

Introduction

1. DÉFINITION¹. – La procédure pénale est l'ensemble des règles qui concernent le statut et l'organisation du personnel de justice pénale et son activité depuis le moment où la commission d'une infraction pénale est soupçonnée jusqu'à celui où son auteur, identifié et condamné, commencera à exécuter la sanction prononcée, ce qui relève, alors du droit de l'exécution des sanctions pénales (si celles-ci sont d'une autre nature que pécuniaire²).

La procédure pénale comporte donc deux aspects : un aspect organique et un aspect fonctionnel.

L'aspect organique décrit l'organisation et la compétence des différentes autorités publiques chargées de la répression (et éventuellement de la prévention) des infractions. L'aspect fonctionnel, qu'évoque seul l'appellation traditionnelle de procédure pénale³, étudie la démarche procédurale suivie depuis la constatation de l'infraction jusqu'au prononcé de la condamnation définitive (phase policière d'investigation ; phases judiciaires d'instruction préparatoire, phase de jugement et d'acquisition de la chose jugée après exercice éventuel de voies de recours).

2. IMPORTANCE DE LA PROCÉDURE PÉNALE. – 1) *Importance technique*. – Dans le cadre des disciplines classiques de droit privé ou de droit public, les règles de fond du droit ont pour but d'éviter les litiges et produisent effectivement, la plupart du temps, ce résultat. L'immense majorité des contrats est exécutée convenablement, les mariages sont habituellement réguliers, les collectivités locales respectent le plus souvent leurs obligations envers les citoyens et ne leur causent pas de dommages, etc. Il y a, en quelque sorte, dans ces disciplines, un certain antagonisme entre le fond du droit et la procédure car la survenance d'un litige montre que les règles de fond du droit ont mal fonctionné puisqu'elles n'ont pas permis d'établir l'harmonie dans les relations des intéressés. Le procès de droit privé ou de droit administratif est une exception et, dans une certaine mesure, l'expression d'une pathologie.

1. Rappelons que l'introduction à l'étude des sciences criminelles figure dans les deux premières parties de notre ouvrage *Droit pénal général*, 2^e éd., 2006. C'est là, notamment, qu'il faut étudier l'histoire de la procédure pénale et l'application des lois pénales de forme dans le temps, à notre avis inséparable de l'ensemble des mêmes questions concernant les autres catégories de textes pénaux.

2. On conserve au domaine de la procédure pénale ce qui concerne l'exécution des condamnations pécuniaires, voir *infra*, n° 687.

3. Voir nos réserves terminologiques dans notre *Droit pénal général*, n° 51.

Au contraire, le procès pénal est de l'essence même du droit pénal, *lato sensu*, dès qu'une infraction est soupçonnée. Le droit pénal de fond s'applique de lui-même quand tous les citoyens le respectent assez pour ne pas commettre d'infractions. Mais la commission ou même le simple soupçon de l'une de celles-ci entraîne nécessairement un examen de la situation par les autorités habilitées à cet effet, car il est clair que l'ordre public s'oppose à ce qu'on laisse à de simples particuliers (victime ou autres) le soin de transiger avec l'auteur de cette infraction et, *a fortiori*, la possibilité d'exercer sur lui une quelconque vengeance. L'accomplissement d'actes de procédure pénale est donc la suite directe et nécessaire du soupçon d'infraction ; il y a un lien indissoluble entre les règles de fond du droit pénal, quand elles sont violées, et les règles de forme de la procédure, ce qui n'est le cas dans aucune des autres disciplines juridiques classiques (à l'exception peut-être des droits disciplinaires que leur vocation sanctionnatrice rapproche du droit pénal, sans pour autant qu'ils en aient la rigueur, l'obligation de diligenter la procédure n'existant dans aucun d'entre eux et la transaction y étant considérée comme normale¹).

