

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME

Avis sur la refondation de l'enquête pénale¹
(Assemblée plénière 29 avril 2014)

1. Plusieurs lois se sont succédé ces dernières années en matière d'enquête pénale, la plus emblématique étant sans doute celle du 14 avril 2011 relative à la garde à vue². Le travail législatif s'est d'ailleurs récemment poursuivi avec l'adoption d'une loi sur la géolocalisation³ et se poursuit encore actuellement avec le dépôt d'un projet de loi relatif à la transposition de la directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales⁴, alors même que la garde des Sceaux a confié à Monsieur Jacques Beaume, Procureur général près la cour d'appel de Lyon, une mission de réflexion sur l'enquête pénale. Cela révèle une approche disparate, segmentée des problématiques relatives à la phase d'enquête dont les réformes, qui interviennent au gré de l'arrivée à échéance des dates de transposition des directives et des évolutions des jurisprudences européenne et constitutionnelle⁵, paraissent souvent inabouties voire insuffisantes⁶. Il en découle une complexification des dispositions du code de procédure pénale, dont la « *perte de cohérence* » a été dénoncée dans le cadre d'un colloque organisé sous l'égide de la Cour de cassation⁷. Dans ces conditions, la CNCDH ne peut que soutenir l'intervention d'une réforme d'envergure de l'enquête pénale traduisant une vision politique d'ensemble et donc appeler à un travail législatif ambitieux et réfléchi⁸.
2. La matière scientifique est extrêmement riche en ce domaine. La mise en état des affaires pénales a en effet donné lieu à des rapports qui ont incontestablement fait date. A la fin des années 40, la commission Donnedieu de Vabres proposait déjà une réforme globale de l'instruction préparatoire⁹ non sans avoir constaté que le principe de la séparation de la poursuite et de l'instruction n'était de fait pas respecté dans la mesure où le procureur, en disposant d'un rang supérieur dans la hiérarchie judiciaire, avait à l'époque la haute main sur l'instruction. De surcroît, le juge d'instruction, alors dépourvu de

¹ La question du régime de l'enquête pénale applicable aux mineurs suspects et celle de la place offerte aux mineurs se déclarant victimes, au sein de cette enquête, feront l'objet d'un avis spécifique.

² Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. Pour une présentation de cette loi, voir C. Courtin (dir.), *La réforme de la garde à vue*, L'Harmattan, Paris 2012 ; J. Leroy, *La garde à vue après la réforme*, Lexis Nexis, Paris 2011 ; J.-B. Perrier et M. Giacomelli (dir.), *La garde à vue : de la réforme à la pratique*, Dalloz, Paris 2013.

³ Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, JORF du 29 mars 2014

⁴ Voir J.-P. Michel, *Rapport n° 380 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*, Sénat (commission des lois), Paris 2014.

⁵ Voir notamment C. Lazerges, *La question prioritaire de constitutionnalité en droit pénal : entre audace et prudence*, RSC 2011, p. 193 et s. ; O. Bachelet et J.-B. Perrier, *Les exigences d'une réforme*, in : J.-B. Perrier et M. Giacomelli (dir.), *La garde à vue*, op. cit., p. 5 et s. ; D. Roets et Véronique Tellier-Cayrol, *La loi du 14 avril 2011, entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel*, *Gaz. Pal.* du 28 au 30 juillet 2013, p. 4 et s.

⁶ Sur la réforme de 2011 relative à la garde à vue, voir notamment M.-L. Rassat, *A remettre sur le métier. Des insuffisances de la réforme de la garde à vue*, JCP éd. gén. 30 mai 2011, p. 632 et s. ; B. Rebstock, *L'évolution de la garde à vue*, *Problèmes Actuels de Sciences Criminelles XXIV* (2013), p. 28 et s. ; H. Matsopoulou, *Une réforme inachevée. A propos de la loi du 14 avril 2011*, JCP éd. gén., 2011, p. 542.

⁷ Voir Cour de cassation (dir.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Paris 2007 ; S. Guinchard et J. Buisson (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, Paris 2014, à paraître.

⁸ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*.

⁹ Pour une présentation récente du rapport Donnedieu de Vabres, voir C. Lazerges, *Le rapport Léger : analyse des propositions. Propos introductifs*, *AJ Pénal* 2009, p. 385 et s.

pouvoir sur la police judiciaire, et gêné par le caractère contradictoire de l'information, ne disposait pas de liberté d'action. Ainsi que le précise utilement Pierre Couvrat, la commission envisageait une inversion des rôles ou plutôt un glissement des fonctions. Elle posait un nouveau principe, celui de la séparation des fonctions d'inquisition ou d'information et des fonctions purement juridictionnelles, police et parquet d'un côté, juge de l'autre¹⁰. Le procureur de la République voyait donc ses fonctions renforcées en étant à la fois agent de la poursuite et agent de l'information. Pour sa part, le juge d'instruction perdait son pouvoir d'instruction mais conservait son pouvoir juridictionnel en devenant « *juge de l'instruction* », d'une instruction opérée par le parquet. Ce « *juge de l'instruction* » aurait été appelé à régler toutes les situations contentieuses pouvant se manifester de l'ouverture à la clôture de l'instruction. La commission Donnedieu de Vabres était consciente que, pour pouvoir jouer ce rôle, il fallait que le « *juge de l'instruction* » soit au même niveau hiérarchique que le procureur de la République et au-dessus de ses substituts. Le « *juge de l'instruction* » devait être placé dans une position d'arbitre. Certains ont immédiatement fait valoir que, limité à son rôle d'arbitre, le juge de l'instruction serait largement inoccupé dans les petites juridictions. D'autres à l'inverse ont soulevé le risque que le « *juge de l'instruction* » soit l'objet de contestations continues de la part des parties. Pour certains enfin, le « *juge de l'instruction* » se trouverait démuné face à « la dictature policière »¹¹. Le rapport Donnedieu de Vabres nourrit de vifs débats en doctrine et dans les milieux judiciaires, il ne fit pas consensus, principalement sur la suppression du juge d'instruction. Comme l'indique Marguerite Arnal dans sa thèse : « *C'est sur l'instruction qu'a porté l'ardeur révolutionnaire des rédacteurs du projet Donnedieu de Vabres* »¹². N'est-ce pas aussi sur l'instruction qu'a portée « l'ardeur révolutionnaire » du comité Léger dont le rapport fut remis au président de la République le 1^{er} septembre 2009¹³ ?

