

Liberté provisoire sous caution.

2224. La détention préventive a un tempérament, connu dans les anciennes législations, dans notre vieille jurisprudence, consacré par les lois de la Constituante en 1791, par le Code de brumaire an IV, et réglementé à nouveau par notre Code d'instruction criminelle. L'homme frappé d'un mandat de dépôt ou d'arrêt pourra, en prenant l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis, obtenir d'être mis en liberté provisoire et échapper ainsi à la détention préventive. Toute cette partie de notre Code d'instruction criminelle a été profondément modifiée par la loi du 14 juillet 1865, sur la mise en liberté provisoire, dans un sens très-libéral, de manière à offrir largement à notre magistrature la possibilité d'éviter ou de faire cesser le mal des détentions préventives, là où la justice sera rassurée contre le danger de la fuite ou de la disparition de l'inculpé.

2225. Voici les modifications principales résultant à ce sujet de la nouvelle loi :

La mise en liberté provisoire peut être accordée aujourd'hui en toute matière, sans aucune des exceptions qu'y apportaient les anciens articles 113, 115 et 126, à l'égard des poursuites pour crimes, des vagabonds ou repris de justice, et de ceux qui, après y avoir été admis une fois, auraient manqué à leur engagement (C. I. C., art. 113, 1°).

La mise en liberté provisoire est de droit en matière correctionnelle, cinq jours après l'interrogatoire, en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine prononcée par la loi est inférieur à deux ans d'emprisonnement, et que le prévenu n'est pas en un état de récidive de nature à pouvoir faire augmenter ce maximum (C. I. C., art. 113, 2° et 3°).

C'est une disposition qui semblait devoir procurer beaucoup d'élargissements après un court délai de détention préventive et qui n'a pas tenu tout ce qu'elle promettait. Le nombre des individus ainsi élargis n'a été que de 322, moyenne annuelle, dans la période 1876-1880, 427 en 1881, 405 en 1882.

Soumise autrefois (anc. art. 119) au cautionnement, la mise en liberté provisoire s'en trouvait dispensée par le fait, facultativement, aux termes du décret du 23 mars 1848, qui en abaissait indéfiniment le taux : aujourd'hui elle est en principe sans caution ; ce n'est que comme idée secondaire que le nouvel article 114 autorise le juge, dans tous les cas où elle n'est pas de droit, à la subordonner à l'obligation de fournir un cautionnement.

Il ne faut donc plus dire : « liberté provisoire sous caution », mais : « liberté provisoire avec ou sans caution. »

2226. Le nouvel article 116 a réglé, conformément à ce que

décidaient déjà la doctrine et la jurisprudence, à quelle juridiction doit être adressée la demande de mise en liberté provisoire, qui peut être formée en tout état de cause.

La demande de mise en liberté provisoire est adressée à la juridiction, soit d'instruction, soit de jugement, devant laquelle l'affaire poursuivie est pendante au moment où cette demande est formée. Si l'affaire est pendante devant la cour de cassation, comme cette cour ne juge pas les affaires, c'est au tribunal ou à la cour dont la décision est attaquée par le pourvoi qu'il faut s'adresser.

Parmi les juridictions qui peuvent avoir à statuer sur une demande de mise en liberté provisoire, l'article 116 ne fait pas mention de la cour d'assises. Le principe posé par l'article 126 est, en effet, que « l'inculpé renvoyé devant la cour d'assises sera mis en état d'arrestation, en vertu de l'ordonnance de prise de corps contenue dans l'arrêt de la chambre des mises en accusation, nonobstant la mise en liberté provisoire ». Pas de liberté provisoire, tant que l'accusation n'est pas purgée. Il est un cas, au moins, où l'application de ce principe semble fort rigoureuse ; c'est celui où, pour un motif quelconque, une affaire est renvoyée d'une session à une autre, renvoi qui entraîne un retard de trois mois au moins. Il est possible que ce retard ne soit en rien imputable, et surtout imputable à faute, à l'accusé, que l'incident qui force à prendre la mesure fasse une situation meilleure à la défense et mette de son côté l'apparence du bon droit ; la cour d'assises pourra-t-elle accorder la mise en liberté provisoire à l'accusé qui la demandera, pour ne supporter point une prolongation de détention préventive ? A plusieurs reprises (not. 5 oct. et 9 nov. 1882, 12 avril 1884), la cour de cassation a répondu négativement, et l'on ne peut nier, l'article 116 étant muet sur la cour d'assises, et l'article 126 n'admettant pas la liberté provisoire avant que l'affaire ait reçu son dénoûment en cour d'assises, que sa décision ne soit absolument exacte.

