



# Rapport sur la procédure pénale

Jacques Beaume

Juillet 2014

# Sommaire

## INTRODUCTION

<b>I) QUELQUES THEMES TRANSVERSAUX</b> .....	8
A) Les conditions de l'acceptabilité de nouvelles avancées procédurales dans la phase de l'enquête initiale .....	9
1- Quelques règles procédurales .....	10
2 - Contraventionnalisation et forfaitisation .....	11
B) La distinction entre la procédure de flagrance et la procédure d'enquête préliminaire .....	14
C) Une absolue égalité procédurale entre la victime et le suspect ? .....	16
D) L'enquête initiale et le droit européen des Droits de l'Homme .....	18
1) Le procès équitable (art. 6) .....	18
2) Le droit à la liberté et à la sûreté (art.5) et le respect de la vie privée (art.8) .....	19
<b>II) LA PHASE DE RECUEIL DES PREUVES</b> .....	21
A) Une meilleure définition des actes d'enquêtes .....	25
B) Qui doit diriger l'enquête ? .....	25
1) La police judiciaire .....	25
2) Le Ministère public .....	26
a) Ministère public et liberté individuelle .....	26
b) Ministère public et indépendance par rapport à l'enquête .....	27
3) Le juge des libertés et de la détention .....	31
a) Le rôle du juge des libertés et de la détention .....	31
b) Le juge du recours contre les décisions du parquet ? .....	32
c) Le statut du juge des libertés et de la détention .....	33
C) Peut-on (doit-on) introduire du contradictoire dans l'enquête initiale ? .....	35
1) L'égalité des armes .....	35
2) L'élément déclenchant d'une phase contradictoire .....	36
3) Quelques propositions .....	38
a) L'instauration d'un double délai maximal de durée de l'enquête initiale .....	38
b) L'instauration d'une intervention du juge des libertés et de la détention dans des cas particuliers .....	40
c) Un recours contre les décisions ordonnant ou autorisant certaines investigations ? .....	41

<b>III) L'AUDITION PAR L'ENQUETEUR</b> .....	44
A) Qui doit contrôler la garde à vue ? .....	46
B) Quel est l'office de l'avocat à ce stade ? .....	48
C) Quel accès au dossier de l'enquête et au profit de qui ? .....	50
1) Autour des charges et difficultés matériels .....	50
2) Autour de l'efficacité de l'enquête .....	51
D) Quelques observations et propositions .....	52
1) La situation actuelle du droit .....	52
2) Une hypothèse : L'accès à l'entier dossier .....	53
3) Une autre hypothèse : la constitution systématique d'un «dossier secret» .....	56
4) Une solution : un accès sélectionné aux pièces nécessaires à l'exercice des droits de la défense pendant l'audition .....	57
a) Qu'appelle-t-on le dossier ? .....	58
b) De quelles pièces s'agit-il ? .....	58
c) Le moment de la communication des pièces nécessaires .....	60
5) Les exceptions à la consultation de toutes les pièces nécessaires à l'exercice des droits de la défense lors de l'audition .....	61
a) L'état du droit .....	62
b) Les exceptions proposées par la mission .....	62
c) Qui décidera de la mise en oeuvre de ces exceptions ? .....	63
E) L'avocat peut-il (doit-il) participer à l'enquête ? .....	65
1) A quels actes pourrait-il participer .....	65
a) Les auditions et confrontations .....	66
b) La séance d'identification .....	66
c) La reconstitution de scène de crime .....	67
d) Le transport sur les lieux .....	67
e) La perquisition .....	68
2) L'avocat peut-il concourir à l'enquête ? .....	70
<b>IV) LA MISE EN ETAT FINALE DES AFFAIRES PENALES</b> .....	73
A) Une mise en état juridictionnelle généralisée ? .....	74
B) Des améliorations souhaitables .....	77
<b>V) CONCLUSION</b> .....	86

Vous avez bien voulu me confier, par lettre en date du 14 janvier 2014<sup>1</sup>, une mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale, notamment à la suite des diverses directives européennes dont la transposition doit intervenir cette année ou dans les mois à venir<sup>2</sup>.

Le groupe de réflexion, dont vous avez agréé la composition<sup>3</sup>, s'est réuni à quinze reprises et a auditionné de nombreux représentants d'organisations professionnelles et syndicales, des policiers, des gendarmes, des universitaires, des avocats et des membres ou partenaires de l'institution judiciaire<sup>4</sup>, qui ont pour certains fait parvenir une contribution écrite<sup>5</sup>.

La lettre de mission fixait au groupe de réflexion quatre objectifs :

- **La mise en conformité du droit national avec les directives précitées** : À cet égard, le projet de loi portant transposition de la directive dite B (2012-2013/UE du 22 mai 2012), dont la discussion vient de se clore au parlement<sup>6</sup>, complétant nombre de dispositions existant déjà dans le code de procédure pénale, répond en grande partie à ce premier objectif, en anticipant au demeurant sur les dispositions de la directive dite C (2013-1948/UE du 22 octobre 2013) : droits du suspect entendu hors le régime de la garde à vue, droit à l'assistance de l'avocat lors de la présentation au parquet et de la notification de la poursuite. Reste, au-delà de la lettre des directives, et du droit positif actuel qui lui est quasiment conforme<sup>7</sup>, la question, majeure aux yeux du barreau, de l'accès à l'entier dossier.
- **Les modalités d'introduction du contradictoire dans l'enquête pénale** : La tradition procédurale française, de fondement inquisitoire<sup>8</sup>, était (est encore ?) de considérer d'une manière séparée, voire étanche, la phase d'enquête (consacrée à la recherche des preuves) – quasiment dépourvue de droits ouverts au suspect – de la phase proprement judiciaire, soit par saisine d'un juge d'instruction<sup>9</sup> soit par saisine d'un tribunal, qui ouvrent évidemment des droits à la personne poursuivie, qu'on peut globalement considérer comme très conformes au principe du contradictoire. Pour autant, l'influence des règles européennes, depuis une bonne décennie, crée une sorte de porosité entre ces deux phases<sup>10</sup>, rendant nécessaire une réflexion sur l'adaptation de l'enquête initiale française aux exigences du droit européen.

---

1 Annexe n° 1

2 Annexe n° 2

3 Annexe n° 3

4 Annexe n° 4

5 Voir annexes n° 5 à 22

6 Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012-2013/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (JORF n° 0123 du 28 mai 2014 page 8864).

7 À cet égard, la mission relève que notre droit positif est déjà très largement conforme aux exigences européennes, et même assez en avance sur celui d'autres pays européens...

8 Même si, aujourd'hui, sous l'influence des échanges juridiques internationaux et de l'Europe, il n'est plus guère de systèmes pénaux qui soient « chimiquement purs », accusatoire ou inquisitoire...

9 Quantitativement rare, sauf obligation légale (procédure criminelle) ou nécessité d'actes nombreux et complexes ou de mesures de sûreté. Moins de 3 % des enquêtes passent par l'instruction (voir page 67).

10 Les directives pénales « couplent » systématiquement les notions de « suspect et personne poursuivie ».

- **La définition des rôles respectifs du procureur de la République et du juge des libertés et de la détention dans l'enquête pénale** : A cet égard, il n'est pas opportun ici de débattre en soi du statut du parquet . Mais le groupe de réflexion a clairement fait connaître à Mme la Garde des Sceaux, que cette réflexion sur la répartition des pouvoirs de contrôle de l'enquête entre parquet et juge du siège ne pouvait utilement s'ouvrir, à la suite des récentes décisions européennes<sup>11</sup>, qu'à l'unique condition préalable que la réforme, y compris constitutionnelle, du statut du parquet soit menée à son terme<sup>12</sup>. A défaut, le parquet, victime du « péché originel » de son mode de nomination, n'aura(it) plus aucun argument à faire valoir au profit de son rôle de « premier protecteur » de la liberté individuelle dans l'enquête pénale : seul le juge du siège pourrait désormais y prétendre . Encore, ce progrès nécessaire réalisé, faudra-t-il argumenter sur son rôle d'exercice de l'action publique et son « indépendance à l'égard des parties<sup>13</sup>» .
- **L'éventuelle nécessité d'une mise en état des affaires pénales** : Faut-il, à quelle fin et sous quelle forme, formaliser un temps de « clôture juridictionnelle » de l'enquête initiale ? Cette question n'est pas apparue que théorique au groupe de réflexion : la généralisation du processus de décision sur l'action publique sous la forme du « traitement en temps réel », applicable à l'immense majorité des enquêtes ne laisse qu'une place très accessoire, en tout cas tardive, à un débat en fin d'enquête . Cette pratique judiciaire, devenue un pilier de l'action du ministère public dans sa fonction de direction de la police judiciaire peut-elle cependant se concilier avec une phase contradictoire finale ?

Les membres du groupe de travail, dont les travaux, compte-tenu des impératifs de mise en place<sup>14</sup> et de leur disponibilité mesurée, ont véritablement commencé début février, ont donc dû encadrer strictement l'objet de leurs réflexions .

C'est ainsi que, Mme la Garde des Sceaux ayant posé pour prémisses **le maintien de la procédure d'instruction**, le groupe de réflexion considère que son champ de proposition « ne porte que » **sur l'enquête initiale, depuis la révélation de l'infraction, sur dénonciation, plainte ou flagrance, jusqu'à la décision du ministère public sur l'action publique**<sup>15</sup>, et, dans une moindre mesure,<sup>16</sup> jusqu'à la comparution du prévenu à l'audience . A cet égard, le temps trop bref imparti pour ses travaux ne lui permet pas de s'exprimer sur trois points : la procédure propre au mandat d'arrêt européen<sup>17</sup>, mais surtout la procédure applicable aux mineurs<sup>18</sup>, ni du reste la procédure pénale douanière<sup>19</sup>.

11 Est-il encore besoin de rappeler, dans le droit fil de décisions précédentes relatives à d'autres pays, les décisions de la CEDH : Medvedyev c/ France n° 3394/03 29 mars 2010 § 124) et Moulin c/ France n° 37104/06 23 février 2011 § 57) ?

12 Le « **minimum minimorum** » de cette réforme consistant à renoncer à la nomination des procureurs généraux en conseil des ministres, à introduire l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature pour toutes les nominations de parquetiers, enfin à aligner totalement le régime disciplinaire des magistrats du parquet sur celui du siège . La suppression des instructions individuelles par la loi du 25 juin 2013 ne constitue à cet égard qu'une pierre de l'édifice à rebâtir...

13 CEDH Moulin c/ France déjà cité note n° 11 (§ 58)

14 C'est le 3 février que Mme la garde des Sceaux a officiellement installé la mission .

15 Et non pas « la révision de l'ensemble de l'architecture de l'enquête pénale.. » (Assemblée nationale, Rapport de Mme C. Untermaier sur la loi de transposition de Directive B, p16) .

16 Notamment en raison de l'article 6 de la loi de transposition de la directive dite B, qui instaure une phase de débat contradictoire avant la comparution immédiate et la convocation par procès-verbal (voir pages 71 sqq) et de mise en état contradictoire avant la comparution à l'audience sur citation directe ou comparution par procès-verbal (voir pages 74 sqq) .

17 Dépourvu, au sens littéral, d'une phase d'enquête .

18 La procédure applicable aux mineurs, qui induit une réécriture globale de l'ordonnance N° 45-174 du 2 février 1945, sera refondue à l'occasion du nouveau code des mineurs en préparation . En tout état de cause, les droits de la défense ouverts au profit d'un mineur suspect ou poursuivi ne peuvent qu'être plus étendus.

19 « Décalque » désormais à peu près exhaustif de la procédure pénale de droit commun.

Compte tenu de ce préalable imposé par la lettre de mission tenant au maintien de l’instruction, notre réflexion, motivée par les réflexions de plusieurs intervenants, a tenté de s’inscrire dans les principes suivants :

- D’abord, prenant en compte le fait que l’enquête initiale constitue, en amont de la phase proprement judiciaire, un moment d’investigation affecté à la recherche et au recueil des preuves (et non pas à la mise en accusation d’un suspect), la mission a expressément voulu distinguer le corpus juridique applicable à l’enquête initiale, en évitant de transposer, nous dirions de « décalquer », la procédure applicable à l’instruction .
- C’est pourquoi, alors que l’information s’inscrit résolument dans les droits de la défense<sup>20</sup>, la mission a tenu, parmi les progrès susceptibles de bénéficier à l’enquête pénale, de différencier ceux qui peuvent découler d’un *meilleur contrôle de l’enquête par un juge* au titre des droits fondamentaux, de ceux relevant expressément des *droits de la défense* (contradictoire) .
- Pour autant, la mission s’est attachée à assurer une certaine cohérence de ses propositions avec la procédure d’instruction, en tout cas à éviter si possible les incohérences . A cet égard, du reste, le maintien de l’instruction judiciaire ouverte contre personne non dénommée (ouverture c/ X), en parallèle à une enquête initiale qui serait renouvelée, pose une question de principe : Cette procédure c/ X ne constituant qu’une enquête, ne devrait-elle pas revenir en propre, par nature, au ministère public <sup>21</sup>?

Enfin, le groupe, conformément à sa lettre de mission, mais également dans le droit fil des directives et de la jurisprudence nationale<sup>22</sup> et européenne<sup>23</sup>, a veillé à concilier l’efficacité de la lutte contre la délinquance et la criminalité avec les droits des personnes suspectes ou poursuivies .

---

20 Même s’il existe quelques exceptions limitées, par exemple la mise à disposition à l’avocat du dossier à tout moment « sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d’instruction » (article 114 al. 3 du code de procédure pénale) ou le non-versement des actes en cours (jurisprudence constante) .

21 Encore faudrait-il transférer au Procureur, sous l’autorisation du juge des libertés et de la détention évidemment, les seuls (derniers) pouvoirs accordés seulement au juge d’instruction : sonorisation et fixation d’images (art. 706-96 sqq du code de procédure pénale) ou captation de données informatiques (art. 706-102-1 sqq du code de procédure pénale) . Ce serait là une vraie cohérence .

22 Le Conseil constitutionnel érige en « objectif de valeur constitutionnelle » la conciliation entre la protection des libertés fondamentales et la protection de l’ordre public (parmi de nombreuses autres décisions : 2013-679 DC 4 décembre 2013 ; 2011-631 DC 9 juin 2011 ; 2011-223 QPC 17 février 2012 ) et la recherche des auteurs d’infractions (2011-192 QPC 10 novembre 2011) ou la lutte contre la fraude fiscale (2012-236 QPC 20 avril 2012 ; 2012-257 QPC 18 juin 2012) : « considérant qu’il appartient au législateur d’assurer la conciliation entre, d’une part, la prévention des atteintes à l’ordre public et la recherche des auteurs d’infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d’autre part l’exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis ... » [au nombre desquels figure le respect des droits de la défense] . La Cour de justice de l’Union européenne le dit d’une autre manière (voir note n° 87) : « Il convient de relever ... que l’article 6 de la Charte [des droits fondamentaux] énonce le droit de toute personne non seulement à la liberté, mais également à la sûreté » (Décision du 8 avril 2014 § 42) .

23 Sous couvert du principe de proportionnalité (art. 8-2 de la CEDH) . La « feuille de route » du 30 novembre 2009, « mère » des directives A à D, se félicite « des progrès notables... de la coopération judiciaire et policière visant à faciliter les poursuites... » mais considère qu’il convient désormais « d’assurer un meilleur équilibre » avec « la protection des droits procéduraux des personnes » (§ 10)

Le temps a manqué à la mission pour approfondir le droit comparé . Cependant elle a entendu divers représentants ou spécialistes des procédures étrangères, britannique, allemande, espagnole et suisse<sup>24</sup>. La fascination pour la procédure anglo-saxonne manifestée de plus en plus souvent (souvent étayée d'idées simples<sup>25</sup> plus que d'une réelle connaissance du système), a conduit le groupe de réflexion, devant l'argument avancé par certains selon lequel notre procédure mixte cumulerait les inconvénients des deux systèmes sans en avoir les avantages, à évoquer le basculement vers une procédure totalement contradictoire, avant de l'écartier bien vite :

- Outre que le temps de réflexion aurait été trop bref pour présenter sérieusement l'hypothèse, elle ne correspondait pas à la mission confiée, en particulier, en ce que la procédure d'instruction maintenue, interdisait le passage complet à une autre forme ;
- Ensuite, l'exemple des grandes difficultés de fluidité judiciaire notoirement rencontrées par l'Italie<sup>26</sup> et les limites du système américain (tant au regard de l'absence de toute contradiction réelle jusqu'à la première intervention du juge, que surtout des effets inégalitaires majeurs) n'ont pas été de nature à nous séduire sans réserve...
- Le système britannique<sup>27</sup>, outre la difficulté culturelle (et pratique...qui ne pourrait évidemment pas répondre au terme court ou moyen imparté par la lettre de mission) de son adoption<sup>28</sup>, repose sur un socle impossible à transposer en l'état : la place très majoritaire du « plea-bargaining », c'est-à-dire du plaider-coupable<sup>29</sup> (près de 70 % des suites pénales), a pour conséquence juridique de stabiliser à la fois la procédure et les preuves, permettant ainsi un allègement massif de l'enquête, rendue secondaire, sinon inutile par l'aveu. Ce qui n'a pas empêché la mission de s'en inspirer à certains égards.

C'est pourquoi, la mission, au risque du reproche assumé d'un manque d'inventivité, persiste à proposer l'amélioration de notre procédure pénale plutôt que son absolu changement .

Le groupe de travail, pour répondre aux diverses questions de manière plus compréhensible, privilégie la chronologie d'une enquête : récolte des preuves, audition sous le régime ou non de la garde à vue, suite donnée à cette audition (présentation au parquet ou complément d'enquête), décision sur l'action publique, en abordant au long de cette enquête la question de la protection de la liberté individuelle et celle du contradictoire (assistance de l'avocat).

- **Les quatre objectifs assignés à la mission** : Mise en conformité du droit interne avec l'Europe – Introduction du contradictoire dans l'enquête pénale – Rôles du Procureur et du juge des libertés et de la détention – Mise en état des affaires pénales .
- De la difficulté à assurer une cohérence globale en l'absence d'une réflexion intégrant l'instruction .
- Une condition préalable : la réforme constitutionnelle du statut du parquet.

24 Le nouveau code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007, a unifié la procédure sur le territoire helvétique, supprimé le juge d'instruction là où il existait, et confié la direction de l'enquête au procureur (article 61) sous le contrôle d'un « tribunal des mesures de contrainte » (article 18) et d'une « autorité de recours » (article 20) qui « statue sur les recours dirigés contre les décisions non sujettes à appel rendues par ...la police, le ministère public... » (article 20 b).

25 Ah ! Le rêve de la déposition sous serment, alors que sa compatibilité avec l'auto-incrimination, est examinée avec circonspection par la jurisprudence européenne : CEDH J. Murray contre Royaume-Uni 8 février 1996 n° 18731/91 § 66 : « Le fait de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises [ ce que serait un aveu fait sous serment]...vide de son sens l'interdiction de contribuer à sa propre incrimination » ; Magee contre Royaume-Uni 06 juin 2000 ; Saunders contre Royaume-Uni 17 décembre 1996 19187/91 et d'autres...

26 Qui a justement « basculé » dans la procédure accusatoire en 1989 (voir annexe n° 25).

27 Les exemples bien connus d'erreurs judiciaires retentissantes ne garantissent pas fondamentalement une qualité « naturellement » meilleure de la justice pénale britannique.

28 Sans parler du coût budgétaire d'un tel basculement...

29 Qui offre à l'accusé toute une gradation d'avantages quant à la durée de sa peine selon le moment de son aveu.

# 1 - Quelques thèmes transversaux



Auparavant, la commission de réflexion a souhaité aborder quatre thèmes transversaux :

—● **A - Les conditions de l'acceptabilité de nouvelles avancées procédurales dans la phase de l'enquête initiale<sup>30</sup> :**

Il pourrait être facile de raisonner de manière purement intellectuelle et de décréter que l'enquête pénale associera l'avocat à son déroulement . Outre la question qui ne saurait être éludée de la nécessaire conciliation entre le secret de l'enquête, condition sinon garantie de son efficacité, et l'assistance d'un avocat, intervenant évidemment aux intérêts d'une personne qui n'a pas à être coopérative<sup>31</sup>, les policiers ou les syndicats de police entendus ont tous souligné, avec force et exaspération, la lourdeur des formalismes à mettre en œuvre dans chaque enquête au fil des réformes de procédure pénale . Chaque magistrat, du reste, peut constater parfois avec ironie, la taille inversement proportionnelle de la moindre des enquêtes avec son contenu utile à la connaissance des faits, des preuves, des dires et des personnes . Au nombre de ces lourdeurs, figure, encore plus que les formalismes multiples qui représentent parfois 2/3 du volume d'une procédure, la gestion réciproque des disponibilités des enquêteurs et des avocats et autres intervenants : délai de contact des permanences, délai d'arrivée du conseil, de rencontre avec le gardé à vue, d'intervention ou d'observations en fin d'audition . Et que dire du changement d'avocat à l'occasion d'une prolongation de garde à vue ou d'une confrontation qui nécessite la présence simultanée de deux avocats ?

On peut synthétiser la position des enquêteurs de la manière suivante : l'arrivée de l'avocat dans les brigades et commissariats s'est faite globalement dans le respect réciproque, n'a pas créé d'incident majeur<sup>32</sup>, et, sauf exception, n'a pas fondamentalement obéré l'issue des enquêtes<sup>33</sup>. Pour autant, toute nouvelle obligation, qu'une augmentation du contradictoire au cours de l'enquête ne manquerait pas d'induire automatiquement, DOIT s'accompagner en corollaire, de simplifications procédurales .

Au demeurant, hors cette nécessité opérationnelle d'allègement des charges, beaucoup d'intervenants, et les membres de la mission, estiment totalement dépassé que la même procédure écrite et le même formalisme soient utilisés sans distinction pour un vol à l'étalage simple et un crime terroriste. Il est donc, non seulement nécessaire pour des questions de moyens, , mais également opportun pour une modernisation des pratiques judiciaires, de proposer désormais des voies différenciées à la réponse pénale .

30 Sur l'ensemble de ce chapitre consacré aux simplifications procédurales, voir, en annexe n° 26, les simulations, avec leurs commentaires, effectuées par les services de police, et figurant dans la contribution de la Direction Générale de la Police Nationale .

31 L'article 14.3 g du PIDCP érige en garantie fondamentale pour une personne suspectée de « ne pas être forcée de témoigner contre elle-même » et l'article 6.1 de la CESDH considère comme fondement du procès équitable le droit de se taire et « de ne pas contribuer à sa propre incrimination » . On notera que, en droit anglo-saxon, le droit de se taire est assorti de son corollaire inverse :

« Dans le cas contraire, tout ce que vous direz pourra ou sera utilisé contre vous devant un tribunal » (Cour suprême des USA, affaire *Miranda v. Arizona*, 1966) . Le droit de se taire, mais pas celui de mentir si l'on accepte de parler... Pourquoi pas chez nous ?

32 Certains enquêteurs considèrent même que la présence de l'avocat constitue désormais pour eux une sorte de protection contre les accusations infondées

33 Il a même été dit que la présence de l'avocat avait par moment induit, pour éviter une défense impossible, une reconnaissance des faits par le gardé à vue

Les policiers et gendarmes entendus par la mission ont formulé, au-delà du développement des procès-verbaux simplifiés (intégrés aux « LRPP » ou au « LRPGN »<sup>34</sup>), diverses propositions, au demeurant déjà préconisées par de nombreux autres rapports, que la commission considère comme effectivement de nature à alléger les charges des enquêteurs – et, du reste corrélativement celles des parquets :

### 1- Quelques règles procédurales :

- Par exemple, alors même que la grande majorité des procédures traitées en flagrant délit relèvent de faits simples et d'investigations standardisées, l'obligation faite par l'article D10 du code de procédure pénale « d'établir [en flagrance] des procès-verbaux séparés pour chacun des actes » pourrait très opportunément être alignée sur l'article D11 qui, pour l'enquête préliminaire, leur permet de « relater dans un seul procès-verbal les opérations effectuées » .
- Certains prônent même une espèce de progression, que la commission considère avec intérêt, et dont la mise en œuvre se ferait sur instructions permanentes ou individualisées du parquet, entre le « e-pv » (qui induirait une forfaitisation de la peine), le procès-verbal simplifié, le procès-verbal unique de « déroulé récapitulatif » des diligences et/ou déclarations effectuées<sup>35</sup> (tout en conservant l'autonomie du procès-verbal de notification des droits), enfin la procédure classique .
- D'autres évoquent, à un moment de grande mobilité des délinquants, les règles complexes d'extension de la compétence territoriale des officiers de police judiciaire, qui pourraient être allégées. Enfin, l'unanimité des enquêteurs – et des parquetiers - se fait sur la nécessité de simplifier le système des « gardes à vue supplétives<sup>36</sup> » .
- Plusieurs enfin soulignent que, alors même que de nombreuses administrations dotées de pouvoirs de police judiciaire<sup>37</sup> sont habilitées à dresser procès-verbal d'infractions, il faudrait aller au bout de la logique en les autorisant à effectuer l'audition des mis en cause, sans doute dans la forme de l'audition libre<sup>38</sup> de manière à éviter la double intervention police technique-police judiciaire .

34 Logiciel de rédaction des procédures pénales et logiciel de rédaction des procédures de la gendarmerie nationale : A cet égard, il faut attendre les conclusions du groupe de travail qui réunit Direction des affaires criminelles et des grâces et Gendarmerie nationale sur la simplification des procédures . Pour autant, si toute simplification est utile, il est à craindre qu'à défaut d'un changement radical portant sur un échantillon significatif de procédures, ces simplifications soient insuffisamment proportionnelles au besoin d'allègement que les améliorations procédurales envisagées induiront.

35 Ils soulignent que le droit au silence et la perte de « valeur » de l'aveu, que la présence limitée des avocats pour les affaires de très faible gravité, que la réponse pénale modeste, ont rendu moins essentielle l'audition du mis en cause, qui peut donc être seulement résumée . Au demeurant, ils soulignent qu'il y aurait hypocrisie à prétendre qu'un procès-verbal tel qu'il se présente aujourd'hui serait le reflet exact des actes et déclarations effectués .

36 Article 65 du code de procédure pénale (article 4 III de la loi du 27 mai 2014).

37 Fraudes, environnement, concurrence, pêche, chasse, santé publique, urbanisme, fiscalité, aviation civile, marine marchande, inspection du travail...

38 Si la garde à vue devenait nécessaire, l'enquête serait sans délai transmise à l'officier de police judiciaire compétent .

## 2- Contraventionnalisation et forfaitisation :

Beaucoup d'enquêteurs souhaitent, comme du reste la Commission Nadal l'a elle-même préconisé pour certaines infractions routières<sup>39</sup>, une contraventionnalisation de nombreuses infractions, sinon mineures, en tout cas simples et hors répétition, (vol à l'étalage, usage de stupéfiants, port d'arme de catégorie D...), voire même une forfaitisation complète, qui pourrait donner lieu à un procès-verbal électronique (cf supra), dont les premières applications semblent très prometteuses. Notre mission adhère à cette orientation, qui allie simplicité de la constatation et meilleure certitude de la réponse pénale. Pour autant, il serait bien évident que toute opposition ou contestation reviendrait à la compétence du juge.

Mais certains policiers auditionnés ont formulé une proposition totalement novatrice, qui n'a pas manqué d'éveiller l'intérêt des membres du groupe de travail, lesquels y avaient été « préparés » par l'audition du magistrat de liaison britannique en France. Ne pourrait-on pas, non seulement dématérialiser, mais aussi « oraliser » (« *déscripuraliser* », disent certains<sup>40</sup>) les procédures les plus simples ? Elles donneraient lieu au versement de toutes les pièces utiles à l'enquête (plainte écrite initiale, certificat médical, attestation écrite, résultat d'analyse ou d'expertise, copie d'un jugement ou d'une notification judiciaire, copie d'un document bancaire ou administratif...), au seul enregistrement sonore (sur CD-Rom, ou mieux, sur un serveur qui pourrait devenir accessible au juge et à l'avocat...) des actes effectués en garde à vue ou en audition libre (notification des droits, témoignages, audition du mis en cause...), enfin à une sorte de procès-verbal de synthèse récapitulative écrit valant déroulé de l'enquête : heure et mode de saisie, heures et diligences de la garde à vue, heures et bref résumé des auditions, décision du ministère public.

Une telle proposition paraît résolument iconoclaste, en tout cas opposée à notre culture judiciaire de l'écrit : Elle mérite cependant attention, quand on sait que globalement, sur 100 procédures traitées par les enquêteurs, environ 2/3 ne finissent pas soumises à l'appréciation d'un juge du siège : classements sans suite (y compris d'opportunité), rappels à la loi par délégué de procureur, alternatives aux poursuites. Il est bien évident que, en cas de nécessité (demande du parquet ou de la défense, changement d'orientation de la décision d'action publique), la transcription pourrait intervenir sans délai<sup>41</sup>. On notera au surplus, qu'une transcription sera(it) bien plus fidèle aux notifications réellement effectuées et aux propos effectivement tenus qu'un procès-verbal dont chacun sait qu'il se limite à l'essentiel. Il est aussi évident à l'inverse, que toute procédure conduite devant le juge (instruction ou jugement) devra rester une procédure intégralement écrite<sup>42</sup>.

39 Préconisation n° 29.

40 Voir annexe n° 9 (Contribution de M. Danet)

41 Pour aller au bout de la logique, cette transcription ne doit incomber ni aux services enquêteurs, ni au greffe des juridictions : un marché public national pourrait opportunément y pourvoir. Même si 25 % des procédures oralisées devaient être ultérieurement « rescripturalisées », le gain resterait considérable.

42 Même si les procédures soumises au juge pour simple validation d'une sanction proposée par le parquet (ordonnance pénale, composition pénale, convocation sur reconnaissance préalable de culpabilité) pourraient s'accommoder de l'oralisation du dossier, les exigences de contrôle des juges du siège interdiraient cette pratique.

La mission relève plus globalement que le formalisme pointilliste des documents signés, contre-signés, sur-signés induit (ou en tout cas sous-tend) une sorte de méfiance à l'égard de la police judiciaire, qui va, très souvent, jusqu'à la contestation non seulement de la force probante (au demeurant variable) mais aussi de la réalité de leurs diligences<sup>43</sup>. C'est pourquoi, cette proposition d'oralisation des procédures simples constituerait, outre la simplification demandée, une forme de confiance dans la loyauté des actes effectués par la police judiciaire, confiance qui ne manquerait pas d'être très vite confirmée après quelques exemples d'auditions des enregistrements .

Une part des contentieux routiers (hors faits graves ou réitérés) et toute une série d'infractions « simples » (auteur unique, flagrante, enquête hyper-simplifiée, réponse pénale « automatisée » en particulier par la 3ème voie)<sup>44</sup>, peut-être certains contentieux-obstacles ou constitutifs d'irrespect de décisions administratives ou judiciaires<sup>45</sup>, évalués par certains collègues et policiers à environ 20 à 30 % des affaires traitées quotidiennement, pourraient utilement relever de cette simplification radicale . Il appartiendrait au ministère public, dans le cadre du traitement en temps réel, soit de donner des instructions permanentes sur certains champs de contentieux, soit, au vu des constatations et consultations de fichiers initiales, de décider au coup par coup de l'oralisation de la procédure .