2) *Importance morale.* – Les intérêts en jeu au procès pénal sont toujours plus importants que ceux qui sont en discussion dans le cadre du procès de droit privé ou public. Ils sont plus importants, d'abord, parce qu'ils concernent non seulement les individus mais aussi la collectivité dont l'ordre public a été troublé par la commission de l'infraction. Mais ils sont surtout importants en considération de ce que le procès pénal implique pour la personne poursuivie. L'immense majorité des procès de droit privé ou public (à la seule exception de ceux qui traitent de questions de personnes ou d'état), ne met en cause que des intérêts pécuniaires, certes non négligeables, mais qui n'ont pas de commune mesure avec les enjeux du procès pénal qui concerne, en toute hypothèse l'honneur de la personne poursuivie, son patrimoine et, souvent, sa liberté. L'incidence des condamnations pénales éventuelles doit donc conduire à se montrer très exigeant sur les garanties de régularité offertes.

3) *Importance politique.* – La commission d'infractions menace la tranquillité et à la limite la survie de l'État, quel que soit cet État, car il est probable qu'aucune organisation collective ne pourrait résister très longtemps au développement d'une délinquance anarchique. L'État a donc, en tant qu'État, le droit de se défendre contre la criminalité et, en tant que groupement d'individus, le devoir de défendre ses membres contre les agressions dont ceux-ci peuvent être victimes. Cette constatation certaine, confrontée à la précédente, fait cependant surgir le problème le plus grave de tous ceux dont la procédure pénale peut être la source.

L'État a toujours intérêt à une sanction rapide et certaines des infractions pénales et, détenant le pouvoir, il peut être tenté de promouvoir des mécanismes qui aboutissent, à tous les coups et d'une façon très sévère, à ce résultat. Mais, d'une part, la personne soupçonnée d'une infraction peut en être innocente et il faut lui laisser le plus de facilités possible pour le démontrer ; d'autre part, et même si elle est coupable, certains procédés,

1. Voir notre *Droit pénal général*, n° 78.

comme la torture ou l'emprisonnement préventif, par exemple, sont inadmissibles dans le cadre d'un État civilisé. Le problème fondamental de la procédure pénale est donc de chercher la voie d'un équilibre satisfaisant entre l'intérêt de la collectivité au châtement raisonnable des coupables et l'intérêt de l'individu poursuivi, coupable ou non, de pouvoir se défendre. Il arrive que quelques règles se révèlent favorables aux deux parties en cause¹, mais la plupart du temps et par la force des choses, les intérêts de la collectivité et de l'individu sont, dans la poursuite pénale, antagonistes. Le rôle le plus délicat que la procédure pénale d'un état démocratique ait à remplir est donc de rechercher cet équilibre qui, ne sacrifiant pas l'ordre public, permet aux personnes pénalement poursuivies d'assurer leur défense dans les meilleures conditions possibles².

Section 1

La place de la procédure pénale dans l'ordre répressif et procédural _____

I. Procédure pénale et sciences criminelles

Dans la présentation des sciences criminelles fondamentales qui oppose les disciplines à prédominance juridique aux disciplines à prédominance scientifique³, la procédure pénale est une discipline juridique et même une discipline juridique par essence dans la mesure où on lie souvent l'idée de procédure au respect de formalités. Dans une démocratie qui juge indispensable de protéger la personne poursuivie, il faut qu'on puisse vérifier que cette protection a été effective. Cela postule la mise en place de procédures particulières dont la trace sera gardée pour qu'on puisse vérifier la régularité de leur accomplissement. L'aspect tatillon de la procédure qui est souvent l'objet de moqueries, est en réalité indispensable et plus encore en procédure pénale que dans toute autre forme de procédure. Cette caractéristique de juridicité fait que la procédure pénale entretient surtout des liens avec les autres disciplines répressives de nature juridique, ce qui ne veut pas dire qu'elle n'en a aucun avec les disciplines plus spécifiquement scientifiques.

-
1. Il en est ainsi, par exemple, du principe de la textualité, voir notre *Droit pénal général*, n° 87 et s.
 2. Le doyen Bouzat fait cependant remarquer, à juste titre, que les résultats semblent prouver, qu'au moins dans nos états démocratiques, seul le but de protection de l'individu est correctement atteint puisque le nombre restreint des pourvois en révision témoigne du caractère rarissime des erreurs judiciaires tandis qu'un nombre très élevé d'infractions pénales ne fait pas l'objet de poursuites ou de sanctions (*Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 2, n° 937). Pour une tentative d'évaluation des infractions effectivement sanctionnées, voir notre *Pour une politique anti-criminelle du bon sens*, p. 91 et s.
 3. Notre *Droit pénal général*, n° 47 et s.

