces mesures paraissent à la hauteur du défi terroriste mais elles nécessiteront l'attribution de crédits budgétaires massifs pour que les forces de sécurité intérieure se les approprient et en fassent usage (formations, moyens techniques), par ailleurs, il sera intéressant de constater la lecture que pourra donner à toutes ces nouvelles dispositions le droit du Conseil de l'Europe en phase contentieuse, sans vouloir comparer ces nouvelles dispositions législatives à ce qu'on avait appelé à la fin du XIX^{ème} siècle « les lois scélérates »⁸⁸ pour endiguer le terrorisme anarchiste, il semble que la restriction des libertés fera rapidement place à une exigence du respect du droit.

⁸³ Elle est chargée, suivant les distinctions établies au présent titre, de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte.

Lorsqu'une information est ouverte, elle exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions.

⁸⁴ Cf. Proposition de loi pour l'obtention de la qualification d'Officier de Police Judiciaire pour le Corps de Maîtrise et d'Application de la Police Nationale (aujourd'hui Corps d'Encadrement et d'Application), rapport N°42 du Sénat, rapporteur Jean Jacques HYEST. 28.10.1998.

⁸⁵ « D'un côté, les magistrats sont de plus en plus en relation avec des femmes et des hommes totalement investis dans leurs missions mais dont les cadres intermédiaires ou supérieurs se sont parfois, sauf dans les services spécialisés, retirés des fonctions d'enquêtes. Dès lors le parquetier devient l'enquêteur en chef et non le chef de l'enquête judiciaire ». Extrait du discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le 12 janvier 2015, par Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation.

⁸⁶ Amendement de M.Michel MERCIER au sein de la Commission des Lois du Sénat concernant l'examen du projet de loi de lutte contre le crime organisé et le terrorisme daté du 21.03.2016.

Cet amendement vise à prévoir l'entrée en vigueur des dispositions législatives relatives à la plate-forme nationale des interceptions judiciaires au 1^{er} janvier 2018. De plus, il permet aux enquêteurs de continuer à utiliser les anciens dispositifs sans risque de nullité. A noter que le gouvernement a répondu le 29.03.2016 à cet amendement posant que le principe de centralisation de la PNIJ doit être un impératif dans un souci d'efficacité et dans l'objectif d'un meilleur contrôle des prestations techniques sollicitées dans le cadre d'enquêtes judiciaires. Il a répondu qu'il paraissait néanmoins nécessaire de prévoir une dérogation au passage par la PNIJ en cas de problème technique sous peine de générer une paralysie des enquêtes judiciaires en cas de difficulté passagère. De même, le Gouvernement sera tenu de déployer pleinement la PNIJ à compter du 1^{er} janvier 2017 et met tout en œuvre dans cet objectif.

⁸⁷ Projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, procédure accélérée engagée par le Gouvernement le 3 février 2016. Ce projet de loi, présenté par le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre des finances et des comptes publics et le ministre de l'intérieur poursuit trois objectifs principaux :

- renforcer les garanties apportées au justiciable, en particulier au stade de l'enquête initiale,
- simplifier la procédure pénale dans le sens souhaité par de nombreux professionnels
- et améliorer l'efficacité de la procédure dérogatoire applicable à la criminalité et à la délinquance organisées.

⁸⁸ Les « lois scélérates » sont une série de lois votées en France sous la Troisième République. Elles visaient à réprimer le mouvement anarchiste, responsable de nombreux attentats durant les années précédentes. L'expression fut notamment popularisée par Francis de Pressensé, Émile Pouget et Léon Blum (qui signe "un juriste") dans un pamphlet publié en 1899, *Les Lois Scélérates de 1893-1894*.