2227. Le montant du cautionnement est fixé par la juridiction chargée d'accorder ou de refuser la demande : la logique le veut ainsi. Il y avait, à ce sujet, dans le Code d'instruction criminelle, quelque incohérence entre les attributions de la chambre du conseil et celles du juge d'instruction (anciens art. 114 et 119) ; mais cette incohérence a disparu depuis la loi du 17 juillet 1856 qui a supprimé la chambre du conseil, dont les pouvoirs ont passé au juge d'instruction.

2228. Le cautionnement consiste, soit en espèces consignées par un tiers ou par l'inculpé ; — soit même dans le simple engagement d'une tierce personne solvable, sans les anciennes exigences d'hypothèques et de contrainte par corps, qui rendaient ces cautions difficiles à trouver (C. I. C., art. 120).

Le nouvel article 114 a divisé fort judicieusement le caution-

nement en deux parties, dont les sommes respectives doivent être déterminées par l'ordonnance de mise en liberté provisoire, et qui sont destinées à garantir : — la première, la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement; — la seconde, le payement des frais et des amendes.

La première de ces parties, traitée suivant les règles des clauses pénales, est acquise à l'État du moment que l'inculpé a manqué à l'engagement de se présenter, avec faculté néanmoins pour la juridiction d'en ordonner la restitution dans les cas d'absolution ou d'acquiescement, ce qui est un adoucissement aux règles du droit commun en fait de clauses pénales. — La seconde, en pareils cas, doit toujours être restituée, et même, en cas de condamnation, le reliquat, s'il y en a un (C. I. C., art. 122 et 123).

2229. La personne mise en liberté provisoire qui a manqué à son engagement de se représenter à toute réquisition, peut, outre la perte de la première partie de son cautionnement, être replacée en détention préventive (C. I. C., art. 125).

2230. Et même indépendamment de ce cas, comme la liberté accordée à l'inculpé n'est que provisoire et que de nouveaux faits peuvent se révéler par l'instruction, la loi conserve au juge d'instruction le droit de décerner contre cet inculpé de nouveaux mandats, si des circonstances nouvelles et graves lui paraissent l'exiger (art. 115).

Dès que l'arrêt de mise en accusation a été rendu, et en vertu de l'ordonnance de prise de corps contenue en cet arrêt, soit qu'il n'y eût pas eu jusque-là mandat de dépôt ni d'arrêt, soit qu'il y eût eu mise en liberté provisoire, l'état de liberté doit cesser, et l'accusé doit être mis en état d'arrestation (art. 126).

2231. Nous profitons bien peu en France de cette institution de la mise en liberté provisoire sous caution, si généralement et si utilement employée chez nos voisins, comme le prouvent les chiffres cités au n° 2225. Nous aurions beaucoup à changer, à ce sujet, dans nos usages (1).

Restrictions à l'inviolabilité du domicile, des papiers domestiques et du secret des lettres.

2232. Les lois et les constitutions depuis la révolution de 1789 ont consacré, dans notre droit public, le principe de l'inviolabilité du domicile. On cite, de préférence, parmi ces textes, comme plus détaillé, l'article 76 de la constitution de l'an VIII : « La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de

(1) Quant à la loi, elle a déjà été remaniée, on l'a vu; une réforme complète de notre système d'instruction préparatoire est d'ailleurs pendante devant la Chambre des députés, après avoir été votée par le Sénat.

l'intérieur d'une maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial, déterminé par une loi ou par un ordre émané d'une autorité publique. » — La constitution de 1848, dans son article 3, avait formulé le principe général en ces termes : « La demeure de toute personne habitant le territoire français est inviolable; il n'est permis d'y pénétrer que selon les formes et dans les cas prévus par la loi. » — Nous trouvons, avec plus de précision encore, la sanction répressive décrétée dans l'article 184 de notre Code pénal : « Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la force publique, qui, agissant en « sadite qualité, se sera introduit dans le domicile d'un citoyen « contre le gré de celui-ci, hors les cas prévus par la loi, et sans « les formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'un emprisonne- « ment de six jours à un an, et d'une amende de seize francs à « cinq cents francs, sans préjudice de l'application du second « paragraphe de l'article 114. »

Ainsi, cette double condition est nécessaire : — que le cas soit prévu par la loi; — que les formalités prescrites par la loi soient observées. — En dehors des conditions légales, celui qui ne veut pas souffrir l'introduction dans son domicile doit s'opposer, faire constater sa protestation, sinon la sanction pénale n'aurait plus lieu, puisqu'elle n'est édictée que pour le cas où l'introduction se serait faite *contre son gré*.