La commission de réflexion est très consciente de l'étonnement que peut susciter cette proposition . Elle préconise seulement avec conviction que cette option soit étudiée très à fond entre le Ministère de la Justice et le Ministère de l'Intérieur . C'est sans doute à ce prix que l'accroissement du contradictoire au cours des enquêtes initiales pourra être mis en œuvre avec sérénité .

Enfin, alors même que tous les enquêteurs soulignent que c'est moins en soi la présence de l'avocat que la gestion des emplois du temps qui leurs sont extérieurs (avocat, médecin, bientôt consul, interprète...et les éventuels délais de carence, de droit ou de fait, qui en découlent) qui obère le plus leur disponibilité à l'enquête<sup>46</sup>, la commission regarde avec grand intérêt, la mise en œuvre de la convention expérimentale passée entre les juridictions et le barreau de Lyon<sup>47</sup>, aménageant la disponibilité 24h/24 d'un collectif d'avocats immédiatement disponibles pour répondre aux sollicitations des services de police . Son extension, voire son caractère obligatoire devrait être sérieusement examinée .

43 Voir Traité de procédure pénale, F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, n° 617 et suivants

44 Pour la seule Direction centrale de la Sécurité publique en 2013 : sur 700000 mis en cause, 16000 mis en cause pour port d'arme de 6ème catégorie, 17500 pour recel simple, 91000 pour usage de stupéfiant, 39600 pour vol à l'étalage, 27600 pour dégradations légères, 15000 pour escroqueries Internet mineures, soit près de 30 % des mis en cause....Le gain serait évidemment de même ordre pour les parquetiers des services de traitement en temps réel.

45 Urbanisme, droit du travail, abandon de famille, non-représentation d'enfants....

46 Sur ce plan, la Direction générale de la police nationale et la Direction centrale de la sécurité publique ont chiffré à 59 minutes, le temps statistique moyen d'indisponibilité supplémentaire induit par la loi du 14 avril 2011, qui n'est donc plus consacré aux investigations .

47 Annexe n° 23. Pour autant, si on veut la rendre opérationnelle, il est urgent de modifier (charge qui pèse encore sur l'enquêteur !) le paiement à l'acte de l'intervention de l'avocat pour le forfaitiser par une rémunération globale de la contribution du barreau .

Enfin, la commission s'interroge sur le fait que la gestion des disponibilités ou emplois du temps des intervenants à la procédure (téléphone à l'avocat, au médecin, au consul, à la famille, aux parents d'un mineur, à la victime...), qui, selon tous les enquêteurs entendus, pèse bien plus lourd que le formalisme procédural lui-même, soit à la charge de l'enquêteur sur son temps d'enquête. Cette répartition d'une pure gestion organisationnelle, qui pollue le temps d'enquête<sup>48</sup>, sur des milliers de fonctionnaires de police semble « indolore ». En réalité, elle répand aussi l'exaspération et la démotivation des officiers de police judiciaire<sup>49</sup>. C'est pourquoi, la mission estime très souhaitable que, au moins dans les sites d'ampleur, soit étudiée la possibilité d'organiser une sorte de plate-forme<sup>50</sup> qui gérerait pour les enquêteurs l'ensemble de ces contacts (en en assurant évidemment une traçabilité qui répondrait aux impératifs légaux).

La mission préconise que certains services de police judiciaire ou certains parquets, de tailles diverses, qui seraient volontaires, puissent procéder à des expérimentations soit de l'oralisation des procédures soit d'une organisation de soutien aux officiers de police judiciaire pour gérer les nombreuses diligences liées à la garde à vue.

- Toute nouvelle avancée (contradictoire, droits de la défense) DOIT s'accompagner de simplifications procédurales.
- Les perspectives de simplifications : règles de procédure, contraventionnalisation, forfaitisation...
- La mission estime opportun d'examiner une « oralisation » de certaines procédures et la création d'une « plate-forme de soutien » aux tâches de gestion de la garde à vue incombant aux officiers de police judiciaire (sites expérimentaux)

48 Voir note n° 46. A noter que plusieurs centaines de milliers d'auditions libres vont s'y ajouter ....

49 A cet égard, de très nombreux responsables, ou les représentants des écoles, ont souligné la désaffection à l'égard des fonctions de police judiciaire, due, au moins en partie, à la lourdeur de ces « impedimenta ».

50 Qui pourrait être confiée à d'autres personnes que des membres des services d'enquête, avec évidemment une traçabilité des diligences qui pourrait être versée à la procédure.

## B - La distinction entre la procédure de flagrance et la procédure d'enquête préliminaire :

Presque tous les projets ou les commissions qui ont préfiguré l'avenir de notre procédure pénale ont prôné l'unification de ces deux formes d'enquête . Outre qu'elles s'inscrivaient pour la plupart dans la suite de la suppression de l'instruction préparatoire, elles ont noté le rapprochement de plus en plus affirmé entre les deux cadres juridiques, de sorte que seul le dernier pas de l'unification resterait à faire .

Notre mission a longuement questionné les personnes entendues sur cette possible unification, dont la grande majorité s'est prononcée pour le maintien de la distinction . La mission est donc arrivée à la conviction que le maintien de la distinction présentait bien plus d'avantages que d'inconvénients :

- a) Elle ne partage pas l'avis de plusieurs « abolitionnistes » sur la similitude qui devrait conduire à l'unification : Même si évidemment les mêmes actes d'investigations peuvent globalement être faits dans les deux cas, leur régime reste suffisamment différencié, avec une réelle prédominance du rôle de l'officier de police judiciaire et du ministère public dans le cadre de la flagrance, et à l'inverse, une intervention majeure, voire majoritaire, d'un juge dans l'enquête préliminaire . Toute unification irait évidemment dans le seul sens du « versement » de la flagrance dans l'enquête préliminaire, qui réduirait encore l'opérationnalité de l'enquête urgente, et conduirait par ailleurs, à un évident retrait du rôle du ministère public au profit d'une espèce d'institutionnalisation d'un juge de l'enquête, « clone » du juge d'instruction, qui, de l'avis de la mission, ne lui paraît pas souhaitable<sup>51</sup>.
- b) En second lieu, à une époque d'instabilité procédurale incommensurable, et donc de déstabilisation des enquêteurs, du ministère public, des avocats, et du reste, des juges<sup>52</sup>, il est apparu à la mission absolument nécessaire, au risque d'une accusation de conservatisme, que soit confirmé dans notre procédure un point de stabilité connu et reconnu par tous<sup>53</sup>, qui s'apprécie dès le début de l'enquête et en fixe le régime pour tout son déroulé, même limité dans le temps . En quelque sorte « un socle » de notre activité procédurale, protecteur d'une forme de sécurité juridique .
- c) De troisième part, il apparaît à la mission que la notion de « remplacement » à laquelle chacun pense, à savoir **l'urgence**, ne permettrait aucune définition législative significativement plus claire que la flagrance . Elle donnerait lieu à des interprétations du ministère public ou des enquêteurs exposées, soit à une subjectivité source de contentieux infinis, soit à une automaticité contraire à son objectif<sup>54</sup> et induirait de longs mois, voire de longues années d'instabilité jurisprudentielle, dont il est opportun, y compris pour le justiciable, de faire l'économie . Par ailleurs, pour une grande part, la notion même de flagrance comprend implicitement la notion d'urgence : l'acte criminel ou délictuel flagrant se caractérisant par un haut niveau d'actualité, il importe de ne différer aucun acte qui permettrait l'identification de son auteur<sup>55</sup>.

51 Voir les développements sur les positionnements respectifs du parquet et du juge (pages 21 sqq) .

52 Déstabilisation qui ne manque pas de s'étendre au justiciable...

53 Même si, encore plus aujourd'hui, on ne peut jamais (pré)juger de la pérennité d'une jurisprudence, on peut admettre que le concept de flagrance est désormais jurisprudentiellement fixé...

54 Plusieurs connaisseurs du droit allemand nous ont souligné le recours aussi artificiel qu'automatique à l'urgence pour se dispenser de l'autorisation du juge .

55 Il est vrai cependant, même si la situation en est plus rare, qu'une enquête préliminaire pourrait nécessiter la réalisation d'investigations urgentes . Les praticiens ne nous ont pas fait valoir d'obstacle réhibitoire en cas d'urgence en enquête préliminaire

- d) Pour autant, il pourrait opportunément être procédé à une modernisation de la rédaction de l'article 53 du Code de procédure pénale, le terme désuet de la « clameur publique » pouvant donner lieu à réécriture . Mais surtout, si le délai imparti à la durée d'enquête de flagrance (8 jours, renouvelable en cas de peine d'emprisonnement importante encourue) paraît raisonnablement mesuré, il conviendrait à l'inverse de fixer un délai limite (48 heures ?) de démarrage de l'enquête après la commission de l'infraction . A défaut d'identification de la date exacte de la commission de l'infraction, les investigations devraient emprunter le cadre préliminaire .
- e) Enfin, la mission n'a pas éludé la question d'un « troisième cadre » aujourd'hui de plus en plus développé, celui applicable à « quelques procédures particulières », et notamment le terrorisme et la délinquance et le crime organisés, dont le régime des investigations résulte moins de la distinction flagrance / enquête préliminaire / instruction que de leur caractère « d'exception », commandé par la nécessité mais surtout la difficulté de lutter contre des réseaux criminels, le plus souvent transfrontaliers ou internationaux, au moyens d'outils exorbitants . La mission considère que leur régime autonome ne disqualifie pas la distinction de base . Il consiste à réglementer, dans chacun des trois cadres juridiques<sup>56</sup>, le recours à des investigations exceptionnelles, voire extrêmes, qui rendent nécessaire l'édiction d'un corpus légal spécialement applicable à des infractions qui ne relèvent pas des atteintes à la vie sociale quotidienne . On notera du reste que certaines investigations ne peuvent être faites qu'en flagrance<sup>57</sup>, ou qu'à l'instruction<sup>58</sup>, alors que d'autres peuvent intervenir dans chacun des trois cadres procéduraux, ce qui confirme la pertinence de la distinction originelle.
- La distinction flagrance – enquête préliminaire reste toujours opérationnelle
  - Des précisions devraient être apportées dans la rédaction de l'article 53 du code de procédure pénale

<sup>56</sup> Voir par exemple l'article 230-32 du code de procédure pénale, relatif à la géolocalisation, qui prévoit une introduction clandestine dans des lieux privés, déclinée dans les trois cadres de la flagrance, de l'enquête préliminaire et de l'instruction .

<sup>57</sup> Comme une perquisition de nuit dans un domicile (art. 706-89 et 706-90 du code de procédure pénale).

<sup>58</sup> La sonorisation ou la captation de données informatiques (art. 706-96 et 706-102-1 du code de procédure pénale)

## C - Une absolue égalité procédurale entre la victime et le suspect ?

La mission, sous le vocable générique de l'amélioration du caractère contradictoire de l'enquête initiale, s'est interrogée sur l'opportunité d'assimiler la victime au suspect. Dès lors que des droits ou protections nouveaux seraient accordés au suspect, il serait « normal » d'accorder parallèlement les mêmes à la victime<sup>59</sup>.

Au-delà de la réponse « affective », qui conduirait à une assimilation complète, la mission penche vers le maintien d'une certaine différenciation :

- a) Pour éviter d'abord toute incompréhension, la mission tient à souligner l'absolue nécessité de consolider, voire d'améliorer la politique et l'organisation des juridictions pour mettre en œuvre, avec la plus grande efficacité, l'accueil des victimes, la facilitation de l'exercice de leurs droits, l'explication des processus judiciaires, les soutiens de tous types<sup>60</sup> (financier, juridique, psychologique) pendant ce processus, ou l'exécution des décisions rendues. Mais il s'agit-là d'une politique judiciaire globale, qui n'induit pas un positionnement procédural qui doit être assimilé dans chaque enquête à celui du suspect.
- b) Car, la première différence majeure tient d'abord à la position fondamentalement différente de la victime et du suspect par rapport à la procédure pénale : Si la première y a (« librement », en tout cas activement) recours pour faire valoir ses droits, le second y est (passivement) attiré, sur un mode coercitif, par des procédures intrusives ou attentatoires à la liberté individuelle qu'il est mis en position de subir alors même qu'il est en même temps « présumé innocent ». Cette différence majeure transparait clairement des écarts considérables entre les droits de la victime et ceux du suspect, validés par le droit européen lui-même<sup>61</sup>. Au demeurant, les droits déjà offerts aux victimes par la procédure française, pour perfectibles qu'ils soient toujours, sont incomparablement plus protecteurs que dans aucun autre pays européen<sup>62</sup>.
- c) Il faut ensuite souligner que la « victime » n'est originellement qu'un « plaignant », c'est-à-dire une personne arguant de l'existence à son encontre de faits pénaux, dont l'enquête, d'une part, a pour première fonction d'exclure ou de confirmer l'existence, les circonstances, les effets, la qualification juridique<sup>63</sup>, d'autre part, pour seconde fonction, de recueillir, par les investigations menées, les preuves utiles à accuser une personne déterminée. On peut donc dire que la victime « n'est que » plaignant jusqu'à ce qu'une autorité judiciaire confirme au moins l'infraction (et en désigne l'auteur). C'est donc l'autorité judiciaire qui constitue un plaignant en victime au sens procédural du mot.

<sup>59</sup> Voir annexe n° 16 (contribution de l'INAVEM).

<sup>60</sup> Comme par exemple l'art. 41 dernier alinéa du code de procédure pénale

<sup>61</sup> On comparera à cet égard la directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 (à transposer avant le 16/11/2015) avec les quatre directives, dites A, B, C et D, qui édictent un corpus complet de droits des « personnes suspectes ou poursuivies ».

<sup>62</sup> La quasi-totalité des pays européens ne réserve à la victime qu'une place procédurale de témoin jusqu'au procès au fond. Elle est donc renvoyée à faire valoir ses droits dans un procès civil autonome.

<sup>63</sup> Il suffit de voir, dans notre pratique policière et judiciaire, le nombre de « victimes » qui « déposent plainte » pour un fait qui se révèle très vite de nature purement civile. Il serait par ailleurs angélique de penser qu'il n'y a que des plaignants de bonne foi, qui s'affichent pourtant « victimes ».



- d) Au surplus, le droit français offre au plaignant un droit de se constituer partie-civile, c'est-à-dire, non seulement de corroborer l'action publique mise en mouvement par le parquet, mais aussi de prendre l'initiative d'une mise en mouvement de l'action publique<sup>64</sup>. Dès lors, on peut penser qu'une insuffisante association d'une victime à l'enquête pourra(it) trouver son correctif à travers ce pouvoir d'action propre. Bien plus, avant même la constitution de partie-civile, rien n'empêche le plaignant – lequel, contrairement au suspect, connaît par définition l'existence de l'enquête – de solliciter une information de l'autorité judiciaire<sup>65</sup> puis, en cas de classement sans suite de formuler un recours<sup>66</sup> .
- e) Pour autant, cette possibilité procédurale n'interdit en rien de rechercher une amélioration du « contradictoire » au profit d'un plaignant en cours d'enquête. Comme il a été dit, la transformation d'un plaignant en victime résultant d'un acte de l'autorité judiciaire, il sera légitime de considérer que, dès lors qu'une accusation aura été portée contre une personne dénommée d'avoir commis une infraction au préjudice d'une personne dénommée et donc désormais désignée comme victime au sens juridique, celle-ci devra bénéficier d'un certain contradictoire . Il conviendra de l'évoquer au long du rapport .
- Mis en cause et victime ne sont pas dans le même rapport à la procédure pénale
  - Outre les améliorations encore possibles, le droit au « contradictoire » pour la victime ne peut pas être identique à celui du mis en cause .

<sup>64</sup> Voir note n° 62 : A notre connaissance, aucun autre pays européen ne connaît cette disposition.

<sup>65</sup> Qui lui sera due, mais trop tardivement (au regard de l'objet de la mission), en vertu de l'article 40-2 du code de procédure pénale .

<sup>66</sup> Article 40-3 du code de procédure pénale .

## D - L'enquête initiale et le droit européen des Droits de l'Homme :

### 1- Le procès équitable (article 6) :

Le terme européen ambigu de « procès », phase proprement juridictionnelle, et la tradition juridique française de séparation de l'enquête de police – par nature inquisitoriale, donc secrète et dépourvue de contradictoire – de la phase judiciaire – qui ouvre le droit au contradictoire - ont longtemps conduit notre pratique pénale à contester à l'enquête initiale son appartenance au champ du « procès équitable » au sens de l'article 6 de la CEDH<sup>67</sup>.

Pourtant, depuis de nombreuses années, la cour de Strasbourg considère que l'article 6 s'applique à l'ensemble de la procédure, y compris aux phases de l'enquête et de l'instruction judiciaire « si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès et où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès<sup>68</sup> ». C'est pourquoi la jurisprudence strasbourgeoise estime que « certes, l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un « tribunal » compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation, mais il n'en résulte pas que [la cour] se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement<sup>69</sup> ».

Pour autant, la cour ne manque jamais de rappeler que « la conformité d'un procès aux principes fixés à l'article 6 de la Convention doit être examinée *sur la base de l'ensemble du procès* » tout en précisant que même « si un incident ou un aspect particulier peuvent avoir été marquants ou avoir revêtu une importance telle qu'ils constituent un élément décisif pour l'appréciation générale de l'ensemble du procès...même en pareil cas, c'est *sur la base du procès dans son ensemble qu'il convient de décider si la cause a été entendue équitablement*<sup>70</sup> ». L'intérêt de la cour pour cette phase pré-judiciaire tient à la fois à l'importance, notamment dans notre procédure pénale, de l'enquête initiale comme outil et moment de recueil des preuves, mais aussi à la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve un suspect devant les autorités de police<sup>71</sup>, qui pourrait conduire la personne, sous l'effet d'une « coercition abusive de la part des autorités », à s'auto-incriminer<sup>72</sup>.

67 Voir la note J-Y Maréchal, JCP EG N° 17 du 22 avril 2013 (Cass. crim 6 mars 2013)

68 CEDH Abdelali contre France, 11 octobre 2012 n° 43353/07 § 35 et 36, qui s'inscrit dans une longue lignée de décisions similaires : « La cour a fréquemment rappelé que les garanties de l'art. 6 pouvaient s'appliquer à l'ensemble de la procédure y compris aux phases de l'instruction préliminaire et de l'instruction judiciaire » ; Pandy c/ Belgique, 21 septembre 2006, § 50 et de nombreuses autres décisions...

69 CEDH Imbrioscia contre Suisse 24 novembre 1993 n° 13972/88 § 36

70 CEDH Ramirez Sanchez contre France, 27 novembre 2012 n° 53025/12 ; Mitterrand contre France, 7 novembre 2006 n° 39344/04 ; Pélissier et Sassi contre France, 25 mars 1999 n° 25444/94 § 46 ; Delta contre France, 19 décembre 1990 n° 191-A § 35 ; Salduz contre Turquie, 27 novembre 2008 n° 36391/02 § 50 .

71 CEDH Darraj contre France, 4 novembre 2010, n° 34588/07 § 36 .

72 CEDH Brusco contre France, 14 octobre 2010 n° 1466/07 § 44 : « Le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence et présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions »

Notre mission, forte de cette analyse, en a tiré un triple principe qui a dicté ses propositions :

- D'une part, il n'est pas douteux que l'enquête initiale doit participer des principes du procès équitable . De sorte que les conséquences tirées de cette notion par la jurisprudence européenne (au nombre desquelles se situe prioritairement l'intervention<sup>73</sup> de l'avocat) doivent impérativement être examinées par la mission ;
- Pour autant, d'autre part, l'appréciation de l'équité du procès étant effectuée à la fois dans la globalité et à la fin du processus pénal (enquête puis procès), il en découle que, *dans chacune des phases, la procédure peut connaître des protections ou droits différenciés*, pourvu que ces différences n'affectent pas l'équité globale et finale du « procès » . La mission estime donc légitime de formuler des propositions qui ne seront ni identiques ni uniformes tout au long de l'enquête pénale .
- Bien plus, dès lors que ces différences seront légitimes (à la fois dans leurs causes et dans leurs effets sur l'équité globale) et suffisamment compensées, elles pourront aller jusqu'à constituer des *dérogations ou exceptions* aux principes proposés . A cet égard, du reste, l'existence de dérogations ou d'exceptions aux droits du suspect ou de la personne poursuivie est expressément prévue à l'article 6 de la directive C .

## 2 - Le droit à la liberté et la sûreté (art. 5) et le respect de la vie privée (article 8) :

Il convient évidemment d'ajouter que, parallèlement, l'enquête initiale passe aussi au crible des articles 5 (droit à la liberté et la sûreté, qui enjoint d'exclure, évidemment les traitements inhumains et dégradants mais aussi l'arbitraire, et de contrôler effectivement par une autorité judiciaire l'atteinte à la liberté des personnes), et 8 de la Convention (droit à la vie privée, qui impose une protection judiciaire effective et efficace contre « les ingérences de l'autorité publique » qui ne répondraient pas aux conditions conventionnelles)<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> A ce stade, il est préférable d'utiliser un terme a-juridique, le contenu et la nature juridique de cette intervention relevant des préconisations de la mission .

<sup>74</sup> C'est-à-dire, pour l'enquête de police, évidemment la garde à vue (art. 5) et toutes les diverses investigations (art. 8)

Ces domaines sont, depuis les décisions Medvedyev, Moulin et Vassis<sup>75</sup>, ou, dans le domaine du respect de la vie privée, la décision Uzun<sup>76</sup> (parmi de nombreuses autres), suffisamment connus. C'est le second champ de réflexion offert à la mission : l'enquête initiale et le respect de la liberté individuelle, pour lesquels diverses propositions ou clarifications seront énoncées.

De sorte qu'au total, deux registres distincts mais complémentaires, de nature différente mais contribuant l'un et l'autre à une meilleure protection du suspect – et de la victime – seront abordés par le présent rapport : la protection de la liberté individuelle et celle du contradictoire (procès équitable).

- Le « procès équitable » (art. 6 de la Convention) concerne toutes les phases du processus pénal, y compris l'enquête initiale
- Mais il s'apprécie globalement, de sorte qu'il n'impose pas des droits identiques à chaque phase
- Le procès pénal s'apprécie également au regard des principes de liberté et sûreté (art. 5 de la Convention) et du respect de la vie privée (art. 8 de la Convention)

---

<sup>75</sup> Voir note n° 11 ; CEDH Vassis contre France, 27 novembre 2013 n° 62736/09

<sup>76</sup> Dans le domaine de la géolocalisation : CEDH Uzun contre Allemagne, 2 septembre 2010 n° 35623/05

## 2- La phase de recueil des preuves<sup>77</sup>

<sup>77</sup> Au sens des directives, c'est-à-dire, la phase conduite jusqu'à la première audition du mis en cause.

La mission considère clairement qu'il serait angélique – et en tout cas ruineux pour l'ordre et la paix publics – que cette phase d'enquête se déroulât **dès son ouverture** sur un mode contradictoire .

Certains avocats<sup>78</sup> ont soutenu que toute constatation d'une infraction, à plus forte raison, toute plainte nominative, qui induit pour les enquêteurs des hypothèses d'identification de l'auteur de l'infraction, devrait sans délai lui ouvrir un droit à être informé du simple fait qu'il constitue une « cible » potentielle . Cette exigence nous est apparue totalement irréaliste . A cet égard, aucun système juridique, même le système accusatoire pur (Etats-Unis ou Royaume-Uni) ne se dispense d'un moment initial d'enquête policière effectuée à l'insu de la personne soupçonnée . Comment, sur le seul plan humain, considérer, sauf exception rarissime, comme crédible qu'une personne qui « choisit » d'enfreindre les règles de la vie collective, accepte ensuite de se soumettre délibérément et loyalement, sans interférer d'aucune manière sur le recueil des preuves à son encontre, à tous les actes d'investigations utiles à sa punition ? A l'inverse, si l'on exigeait que le suspect participât au recueil des preuves, ne se trouverait-on pas de jure sous le coup d'un reproche d'auto-incrimination ?

Il est donc aussi nécessaire que légitime que, pour l'efficacité de l'enquête, c'est-à-dire pour le respect des règles de la vie collective, la phase du recueil des preuves persiste à comporter une période de « secret », c'est-à-dire d'investigations diligentées à l'encontre et à l'insu d'une personne, sous le contrôle de l'autorité publique . Cependant, pour éviter les atteintes injustifiées aux droits fondamentaux, que les investigations « secrètes » seraient susceptibles de créer, il importe d'assurer, pendant cette phase initiale, une intervention effective et, dans certains cas, automatique, de l'autorité judiciaire, gardienne constitutionnelle de la liberté individuelle . Mais il importe, en même temps , de considérer qu'à partir d'un certain degré de « suspicion » élaborée par l'enquête, il deviendrait illégitime de n'ouvrir aucun droit au profit de la personne visée.

Au total, la mission pense que l'enquête initiale relève, à titre principal, du domaine de la (meilleure) protection de la liberté individuelle à l'occasion du déroulement des investigations, et à titre seulement complémentaire<sup>79</sup>, du registre du contradictoire, à charge, in fine, que l'équité globale du procès trouve son compte dans la part respective de ces deux registres.

La mission abordera cet équilibre, au travers de cinq thèmes :

<sup>78</sup> Voir annexe n° 14 (Contribution de l'Union Nationale des Jeunes Avocats)

<sup>79</sup> Qui ne signifie pas « subsidiaire » .

## A - Une meilleure définition des actes de l'enquête, et de leur régime juridique :

Notre procédure pénale vit encore un peu sur un « droit général » des autorités chargées de l'enquête d'effectuer « tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité<sup>80</sup> ». Si, pour répondre à l'extrême diversité des sources de preuves et à l'extrême inventivité de l'autorité judiciaire dans leur recherche, il reste souhaitable de maintenir de telles dispositions générales, il apparaît de plus en plus nécessaire qu'une réflexion soit menée pour juridiquement mieux organiser la liste et le régime des actes d'investigations :

- 1- Une des grandes causes de déstabilisation des enquêtes, des enquêteurs et du ministère public est constituée par une *insuffisante précision de la nomenclature des actes d'enquêtes*, qui laisse à la jurisprudence, constitutionnelle ou judiciaire, nationale ou plus souvent européenne, l'initiative de décider au coup par coup et à retardement du droit d'avoir recours ou non à telle ou telle investigation, et du régime qui lui est applicable (cadre d'enquête, fondement juridique, autorité de décision et/ou d'autorisation, lieux ou moments visés...). Tel a été le cas, par exemple, pour les écoutes téléphoniques<sup>81</sup>, la sonorisation d'un domicile<sup>82</sup>, et encore plus récemment la géolocalisation<sup>83</sup>, où la jurisprudence se satisfaisait globalement de la « couverture générale » des articles 41 ou 81 du code de procédure pénale, avant une décision européenne rendant nécessaire une intervention du législateur. Ce manque de « prévisibilité » de la loi pénale<sup>84</sup>, outre qu'elle handicape les autorités d'enquête, induit par ailleurs une insuffisante protection du citoyen à l'occasion du recueil des preuves pouvant compromettre l'équité globale du procès.
- 2- En second lieu, cette évocation éparse dans notre code et élaborée sous la pression jurisprudentielle du droit applicable aux diverses investigations fournit aux autorités d'enquêtes, policiers, gendarmes et ministère public, une insuffisante précision sur les principes (liberté et sûreté, procès équitable, respect de la vie privée...) compromis à l'occasion des investigations qu'ils effectuent. Par ailleurs, la jurisprudence tente de manière concrète de mesurer, à travers les diverses diligences d'enquête, une sorte de « gradation<sup>85</sup> » de la gravité des atteintes aux divers principes<sup>86</sup>. Or la référence à tel ou tel principe et son emplacement dans la « gradation » de la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux » induisent évidemment le régime juridique de l'investigation : De quelle autorité dépend-elle ? Quelle forme doit-elle prendre ? A quel recours doit-elle être soumise ? De quelle limite doit-elle être affectée (durée, lieu, moment, personne, faits en cause...) ?

80 Aux termes de l'article 41 du code de procédure pénale, « le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale », et l'article 81 autorise le juge d'instruction à « procéder ... à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité »

81 CEDH, *Kruslin et Huvig contre France*, 24 avril 1990

82 CEDH, *Vetter contre France*, 31 mai 2005

83 Cass.crim. 22 octobre 2013, n° Q 13-81.945, 14 janvier 2014, n° Q 13-84.909

84 CEDH, *Uzun contre Allemagne*, 2 septembre 2010, n° 35623/05 : « Eu égard au risque d'abus inhérent à tout système de surveillance secrète, de telles mesures doivent se fonder sur une loi particulièrement précise... »

85 « Gradation » fondée sur la nature du principe compromis, la durée et l'intensité de l'atteinte, les risques pour le citoyen, les circonstances la mise en œuvre, son importance pour le déroulement du procès...

86 La décision « Uzun » marque bien la distinction (donc la « gradation » des atteintes) entre géolocalisation et écoute téléphonique. Voir, dans le même ordre, le rapport du conseiller G. Straehli et les conclusions de l'avocat général F. Desportes sous Cass. crim. 14 janvier 2014

3- A cet égard, pendant ses travaux, la mission a pris connaissance de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>87</sup>, invalidant la directive 2006/24/CE du 15 mars 2006 « sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication ». Il lui semble constituer une contribution spécialement intéressante à la définition des critères utiles à une « classification » des régimes applicables aux diverses investigations, notamment technologiques, qui constituent un « instrument de plus en plus utile dans la prévention des infractions et la lutte contre la criminalité, notamment la criminalité organisée <sup>88</sup> ». Il y a tout lieu de craindre que la référence à un « contrôle juridictionnel préalable <sup>89</sup> » n'impose un partage des pouvoirs, en fonction de l'urgence, entre ministère public et juge des libertés et de la détention<sup>90</sup>.

Certains intervenants, notamment de la gendarmerie nationale, tirent de cette nécessité de meilleure clarté, une autre classification – qui pourrait également dépasser la distinction flagrante-enquête préliminaire – qui ordonnerait différemment les pouvoirs d'enquête : ceux qu'un officier de police judiciaire pourrait faire de sa propre initiative, ceux qu'il pourrait faire sur validation ultérieure du ministère public, ceux qu'il pourrait accomplir sur autorisation préalable du parquet, enfin ceux qu'il pourrait effectuer seulement après autorisation d'un juge saisi par le procureur. Cette « gradation » des pouvoirs et des autorités d'enquête pourrait s'inscrire en parallèle à la « gradation » des droits conventionnellement protégés. Pour souhaitable que soit une telle évolution, elle rendrait nécessaire une complète réécriture du code de procédure pénale, que le court terme de la transposition des Directives n'impose pas.