3. Un autre célèbre rapport a été remis, en 1991, au garde des Sceaux, celui de la commission « Justice pénale et Droits de l'homme » présidée par Mireille Delmas-Marty¹⁴. Cette dernière, au terme de deux ans de travail soutenu, n'a pas souhaité proposer un nouveau code de procédure pénale « clés en main » mais elle a jeté les fondements des principes directeurs de la procédure pénale à l'origine de l'article préliminaire du code de procédure pénale introduit par la loi du 15 juin 2000¹⁵. Le rapport Delmas-Marty présente ensuite les conditions préalables et incontournables de la suppression du juge d'instruction et d'une nouvelle manière de penser et d'organiser la mise en état des affaires pénales.
4. Le rapport Léger emprunte beaucoup au rapport Donnedieu de Vabres et un peu au rapport Delmas-Marty sans offrir la cohérence nécessaire à un procès pénal qui se doit de garantir des droits fondamentaux¹⁶. Ni dans le rapport Donnedieu de Vabres - mais à sa décharge il fut rédigé en 1949, avant même que la Convention européenne des droits de l'homme ne fût signée -, ni dans le rapport Léger, le souci du respect des droits fondamentaux n'est premier. On sent dans le rapport Donnedieu de Vabres comme dans le rapport Léger un désir d'efficacité du système procédural alors que le rapport Delmas-Marty est centré sur une protection renforcée des libertés individuelles, sur une mise en harmonie avec les règles européennes et internationales et sur une recherche d'équilibre pour rendre le procès pénal équitable. Cependant, le point commun majeur entre ces trois rapports est le constat que, d'une part, la séparation de la poursuite et de l'instruction ne se justifie plus et que, d'autre part, le juge d'instruction cumule des fonctions qui apparaissent incompatibles. Là s'arrêtent les convergences car

¹⁰ P. Couvrat, *Le projet Donnedieu de Vabres en parallèle avec les travaux de la commission « Justice pénale et Droits de l'homme », APC n° 13 (1991), p. 67.*

¹¹ C. Lazerges, *Le rapport Léger...*, op. cit.

¹² M. Arnal, *Le rapport Donnedieu de Vabres. Les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève*, Thèse, Paris 1952.

¹³ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Paris, septembre 2009. Pour une présentation détaillée des propositions du rapport Léger, voir V. Sizaire, *Quel modèle pour l'instruction*, *AJ Pénal* 2009, p. 388 et s. ; M. Robert, *Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier*, *AJ Pénal* 2009, p. 393 et s. ; A. Blanc, *L'audience pénale et le rapport Léger sur la réforme de la procédure pénale*, *AJ Pénal* 2009, p. 396 et s. ; J.-Y. Le Borgne, *Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté*, *AJ Pénal* 2009, p. 400 et s.

¹⁴ Commission Justice pénale et Droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, Paris 1991.

¹⁵ Voir C. Lazerges, *De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du code de procédure pénale*, Mélanges Ottenhof, Dalloz, Paris 2006, p. 71 et s. ; E. Putman, *L'article préliminaire du code de procédure pénale a-t-il une portée normative ?*, *Annales de la faculté de droit d'Avignon* 2000, p. 43 et s. ; P. Truche, *Introduction à l'article préliminaire du code de procédure pénale*, *APC n° 23 (2001), p. 9 et s.* ; H. Henion, *L'article préliminaire du code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ?*, *APC n° 23 (2001), p. 13 et s.*

¹⁶ Voir C. Lazerges, *Le rapport Léger : analyse des propositions*, op. cit., p. 386.

les réponses au constat sont radicalement différentes dans le rapport Delmas-Marty et dans les rapports Donnedieu de Vabres et Léger. En quelques mots, pour la commission Delmas-Marty, la suppression du juge d'instruction n'est envisageable qu'à deux conditions incontournables : un ministère public nouveau qui ne serait plus le ministère public d'aujourd'hui dans les mains du pouvoir exécutif, et un juge de la mise en état qui serait beaucoup plus que le juge de l'instruction du rapport Donnedieu de Vabres ou le juge de l'enquête et des libertés du rapport Léger. Il serait un juge des libertés, aux compétences élargies et au statut redéfini.

