

---

# QUESTIONS PENALES

---

## UN CASSE-TETE LEGISLATIF : LA DETENTION PROVISOIRE

Le Conseil d'Etat a appelé, il y a quelque temps (1), l'attention sur les difficultés du travail législatif contemporain : plus le nombre de lois croît, plus grandit aussi le scepticisme sur leur capacité à régir la vie sociale. Le citoyen s'exaspère d'un cadre juridique instable et difficile à connaître, le travail du juge est rendu précaire, quant au législateur, son autorité risque d'être battue en brèche. D'où l'intérêt quand on s'apprête à légiférer, de pouvoir scruter les raisons qui ont conduit à adopter les dispositions antérieures.

L'analyse des textes juridiques n'y suffit pas, non plus que l'observation de leur application : les raisons qui expliquent la création d'une loi sont rarement celles qui gouverneront en fait sa mise en oeuvre. C'est probablement pour cela que se sont développées depuis un quart de siècle des recherches de sociologie législative. D'abord exclusivement nord-américaine, ou au mieux anglo-saxonne, cette nouvelle spécialité a gagné depuis une décennie les pays d'Europe continentale de l'ouest (2).

On va l'appliquer ici à la détention provisoire à partir d'une recherche collective (3) qui a réuni pendant deux ans, sous les auspices du Groupe européen de recherches sur les normativités (GERN), des sociologues, des historiens, des juristes et des politologues. Ils ont analysé ensemble les principales lois - ou projets de loi - qui ont affecté la matière depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, et procédé à des comparaisons avec les pays voisins.

S'il est dans notre pays un régime difficile à stabiliser, c'est bien, semble-t-il, celui de l'incarcération avant jugement. La loi la plus récente est revenue sur celle du 4 janvier 1993 qui enlevait au juge d'instruction le soin d'en décider pour le confier, à terme à un collège contenant des échevins non professionnels, en attendant au président du tribunal ou à son délégué. Malgré des modalités qui ont varié à chaque tentative, l'intention du législateur de janvier n'était pas nouvelle : déjà des lois 85-1303 du 15 décembre 1985 et 87-1062 du 30 décembre 1987 avaient prévu une compétence collégiale (4). Elles n'ont jamais été appliquées : votées sans

enthousiasme en fin de législature, ces dispositions ont, chaque fois, été abrogées avant leur entrée en vigueur qui avait été différée. Une mise en oeuvre immédiate quoique partielle n'a pas sauvé la loi de janvier 1993 : les débats récents ont prévu de rendre au juge d'instruction le pouvoir de mettre en détention, sous réserve d'un possible référé devant le président de la chambre d'accusation. Une malchance aussi récurrente appelle d'autant plus l'attention que la détention provisoire semble perpétuellement en chantier : depuis 1970, pas moins de huit lois ont concerné ce thème, sans compter celles qui atteignaient indirectement. Tout se passe comme si l'on ne parvenait pas à trouver une formule stable.

A vrai dire, la détention provisoire - on disait alors préventive - fait problème depuis les débuts de la Révolution, depuis que l'emprisonnement est devenu la peine-reine, dans le temps même où l'on posait le principe de légalité des peines. La détention avant jugement n'est pas une peine, seulement une mesure provisoire de sûreté ; malheureusement, il est bien difficile de la distinguer résolument en pratique de la peine d'emprisonnement. D'où le soupçon d'une *peine sans coupable*, selon le mot d'un vieil auteur : certains qui la subissent ne seront finalement pas condamnés à l'emprisonnement ferme ; surtout l'on soupçonne que, pour d'autres, la détention au moment du jugement encourage à prononcer une peine de prison, ne serait-ce que pour *couvrir la prévention* et ne pas désavouer le juge d'instruction. Enfin, on lui reproche de constituer, dans les affaires délicates, un formidable moyen de pression entre les mains du juge d'instruction. Pourtant, les professionnels n'imaginent pas de s'en passer : il faut pouvoir éviter la fuite du suspect, la destruction des preuves, la subornation des témoins. On en use même parfois pour faire cesser une menace, pour protéger la sécurité du suspect lui-même, voire pour faire retomber une trop vive tension sociale. Il n'en reste pas moins que son existence même menace les libertés ; elle fragilise aussi les principes de notre droit pénal. Ainsi s'est forgée parmi les juristes la théorie du *mal nécessaire* : comment la réduire au minimum compatible avec les nécessités de l'ordre ? La réponse n'a cessé de varier.