Chapitre 2

**S'orienter vers une réforme majeure de notre
procédure**

2.1 Faut-il sortir de la Cedh ?

Cette proposition iconoclaste n'est plus taboue en France face à la réalité de l'hyper-terrorisme et les faits de janvier et de novembre 2015 le renforçant sont encore dans toutes les mémoires. Il faut indiquer qu'une telle option est possible et a été prévue par le droit de la Convention au titre de l'article 15⁸⁹ qui stipule en préambule: « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ». Cette disposition permet donc à un État de déroger unilatéralement dans des circonstances exceptionnelles à des obligations qui lui incombent au titre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Certains États membres s'en sont prévalus dans le contexte du terrorisme, il n'est que de cité différents arrêts ayant eu à statuer sur de tels cas de figures: Irlande contre Royaume Unie 18.01.1978⁹⁰, Brannigan et Mac-Bride contre Royaume Uni 26.05.1993⁹¹ notamment. Il est ici fait référence à des sorties ponctuelles liées à des situations d'état d'urgence particulières notamment le cas du Royaume Uni ici l'ayant opposé à l'IRA (Irish Republican Army) catholique ayant pris les armes contre la présence du Royaume Uni en Irlande du Nord à partir des années 1970. Certains contempteurs de la Convention ne seraient pas mécontents que soit dénoncé en droit cette organisation régionale et ce définitivement mais cela est-il souhaitable? Dans un monde instable dominé par le terrorisme n'est-il pas satisfaisant face à la pression politique et le défi terrorisme à la démocratie que soit reconnu au moins un plus petit dénominateur commun de droit pour le respect des droits de l'homme, situation qui nous distingue de la barbarie de nos agresseurs sans exclure néanmoins une réelle fermeté? Lorsqu'en 2006 la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande de Karlsruhe⁹² a déclaré inconstitutionnelle l'article de la loi de défense allemande pris en 2004 et permettant d'abattre un avion utilisé comme arme par destination par les terroristes, elle n'a fait que rappeler -comme d'ailleurs le fait fréquemment la Cour de Strasbourg- les principes d'humanité les plus élémentaires qui nous distinguent des terroristes eux-mêmes et ce malgré la pression du phénomène terrorise qui a muté et qui est devenu beaucoup plus violent que revendicatif en ce début du XXIème siècle avec des événements dramatiques comme le 11.09.2001 ou encore comme les attentats de Londres et Madrid en 2005. La question qui interpellent actuellement les magistrats est le recul du rôle du juge judiciaire au profit du juge administratif, il apparait

assez complexe de mettre sur un même rang les deux ordres judiciaires et administratifs sans effectivement brouiller le paysage sécuritaire, en réalité cette problématique fait ressurgir les pouvoirs que l'on peut accorder à l'émergence d'une vraie cour suprême capable de transiger entre les évolutions de ces différents droits dans un aspect contentieux. Ainsi la Cour de Cassation, juridiction traditionnelle de la défense des libertés quand des atteintes sont opérées notamment, craint de se voir supplanter par le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel plus proche du pouvoir exécutif en apparence. Les exigences de la Convention de Strasbourg au-delà de cette réalité porte aussi à évoluer vers une totale indépendance de la justice s'affranchissant singulièrement du pouvoir politique exécutif avec en point d'orgue un Conseil Supérieur de la Magistrature totalement indépendant sur le fonctionnement intrinsèque de l'entité justice. Au fond l'application de la CEDH dans notre droit et les contraintes qu'elle y apporte fait ressurgir les conclusions déjà adoptés par le rapport Léger de 2009 qui préconisait pour assurer une totale indépendance de la justice française la création d'un Procureur de la Nation indépendant, l'autorité politique est-elle prête à une telle réforme qui garantira une totale neutralité des décisions de justice mais qui ne sera pas exempte de critiques sur le fantasme réel ou supposé d'une justice politisée pour certains, par ailleurs, les majorités politiques étriquées que nous connaissons actuellement sont-elles garantes de l'homogénéité de telles décisions majeurs aboutissant à des réformes constitutionnelles de grande ampleurs? Il est permis d'en douter vu le sort qui a été réservé au trois grandes réformes constitutionnelles proposées par le Président de la République en exercice après les attentats de novembre 2015 en France (constitutionnalisation de l'Etat d'Urgence, déchéance de la nationalité et aussi nouvelle réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature).

⁸⁹ Article 15– Dérogation en cas d'état d'urgence : 1 En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. 2 La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7. 3 Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

⁹⁰ Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 18 janvier 1978.

Affaire Irlande c. Royaume-Uni (n° 91). Premier arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans une affaire interétatique. La Cour conclut à la violation de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants).