5. Si à ce jour, la suppression du juge d'instruction n'est guère envisagée, un grand nombre de questions évoquées dans les rapports précités se répercute sur la phase d'enquête, qui n'a pas connu les mêmes évolutions que l'instruction préparatoire¹⁷. L'enquête pénale, contrairement à l'instruction, souffre d'un réel déficit en termes de respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, auquel il doit être impérativement remédié en raison notamment des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme, au regard des articles 5 et 6 de la CESDH¹⁸. Par ailleurs, la construction progressive d'un droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne ne doit pas être négligée¹⁹. Par une résolution du 24 novembre 2009, le Conseil de l'Union européenne a en effet adopté la « *feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales* »²⁰. Les motivations sous-jacentes à cette initiative sont bien présentées dans les considérants du texte. D'une part, il faut reconnaître que la Convention européenne des droits de l'homme « *constitue la base commune de la protection des droits des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales* » et qu'elle « *constitue un fondement important permettant aux États membres de nourrir et de renforcer la confiance réciproque dans leurs systèmes judiciaires pénaux* ». D'autre part, on admet que « *l'Union européenne pourrait agir davantage afin d'assurer une mise en œuvre et un respect complets des normes énoncées par la Convention, et, le cas échéant, de veiller à une application cohérente des normes applicables et de relever le niveau des normes existantes* ». Ce constat novateur se fonde sur l'accroissement du nombre de personnes impliquées dans des procédures pénales engagées dans un État membre autre que celui de leur résidence, comme conséquence de l'ouverture des frontières : en faveur de ces individus, il s'agit d'assurer la sauvegarde du droit à un procès équitable. La conclusion qui s'impose est donc qu'« *afin de renforcer la confiance mutuelle au sein de l'Union européenne, il importe qu'en complément de la Convention, il existe des normes de l'Union européenne relatives à la protection des droits procéduraux qui soient dûment mises en œuvre et appliquées au sein des États membres* ». Partant, le Conseil de l'Union européenne a proposé une série de mesures visant à renforcer les garanties procédurales des suspects et des personnes poursuivies²¹. Ces mesures ont été reprises par le programme de Stockholm (point 2.4)²² avant d'être déclinées dans plusieurs directives²³. Contre une compréhension trop hâtive de l'exigence de transposition des directives, s'il devait s'avérer que certaines dispositions ne respectent

¹⁷ La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a indéniablement renforcé le contradictoire et les droits de la défense au cours de l'instruction préparatoire. Pour plus de détail sur ce point, voir notamment H. Henrion, *La loi du 15 juin 2000 assure-t-elle l'équilibre nécessaire entre les droits et devoirs de l'État, de la personne mise en cause et de la victime ?*, APC n° 24 (2002), p. 81 et s.

¹⁸ Voir notamment J.-F. Renucci, *La garde à vue et les exigences européennes*, in : C. Courtin (dir.), *op. cit.*, p. 35 et s. ; D. Roets et V. Tellier-Cayrol, *op. cit.*, p. 4 et s.

¹⁹ Voir G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de Législation Comparée, Paris 2012 ; S. Manacorda, *Le droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ?*, RSC 2010, p. 945 et s.

²⁰ Conseil de l'Union européenne, *Feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales*, Bruxelles 24 novembre 2009, 15434-09 DROIPEN 149 COPEN 220.

²¹ Traduction et interprétation des actes de procédures ; informations relatives aux droits et à l'accusation ; assistance d'un conseiller juridique et l'aide juridictionnelle ; communication avec les proches, les employeurs et les autorités consulaires ; garanties particulières des suspects ou personnes poursuivies vulnérables ; garanties en matière de détention provisoire.

²² Conseil de l'Union européenne 2 décembre 2009, *Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, 17024-09.

²³ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 *relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales* ; Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales* ; Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires*.

pas le droit fondamental à un procès équitable²⁴, la CNCDH rappelle qu'à la vigilance classique de la Cour européenne des droits de l'homme, s'ajoute désormais le contrôle de la Cour de justice de l'UE précisément appelée à s'assurer de la conformité de ce droit dérivé à la Charte des droits fondamentaux entrée en vigueur, à l'instar du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009²⁵.

6. Enfin, les atteintes aux droits fondamentaux et libertés individuelles découlant de la mise en œuvre de mesures de contraintes ou d'investigation tendant à l'efficacité de la répression imposent non seulement de réfléchir au statut de la personne mise en cause, mais encore de repenser celui du parquet et les modalités de l'intervention du juge au cours de cette phase initiale du procès, devenue en pratique la procédure « courante » de mise en état des affaires pénales. A cet égard, le Conseil constitutionnel a très utilement constaté que « la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue ; que, si ces nouvelles modalités de mise en œuvre de l'action publique ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice, il n'en résulte pas moins que, même dans des 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 les 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 »²⁶. Evidemment, la nécessaire réforme de l'enquête est inséparable d'une refonte totale du code de procédure pénale (CPP)²⁷ qui ne pourra faire l'économie des questions fondamentales suivantes :

- la réforme du statut du ministère public ;
- la juridictionnalisation de l'enquête pénale ;
- la refonte du statut de la police judiciaire ;
- la restriction des pouvoirs exorbitants de droit commun de la police judiciaire ;
- la modernisation du déroulement de l'enquête pénale.

I. Réformer le statut du ministère public

7. A titre liminaire, la CNCDH entend rappeler qu'en dépit de l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 *relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique*, la réforme statutaire du parquet n'a pas été menée à son terme, dès lors qu'elle estime depuis plusieurs années qu'il est nécessaire de prévoir des garanties précises quant à la nomination et au statut des membres du ministère public²⁸.
8. Dans la recommandation (2000)19, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a émis des vœux concernant le rôle du ministère public dans le système de justice pénale²⁹. Il a distingué différentes traditions juridiques, qui ont chacune des caractéristiques propres. Certains ministères publics sont

²⁴ Articles 47 et suivants de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

²⁵ Voir CJUE 21 déc. 2011, *N.S. & autres*, n° C-411/10, rappelant aux Etats qu'ils doivent interpréter leur droit national de manière conforme non seulement au droit dérivé, mais aussi aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'UE et les autres principes généraux du droit de l'UE.

²⁶ Cons. const. 30 juillet 2010, *Daniel W. & autres*, n° 14/22 QPC

²⁷ Dans le même sens, voir Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de Jean-Louis Nadal, procureur général honoraire près la Cour de cassation, *Refonder le ministère public*, Paris, novembre 2013, p. 80.

²⁸ CNCDH 27 mars 2003, *Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité* ; CNCDH 10 juin 2010, *Avis sur la réforme de la procédure pénale* ; CNCDH 27 juin 2013, *Avis sur l'indépendance de la justice*.