L'expression de *citoyen* employée dans cet article du Code pénal ne doit pas être prise en un sens limitatif : la garantie s'étend au domicile des femmes, des mineurs émancipés, et, pour employer les termes de la constitution de l'an VIII et de celle de 1848, au domicile de toute personne habitant le territoire français, y compris les étrangers.

2233. La grande distinction à faire est celle de l'introduction pendant la nuit ou pendant le jour : nuit légale, jour légal, marqués par l'article 1037 du Code de procédure civile, puisqu'il s'agit ici d'actes de procédure ou d'exécution (1).

2234. Pendant la nuit, les trois cas pour lesquels l'introduction dans le domicile d'un habitant est permise sont ceux d'incendie,

(1) Décret du 1^{er} mars 1854, sur le service de la gendarmerie. « Art. 291. La maison de chaque citoyen est un asile où la gendarmerie ne peut pénétrer sans se rendre coupable d'abus de pouvoir, sauf les cas déterminés ci-après : — 1^o Pendant le jour, elle peut y entrer pour un motif formellement exprimé par une loi, ou en vertu d'un mandat spécial de perquisition décerné par l'autorité compétente; — 2^o Pendant la nuit, elle peut y pénétrer dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamations venant de l'intérieur de la maison. Dans tous les autres cas, elle doit prendre seulement, jusqu'à ce que le jour ait paru, les mesures indiquées aux articles suivants. — Le temps de nuit est ainsi réglé : — Du 1^{er} octobre au 31 mars, depuis six heures du soir jusqu'à six heures du matin; — du 1^{er} avril au 30 septembre, depuis neuf heures du soir jusqu'à quatre heures du matin. »

d'inondation, de réclamation de l'intérieur. Pour toute autre cause, il faut, s'il est nécessaire, se contenter de cerner la maison, garder les issues, établir la surveillance au dehors, en attendant le jour légal. Le juge d'instruction est tenu de se conformer à cette prohibition.

2235. Sont exceptés, toutefois, d'après la loi du 19-22 juillet 1791, les lieux où tout le monde est admis indistinctement, tels que les cafés, cabarets, boutiques et autres. L'article 9 de cette loi porte que « les officiers de police pourront toujours y entrer pour prendre connaissance des désordres ou contraventions aux règlements ». *Toujours*, c'est-à-dire tant que le public y sera admis : la fermeture faite, le domicile rentre dans la règle ordinaire.

Sont exceptés aussi, d'après l'article 10 de la même loi, les maisons où l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard, mais seulement sur la désignation qui en aurait été faite par deux citoyens domiciliés, et les lieux livrés notoirement à la débauche. Les officiers de police peuvent y entrer en tout temps.

On a conclu des termes de l'article 616 du Code d'instruction criminelle, et des injonctions si impératives de cet article, que s'il s'agit de faire cesser une détention arbitraire, le juge de paix, le ministère public, le juge d'instruction, après l'avis reçu, sont tenus de se transporter aussitôt, jour ou nuit, au lieu où cette détention se subit et ont le droit d'y pénétrer. Mais cette exception ne nous paraît pas aussi clairement établie que les précédentes.

2236. Pendant le jour, les cas où l'autorité peut pénétrer dans le domicile des habitants en vertu de textes de lois, sont nombreux. Il en est qui ont trait à la police administrative, d'autres au recouvrement des impôts. Ceux qui appartiennent au droit pénal concernent, soit la police judiciaire, pour l'instruction préparatoire et pour l'arrestation des inculpés ; soit la justice pénale, pour l'exécution des jugements ou arrêts.