87 CJUE (grande chambre) en date du 8 avril 2014 (affaires jointes C-293/12 et C-594/12). Cette décision est essentielle à de nombreux titres : Le positionnement à côté de la Convention européenne des Droits de l'Homme de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne comme source de la procédure pénale, la confirmation de l'entrée dans le champ pénal à côté de la jurisprudence de Strasbourg de la jurisprudence de Luxembourg, enfin bien sûr, le contenu de la décision elle-même : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés consacrés [par la Charte] doit être prévue par une loi, respecter le contenu essentiel et, dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées à ces droits et libertés que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général...et au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. » (§ 38). A cet égard, si la conservation des données est bien d'intérêt général en ce qu'elle « contribue à la lutte contre la criminalité grave et ainsi, à la sécurité publique », encore faut-il que cette ingérence soit proportionnelle : un « contrôle juridictionnel » strict et « préalable » « effectué soit par une juridiction soit par une autorité administrative indépendante », une définition des infractions « graves » légitimant cette atteinte, une délimitation des personnes visées (en lien avec ces infractions et non pas « la quasi-totalité de la population européenne »), de la « zone géographique » et de la durée de la mesure, les modes de protection et de sécurité devant être respectés par les opérateurs, enfin la prévention des abus ou utilisations illicites des données....

88 Même arrêt § 43

89 Notion intentionnellement différente de celle « d'autorité judiciaire », qui aurait pu inclure le parquet (voir les conclusions de l'avocat général)

90 A l'instar de la géolocalisation



Mais la mission pense qu'il serait opportun – peut-être pas dans un document de forme législative<sup>91</sup> –, mais dans un document cohérent et synthétique<sup>92</sup> qu'un corps de doctrine établisse la « classification » des diverses investigations, et émette, non pas comme aujourd'hui « en creux » de chaque mesure, un régime de rattachement de chaque investigation : Est-elle possible pour toute infraction ou limitée à certaines ? Quelle mise en œuvre (initiative de l'officier de police judiciaire, information ou autorisation du procureur, information, autorisation ou décision du juge ?) Quelles modalités de mise en œuvre (durée, compte-rendu, formalisme...) ? Quel régime de contrôle (recours immédiat, nullité in fine...) ?

- Un effort de meilleure classification juridique des actes d'investigation est souhaitable.
- Dont découlera le régime juridique qui sera applicable à chacun.

## B - Qui doit diriger l'enquête ?

En l'état de notre droit procédural, le déroulement d'une enquête initiale résulte de l'intervention conjointe ou successive de trois autorités publiques : la police judiciaire, le procureur de la République, et le juge des libertés et de la détention. Complexité, rendue évidemment indispensable par les différences de statut constitutionnel et « européen » de chaque intervenant . Pour autant, la quasi-totalité des intervenants, et les membres de la mission, sont très unanimement convenus qu'une clarification est désormais indispensable .

Globalement, l'unanimité se fait autour des principes suivants :

- Les investigations, notamment en phase d'urgence, doivent être effectuées, soit d'initiative, soit sous contrôle de l'autorité judiciaire, par la police judiciaire.
- L'activité de la police judiciaire à l'occasion des enquêtes qu'elle effectue, est placée sous la direction et le contrôle du ministère public.
- Certaines investigations attentatoires aux droits fondamentaux doivent être autorisées ou ordonnées par le juge, et effectuées sous son contrôle.

### 1 - La police judiciaire :

Certains<sup>93</sup> évoquent un pouvoir général d'initiative autonome de la police judiciaire. La mesure et le contenu des pouvoirs d'investigation de la police judiciaire ne tiendraient plus à la distinction flagrante/préliminaire, mais à un nouveau critère : la « visibilité » ou la « publicité » de l'acte d'enquête, étant entendu que, « plus un acte est visible, moins grand est le risque qu'il soit attentatoire à la liberté », en ce que, par définition connu de la personne à qui il s'applique, il la met en mesure de déclencher tous les contrôles ou recours disponibles .

91 La référence législative à la proportionnalité incluse dans l'article préliminaire semble y répondre

92 Qui peut du reste être l'occasion de découvrir la nécessité d'une intervention législative ou de modifications à l'existant

93 Voir annexe n° 6 (Contribution du Centre National de Formation à la Police judiciaire de la Gendarmerie nationale)

En ce sens, interpellation, perquisitions, saisies, garde à vue seraient à la seule initiative de l'enquêteur, qui en rendrait compte sans délai au parquet, pour contrôle de la mise en œuvre des droits ouverts à la personne concernée. À l'inverse, tous actes « secrets » ou « occultes » (écoutes, géolocalisation, réquisitions diverses informatiques...) réclameraient systématiquement une autorisation judiciaire.

Pour séduisantes par leur clarté que soient de telles propositions, elles paraissent insuffisamment conformes aux principes émis par le Conseil constitutionnel, qui impose sur la police judiciaire un contrôle « direct et effectif de l'autorité judiciaire »<sup>94</sup>, laquelle doit vérifier le respect des principes de nécessité, de proportionnalité et de non discrimination, ainsi que les qualifications adéquates d'ou découlent la mesure des pouvoirs des enquêteurs<sup>95</sup>. C'est pourquoi, la mission n'adhère pas à cette proposition.

Dès lors, les pouvoirs d'effectuer les actes d'investigations, qui incombent en propre à la police judiciaire, se définissent plutôt en lien avec ceux du ministère public – et du juge des libertés et de la détention.

- Il est souhaitable de préciser les pouvoirs des officiers de police judiciaire : pouvoirs d'initiative et pouvoirs sous le contrôle de l'autorité judiciaire

## 2 - Le ministère public<sup>96</sup> :

La mission, reprenant à son compte les interventions quasi-unanimes, considère de la manière la plus formelle, que la direction de toute l'enquête, jusqu'à la décision sur l'action publique, incombe en propre au parquet<sup>97</sup>.

### a) Ministère public et liberté individuelle :

Même si, comme l'a rappelé le Président de la Conférence des procureurs de la République, le ministère public ne réclame pas d'être un « juge », au sens de l'article 6 de la Convention européenne, il revendique pleinement d'être un « magistrat », « impartial »<sup>98</sup>,

94 Conseil Constitutionnel, n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, § 59 et 60 : « Considérant qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ; qu'à cette fin, le code de procédure pénale, et notamment en ses articles 16 à 19-1, assure le contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les officiers de police judiciaire chargés d'enquêtes judiciaires et de mettre en œuvre les mesures de contraintes nécessaires à leur réalisation »

95 Parmi d'autres : Cons. cons. QPC n° 2010-25, 16 septembre 2010 ; DC n° 2013-679, 4 décembre 2013...

96 La mission relève que, dans le concert des juridictions internationales, historiques (Nuremberg, Tokyo) ou contemporaines (Tribunaux pénaux internationaux – Yougoslavie, Rwanda.. – et Cour pénale internationale), l'enquête (a été) est toujours confiée à un procureur (L'enquête des juridictions pénales internationales, par J. T. Manzele, in Mémoire On Line - [http://memoireonline.com/01/12/5112/m\\_Lenquete-des-juridictions-penales-internationales](http://memoireonline.com/01/12/5112/m_Lenquete-des-juridictions-penales-internationales)). Le traité de Lisbonne a également créé un parquet européen (au statut d'indépendance par rapport à l'exécutif communautaire) « compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement...les auteurs et complices d'infractions portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union...Il exerce devant les juridictions compétentes...l'action publique relative à ces infractions... » (article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne)

97 Voir note n° 12 : La mission rappelle à nouveau qu'elle considère comme « acquise » la réforme constitutionnelle du statut du parquet, et renvoie par ailleurs à la préconisation n° 1 de la Commission Nadal : « Inscrire dans la Constitution le principe de l'unité du corps judiciaire »

98 Au sens subjectif de la loi du 25 juillet 2013, et non pas au sens de l'article 6 de la Convention européenne

« membre de l'autorité judiciaire », ainsi que le rappelle avec constance le Conseil constitutionnel<sup>99</sup>, ce qui fait de lui autrement plus qu'une simple partie accusatrice, « un premier niveau opérationnel et provisoire de protection de la liberté individuelle. »

On notera du reste, que, même à la suite des fameuses décisions Medvedyev contre France, Moulin contre France ou Vassis contre France<sup>100</sup>, la « promptitude » avec laquelle doit intervenir le juge, qui reste, en l'état de la jurisprudence, mesurée à plus de 48 heures, réserve a contrario une période d'intervention initiale au cours de laquelle le ministère public est parfaitement légitime à exercer un contrôle sur les mesures restrictives de liberté individuelle prises dans le cadre d'une enquête. Comment, pendant cette période initiale, pourrait-on raisonnablement soutenir que l'intervention d'un magistrat, doté d'attributs sans doute « incomplets », constituerait une moindre garantie qu'une liberté totale accordée à l'autorité policière ? Du reste, dans la décision Uzun contre Allemagne<sup>101</sup>, la juridiction européenne a clairement admis que, sous certaines conditions (durée, circonstances, infractions, contrôle in fine...), aucun obstacle de principe ne disqualifiait un procureur<sup>102</sup> pour ordonner une mesure de géolocalisation. Il est donc inexact, en tout cas excessif, de considérer que, *indifféremment et par principe*, toute mesure coercitive ou toute atteinte à la vie privée pratiquée au cours d'une enquête initiale soit exclue des pouvoirs du procureur de la République.

#### **b) - Ministère public et indépendance par rapport à l'enquête :**

Encore faut-il que le ministère public, pour revendiquer et légitimement exercer ce rôle de premier niveau du contrôle du respect de la liberté individuelle lors des investigations, se trouve dans un positionnement de suffisante indépendance par rapport aux enquêteurs.

Or, force est de constater qu'au cours des deux dernières décennies, sous le bénéfice de l'article 41 du code de procédure pénale, selon lequel le « procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche de la vérité... A cette fin, il dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire... », la frontière entre les pouvoirs des enquêteurs et ceux du parquet est peu à peu entrée dans un flou qui ne saurait perdurer. Certes, ainsi que l'a rappelé la Commission Nadal<sup>103</sup>, il est encore nécessaire de « renforcer l'autorité du ministère public sur la police judiciaire ».

<sup>99</sup> « Considérant que l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ». Entre autres : Décision n° 93-326, DC du 11 août 1993 (§ 5) ; Décision 97-389 DC du 27 avril 1997 (§ 6) ; Décision 03-484, DC du 20 novembre 2003 (§ 75) ; QPC 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (§ n° 26)...

<sup>100</sup> Voir notes n° 11 et 75

<sup>101</sup> Voir note n° 84

<sup>102</sup> Il faut rappeler à cet égard que le statut du procureur allemand est encore plus éloigné de celui de magistrat que le procureur français...

<sup>103</sup> Préconisations n° 38 à 45

Pour autant, la direction de la police judiciaire relève de l'indication d'orientations stratégiques impactant l'organisation des services, de la définition des priorités qui leur sont assignées dans la lutte contre le crime et des meilleures manières procédurales de les traiter, enfin d'un pouvoir d'appréciation des éventuels errements ; la direction de l'enquête, elle, relève du choix du service d'enquête le plus pertinent, de l'objectif assigné à l'enquête, du contrôle de sa durée, de son contenu, du cadre de l'action du service enquêteur, de sa qualité. Ces deux notions n'induisent en rien une immixtion constante du procureur dans la conduite effective et le déroulement concret de chacune des diligences effectuées par les enquêteurs.

A cet égard, la pratique du traitement en temps réel<sup>104</sup>, à l'origine conçu pour contracter le temps séparant la clôture d'une enquête de la décision finale sur l'action publique et ainsi accélérer le cours de la justice, s'est transformée peu à peu en main-mise permanente du parquet sur le déroulement opérationnel de toutes les enquêtes<sup>105</sup>. Cette évolution induit plusieurs conséquences assez unanimement déplorées par tous les participants à l'enquête initiale, notamment les enquêteurs et les parquetiers :

- Elle a démotivé les enquêteurs, officiers (ou agents) de police judiciaire au demeurant trop fraîchement émoulus<sup>106</sup> et sans réelle culture judiciaire, qui se sont peu à peu estimés (et contents d'être) de simples exécutants soumis aux instructions opérationnelles du parquet. Dans le même temps, le lien opérationnel et immédiat de l'enquêteur « de base » avec le substitut, a fait du magistrat son premier et unique directeur d'enquête, et rencontré très opportunément le désengagement institutionnel des cadres policiers de la direction de l'enquête judiciaire. Aujourd'hui, sont à reconstruire, la compétence autonome des enquêteurs, et le concept de direction d'enquête par la hiérarchie de l'enquêteur ;
- La multitude des relations entre le policier ou le gendarme et le parquet a conduit à une forme de connivence involontaire ou inconsciente entre magistrat et enquêteur, qui a fait reculer l'indépendance judiciaire, peu à peu attrait à la fonction policière ; Pour une part, le substitut s'est mué en « super-officier de police judiciaire<sup>107</sup> » ;

104 Voir la préconisation n° 49 du « rapport Nadal » : « Revoir la doctrine d'emploi du traitement en temps réel ». La mission, pendant son travail, n'a pas pu prendre connaissance du rapport confié à l'Inspection générale des Services judiciaires sur le sujet

105 Deux éléments y ont au surplus contribué : D'abord, une politique pénale nationale prônant la « tolérance zéro », avec un taux de réponse pénale (TRP) devant se rapprocher au plus près des 100% : ensuite, une politique de maîtrise des frais de justice, qui a souvent conduit les parquets à un contrôle a priori des actes à faire – sous forme d'une autorisation préalable délivrée par le parquet à l'officier de police judiciaire pour toute mesure d'enquête ayant un coût

106 Les recrutements massifs d'officiers de police judiciaire nécessaires à la tolérance zéro, au détriment du corps des commissaires de police, affectés majoritairement aux « tâches nobles » de l'ordre public et du management, n'a pas facilité la qualité des enquêteurs...

107 On notera à ce sujet que certains pays, comme l'Angleterre ou l'Allemagne confient le premier niveau de contrôle ou de décision à de tels « super-officiers de police judiciaire »

- Cet accès illimité au substitut a créé un harcèlement des enquêteurs excédés des temps d'attente pour entrer en contact avec le parquet, et un épuisement des collègues affectés au service du traitement en temps réel, focalisés sur une masse d'affaires mineures ou de sollicitations intermédiaires ou accessoires, induisant un désengagement corrélatif de la vraie conduite d'enquête, notamment des enquêtes non immédiatement « orientables ». Dès lors, parallèlement aux exigences de simplification formulées par les enquêteurs, est émise une exigence conjointe des parquets tendant à l'allègement des « charges indues » du traitement en temps réel, pour leur redonner une disponibilité suffisante à traiter les affaires importantes et/ou de longue haleine, dans des conditions très améliorées, de fond, et de forme.

Car le rôle du parquet n'est pas – et n'aurait pas dû être – de diriger le déroulement quotidien de toutes les enquêtes, mais bien d'assurer le contrôle de la légalité des moyens mis en œuvre par la police judiciaire, de la proportionnalité des actes d'investigations à la nature des faits et aux personnes concernées, de l'opportunité de conduire l'enquête dans telle ou telle direction, enfin de la qualité de son contenu<sup>108</sup>, avant de prendre une décision d'action publique sur la suite pénale à lui donner. Or, il y a incompatibilité certaine à prétendre contrôler l'acte auquel on a personnellement participé.

Même si, par nature, le ministère public, qui exerce l'action publique, ne pourra jamais être conventionnellement « impartial », au point de contrôler seul les atteintes à la liberté individuelle ou à la vie privée induites par une enquête, comme un « juge ou un magistrat habilité par la loi<sup>109</sup> », la mission relève avec insistance que plus sera forte la confusion, ou même la simple immixtion dans l'opérationnel, entre la fonction d'enquêteur et celle de magistrat du parquet, plus sera prégnant ce reproche de « partialité ». En un mot, l'espace juridique revendiqué par le parquet pour constituer le « premier niveau » de liberté publique, avant la nécessaire intervention graduée d'un juge, sera proportionnel à la restauration de son rôle de magistrat, indépendant par rapport à la police judiciaire. Plus le parquet sera enquêteur, moins notre procédure pourra lui confier de pouvoirs de contrôle sur les atteintes et restrictions induites par les investigations, plus notre procédure devra les confier au juge. C'est l'instrument de mesure de la répartition admissible des pouvoirs respectifs du parquet du juge des libertés et de la détention.

<sup>108</sup> Ce qui induit du reste le droit du ministère public à demander des actes complémentaires : Il ne s'agit pas dans ce cas d'une immixtion dans l'opérationnalité de l'enquête, mais bien de la préparation (la « mise en état »...) de la procédure pour la décision judiciaire

<sup>109</sup> CEDH Huber contre Suisse, 23 octobre 1990 n° 12794/87 § 42 ; Evidemment : Medvedyev contre France, 29 mars 2010 n° 3394/03 § 124 : « Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public, et il doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention »

Il apparaît donc absolument indispensable, aux yeux de la mission, que la pratique du traitement en temps réel, dont les bienfaits pour la qualité de la réponse pénale<sup>110</sup> sont trop incontestables pour la rejeter en bloc, revienne cependant très vite à ses principes fondamentaux, qui, au-delà du positionnement « européen » renforcé du ministère public, présentent d'autres avantages :

- Une nécessaire restauration du sens de l'initiative et de l'autonomie de l'enquêteur, et donc de la qualité des enquêtes
- Un allègement certain des charges matérielles des enquêteurs et des parquets, ainsi rendus plus disponibles aux évolutions inévitables de notre procédure
- Une meilleure attention aux enquêtes de plus longue haleine et de plus grande complexité<sup>111</sup>.

C'est pourquoi, pour valider cette distinction parquet-enquêteur, la mission pense qu'il est opportun, d'une part de compléter l'article 31 du code de procédure pénale<sup>112</sup> sur le rôle du ministère public, pour y faire référence aux principes ci-dessus émis<sup>113</sup>, d'autre part, de supprimer l'article 68 du code de procédure pénale<sup>114</sup> et de modifier l'alinéa 1er de l'article 41 du même code en retirant au parquet la possibilité d'effectuer lui-même les investigations<sup>115</sup>.

- Il incombe au ministère public de diriger la police judiciaire et de garantir la conduite impartiale de l'enquête à charge et à décharge.
- Le ministère public EST le « premier niveau » de protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête.
- Mais il doit se repositionner dans un rôle de contrôle de la légalité, de la proportionnalité, de la nécessité et de la qualité de l'enquête : Une re-fondation du traitement en temps réel est donc nécessaire.

110 Rapidité et délais, diversité et individualisation, place accordée à la victime, exécutabilité des décisions...

111 Les bureaux des enquêtes, sauf exception, n'ayant pas donné les résultats escomptés

112 Article 31 : « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu »

113 Cette référence pourrait peut-être aussi être insérée dans l'article préliminaire du code de procédure pénale

114 Article 68 : « L'arrivée du procureur de la République sur les lieux dessaisit l'officier de police judiciaire . Le procureur de la République accomplit tous les actes de police judiciaire prévus par le présent chapitre . Il peut aussi prescrire à tous officiers de police judiciaire de poursuivre les opérations » . Article au demeurant jamais concrètement appliqué...

115 Article 41 : « Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale »

### 3 - Le juge des libertés et de la détention :

En contrepoint des observations faites sur le parquet, deux questions principales ont été abordées par notre mission :

#### a) Le rôle du juge « des libertés » (et de la détention) :

La quasi-totalité des intervenants, universitaires, avocats, magistrats du siège et du parquet entendus, ont clairement affirmé que, statut du parquet modifié et positionnement restauré dans son rapport avec la police judiciaire, la pleine maîtrise de la direction de la police judiciaire chargée de l'enquête pouvait incomber sans inconvénient juridique au parquet, y compris en qualité de « premier niveau » de protection des libertés individuelles compromises par les investigations . Il est corrélativement, et c'est l'avis de notre mission, exclu que le juge se voit accorder ce rôle et s'imisce dans la conduite de l'enquête.

Plusieurs raisons, négatives et positives :

- D'abord, la distorsion entre la quotidienneté opérationnelle des investigations et le nombre et la disponibilité forcément limités des juges des libertés et de la détention compromettrait le déroulement fluide, efficace et immédiat des enquêtes, qui aboutirait très vite à une paralysie du système pénal ou conduirait le juge, sous la pression, à se contenter d'un examen artificiel ou superficiel de la procédure ;
- Ensuite, le recours systématique à un juge pour autoriser ou valider, à tout moment et dans l'urgence, les actes sollicités par les enquêteurs ou le parquet, l'exposerait, d'une part, aux mêmes critiques de confusion entre conduire et contrôler l'enquête<sup>116</sup> et à une proximité ou connivence de nature à compromettre l'indépendance de sa décision ;
- Enfin, il reste important que le rôle de ce juge – qui n'est pas que symbolique dans une démocratie – reste centré, dans la sérénité, sur sa mission fondamentale, constitutionnellement et conventionnellement affirmée, de la protection de la liberté individuelle<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> La cour de Strasbourg commence à être saisie de cette question qui concerne évidemment le juge d'instruction

<sup>117</sup> Voir les développements (chapitre 6) sur « l'office libéral » du juge, in « La Prudence et l'Autorité, Juges et procureurs du XXIème siècle » (A. Garapon, S. Perdrille et B. Barnabé) Odile Jacob

La mission estime donc que le juge des libertés et de la détention, gardien naturel « de second niveau » de la liberté individuelle ou de la vie privée susceptibles d'être compromises par une enquête, ne doit intervenir « que » pour garantir la légalité et la proportionnalité de l'investigation attentatoire à la liberté ou à la vie privée. C'est pourquoi, la mission estime très satisfaisante l'économie actuelle du code de procédure pénale<sup>118</sup> qui, pour répondre à la gradation de la gravité ou de la durée de la restriction ou de l'atteinte, instaure une gradation des interventions du juge : Validation dans les plus brefs délais d'une décision que l'urgence avait attribuée au parquet<sup>119</sup>, confirmation à l'issue d'un délai initial d'une autorisation ou d'une restriction de droits<sup>120</sup> initialement de la compétence du parquet, prolongation d'une mesure attentatoire<sup>121</sup> au-delà d'un délai initial, autorisation des mesures les plus attentatoires à la liberté individuelle<sup>122</sup> ou aux droits de la défense<sup>123</sup>.

## b) Le juge du recours contre les décisions du parquet ?

Le groupe de réflexion ne souhaite pas s'inscrire dans cette orientation, pour plusieurs raisons :

- D'abord, il rappelle que la phase d'enquête, pour « finalement incluse » qu'elle soit dans l'appréciation de l'équité globale du procès, n'en reste pas moins, par son moment, par son objet, par ses nécessités, par ses intervenants, encore différente du débat juridictionnel devant le juge . Elle est entièrement placée sous la responsabilité du ministère public, qui la conduit jusqu'au juge du fond selon les principes de compétence, de loyauté, d'équilibre et « d'impartialité » (art. 31 nouveau du code de procédure pénale) auxquels il est tenu.
- C'est pourquoi, dans le souci de restaurer pleinement les pouvoirs du parquet et ceux du juge des libertés et de la détention, la mission estime nécessaire d'inscrire ces pouvoirs dans une logique de répartition claire entre ces deux autorités judiciaires, plutôt que de « concurrence » juridictionnelle.
- Par ailleurs, faire du juge des libertés et de la détention un recours contre les décisions du parquet le fait entrer de plain-pied dans la qualité d'enquêteur, dont il importe de le détacher pour lui restituer sa totale indépendance dans le domaine du contrôle de la liberté individuelle.
- En outre, accorder au juge un statut de recours contre les décisions du ministère public signifie qu'on accorderait aux parties (mais quelles « parties » ?<sup>124</sup>) l'exercice de ce droit de recours . Une juridictionnalisation de ces contestations ne devra(it)-elle pas inévitablement conduire à la possibilité d'un appel, sans doute devant

<sup>118</sup> Sous réserve de l'amélioration de la nomenclature des actes d'investigation évoquée plus haut

<sup>119</sup> Par exemple : la mise en place urgente d'une géolocalisation (article 230-35 du code de procédure pénale)

<sup>120</sup> Par exemple : le report de l'assistance de l'avocat (article 63-4-2 al. 4 et 4 du code de procédure pénale)

<sup>121</sup> Par exemple : les prolongations de garde à vue au-delà de 48h (article 706-88 al. 1 du code de procédure pénale)

<sup>122</sup> Par exemple : la perquisition hors heures légales (article 706-89 du code de procédure pénale)

<sup>123</sup> Par exemple : le maintien de la saisie de pièces découvertes dans une perquisition chez un avocat (article 56-1 al. 4 du code de procédure pénale)

<sup>124</sup> Voir plus bas, nos observations sur cette notion



le président de la chambre de l'instruction<sup>125</sup>, qui conduirait évidemment à une paralysie du processus d'investigation et à l'efficacité qu'on attend de lui.

- Enfin, l'indépendance réciproque du siège et du parquet, valable dans les deux sens, interdirait au juge de donner instruction au parquet de faire ou ne pas faire tel ou tel acte : Il devrait donc le faire lui-même (quitte à le confier à un officier de police judiciaire) ... et se faire là-aussi enquêteur.

Dès lors, à chaque fois que la question se posera, nous ne pourrons que renvoyer à cette position, qui, soit-dit en passant, a unanimement été soutenue par les Premiers présidents et autres magistrats du siège entendus (y compris juge des libertés et de la détention) .

La présente mission, contrairement à ses prédécesseurs, n'a pas eu, en conséquence, à se poser la question de la dénomination du juge des libertés et de la détention .

### c) Le statut du juge des libertés et de la détention :

La mission a bien entendu les arguments des Premiers présidents contre une nomination statutaire des juges des libertés et de la détention : Ils relèvent d'abord qu'il est inhérent à la qualité de tout juge d'être gardien de la liberté individuelle, de sorte que la nomination statutaire ne s'impose pas ; ils invoquent ensuite les impératifs de souplesse d'organisation interne des juridictions qui imposent de limiter le nombre des « juges spécialisés » ; ils soulignent enfin que les contraintes imposées aux magistrats qui exercent cette fonction ne permettront pas d'avoir des candidats en nombre suffisant et que seule la désignation interne pourra y pourvoir . Pour autant, ils relèvent que l'importance toujours accrue et la grande diversité de leurs fonctions civiles et pénales rend indispensables leur spécialisation .

La mission, quant à elle, pense que la simple désignation fonctionnelle interne, même validée par l'assemblée générale, offre, pour un juge dont les décisions sont aussi essentielles pour garantir l'équilibre entre l'ordre public et la liberté individuelle, une insuffisante garantie d'indépendance et une insuffisante spécialisation technique . Car, la fonction du juge des libertés et de la détention comporte un véritable contenu de « métier spécifique » qui impose une stabilité et une cohérence, pour tout dire, une « politique procédurale<sup>126</sup> », fondée, pour ce qui concerne le plan pénal, sur une parfaite connaissance des milieux délinquants ou criminels, des techniques d'enquêtes, y compris des technologies extra-ordinaires, des moyens et difficultés de leur mise en œuvre, des nécessités de l'opérationnalité, de l'organisation des services d'enquête, des stratégies de défense, des jurisprudences ou textes spécifiques, tous éléments qui ne peuvent pas s'accommoder d'un tour de permanence indifférencié .

<sup>125</sup> On ne peut mieux de la sorte confondre le juge des libertés et le juge d'instruction !!!

<sup>126</sup> A cet égard, la jurisprudence motivée d'un juge des libertés et de la détention spécialisé est un élément majeur de la sécurité juridique de la conduite des enquêtes, tant réclamée à la fois pour les officiers de police judiciaire et par le parquet

La mission en tire la conclusion de la nécessité d'une vraie professionnalisation<sup>127</sup> du juge des libertés et de détention qui passe par une formation très spécifique mais surtout un mode de nomination statutairement garanti<sup>128</sup>.

Pour autant, cette professionnalisation ne pourrait pas être uniforme, ne serait-ce qu'en raison de la taille des juridictions<sup>129</sup>. C'est pourquoi, en cohérence avec les réflexions en cours sur les pôles départementaux d'instruction, voire sur les tribunaux de première instance, nous ne verrions qu'avantage à ce qu'une équipe professionnalisée de juges des libertés et de la détention soit constituée au sein de la juridiction principale du département, qui pourrait, s'agissant de débats seulement techniques portant sur des autorisations procédurales, statuer sur requête écrite, voire, si nécessaire, après des réquisitions orales par visio-conférence .

Sur le plan organisationnel, même si le juge reste effectivement disponible aux exigences événementielles des enquêtes, il doit bénéficier de tous les attributs judiciaires . Tant il importe de rappeler – comme la mission l'a précédemment fait à propos du parquet - que l'intervention du ministère public, mais encore plus du juge, est bien de nature judiciaire, et non pas « para-policière », de sorte que la mission considère qu'il ne doit être saisi que par requête du parquet<sup>130</sup>, laquelle doit être motivée en fait et en droit .

Une question a été évoquée par les collègues entendus : Le juge doit-il accéder à l'entier dossier ou seulement statuer en l'état de la requête motivée ? En défaveur de l'accès à l'entier dossier, certains invoquent que, ne disposant pas de la possibilité d'apprécier l'opportunité de l'investigation ou de la mesure, la connaissance du dossier lui serait inutile, et, peut-être même, ferait de lui un acteur trop proche de l'enquête . En réalité, la mission considère que, même s'il sera de la responsabilité du ministère public d'argumenter le mieux possible dans sa requête sur la légalité et la proportionnalité de la mesure qu'il sollicite, le juge (nous ne sommes pas au civil...) doit pouvoir accéder à sa convenance à l'entier dossier .

Enfin, la mission approuve totalement la position des Premiers présidents, qui soulignent l'importance qui s'attache à ce que le juge des libertés et de la détention siège, sauf exception d'urgence absolue, au sein de la juridiction, dans des audiences organisées périodiques<sup>131</sup>, avec l'assistance d'un greffier et qu'il rende des décisions de sa propre élaboration<sup>132</sup>.

127 Et d'une formation spécifique à dispenser par l'Ecole nationale de la magistrature

128 Assorti d'un régime indemnitaire ou indiciaire qui prenne en compte les innombrables sujétions de la fonction, très comparables à celle des magistrats du parquet

129 A quoi peut s'ajouter la difficulté de constituer une juridiction locale de jugement...

130 Les enquêteurs, beaucoup plus habitués au commerce avec le parquet, conviennent sans difficulté qu'ils ne leur revient pas de saisir eux-mêmes le juge

131 Dans l'intervalle ou l'attente desquelles le ministère public a toute sa place comme « protecteur de premier niveau » de la liberté individuelle

132 Et non pas des signatures « en pied de requête »

Tels sont le rôle et le fonctionnement que la mission assigne au juge des libertés et de la détention . On pourra noter, qu'à ce stade du contrôle des investigations, l'intervention de l'autorité judiciaire relève du champ de la protection de la liberté individuelle ou de la vie privée . Est-ce à dire que la phase de recueil des preuves devra(it) échapper à toute modalité de contradictoire ?

- Le juge des libertés et de la détention est le « second niveau » de protection des droits fondamentaux<sup>133</sup> compromis par l'enquête
- Le juge des libertés et de la détention n'est ni le juge de l'enquête ni le recours permanent contre les décisions du ministère public
- Le juge des libertés et de la détention doit avoir un statut et bénéficier d'une organisation qui garantissent sa totale indépendance et sa professionnalisation

## C - Peut-on (doit-on) introduire du contradictoire dans la phase initiale ?

### 1- L'égalité des armes :

Nous avons précédemment dit qu'il serait parfaitement angélique de considérer que le tout premier soupçon non encore étayé d'une enquête obligeât à ce que la phase de recueil de preuves se fit sur un mode contradictoire . Une telle exigence serait de nature à compromettre toute enquête pénale, dont l'office, faut-il le rappeler, n'est pas de porter atteinte aux droits individuels, mais bien de garantir, par une investigation efficace, le respect des règles de la vie collective tout en cantonnant les atteintes aux droits individuels dans des limites admissibles<sup>134</sup>.