²⁹ Conseil de l'Europe 6 octobre 2000, *Recommandation Rec. (2000)19 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale*. Pour une approche de droit comparé, voir également M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, Paris 1995, p. 352 et s. ; J.-P. Jean, *Le ministère public français en Europe*, Les cahiers de la justice n° 4 (2009), p. 61 et s.

indépendants ; d'autres sont soumis hiérarchiquement au ministre de la Justice ; certains reçoivent des instructions individuelles, alors que d'autres ne peuvent en recevoir ; certains font partie du corps des magistrats judiciaires, d'autres non³⁰. Ces différentes traditions juridiques peuvent, si elles sont entourées de garanties suffisantes, être aussi protectrices des droits de l'homme les unes que les autres. Un parquet hiérarchiquement soumis au ministre de la Justice devra avoir des prérogatives plus restreintes qu'un parquet indépendant, tandis que des droits importants devront être reconnus aux parties intéressées à l'affaire (le suspect et la personne se déclarant victime), notamment dans le déclenchement des poursuites. A l'inverse, un parquet indépendant du ministère de la Justice nécessite que lui soit reconnu un véritable pouvoir propre de coordination de sa politique pénale.

9. L'ambiguïté du statut du ministère public n'est à ce jour pas levée en droit français³¹, qui ne choisit pas entre ces différentes formes de traditions juridiques³². L'ambiguïté est constitutionnelle. Les magistrats du parquet font partie de l'autorité judiciaire³³, et sont, à cet égard, indépendants (article 64 de la Constitution de 1958). Certains lisent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel une reconnaissance du caractère constitutionnel du principe d'unité du corps³⁴. Le Conseil constitutionnel a également considéré « *qu'en vertu de l'article 20 de la Constitution, le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique* » ; et que le principe selon lequel « *Le ministre de la Justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République* » ne méconnaissait « *ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle* »³⁵.
10. Or, si le Conseil constitutionnel ne voit aucune contradiction entre subordination d'un parquet et indépendance de la justice, la Cour européenne des droits de l'homme ne partage pas cette analyse. A l'occasion de son arrêt *Moulin contre France*, confirmant son arrêt de Grande chambre *Medvedyev contre France* du 29 mars 2010³⁶, la Cour a considéré « *que, du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3* »³⁷. Il convient, à ce stade du raisonnement, de souligner que les critiques émises par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Moulin* sont multiples, et ne portent pas uniquement sur le manque d'indépendance du ministère public vis à vis de l'exécutif et des parties mais aussi sur le fait qu'il est partie poursuivante au procès pénal. Comme elle l'énonce : « *les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties excluent notamment qu'il (le ministère public) puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale* »³⁸.

³⁰ En Allemagne, par exemple, les membres du ministère public ne sont pas des magistrats et ne font donc pas partie du pouvoir judiciaire au sens de l'article 92 de la Loi fondamentale. Ils ne sont pas non plus rattachés au pouvoir exécutif, même s'ils en dépendent hiérarchiquement. Ils forment un « *organe autonome de l'administration de la justice* » (« *ein selbständiges Organ der Rechtspflege* »). Pour plus de détails, voir J. Leblois-Happe, *Éléments de cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès*, Cour de cassation, conférence du 27 avril 2006.

³¹ Comp. A. Garapon, S. Perdrille et B. Bernabé, *La Prudence et l'Autorité. Juges et procureurs au XXIème siècle*, O. Jacob, Paris 2014, p. 233 : « *Le procureur se définit plus facilement négativement que positivement : il est un magistrat qui n'est pas un tiers (...) mais qui n'est pas non plus une partie ; il n'est pas non plus responsable de la politique pénale qui est arrêtée par le garde des sceaux (...) même s'il doit l'adapter dans son ressort* ».

³² Voir C. Lazerges (dir.), *Figures du parquet*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris 2006 ; J.-P. Jean, *Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen*, RSC 2005, p. 670 et s.

³³ Voir par exemple Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326 DC.

³⁴ G. Canivet, *Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Cahiers du conseil constitutionnel n° 16, juin 2004, p. 20. Voir également à ce sujet : Cons. const. 21 février 1992, n° 92-305 DC ; Cons. const. 27 janvier 1994, n° 93-336 DC.

³⁵ Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

³⁶ Cour EDH 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, req. n° 3394/03. Voir également R. de Gouttes, *Le ministère public vu par la Cour européenne des droits de l'homme*, Les cahiers de la justice n° 4 (2009), p. 51 et s.

³⁷ Cour EDH 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06, *Rec. Dalloz* 2011, p. 338 note J. Pradel ; RSC 2011. 208, obs. D. Roets.

³⁸ Cour EDH 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, *op. cit.*, § 124 ; Cour EDH 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, *op. cit.*, § 58.