3. PROCÉDURE PÉNALE ET DISCIPLINES SCIENTIFIQUES. – Il existe un lien chronologique direct entre la procédure pénale et le droit de l'exécution des sanctions, puisque celui-ci prend en quelque sorte le relais, dans le temps, de la procédure pénale. Avant la reconnaissance du droit pénitentiaire comme discipline autonome, l'exécution des peines était, d'ailleurs, étudiée en procédure pénale et nous avons déjà dit que l'exécution des condamnations pécuniaires lui demeure attachée. Ajoutons, comme marque significative de ces liens, que les règles juridiques d'exécution des sanctions figurent au Code de procédure pénale, dans la partie législative pour les principes fondamentaux et dans la partie réglementaire, pour les détails d'exécution.

Certains liens sont, d'autre part consacrés, en droit positif, avec la criminologie. Ce sont les acquis criminologiques sur la reconnaissance de la personnalité du délinquant qui ont amené, dans notre procédure pénale positive, certaines formalités destinées à mieux connaître ces personnalités diverses et à les mieux juger. Le Code de procédure pénale prévoit, par exemple, l'établissement d'un dossier de personnalité lors de l'instruction préparatoire¹. Il a, d'autre part, consacré, depuis plus longtemps encore, les éléments d'une procédure organique et fonctionnelle spécifique aux mineurs².

4. PROCÉDURE PÉNALE ET DISCIPLINES JURIDIQUES : LOIS PÉNALES DE FORME ET DE FOND. – On place traditionnellement au chapitre des règles de fond, ce qui relève du droit pénal général et du droit pénal spécial, c'est-à-dire ce qui concerne la définition de l'infraction, la responsabilité pénale du délinquant, la définition et la fixation des sanctions. On situe, au contraire, dans le domaine des règles de forme ce qui a trait à la description des autorités répressives (l'organisation judiciaire répressive, au sens large du terme³), à la description du rôle de ces autorités (notamment les règles de compétence juridictionnelle) et au déroulement du procès pénal (procédure proprement dite).

La valeur de cette classification est assez relative.

La classification, elle-même, est discutable, en premier lieu, en ce qui concerne le droit pénal spécial. Dans la mesure où le droit pénal spécial est l'étude spécifique de chacune des infractions, cette étude comprendra éventuellement, en effet, celle des règles particulières de procédure pénale dont ces infractions pourraient faire l'objet puisque toutes ne sont pas poursuivies de la même façon. En bonne logique, le droit pénal spécial devrait être considéré comme une discipline mixte se situant entre les lois de fond et les lois de forme puisqu'il peut comporter des indications se rattachant à ces deux points de vue.

L'absolutisme de la distinction n'est pas non plus évident pour toutes les questions à traiter et certaines d'entre elles ont donné lieu à beaucoup de discussions.

Cela a été le cas, par exemple, pour les règles relatives à la prescription de l'action publique, institution aux termes de laquelle lorsqu'un temps assez long s'est écoulé depuis la commission de l'infraction sans que celle-ci ait été poursuivie, elle ne pourra plus l'être. On a l'habitude de traiter la question en procédure pénale⁴ au motif que la prescription

1. Voir, *infra*, n° 476.

2. Voir, *infra*, n° 86 et s., 563, 613 et 614.

3. Voir, *infra*, n° 61 et s.

4. Voir, *infra*, n° 361 et s.

fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique. L'argument n'est pas faux, mais on pourrait tout aussi bien constater que la prescription aboutit à l'impunité du coupable et que, par là, elle concerne le fond du droit. Quand la question s'est posée à propos de l'application des lois pénales dans le temps, la jurisprudence, après avoir beaucoup hésité, a décidé qu'il s'agissait de lois de formes, classification conservée bien qu'elle ne soit pas à l'abri de la critique (art. 112.2).

La question se pose dans les mêmes termes pour les textes qui réglementent la preuve pénale. On a l'habitude de situer l'examen des règles de preuve dans le cadre de la procédure pénale parce qu'elles seront rassemblées, produites et discutées au cours de la poursuite de l'affaire¹. Mais il faut bien voir que si la preuve de la culpabilité de la personne poursuivie n'est pas rapportée, cette dernière sera relaxée ce qui aboutit à faire indirectement des règles de preuve, une cause d'impunité.