Du reste, la mission observe que, sur le fondement de ce principe, la jurisprudence européenne n'exclut d'aucune manière que certains moments ou actes d'enquête restent secrets, au moins pendant un moment : « Certes, les investigations pénales doivent être conduites avec efficacité, ce qui peut impliquer l'obligation de garder secrètes une partie des informations recueillies pendant l'enquête, pour empêcher des suspects d'altérer des éléments de preuves et de nuire à la bonne administration de la justice<sup>135</sup> ».

<sup>133</sup> Voir page 25

<sup>134</sup> Tout cet équilibre tient dans les concepts de « nécessité » et de « proportionnalité » propres au droit européen et désormais inclus dans l'article préliminaire du code de procédure pénale (article préliminaire III alinéa 3)

<sup>135</sup> CEDH *Svipsia* contre Lettonie, 9 juin 2006 n° 66820/01 § 137 ; *Garcia Alva* contre Allemagne, 13 février 2001 n° 23541/94 § 42

Pour autant, le respect du principe de l'égalité des armes<sup>136</sup> impose, dans le cadre d'un processus pénal « globalement équitable », que la personne sur qui porte l'enquête (pour ici encore éviter le mot « suspect ») puisse d'abord savoir, ensuite contester, au moment opportun pour sa défense, c'est-à-dire sans retard préjudiciable, la nature et le contenu des investigations. Dès lors peut-on admettre, comme notre procédure pénale l'admet aujourd'hui, qu'une enquête préliminaire se poursuive pendant des mois, parfois des années, se meuble de plusieurs dizaines ou centaines de pièces, utilise des moyens intrusifs ou coercitifs<sup>137</sup>, sans qu'à aucun moment une ouverture contradictoire n'y soit offerte au mis en cause, ni même un terme maximum ne lui soit assigné<sup>138</sup> ?

## 2 - L'élément déclenchant d'une phase contradictoire :

Toute la difficulté de la question réside dans l'identification de l'élément déclenchant (moment ou acte procédural ?) de l'ouverture du contradictoire.

A cet égard, si le moment du recours à une restriction de la liberté individuelle, assorti de la notification des « reproches » au mis en cause et de son interrogatoire, qui fait juridiquement de lui un « suspect », ne pose plus trop de questions sur la légitimité (et la nécessité) de l'ouverture vers le contradictoire<sup>139</sup>, bien plus complexe est la question de l'identification de l'élément déclenchant du contradictoire, au cours d'une enquête dont le processus relève très souvent, moins d'un élément de preuve péremptoire identifiable et datable, que d'une accumulation de renseignements, d'indices, de déductions, d'actes, qui, à eux seuls, sont individuellement insuffisants à constituer des charges, mais dont la globalité doit, avec toute la subjectivité d'une telle analyse, conduire à considérer loyalement que le moment en est venu.

S'il est relativement facile d'édicter que ce contradictoire interviendra au moment d'une relative maturité de l'enquête<sup>140</sup> ou d'une maturité encore mieux établie<sup>141</sup>, il reste beaucoup plus périlleux de fixer le moment où, dans le déroulé forcément provisoire et évolutif d'une enquête, la loyauté commandera(it) d'ouvrir une « fenêtre contradictoire », pour éviter le risque de porter atteinte à l'égalité des armes – sans porter atteinte à l'efficacité de l'enquête. Car, viendra, faut-il le rappeler, le moment où le juge aura à apprécier l'équité globale du procès<sup>142</sup>.

136 L'égalité des armes « représente un élément de la notion plus large de procès équitable qui englobe aussi le caractère contradictoire de l'instance » (Ruiz Mateo contre Espagne 26 juin 1993 n° 12952/87 § 62)

137 Et que dire de l'étalage dans la presse d'informations de l'enquête que seule la personne visée ignore...

138 Voir Traité de procédure pénale, F. Desportes L. Lazerges-Cousquer, n° 447, Economica 2012

139 Encore reste-t-il évidemment à en donner la mesure (cf infra) ... A cet égard, la jurisprudence européenne est totalement constante : Le « but légitime » [de l'efficacité de l'enquête] « ne saurait être poursuivi au prix de restrictions importantes aux droits de la défense » (Svipsta contre Lettonie déjà cité note 107, § 137)

140 Article 62-2 du code de procédure pénale (garde à vue) : « lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction » - encore que les sept ou huit rédactions qui se sont succédé marquent bien la difficulté de la définition...

141 Article 105 du code de procédure pénale (mise en examen) : « lorsqu'il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits ... » - encore que l'historique de la jurisprudence donne la mesure de la difficulté de la définition

142 Certaines jurisprudences de juges du fond, aujourd'hui encore très parcellaires, commencent cependant à s'en préoccuper : T. corr. Draguignan, 16 janvier 2014 : « Que la durée de l'enquête et le nombre conséquent de procès-verbaux et cotes témoignent de la complexité de l'affaire ; qu'à ce titre, il serait illusoire d'envisager que les manquements aux droits de la défense pourraient être suppléés par l'accès au dossier lors de la phase juridictionnelle... que l'enquête préliminaire n'a pas été conduite selon des modalités garantissant l'égalité des armes... » . Décision frappée d'appel

L'avant-projet de code de procédure pénale s'y était essayé en obligeant le procureur à accorder « au cours d'une enquête [qui] doit se prolonger », la qualité de « partie pénale » à la « personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant plausible sa participation comme auteur ou complice à la commission » d'une infraction<sup>143</sup>, imposant au parquet ou à l'officier de police judiciaire de pratiquer un « interrogatoire spécifique de notification des charges<sup>144</sup> » .

La mission n'a pas estimé opportun de faire sienne cette option, qui lui paraît constituer, outre la même ambiguïté textuelle que celle précédemment mentionnée, une « juridictionnalisation » beaucoup trop précoce de la phase d'enquête, une sorte de copier-collé de la procédure d'information, qui dénaturent la notion même d'enquête, c'est-à-dire d'une période de recherche d'éléments de preuves par accumulation d'indices, qui incombe à l'autorité publique, et qui, avant sa phase résolument contradictoire, reste devoir bénéficiaire, pour son efficacité, d'une protection contre des interférences prématurées du mis en cause.

Pour autant, le groupe de travail considère qu'il est absolument indispensable de « sécuriser » la phase d'enquête, en tout état de cause soumise à l'appréciation finale du procès équitable, en y introduisant des dispositions, qui, pour ne pas proprement relever d'une procédure contradictoire, seraient de nature à éviter le risque qu'une continuation intempestive de l'enquête portât irrémédiablement atteinte à l'égalité des armes.

- La phase secrète de l'enquête initiale (efficacité de la recherche des preuves) relève principalement du registre de la protection des droits fondamentaux par l'autorité judiciaire, secondairement du contradictoire.
- Cependant, la garantie du principe de l'égalité des armes impose un meilleur encadrement de cette enquête initiale avant l'audition d'un mis en cause.
- L'impossibilité d'identifier l'élément ou le moment déclenchant d'un droit au contradictoire renvoie à l'appréciation finale et globale de l'équité du procès.

---

143 Article 312-8 de l'avant-projet

144 Articles 312-9 à 312-12 de l'avant-projet

### 3 - Quelques propositions :

La mission considère que, avant même toute audition d'un « suspect », en garde à vue ou en audition libre<sup>145</sup>, il importe d'encadrer l'enquête préliminaire, au double titre, d'un meilleur contrôle du ministère public sur la diligence de la police judiciaire<sup>146</sup>, mais aussi d'un examen périodique et obligé de la nécessité d'ouvrir une « fenêtre contradictoire ».

#### a) L'instauration d'un double délai maximal de durée de l'enquête initiale :

L'actuel article 75-1 du code de procédure pénale<sup>147</sup> relève beaucoup plus de l'incantation que d'un contrôle réel du parquet sur les enquêtes préliminaires<sup>148</sup>. Outre le manque de maîtrise de la police judiciaire que traduit l'inapplication effective de ce texte, elle a pour effet de « laisser traîner » des enquêtes, c'est-à-dire des suspicions, supposées, entamées ou avérées<sup>149</sup>, assorties le cas échéant d'investigations ayant pu comporter des atteintes aux droits fondamentaux (perquisitions, réquisitions bancaires...), sans qu'aucune action publique ne vienne les « juridictionnaliser », donc ouvrir ni accusation, ni surtout défense .

##### o Un délai obligatoire d'examen :

Mais, consciente que le délai de six mois manque de pertinence en considération des charges actuelles des parquets et des services enquêteurs, la mission propose **qu'à l'expiration d'une année** à compter des instructions du parquet ou, lorsqu'il agit d'initiative, du premier acte d'enquête, l'officier de police judiciaire doit solliciter **une autorisation expresse du ministère public pour continuer son enquête**. A défaut, l'enquêteur ne pourra procéder à aucun acte nouveau sans l'autorisation du parquet<sup>150</sup>. L'objet de cet examen par le procureur sera de se prononcer expressément sur la suite qu'il entend donner<sup>151</sup> à l'enquête.

S'il envisage de continuer l'enquête, il devra apprécier,

- certes, l'utilité pour l'ordre public (notion qui lui est familière) de la continuation des investigations<sup>152</sup>,

145 L'étude du contradictoire dans le cadre de l'audition fait l'objet de la partie suivante de ce rapport

146 Charge de travail supplémentaire, certes, mais compensée par un retour (très ?) restrictif à un usage maîtrisé du traitement en temps réel

147 Aux termes duquel le procureur fixe un délai d'exécution de l'enquête, « qu'il peut proroger au vu des justifications fournies par les enquêteurs ». Les enquêteurs agissant sur initiative « rendent compte au procureur... de son état d'avancement lorsqu'elle est commencée depuis plus de six mois »

148 En l'absence de traçabilité des instructions (Bureau d'ordre pénal ou Cassiopée), le procureur de Marseille ne peut qu'estimer à « environ 35000 » le nombre d'enquêtes préliminaires « en cours » dans les services, sans aucune connaissance des diligences qu'elles ont enregistrées

149 C'est-à-dire clairement au moins « des raisons plausibles de soupçonner... »

150 La disponibilité du magistrat du parquet de permanence répondra évidemment à toute diligence urgente

151 Continuation des investigations, ou classement sans suite, ou envoi en « troisième voie », ou ouverture d'une information, ou enfin saisine d'une juridiction

152 Tant il est vrai que, au bout d'un certain temps, la probabilité de réussite de l'enquête compte-tenu du dépérissement des preuves ou témoignages, la limitation du préjudice ou l'apaisement social peuvent rendre inopportune la continuation des diligences

- mais aussi, soit la nécessité de prendre une décision d'orientation qui permette d'ouvrir une fenêtre de contradictoire à la personne suspecte et au plaignant (qui pourra, par exemple, prendre la forme, pour le mis en cause, d'une audition sous le régime de l'audition libre ou de la garde à vue, soit, pour le plaignant, d'un droit à consulter le dossier et de présenter des observations),
- soit enfin la légitimité (nécessité et proportionnalité) de la continuation de l'enquête mais sans ouverture d'un accès à la procédure pour la personne suspecte et la victime.

Cette ponctuation de l'enquête permettra au juge, s'il vient à être finalement saisi, de pouvoir apprécier le caractère globalement équitable du processus pénal.

#### ○ Un délai maximal de décision d'action publique :

En toute hypothèse, une décision sur l'action publique<sup>153</sup> devra intervenir pour TOUTE enquête préliminaire à l'expiration d'un délai de deux années à compter du premier acte (instruction parquet ou première diligence d'initiative). Si l'enquête pourra évidemment au delà de ce délai se compléter du versement des actes en cours, aucune diligence nouvelle ne pourra être lancée, sauf nullité, dans la forme de l'enquête préliminaire.

A titre très exceptionnel, le parquet pourra(it) solliciter du juge des libertés et de la détention une autorisation motivée de prolongation de l'enquête de six mois (non renouvelable).

Pour paraître, à leur énonciation, très longs, ces délais vont en réalité nécessiter des efforts importants tant pour les services d'enquête que pour les parquets. Pour autant, le groupe de réflexion estime qu'une démocratie ne peut pas s'accommoder d'un étirement infini de la période de menace que l'action judiciaire fait peser sur les citoyens.

La mission rappelle qu'il appartient en tout état de cause au juge du fond de statuer sur « l'équité du procès », même d'office, qui aurait pu être compromise par une durée illégitime de la phase non contradictoire de l'enquête. Mais il reste de meilleure politique pénale que la loi en fixe un terme, plutôt que de laisser à une jurisprudence, par nature variable, le soin de définir une limite<sup>154</sup>.

<sup>153</sup> Idem note n° 151

<sup>154</sup> Voir tous les débats judiciaires européens sur le concept de « promptly »...

b) L'instauration d'une intervention du juge des libertés et de la détention dans des cas particuliers :

La commission considère par ailleurs que toute enquête préliminaire qui aurait nécessité le recours à des investigations relevant de l'autorisation du juge des libertés et de la détention, c'est-à-dire les plus attentatoires aux droits fondamentaux, rend corrélativement d'autant plus nécessaire la vérification de la légitimité de son déroulement .

C'est pourquoi, elle estime que, six mois<sup>155</sup> après toute décision ayant autorisé une investigation ou une restriction de droit de sa compétence (même s'il a été amené à la renouveler et même si elle est expirée<sup>156</sup>), le juge des libertés et de la détention, doit être saisi par le ministère public pour statuer sur la **légitimité (nécessité et proportionnalité) de la continuation de l'enquête sous la même forme préliminaire**, en considération de la possible compromission des droits de défense si aucune « fenêtre de contradictoire » n'était ouverte alors qu'existeraient des « raisons plausibles de soupçonner que... ». Le juge, appréciant le risque<sup>157</sup> « d'une inéquité de la procédure » qui résulterait d'une ouverture tardive des droits de la défense, pourra alors autoriser la poursuite de l'enquête ou renvoyer le parquet à prendre sous deux mois, toute décision d'orientation qu'il estimera opportune, dès lors, soit qu'elle mettra fin à l'enquête (classement sans suite)<sup>158</sup>, soit **qu'elle empruntera une voie procédurale qui emporte l'ouverture d'une « fenêtre de contradictoire »** : Audition libre ou sous garde à vue<sup>159</sup>, ouverture d'une information ou saisine du tribunal . Si le parquet choisit l'audition du mis en cause, l'enquête pourra se poursuivre sous le régime juridique de l'enquête préliminaire, mais assorti des limitations de la phase postérieure à la garde à vue qui seront examinées ultérieurement<sup>160</sup>.

Le groupe de réflexion a bien conscience que cette proposition n'ouvre pas, en soi, un débat contradictoire (au sens juridictionnel du mot) sur le déroulement de l'enquête, qui lui paraîtrait à ce stade initial très prématuré . Il estime en effet que la phase de recueil de preuves reste par nature différente de la phase de discussion contradictoire des preuves, laquelle, pour d'évidentes raisons d'efficacité, **ne s'ouvre que graduellement** jusqu'à être totale devant le juge du fond . Cependant, **il souhaite ponctuer l'enquête policière, diligentée sous la direction du parquet, d'une réflexion en quelque sorte « obligée » du ministère public, sous le contrôle du juge, sur la relation entre l'avancement de son enquête et la sauvegarde des droits de la défense.**

155 Six mois « glissants », c'est-à-dire, pour éviter des saisines répétées qui « se chevaucheraient », dont le délai repart à l'occasion de chaque nouvelle requête

156 Par exemple les écoutes téléphoniques autorisées en vertu de l'article 706-95 du code de procédure pénale

157 Evidemment accru en cas de multiplicité de moyens d'investigations exorbitants autorisés par le juge

158 De manière à interrompre une enquête dont la poursuite même serait une atteinte aux droit fondamentaux si elle n'ouvrait pas au contradictoire

159 Avec pour corollaire un accès même partiel ou limité au dossier

160 Voir la quatrième partie du présent rapport



- La mission préconise un encadrement de la durée de l'enquête initiale par l'instauration d'un double délai maximal :
  - \* Un examen obligatoire par le parquet de toute procédure au terme d'un an (opportunité et légitimité de sa continuation)
  - \* Une décision obligatoire sur l'action publique au terme de deux ans (sauf prolongation exceptionnelle par le juge des libertés et de la détention)
- La mission souhaite l'instauration d'une autorisation obligatoire pour continuer une enquête, délivrée par le juge des libertés et de la détention six mois après une investigation qui a relevé de sa compétence (autorisation, confirmation ou renouvellement)

### c) Un recours contre les décisions ordonnant ou autorisant certaines investigations ?

Un élément de réflexion nouveau s'est imposé à la mission à l'occasion de deux récentes décisions du Conseil constitutionnel<sup>161</sup>.

La haute juridiction a estimé que si la validité d'une perquisition ordonnée par un juge des libertés et de la détention pouvait être appréciée par un juge en cas d'ouverture d'une information<sup>162</sup> ou de saisine de la juridiction<sup>163</sup>, aucun recours n'était disponible à la personne perquisitionnée en cas de non-poursuite par le parquet. De même, le Conseil a considéré que, « au regard des conséquences<sup>164</sup> qui résultent de l'exécution de la mesure », la saisie d'un navire ou d'engins de pêche autorisée au cours d'une enquête préliminaire par un juge ne pouvait pas rester sans recours.

La mission s'est posé la question de savoir si ces décisions induisent une obligation généralisée d'institution d'un recours contre toutes les décisions prises, par le parquet, mais aussi par le juge des libertés et de la détention au cours de l'enquête préliminaire.

<sup>161</sup> Cons. constitutionnel DC n°2014-375 QPC du 21 mars 2014 § 14 : « Considérant qu'au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure de saisie [autorisée par le juge des libertés et de la détention], la combinaison du caractère non contradictoire de la procédure et de l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du juge... » rend inconstitutionnel le texte autorisant ladite saisie. Cons. constitutionnel DC n° 2014-387 du 4 avril 2014 § 7 : « Cons. Qu'en l'absence de mise en œuvre de l'action publique conduisant à la mise en cause d'une personne intéressée par une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie ..., aucune voie de droit ne permet à cette personne de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal...et la régularité des opérations de visite domiciliaire, de perquisition ou de saisie mises en œuvre en application de cette autorisation ». La disposition autorisant une telle décision dépourvue de recours est donc inconstitutionnelle

<sup>162</sup> En vertu de l'article 173 du code de procédure pénale

<sup>163</sup> En vertu de l'article 385 du code de procédure pénale

<sup>164</sup> Qui, en l'espèce, peut aller jusqu'à l'aliénation anticipée du navire et des engins de pêche

Elle observe d'abord que, qui dit recours, dit partie pour l'exercer . Or, si la personne visée par une perquisition ou une saisie est informée de la mesure, par définition, sauf à renoncer définitivement à effectuer toute enquête pénale, le mis en cause ne saurait avoir connaissance de la grande majorité des diligences de l'enquête : interceptions téléphoniques, réquisitions aux institutions ou organismes divers, géolocalisation, sonorisation...sont autant de mesures dont l'efficacité tient évidemment à leur caractère secret . La personne concernée ne peut donc pas être mise en situation d'exercer un recours contre une décision qui lui est par nature cachée<sup>165</sup>.

Le groupe estime donc qu'une généralisation des recours contre les décisions prises pour conduire l'enquête, outre la paralysie qu'elle ne manquerait pas de créer (pourquoi pas un appel contre le premier recours...) n'est même pas praticable : Elle s'estime donc confirmée dans son avis selon lequel **l'équilibre entre droits légitimes et efficacité indispensable se trouve bien, dans cette phase d'enquête initiale, dans le rôle premier de l'autorité judiciaire pour contrôler d'initiative et d'office le respect à l'occasion des diligences effectuées des droits fondamentaux<sup>166</sup>, et, de manière secondaire et parcellaire, dans quelques « occasions » de contradictoire.**

La commission rappelle par ailleurs – ce que, du reste, le Conseil constitutionnel souligne en droit interne en renvoyant aux articles 173 et 385 du code de procédure pénale – que l'examen de la nécessité, de la proportionnalité et de la régularité d'une mesure d'enquête sera finalement examinée par le juge du fond, compétent, au regard de la Convention, pour apprécier l'équité globale du procès .

Cependant deux questions pourraient ainsi rester en suspens :

- L'hypothèse où, en l'absence de poursuite exercée par le parquet, aucun juge ne viendrait à être saisi et donc aucune occasion procédurale offerte à la « victime » de contester la mesure qui lui a été imposée . La mission note qu'il est curieux d'ouvrir un droit de se plaindre alors que l'acte n'a pas été suivi de poursuite<sup>167</sup>. Pour autant, elle aurait mauvaise grâce à ne pas proposer la solution préconisée par le commentaire de la décision : Sur le mode de l'article 77-2 du code de procédure pénale, le « perquisitionné », après un certain délai, pourrait interroger le procureur sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à la procédure .

<sup>165</sup> On notera que cette distinction renvoie implicitement à la « classification » des actes de procédure, « visibles » ou non, proposée par la Gendarmerie nationale (voir page 24)

<sup>166</sup> Selon un partage en ministère public et juge des libertés et de la détention qui sera présenté plus loin

<sup>167</sup> On peut certes imaginer qu'un préjudice naisse de la perquisition, lequel pourrait alors donner lieu à réparation ultérieure au titre du dysfonctionnement judiciaire (ce qui, soit-dit en passant constitue bien une forme de recours) . A cet égard, la CEDH considère qu'en cas d'acquiescement ou d'interruption des poursuites, le requérant n'est pas recevable à invoquer l'article 6 de la Convention (CEDH Oleksy contre Pologne n° 1959-50.2009 ; X contre Royaume-Uni n° 8033-77 ; Eginlioglu contre Turquie n° 31312-96 ; Witkowski contre Pologne 3 février 2003 n° 53804-00 : « The Court reiterates that a person may not claim to be a victim of a violation of this right to a faire trial... which, according to him, took a place in the course of proceedings in which he was acquitted or which were discontinued »

Mais contrairement à la garde à vue, atteinte majeure à la liberté individuelle, l'interrogation consécutive à une perquisition pourrait n'avoir lieu qu'à l'expiration d'un délai d'une année . Il va de soi qu'une telle ouverture ne pourra concerner que les diligences dont la « victime » sera informée, ce qui se limite assez globalement à la perquisition.

- A l'inverse, la mission est très sensible, « au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure », à l'absence de recours contre les décisions de saisies – souvent consécutives à une perquisition – qui peuvent porter sur des objets, des outils ou des biens dont des personnes étrangères à l'infraction peuvent être légitimes propriétaires et/ou dont la disponibilité peut avoir une importance capitale (par exemple un ordinateur comportant des informations comptables ou de clientèle, un compte bancaire d'entreprise, un véhicule spécialement aménagé pour une fonction sanitaire ou professionnelle déterminée.....) . Dans ce cas, il pourrait être opportun, évidemment sans interrompre le cours de l'enquête, et avant même la décision de classement ou d'évocation au fond par le juge, d'autoriser « toute personne intéressée » à formuler un recours auprès du juge des libertés et de la détention en invoquant un « préjudice irréversible » (risque de dépôt de bilan, problème de santé ou de sécurité...) <sup>168</sup>. Le juge pourrait ainsi statuer sur la main-levée de la saisie avant la survenue d'un préjudice irréversible.
- En l'absence de « partie » à l'enquête et pour l'efficacité des recherches de preuves, Il n'est pas nécessaire d'instituer un recours immédiat contre les décisions ordonnant, autorisant ou prolongeant les investigations
- Le contrôle du respect des droits fondamentaux est assuré à ce stade par l'autorité judiciaire (parquet et juge des libertés et de la détention) et non pas par le contradictoire
- Deux cas particuliers : Faut-il créer un recours contre une perquisition ou une saisie ?

---

<sup>168</sup> De tels recours existent déjà, de manière dispersée, au profit des « propriétaires » de biens mobiliers ou immobiliers saisis ou rendus indisponibles dans le cadre de certaines enquêtes (proxénétisme hôtelier, saisie d'avoires criminels...)

### 3- L'audition par l'enquêteur (audition libre et audition en garde à vue)

La mission a rencontré deux difficultés significatives pour mener sa réflexion :

- D'abord le fait que le droit positif, depuis la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, est désormais très proche des exigences européennes, de sorte que les questions à débattre restent globalement relativement limitées, même pour la transposition des directives B et C .
- Ensuite, le fait que la transposition de la directive B – augmentée d'une partie de la directive C –, par la loi du 27 mai 2014, ouvre sur des solutions juridiques encore très instables, de sorte que diverses observations du présent rapport sont susceptibles de devenir obsolètes ou de se heurter à très bref délai aux choix anticipés du législateur<sup>169</sup>.

En contrepoint aux développements précédemment consacrés à l'enquête initiale, où elle persiste à faire prévaloir la protection de la liberté individuelle sur le pur contradictoire procédural, la mission rappelle avec la même clarté que la phase de l'enquête, lorsqu'elle débouche soit sur une audition libre<sup>170</sup>, soit sur une audition en garde à vue, intègre désormais par principe la double dimension « liberté individuelle » ET « caractère contradictoire de la procédure ».

Car la garde à vue, en quelques années, sous le double reproche européen de risquer d'être, d'une part un moment de contrainte insuffisamment contrôlé voire exploité par les autorités publiques<sup>171</sup>, d'autre part un moment de « vulnérabilité » exposant la personne retenue à des aveux contraints (c'est-à-dire à une auto-incrimination)<sup>172</sup>, est passée de la nature d'un pur acte d'enquête policière à celle, mixte, d'acte d'enquête associé à une forme de notification de charges.

Cette évolution induit une double conséquence :

- Elle (re)place les enquêteurs au « cœur » du titre qui est le leur : police (enquête et recherche de preuves) / judiciaire (qui ne se réduit plus à une action sur mandat

<sup>169</sup> A la date de rédaction du présent rapport : Projet de loi n° 303 déposé de 22 janvier 2014 au Sénat (procédure accélérée) – Adoption par le Sénat en première lecture le 24 février 2014 – Rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale n° 1895 déposé le 29 avril 2014 – Discussion en séance publique le 5 mai 2014 . Loi du 27 mai 2014

<sup>170</sup> Article 61-1 futur du code de procédure pénale

<sup>171</sup> [La raison d'être des droits en garde à vue] « tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires » (Jalloh contre Allemagne, 11 juillet 2006 n° 54810/00 §100)

<sup>172</sup> « Un accusé se trouve dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure... » ; le droit « de ne pas s'incriminer soi-même...présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions ou mépris de la volonté de l'accusé » (Salduz contre Turquie, 27 novembre 2008 n° 36391/02 § 54)

judiciaire, mais bien à une action devant déjà respecter certaines normes proprement judiciaires). Sur le plan technique, et l'évolution du métier de policier judiciaire a déjà commencé depuis longtemps, y compris (et sans doute surtout) dans les enquêtes les plus complexes, elle induit que la garde à vue est une mesure technique finale destinée, moins à rechercher les preuves manquantes, qu'à mettre le « suspect<sup>173</sup> » devant les preuves déjà recueillies<sup>174</sup>. A cet égard, il serait très « judiciaire » que le code de procédure pénale précisât<sup>175</sup> expressément que la police judiciaire agit à charge et à décharge .

- Elle constitue ensuite, outre une atteinte à la liberté individuelle (garde à vue coercitive), **la première occasion identifiable et organisée du droit pour le suspect de se défendre**, c'est-à-dire du contradictoire, qui nécessite donc une intervention conjointe de l'autorité judiciaire et de l'avocat .

La mission a été très satisfaite de constater que, même si certains regrettent encore le « bon vieux temps » de la garde à vue strictement policière, la quasi-totalité des syndicats et cadres de la police et de la gendarmerie entendus sont désormais conscients du caractère inéluctable de cette évolution, sans doute aussi du progrès<sup>176</sup> qu'elle comporte, et dont la meilleure traduction se trouve dans les efforts marquants des écoles<sup>177</sup> ou centres de formation pour résolument « rejudiciariser » leurs formations .

Liberté individuelle et contradictoire ont été évoqués par la mission, qui n'a jamais oublié non plus l'efficacité de l'enquête, autour de cinq thèmes.

### • A - Qui doit contrôler la garde à vue ?

Quelques voies se sont élevées aux cours des auditions, pour considérer que la garde à vue<sup>178</sup>, relevant du champ de l'atteinte majeure à la liberté individuelle, l'ensemble des actes la prononçant, la contrôlant, la prolongeant, l'interrompant ne devait plus incomber au procureur, mais être attribué au juge des libertés et de la détention . D'autres, notamment avocats, ont évoqué un possible « habeas corpus » à la française.

173 Article 61-1 futur du code de procédure pénale : « La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction est un suspect » . Les textes européens confondent désormais « les suspects ou les personnes poursuivies »

174 D'où la nécessité rappelée avec insistance par la mission que la phase initiale de l'enquête reste, sous contrôle judiciaire, raisonnablement secrète

175 Par exemple dans l'article 17 du code de procédure pénale

176 Sous la plus ferme réserve des simplifications évoquées « in limine litis »

177 Voir la refonte de la formation des officiers et des commissaires à l'École nationale supérieure de police (Saint-Cyr au Mont d'Or) ou le Centre de formation de la police judiciaire de la Gendarmerie nationale (Blois)

178 Ou au moins la première prolongation

La place n'est pas ici de refaire l'historique des décisions de droit interne<sup>179</sup> ou européennes<sup>180</sup>, de leur cohérence ou de leurs oppositions. Cependant, la mission estime très clairement que l'intervention de « premier niveau » du parquet dans le contrôle de la garde à vue que lui confie l'article 62-3 du code de procédure pénale (contrôle initial et prolongation à la 24ème heure), qui comporte son information immédiate assortie de l'appréciation des motifs, de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure, du droit de se faire déférer la personne retenue et de mettre fin à sa restriction de liberté à tout moment, tous pouvoirs et diligences enserrées dans un délai très inférieur aux limites aujourd'hui assignées par la cour de Strasbourg, ne peut lui être légitimement contestée. La mission redit avec force que le contrôle de « ces premières heures aux mains des autorités » par un magistrat, même non juge, constitue en tout état de cause une protection supérieure aux systèmes, y compris de common law<sup>181</sup>, où la garde à vue ne relève que d'un contrôle hiérarchique intra-policier.

Au demeurant, persistant dans son analyse d'une garde à vue à la fois acte d'enquête et premier moment procédural d'une accusation, les interventions combinées et successives, du ministère public, magistrat, directeur d'enquête, autorité chargée de veiller à « l'application de la loi »<sup>182</sup> et de défendre d'intérêt général, et du juge des libertés et de la détention, juge de la protection des droits individuels, répond exactement à la double nature de cette mesure.

On aura compris que la mission considère comme parfaitement adapté, y compris au regard des exigences conventionnelles, le régime actuel du contrôle de la garde à vue.

- Selon la mission, le droit positif assure un équilibre satisfaisant, conforme au droit européen, entre les pouvoirs du ministère public et ceux du juge des libertés et de la détention en matière de contrôle de la garde à vue.