11. La CNCDH considère que deux solutions peuvent, en principe, être envisagées³⁹. La séparation de la magistrature en deux corps distincts en est une : d'une part, le parquet, corps hiérarchisé, soumis au ministre de la Justice, qui abandonnerait son indépendance ; d'autre part, les juges du siège, pleinement indépendants. Pour être acceptable en termes de droits et libertés, cette hypothèse devrait s'accompagner d'une évolution importante de la procédure pénale française ; il serait alors nécessaire de permettre un déclenchement des poursuites qui ne dépende pas exclusivement du parquet, notamment eu égard aux affaires mettant en cause la probité des élus, pour lesquelles la constitution de partie civile peut paraître plus difficile à mettre en œuvre. Par ailleurs, il serait nécessaire de transférer certaines compétences du parquet à un magistrat du siège, de renforcer les droits de la défense, notamment pendant l'enquête préliminaire, et d'augmenter le budget alloué à l'aide juridictionnelle. L'autre solution consiste à reconnaître une plus grande indépendance au parquet, par exemple en instituant, comme cela est parfois proposé, un Procureur Général de la Nation⁴⁰. Une telle réforme ne réglerait pas tous les problèmes, notamment elle ne permettrait pas de répondre à elle seule aux préconisations des arrêts *Medvedyev et Moulin*⁴¹, car même indépendant, le ministère public ne pourrait être considéré comme impartial : il reste en effet une partie poursuivante et s'inscrit dans une hiérarchie chargée de mettre en œuvre la politique criminelle. Pour être conforme au droit européen des droits de l'homme, l'indépendance devrait donc également être accompagnée d'une réduction des prérogatives du parquet en matière d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux. L'indépendance du parquet semble au minimum s'imposer au regard des évolutions progressives de la procédure pénale française. En effet, au gré des réformes successives, et notamment de l'élargissement des pouvoirs du parquet pendant l'enquête préliminaire, son rôle a évolué⁴², pour devenir progressivement celui d'une quasi-juridiction d'instruction⁴³. De plus, l'opportunité des poursuites s'est banalisée dès lors que les poursuites ne sont plus qu'une des nombreuses modalités de la réponse pénale. Alors que le taux de réponse pénale était de 83,5 % en 2007, il devrait atteindre 90% en 2015⁴⁴. Cette augmentation du taux de la réponse pénale est passée par l'instauration d'un pouvoir quasi-juridictionnel du parquet ; pour près de la moitié des infractions (47 % pour les majeurs, 51 % pour les mineurs), la réponse pénale n'est apportée que par lui, sa compétence en matière d'alternatives aux poursuites étant exclusive. Pour les autres affaires, l'orientation vers des procédures dérogatoires telles que la comparution immédiate produit de telles conséquences sur les prévenus qu'elle peut être considérée comme une sorte de pré-jugement : en effet, elle induit le plus souvent la délivrance d'un mandat de dépôt à l'encontre de la personne poursuivie⁴⁵.
12. Pour la CNCDH, le droit à un tribunal indépendant et impartial (article 6 de la CESDH) implique que le juge du siège voit restaurée sa vraie place au sein de la procédure pénale française, à savoir une place centrale par rapport à celle du parquet qui, par des transferts de compétences successifs sans transfert parallèle de garanties pour le suspect, est devenu un « quasi-juge »⁴⁶. Or, le ministère public, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, est également partie poursuivante au procès pénal dans la mesure où il porte l'accusation et met en œuvre la politique pénale du gouvernement⁴⁷. Dans ces conditions, par sa position naturelle dans la procédure, il ne saurait être assimilé à un tribunal

³⁹ Voir CNCDH 27 juin 2013, *Avis sur l'indépendance de la justice*, JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 102.

⁴⁰ Comme il en existe un en Argentine et en Colombie. Il a été tenté de créer une telle institution en France (voir par exemple la proposition de loi constitutionnelle n° 3930 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 novembre 2011 *instaurant la fonction de Procureur Général de la Nation*).

⁴¹ Cour EDH 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, *op. cit.* ; Cour EDH 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, *op. cit.*

⁴² Voir notamment Y. Bot, *Révolution des prérogatives du ministère public*, Mélanges Léger, Pédone, Paris 2006, p. 25 et s. Pour une analyse sociologique de l'évolution du métier de procureur, voir D. Salas et P. Milburn, *Les procureurs de la République. De la compétence personnelle à l'identité collective*, Mission de recherche Droit et justice, Paris 2007 ; P. Milburn, *Quelle identité pour les procureurs de la République ?*, Les cahiers de la justice n° 4 (2009), p. 13 et s.

⁴³ Voir V. Lesclous, *Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social, une fonction judiciaire républicaine*, *Dr. Pénal* 2013 (n° 6), étude n° 13.

⁴⁴ PLF pour 2013, *Projet annuel de performance relatif à la justice*.

⁴⁵ Pour une étude empirique sur les incidences de l'orientation des procédures, voir J. Danet (dir.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, PUR, Rennes 2013.

⁴⁶ Voir C. Lazerges, *La dérive de la procédure pénale*, RSC 2003, p. 644. Pour un constat identique en droit allemand, voir E. Kausch, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter ? Untersuchungen zu § 153 a StPO*, Berlin 1980.

⁴⁷ En tant que titulaire de l'action publique, le ministère public est la « résultante institutionnelle de la prise en charge par l'Etat de l'exercice des poursuites pénales » (voir M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 352).

indépendant et impartial. C'est pourquoi, le nouvel article 31 du CPP⁴⁸ doit être exclusivement compris comme consacrant une obligation déontologique n'ayant pas le sens procédural de l'impartialité⁴⁹, le ministère public n'étant pas « *un juge qui tranche* »⁵⁰. Ce texte, combiné aux articles 30 et 33 du CPP⁵¹ consacrant le principe de subordination hiérarchique et de soumission au ministre de la Justice reflète la dualité du ministère public qui est au service tant de la loi que du pouvoir exécutif⁵². Du fait de cette dualité, l'apparence d'impartialité n'est pas préservée. Il en est à plus forte raison de même s'agissant des apparences d'indépendance. A cet égard, compte tenu des nombreuses prérogatives du parquet, il est nécessaire que de nouvelles garanties statutaires lui soient reconnues⁵³, ce qui suppose une modification du statut de la magistrature⁵⁴. La CNCDH relève que cette question fait l'objet des premières propositions du rapport Nadal⁵⁵ en ce qui concerne les seules modifications constitutionnelles, tout en étant consciente de ce que la question de l'indépendance du parquet ne résout pas tout. L'évidente nécessité d'une refonte du système de procédure ne saurait pour autant être effectuée dans la précipitation ; elle impose une réflexion profonde et un débat impliquant juristes, professionnels, élus et société civile. Le récent débat national sur la « *Justice du XXIème siècle* »⁵⁶ est un premier pas positif en ce sens qui se doit d'être salué.