La distinction des lois de fond et des lois de forme, toute relative qu'elle soit, peut être, en outre, quelquefois inadéquate car leur lien est manifeste lorsqu'elles ne peuvent remplir correctement leur office les unes sans les autres ou, au contraire, peuvent mutuellement se corriger. C'est ainsi qu'une institution comme le déclassement judiciaire, qui appartient manifestement à la procédure, ne peut fonctionner que par une utilisation habile des qualifications de fond². C'est ainsi, à l'inverse, que l'utilisation de l'institution procédurale de l'appréciation de l'opportunité des poursuites peut éviter de graves désordres en présence de textes vieilliss ou inadaptés³.

Ajoutons que la distinction devient souvent irréaliste dans le droit contemporain qui a tendance à adopter ce qu'on appelle des lois « d'objectif » c'est-à-dire des textes poursuivant un but général (le traitement de la toxicomanie, par exemple, dans la loi du 21 décembre 1970) à l'aide de dispositions empruntées à diverses branches du droit pénal (augmentation des peines – droit pénal spécial –; allongement de la garde à vue et extension des possibilités de perquisition – procédure pénale –; excuse absolutoire accordée à l'intoxiqué qui se soumet à un traitement médical – droit pénal général et droit pénitentiaire). L'inconvénient de la classification fond-forme est d'obliger, pour sa mise en application, à « saucissonner » le texte puisque la distinction ne se contente pas d'être théorique mais comporte des conséquences pratiques.

5. RÉGIME JURIDIQUE DES LOIS DE FOND ET DES LOIS DE FORME. – 1) Principe de la légalité. – En ce qui concerne la légalité, il est bien connu que le principe est davantage affirmé dans nos textes pour les lois de forme que pour les lois de fond. Nous savons qu'en ce qui concerne les lois de fond, l'article 34 de la Constitution de 1958 n'attribue plus au domaine législatif que la détermination des crimes et des délits, celle des contraventions ayant été renvoyée au domaine réglementaire, solution consacrée par le nouveau Code pénal (art. 111.2). Au contraire, l'article 34 énumère, dans le cadre législatif à la fois la procédure pénale et la création de nouveaux ordres de juridiction. On peut, d'ailleurs, se demander, du point de vue du droit pénal, pourquoi on a jugé utile de préciser ce second

1. Voir, *infra*, n° 210 et s.

2. Voir, *infra*, n° 115 et s.

3. Voir, *infra*, n° 338 et 339.

point car ne l'aurait-on pas fait que cela aurait été, à l'évidence, déduit du seul terme de « procédure pénale ». Le but de cette précision a été de laisser au domaine de la loi la création de toutes les juridictions même autres que pénales¹.

2) *Conséquences.* – Cette attitude de la Constitution sur le principe de la légalité en procédure est d'autant plus curieuse que les conséquences qui lui sont habituellement attachées : non-rétroactivité de la loi nouvelle et interprétation restrictive des textes, sont traitées avec beaucoup de légèreté en procédure pénale.

a) Nous avons examiné dans notre introduction à l'étude des sciences criminelles les règles d'application dans le temps des lois de forme et vu que la jurisprudence en avait fait une application immédiate² même s'il s'agit de textes qui nuisent à la défense de la personne poursuivie, solution, une fois encore entérinée par le nouveau Code pénal (art. 112.2).

b) On a l'habitude de dire qu'en matière d'interprétation, les magistrats doivent pratiquer une interprétation restrictive en matière de lois de fond mais qu'ils peuvent se livrer à une interprétation extensive, du style de celle qu'on pratique en droit civil, par exemple, pour les lois pénales de forme.

Cela n'est pas exact sur la base de la finalité de la règle qui est qu'il ne faut pas que les magistrats puissent, par voie d'interprétation, faire aux personnes poursuivies un sort plus pénible que celui que la loi a prévu pour elles. Le critère rationnel n'est donc pas entre les lois de fond et les lois de forme mais entre les dispositions favorables à la personne poursuivie et celles qui lui sont défavorables. La règle de l'interprétation restrictive s'impose pour les dispositions défavorables ; au contraire, rien ne paraît s'opposer à ce qu'on interprète extensivement les dispositions qui sont favorables à la personne poursuivie³.