<sup>179</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (cons. 24 à 26), qui relève que, à la suite des évolutions des pratiques judiciaires (traitement en temps réel, extension de la qualité d'officier de police judiciaire), la répartition des pouvoirs entre procureur et juge des libertés au regard de la garde à vue, assurait « la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et à la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties »

<sup>180</sup> CEDH, Schiesser contre Suisse, n° 7710/76 4 décembre 1979 § 31 ; Brogan contre Royaume-Uni, n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29 novembre 1988 § 59 et 62 (sur l'analyse des mots « promptly » et « aussitôt », dont la cour tire conséquence de l'inconventionnalité de 4 jours et 6 heures de garde à vue) ; Lietzow contre Allemagne, n° 24479/94 13 février 2001 § 44, qui impose à l'autorité judiciaire un examen de la « légalité » de la privation de liberté (légalité interne, caractère raisonnable des soupçons, légitimité du but poursuivi) ; Aquilina contre Malte, n° 256472/94 29 avril 1999 § 47 (« l'article 5 § 3 exige que le magistrat se penche sur le bien-fondé de la détention ») ; Medvedyev contre France, n° 3394/03 29 mars 2010 § 121 à 126 (promptitude, automaticité du contrôle, caractéristiques et pouvoirs du magistrat) ; Moulin contre France, n° 37104/06 23 novembre 2010 § 52 à 61 (qui, distinguant les « premières heures après une arrestation, moment où une personne se retrouve aux mains des autorités et la période avant le procès éventuel devant une juridiction pénale », considère que n'est pas conforme à la Convention le délai de 5 jours et 1 heure géré par le procureur avant la présentation à un « juge au sens des articles 1 c) et 3 »)

<sup>181</sup> Voir « La création de la détention pour enquête en common law : dérive jurisprudentielle ou évolution nécessaire ? un point de vue pragmatique » (A. Boucher, F. Lacasse et T. Nadon, <http://id.erudit.org/iderudit/039341ar>)

<sup>182</sup> Article 31 du code de procédure pénale

### B - Quel est l'office de l'avocat à ce stade ?

Pour répondre aux demandes, notamment de nombreux intervenants avocats, d'un renforcement du rôle de l'avocat à ce stade, le groupe de réflexion s'est d'abord interrogé sur les fondements de l'entrée de l'avocat dans un acte majoritairement inscrit, dans notre tradition juridique, comme un acte d'enquête policière .

Le premier fondement de cette arrivée prend en compte, historiquement, les risques d'atteinte à la dignité des personnes qu'une mesure policière peut comporter . Même si le Conseil constitutionnel a écarté l'argument selon lequel la garde à vue constituerait par nature une atteinte à la dignité ou une forme « d'asservissement ou de dégradation<sup>183</sup> », il n'a pas manqué de rappeler la responsabilité des autorités judiciaires et des autorités de police judiciaire « de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne<sup>184</sup> » . Il serait polémique et injuste d'ignorer les efforts déontologiques de l'institution policière pour prévenir les violences en garde à vue ou d'imputer au parquet (ou au juge des libertés et de la détention) une inattention ou une complaisance dans l'exercice du contrôle de la garde à vue . Mais la communication à l'avocat<sup>185</sup> du « certificat médical établi en application de l'article 63-3 » traduit évidemment le souci d'un contrôle encore plus affirmé de l'atteinte à la dignité des personnes .

De son côté, la jurisprudence européenne ne lie en aucun cas la présence de l'avocat en garde à vue à la prévention des traitements inhumains et dégradants, prohibés par l'article 3 de la Convention, dont la totale responsabilité incombe aux institutions judiciaires étatiques<sup>186</sup>. Pour autant, soulignant que des déclarations (à fortiori des aveux) obtenus sous la contrainte seraient de nature à compromettre la loyauté des preuves recueillies contre le gardé à vue, elle déplace peu à peu le fondement de son analyse vers la nécessité d'éviter une auto-incrimination contrainte, qui ruinerait l'équité du procès ( art. 6), où l'avocat a par nature vocation à prendre toute sa place<sup>187</sup>.

183 Dont la prohibition est inscrite, comme « principe à valeur constitutionnelle » dans le Préambule de la Constitution de 1946

184 Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, cons. 20 : Et d'ajouter « Il appartient aux autorités judiciaires compétentes ...de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité de la personne gardée à vue et d'ordonner la réparation des préjudices subis » . C'est, après l'inscription du principe par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 dans l'article préliminaire du code de procédure pénale (III alinéa 3), la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 qui a décliné les articles 63-5 à 63-7 dans le code de procédure pénale . La Cour de cassation, saisie d'un interrogatoire en garde à vue mené dans des conditions dégradantes, en a confirmé l'annulation (Crim. 10 janvier 1995 n° 94-82128) . Voir aussi Crim. 4 mai 2008 , RSC 2008 930, obs. Finielz

185 Article 63-4-1 du code de procédure pénale

186 CEDH, Selmouni contre France n° 25803/94 28 juillet 1999 § 87 : « La Cour considère que l'orsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible pour l'origine des blessures, à défaut de quoi l'article 3 de la Convention trouve manifestement à l'appliquer », et ce, « malgré les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme » (CEDH, Tomasi contre France 27 août 1992 n° 12850/87 §115 ; Ribitsch contre Autriche 4 décembre 1995 n° 18896/91 § 38)

187 CEDH, Jalloh contre Allemagne n° 54810/00 11 juillet 2006 §105 et 106 : : « L'utilisation dans le cadre d'une procédure pénale d'éléments de preuves recueillis au mépris de l'article 3 soulève de graves questions quant à l'équité de cette procédure . ...A son avis, des éléments à charge – qu'il s'agisse d'aveux ou d'éléments matériels – rassemblés au moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'autres formes de traitements pouvant être qualifiés de torture – ne doivent jamais, quelle que soit leur valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime . Toute autre conclusion ne ferait que légitimer indirectement le type de conduite moralement répréhensible [ interdit par l'art. 3] ....conférer une apparence de légalité à la brutalité ... Toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne peut être invoquée comme élément de preuve dans une procédure contre les victimes des actes de torture »



Au-delà de la loyauté des preuves, jurisprudences nationale<sup>188</sup> et européenne<sup>189</sup> soulignent l'une et l'autre la place prédominante acquise au fil du temps par l'enquête initiale de police dans l'équilibre général du processus pénal, qui légitime désormais l'« intérêt » attentif de l'article 6 § 3 c) pour les « phases qui se déroulent avant la procédure de jugement ». L'assistance de l'avocat devient donc liée, moins au risque de « dérapage » de la garde à vue, qu'à l'examen de la légalité de la mesure (atteinte à la liberté individuelle), mais surtout au risque d'auto-incrimination<sup>190</sup> que cette phase de plus en plus déterminante est susceptible de créer. Cette analyse est évidemment consacrée par le droit ouvert à la personne interrogée dans le cadre d'une « audition libre » à l'assistance d'un avocat<sup>191</sup>.

Ce « déplacement » vers la protection contre l'auto-incrimination induira de manière essentielle les propositions de la mission quant à l'accès au dossier à l'avocat.

Et d'abord, en lien avec ce concept d'assistance incontournable de l'avocat dès le début de la garde à vue, la mission, même si la Directive C prévoit expressément des exceptions à l'accès à un avocat<sup>192</sup>, émet une réserve majeure sur l'état actuel de notre droit : l'article 63-4-2 du code de procédure pénale (alinéa 4)<sup>193</sup>, qui institue non pas une simple restriction à l'assistance, mais bien son empêchement, même provisoire, ne peut confier ce pouvoir au ministère public<sup>194</sup>. S'il peut être « un premier niveau » d'aménagement voire de restriction du mode d'exercice des droits de la défense, il n'est pas valide à être celui qui en interdit complètement l'exercice. C'est pourquoi, la mission pense qu'une telle interdiction, qui constitue « en principe » une atteinte irrémédiable<sup>195</sup> aux droits de la défense, ne peut relever que d'une décision, prise « par tout moyen<sup>196</sup> » et confirmée sans délai par le juge des libertés et de la détention.

188 Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 cons. 16 : Après avoir constaté le très fort développement de l'enquête préliminaire au détriment de l'instruction, le Conseil constate que, « même dans les procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur des aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause ». Voir aussi le Dossier documentaire du Conseil sur l'article 78 du code de procédure pénale (Décision 2012-257 QPC)

189 CEDH, Can contre Autriche, 12 juillet 1984, avis de la Commission § 50 ; J. Murray contre Royaume-Uni, 8 février 1996 n° 18731/91 § 63 ; Salduz contre Turquie, 27 novembre 2008 n° 36391/02 § 52 : « Une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure ». Voir la Fiche thématique : Garde à vue et assistance d'un conseil (Unité de la Presse de la CEDH mars 2014)

190 Bien que le Conseil constitutionnel conteste dans son commentaire afférent à la décision du 18 novembre 2011 (Décision n° 2011/191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011), que l'assistance de l'avocat en garde à vue soit attachée à une autre « circonstance que la personne mise en cause [est] entendue tout en étant privée de liberté » (page 12)

191 Article 61-1 futur du code de procédure pénale

192 Article 3 § 5 : Eloignement géographique (par exemple arrondissement en haute mer) et article 3 § 6 : Nécessité urgente de « prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique » et nécessité impérative de l'enquête pour éviter de compromettre sérieusement une enquête pénale

193 « A titre exceptionnel, sur demande de l'officier de police judiciaire, le procureur de la République... peut autoriser [pendant douze heures au maximum], par décision écrite et motivée, le report de présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, si cette mesure apparaît indispensables pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes. » Le juge des libertés et de la détention peut prolonger pour 12 heures.

194 Qui ne l'a du reste quasiment jamais utilisé, sauf, peut-être, une fois dans une affaire de terrorisme

195 CEDH Salduz contre Turquie 27 novembre 2008 n° 36391/02 § 55 : « Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation »

196 A l'instar de la géolocalisation

Elle aurait pour effet de rendre notre droit compatible avec les dérogations aménagées par les Directives<sup>197</sup>.

- L'audition libre ou sous le régime de la garde à vue reste un acte d'enquête et non pas une phase proprement juridictionnelle
- Elle est néanmoins un moment de vulnérabilité du mis en cause qui l'expose à une auto-incrimination non consentie
- L'office de l'avocat est donc d'assurer le respect de la dignité du gardé à vue et d'assister son client lors de ses auditions pour écarter tout risque d'auto-incrimination non consentie

### ● C - Quel accès au dossier de l'enquête et au profit de qui ?

Le thème de l'accès au dossier, en réalité de la mesure de l'accès au dossier à l'avocat, est celui qui a donné lieu aux prises de position les plus tranchées et aux opinions les plus péremptoires, qui, dans un sens ou dans l'autre, se heurtent très vite aux divers principes juridiques ou de réalité auxquels il est soumis . On notera du reste, ce qui prouve la difficulté de l'exercice, que les divergences transcendent nettement le simple partage enquêteur-magistrat-avocat-universitaire...

D'un côté, certains, minoritaires, revendiquent un accès total, permanent et illimité à l'entier dossier, considérant par principe que toute réserve, restriction, dérogation ou exception est par principe inacceptable, comme portant atteinte de manière irrémédiable aux droits de la défense . A l'autre bout du spectre, quelques uns regrettent encore l'accès de l'avocat au dossier dans sa limite actuelle, et craignent que toute évolution supplémentaire en la matière conduisent à une nouvelle démobilisation des enquêteurs et à la faillite de toute enquête de police .

Entre ces deux extrêmes, la plupart argumentent :

#### 1 - Autour des charges et difficultés matérielles :

- a) Beaucoup de policiers et gendarmes manifestent une lourde inquiétude devant les sujétions nouvelles qu'une extension de l'accès au dossier ne manquera pas d'induire : mise en forme du dossier, cotation<sup>198</sup>, multiplication des exemplaires selon le nombre d'avocats, temps de prise de connaissance par l'(les) avocat(s), entretien(s) avant le client avant l'(les) audition(s), répétition de la démarche au fur et à mesure de l'établissement des nouvelles pièces... ; autant de diligences strictement matérielles qui ne relèvent pas fondamentalement du métier d'officier de police judiciaire<sup>199</sup>, et qui, en tout cas, mordront de manière supplémentaire sur

<sup>197</sup> Directive C article 8 § 2 : « Les dérogations temporaires [relatives à l'accès à l'avocat] ne peuvent être autorisées que par une décision dûment motivée, prise au cas par cas, soit par une autorité judiciaire, soit par une autre autorité compétente, à condition que la décision puisse faire l'objet d'un recours judiciaire » . Il est dès lors souhaitable que le juge des libertés intervienne immédiatement, pour éviter la mise en place d'un recours contre la décision du parquet, qui fera perdre du temps à l'enquête

<sup>198</sup> Car il faudra pouvoir justifier des pièces remises

<sup>199</sup> Et dont beaucoup d'enquêteurs redoutent que la conjoncture budgétaire ne permette pas à leur ministère d'apporter les moyens en proportion....

le temps d'enquête . On ne saurait imaginer, et la mission ne peut pas l'approuver, comme certains l'ont discrètement soufflé, que la durée de la garde à vue soit prolongée de cette période non consacrée aux investigations ...

- b) Magistrats et enquêteurs soulignent que très souvent, notamment dans le cadre de la flagrance, l'arrivée de l'avocat, proche de l'arrestation et du placement en garde à vue, n'aura même pas laissé le temps à l'enquêteur de rédiger les procès-verbaux de saisine ni de premières diligences...et que cette rédaction ne commence que quelques heures plus tard . Alors, quel dossier donner à consulter ? A l'inverse, à l'issue de longues enquêtes préliminaires, il peut arriver qu'une procédure soit constituée de plusieurs centaines de procès-verbaux . Outre les tâches matérielles précédemment listées, surtout en cas de pluralité de défenseurs, quel temps donner loyalement au(x) conseil(s) pour prendre suffisamment connaissance de la procédure pour assister le client dans une audition utile<sup>200</sup> ? Par ailleurs, les praticiens des procédures complexes (terrorisme, crime ou délinquance organisée, stupéfiants, violences urbaines...) soulignent que très souvent, la multiplicité d'objectifs, parfois répartis sur tout le territoire national, dans de nombreux lieux épars de garde à vue, induit un « démembrement » de la procédure, partiellement « décentralisée » puis alimentée, site par site, autour du cas et du lieu particuliers du gardé à vue . Où sera « le » dossier à consulter, alors qu'il ne sera effectivement « consolidé » que pour le défèrement à l'autorité judiciaire ?

## 2 - Autour de l'efficacité de l'enquête :

- a) Plusieurs magistrats et enquêteurs, traitant plus spécialement des infractions relevant de la délinquance quotidienne, soumise au tout venant du traitement en temps réel, ne verraient en réalité, sauf les impedimenta matériels, que peu de désavantages à un accès global de l'avocat au dossier. Ils estiment à environ 85 à 90 % la part des enquêtes dont l'enjeu ou la nature des investigations ne connaîtraient aucune difficulté ou entrave à la consultation complète de la procédure, au profit de la quasi-totalité des avocats dont la déontologie et le professionnalisme a déjà permis leur entrée sans heurt dans la garde à vue .
- b) Dans les enquêtes « lourdes », faisant souvent l'objet d'une construction stratégique de moyen ou long terme, magistrats et enquêteurs ont évoqué la nécessité de conserver à l'abri des indiscretions, les mesures d'investigations mises en œuvre, la stratégie de déroulé de l'enquête, la programmation des interventions dans le temps, la consistance des preuves et la progressivité de leur production au cours des auditions...
- c) Enfin, et la mission souhaite s'exprimer sans fard, les magistrats et enquêteurs traitant des procédures de terrorisme ou de crime organisé<sup>201</sup> considèrent d'expérience(s) que l'accès de quelques avocats spécialisés, de militantisme, de connivence ou de rupture, parfois eux-mêmes « pressés » par leurs mandats<sup>202</sup>, rend impossible de leur ouvrir l'entier dossier, sans

200 Certains avocats ont dit que, dans un tel cas, ils ne peuvent que conseiller à leur client d'user de leur droit au silence

201 Toutes infractions qui, de près ou de loin, se pratiquent en vraie bande organisée, locale, nationale ou internationale (terrorisme national ou international, vols à mains armées multiples, cambriolages émanant d'organisations internationales, trafics transfrontaliers de tous types, fraudes financières internationales...)

202 Voir Le Monde 26 septembre 2013, Pascal Robert Diard et Luc Leroux, « Mets lui la pression au baveux ! : Quand les caïds terrorisent leurs avocats »

risque pour l'ordre public, l'efficacité de l'enquête, et même la protection des personnes y ayant concouru (témoins, victimes, enquêteurs...). Certains avocats entendus ont eu le courage discret d'évoquer la protection que constitue, face à certains clients trop exigeants, à leur organisation ou à leur famille, la limite de leur connaissance du dossier.

- L'accès au dossier pose des difficultés matérielles majeures et induit des charges importantes pour les enquêteurs .
- L'accès au dossier peut nuire à l'efficacité de l'enquête (très spécialement lorsque le mis en cause n'aura pas fait choix d'un avocat<sup>203</sup>).

### D - Quelques observations et propositions :

C'est dans ce contexte, **relativement ouvert à des progrès dans la très grande majorité des procédures, mais très tendu dans le domaine du terrorisme et des enquêtes lourdes et complexes**, que la mission formule d'abord quelques observations, avant peut-être de proposer quelques avancées .

#### 1 - La situation actuelle du droit :

En l'état de la réforme issue de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, trois pièces sont consultables par l'avocat<sup>204</sup> : le procès-verbal de notification des droits<sup>205</sup>, le certificat médical<sup>206</sup>, le ou les procès-verbaux d'audition de son client.

Sous couvert de l'arrêt Dayanan<sup>207</sup>, une partie du Barreau revendique un accès à l'entier dossier.

En l'état de la jurisprudence française, du Conseil constitutionnel<sup>208</sup> et de la Cour de cassation<sup>209</sup>, qui prennent soin de rappeler, la première, l'appartenance de la garde à vue à la phase de l'enquête, et non pas à la phase juridictionnelle de discussion des preuves ou

203 Voir page 54 (b)

204 Article 63-4-1 du code de procédure pénale

205 Article 63-1 dernier alinéa du code de procédure pénale

206 Article 63-3 du code de procédure pénale : Certificat qui « se prononce l'aptitude au maintien en garde à vue et procède à toutes constatations utiles », ce qui vise implicitement le respect de l'art. 3 de la Convention

207 CEDH Dayanan contre Turquie 13 janvier 2010 n° 7377/03 § 32 : « L'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil . A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention dont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer » ; CEDH Adamkiewicz contre Pologne 2 mars 2010 n° 54729/00 § 84 . On peut raisonnablement soutenir que la formule générale sur le contenu des droits de la défense a pour objet de rappeler « pédagogiquement » le rôle de l'avocat à des pays, qui soit invoquaient l'inutilité de son assistance (puisque sa législation excluait à l'époque toute intervention d'un avocat en garde à vue), soit repoussaient très loin l'accès à la défense (plus de trois semaines après la notification de la suspicion)

208 Conseil constitutionnel, D n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 § 27 à 29 : Considérant que la « garde à vue est une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire »

209 Crim. 19 septembre 2012 n° 11-8811 Bull. crim n° 194 : « Attendu que la cour d'appel a méconnu [l'article 63-4-1 du code de procédure pénale], qui n'est pas incompatible avec l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'absence de communication de l'ensemble des pièces du dossier, à ce stade de la procédure, n'étant pas de nature à priver la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable, dès lors que l'accès à ces pièces est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement »

de la culpabilité, ainsi que l'encadrement strict dans la forme et la durée de cette mesure de coercition, la seconde, l'appréciation finale par le juge d'instruction ou du fond du caractère équitable du procès, il apparaît à la mission que les progrès de la loi du 14 avril répondent suffisamment aux exigences.

Sur le plan européen, la Directive dite B, transposée par la loi du 27 mai 2014, dispose en son article 7.1 que « les Etats membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à disposition de la personne arrêtée ou de son avocat ». Là aussi, la mission considère donc de la manière la plus formelle que les exigences européennes sont exactement remplies par l'état actuel du code de procédure pénale .

En l'état du droit, **le groupe de réflexion estime qu'aucune nécessité juridique, interne ou européenne, n'impose absolument de dépasser l'actuel droit positif**<sup>210</sup>.

Pour autant, conformément à la lettre de mission, et sensible évidemment au souffle d'une évolution qu'il pressent plus que probable<sup>211</sup>, le groupe a estimé de son rôle de dépasser le statu quo et d'examiner la possibilité d'aménager un meilleur accès au dossier dès la phase de la garde à vue.

## 2 - Une hypothèse : L'accès à l'entier dossier, :

La mission n'a pas étudié cette hypothèse maximale, au bénéfice notamment des observations souvent faites, à la fois par des enquêteurs et des parquetiers, selon lesquelles l'accès à l'entier dossier n'aurait – sauf les difficultés matérielles précédemment évoquées<sup>212</sup> - aucune incidence sur près de 9 procédures sur 10 traitées par les policiers et gendarmes . Il serait donc dommage de se priver d'un tel progrès procédural .

Cependant, la mission, qui rappelle d'abord que la jurisprudence nationale<sup>213</sup> n'estime pas obligatoire l'accès à l'entier dossier<sup>214</sup>, ne s'est pas résolue à cette hypothèse, pour de multiples raisons .

210 Après la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 . Et même si son article 5 I donne l'illusion d'un « droit d'accès [général] aux pièces du dossier » (en créant un article 803-6 5° nouveau du code de procédure pénale) . En réalité ce droit d'accès (et les autres droits figurant dans le document écrit remis à la personne en garde à vue) renvoie aux droits dont la personne retenue « bénéficie au cours de la procédure en application du présent code », c'est-à-dire dans les formes et limites prévues à l'article 63-4-1 *actuel du code de procédure pénale (les « trois pièces obligatoires »)*

211 Un récent colloque, consacré à la « juridictionnalisation de l'enquête », tenu le 30 avril dernier à l'Ecole nationale de la magistrature l'a bien montré (certains des intervenants avaient été entendus par la mission - actes non encore publiés) ; diverses décisions du fond commencent à être rendues (cf note n° 142) ; Enfin, comment ne pas rappeler l'amendement à l'article 63-4-1 du code de procédure pénale, inclus dans le projet de transposition de la Directive B, adopté en Commission des lois mais finalement rejeté en séance de l'Assemblée nationale le 5 mai 2014 : « **A sa demande, l'avocat peut, dès le début de la garde à vue, consulter l'ensemble des pièces du dossier utiles à la manifestation de la vérité et indispensables à l'exercice des droits de la défense** » ?

212 Que des moyens technologiques modernes (numérisation, dématérialisation...) pourraient aider à vaincre

213 Voir note n° 209

214 Voir aussi note n° 208

- a) La mission ne saurait être insensible, notamment dans les procédures à très fort enjeu d'ordre public<sup>215</sup>, moins aux dérives individuelles de conseils isolés<sup>216</sup>, qui pourraient être remédiées par des mesures disciplinaires<sup>217</sup> ou pénales, qu'aux risques de compromission de l'enquête et de la nécessaire identification des auteurs en vue de leur défèrement à la justice<sup>218</sup>. Or la puissance des moyens mis en œuvre par ces groupes criminels, puissance financière, technologique, juridique, organisationnelle, rend indispensable que des moyens corrélatifs puissent être mis en œuvre par la procédure pénale pour leur neutralisation. A ce stade et devant ces enjeux, l'assistance telle qu'aujourd'hui aménagée de l'avocat, mais sous les réserves qui seront ultérieurement formulées, paraît un compromis fondamentalement acceptable.
- b) Au surplus, le groupe s'est posé la très délicate question de l'accès à l'entier dossier offert au mis en cause qui n'aurait pas fait choix d'un avocat. Ecartant quelques dérives personnelles isolées, la mission pourrait être ouverte à l'accès aux pièces du dossier pour l'avocat : Auxiliaire de justice, membre d'une profession organisée, doté d'une éthique, d'une déontologie et d'une discipline, même améliorables, soumis au secret professionnel<sup>219</sup>, toutes ces qualités font de lui une protection sérieuse de l'enquête. A l'inverse, l'ouverture à la personne poursuivie elle-même des pièces du dossier n'offre évidemment aucune garantie de même sorte. « J'ai le droit au silence, je refuse (délibérément) l'assistance d'un quelconque avocat, mais j'exige l'entier accès aux éléments de votre enquête », stratégie définitivement ruineuse. Or la mission, en forme de litote, n'a aucunement la certitude juridique<sup>220</sup> qu'il soit possible de faire du choix de se défendre seul une exception à l'accès au dossier, ou même simplement possible de subordonner ou restreindre l'accès au dossier au choix d'un conseil<sup>221</sup>. La mission considère impossible de dépasser une telle difficulté.

215 A cet égard, c'est aussi un très fort enjeu de libertés publiques dans une société démocratique, qu'elle puisse résister – avec des limitations mesurées à la liberté individuelle – aux déstabilisations que constituent les actes terroristes, la criminalité internationale, ou les atteintes majeures à la santé publique (stupéfiants) et aux économies nationales

216 Y compris au sein de leurs propres confréries

217 Au demeurant dont le renforcement est très souhaitable

218 La mission n'a pas cultivé l'hypothèse tentante de réserver à une liste délimitée d'avocats l'assistance des gardés à vue rejetée par le Conseil constitutionnel (Décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012 § 7). Au demeurant, on ne saurait imaginer qu'une telle restriction puisse s'étendre à d'autres infractions que le terrorisme, ce qui ne réglerait pas la question pour tous les champs criminels et délictuels du (grand) banditisme ou de la (grande) délinquance financière

219 Article 11 du code de procédure pénale : l'avocat « concourt » à la procédure

220 Voir en annexe n° 24, la note de la Direction des affaires criminelles et des grâces sur ce point.

221 A cet égard, l'article 7 de la directive B, prend soin de toujours préciser que les éléments utiles seront « mis à la disposition de la personne arrêtée OU de l'avocat » (§ 1) et que l'accès aux preuves est ouvert aux « suspects ou [aux] personnes poursuivies OU [à] leur avocat ». Contra, la position de la CNCDH (annexe n° 7 § 45) : « Le suspect qui, contrairement à l'avocat, n'est soumis à aucune obligation légale ou déontologique de secret, ne saurait pour des raisons évidentes de sécurité et d'efficacité de l'enquête, avoir directement accès aux deux premières catégories de procès-verbaux qui concernent le fond de l'affaire, hormis, bien évidemment, ses propres auditions qu'il doit signer. Mais il doit pouvoir consulter ceux de la troisième catégorie... ». A noter que la future loi de transposition de la Directive b modifie l'article 114 du code de procédure pénale : « Après leur première comparution ou leur première audition, les avocats des parties ou, si elles n'ont pas d'avocat, les parties peuvent se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces et actes du dossier. » (Mais on se trouve déjà en phase judiciaire...)

- c) D'autres raisons, plus concrètes, ont conduit le groupe de réflexion dans une autre voie : La notion de stratégie d'enquête consiste, non pas, contrairement à telle ou telle imputation de déloyauté ou de mauvaise foi des enquêteurs, à mentir ou à « bluffer », mais bien à dérouler les éléments de preuves selon une *progressivité intellectuelle* qui permet de construire l'enquête, en confrontant *graduellement* les charges et les déclarations du mis en cause, en présence de l'avocat chargé de prévenir tout excès susceptible de constituer une pression, une contrainte ou une menace . Cette audition en garde à vue, qui n'est plus faite pour conduire nécessairement à un aveu, peut même être, parfois sur les conseils de l'avocat, un temps de réflexion ou de spontanéité, parfois de repentance, de la personne mise en cause qui peut lui être également favorable pour l'efficacité de sa défense.
- d) Au surplus, comment serait-il imaginable que l'ouverture intégrale du dossier ne comportât pas comme contrepartie des séries de dérogations, exceptions ou exclusions ? A cet égard, il est bien clair que ces restrictions inévitables sont parfaitement admises, pour des causes légitimes et dans des limites de nature à éviter l'inéquité du procès, tant par le droit positif (futur)<sup>222</sup> que par la jurisprudence européenne<sup>223</sup>. Une ouverture générale donnerait à craindre, outre une surcharge des policiers et magistrats, des demandes tellement fréquentes et répétées de dérogations qu'elles conduiraient, soit à des rejets de principe<sup>224</sup>, soit, à l'inverse, à des autorisations aussi formelles que systématiques, au risque de dénaturer la disposition légale . Enquête menacée, contentieux permanent ou inapplication du droit ne manqueraient pas de résulter de cette situation d'ouverture intégrale des pièces du dossier.
- e) Enfin, la mission invoque une raison « philosophique » de fond : Elle rappelle qu'elle reste très fondamentalement attachée à la distinction, admise par tout le corpus juridique et jurisprudentiel, national et européen, entre la phase d'enquête, consacrée au recueil et à la constitution des preuves, et qui n'est pas d'une nature absolument juridictionnelle mais qui n'exclut pas une ouverture mesurée et graduelle aux droits de la défense, et la phase juridictionnelle, où le débat contradictoire DOIT être total . C'est dans cette distinction que réside l'équilibre recherché, en permanence et par tous, entre la protection collective de nos concitoyens contre le crime, et la liberté individuelle de la personne poursuivie . Ouvrir l'entier dossier à ce stade, qui n'est encore que d'enquête, compromet, par essence, cet équilibre en transformant la garde à vue en premier débat judiciaire, voire juridictionnel, dont il serait du reste plaisant de souligner qu'il n'aurait même pas lieu devant un juge !

Pour toutes ces raisons, la mission proposera une solution intermédiaire, mais qui constituera néanmoins à ses yeux un incontestable progrès procédural.

222 § 32 et article 7 § 4 de la Directive C

223 Voir les développements ultérieurs sur ce point

224 On peut en voir un exemple dans les dispositions de l'article 63-4-2 alinéa 4 du code de procédure pénale, relative au différé d'intervention de l'avocat, qui n'ont été utilisées que très exceptionnellement...

### 3 - Une autre hypothèse : la constitution systématique d'un « dossier secret » :

La commission n'a pas manqué d'être intéressée par la disposition introduite<sup>225</sup> dans notre code de procédure pénale par la loi n° 2014-372 du 28 mars relative à la géolocalisation, à savoir la création autorisée d'un « dossier secret<sup>226</sup> » .

On pourrait en effet imaginer que la constitution – sous contrôle d'un juge – d'un dossier secret<sup>227</sup> dans toutes les procédures puisse être le corollaire d'un « accès total » au dossier . La mission relève que le dossier secret de la géolocalisation est lié à la très exceptionnelle particularité de la mesure, applicable au seul domaine du crime organisé et du terrorisme et au seul cadre de l'information judiciaire<sup>228</sup>, et qui nécessite des actes d'intrusion dans l'intimité d'une personne en principe prohibés, des gestes techniques ou technologiques très particuliers requérant de fait la participation ou la facilitation de citoyens non impliqués dans l'infraction, susceptibles dans leur personne ou leurs proches de s'exposer à de quasi-certaines représailles vitales.

De sorte que la généralisation d'une telle pratique qui ne serait pas liée à de telles circonstances exceptionnelles, est inenvisageable dans le cadre d'une enquête préliminaire, en ce qu'elle reviendrait clairement à vider de son sens le concept d'accès au dossier et à constituer, même si elle devait être limitée dans le temps, une sorte de « violation permanente » des droits de la défense.