II. Juridictionnaliser l'enquête pénale

13. La CNCDH a déjà eu l'occasion d'insister sur la nécessité d'un contrôle réel et efficace des opérations d'enquête par le juge, en relevant les inconvénients pratiques d'une réforme a minima en la matière : « *Isolé, avec un contentieux hétérogène, sollicité en urgence et de façon intermittente, il risque de n'avoir qu'une vision incomplète, fragmentée et superficielle du dossier et de n'avoir, en pratique qu'un accès limité au dossier de la procédure. Le juge de l'enquête et des libertés sera donc contraint le plus souvent à ne faire qu'enregistrer les actes du parquet* »⁵⁷. Partant, la CNCDH est favorable au renforcement du statut de l'actuel « *juge des libertés et de la détention* » de manière à instituer un authentique « *juge des libertés* » qui serait une fonction juridictionnelle spécialisée au sens de l'article 28-3 du statut de la magistrature⁵⁸, exercée par un magistrat du premier grade nommé par décret du

⁴⁸ Article 31 du CPP issu de la loi n° 2013 – 669 du 25 juillet 2013 : « *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* ».

⁴⁹ Dans ce sens E. Bonis-Garçon et O. Décima, *Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. A propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique*, JCP 2013, p. 955 ; E. Vergès, *Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens*, RSC 2013, p. 605.

⁵⁰ La qualité « *d'autorité judiciaire* » ou de « *magistrat* » au sens des articles 5-1 et 5-3 de la CESDH est déniée par la jurisprudence européenne au parquet français (voir F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., PUF, Paris 2011, n° 226, p. 374 et s.).

⁵¹ Article 30 du CPP : « *Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République.*

A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales. Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles... »

Article 33 du CPP : « *Il (le ministère public) est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données conformément aux articles 36, 37 et 44. Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice* ».

⁵² Dans ce sens E. Vergès, *op. cit.* Pour une approche historique de cette dualité du ministère public, voir M.-L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, Paris 1967.

⁵³ CNCDH 27 juin 2013, *Avis sur l'indépendance de la justice*, *op. cit.*

⁵⁴ Article 5 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre* ».

⁵⁵ Commission de modernisation de l'action publique, *op. cit.*, p. 8 et s.

⁵⁶ Ministère de la Justice, *La justice du 21^{ème} siècle. Le citoyen au cœur du service public de la Justice. Les actes du débat national. 10 – 11 janvier 2014, maison de l'UNESCO*, Paris 2014, p. 423 et s.

⁵⁷ CNCDH 10 juin 2010, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*.

⁵⁸ Article 28-3 du statut de la magistrature : « *Les fonctions de juge d'instruction, de juge des enfants et de juge de l'application des peines d'un tribunal de grande instance ou de première instance et celles de juge d'un tribunal de grande instance chargé du service d'un tribunal d'instance sont exercées par un magistrat du siège de ce tribunal de grande instance ou de première instance, désigné à cet effet dans les formes prévues à l'article 28 (...). Nul ne peut exercer plus de dix années la fonction de juge d'instruction, de juge des enfants, de juge de l'application des peines ou de juge chargé du service d'un tribunal d'instance dans un même tribunal de grande instance ou de première instance. A l'expiration de cette période, s'il n'a pas reçu une autre affectation, le magistrat est déchargé de cette fonction par décret du Président de la République et exerce au sein du tribunal de grande instance ou de première instance les fonctions de magistrat du siège*

Président de la République⁵⁹, ayant une compétence de droit commun en matière de contrôle des investigations et de garantie judiciaire des droits et libertés fondamentaux à tous les stades de la procédure. Cette proposition organise l'équilibre suivant : le rôle du ministère public serait totalement recentré sur les fonctions d'investigation (A.), alors que le nouveau juge des libertés se verrait reconnaître des pouvoirs juridictionnels renforcés en matière de garantie des droits et libertés fondamentaux et de contrôle de la régularité des investigations (B.).

A. Recentrer le ministère public sur les fonctions d'investigation

14. Suivant l'architecture proposée, le ministère public aurait pour compétence de diriger et contrôler les investigations menées par la police ou la gendarmerie. A ce titre, il pourrait requérir qu'il soit procédé à tout acte d'enquête qui n'est pas de nature à porter une atteinte disproportionnée à des droits et libertés fondamentaux tel que la communication de documents non couverts par un secret prévu par la loi, le placement initial en garde à vue⁶⁰, le transport sur les lieux, les relevés signalétiques, une séance d'identification de suspects, l'audition d'un témoin, les prélèvements sur les lieux d'une infraction, les expertises techniques et scientifiques (n'impliquant pas un prélèvement sur une personne ou une intrusion corporelle), les vérifications diverses, etc. Dans son rôle de direction de la police judiciaire, le procureur de la République pourrait également ordonner qu'il soit mis fin à un acte d'enquête initié par un OPJ.
15. En revanche, pour tous les actes portant une atteinte grave aux droits et libertés fondamentaux (prolongation de garde à vue ; expertises techniques ou scientifiques impliquant un prélèvement sur une personne ou une intrusion corporelle ; perquisitions ; prélèvements sur une personne ; saisies de biens, mesure de géolocalisation, etc.) le ministère public aurait l'obligation de saisir le juge des libertés, aux fins d'ordonner la mesure d'investigation.
16. La question se pose de savoir si cet équilibre ne risque pas d'être perturbé du fait que l'on attribue la responsabilité de l'enquête à une institution qui, même si elle est composée de magistrats et placée sous le contrôle d'un juge, se trouve encore d'une certaine manière sous la dépendance du pouvoir exécutif⁶¹. A cet égard, il doit être rappelé que l'article 30 du CPP confère au garde des Sceaux un rôle en matière de procédure pénale⁶², ce qui est contestable au regard du principe de séparation des pouvoirs. En l'état, la loi confère au garde des Sceaux la mission de « *conduire* », c'est-à-dire définir et coordonner la politique pénale. Pour la CNCDH, ce pouvoir ne doit en aucun cas avoir pour effet de corseter le pouvoir d'appréciation du ministère public, au mépris du principe de l'opportunité des poursuites⁶³. C'est pourquoi elle recommande *a minima* que l'étendue des pouvoirs du ministre de la Justice soit clairement définie par la loi et que les termes « *d'instructions générales* » contenus dans l'actuel article 30 du CPP soient abandonnés au profit de ceux de « *circulaire d'orientation générale* »⁶⁴.

auxquelles il a été initialement nommé. Il en est de même dans les cas où, avant ce terme, il est déchargé de cette fonction sur sa demande ou en application de l'article 45 ».