2237. Les pouvoirs du juge d'instruction quant aux visites domiciliaires et aux perquisitions nécessaires à l'instruction préparatoire sont marqués par les articles 87 et suivants du Code d'instruction criminelle. Le juge d'instruction a ce pouvoir de visite et de perquisition, non-seulement dans le domicile du prévenu, mais encore dans les autres lieux où il présumerait qu'on aurait caché des objets pouvant servir d'élément de preuve (C. I. C., art. 88), par conséquent dans le domicile d'autres personnes, lorsqu'une présomption suffisante lui fait estimer cette mesure nécessaire ; et il a ce pouvoir non-seulement en fait de crimes, mais aussi en fait de délits : à la différence du procureur de la République qui n'a de pouvoir analogue qu'en cas de crime flagrant et seulement dans le domicile du prévenu.

Le Code d'instruction criminelle, pour le détail des opérations à faire et des formes à observer par le juge d'instruction dans la

saisie des objets utiles à la manifestation de la vérité, renvoie spécialement aux articles 35 à 39 concernant le procureur de la République.

2238. Dans tous ces articles sont énumérés nominativement comme pouvant être recherchés, examinés et saisis, s'il y a lieu, non-seulement les objets ou effets, mais encore les papiers, ce qui comprend tous les écrits, toutes les correspondances, quel que soit le caractère intime qu'elles puissent avoir. Tout est livré à l'honorabilité et à la discrétion du juge d'instruction, qui doit détourner les yeux et s'abstenir, dès qu'il n'y a plus nécessité pour son instruction.

2239. Une question capitale ici est de savoir si le juge d'instruction doit faire en personne les visites ou perquisitions domiciliaires, ou s'il peut, par une ordonnance ou mandat de perquisition, en déléguer l'exercice à quelque officier de police auxiliaire du procureur de la République, juge de paix, officier de gendarmerie, commissaire de police, maire ou adjoint. Notre pratique n'hésite pas à permettre et à employer ces délégations. Quelle différence de garanties ! Nous sommes de l'avis de ceux qui ne croient pas à la légalité de cet usage. Mais la question ne s'en jugerait que s'il y avait opposition ou protestation de la partie intéressée, et, par suite, poursuite pénale à raison de la visite domiciliaire faite malgré cette opposition (ci-dess., n° 2232). — Ces délégations sont permises au procureur de la République dans la procédure extraordinaire concernant les crimes flagrants et seulement au domicile du prévenu (C. I. C., art. 52) : dans les mêmes conditions et dans les mêmes limites, elles doivent l'être aussi au juge d'instruction, puisque d'ailleurs ces officiers de police auxiliaires ont alors, par eux-mêmes, le droit de faire ces opérations (article 49). Hors de là, il faut rentrer dans les règles ordinaires. Le Code d'instruction criminelle parle bien de commission rogatoire de juge d'instruction à juge d'instruction, lorsque les papiers ou effets sont hors de l'arrondissement du magistrat instructeur (art. 90) ; mais pour les officiers de police inférieurs, hors les cas et les limites du crime flagrant, où est leur titre ?

2240. On a dit et l'on a écrit bien des choses vraies touchant le respect dû au secret des lettres, depuis les anciens jusqu'aux orateurs de la Constituante (1), jusqu'à nos jours actuels. L'article 187 de notre Code pénal garantit par une sanction répressive ce secret : ce qui n'empêche pas notre pratique de permettre la saisie dans les bureaux de la poste, sur ordonnances ou mandats du magistrat instructeur, des lettres dont la connaissance est présumée utile à l'instruction, non-seulement de celles éma-

(1) Camus, Duport, Mirabeau; *Moniteur* du 24 au 25 et du 28 au 29 juillet 1789.

nant du prévenu ou adressées à lui, mais de toutes autres contre lesquelles des présomptions suffisantes s'élèvent. Il faut qu'il y ait bien des choses à dire là-contre, pour que M. Mangin, ancien procureur général, ancien préfet de police, dont le caractère énergique pour l'administration de la justice pénale est connu, se soit refusé à admettre la légalité de pareilles saisies (*Instruction écrite*, t. I^{er}, n° 95). Mais elle est admise par les arrêts de notre cour de cassation, dont le plus remarquable a été rendu en chambres réunies, le 21 novembre 1853 (affaire Coëtlogon).

2241. Notre pratique n'hésite pas non plus à comprendre parmi les ordres que les juges d'instruction peuvent donner dans les maisons d'arrêt, et les présidents des assises dans les maisons de justice (C. I. C., art. 613), la défense pour les détenus d'écrire ou de recevoir aucune lettre qui ne soit montrée à ces magistrats.