Ce qui demeure de l'expression classique, c'est, il est vrai, qu'il y a beaucoup plus de dispositions défavorables à la personne poursuivie dans le droit pénal de fond qu'il n'y en a dans le droit pénal de forme et qu'en pratique on devrait donc voir plus fréquemment une interprétation relativement extensive des lois de forme que des lois de fond.

Ce ne paraît pas être, cependant, la position réelle de la jurisprudence. Celle-ci semble, en effet, négliger le fondement rationnel de la règle d'interprétation dans la mesure où beaucoup de décisions ne s'interrogent pas sur l'intérêt de la personne poursuivie et cela quelle que soit la nature du texte. C'est ainsi qu'il y a des cas où, même en droit pénal de fond, la jurisprudence n'hésite pas à étendre des incriminations qu'elle ferait mieux d'interpréter d'une façon plus rigoureuse⁴. C'est ainsi encore qu'on peut noter une tendance à la plus grande réserve de la jurisprudence pour interpréter largement, comme elle pourrait y être autorisée, les dispositions de forme favorables à la personne poursuivie. Lorsqu'on autorisa, en 1897, l'assistance d'un avocat au stade de l'instruction préparatoire, la jurisprudence refusa d'étendre cette assistance au stade du supplément d'instruction demandé par une juridiction de jugement alors que la question était fondamentalement

1. Voir Rassat et Lemoyne de Forges, *Institutions administratives et juridictionnelles*, n° 188.

2. Voir notre *Droit pénal général*, n° 179 et s.

3. Voir notre *Droit pénal général*, n° 119 et s.

4. Voir par exemple, notre, *Droit pénal spécial*, n° 93 pour le vol et 195 pour le recel.

la même¹. De même aujourd'hui où il existe un grand nombre de règles protectrices de la personne mise en examen, la jurisprudence a longtemps refusé de les étendre aux opérations de police qui précèdent l'instruction alors qu'elles relèvent d'une technique très voisine et que leurs résultats seront pris en compte, de toute façon, par le juge d'instruction².

Cependant, il reste exact que la jurisprudence a tendance à étendre par principe les règles procédurales, au moins celles qui, indépendamment de leur incidence sur le sort de la personne poursuivie, lui paraissent favorables à la bonne administration de la justice³. Elle respecte donc bien, en droit positif, une certaine distinction lois de fond, d'interprétation, en principe, restrictive (bien qu'elle ne s'y tienne pas toujours) et lois de forme, d'interprétation, en principe, extensive (au moins lorsqu'elles sont favorables à la bonne administration de la justice car on ne peut oser écrire à moins qu'elles ne soient défavorables à la personne poursuivie !).

II. Rapports de la procédure pénale et des autres règles de procédure

A. Procédures pénale et civile

6. POIDS DE L'HISTOIRE. – L'idée de comparer la procédure pénale et la procédure civile est assez évidente puisqu'il s'agit de deux droits juridictionnels, c'est-à-dire de deux types de règles juridiques qui vont être mis en œuvre devant, ou au moins, dans la considération, des juridictions.

Procédure pénale et procédure civile ont été longtemps confondues dans l'histoire de l'humanité. Ce n'est, en effet, qu'à une période relativement récente qu'on a pris conscience de ce que l'infraction pénale trouble l'ordre public avant de causer un dommage éventuel à un individu⁴. Jusque-là on considérait que l'infraction pénale, comme la faute civile, portait avant tout atteinte à l'individu qui en avait été victime et qu'il n'y avait donc pas lieu de distinguer deux formes de procédure, tout pouvant être réglé sur la base d'un litige d'ordre individuel. Il faut attendre, en France, les deux grandes ordonnances royales de 1667 (procédure civile) et de 1670 (procédure pénale) pour voir la distinction s'instaurer.