⁵⁹ Article 28 alinéa 2 du statut de la magistrature : « Les décrets portant promotion de grade ou nomination aux fonctions de magistrat (...) sont pris par le Président de la République sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis conforme de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature pour ce qui concerne les magistrats du siège et après avis de la formation compétente du Conseil supérieur pour ce qui concerne les magistrats du parquet ».

⁶⁰ Voir notamment Comm. EDH 5 septembre 1988, *Egue c. France*, req. n° 112256/84, qui estime que la présentation à un juge trois jours après la privation de liberté est conciliable avec les dispositions de l'article 5-3 de la CESDH ; Cour EDH 1^{er} avril 2008, *Varga c. Roumanie*, req. n° 73957/01, qui relève qu'un délai de présentation à un juge de trois jours après la privation de liberté n'est pas de nature à violer l'article 5-3 de la CESDH.

⁶¹ Voir sur cette problématique P. Cassia, *Conflits d'intérêts. Les liaisons dangereuses de la République*, Odile Jacob, Paris 2014, p. 75 et s.

⁶² Article 30 du CPP : « Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République.

A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales.

Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles.

Chaque année, il publie un rapport sur l'application de la politique pénale déterminée par le Gouvernement, précisant les conditions de mise en œuvre de cette politique et des instructions générales adressées en application du deuxième alinéa. Ce rapport est transmis au Parlement. Il peut donner lieu à un débat à l'Assemblée nationale et au Sénat ».

⁶³ CNCDH 27 juin 2013, *Avis sur l'indépendance de la justice*.

⁶⁴ *Ibid.*

Il reviendrait alors aux procureurs généraux et procureurs de la République de préciser, adapter, et mettre en œuvre ces orientations en prenant en compte le contexte propre de leur ressort, comme le précise très opportunément l'article 39-1 du CPP.

17. Par ailleurs, il doit être souligné que l'article 30 du CPP, dans sa version issue de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013, interdit les instructions individuelles. Cette prohibition est certes salutaire, mais on peut douter de son application effective en l'absence de transfert au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) des compétences de gestion de la carrière des magistrats du parquet actuellement confiées au ministère de la Justice⁶⁵ et du maintien de l'article 5 du statut de la magistrature. En effet, trois types d'influences exercées par le ministère de la Justice sur le ministère public dans des affaires ciblées doivent être distingués :
- les instructions écrites. Si elles existent, elles sont rares et à ce jour prohibées ;
 - les instructions orales. Elles sont plus fréquentes, et peuvent prendre des formes diverses. Il est à craindre que l'article 30 du CPP ne permette pas de répondre à de telles pratiques ;
 - dans un certain nombre de situations, il est à craindre que le magistrat du parquet n'anticipe les souhaits du ministère, qui n'aurait pas à prendre attache avec lui. La mainmise du garde des Sceaux sur la carrière des magistrats du parquet en particulier, risque de conduire, voire d'inciter à de tels comportements⁶⁶.
18. Pour la CNCDH, seuls une reconnaissance de l'indépendance du ministère public et un renforcement des pouvoirs du CSM sur l'évolution de la carrière de l'ensemble des magistrats⁶⁷, pourrait permettre de lutter efficacement contre de telles instructions⁶⁸. En conséquence, elle souligne les risques de voir les instructions individuelles perdurer tant que l'indépendance du ministère public ne sera pas pleinement garantie.

B. Renforcer les pouvoirs du juge dans le contrôle des investigations et la protection des libertés individuelles

19. La CNCDH est très attachée au « *principe de la garantie judiciaire* » fondé sur l'article 66 de la Constitution de 1958, ainsi que sur les articles 5 et 6 de la CESDH⁶⁹ exigeant l'intervention d'un juge, dès la phase d'enquête, pour tous les actes relatifs aux droits et libertés fondamentaux (liberté d'aller et de venir, vie privée, etc.)⁷⁰. Dans ces conditions, le juge des libertés aurait deux fonctions principales :

1. Autoriser et contrôler les mesures portant gravement atteinte aux droits et libertés fondamentaux

20. Dans le cadre de l'exercice de cette première fonction, le juge des libertés serait chargé d'autoriser et de contrôler :
- S'agissant des atteintes à la liberté d'aller et de venir : prolongation de la garde à vue, mandat de recherche, etc.
 - S'agissant des atteintes à la vie privée et familiale, ainsi qu'à l'intimité de la personne : interceptions de correspondances émises par la voie de télécommunications, fouilles corporelles, prélèvements biologiques sur une personne, expertises techniques et scientifiques impliquant un prélèvement ou une intrusion corporelle, perquisitions, géolocalisation, opérations de surveillance et d'infiltrations,

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Voir P. Cassia, *op. cit.*, p. 75 et 76, qui évoque la pratique des comptes rendus établis par les parquets généraux à destination du garde des Sceaux dans le cadre d'affaires sensibles.