⁹¹ AFFAIRE BRANNIGAN ET McBRIDE c. Royaume-Uni, (Requête no14553/89; 14554/89), Nouvelle dérogation déposée par le Royaume -Uni en 1989 concernant l'Irlande du Nord.

⁹² Les juges de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ont déclaré le 15 février 2006, la loi relative à la sécurité aérienne non-conforme à la Loi fondamentale. Cette loi, adoptée en 2004 et en application depuis une année, prévoit dans son § 14 que dans des cas comme nous en avons connu le 11 septembre 2001, le ministre de la défense peut être autorisé à ordonner la destruction de l'avion pris en otage, avec l'ensemble de ses passagers. Selon les juges constitutionnels, l'alinéa 3 du dit paragraphe, prévoyant cette possibilité en tant qu'*ultima ratio* viole le droit inhérent de toute personne à la protection de sa dignité humaine, protégé par l'article 1^{er} de la Loi fondamentale. Le président de la Cour, Monsieur le juge Hans-Jürgen Papier, a expliqué que lorsque l'Etat autorise ses forces armées à détruire un aéronef capté par des terroristes, ce premier dégrade les passagers innocents ainsi que le personnel à bord à des « objets [...] dépourvus de leurs droits ». L'argument présenté par l'administration, à savoir que les personnes à bord vont de toute façon mourir, a été déclaré inadmissible par les juges. Le droit à la protection de la vie et de la dignité vaut de même manière pour ces personnes que pour toute autre, a précisé la Cour.

2.2 Quel coût politique d'une sortie de la Cedh ?

Nous avons pu mettre en exergue dans le présent exposé le fait que les exigences de l'application de la CEDH dans notre droit affectait très significativement le Droit Pénal Français et ce dans toutes les phases du procès pénal : phase d'enquête (exemple la garde à vue) et de poursuite (position du Procureur de la République), phase d'instruction et phase de jugement (la partie exécution de la peine). Les grands principes de la Convention imposent donc des principes directeurs largement importés dans notre droit peu habitué historiquement à un tel « entrisme »⁹³. Nous savons également que les exigences conventionnelles de la Convention ne comportent pas une obligation formelle dans notre droit tel que l'avait envisagé le projet Foster à la création de la CEDH qui tendait à fixer des obligations juridiques d'application pour les parties contractantes. C'est vrai que la Convention a créé en Europe entre les différents Etats démocratiques contractants des normes cohérentes et traduisant une forme de maturité démocratique ces normes ont également été un outil d'émancipation pour les anciennes démocraties populaires (PECO, Pays d'Europe Centrale et Orientale) lorsque le vent de l'histoire s'est manifesté à la chute du mur de Berlin en 1989 mettant fin à plus de quarante ans de guerre froide. Aujourd'hui, face au défi sécuritaire général que connaissent les pays contractants que ce soit d'ailleurs en terme de délinquance générale comme en terme de terrorisme en particulier, le modèle de la Convention est-il encore pertinent? Certains en doute et beaucoup voudrait s'affranchir de ce droit d'importation pour que la France retrouve le monopole de sa souveraineté déjà passablement rognée par l'intégration européenne. Une telle volonté de