## L'ordre ou la liberté

Sous la Constituante, dans un contexte politique très agité, le petit groupe de députés *garantistes* qui préparent la constitution et réforment la justice, parvient à mettre en place une formule très libérale à travers l'installation d'une justice pénale entièrement renouvelée. La brisure ne viendra pas de la Terreur et de la création de tribunaux d'exception, mais du coup d'Etat des Directeurs, et Bonaparte la parachèvera. Le balancier repart alors dans un sens très restrictif tandis que la justice est fonctionnarisée. Il est vrai que la détention préventive s'applique alors surtout aux affaires d'Assises (nombreuses, certes, en ce temps), beaucoup moins systématiquement aux poursuites correctionnelles : beaucoup d'entre elles sont, en effet, à cette époque, engagées non par le parquet, mais par les plaignants ou par des administrations comme les Eaux et Forêts.

Il faut attendre la monarchie de Juillet pour voir tenter une timide libéralisation : pourquoi ne pas étendre aux lois ordinaires les principes de liberté affirmés par la Charte de 1830 ? Surtout, les opposants s'inquiètent du détournement de la détention préventive pour prévenir les manifestations. Quant au ministère, il voudrait bien une réforme en trompe l'oeil qui lui permettrait en fait d'endiguer le tournant jurisprudentiel, trop libéral à son goût, qu'esquisse la Cour de cassation. Le débat se limite aux parlementaires-magistrats et les plus conservateurs parviennent à contenir les velléités de réforme.

C'est le Second Empire qui parviendra à toucher au code d'instruction criminelle mais dans une autre préoccupation : avec la croissance de la police, le nombre des affaires correctionnelles poursuivies par le parquet ne cesse de croître et, avec lui, celui des détentions préventives. Le bon fonctionnement de la justice est menacé par cet excès. D'où une série de réformes pour accélérer le cours de l'instruction (lois de 1855 et 1856), élargir les possibilités de mise en liberté provisoire et restreindre un peu les cas de mise en détention (loi de 1865). Mais c'est surtout l'officialisation en 1863 du flagrant délit (5) qui comptera pour notre matière en créant une procédure alternative.

Sous la Troisième République, des initiatives parlementaires de tous bords visent à changer les vieilles législations pénales napoléoniennes pour les mettre à l'unisson des nouveaux principes de liberté. En notre domaine comme dans d'autres, timidité et perfectionnisme, peur des mouvements sociaux et crainte des menaces extérieures se conjugueront bizarrement pour différer tellement la réforme qu'elle sera éphémère, le malheur des temps en aura vite raison. Inspiré de multiples propositions parlementaires et d'un avant-projet de 1901, le projet de loi Clemenceau de 1905 ne sera voté qu'en... 1933. Mais la magistrature, étranglée par les économies budgétaires des politiques déflationnistes, ne supporte pas un système aussi compliqué surtout dans un climat de troubles internes (6) et de montée des périls externes : la réforme est démantelée en 1935 ; un décret-loi de 1939 en effacera même les traces.

La République suivante préparera longuement le nouveau code de procédure pénale qui naîtra avec la Cinquième ; malgré l'adoption d'un système de renouvellement périodique de la décision, il ne devait rien régler durablement pour la détention préventive. D'où la réforme de 1970 qui adopte la

nouvelle appellation de détention provisoire, oblige à motiver les décisions et crée une alternative à la détention, le contrôle judiciaire. Mais tout cela ne suffit pas et un mouvement compulsif de lois scande le dernier quart de siècle : 1975, 1984, 1985, 1987, 1989, 1993...

Depuis tantôt deux siècles, les lois sur la détention provisoire sont l'occasion toujours renouvelée d'une sorte de *bataille des deux étendards*, entre l'*ordre* et la *liberté*. Tels sont bien, en effet, les enjeux ultimes. Encore faudrait-il que l'effet d'abstraction nécessaire à la mise en forme juridique, ne dissimule pas trop les situations concrètes dans lesquelles ils s'incarnent. Faute de quoi, chaque loi nouvelle ne serait plus qu'un effet d'annonce en attendant la suivante.