Au demeurant, l'impossibilité absolue d'une généralisation du dossier secret résulte clairement de la décision rendue par le Conseil constitutionnel<sup>229</sup>, qui relève que seules les multiples précautions procédurales<sup>230</sup> qui entourent le dossier secret et la restriction apportée à l'article 230-40 du code de procédure pénale<sup>231</sup> lui permettent de considérer que « le législateur n'a pas opéré entre les droits et libertés en cause une conciliation déséquilibrée » (cons. 17 et 26). L'enquête préliminaire ne saurait évidemment offrir un tel luxe de précautions juridiques .

225 En réalité, le dossier secret de la géolocalisation a déjà été précédé d'une procédure similaire applicable à la protection des témoins, dont l'identité et l'adresse peuvent, sur autorisation du juge des libertés et de détention, être inscrites dans un procès-verbal occulte, « sous réserve que la connaissance de l'identité de la personne [soit] indispensable à l'exercice des droits de la défense » (articles 706-57 à 706-61 du code de procédure pénale) . Sa régularité n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel...

226 Article 1er de la loi créant un article 230-40 dans le code de procédure pénale . La constitution de ce dossier secret , réservée aux enquêtes de crime organisé et de terrorisme, qui permet d'y verser les informations relatives au processus et au résultat de l'installation du dispositif, est autorisée par le juge des libertés et de la détention « lorsque la connaissance de ces informations est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique d'une personne...et qu'elle n'est ni utile à la manifestation de la vérité, ni indispensable à l'exercice des droits de la défense.. »

227 Dont on ne peut omettre de souligner le caractère occulte par nature inhabituel au regard du principe de la loyauté de la preuve, rattachée par le conseil constitutionnel aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Cons. constitutionnel. DC n°2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010 § 9)

228 Notre analyse pourrait du reste s'arrêter là : A contrario, un tel dossier secret est exclu dans un autre cadre, comme l'enquête initiale

229 Conseil constitutionnel DC n° 2014-693 du 25 mars 2014

230 Voir le commentaire de la décision (pages 21 et 22)

231 Article 230-41 du code de procédure pénale : « Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des éléments recueillis » figurant dans le dossier occulte



La mission a donc totalement exclu de persister dans une réflexion sur la constitution d'un dossier secret au cours de l'enquête initiale .

- La mission considère que l'état actuel du droit positif en matière d'accès au dossier est conforme au droit européen
- Elle exclut totalement aussi bien le principe de l'accès à l'entier dossier que la systématisation d'un « dossier secret »

#### 4 - Une solution : un accès limité aux pièces nécessaires à l'exercice des droits de la défense pendant l'audition :

Ainsi qu'il a déjà été dit, puisque l'assistance d'un conseil n'a ni pour cause ni pour objet d'ouvrir dès ce stade de l'enquête le débat juridictionnel dans son entier, c'est bien la protection du suspect contre une possible auto-incrimination au cours de son interrogatoire qui légitime la présence de l'avocat et qui doit donc donner la mesure de son accès aux pièces du dossier. L'audition doit permettre une discussion loyale et claire sur les éléments de preuves invoqués par l'enquêteur, de manière à éviter des déclarations auto-incriminantes, qui compromettraient irrémédiablement l'équité du procès que le juge du fond devra finalement apprécier .

Dans ces conditions, la mission, avant de développer les modalités et limites de l'accès au fond du dossier de l'enquête, souhaite poser deux principes :

- D'abord, la nécessité d'éviter une auto-incrimination faite au cours d'une audition sans l'assistance d'un conseil, conduit le groupe de réflexion à en tirer la conséquence que l'accès limité aux pièces du dossier devra s'appliquer aussi bien à l'interrogatoire mené sous le régime de la garde à vue, qu'à l'audition libre<sup>232</sup>.
- Ensuite, pour éviter la multiplication de notifications formalistes, le groupe de réflexion pense qu'il est souhaitable de compléter la liste des droits notifiés au début d'une garde à vue ou d'une audition libre<sup>233</sup>, sans doute en complétant l'alinéa sur le droit de se taire, du droit de prendre connaissance des pièces invoquées par l'enquêteur « lors de l'audition » (garde à vue) ou « au plus tard lors de l'audition » (audition libre).

<sup>232</sup> Ce qui n'est actuellement pas prévu par la loi votée le 5 mai 2014

<sup>233</sup> Article 63-1 et article 61-1 nouveau du code de procédure pénale

Dans ce cadre, diverses questions doivent être tranchées :

### a) D'abord, qu'appelle-t-on « le dossier » ? :

- Rappelons qu'on est bien en amont du débat juridictionnel, lequel, par nature, *doit* offrir aux droits de la défense un *dossier actualisé et/ou finalisé*. A ce moment de l'audition (libre ou sous le régime de la garde à vue), il ne peut s'agir que du dossier<sup>234</sup> **dans l'état de rédaction et de mise en forme où il se trouve à la disposition de l'enquêteur**. Bien plus, il s'agira, en cas de procédure menée sur des sites éclatés, des pièces du dossier à la disposition de l'enquêteur sur le lieu de son audition<sup>235</sup>. Concrètement, ce dossier pourra être constitué de quelques feuillets (par exemple en cas de démarrage d'une enquête de flagrant délit simple), ou de pièces nombreuses et structurées à l'issue d'une enquête préliminaire de plus longue haleine. Toute augmentation du dossier de pièces nouvelles sera à disposition du conseil, au seul rythme de leur établissement par l'enquêteur, pour les auditions ultérieures.
- Sur un second plan, il est bien évident que, à l'instar de l'instruction, les « actes en cours » (non actés et non finalisés) ne constitueront pas « des pièces du dossier » devant être mises à disposition.
- Enfin, pour écarter tout doute à cet égard, il n'est à cette phase procédurale de l'enquête, aucunement question de transformer le droit de consultation en droit de copie, lié au contradictoire complet. Evidemment, comme dans l'état actuel de notre droit<sup>236</sup>, l'avocat pourra prendre les notes à sa convenance, mais l'absence de défense définitive au fond ne légitime pas la remise d'une copie<sup>237</sup>.

### b) De quelles pièces s'agit-il ? :

La mise à disposition des pièces déjà prévues par l'article 63-4-1 du code de procédure pénale n'est évidemment pas remise en question.

Le débat porte ici sur les pièces de fond dont le mis en cause et/ou son avocat pourra(ont) prendre connaissance et du moment de cette prise de connaissance.

- \* Il s'agit des pièces concernant **la seule personne qui fait l'objet de l'audition, et actant les éléments que l'enquêteur entend utiliser au cours de son audition**. Il pourra s'agir d'un procès-verbal de constatations, d'une audition de témoin, de la plainte argumentée d'une victime, d'une analyse technique, d'une écoute, d'un certificat médical, d'actes de surveillance ou de photographies... en un mot toutes pièces existantes qu'utilise l'enquêteur pour recueillir la déclaration de la personne auditionnée de manière utile à l'enquête.

<sup>234</sup> La directive utilise en ce sens la formule : « les pièces du dossier » et non pas « le dossier »

<sup>235</sup> Qui peuvent du reste être augmentées des pièces adressées par fax ou mail depuis le « site central » de l'enquête

<sup>236</sup> Article 63-4-1 (dernière phrase) du code de procédure pénale

<sup>237</sup> Ce qui, au surplus, jusqu'à une numérisation immédiate et totale des procédures, serait totalement impossible

Ces pièces seront suffisantes à permettre au conseil « de discuter utilement de l'affaire », « d'organiser la défense » de son client ou de « préparer son interrogatoire<sup>238</sup> » .

- \* La mission pense que cette nouvelle pratique pourra être assumée sans difficulté majeure par les enquêteurs : Elle rappelle que, de l'avis *explicite* de nombreux intervenants, gendarmes, policiers et parquetiers, près de 90 % d'affaires traitées en temps réel dans la délinquance quotidienne, ne souffriraient d'aucun préjudice à une communication intégrale du dossier à l'avocat . Dès lors, il appartiendra à l'officier de police judiciaire, restauré dans sa pleine responsabilité et maîtrise de l'enquête, d'apprécier s'il pourra procéder à l'audition à partir d'un dossier mis (ou non) en totalité à la disposition du conseil, sans (ou avec) tri préalable . Dans certains cas même, il pourra être de l'intérêt de l'enquête et de l'efficacité de l'audition que le suspect soit entendu après connaissance complète du dossier .
- \* La question des dossiers à enjeux très importants<sup>239</sup> est plus complexe à un double titre : d'abord la **sélection des pièces** . Charge à la fois matérielle et intellectuelle supplémentaire . Mais chacun sait que les officiers de police judiciaire et leurs directeurs d'enquête, dans les dossiers à enjeux significatifs, ne mènent pas leurs auditions à la spontanéité ou à l'inspiration du dernier moment . Et nul ne doute du professionnalisme des services chargés de ce type de contentieux, qui, dans une préparation minutieuse de leur intervention, opèrent une sélection encore plus minutieuse de tous les éléments imputables à chaque objectif, favorables ou non, qu'ils opposeront à chaque suspect entendu . Le travail de sélection est donc aujourd'hui déjà en grande partie effectué<sup>240</sup> . Dans ce cadre, l'officier de police judiciaire conservera sa stratégie d'audition, en choisissant la (ou les) pièce(s) mais aussi le moment qu'il estimera opportun d'opposer au suspect, par exemple au cours d'auditions échelonnées, après connaissance prise par son avocat . Là encore, il ne saurait être question d'une remise de copie, mais bien d'une consultation.
- \* Et la victime ? A ce stade, l'accès aux pièces sélectionnées n'est pas ouverte au suspect ou à son avocat pour le débat judiciaire sur le fond, mais dans l'unique but d'éviter une auto-incrimination qui mettrait à mal l'équité finale du procès . Tel n'est pas la position dans laquelle se trouve le plaignant ou la victime . Dès lors, il n'apparaît pas au groupe de réflexion qu'une communication de pièces relatives au contenu du dossier soit à aménager à ce stade au profit du plaignant ou de la victime. L'assistance de l'avocat au moment de la confrontation n'a pas pour objet de préparer la défense au fond sur les éléments de culpabilité du mis en cause, mais d'assurer que la mise en présence physique, même sous la protection de l'enquêteur, qui n'est cependant pas le défenseur de la thèse du plaignant, ne comporte aucune pression, affective, morale, psychologique ou physique sur une personne en situation de vulnérabilité.

238 Conformément à la décision Dayanan

239 Affaires économiques et financières, terrorisme, crime organisé, trafics de stupéfiants, violences urbaines, viols ou agressions sexuelles graves....

240 Ainsi, par exemple, si des arrestations sont programmées sur l'ensemble du territoire national, chaque équipe de terrain opère avec la partie du dossier pertinente à l'objectif assigné

**c) Le moment de la communication des pièces « nécessaires » :**

Outre les trois pièces<sup>241</sup> de l'article 63-4-1 du code de procédure pénale « essentielles pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention<sup>242</sup> ... » que l'avocat peut consulter à son arrivée avant son entretien initial avec le client<sup>243</sup>, la question se pose du moment de la communication des pièces invoquées par l'enquêteur au cours de l'interrogatoire .

Le groupe de réflexion rappelle qu'il considère que cet interrogatoire n'a pas encore le caractère d'un débat judiciaire, pour la tenue duquel le principe du procès équitable (comportant débat contradictoire et droits effectifs de la défense) exige que les pièces soient communiquées à l'avance<sup>244</sup>, mais reste un acte d'enquête qui, pour la loyauté de l'interrogatoire, doit cependant comporter une « défense graduée ». Au demeurant, il convient, de l'avis même de certains avocats entendus, de laisser au mis en cause un temps de déclaration spontanée<sup>245</sup> qui peut également profiter à sa défense .

C'est pourquoi, sous le régime de la garde à vue, c'est bien au fur et à mesure de l'usage de chacune des pièces du dossier par l'enquêteur, qu'il communiquera (sans droit à copie) la dite pièce à l'avocat et au mis en cause . Il appartiendra à l'enquêteur de concéder au suspect et à son conseil un temps « loyal » de prise de connaissance . En toute hypothèse, le correctif en sera évidemment le droit de se taire ouvert au suspect, et les observations en fin d'audition que le conseil pourra émettre par écrit .

Dans le cadre d'une audition libre, la convocation devra porter la mention que le mis en cause et/ou son avocat pourront prendre connaissance des pièces nécessaires à la défense « au plus tard lors de l'audition ». La prise de connaissance aura lieu dans l'immense majorité des cas au cours de l'interrogatoire, comme pour une garde à vue .

Cependant, il pourra arriver, dans des enquêtes préliminaires longues et complexes<sup>246</sup>, que, à l'issue d'une concertation entre l'officier de police judiciaire et le parquet, il soit estimé utile qu'une prise de connaissance du dossier avant l'audition, soit de nature à rendre celle-ci plus efficace et opérationnelle .

241 Qui ne seront du reste que deux si aucune audition du mis en cause n'a débuté avant l'arrivée de l'avocat .

242 Selon l'article 7 §1 de la directive B .

243 Article 63-4 du code de procédure pénale .

244 Encore que la directive B, en son article 7 § 3, ne prévoit cette communication « qu'en temps utile...et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation » .

245 Evidemment en présence de son avocat s'il le souhaite . Cette déclaration spontanée pouvant expressément relever d'une stratégie de défense .

246 En particulier dans le domaine économique et financier, ou du droit du travail, ou de l'environnement...

Sur ce plan, les procureurs de Lille et de Marseille ont fait état d'expériences, qui ont retenu l'attention de la mission, aux termes desquelles le parquet provoque délibérément une phase contradictoire, soit avant l'audition du mis en cause soit, sorte de mise en état terminale, en fin d'enquête : Suspect, et éventuellement victime, et/ou leur conseil, peuvent consulter le dossier<sup>247</sup> et présenter des demandes d'actes ou des observations de fait et de droit, qui « décanteront » la procédure, de manière à centrer l'audition ou l'action publique sur les seuls faits restant en débat . Une telle pratique, certes appréciable dans quelques dossiers particuliers, ne saurait cependant être généralisée à l'issue de toutes les procédures<sup>248</sup>.

Sur le plan concret, il importe d'éviter une procéduralisation alourdie pour l'officier de police judiciaire . On pourrait se contenter par exemple, pour justifier de la communication d'une pièce au cours d'une audition de la mention de la référence de la pièce communiquée dans le procès-verbal de synthèse.

- La mission estime nécessaire d'ouvrir un droit d'accès limité aux pièces du dossier.
- Quel dossier ? Celui dans l'état et dans le lieu où il est entre les mains de l'enquêteur au moment de l'audition.
- Quelles pièces en communication ? Celles qui concernent la seule personne auditionnée et que l'enquêteur utilise au cours de l'interrogatoire.
- Les « trois pièces » du droit positif sont consultables dès l'entretien préalable avec le client ; les autres pièces sont communiquées au fur et à mesure de l'audition.
- Communication n'est pas copie.
- Les mêmes principes sont applicables en garde à vue et en audition libre (même risque d'auto-incrimination).

### **5- Les exceptions à la consultation de toutes les « pièces nécessaires » à l'exercice des droits de la défense lors de l'audition :**

Il apparaît d'une grande évidence à la mission que certaines enquêtes doivent bénéficier d'une protection supplémentaire, sans exclure l'assistance de l'avocat mais en la cantonnant . Alors, quelles exceptions ?

<sup>247</sup> En général au parquet, dans le cadre d'un bureau des enquêtes chargé des affaires techniques . Demandes d'actes complémentaires et/ou observations juridiques peuvent ainsi être exprimées, qui alimentent la décision d'action publique du procureur . A Lille ou Marseille, une vingtaine de procédures donnent lieu chaque année à une telle phase de contradictoire . On notera que l'accès du mis en cause au dossier a dû être restreint, en raison de la disparition constatée de certaines pièces... Une telle observation ne peut manquer d'alimenter la réflexion sur l'égal accès au dossier ouvert à l'avocat et au suspect.

<sup>248</sup> Voir la dernière partie du présent rapport .

### a) L'état du droit :

On a vu que la Directive C<sup>249</sup> prévoit des cas, certes très encadrés, d'empêchement temporaire d'accès à un avocat . De même, la directive B<sup>250</sup> réserve très expressément la possibilité de « refuser l'accès à certaines pièces du dossier », si ce refus est fondé sur la nécessité d'écarter une « menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers », de préserver « un intérêt public important », et notamment d'éviter de « compromettre une enquête en cours ou de porter gravement atteinte à la sécurité nationale de l'Etat ... » .

La jurisprudence européenne elle-même reconnaît couramment la possibilité de restreindre l'accès à certaines parties du dossier . « Le droit à la communication des preuves pertinentes n'est pas absolu . Dans tout procès pénal, il peut y avoir des intérêts divergents, tels que la sécurité nationale, la nécessité de protéger les témoins contre le risque de représailles ou encore de garder le secret sur des méthodes policières d'enquête criminelle, qui doivent être en balance avec les droits de l'accusé<sup>251</sup> » .

Pour autant, textes et jurisprudence européens assignent des limites très strictes à la mise en œuvre de telles exceptions . Le respect général de l'équité globale du procès impose que ces dérogations soient temporaires (« d'une durée strictement limitée »), proportionnées et nécessaires aux intérêts protégés au détriment de l'accusé, et prises et/ou contrôlées par une autorité judiciaire<sup>252</sup>.

### b) Les exceptions proposées par la mission :

La mission est donc parfaitement légitime à prôner que, même dans le cadre plus libéral d'un accès sélectif aux pièces du dossier, **des restrictions supplémentaires** puissent être légalement prévues par notre code de procédure pénale .

249 Voir note n° 192 .

250 Article 7 § 4 . Ces exceptions sont possibles « pour autant que le droit à un procès équitable ne s'en trouve pas affecté » . Cette réserve conforte l'avis de la mission, selon lequel l'objet essentiel de l'assistance de l'avocat est la prévention de l'auto-incrimination .

251 CEDH P.G. et J.H contre Royaume-Uni 25 septembre 2001 n° 44787/98 § 68 (on notera qu'en l'espèce, cette restriction s'applique à la phase du jugement) ; Doorson contre Pays-Bas 26 mars 1996 n° 20524/92 §70 : « Les principes du procès pénal commandent également que, dans les cas appropriés, les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelées à déposer » ; Rowe et Davis contre Royaume-Uni 16 février 2000 n° 28901/95 § 61 : « Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense, de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important » ; Garcia Alva contre Allemagne 13 février 2001 n° 23541/94 § 42 : « Les investigations pénales doivent être conduites avec efficacité, ce qui peut impliquer l'obligation de garder secrètes une partie des informations recueillies pendant l'enquête pour empêcher les suspects d'altérer les éléments de preuve et de nuire à la bonne administration de la justice » ; Idem Svipta contre Lettonie 9 juin 2006 n° 66820/01 § 137 .

252 Voir note n° 192 . Directive B article 7 § 4 (dernière phrase) ; CEDH Chambaz contre Suisse 5 avril 2012 n° 11663/04 § 61 : « La cour tient compte ... du fait que la question de l'opportunité d'une divulgation soit examinée par un magistrat indépendant et impartial ayant eu accès aux moyens de preuve litigieux et ayant, par voie de conséquence, été en mesure d'apprécier pleinement et tout au long de la procédure, la pertinence pour la défense des informations non communiquées à celle-ci » .

A cet égard, tout en le regrettant<sup>253</sup>, car cette distinction aurait eu le mérite de la simplicité et de la clarté, tant pour les intervenants à la procédure pénale (enquêteurs, magistrats, avocats) que pour les citoyens, et d'une réponse adaptée aux crimes les plus attentatoires à la vie collective, la mission prend acte que la Directive C n'admet pas les dérogations qui seraient « fondée(s) exclusivement sur la nature ou sur la gravité de l'infraction alléguée<sup>254</sup> » .

Pour autant, il serait bien hypocrite de cacher que de telles dérogations auront vocation à s'appliquer prioritairement dans les procédures de terrorisme, de crime organisé, de trafic internationaux de stupéfiants ou d'êtres humains, de grandes fraudes financières ou de santé publique, et avec une attention encore plus soutenue, lorsqu'aucun avocat n'aura été désigné .

Quelles causes de dérogations ? : Classiques,

- La *protection des personnes*, dans leur vie, leur liberté ou leur sûreté (témoins, victimes, mais aussi enquêteurs, et éventuellement leurs proches...).
- La *protection de l'intérêt général* (risques de violences collectives, d'actes terroristes, de déstabilisations financières ou économiques, de diplomatie, de sécurité nationale...).
- La *protection de l'efficacité de l'enquête* (risque de dépérissement des preuves ou des témoignages, protection des techniques et méthodes d'enquête, protection des développements ultérieurs de l'enquête...).

Ces exceptions pourront concerner des pièces complètes, mais aussi des documents ou procès-verbaux à contenu complexe (surveillances, écoutes téléphoniques, témoignages...), visant ou concernant indistinctement plusieurs mis en cause, dont il peut être inopportun de dévoiler le contenu, à un moment donné, à l'un d'entre eux . La mission n'a pas souhaité, faute de temps de réflexion suffisant, cultiver la proposition consistant à remplacer la pièce complexe non communiquée par un bref résumé des éléments applicables au seul suspect interrogé<sup>255</sup>. Charge nouvelle, mais surtout contestation de son contenu ne militent cependant pas en faveur d'une telle solution, qui pourrait peut-être mériter approfondissement de la réflexion.

### c) Qui décidera de la mise en œuvre de ces exceptions ?

La mission souhaite résolument rester dans sa conviction d'un partage des contrôles judiciaires de l'enquête initiale entre le parquet, « premier niveau » de liberté individuelle, et le juge des libertés et de la détention.

<sup>253</sup> Bien que le groupe de réflexion comprenne que pour les criminels encourrant les peines les plus lourdes, les droits de la défense soient mesurés en proportion

<sup>254</sup> Article 8 §1 c) .

<sup>255</sup> Travail pour le coup supplémentaire pour l'officier de police judiciaire, et susceptible d'une subjectivité contestable

C'est pourquoi, dans un strict parallélisme avec le contrôle de la garde à vue<sup>256</sup>, elle pense que la décision (écrite et motivée) de restriction de l'accès de l'avocat à certaines pièces du dossier<sup>257</sup>, fondée sur la protection des personnes, l'intérêt général ou l'efficacité de l'enquête, **incombe pendant les 48 premières heures au ministère public** (avec obligation de renouveler sa décision lors de la prolongation), **puis, dès que la procédure de garde à vue requiert l'intervention du juge des libertés et de la détention, à ce juge**, qui devra donc statuer à la fois sur la prolongation de la garde à vue au-delà de 48 heures **ET** sur l'accès aux pièces du dossier pour l'avocat. On notera que la Directive B «n'oblige pas les Etats membres à prévoir une procédure d'appel spécifique, un mécanisme séparé ou une procédure de réclamation permettant cette contestation<sup>258</sup>». L'examen automatique par le juge au moment de son intervention paraît répondre à cette obligation.

Cette architecture, sans handicap injustifié pour l'efficacité de l'enquête<sup>259</sup>, protégée au surplus par le droit au silence du suspect, respecte la progression du contrôle de l'autorité judiciaire sur les actes de l'enquête et sur le respect des droits de la défense : Parquet d'abord, juge des libertés et de la détention ensuite, enfin juge (d'instruction ou) du fond, lequel pourrait, si de telles restrictions exceptionnelles aux droits de la défense avaient été utilisées, être obligé par la loi à statuer, sur requête ou même *d'office*<sup>260</sup>, sur « l'équité globale du procès pénal », au vu des décisions dérogatoires du parquet et/ou du juge des libertés et de la détention et des attestations des avocats.

La mission considère que les mêmes restrictions s'appliqueront, soyons objectifs, *sans doute avec une rigueur accrue*, si le mis en cause estime devoir renoncer à un avocat. On pourra toujours prévoir, à ce stade de l'enquête initiale, une disposition analogue à celle de l'article 114 alinéa 5<sup>261</sup> et 114-1 du code de procédure pénale<sup>262</sup>. Mais, l'expérience diverse mais concordante des membres de la mission, tous professionnels anciens de l'enquête pénale, les rend sceptiques sur son efficacité. Restriction d'accès aux pièces (assortie d'une simple consultation sans copie) seront sans doute de meilleures protections de l'efficacité de l'enquête.

256 La protection de la liberté individuelle et des droits de la défense étant d'une « gravité » similaire

257 Il est bien évident qu'aucune restriction ne pourrait être imposée à l'avocat pour l'accès aux « trois pièces de droit commun ».

258 Directive B considérant 36.

259 Dont on a vu, notamment dans le champ des infractions les plus graves, la préparation par les enquêteurs qui permettra d'y intégrer éventuellement les dérogations

260 Ou mieux, ce qui « couvrirait » toutes les phases du processus pénal, une telle obligation d'examen de l'équité globale du procès pourrait opportunément être inscrite dans l'article préliminaire du code de procédure pénale.

261 Modifié par l'article 6 III 3° de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014.

262 Article 114-1 du code de procédure pénale : « ...le fait, pour une partie à qui une reproduction des pièces ou actes d'une procédure d'instruction a été remise ...de la diffuser auprès des tiers est puni de 10000 € (loi du 27 mai 2014) d'amende ». Amende encore décalée par rapport au « prix » (au sens propre) d'une information confidentielle...



- Le droit européen admet la nécessité d'exceptions à la communication de pièces (protection des personnes et de l'enquête) sous réserve de l'appréciation finale du procès équitable.
- Le principe de réalité des enquêtes impose de proposer la possibilité de faire des exceptions à la communication de certaines pièces du dossier.
- Les autorités qui pourront autoriser les exceptions sont celles (et au même moment) qui contrôleront la garde à vue (ministère public puis juge des libertés et de la détention).

## E- L'avocat peut-il (doit-il) participer à l'enquête ?

### 1- A quels actes pourrait-il participer ?

A ce jour, l'avocat n'est admis à participer à aucun autre acte d'enquête que l'audition de son client ou sa confrontation avec le plaignant ou la victime .

La Directive C, qui reste à transposer, prévoit très expressément la présence de l'avocat « au minimum » lors « i) des séances d'identification des suspects, ii) des confrontations, iii) des reconstitutions de la scène crime », « si le suspect ou la personne poursuivie est tenu d'y assister ou autorisé à y assister<sup>263</sup> ». Au bénéfice d'une présence à ce jour plutôt consensuelle de l'avocat dans les locaux de police ou de gendarmerie, les enquêteurs n'ont pas manifesté une hostilité résolue à ces évolutions, de toute façon incontournables . Ils font cependant valoir, de manière très pressante, que les actes d'enquêtes qui, contrairement aux auditions, ne se déroulent pas dans des locaux protégés de police, se heurtent à des difficultés de sécurité de plus en plus intenses, qu'ils peuvent assumer pour leurs propres personnels, entraînés, formés et (souvent) armés<sup>264</sup>, mais qu'il leur sera difficile, si ces actes ont lieu en milieu hostile, de garantir totalement la sécurité de l'avocat .

Par ailleurs, beaucoup de ces opérations, pour en garantir l'efficacité et la sérénité du déroulement ont lieu à des horaires et avec une discrétion et une célérité, qui doivent exclure tout délai de carence, sans parler du transport du conseil dont il n'est pas envisageable qu'il incombe au service public . De même, enfin, sauf à gravement perturber les investigations enserrées dans une garde à vue déjà contrainte, il ne saurait être question de prévoir, avant chaque diligence ou acte, un entretien préalable entre l'avocat et le gardé à vue, lequel n'est intrinsèquement attaché qu'à la protection des déclarations du mis en cause<sup>265</sup>.

263 Articles 2 b) et 3 c) .

264 Préparation des opérations, équipements adéquats, armement, équipes de protection éventuelles, célérité et discrétion... peuvent s'appliquer à leurs propres personnels, beaucoup plus difficilement au profit d'un tiers, au surplus, dont l'indépendance à leur égard est la règle . Pour autant, les risques et les dangers de toute opération de police restent toujours présents .

265 Dans le même ordre d'idée, et pour mémoire, il convient de rappeler que la protection du mis en cause contre toute auto-incrimination, n'interdit pas - et en tout ne nécessite pas l'intervention de l'avocat, pour les examens techniques, pourvu qu'ils ne soient ni dégradants ni indignes, effectués par la police sur le mis en cause, y compris dans un cadre coercitif : CEDH Saunders contre Royaume-Uni 17 décembre 1996 n° 19187/91 § 69 : «Le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence ...Il ne s'étend pas à l'usage...de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que des tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN» ; CEDH Begu contre Roumanie 15 mars 2011 n° 20448/02 § 141.

C'est pourquoi, la mission estime devoir préalablement fixer le cadre de la présence de l'avocat : « l'assistance » du conseil réside dans une présence physique, dans des conditions concrètes qui garantissent la loyauté de ce qu'il peut observer ou entendre dans une proximité suffisante avec son client, mais qui ne signifie pas un droit d'intervention à tout instant dans l'organisation ou le déroulement de l'acte d'enquête, de manière à éviter toute interférence<sup>266</sup> intempestive dans la conduite cohérente et suivie de l'investigation ou de l'acte qui relève de la seule responsabilité de l'officier de police judiciaire<sup>267</sup>.

Mais, comme il est aujourd'hui prévu pour les auditions et confrontations, l'acte ou la diligence **devra** se conclure par des questions ou des observations écrites de l'avocat, dont l'enquêteur appréciera la pertinence, mais qui seront en tout état de cause incluses au procès-verbal constatant la diligence .

Pour le surplus, le groupe de réflexion souhaite décliner quelques précisions :

- 1) **Les auditions et confrontations** sont déjà dans notre droit positif, et n'appellent pas de commentaires particuliers . La mission tient cependant à confirmer que l'accès à certaines pièces du dossier n'implique pas que doive être modifié le processus actuel<sup>268</sup> de l'audition . « La participation effective [du conseil à] l'interrogatoire<sup>269</sup> » n'emporte pas qu'une audition devienne un débat interrompu<sup>270</sup> à tout instant. En revanche, en cas d'auditions échelonnées assorties, selon la stratégie de l'enquêteur, de remises échelonnées des pièces du dossier pour consultation, il semblerait conforme aux dispositions de la directive<sup>271</sup> qu'un entretien confidentiel<sup>272</sup> entre avocat et suspect précédât, s'il est demandé, le nouvel interrogatoire<sup>273</sup>.
- 2) **La séance d'identification**, appelée « parade » dans le langage policier ne pose que très peu de questions . Elle n'offre pas de difficultés de sécurité puisqu'elle se passe dans les locaux policiers . Cependant, il importe de prévoir très expressément que l'assistance de l'avocat à une parade d'identification n'emportera pas la levée de la protection qu'un témoin peut obtenir du juge des libertés et de la détention<sup>274</sup>, et que, dans ce cadre, il sera légitime que des dispositifs techniques pertinents persistent à garantir son anonymat et sa sécurité .

Par ailleurs, s'agissant d'un acte d'investigation qui n'emporte pas audition du mis en cause,  
266 En particulier dans les actes qui impliquent un tiers, victime (confrontation) ou témoin (confrontation, parade d'identification...)