changement si elle venait à s'exprimer dans les urnes par le biais de représentants politiques aptes à l'incarner n'est plus une utopie tant les défis à relever sont grands. Les exigences de l'application du droit de la CEDH paraissent parfois écartées des enjeux que représentent la sécurité, il n'est que de voir récemment la condamnation de l'état Norvégien vis-à-vis du terroriste d'extrême droite Anders Breivik ayant tué 77 personnes en 2011 dans ce pays et ce sur le moyen évoqué de traitement inhumain et dégradant subis par l'intéressé dans le cadre de son incarcération (application notamment d'une détention de sûreté jugée trop rigoureuse dans ses modalités)⁹⁴. De tels événements provoquent inévitablement une certaine irritation de la population qui craint l'affaiblissement de l'Etat face aux perversions de tels criminels utilisant les rouages de l'Etat de droit pour se protéger. La demande sécuritaire actuelle effectivement cadre mal avec l'application de normes péjorativement désignées « droits de l'homme », toute la question est de savoir si on a le choix, il semble que le libre arbitre des Etats reste la règle lorsque l'on voit que la Russie pays pourtant faisant partie de la Convention est fréquemment condamné sans pour autant renoncer aux fonctionnements de son monopole étatique de justice tel qu'il s'exprime et bien qu'il soit stigmatisé par Strasbourg. La France pour sa part s'efforce d'avoir un respect scrupuleux des exigences de la Convention en modifiant chaque fois que cela s'impose en droit sa norme pénale, cette solution n'est sans doute pas la plus adaptée à notre situation dans un contexte de tensions budgétaires, la Commission pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) rappelle sans cesse la faiblesse du budget de la Justice Française qui à hauteur de 7.98 milliard en 2015 est largement en deçà des standards européens puisque la France consacre un budget de 1.09 % de son PIB sachant que la moyenne européenne se situe à 2.2 % du PIB. Ce budget pose question dans un contexte d'instabilité juridique normatif comme on l'a déjà évoqué et pas seulement au niveau de la Convention. Notre Droit Pénal a de grandes difficultés à intégrer les grands principes de Strasbourg et cela s'explique par notre histoire, est-on vraiment prêt à intégrer un fonctionnement aussi révolutionnaire dans notre droit très académique? L'action des Procureurs est oblitérée par le lien qui les rattache à l'exécutif, il paraît souhaitable que leur position administrative les détache de l'exécutif afin qu'il soient vraiment reconnus comme une autorité judiciaire indépendante sans que pour autant le pouvoir exécutif perde totalement la main sur la réalité de la politique pénale qu'il entend mener et ce par le biais de certains instruments en usage : lois, décrets, circulaires, sachant que les Procureurs sont légalistes, ils intégreraient des choix de politiques pénales dans le respect de ces instruments sans s'affranchir de l'expression de la volonté populaire. D'autre part, on a tendance à opposer

actuellement les deux ordres judiciaires et administratifs mais cette présentation médiatique assez simpliste à l'aune du fonctionnement de régime de légalité de crise tel que l'état d'urgence n'est pas tout à fait exacte, par exemple le Conseil d'Etat a rappelé dernièrement qu'il ne devait pas être le seul à contrôler la mise en œuvre de l'état d'urgence et il a été souligné par Jean-Marc SAUVE, Vice-Président du Conseil d'Etat que la juridiction judiciaire avait une compétence renforcée dès lors qu'était prise au titre de cet état d'urgence une mesure de privation de liberté, a-t-il intégré les revendications des autorités judiciaires qui se plaignaient d'une forme de marginalisation au profit du juge administratif? Difficile de ne pas faire le lien. On peut indiquer que l'exécutif a désormais fait le choix d'effectuer des réformes cosmétiques de nos principes de natures pénales plutôt qu'une réforme majeure de notre système pénal permettant de faire coïncider notre droit conventionnel avec notre droit interne, les prochaines échéances électorales dans le pays vont sans doute apporter du débat sur cette problématique à prendre en compte pour que la France puisse faire face à ses obligations en matières sécuritaires tout en étant en adéquation avec ses exigences de droit conventionnel, peut-on imaginer un référendum sur un tel sujet aussi technique? Ou encore imaginer dans la légitimité démocratique de la victoire électorale des réformes au pas de charge menées par la voie des ordonnances de l'article 39⁹³? Il semble plus souhaitable de constater l'existence d'une communauté judiciaire européenne en remarquant qu'elle ne prend pas toujours des voies idéales dans l'application du Droit Pénal en terme d'unification. Il paraît difficile en effet d'unir la Procédure Pénale entre tant d'Etats Européens se prévalant de deux systèmes juridiques totalement différents. Il semble souhaitable ainsi d'opter vers une forme d'harmonisation visant à identifier des points de convergences pour chaque système d'une manière pragmatique, la création d'un Procureur Européen sous l'impulsion du Droit de l'Union Européenne sera-t-il une réponse à ce défi? Ou encore une possible adhésion de l'Union Européenne à la CEDH? Et ce même si une telle option prévue par le Traité de Lisbonne en 2009 paraît délicate eu égard à la décision rendue par le CJUE en décembre 2014 à ce sujet et sur une telle perspective d'adhésion.