Restrictions à l'inviolabilité de la personne.

2242. Nous poussons ici jusqu'aux dernières limites que puisse atteindre le droit de l'instruction préparatoire : visites corporelles qui sont indispensables en certains crimes, comme en cas de blessures, d'avortement, d'infanticide, de viol ou attentat à la pudeur; non-seulement sur la personne soupçonnée, mais souvent sur celle même qui a été victime du délit; investigations extrêmes qui demandent la plus grande réserve, l'emploi de tous les moyens intermédiaires dont la décence fait une loi, le respect et les ménagements dus aux susceptibilités légitimes.

CHAPITRE III

CAS DE CRIMES OU DE DÉLITS FLAGRANTS, OU AUTRES QUI Y SONT ASSIMILÉS.

2243. Le Code d'instruction criminelle contient des dispositions spéciales pour le crime flagrant; une loi du 20 mai 1863 en a introduit d'autres pour le cas de délit de police correctionnelle. Il faut remarquer ce qui concerne l'une et l'autre de ces situations.

§ 1. Cas de crime flagrant.

2244. La modification aux règles ordinaires consiste ici en ce que :

D'une part, le procureur de la République peut remplir les fonctions d'officier de police judiciaire pour les premiers actes de l'instruction (C. I. C., art. 32 et suiv.).

Les officiers de police judiciaire auxiliaires du procureur de la République, c'est-à-dire les juges de paix, les officiers de gendarmerie, les commissaires de police, les maires et adjoints ont

la même faculté, soit d'eux-mêmes à défaut du ministère public, soit par les délégations de celui-ci (C. I. C., art. 49 et 52).

Et, d'autre part, le juge d'instruction peut faire les mêmes opérations sans avoir donné communication préalable de la procédure au procureur de la République, et sans l'attendre pour le transport sur les lieux (C. I. C., art. 59 et 60).

Sauf, dès que les premiers actes urgents sont accomplis, à rentrer, de part ou d'autre, dans la règle accoutumée (art. 45).

2245. Quoique le Code dise flagrant délit, il est bien expliqué (art. 32) que ces pouvoirs exceptionnels n'existent que lorsqu'il s'agit de crimes flagrants. Cependant, comme il est impossible que les faits se présentent toujours, dès le premier abord, avec leur véritable caractère, il suffit que l'apparence d'un crime s'y rencontre suffisamment pour motiver l'emploi de ces attributions exceptionnelles. — Il faut prendre le crime flagrant pour ce qui concerne ces règles d'attributions, tel que le Code d'instruction criminelle l'a défini en son article 41 (ci-dess., n° 776 et suiv.).

Les mêmes attributions existent pour le cas de réquisition d'un chef de maison, dans les termes de l'article 46, comprenant les délits comme les crimes.

2246. Le procureur de la République et les officiers de police auxiliaires, dans ces cas, peuvent faire des visites ou perquisitions domiciliaires, mais seulement dans le domicile du prévenu (C. I. C., art. 36 et 37). C'est même à ce sujet que le Code d'instruction criminelle trace en détail les formes de ces perquisitions et des saisies qui peuvent en être la suite, se contentant de renvoyer aux mêmes articles pour ce qui regarde le juge d'instruction (C. I. C., art. 35 à 39 et 89).

2247. Le procureur de la République a le droit aussi de faire saisir les prévenus présents, ou de décerner contre eux, s'ils sont absents, un mandat d'amener, dans les conditions marquées par l'art. 40 du Code d'instruction criminelle. — Il résulte de l'art. 45 du Code d'instruction criminelle que ce mandat d'amener a des effets différents du mandat d'amener ordinaire, puisque cet article, en parlant de l'obligation du procureur de la République de transmettre sans délai au juge d'instruction les actes et pièces ou objets de la procédure qu'il a faite, dit que cependant le prévenu restera sous la main de la justice en état de mandat d'amener. Mais il nous semble qu'une fois l'affaire rentrée dans les règles ordinaires, entre les mains du juge d'instruction, et le prévenu interrogé par ce magistrat, le mandat d'amener doit cesser ses effets comme à l'ordinaire, à moins que le juge d'instruction ne juge à propos de le convertir en un autre mandat.

2248. L'arrestation du prévenu surpris en crime flagrant est d'ailleurs un droit et même une obligation pour tout dépositaire de la force publique et même pour toute personne, sauf à con-