267 De sorte que le mécanisme de régulation des obstructions ou incidents prévu à l'article 63-4-3 alinéa 1 du code de procédure pénale, devra être étendu aux nouveaux actes auxquels l'avocat pourra assister .

268 Article 63-4-3 du code de procédure pénale .

269 Directive C article 3 b) .

270 Sauf peut-être une intervention ponctuelle du conseil pour rappeler à son client son droit de s'exprimer ou de garder le silence

271 Articles 3 § 2 a) et § 3 a) : « ...les suspects aient le droit de rencontrer en privé l'avocat...et de communiquer avec lui, y compris avant qu'ils soient interrogés par la police... » .

272 Qui contrairement à l'entretien initial d'1/2 heure (article 63-4 du code de procédure pénale), pourrait être limité à 1/4 d'heure .

273 Evidemment sans nouveau délai de carence .

274 Articles 706-57 à 706-62 du code de procédure pénale . Sous réserve, d'une part du caractère « indispensable aux droits de la défense » de la connaissance de l'identité du témoin, et, d'autre part, des aménagements de ces textes qui seront inévitables à la suite de la décision du 25 mars 2014 (voir page 54 et les notes ainsi que le commentaire de la Haute cour publié avec la décision) .

le groupe de réflexion ne pense pas qu'il soit nécessaire d'aménager, entre suspect et conseil, ni un entretien préalable ni un délai de carence<sup>275</sup>. S'il semble à la mission inopportun à ce stade préliminaire, de prévoir un recours immédiat<sup>276</sup>, en tout état de cause, si l'identité n'est pas levée devant le juge, le témoignage ne pourra aucunement servir de « seul » fondement à une condamnation<sup>277</sup>.

3) « La **reconstitution de scène de crime** » est, en enquête initiale, flagrante ou préliminaire, un acte rarement pratiqué, qui, plus qu'une investigation proprement dite, a souvent pour but de « comprendre » un événement en le (re)mettant en situation. La directive nécessitera la modification du code de procédure pénale pour y prévoir la présence de l'avocat (ou au moins, celui-ci dûment informé), dès lors que son client y assiste en personne. Outre les questions de sécurité et de transport, déjà évoquées<sup>278</sup>, la mission pense cependant que, en l'absence d'audition, même officieuse ou informelle<sup>279</sup>, ni l'entretien préalable ni le délai de carence n'ont leur place dans cet épisode de l'enquête.

Enfin, la mission a débattu avec les intervenants, de deux mesures d'investigations, où l'assistance de l'avocat n'est pas explicitement prévue par la directive : le transport sur les lieux et la perquisition.

4) **Le transport sur les lieux** : Lors d'un crime flagrant, la question de la présence de l'avocat n'a pas à se poser lors du déplacement initial des enquêteurs sur les lieux pour y effectuer l'ensemble des constatations de police technique et scientifique ou y recueillir les témoignages initiaux. A l'inverse, il n'est pas rare que, lors d'une audition, le mis en cause donne une information sur le lieu d'un butin, d'un cadavre, d'un instrument du crime, d'une cachette de complices, ou sur une circonstance matérielle ayant pu échapper aux diligences des enquêteurs... Cette audition ayant eu lieu en principe avec l'assistance de l'avocat, la découverte en présence du mis en cause d'éléments fournis par lui et péremptoires à son encontre, rend nécessaire, aux yeux de la mission, que ce transport ait lieu avec l'assistance de l'avocat (ou, au moins, celui-ci dûment appelé). Là aussi (outre les questions de sécurité), puisque ce déplacement n'a pas pour objet de procéder à un interrogatoire, même informel<sup>280</sup>, mais bien de procéder à de nouvelles constatations et/ou saisies, ni entretien préalable ni délai de carence ne sont à prévoir.

5) **La perquisition** : C'est un des points sensibles de la réflexion de la mission. Elle a pris acte

275 Pour autant, la présence effective du conseil semble très hautement souhaitable : Tous les avocats généraux qui requièrent aux assises savent les débats difficiles au sujet des parades d'identification, dont on peu escompter qu'ils s'atténuent avec la présence de l'avocat.

276 Au demeurant, si la protection du témoin est opportune « à chaud », elle perd peu à peu, sauf exception, de son absolue nécessité au fur et à mesure du recueil d'autres preuves.

277 Article 706-62 du code de procédure pénale.

278 Mais qui doivent être juridiquement tranchées pour éviter toute mise en cause ou recherche de responsabilité des officiers de police judiciaire.

279 Dont il serait souhaitable cependant que la loi prévoit expressément la prohibition.

280 Voir note précédente

de la position très majoritaire des enquêteurs et magistrats entendus selon laquelle il s'agit purement d'un acte de recherche de preuves qui ne relève pas du domaine de la défense.

La mission souligne d'abord qu'en l'état, la directive du 22 octobre 2013<sup>281</sup> n'inclut pas la perquisition dans les actes d'enquête ouvrant droit à la présence de l'avocat et que, à sa connaissance, aucun pays voisin ne prévoit d'une quelconque manière la participation de l'avocat aux perquisitions. La jurisprudence nationale<sup>282</sup>, qui s'est prononcée sur la nature de la perquisition, acte d'investigation qui se différencie de l'audition, a écarté expressément l'assistance de l'avocat.

Les Barreaux invoquent évidemment, à l'appui de leur demande de participation aux perquisitions, la perquisition fiscale bien plus « progressiste<sup>283</sup> » que celle de la procédure pénale. Ils dénoncent surtout la pratique contestable selon laquelle la « représentation des objets saisis, pour reconnaissance, aux personnes qui paraissent avoir participé au crime<sup>284</sup> », serait souvent détournée pour « faire parler » le suspect hors du champ réglementé de l'audition<sup>285</sup>. Il est du reste intéressant de noter que cet argument des avocats donne « en creux » la définition de leur « assistance » au cours de l'enquête, principalement centrée sur la prévention du risque d'auto-incrimination pendant l'audition.

La mission tient absolument à rappeler que sa réflexion juridique, et peut-être ses propositions, ne peuvent aucunement faire l'impasse sur les très réels problèmes matériels et sécuritaires que pose(rait) la présence d'un avocat au cours des perquisitions.

En fait, le groupe de réflexion a envisagé plusieurs catégories de perquisitions :

- **Les perquisitions effectuées**, à n'importe quel stade de l'enquête, **chez toute autre personne**, physique ou morale, ou tout autre organisme ou institution **que la personne du suspect<sup>286</sup>** (ou, également, à un stade de la procédure initiale où la personne perquisitionnée n'est pas encore juridiquement suspecte), relèvent évidemment des règles protectrices des droits fondamentaux, mais pas du registre des droits de la défense. De sorte que, selon la mission, la question de la présence de l'avocat lors de ces perquisitions paraît inadaptée.
- La question, aux yeux de la mission, est plus complexe pour les perquisitions chez une

281 Article 3 § 3 c)

282 Cass. crim. 3 avril 2013 Bull. crim. 74 : Au motif invoqué par le juge du fond que « dans une audition, on sollicite des déclarations par lesquelles la personne entendue peut éventuellement s'auto-incriminer ; que, lors d'une perquisition, la personne chez qui elle a lieu a un rôle passif de témoin des recherches et saisies réalisées ; que sa présence lui permet de vérifier, constater, reconnaître ou ne pas reconnaître la présence des objets recherchés et découverts... », la cour estime que la « chambre de l'instruction n'a pas méconnu le sens et la portée de l'article 6 § 3 de la CEDH, dès lors que ce texte n'exige pas que la personne ayant reçu notification officielle du fait qu'elle est suspectée... soit assistée d'un avocat lorsqu'elle est présente à des actes au cours desquels elle n'est ni privée de liberté ni entendue sur les faits qui lui sont reprochés ». On notera que la personne chez qui la perquisition avait lieu n'était pas placée sous le régime de la garde à vue.

283 Article L16 B II d) du Livre des procédures fiscales.

284 Article 54 dernier alinéa du code de procédure pénale.

285 Puisqu'ils ne participent pas aux autres perquisitions, les barreaux invoquent leur « expérience » lors des perquisitions de cabinets d'avocat.

286 CA Riom 18 décembre 2012 : « ...des perquisitions peuvent être réalisées chez des personnes qui ne sont pas impliquées dans des faits délictuels mais chez qui des éléments de preuve peuvent être recherchés, ou même chez des victimes ou parties civiles... ».

personne suspecte :

D'abord en droit : La mission s'interroge sur la limite de la décision apparemment péremptoire de la cour de cassation (arrêt du 3 avril 2013<sup>287</sup>) : l'assistance de l'avocat n'est pas obligatoire lorsque la personne qui a reçu notification de la suspicion dont elle fait l'objet « n'est ni privée de liberté ni entendue sur les faits qui lui sont reprochés » .

Le groupe de réflexion estime en premier lieu que les termes « présentation [ des objets saisis ] pour reconnaissance<sup>288</sup> » sont insuffisamment précis et peuvent prêter à une « audition informelle » sous forme de questions ( ou de déclarations spontanées ) de nature à exposer au risque d'auto-incrimination . Il souhaite donc à tout le moins une réécriture apte à exclure toute déclaration sollicitée ou spontanée du suspect .

Ensuite, la personne en garde à vue étant clairement « privée de liberté », si elle placée en garde à vue, ne faudrait-il pas tirer comme conséquence de la réserve émise par la cour de cassation, que l'assistance de l'avocat à la perquisition serait nécessaire quand le suspect est en garde à vue ?

La mission n'estime pas devoir se rallier à une telle position<sup>289</sup>. En effet, elle considère que la perquisition est par son objet-même, un acte de recherche de preuves, à l'égard duquel la situation contrainte ou pas du mis en cause est indifférente . Comme tout acte d'enquête portant atteinte à un droit fondamental, il relève évidemment de la protection de l'autorité judiciaire, mais ne revêt aucune nature juridictionnelle qui ouvre un droit au contradictoire .

Ce n'est donc pas la perquisition en elle-même qui induirait l'assistance de l'avocat, mais le risque que cette perquisition soit une occasion non maîtrisée d'une auto-incrimination du mis en cause ou du suspect . C'est pourquoi, au-delà même de la nécessité minimale de la réécriture de la disposition relative à la reconnaissance d'objet<sup>290</sup> saisi, de nature à éviter toute déclaration auto-incriminante<sup>291</sup>, le groupe de réflexion estime essentiel que la loi prévoit très expressément **l'interdiction de toute question de l'enquêteur et même de toute déclaration du mis en cause « perquisitionné », provoquée ou spontanée**. A cet égard, une notification au suspect de cette « obligation de se taire » serait sans doute opportune . La reconnaissance des objets saisis ne devra intervenir qu'au service, sous la forme d'une audition avec assistance du conseil .

- **L'avocat pourra évidemment assister son client lors des auditions, confrontations, parades et**

287 Voir note n° 282 .

288 Article 54 dernier alinéa du code de procédure pénale .

289 A contrario, une telle assistance ne sera pas nécessaire dans le cadre d'une audition libre . Sous réserve que la protection contre l'auto-incrimination n'est pas liée à la forme coercitive ou non dans laquelle se déroule l'audition .

290 Voir note N° 288 .

291 « - Reconnaissez-vous ce couteau taché de sang retrouvé dans votre chambre ? Est-ce celui qui a servi à tuer M X ? . - Oui, je le reconnais » .....

reconstitutions (directive).

- La mission estime opportune l'assistance de l'avocat lors d'un transport sur les lieux opéré pendant une garde à vue, à la suite d'informations communiquées par le mis en cause.
- Sous réserve de l'interdiction légale de toute déclaration provoquée ou spontanée du mis en cause, la mission ne préconise pas l'assistance de l'avocat à la perquisition.
- Les questions matérielles et sécuritaires liées à un déplacement de l'avocat avec son client doivent être tranchées par la loi.

### 2-L'avocat peut-il concourir à l'enquête ?

Quasiment aucun intervenant n'a défendu la thèse extrême d'un droit de l'avocat à effectuer une enquête parallèle, à conduire une contre-enquête, ou même à co-agir au cours de l'enquête policière<sup>292</sup>. Un tel changement complet de système, outre qu'il heurterait la tradition juridique latine qui investit l'autorité publique de la mission de la protection des citoyens contre le crime<sup>293</sup>, conduirait à des inégalités insupportables entre les justiciables disposant de moyens suffisants pour financer leur propre contre-enquête<sup>294</sup> et ceux dont l'impécuniosité les rendrait totalement vulnérables à la machine pénale étatique. C'est du reste une des principales raisons pour laquelle la mission ne plaide pas pour le « grand soir » de basculement dans la procédure accusatoire .

Pour autant, beaucoup ont évoqué, d'une part, la nécessité, au titre, sinon de l'exercice plein des droits de la défense, reporté à la phase du jugement<sup>295</sup>, en tout cas de leur préservation, d'autre part, l'utilité pour la manifestation de la vérité, qui reste un objectif de notre système procédural, d'une possibilité pour le suspect et son avocat de proposer des vérifications, d'orienter des recherches complémentaires, de solliciter des contre-preuves, en un mot de « demande des actes » . La mission adhère à cette position . Il s'agit, dans son esprit, non pas de contester dans le principe la loyauté de l'action policière<sup>296</sup>, qui œuvre à charge et à décharge, mais plutôt de contribuer à la recherche de la vérité et de prévenir l'erreur judiciaire<sup>297</sup> en corrigeant rapidement les possibles erreurs, insuffisances ou convictions de l'enquête(ur) .

Il ne s'agirait pas ici d'un droit à proprement parler nouveau : au travers de la possibilité qu'a

292 Qui ouvrirait par exemple un droit à l'avocat à (contre)entendre les témoins ou à diligenter ses propres expertises...

293 « Une justice de service public à la française », selon le mot de J.L. Nadal .

294 Un tel système ne permettant évidemment pas une aide juridictionnelle à la hauteur du coût des diligences mises en œuvre par la défense

295 Ou de l'instruction maintenue .

296 Ce que ressentent avec malaise certains enquêteurs, qui revendiquent, parfois au-delà même du droit positif, « qu'on redonne aux actes des policiers leur pleine valeur de preuve » . Il faut cependant rappeler le principe de l'article 430 du code de procédure pénale : « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux et rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements » . Seules « des dispositions spéciales de la loi » donnent au procès-verbal valeur probante « jusqu'à preuve contraire » apportée « par écrit ou par témoin » (force probante au demeurant cantonnées aux seules constatations matérielles personnellement effectuées par l'agent) (article 431 du code de procédure pénale) . De très rares dispositions (du code des douanes par exemple) prévoient des procès-verbaux « valant jusqu'à inscription de faux » .

297 Voir à cet égard le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale sur l'affaire dite d'Outreau n° 3125 du 6 juin 2006 (pages 317 et suivantes) .

déjà l'avocat, en fin d'audition, de formuler des questions ou observations écrites versées à la procédure, rien ne l'empêche d'émettre d'ores et déjà des interrogations sur les insuffisances de l'enquête, et donc, pas seulement « en creux », mais bien de manière explicite, de proposer un complément à l'enquête. De sorte que l'affirmation du droit de solliciter des actes complémentaires ne constitue qu'un prolongement d'un droit déjà inscrit dans le code de procédure pénale.

Dès lors quel régime juridique accorder à ce droit de demander des actes, de nature à concilier l'exercice très contraint que constitue une garde à vue, mais aussi évidemment la qualité de l'enquête <sup>298</sup>?

- Toute demande de cette nature devra être évidemment écrite et précise : Entendre tel témoin, analyser l'ADN se trouvant sur telle pièce à conviction...et non pas : faire un complément d'enquête. On notera que cette demande sera d'une bien meilleure pertinence dans le cadre d'un accès amélioré au dossier tel que prôné par la mission.
- Cette demande<sup>299</sup> sera déposée auprès de l'agent le plus opérationnel de l'enquête à savoir l'officier de police judiciaire<sup>300</sup>, mais aussi auprès du procureur de la République, dans sa qualité de contrôleur de l'exercice de la police judiciaire. On peut cependant faire crédit à l'enquêteur du fait que, si cette diligence lui paraît à la fois opportune et praticable pendant la durée de la garde à vue, il n'hésitera pas à l'effectuer d'initiative.
- Il pourra cependant arriver que l'enquêteur estime inopportun ou impossible d'effectuer l'acte demandé. Dans ce cas, il en informera le procureur (acté en procédure<sup>301</sup>) qui appréciera la suite à y donner.

En toute hypothèse, en cas d'inexécution de la diligence sollicitée, la mission estime totalement impraticable dans le délai étriqué de la garde à vue d'ouvrir un recours immédiat<sup>302</sup>. Elle rappelle que l'appréciation de l'équité du procès intervient de toute façon en fin du processus pénal devant le juge (d'instruction ou) du fond, devant qui le parquet assumera la charge de la preuve qu'il n'a pas porté par sa décision une atteinte irrémédiable aux droits de la défense.

298 Dont une des composantes est évidemment le respect des droits de la défense gradués selon cette phase procédurale.

299 Qui pourrait, à l'occasion, s'accompagner du dépôt de pièces justificatives.

300 Qui, au surplus est le détenteur de la procédure dans laquelle la demande sera déposée.

301 Soit par un document rédigé versé à la procédure, soit, en cas d'urgence, par une mention explicite de l'officier de police judiciaire mentionnant succinctement l'avis du parquet.

302 Soit devant le Procureur général (ce qui poserait d'autres questions de principe...) soit devant le juge des libertés et de la détention.

Il sera évidemment proposé une réponse à cette situation de « blocage », mais, en réalité, cette question des investigations sollicitées et non effectuées dépasse le simple cadre de la gestion d'un événement parmi d'autres qui émaille le déroulement d'une garde à vue, pour s'inscrire dans le concept bien plus général d'une possible « mise en état » de la procédure pénale qui pourrait s'insérer entre la fin de l'enquête et la saisine du juge du fond .

En l'absence d'un traitement juridictionnel de la demande d'acte(s), mais seulement, d'une « réponse d'enquêteur », la mission considère qu'il est impossible que l'absence de demande d'acte à ce stade soit « purgée » par la décision sur l'action publique . Il est bien évident que le suspect ou son conseil conserveront un droit à demander un complément d'enquête jusque devant la juridiction du fond (évidemment devant le juge d'instruction) .

- La mission considère que l'avocat n'a pas à concourir à l'enquête, sinon sous la forme d'une demande d'acte(s) .
- Une telle demande pourra toujours être (re)formulée devant le juge d'instruction ou jusqu'à l'audience (absence de purge).
- Quelle réponse donner à cette demande d'acte(s) ?



# 4- La mise en état final des affaires pénales

On aura suffisamment compris que le choix de notre mission n'est pas de prôner un processus d'élaboration de l'enquête sous une forme totalement contradictoire, comportant une sorte d'association du mis en cause et/ou de son avocat aux diligences effectuées par la police judiciaire sous le contrôle du parquet, avec un recours immédiat et systématique à un juge (de l'enquête) chargé à tout moment de trancher un désaccord entre parquet et défense .

Pour autant, le groupe de réflexion a proposé de nombreuses améliorations pour assurer jusqu'à l'audition, libre ou contrainte, du « suspect » (au sens juridique du mot<sup>303</sup>), un meilleur contrôle des actes attentatoires aux droits fondamentaux et des moments d'ouverture au contradictoire qui respectent la nécessité et l'efficacité de la lutte contre le crime .

Cela dit, nous arrivons au moment où se pose la question d'une **meilleure préparation qualitative de la légalité, de la régularité et du contenu de cette enquête**, de manière à apporter devant le juge du fond une procédure pénale purgée de ses défauts ou insuffisances, et permettre ainsi de recentrer exclusivement le débat judiciaire sur la culpabilité, la peine et l'indemnisation de la victime . Devrait-on instaurer une telle étape procédurale avant toute venue d'un dossier à l'audience ?

### ● A - Une mise en état juridictionnelle généralisée ?

Disons d'entrée que la mission n'estime ni possible ni souhaitable, une généralisation d'un tel système, pour de nombreuses raisons .

1- Il convient d'abord de donner un instrument de mesure des affaires qui pourraient relever de cette nouvelle phase de procédure : En 2012, les parquets ont reçu 4 981 005 procès-verbaux, traité 4 494 744 d'entre eux, classé sans suite 3 115 685 affaires, orienté 1 379 086 procédures, dont 603 583 vers les poursuites et 547 678 vers les alternatives aux poursuites, enfin classé sans suite 152 333 dossiers<sup>304</sup> pour inopportunité des poursuites . Les juges d'instruction ont été saisis de 16 769 ouvertures . 1 251 879 décisions pénales ont été rendues par toutes les juridictions pénales françaises dont 646 888 par les tribunaux correctionnels, 423 465 par les tribunaux de police et de proximité. Même si on peut estimer qu'une mise en état structurée ne serait sans doute pas indispensable pour les contraventions<sup>305</sup>, ni pour les alternatives aux poursuites, ni même pour les classements sans suite fondés sur une absence d'élucidation, comment peut-on imaginer qu'un débat final de mise en état entre parquet et défense, devant un juge, puisse être organisé pour environ 800 000 poursuites correctionnelles et classements d'opportunité ? La charge procédurale, avec l'instauration d'une sorte « d'article 175<sup>306</sup> » (et les délais y afférents), les éventuels compléments d'enquête ordonnés, l'organisation d'un débat final (et de purge ?) devant un juge de la clôture de l'enquête représenteraient un travail administratif et judiciaire d'un tel poids que le processus pénal y connaîtrait à bref délai une thrombose assortie d'aphasie et de paralysie irrémédiables . Où et quand trouverait-on assez de parquetiers, de juges, de greffiers et fonctionnaires et même d'avocats disponibles à une telle évolution procédurale ?

303 Désormais défini par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 (article 1er I qui crée un article 61-1 nouveau du code de procédure pénale).

304 Source : Les chiffres clés de la Justice 2013 : La Justice pénale pages 14 à 17 .

305 Celles que les textes européens qualifient « d'infractions mineures » (Directive B article 2 § 2) redevables de règles simplifiées

306 Article 175 du code de procédure pénale, qui organise, dans la procédure d'instruction, les délais d'observations et de demande d'actes formulées par les parties, les réquisitions de règlement du parquet et les ordonnances de clôture du magistrat instructeur .

2- Car, alors qu'à peine 2,8 % des affaires poursuivables sont orientées vers l'instruction, mise en état juridiquement « parfaite », mais pratiquement perfectible, et que la durée moyenne d'une instruction dépasse les deux années<sup>307</sup>, qu'à l'inverse, la durée moyenne des procédures menées devant le juge de première instance est inférieure à une année<sup>308</sup>, quel délai pourrait-on attendre d'une mise en état finale généralisée ? Si la mission s'est montrée critique à l'égard du traitement en temps réel, dont elle souhaite un recentrage sur les concepts fondamentaux, elle estime indispensable de préciser ici ses propos : Il ne saurait être question d'abandonner cette pratique judiciaire, qui, parmi beaucoup d'autres qualités<sup>309</sup>, a permis des progrès considérables en termes de délais de traitement judiciaire, qu'il serait proprement ruineux pour la protection de nos concitoyens et la qualité de la justice de remettre en cause . Or, la généralisation d'une mise en état juridictionnalisée à la fin de chaque enquête comporterait de fait un abandon explicite du principe de l'orientation pénale en temps réel en fin d'enquête et donc, le retour à des délais déraisonnables de la réponse de justice<sup>310</sup>. Bien plus, le groupe de réflexion considère, de manière non paradoxale, qu'un recentrage du traitement en temps réel, par la disponibilité accrue pour les enquêteurs et les magistrats qu'il pourrait ménager, serait de nature à améliorer sensiblement la qualité formelle et substantielle des enquêtes méritant meilleure attention, ce qui est un des objectifs assignés à la mise en état .

3- Enfin, la mission reste intellectuellement hostile à la généralisation d'une mise en état juridictionnelle, pour plusieurs raisons de fond :

- a. Une telle clôture juridictionnalisée ne serait qu'un « clonage » de l'instruction, incohérent avec le maintien de la procédure d'information judiciaire . La mission a souligné à plusieurs reprises que son souhait de coordination entre la procédure lourde de l'instruction et l'enquête pénale plus légère la conduisait à maintenir certaines spécificités de chaque procédure et à éviter tout (faux) alignement entre elles . Or la distinction peut rester encore admissible dans la mesure où l'instruction est réservée aux procédures à plus fort enjeu, qui méritent une certaine lourdeur technique, alors que la grande majorité des enquêtes, tout en connaissant des protections juridiques améliorées, doivent encore rester dans une opérationnalité et une légèreté tolérables .
- b. Ensuite, l'appréciation de la fin d'enquête confiée à un juge induira nécessairement une confusion supplémentaire entre les divers intervenants judiciaires . Ainsi, en cas de complément d'investigation estimé nécessaire, le juge de la clôture soit exécutera lui-même ou fera exécuter par des enquêteurs les investigations utiles – et il se transformera en juge d'instruction....- soit enjoindra au parquet d'effectuer les actes – ce qui constituera une atteinte illégitime à l'indépendance du ministère public à l'égard du siège<sup>311</sup> et une immixtion dans la conduite de l'enquête, laquelle ne doit incomber, selon le groupe de réflexion, qu'au ministère public .

307 Même source : 25,7 mois .

308 Même source : 11,6 mois pour les délits en première instance .

309 Resserrement des liens avec la police judiciaire, place de la victime, caractère contradictoire hyper-majoritaire des décisions, conquête du classement sec par la troisième voie, et surtout, raccourcissement majeur des délais de jugement .

310 Délais non-raisonnables que la CEDH ne manque(ra) pas de condamner....

311 Cass. crim. 24 mars 1992 pourvoi n° 91-82.757 ; Cass. crim 5 juin 2002 Bull. n° 129

- c. Bien plus, la décision sur la saisine du juge du fond (sur le principe et le mode de saisine mais également sur l'envoi en troisième voie ou le classement sans suite de l'enquête) qui serait confiée à un juge de la clôture, constituerait une substitution au pouvoir propre du ministère public dans son cœur de métier : l'exercice de l'action publique – et une confusion supplémentaire entre autorité de poursuite et de jugement<sup>312</sup>. Au demeurant, elle interdirait désormais la déclinaison de la politique pénale du gouvernement, gage de l'égalité des citoyens devant la loi, en une politique locale d'action publique, dont la définition et la mise en pratique relève de la mission du ministère public<sup>313</sup>.
- d. Enfin, si la juridictionnalisation de la clôture de l'enquête a un sens, elle aura pour mission de « purger » l'enquête initiale de tous ses vices pour offrir au juge du fond un dossier abouti. Purge de l'insuffisance d'abord des éléments de preuves, fortement contestée à ce stade par le Barreau et qui, de toute façon n'empêchera pas le juge du fond d'ordonner s'il l'estime utile un supplément d'information<sup>314</sup>. Mais surtout, purge des nullités procédurales : S'agissant d'une décision proprement juridictionnelle, elle nécessitera inévitablement l'ouverture de voies de recours (appel et cassation), entraînant des délais d'attente du jugement au fond bien plus longs que l'actuelle pratique judiciaire qui joint très heureusement, sauf exception, « l'incident au fond ».

A cet égard, le groupe de réflexion préconise un réexamen des divers régimes de nullité<sup>315</sup>, en particulier applicables à l'enquête initiale, qui, si ils constituent une protection du justiciable, la forme étant, selon le mot célèbre, « la sœur jumelle de la liberté », induit en réalité un désordre et une insécurité juridique parfaitement dommageables.

Pour toutes ces raisons, la mission ne propose pas la mise en place généralisée d'une phase de mise en état juridictionnelle en fin d'enquête.

- La mission n'estime ni praticable ni souhaitable une mise en état finale généralisée de l'enquête pénale sous la forme d'un débat contradictoire entre ministère public et défense devant un juge.
- Elle pense cependant qu'il est légitime, tant pour le respect des droits de la défense que pour la qualité des affaires, d'ouvrir un droit à la demande d'acte(s) et d'y apporter une réponse, quelle que soit la suite pénale et sous le contrôle final du juge.

<sup>312</sup> Voir notre précédente.

<sup>313</sup> Dans les termes de l'article 30 du code de procédure pénale, qui, faut-il le rappeler, a supprimé toute instruction du Garde des Sceaux dans les affaires individuelles (loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013).

<sup>314</sup> Comme aujourd'hui après l'article 175 du code de procédure pénale

<sup>315</sup> Article 171 du code de procédure pénale : « Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne ». Les distinctions entre nullités textuelles ou substantielles (ou virtuelles), l'impossibilité de « dresser une liste exhaustive », ni des unes (éparses dans le code), ni des autres (relevant de la jurisprudence, comme par exemple, celle qui « débute » sur la validité de l'enquête préliminaire : voir note n° ), l'application du principe « pas de nullité sans grief » (article 802 du code de procédure pénale), les « contours incertains de la catégorie des nullités d'ordre public » (Traité de procédure pénale F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, op. cit. n° 2005 et suivants) sont autant de règles écrites ou jurisprudentielles qui mériteraient refonte.

## B- Des améliorations souhaitables :

L'hostilité de la mission à la mise en place d'une mise en état systématique dans toutes les procédures pénales ne l'empêche pas de considérer que des améliorations doivent être apportées à la procédure pénale dans la phase qui s'insère entre la fin de la garde à vue et l'arrivée du dossier devant le juge du fond .

Le groupe de réflexion note d'abord que de nombreux progrès sont d'ores et déjà inscrits dans la loi de transposition<sup>316</sup> de la directive B – et du début de la directive C – de sorte que ses propositions ne pourront que tenter de compléter modestement des améliorations déjà acquises .

### 1- Les demandes d'actes :

Le présent rapport avait différé<sup>317</sup> l'étude de la question du sort des demandes d'actes formulées par la défense au cours d'une garde à vue . La question n'a évidemment pas lieu d'être évoquée dans l'hypothèse où, d'initiative ou sur décision du parquet, l'enquêteur aurait effectué les diligences complémentaires pendant la durée de la garde à vue .

A l'inverse, il importe de régler la question des investigations demandées qui n'auraient pas été, pour quelque cause que ce soit<sup>318</sup>, effectuées au cours de la garde à vue .

En réalité, le sort d'une telle demande d'actes, dont le principe est, comme on l'a vu, considéré comme légitime par la mission, en ce qu'elle s'inscrit dans un exercice effectif et en temps utile des (premiers vrais) droits de la défense, est essentiellement lié à la décision que va prendre le parquet sur l'action publique consécutive à la garde à vue . La mission ne peut que noter que la loi du 27 mai 2014 règle une grande part de cette question .

#### a) En cas de défèrement au parquet :

Si le procureur estime devoir faire déférer le suspect devant lui<sup>319</sup>, la nouvelle loi instaure une phase procédurale bien plus aboutie que l'ancien interrogatoire de défèrement<sup>320</sup>: A l'issue de la consultation du dossier (c'est-à-dire de l'entier dossier) par l'avocat ou le mis en cause<sup>321</sup>, le procureur reçoit les observations ou procède à un « interrogatoire » de la personne déférée, en forme de débat contradictoire au cours duquel (outre les notifications classiques : qualifications...) la personne et/ou son avocat s'expriment « sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête et sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes <sup>322</sup>» .

<sup>316</sup> Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 .

<sup>317</sup> Voir page 72 .

<sup>318</sup> Opportunité, impossibilité, manque de temps...