⁹³ Cf sur ses enjeux, le rapport sur la Procédure Pénale de Jacques Beaume, Procureur Général près la Cour de Cassation remis le 10.06.2014 à Madame la Garde des Sceaux, ce rapport indiquant des pistes de réflexions pour des réformes à entamer afin de mettre en concordance le droit conventionnel (et aussi le droit de l'union Européenne) avec notre droit.

⁹⁴ Anders Behring Breivik, l'auteur d'une tuerie de masse en Norvège en 2011, a réussi à faire condamner son pays par la justice norvégienne, pour traitement inhumain. Il reprochait notamment à l'Etat norvégien d'être mis à l'isolement, la justice norvégienne -bien qu'à l'origine de sa condamnation-à la lecture en droit conventionnel de l'article 3 de la CEDH (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) lui a donc donné raison, la juridiction norvégienne n'a pas condamné en tant que tel le système pénitencier norvégien -par ailleurs de bonne qualité-mais le fait que le détenu était à l'isolement 23 h sur 24 et que l'impossibilité pour lui d'être en contact avec d'autres personnes par le fait d'un tel régime constituait au sens de la Convention un traitement inhumain ou dégradant. La justice norvégienne a rajouté que les exigences posées par l'article 3 ne pouvaient être remise en cause et constituaient une exigence démocratique quand bien même elle concernait un assassin de masse. Ce type de condamnation n'est pas nouvelle et la France au demeurant a déjà été condamné sur ce visa juridique en raison d'une part du mauvais état de ces prisons et d'autre part sur le traitement infligés à certains détenus dans un régime similaire que Breivik. (voir à ce sujet le recours sur ce moyen qu'avait présenté le terroriste Ilich Ramirez Sanchez alias « Carlos »).

⁹⁵ L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement. Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux Assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat. La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique.

Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours.

Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'Etat, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose.

Conclusion

Ainsi, au terme de cette étude, on peut constater que l'application de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales modifie substantiellement notre Droit Pénal mais il faut rappeler qu'aucun mécanisme juridique contraignant ne nous oblige à mettre avec force en adéquation notre droit interne avec le droit conventionnel, surtout notamment dans un tel niveau de menace terroriste, toutefois cet exigence française de ne pas transiger avec les droits de l'homme même pour une partie résiduelle de délinquants et de criminels qui y trouvent matière ainsi à se soustraire à leurs responsabilités pénales honore la position singulière et historique de la nation française dans ce domaine.

Bibliographie

- BERLIERE Jean-Marc, *Histoire des polices en France de l'Ancien Régime à nos jours*, Nouveau Monde éditions, (avec René Lévy), 2011. Réédition revue et augmentée en format de poche en 2013 (même éditeur).

- BONNET Baptiste, Université de Droit Jean Monnet de Saint Etienne (42), Conférence Débat « *Les rapports entre ordres juridiques* » 2012 Paris.

- CHARLES Christopher, Maître de conférence en Droit Public, Université de Versailles-Saint Quentin-en-Yvelines (78).

- DEBOVE Frédéric, Université de Panthéon-Assas, Institut d'Etude Judiciaire (IEJ), *Précis de Droit Pénal et de Procédure Pénale (2016)*, *Sécurité Intérieure, Les nouveaux défis (2013)*, Contributions à l'Institut Nationale de la Formation de la Police (INFPN) pour les préparations au Concours Police Nationale.

- LE GUERINEL Pierre, « *Individualisme et crise des Institutions* » (2000), faculté de Droit de Montpellier.

- LANFRANCHI Marie-Pierre, Maître de Conférence en Droit Public à la faculté Paul Cézanne d'Aix-En-Provence (13), Droit International Public, contribution à l'INFPN de Clermont-Ferrand.

- PERRIER Jean-Baptiste, professeur de droit à l'Université de Droit d'Auvergne (63), « *La Garde à vue : de la réforme à la pratique* », 1^{ère} Edition, 06.11.2013.

- ROBERT Marc, Procureur Général près la Cour d'Appel de Versailles, ancien Procureur Général près la Cour d'Appel de Riom (63), Cours à l'Université de Droit d'Auvergne, années 2013/2014.

- SEGONDS Marc, Maître de Conférence à la faculté de Toulouse, « *Droit Pénal Général* », 2004. Cours à l'Université de Droit d'Auvergne (63), années 2013/2014 puis à l'INFPN, années 2014/2015.