## Des lois et des pratiques

Concevoir la détention provisoire comme un mal nécessaire suppose qu'on en fasse un usage aussi bref et aussi rare que possible. Bref, il l'est, semble-t-il, de moins en moins : sa durée moyenne est passée de 2,1 mois en 1970 à 3,9 en 1993 (7). Rare, il semble l'être davantage : en 1990, on a décompté 61 216 mises en détention provisoire, alors qu'on enregistrait 488 279 condamnations contradictoires (ou assimilées) pour crimes, délits ou contraventions de cinquième classe. Toutefois, les choses ne sont pas aussi simples : on entre généralement en prison par la détention préventive (77,2% des entrants en 1993). Globalement rare, elle devient pratique courante dans cette filière particulière qui débouche sur l'emprisonnement. Notre taux de détention avant jugement par 100 000 habitants est supérieur à celui de tous les autres grands pays de l'Union européenne. L'encombrement des maisons d'arrêt (123 détenus pour 100 places au début de 1994) en est la conséquence.

Or le droit saisit une décision instantanée, la mise en détention provisoire, pour en réglementer les conditions, les formes et la durée. Il ne peut d'ailleurs guère procéder autrement. Mais, dans la pratique, cette décision n'est pas isolée, elle fait partie d'un processus : ce qui s'est passé avant, ce qui risque de se passer après interfèrent dans la prise de décision. Ainsi des décisions prises antérieurement par les services de police ou de gendarmerie ou par le parquet, notamment des décisions de contrainte, particulièrement la garde à vue et le déferement. On soupçonne l'importance que revêt alors la plus ou moins grande précarité des garanties de représentation : la crise endémique de l'emploi accroît naturellement le nombre de ceux qui paraissent offrir peu de garanties de représentation parce qu'ils cumulent plusieurs traits de précarité comme l'absence de profession, de travail, de domicile précis, de relations familiales bien fermes ou qu'ils sont de nationalité étrangère, surtout s'ils sont rentrés irrégulièrement en France. Mais on soupçonne aussi, et peut-être plus, de l'anticipation des délais d'instruction et de jugement - qui ne cessent de croître sous le poids du volume à traiter -, des chances de défaut ou de celles d'exécution des sentences : dans les grandes agglomérations, on constate une vraie difficulté à citer en jugement, de sorte que les gens y sont souvent jugés sans avoir été avertis régulièrement (toutefois, le recours de plus en plus massif à la convocation par officier de police judiciaire - au lieu et place de la simple citation directe - a enrayé son développement) ; par ailleurs les chances sont statistiquement faibles de faire exécuter une condamnation à l'emprisonnement si le condamné n'est pas déjà détenu au

moment du jugement (8). La détention provisoire fonctionne comme parade aux délais et aux incertitudes d'une procédure pénale qui croule sous le nombre d'affaires, le manque de moyens et le peu d'empressement de ses collaborateurs. Le droit qui raisonne nécessairement sur une décision abstraite, instantanée, a beaucoup de mal à combattre l'influence de ces adhérences.

Au mieux, joue-t-il un rôle indirect, dissuasif en quelque sorte. Ainsi, la loi 84-576 du 9 juillet 1984 semble avoir contribué à la baisse du nombre de mises en détention, non pas tellement par l'effet direct de la procédure instituée (un débat contradictoire), mais en "encourageant" le parquet à recourir le moins possible à l'instruction préparatoire.

La situation est encore plus compliquée maintenant : le nombre de détentions provisoires a certes baissé depuis 1985, mais leur durée ne s'est guère érodée. Elle est moins l'effet d'une décision positive que la conséquence de l'allongement et de la durée de l'instruction (9) et de celle de l'audiencement tant en première instance qu'en appel (pour l'exercice des voies de recours). Le droit a encore plus de mal à encadrer cet effet de pratiques que nul ne maîtrise. Les délais qu'il prescrit sont le plus souvent trop globaux pour avoir un effet sérieux ; et s'ils deviennent trop vétilleux, alors ils risquent par effet pervers d'allonger encore les procédures.

Stabiliser enfin le régime de la détention provisoire suppose surtout maintenant d'en réduire la durée. La loi n'y parviendra pas si la justice ne dispose pas des moyens et des concours pour maîtriser la durée de ses procédures. Sinon, on risque de voir recommencer une valse législative où les divers corps de

professionnels de la justice pénale s'affrontent dans des joutes symboliques.

**Philippe ROBERT**

---

(1) Conseil d'Etat, *Rapport annuel 1992*, Paris, Documentation française 1992, coll. Etudes & documents n°43.

(2) Bilan in Robert Ph., Ed., *La création de la loi et ses acteurs, l'exemple du droit pénal*, Onati, International Institute for the Sociology of Law, 1991.