<sup>319</sup> On rappellera que l'article 62-2 2° considère justement que la garde à vue « doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : ...2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête » .

<sup>320</sup> Au demeurant très « amputé » par la décision du Conseil constitutionnel : Décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011 § 13 : l'article 393 du code de procédure pénale « qui ne permet pas au procureur de la République d'interroger l'intéressé, ne saurait, sans méconnaître les droits de la défense, l'autoriser à consigner les déclarations de celui-ci sur les faits qui font l'objet de la poursuite dans le procès-verbal mentionnant les formalités de la comparution » .

<sup>321</sup> Article 8 VII 1° et 2° de la loi 2014-535 du 27 mai 2014 modifiant l'article 393 du code de procédure pénale

<sup>322</sup> Article 8 VII 3° de la loi du 27 mai modifiant le même article

A l'issue de ce débat rénové, le ministère public peut exercer toute la palette des réponses pénales : ouverture d'une information, comparution immédiate, comparution par procès-verbal, classement sans suite, envoi en alternative à la poursuite . Il peut aussi, en libérant le mis en cause, ordonner la continuation de l'enquête en la forme préliminaire . Le sort des demandes d'actes sera différent selon l'orientation que le parquet aura donnée à la suite du débat contradictoire .

- L'instruction et la comparution immédiate :

Il est bien évident que les procédures déjà existantes (**instruction ou comparution immédiate**<sup>323</sup> ) ouvrent à l'avocat toutes possibilités pour que les actes demandés mais non immédiatement effectués pendant la garde à vue soient pratiqués sans retard préjudiciable . Le ministère public pourra du reste s'associer à cette demande . La victime, attrait à ces procédures, pourra également solliciter les actes qu'elle estimera utiles .

C'est pourquoi, la mission note que, en cas de défèrement suivi d'une ouverture d'information ou d'une comparution immédiate, *le très court délai entre la demande d'acte non suivie d'effet et la possibilité d'une décision effective d'un juge, rend juridiquement parfaitement admissible l'absence de recours contre la décision du parquet qui a refusé l'exécution de la demande d'acte* .

Au-delà, et bien que cette réflexion n'appartienne pas en propres termes au champ de sa mission, la commission, sensible aux critiques des avocats (« justice expéditive ») et de nombreux collègues des chambres correctionnelles<sup>324</sup> sur le caractère trop souvent incomplet des procédures orientées en comparution immédiate, considérerait utile qu'une réflexion soit menée pour, peut-être, unifier la comparution immédiate avec la convocation par procès-verbal, comportant la possibilité d'une mesure de sûreté (détention provisoire, surveillance électronique ou contrôle judiciaire) d'une durée maximale de l'ordre de deux mois de la compétence d'un juge des libertés et de la détention, qui pourrait permettre de concilier sécurité publique avec enquête mieux complétée (tant sur le plan des faits que de la personnalité des intéressés) .

- La convocation par procès-verbal :

La loi du 27 mai 2014 règle également le cas d'une convocation par procès-verbal consécutive au défèrement, en ouvrant au tribunal saisi les mêmes pouvoirs procéduraux aptes à compléter l'enquête<sup>325</sup> .

La mission regrette cependant le caractère « couperet » de la saisine du tribunal, qui entraîne la compétence exclusive de la juridiction, avec un « retard » (certes maximal) de deux mois<sup>326</sup> pour ordonner ou faire effectuer les investigations complémentaires .

<sup>323</sup> Soit par supplément d'information ordonné par le tribunal, soit par renvoi au procureur de la République (article 397-2 du code de procédure pénale) .

<sup>324</sup> Ainsi parfois que des victimes qui n'ont pas le temps de constituer leur dossier pour faire valoir leurs droits .

<sup>325</sup> Article 8 IX de la loi du 27 mai modifiant l'article 394 du code de procédure pénale .

<sup>326</sup> Article 394 alinéa 1er du code de procédure pénale .

Or, il arrivera souvent que ces diligences aient été considérées comme opportunes par le parquet (ou même l'enquêteur) et que *leur différé n'ait tenu qu'à l'impossibilité matérielle de les effectuer pendant le délai contraint de la garde à vue* . Dans ce cas, pourquoi attendre l'audience pour qu'elles soient ordonnées ? Le parquet ne pourrait-il pas les faire effectuer le plus tôt possible, ainsi que celles qui pourraient en découler, de manière à produire dès l'audience un dossier complété . Il va de soi que deux limites devraient y être posées : l'exclusion de toute nouvelle audition de la personne poursuivie en forme coercitive, et le maintien, au profit du tribunal de sa compétence pour ordonner à l'audience toutes autres mesures qui lui sembleraient utiles .

Pourquoi même ne pas imaginer que le parquet, s'il estime vraiment utiles les investigations complémentaires, auxquelles il faut donner un temps crédible d'exécution, puisse fixer (dans un délai maximal de six mois) une date d'audience plus éloignée que les deux mois légaux ? Pourquoi ne pas également imaginer que le parquet, mieux informé de l'enquête grâce à l'exécution des actes complémentaires sollicités par le mis en cause et/ou la victime, puisse réviser sa décision initiale de poursuite qui aurait perdu sa pertinence et modifier l'orientation de son action publique ?

Enfin, la logique de l'acceptation du recours à la **comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité**, fondé sur le principe d'une affaire où les « charges réunies sont suffisantes et [où] l'affaire est *en état d'être jugée*<sup>327</sup> » induit l'admission par le mis en cause et son avocat que les actes dont il(s) avai(en)t demandé l'exécution au cours de sa garde à vue ne lui (leur) paraissent plus présenter un caractère indispensable . Pour autant, le juge pourra exercer son contrôle au travers de sa décision d'homologuer ou non la proposition du ministère public .

En cas de défèrement au parquet,

- La mission prend acte que la loi de transposition de la directive B a instauré un débat contradictoire sur l'état et l'orientation de la procédure .
- Dans le cadre de la comparution immédiate : les demandes d'actes peuvent déjà être satisfaites par le tribunal
- Dans le cadre de la convocation par procès-verbal : la mission estime que le parquet (sans attendre l'audience) devrait pouvoir ordonner immédiatement l'exécution des actes demandés .
- Il devrait également pouvoir réorienter sa décision d'action publique après leur exécution.

---

327 Article 495-7 du code de procédure pénale

**b) En l'absence de défèrement à l'issue de la garde à vue :**

La mission s'est posé la question de savoir si, à l'instar des procédures succédant à un défèrement qui, désormais, disposent d'une phase de débat contradictoire entre parquet et défense, une telle pratique pourrait être étendue aux autres orientations décidées par le parquet .

Outre toutes les raisons qui l'ont conduite à écarter une mise en état, Il lui est apparu impossible, pour plusieurs raisons, d'envisager l'hypothèse même d'un simple débat sur l'orientation de l'action publique :

- Ainsi qu'il a déjà été dit, aménager une phase de débat en fin d'enquête pour alimenter la décision d'orientation de l'action publique, signerait, de fait, la mort du traitement en temps réel . Impartir, par exemple, au suspect et/ou à la victime un délai dans toutes les affaires pour faire valoir leurs observations ou demandes complémentaires, nécessiterait une reconvoication du mis en cause et de la victime pour notification de la décision . Inutile de souligner l'allongement de la durée des procédures, le très probable « déchet » lors de la reconvoication, enfin, la surcharge insupportable pour les services de police et de gendarmerie – et le parquet - qu'induirait une telle pratique .

- Bien plus, **un tel débat sur l'action publique**, déjà nouveau dans son principe pour un parquet habitué à une décision « souveraine », **ne peut et ne doit revêtir qu'une forme proprement judiciaire** . *Il ne s'agit donc pas d'un acte qui puisse être délégué à l'officier de police judiciaire*<sup>328</sup>. Il faudrait donc imaginer, dans toutes les affaires ne donnant pas lieu à défèrement, soit que les personnes intéressées soient reconvoquées au parquet après le délai de réflexion pour leur notifier sa décision, soit que le substitut se déplace dans les services d'enquête pour pratiquer un tel débat. Solutions l'une et l'autre évidemment impraticables, et au demeurant dépourvues, s'agissant de procédures en principe relativement simples, d'une plus-value qualitative avérée .

C'est pourquoi, aux yeux du groupe de réflexion, la question se résume à la gestion des actes complémentaires qui peuvent s'avérer, d'office ou sur demande du suspect et/ou de la victime, nécessaires pour amener devant le juge une procédure en état certain d'être jugée . On répètera ici que cette phase ne peut pas autoriser la purge des nullités de procédure<sup>329</sup>.

- En cas de classement sans suite<sup>330</sup> :

Il résulte de la même logique qu'en cas de décision de **classement sans suite** prise à l'issue d'une enquête comportant garde à vue, les actes demandés ne présentent plus d'utilité, en tout cas immédiate . Pour autant, le motif d'un classement sans suite pouvant n'être pas indifférent à la situation ultérieure d'un mis en cause<sup>331</sup>, la mission relève qu'il pourrait être utile de compléter l'article 77-2 du code de procédure pénale<sup>332</sup> : le parquet devrait pouvoir, non pas diligenter d'office un complément d'enquête, mais effectuer, si elles restent possibles, les seules diligences qui auraient été expressément sollicitées par le suspect et/ou son avocat, au cours de ladite garde à vue, pour lui permettre de « prouver son innocence »<sup>333</sup> .

<sup>328</sup> Encore moins à un moment où l'on souhaite (re)manifester l'indépendance de l'autorité judiciaire par rapport à la police judiciaire (et réciproquement) .

<sup>329</sup> Voir page 76(b) .

<sup>330</sup> Proposition du rédacteur qui n'a pas fait l'unanimité .

<sup>331</sup> Cet argument n'avait pas de sens à l'époque où le classement sans suite excluait toute conséquence à l'égard du mis en cause . L'arrivée de textes prenant expressément en compte le motif du classement, rend désormais indispensable un droit de regard de la personne concernée sur ce motif . Par exemple au titre des précédents inscrits dans les divers fichiers de police et de justice (FNAEG, FIJAIS, JUDEX, Cassiopée,...), qui peuvent avoir une influence importante sur la situation personnelle du mis en cause (accès à certaines professions...).

<sup>332</sup> Article 77-2 du code de procédure pénale : « Toute personne placée en garde à vue .....qui, à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la fin de la garde à vue, n'a pas fait l'objet de poursuites, peut interroger le procureur de la République ....sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à la procédure. »

<sup>333</sup> Tant la différence est importante entre « infraction insuffisamment caractérisée » et « absence d'infraction » .



Du côté du plaignant ou de la victime, les recours déjà aménagés contre la décision de classement sans suite<sup>334</sup> permettent de relancer les actes d'enquête qui auraient été demandés et illégitimement omis .

- **En cas de poursuite « libre »** (citation directe ou convocation par officier de police judiciaire)

S'agissant des poursuites par voie de **citation directe**<sup>335</sup> ou de convocation par **officier de police judiciaire**<sup>336</sup>, la loi du 27 mai 2014 instaure un mécanisme de complément d'enquête<sup>337</sup>, ouvrant « aux parties<sup>338</sup> ou leurs avocats » le droit de demander au tribunal, par « conclusions écrites », « qu'il soit procédé à tout acte qu'ils estiment nécessaire à la manifestation de la vérité ». Avant l'audience, le président du tribunal, après avis du parquet, peut ordonner l'exécution des actes « justifiés », dans la forme de l'enquête préliminaire et avec la possibilité de ré-entendre auteur et victimes avec l'assistance de leur avocat. Si le président du tribunal correctionnel estime ne pas devoir ordonner l'exécution des diligences sollicitées, le tribunal aura à en décider<sup>339</sup>.

La mission souligne là encore qu'il est regrettable que le « concept-couperet » de saisine de la juridiction<sup>340</sup>, ne permette pas au parquet de faire effectuer les actes « justifiés », qu'ils aient été réclamés au cours de la garde à vue ou qu'ils soient nouvellement demandés avant l'audience. Le risque d'obstruction, ou même de simple inaction du paquet serait parfaitement limité : Quel intérêt le parquet aurait-il à affaiblir son action publique en présentant un dossier délibérément incomplet au juge, au risque d'un supplément d'information toujours décidable par la juridiction voire d'une décision de fond défavorable ? On aurait pu ainsi éviter, outre le temps de décision du président du tribunal correctionnel, la lourdeur d'une telle procédure, qui risque de provoquer des renvois de nature à obérer la fluidité de l'audiencement correctionnel. L'intervention du président de la chambre correctionnel pourrait donc n'être qu'un recours contre l'inaction ou le refus du ministère public d'exécuter les actes complémentaires sollicités.

La mission estime même que, pour pousser au bout le raisonnement, le ministère public devrait pouvoir, si l'enquête complémentaire révèle l'inopportunité de la décision initiale de poursuite, « reprendre » son action publique et modifier ladite décision, y compris par un classement sans suite<sup>341</sup>.

334 Articles 40-2 et 40-3 du code de procédure pénale .

335 Article 390 du code de procédure pénale .

336 Article 390-1 du code de procédure pénale .

337 Article 8 III de la loi du 27 mai créant un article 388-5 dans le code de procédure pénale .

338 C'est-à-dire auteur ET victime .

339 Le tribunal pouvant au choix commettre un de ses membres ou un juge d'instruction pour procéder au supplément d'information .

340 Qui n'est pas absolu : l'article 495-15-1 du code de procédure pénale, qui prévoit la saisine « simultanée » du tribunal par une CRPC et une COPJ en est une preuve .

341 Qui devrait évidemment être notifié au mis en cause et à la victime .

Si un tel complément d'enquête était confié au parquet et devait nécessiter une ré-audition du prévenu (et/ou de la victime), elle ne pourrait intervenir que sous la forme de l'audition libre<sup>342</sup>.

L'observation déjà précédemment faite en cas d'utilisation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité<sup>343</sup> garde également ici toute sa pertinence .

En l'absence de défèrement,

- la mission estime illégitime de déléguer à un officier de police judiciaire un débat contradictoire sur l'orientation de la procédure . Elle considère donc impossible la mise en œuvre d'un débat contradictoire quand il n'y a pas défèrement.
- La mission prend acte que la loi de transposition de la directive B a organisé une procédure pour gérer les demandes d'actes.
- En cas de citation directe ou de convocation par officier de police judiciaire, la mission estime que le parquet devrait pouvoir ordonner immédiatement l'exécution des actes demandés.
- L'intervention du président du tribunal correctionnel ne devrait être qu'un recours contre une inaction ou un refus du parquet .
- Le parquet devrait également pouvoir réorienter sa décision d'action publique après leur exécution.

• **La continuation d'une enquête préliminaire :**

L'ensemble des suites judiciaires précédemment évoquées, en ce qu'elles saisissent le(s) magistrat(s) du siège, ouvrent expressément les droits de la défense et la phase désormais pleinement contradictoire du procès pénal (accès au dossier, demandes d'actes, débat contradictoire devant un juge, au sens de l'article 6 de la Convention...).

Mais il est fréquent que, à la suite d'une garde à vue ( ou du reste d'une audition libre), les « raisons plausibles de soupçonner que [le gardé à vue ait] commis ou tenté de commettre » l'infraction reprochée nécessitent d'autres confirmations pour que le parquet puisse prendre une décision entièrement éclairée sur l'orientation de la procédure . De même, au cours d'un défèrement, la qualité des observations faites par la défense<sup>344</sup> peut (aujourd'hui déjà) suffisamment interpellé le procureur de la République, pour qu'il révise sa première intention de poursuite et décide au contraire de continuer ses investigations .

342 Article 1er de la loi du 27 mai 2014 créant un article 61-1 dans le code de procédure pénale .

343 Ou du reste de « troisième voie » .

344 Voir les notes n° 321 et 322 .

En droit strict, cette continuation de l'enquête en la forme préliminaire présente les mêmes insuffisances à la fois de contrôle, mais aussi de contradictoire, que la phase antérieure à l'interpellation du mis en cause . Or, le groupe de réflexion relève que cette situation est encore plus insolite, et pour tout dire anormale, alors même que, contrairement à la phase antérieure, **la notification des charges effectuée à l'occasion de la garde à vue ou de l'audition libre, a bel et bien fait du mis en cause un « suspect » et du plaignant une « victime »**, c'est-à-dire presque des « partie(s) à la procédure » . Il est donc indispensable que, au rôle protecteur des droits fondamentaux qui continue à incomber au juge des libertés et de la détention, s'ajoute une nette amélioration des droits de la défense au cours de cette « enquête prolongée », sous deux formes :

**- La restauration d'un contrôle du juge des libertés et de la détention dans le cadre de la continuation de l'enquête :**

Le groupe de réflexion rappelle le droit d'interrogation du procureur de la République ouvert au gardé à vue six mois après la fin de la mesure<sup>345</sup> en l'absence de décision sur la suite de la procédure .

En l'état du texte<sup>346</sup> , et de son pendant dans le domaine du crime organisé<sup>347</sup> , le ministère public saisi de la demande n'a plus d'obligation de réponse. La mission considère, au regard des principes de l'enquête pénale, qu'il est anormal qu'une demande formulée par un « suspect » (au sens juridique) ou son conseil, puisse rester sans réponse, voire sans recours . Elle estime, pour autant, qu'il s'agit d'un droit personnel, lié à la situation individuelle de la seule personne qui a été gardée à vue, qui ne saurait emporter obligatoirement une décision d'action publique globale sur l'ensemble de l'enquête . Il peut en effet être légitime qu'une enquête complexe ne soit pas contrainte à être interrompue par une décision portant sur la réclamation d'un suspect isolé.

C'est pourquoi, elle formule trois préconisations :

\* D'abord, unifier les deux régimes distincts d'information d'une personne gardée à vue sur la suite de la procédure à l'occasion de laquelle elle a subi la mesure (enquête préliminaire de droit commun et de crime organisé) ;

\* Ensuite, instaurer une procédure d'accès au juge des libertés et de la détention plus repoussée dans le temps (sauf non-réponse du parquet) ;

<sup>345</sup> Article 77-2 et 706-105 alinéa 1er du code de procédure pénale .

<sup>346</sup> L'état actuel de l'article 77-2 du code de procédure pénale résulte de l'article 34 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 .

<sup>347</sup> L'article 706-105 du code de procédure pénale, créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, n'oblige le procureur à répondre au requérant que dans certaines circonstances limitées (utilisation de moyens d'enquête spécifiques et nouvelle audition en garde à vue) .

\* Enfin, considérer que la décision prise par le juge s'appliquera au seul requérant, mais non pas à l'ensemble de l'enquête. Cette manière de voir s'inscrit dans la logique qui préside à toute la réflexion de la mission : le juge des libertés et de la détention n'est pas le juge de l'enquête, mais le juge de la loyauté et de la régularité de l'enquête, à travers la protection des droits fondamentaux et l'appréciation du contradictoire à l'égard de tel ou tel mis en cause .

Quelle procédure ?

Dans le délai de deux mois de la demande de renseignement de « l'ancien gardé à vue », le parquet aura l'obligation, à l'égard du requérant, soit de classer sans suite, soit d'exercer une poursuite selon le mode de son choix, en disjoignant la situation de ce mis en cause du traitement global de l'enquête .

Si le procureur décide de continuer l'enquête préliminaire, y compris à l'encontre du requérant, il lui fera connaître sa décision, par simple courrier non motivé, en lui notifiant en même temps son droit à saisir directement le juge des libertés et de la détention à l'expiration du délai **d'une année** après la fin de sa garde à vue .

Si le procureur omet de répondre au requérant dans le délai de deux mois, celui-ci aura le droit de saisir directement le juge des libertés et de la détention .

Pour éviter la lourdeur d'un débat contradictoire<sup>348</sup> systématique, le juge des libertés et de la détention pourra statuer au vu des observations écrites du requérant et/ou de son conseil et du ministère public, et n'organiser le débat que s'il l'estime nécessaire . Dans sa décision, le juge, soit renverra le ministère public à prendre sous un mois toute décision qu'il estimera opportune sur l'action publique à l'égard du requérant, soit autorisera pour six mois la continuation de l'enquête préliminaire au sein de laquelle le requérant restera impliqué en qualité de suspect .

En tout état de cause, l'enquête restera bornée par *la durée maximale* <sup>349</sup> de deux années évoquée précédemment dans le rapport .

Le groupe de réflexion estime devoir réserver ce recours, non pas aux suspects entendus sous le régime de l'audition libre, **mais aux seules personnes qui ont été placées en garde à vue**, en ce que, ayant subi une mesure attentatoire à la liberté individuelle, elles ont un droit supplémentaire à connaître dans un délai raisonnable la suite réservée à la procédure au cours de laquelle elles ont dû subir cette mesure .

<sup>348</sup> Tel qu'il était prévu à l'alinéa 3 de l'article 77-2 du code de procédure (version antérieure à la loi n° du 9 septembre 2002  
<sup>349</sup> Voir page 39

- Un contradictoire plus affirmé :

Bien plus, le groupe de réflexion préconise que **cette phase de continuation d'enquête revête un caractère contradictoire plus marqué** : Au-delà des conditions aujourd'hui restrictives du domaine du crime organisé<sup>350</sup>, toute nouvelle audition de la personne déjà initialement gardée à vue<sup>351</sup> devra,

- d'une part, évidemment respecter les limites cumulées de durée de la mesure coercitive applicables à l'infraction recherchée<sup>352</sup>,
- mais aussi ouvrir un **droit d'accès à l'entier dossier**<sup>353</sup> dans les quinze jours qui précède la nouvelle audition programmée, qu'elle ait lieu sous le régime de l'audition libre ou celui de la garde à vue .

Des **exceptions à cette consultation**, qui devraient être très restrictives (***protection de la vie des personnes ou de l'intérêt national***), ne pourraient être accordées que par le juge des libertés et de la détention dans une décision spécialement motivée, sur requête du parquet . Un recours immédiat contre la décision du juge ne paraît pas indispensable<sup>354</sup>, mais, même dans cette hypothèse de restriction, le suspect ou son avocat devront avoir accès aux pièces au moins dans les mêmes conditions de consultation que celles qui lui avaient été accordées au cours de la garde à vue initiale .

Pour autant, s'agissant encore d'une enquête, et non pas d'une phase juridictionnelle, tous les pouvoirs tendant à la recherche des preuves ouverts à la police judiciaire, au ministère public et/ou au juge des libertés et de la détention, resteraient à leurs dispositions .

**En cas de continuation d'une enquête préliminaire après une garde à vue, la mission estime :**

- que la personne mise en cause peut, après six mois, interroger le ministère public sur la suite qu'il entend donner à l'action publique la concernant .
- que la personne mise en cause peut, en l'absence de réponse du parquet ou après un an, saisir le juge des libertés et de la détention pour qu'il soit statué sur la suite de l'enquête la concernant
- que toute nouvelle audition, en garde à vue ou en audition libre, d'une personne déjà précédemment gardée à vue, doit ouvrir un accès total préalable au dossier de l'enquête (sauf exceptions) .

350 Article 706-105 du code de procédure pénale : Après qu'il aura été fait usage des moyens spécifiques d'enquête (surveillance, infiltration, garde à vue ou perquisitions « spéciales »...), et six mois après la fin de la garde à vue, « lorsque le procureur décide de poursuivre l'enquête préliminaire et qu'il envisage de procéder à une nouvelle audition ou à un nouvel interrogatoire de la personne au cours de cette enquête, cette personne est informée...qu'elle peut demander qu'un avocat... puisse consulter le dossier de la procédure... » .

351 Qu'il y ait eu, ou non, recours à des moyens exorbitants d'enquête .

352 A défaut se dérouler sous le régime de l'audition libre .

353 La seule limite concerne les pièces en cours . A l'inverse, s'agissant d'une enquête construite dans la durée – et non pas soumise à l'événement imprévu – l'argument du manque de temps pour établir certains procès-verbaux serait évidemment moins recevable lors de l'examen final de l'équité du procès.

354 Puisque, d'une part, tout nouvel interrogatoire ouvrira l'accès au dossier, et d'autre part, que, sans besoin d'une demande expresse du mis en cause, la décision sur l'action publique interviendra à la date limite précédemment fixée .

# 5- Conclusion

Telles sont les observations ou propositions que le groupe de réflexion souhaite émettre pour répondre aux quatre axes de la mission que Madame la garde des sceaux lui a confiée .

Même si le faible temps imparti à sa réflexion la rendait par nature partielle, alors même qu'elle aurait pu être enrichie des avis de nombreuses autres personnalités, théoriciennes ou praticiennes, la mission espère avoir à peu près répondu aux questions qui lui étaient posées :

- En parallèle au travail parlementaire sur la transposition de la Directive B – et du début de la C – la mission pense que<sup>355</sup> le dernier grand et vrai débat qu'il restera à trancher dans la transposition de la directive du 22 octobre 2013 est bien celui de **l'accès au dossier, son moment, sa mesure et ses limites**, question déjà complexe en soi en considération du risque pour l'efficacité de l'enquête, mais rendu encore plus ardu par le droit identique ouvert, au-delà du conseil, au suspect lui-même . La mission<sup>356</sup>, sur le fondement d'une analyse portant sur la différence de nature entre la phase de récolte des preuves et celle du débat juridictionnel, et, par conséquent, sur l'office de la défense à chacune de ces phases, est amenée à proposer **un accès limité aux pièces de fond, qui sauvegarde un équilibre précaire entre le droit de se défendre de l'individu et celui, de même nature, de la collectivité** .
- Sur la seconde question, dès lors que la lettre de saisine comportait clairement le maintien de notre procédure d'instruction, le champ de notre réflexion, qui ne pouvait s'inscrire dans l'optique d'une refonte globale du processus pénal<sup>357</sup>, se restreignait, d'une part, au seul domaine de l'enquête initiale, et d'autre part, à des propositions d'amélioration qui devaient éviter de copier l'instruction . C'est pourquoi, c'est par touches *successives*, au sens propre du terme, c'est-à-dire, selon chaque phase du processus d'enquête, assortie de ses propres finalités et logiques, que le groupe de réflexion a formulé des propositions, forcément partielles, autour de **deux notions graduellement amenées dans la procédure : le contrôle des actes attentatoires aux droits fondamentaux et l'arrivée progressive des (de certains) droits de la défense** . L'audition de toutes les catégories de personnes concourant à l'enquête pénale a montré le caractère idéologique et irréductible de certaines positions, alors que la procédure pénale n'est pas une théorie mais bien une pratique difficile et contradictoire de professionnels partagés entre leurs pouvoirs d'atteinte aux droits fondamentaux et leur devoir d'efficacité pour la protection de la société . Au sein de ce difficile équilibre, la mission préconise au moins **un encadrement de la durée de l'enquête initiale, assorti d'aménagements proportionnés à la gravité des atteintes aux droits fondamentaux** .

<sup>355</sup> Et rappelle que l'état actuel de notre droit est très globalement en conformité avec les normes européennes.

<sup>356</sup> Qui, en outre, aurait sans doute été plus à l'aise si elle avait pu être assurée que l'accès au dossier ne puisse intervenir que par l'intermédiaire de l'avocat, auxiliaire de justice .

<sup>357</sup> Comme d'autres, qui restent d'incontestables références, l'ont fait avant nous, mais surtout bien mieux que nous ... jusqu'à l'avant-projet de réforme du code de procédure pénale de 2010 .

- Nous nous sommes ensuite attachés à distinguer clairement les positionnements et rôles respectifs des services d'enquête, du procureur et du juge des libertés et de la détention . La chose en a été facilitée par une très explicite demande en ce sens de tous les intervenants, policiers, magistrats et avocats, qui a presque surpris les membres du groupe . La mission souligne d'abord la nécessité pour les services enquêteurs, de se restaurer pleinement dans leurs prérogatives d'initiative, sous la direction retrouvée de leur hiérarchie, en assumant toutes leurs responsabilités devant l'autorité judiciaire, et notamment le parquet . En second lieu, revient au parquet une direction de l'enquête plus indépendante de l'enquêteur et des diligences de la police judiciaire, pour en assurer, en qualité de premier niveau de liberté individuelle, un meilleur contrôle ; enfin, au juge, l'autorisation ou la décision des mesures les plus attentatoires aux droits fondamentaux nécessitées par l'enquête . La mission défend très clairement une **logique de répartition des pouvoirs et non pas d'un cumul ou d'une concurrence des pouvoirs, encore moins de recours**, qui créerait une confusion des rôles mais surtout une paralysie des enquêtes . Pour autant, une « professionnalisation » du juge des libertés et de la détention paraît opportune .
- Enfin, le groupe de réflexion **écarte la création d'une mise en état juridictionnelle systématique des affaires pénales**, matériellement et humainement impossible à mettre en œuvre en l'état de nos juridictions, qui induirait un allongement généralisé des procédures<sup>358</sup>. Par ailleurs, dès lors que la mission persiste à défendre la légitimité d'un ministère public « à la française », certes rénové, cette pratique judiciaire est conceptuellement contestable en ce qu'elle porterait une atteinte à l'indépendance réciproque du ministère public et du juge<sup>359</sup>. Pour autant, la commission, prenant acte des progrès déjà inscrits dans la loi du 27 mai 2014, prône de manière assez résolue des fenêtres ouvertes, sinon sur un contradictoire complet, qu'une enquête pénale ne peut raisonnablement pas offrir, en tout cas sur des phases de contradiction, parfois obligatoires, et/ou de droits de la défense mesurés à l'aune des protections, l'une et l'autre légitimes, de l'individu et de la société .

Pour autant, la mission sait bien qu'il lui sera fondamentalement reproché de ne pas proposer « un basculement » de notre système pénal<sup>360</sup>, et que, au profit d'une modernisation limitée, certaines de ses propositions ne manqueront de permettre aux Cassandres d'annoncer la catastrophe, et aux anges, de regretter l'avènement d'un paradis procédural .

<sup>358</sup> Qui ne manquerait de tomber massivement sous la critique européenne du délai déraisonnable...

<sup>359</sup> Par ailleurs, la critique commence à apparaître, en particulier à la juridiction de Strasbourg, à l'encontre d'un juge (chez nous d'instruction) qui prononce le renvoi devant la juridiction, et qui serait plus « accusateur » que juge... Notre proposition, en ce sens, a le mérite d'une absolue clarté .

<sup>360</sup> Qui n'était pas dans sa mission, mais qui, en tout état de cause, lui paraissait à la fois irréaliste et peu souhaitable, selon l'expérience de pays qui s'y sont lancés .



**Enfin, elle souhaite avec beaucoup d'insistance et de solennité, rappeler :**

- ==> la nécessité absolue de la réforme constitutionnelle relative au statut du parquet, à défaut de laquelle une part très large de ses observations et de ses propositions deviendrait à court terme dénuée de toute pertinence**
- ==> les incontournables simplifications, législatives, procédurales et techniques, qui, dans l'état de tension intense de nos services d'enquête et de justice, doivent accompagner, ou encore mieux, précéder, les améliorations démocratiques que ces propositions peuvent permettre .**
- ==> pour autant, ces nécessaires simplifications ne dispenseront pas de rechercher les indispensables améliorations des moyens humains, matériels et financiers affectés au traitement et au jugement des procédures pénales .**

*Le rédacteur et les membres du groupe de réflexion vous remercient de la confiance que vous leur avez témoignée .*

J.BEAUME  
Procureur général près la cour d'appel de Lyon

Le 10 juin 2014