- SENES Pierre, Procureur de la République près le TGI de Clermont-Ferrand (63), Cours à l'Université de Droit d'Auvergne (63), années 2013/2014.

- TURPIN Dominique, Professeur à la faculté de Droit d'Auvergne (63), années 2013/2014, Cours de Liberté Publiques, Droit Constitutionnel, « *Mémento de Droit Constitutionnel* », septembre 2000.

Table des annexes¹

Annexe 1

Convention Européenne des Droits de l'Homme.....63

1

Annexe 1
Convention Européenne des Droits de l'Homme

Glossaire

CESDHLF :	Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
CEDH :	Cour Européenne des Droits de l'Hommes
CPJI :	Cour Pénale de Justice Internationale
CIJ :	Cour Internationale de Justice
CC :	Conseil Constitutionnel
C.Cass :	Cour de Cassation
DPG :	Droit Pénal Général
DPS :	Droit Pénal Spécial
PP :	Procédure Pénale
QPC :	Question Prioritaire de Constitutionnalité
IGN :	Inspection de la Gendarmerie Nationale
IGGN :	Inspection Générale de la Gendarmerie Nationale
IGPN :	Inspection Général de la Police Nationale
IMSI Catcher :	International Mobile Subscriber Identity Catcher
MP :	Ministère Public
PR :	Procureur de la République
CNCIS :	Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité
CNCTR :	Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement
MAEDI :	Ministère des Affaires Etrangères et du Développement International
MI :	Ministère de l'Intérieur
MJ :	Ministère de la Justice
AN :	Assemblée Nationale
CA :	Cour d'Appel
CE :	Conseil d'Etat
CSM :	Conseil Supérieur de la Magistrature
PJ :	Police Judiciaire
OPJ :	Officier de Police Judiciaire
APJ :	Agent de Police Judiciaire
JLD :	Juge des Libertés et de la Détention
ENM :	Ecole Nationale de la Magistrature
CRPC :	Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité

COPJ :	Convocation par Officier de Police Judiciaire
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE :	Cour de Justice de l'Union Européenne
TGI :	Tribunal de Grande Instance
UE :	Union Européenne
DUE :	Droit de l'Union Européenne
CLSPD :	Conseils Locaux de Sécurité et de Prévention de la Délinquance
PG :	Procureur Général
CNP :	Conférence Nationale des Procureurs
PN :	Police Nationale
GN :	Gendarmerie Nationale
CPP :	Code de Procédure Pénale
CP :	Code Pénal
LRP :	Logiciel de Rédaction de Procédure
CDPPN :	Centre de Documentation Professionnelle de la Police Nationale
INFPN :	Institut Nationale de la Formation de la Police Nationale
DRCPN :	Direction des Ressources et de la Compétence de la Police Nationale
DCSP :	Direction Centrale de la Sécurité Publique
DCPJ :	Direction Centrale de la Police Judiciaire
DGPN :	Direction Générale de la Police Nationale
ZDS :	Zone de Défense et de Sécurité
PNIJ :	Plateforme Nationale des Interceptions Judiciaires
UTJTR :	Unité de Traitement Judiciaire en Temps Réel
FPR :	Fichier des Personnes Recherchées
EI :	Engins Explosifs Improvisés
FICOBA :	Fichier des Comptes Bancaires
CEA :	Corps d'Encadrement et d'Application
CMA :	Corps de Maîtrise et d'Application
IRA :	Irish Republican Army
PECO :	Pays d'Europe Centrale et Orientale
CEPEJ :	Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice
LSI :	Loi Sécurité Intérieure
LSQ :	Loi Sécurité Quotidienne
LOPSI :	Loi d'Orientation et de Programmation pour la Sécurité Intérieure

LOPSSI : Loi d'Orientation et de Programmation pour la Performance de la
Sécurité Intérieure