(3) Robert Ph., Ed., *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire : deux siècles de débats*, Paris, L'Harmattan, 1992.

(4) Composée de juges d'instruction dans le premier cas, les excluant dans l'autre.

(5) Lévy R., Un aspect de la mutation de l'économie répressive au XIX<sup>e</sup> siècle : la loi de 1863 sur le flagrant délit, *Revue historique*, 1986, CCLXXIV, 1, 43-77.

(6) C'est l'époque de l'affaire Stavisky, des émeutes de février 1934 ...

(7) Les données statistiques pénitentiaires nationales sont extraites de la base CESDIP/SEPT et les données européennes de l'enquête Conseil de l'Europe/SPACE, toutes deux dues à Pierre Tournier.

(8) Bernat de Célis J., *Peines prononcées, peines subies*, Paris, CESDIP, 1988 ; Le Toqueux J.L., Les condamnations pour délits un an après, la mise à exécution des peines, *Infostat Justice*, 1990, 16.

(9) En moyenne, une instruction correctionnelle durait 12,4 mois en 1990 et une instruction criminelle 14,7.

---

## VIENT DE PARAÎTRE

---

TOURNIER (P.), "Jeunes en prison", Paris, *Droit de l'enfance et de la famille*, n°37, 1993, 399-416.

TOURNIER (P.), "Statistiques sur les populations carcérales dans les Etats membres du Conseil de l'Europe (enquête de 1991)", Conseil de l'Europe, *Bulletin d'information pénologique*, n°17, 19-28, 1992 (en français et en anglais).

**- Ouvrages parus au CESDIP :**

Philippe ROBERT (Ed.)

**ENTRE L'ORDRE  
ET LA LIBERTE,**

**la détention provisoire**

Deux siècles de débats

Logiques juridiques

L'Harmattan

Sous la direction de  
Philippe ROBERT et Lode VAN OUIRIVE

**CRIME  
ET JUSTICE  
EN EUROPE**

Etat des recherches  
évaluations et recommandations

Logiques sociales

L'Harmattan

Françoise LOMBARD

**LES JURES**

**Justice représentative  
et représentations de la justice**

Logiques juridiques

L'Harmattan

Sous la direction de Philippe ROBERT

**LES POLITIQUES  
DE PREVENTION  
DE LA DELINQUANCE**

A L'AUNE  
DE LA RECHERCHE

Préface de  
GILBERT BONNEMAISON

Logiques juridiques

L'Harmattan

Pierre TOURNIER, Philippe ROBERT

**ETRANGERS  
ET  
DELINQUANCES**

Les chiffres du débat

Logiques sociales

L'Harmattan

**COMPTE GENERAL  
DE L'ADMINISTRATION  
DE LA JUSTICE CRIMINELLE  
EN FRANCE**

PENDANT L'ANNEE 1880  
ET RAPPORT RELATIF AUX ANNEES  
1826 A 1880

Publié et commenté par  
Michelle PERROT  
et Philippe ROBERT

Editions Slatkine  
5, rue des Chaudronniers  
Case postale 765  
CH-1211 GEVEVE 3

Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales

**LA GESTION DE  
LA DEVIANCE JUVENILE**

Thèse Pour le Doctorat de l'E.H.E.S.S.  
(Régime de 1984) présentée par  
Jean-Marie RENOARD

Membres du Jury

- Mme Claudine HERZLICH
- Mme Michelle PERROT
- Mr. Philippe ROBERT (Directeur de thèse)

Date de soutenance

23 juin 1988

**DU SUSPECT AU COUPABLE :  
LE TRAVAIL  
DE POLICE JUDICIAIRE**

René LEVY

Publié avec le concours du  
Centre National de la Recherche Scientifique

MERIDIENS KLINCKSIECK

Editions M+H

Philippe Robert

**LA QUESTION PENALE**

Ouvrage publié avec le concours du  
Centre National de la Recherche Scientifique

Librairie DROZ - Genève - Paris

—  
Directeur de la publication : René LEVY  
Coordination : Edwin MATUTANO  
Diffusion : Ghislaine CAPDEVIELLE, Stéphane YORDAMIAN,  
Claudine CHARPENTIER  
Maquette : Gil LE PROVOST

Imprimerie : Ministère de la Justice  
Dépôt légal : 1er trimestre 1994  
Reproduction autorisée moyennant  
l'indication de la source et l'envoi  
d'un justificatif.