Mais le poids de l'histoire a laissé subsister longtemps l'idée que la procédure civile était, en droit procédural, le droit commun, tandis que la procédure pénale n'en était qu'un rameau détaché⁵. Cette idée a induit, durant cent cinquante ans, deux conséquences. La première était que les règles d'organisation judiciaire, même lorsqu'elles concernaient l'organisation des juridictions répressives, devaient être étudiées dans le cadre de la procédure civile. La seconde était qu'en cas d'insuffisance de précisions, dans le cadre de la procédure pénale, ce qui était assez fréquent dans la période d'application du Code d'instruction

1. Crim. 11 mars 1898, S. 1899.1.207, note Roux ; 20 mars 1903, S. 1905.1.249, note Roux.

2. Crim. 27 juil. 1964, J.C.P. 1964.II.13941, note Le Clère ; 10 mai 1984, B. 168.

3. Crim. 23 fév. 1875, B. 28 ; 3 déc. 1904, S. 1907.1.299 ; 12 nov. 1981, B. 302.

4. Notre *Droit pénal général*, n° 2.

5. Crim. 11 fév. 1932, G.P. 1932.1.601.

criminelle, de qualité assez médiocre, on pouvait faire appel aux règles équivalentes du Code de procédure civile (pour la signification des actes de procédure, par exemple, qui n'avait pas été réglée par le Code d'instruction criminelle¹).

Si l'on continue aujourd'hui, par habitude, à dire quelquefois que la procédure civile demeure le droit commun du droit procédural, il faut bien voir que l'évolution législative contemporaine a supprimé l'essentiel de ce qu'on pouvait tirer de cette idée. L'organisation judiciaire est aujourd'hui traitée dans un code spécifique (le Code de l'organisation judiciaire – déc. du 16 mars 1978 – il est vrai limité aux juridictions de droit privé²). Quand à la publication du Code de procédure pénale de 1958, qui est mieux fait sur le plan technique et comprend toutes les règles nécessaires au déroulement des procès pénaux, elle a rendu inutile le recours fait autrefois à la procédure civile pour compléter des dispositions insuffisantes.

Mais il y a plus et l'évolution constitutionnelle elle-même, interdit aujourd'hui de considérer la procédure civile comme un droit commun supplétif de la procédure pénale. Nous savons, en effet, que les sources de la procédure pénale étant nécessairement législatives, il s'en déduit qu'on ne peut faire appel, pour les compléter, à des sources de procédure civile que la Constitution prévoit réglementaires³. Cela ne fait cependant pas obstacle à ce qu'un texte de procédure civile qui n'a fait qu'entériner un principe général du droit soit repris non en tant que texte mais en tant que principe⁴.

Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile se présentent beaucoup plus, aujourd'hui, comme des rapports de comparaison que de filiation, ce qui amène à insister surtout sur des différences qui s'expliquent par l'opposition, dans leur esprit, de ces deux types de procédure.

1. Intérêt public et intérêts privés

7. OPPOSITION DE PRINCIPE DE DEUX ORDRES DE PROCÉDURE. – Le procès de droit privé, civil, commercial ou social ne met en jeu que les intérêts particuliers de deux individus. On ne peut pas dire que l'État y soit totalement indifférent car la collectivité a intérêt à ce que les règles de fond du droit positif soient respectées et à ce que l'harmonie règne, autant que faire se peut, entre les individus. Mais son existence n'est pas mise en cause par les litiges d'ordre privé des particuliers et la collectivité se trouve donc dans l'expectative : elle regarde ce qui se passe, elle prête son assistance par ses tribunaux, mais elle n'est pas partie

1. La question a cependant toujours été très délicate et la jurisprudence réservée et incertaine. En voir l'étude approfondie dans, Merle et Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 7 et s.

2. Sur cette question, voir nos *Propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Avant-propos et p. 1 et s.

3. Crim. 9 déc. 1980, *B.* 340; Ord. 1^{er} prés. Crim. 10 mai 1993, *Dt. pén.* 1993, n° 202. 14 avril 1999, *Procédures*, 1999 n° 209; 18 juin 2003, *J.C.P.* 2004.I.105, n° 3 (un témoignage écrit selon la forme de l'article 202 C. P. Civ. ne peut être admis, en matière pénale, pour prouver contre un procès-verbal constatant une infraction); 13 déc. 2005, *B.* 330 (recours à la procédure civile de rectification des erreurs matérielles au lieu de celle de l'art. 710 C.P.P., voir, *infra*, n° 625).

4. Crim. 4 janv. 1984, *J.C.P.* 1985.II.20521 note Lindon et Bénabent.