LCEN : Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique

CNIL : Commission Nationale Informatique et Liberté

Table des matières

Remerciements	2
Sommaire	3
Introduction	4

PARTIE 1

-LES INCIDENCES DES CONDAMNATIONS PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE DROIT PENAL FRANCAIS

CHAPITRE 1 – DES MODIFICATIONS LEGISLATIVES DE FOND ET DE FORME.....10

1.1 Le Droit Pénal de fond	14
1.2 Le Droit Pénal de forme	19
1.3 La nécessité d'un travail législatif approfondi	25

CHAPITRE 2 – DES INCIDENCES SUR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION29

2.1 Le Droit Pénal de fond	31
2.2 Le Droit Pénal de forme	33
2.3 La Cour de Cassation, un nouveau rôle	36

PARTIE 2

**-L'ADAPTATION DE LA LOI FRANCAISE AUX REALITES DU DROIT CONVENTIONNEL DE LA COUR,
DES EVOLUTIONS POSSIBLES ET SOUHAITABLES**

**CHAPITRE 1 – POURSUIVRE LA MISE EN ADEQUATION DE LA LEGISLATION AVEC LA
JURISPRUDENCE.....44**

1.1 Un empilement législatif?.....45

1.2 Une nécessaire formation des forces de sécurité intérieures.....49

CHAPITRE 2 – S'ORIENTER VERS UNE REFORME MAJEURE DE NOTRE PROCEDURE53

2.1 Faut-il sortir de la Cedh?54

2.2 Quel coût politique d'une sortie de la Cedh?56

Conclusion.....59

Bibliographie60

Table des annexes.....61

Glossaire.....63

Table des matières.....

RÉSUMÉ

La problématique du droit conventionnel en général et celui de l'invocabilité de la CESDHLF en particulier est simple à comprendre. Nous avons actuellement une grande demande de sécurité en France mais aussi dans d'autres pays faisant partis du Conseil de l'Europe-qui plus est, pays confrontés à des problèmes de criminalité organisée avec une réelle porosité avec le terrorisme. Face à ce contexte, pour ce qui est de la France—ce qui n'est pas le cas d'autres pays-nous avons une tradition judiciaire de nature inquisitoriale/accusatoire et non de nature contradictoire –modèle proposé par la CESDLHLF- cette situation heurte notre fonctionnement procédurale qui procède de l'Etat et non du privé grâce à la jurisprudence. En outre au delà de cette difficulté spécifiquement française pour ce qui est de deux systèmes juridiques n'évoluant pas dans le même sens, on constate que les délinquants utilisent la ressource juridique de la Convention d'une manière dilatoire afin se soustraire à leur responsabilité pénale encourue. Plusieurs position en réaction à cette situation sont adoptées par les différents pays composant le Conseil de l'Europe ayant adhéré à un tel outil : ne pas tenir compte des condamnations (cas de la Russie), faire évoluer sa législation pour la mettre en adéquation avec les exigences posées par la CEDH (cas de la France jusqu'à présent en effectuant des réformes législatives d'opportunités sans une réforme majeure), sortir provisoirement ou définitivement de la Convention (plusieurs réflexions ont lieu en ce sens dans différents pays y compris la France concernée au premier chef par la menace du terrorisme islamique).

SUMMARY

The problem of treaty law in general and the justiciability of the ECHR in particular is simple to understand. We currently have a large demand for security in France but also in other countries that are parties of the Council of Europe, in addition, countries facing problems of crime organized with real porosity with terrorism. Against this background, in terms of France—which is not the case in other countries, we have a judicial nature inquisitorial tradition / adversarial rather contradictory -model kind proposed by the CESDLHLF- this our faces procedural operation that proceeds from the state, not private through case law. Also beyond this specifically French problem in terms of both legal systems do not evolve in the same direction, we see that criminals use the legal resources of the Convention a dilatory manner in order to avoid criminal responsibility incurred. Several position in response to this situation are adopted by countries making up the Council of Europe that joined such a tool does not take into account convictions (as in Russia), to change its legislation to align with there the requirements of the ECHR (the case of France until now by performing opportunities legislative reform without a major reform), temporarily or permanently out of the Convention (multiple reflections occur in this direction in various countries including France primarily concerned by the threat of Islamic terrorism).

MOTS CLÉS : Droit International Public, Invocabilité, Droit Pénal/Procédure Pénale, Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, Convention Européenne des Droit de l'Homme, Droit Conventionnel, modifications législatives, droit pénal de forme, droit pénal de fond.