⁶⁷ Il faut en effet rappeler que, même pour la plupart des magistrats du siège, l'initiative exclusive des nominations appartient à la Chancellerie et qu'un avancement obtenu en qualité de magistrat du parquet sera conservé en cas de passage au siège.

⁶⁸ CNCDH 27 juin 2013, *Avis sur l'indépendance de la justice*.

⁶⁹ L'article 5 de la CESDH concerne spécifiquement la privation de liberté, alors que l'article 6 de la CESDH s'applique de manière générale à tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la convention et les protocoles, ainsi qu'à ceux dégagés par la Cour à partir de la notion autonome de « *droits et obligations de caractère civil* » au sens de son paragraphe 1.

⁷⁰ Commission Justice pénale et Droits de l'homme, *op. cit.*, p. 115.

- communication de documents protégés par un secret prévu par la loi, communication d'informations contenues dans un système informatique et protégées par un secret prévu par la loi, etc.
- S'agissant des atteintes à la propriété privée : saisies de biens ou de pièces, perquisitions et visites de véhicules, etc.
 - S'agissant des restrictions aux droits de la défense : report de l'accès intégral au dossier, restrictions à l'accès intégral au dossier, etc.
21. En outre, afin de garantir le droit au recours prévu par l'article 13 de la CESDH, il serait souhaitable de soumettre les décisions du « juge des libertés » à une voie de recours accélérée du type saisine du Président de la chambre de l'instruction, statuant dans un délai de 48 heures.

2. Contrôler la régularité de la procédure d'enquête

22. A ce titre, le juge des libertés vérifierait notamment la légalité du placement initial en garde à vue et celle du recours à la procédure d'urgence dans un délai de 24 heures. Plus généralement, il s'assurerait de la régularité de l'activité d'investigation menée sous la direction du ministère public en :
- accordant ou refusant une prolongation des délais légaux d'enquête ;
 - statuant sur les nullités d'actes de procédure soulevées devant lui ou relevées d'office ;
 - statuant sur les recours dirigés contre les refus du parquet de procéder à une mesure d'investigation sollicitée par le suspect ou son avocat ;
 - constatant l'inaction du ministère public ou les entraves à la bonne marche de l'enquête, il pourrait en conséquence saisir la chambre de l'instruction aux fins de dessaisissement.
23. A cet égard, il doit être précisé que lorsque le juge des libertés statue sur une demande d'acte ou une prolongation du délai d'enquête, il procède avant tout à un examen ponctuel de leur caractère proportionné, de la même manière qu'un juge administratif contrôlant l'erreur manifeste d'appréciation. Il ne se prononce pas directement sur l'opportunité d'une mesure d'investigation, dès lors qu'il n'a pas pour mission de conduire et diriger les enquêtes comme un juge d'instruction ou le parquet au stade de l'enquête. En effet, ce nouveau « juge des libertés » n'est pas conçu pour être conçu comme un « juge de l'enquête » similaire au « *Ermittlungsrichter* » (littéralement « juge des investigations) allemand, qui est habilité à procéder lui-même aux actes d'enquête particulièrement graves en raison de leur portée⁷¹.

III. Rendre la police judiciaire à la justice

24. La prévention des atteintes à l'indépendance de la justice nécessite de prévenir les éventuelles pressions qui pourraient provenir du ministère de l'Intérieur. Or, si « *la police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés* » (article 12 du CPP), et si l'activité des officiers de police judiciaire et agents de police judiciaire est « contrôlée » par la chambre de l'instruction, et surveillée par le procureur général, les officiers, fonctionnaires et agents sont soumis à l'autorité administrative du ministère de l'Intérieur. Cette soumission est par ailleurs renforcée par la structure très hiérarchisée de la police judiciaire relevant initialement des seuls officiers de police judiciaire, les actes de police judiciaire sont désormais délégués à des agents de police judiciaires et à des agents adjoints de police judiciaire. En conséquence, la réalité de la direction et du contrôle de la police judiciaire revient essentiellement au ministère de l'Intérieur, et le contrôle exercé par le procureur de la République et la chambre de l'instruction n'est que très partiel⁷².
25. Le problème est particulièrement important s'agissant de la gestion des ressources humaines. Une solution envisageable serait de mettre à disposition les policiers qui se consacrent exclusivement à la police judiciaire ; ils devraient être gérés conjointement par le parquet général et par la chambre de

⁷¹ A titre d'exemple, il revient au juge de l'enquête de procéder à l'audition sous serment des témoins et experts (paragraphe 161 StPO).

⁷² Voir C. Mouhanna, *Les limites effectives du pouvoir du parquet sur la police*, AJ Pénal 2013, p. 388 et s. Comp. C. Miansoni, *Le procureur de la République dirige-t-il la police judiciaire ?*, AJ Pénal 2013, p. 374 et s.

l'instruction, à un échelon adéquat, au niveau de chaque cour d'appel⁷³. Les magistrats du ressort auraient un « droit de tirage » sur les effectifs ainsi affectés. Au niveau national, une commission mixte Intérieur, Justice, présidée par un magistrat de la Cour de cassation, déterminerait le nombre de policiers affectés à chaque ressort et veillerait à l'avancement de ces policiers et à leur droit à être réintégrés dans leur corps d'origine. Il conviendrait que cette commission s'assure que ces policiers et gendarmes bénéficient des mêmes garanties statutaires et financières que dans leur emploi d'origine.

26. La CNCDH regrette l'extrême timidité du rapport Nadal sur ce point⁷⁴, et recommande qu'il soit procédé à une consultation des syndicats de policiers et des représentants de la gendarmerie aux fins de déterminer les conditions dans lesquelles un certain nombre d'officiers de police pourrait être mis à la disposition des chambres de l'instruction et des procureurs généraux⁷⁵. De cette manière, le procureur de la République devrait, en qualité de directeur de la police judiciaire, jouer un rôle essentiel auprès des membres des forces de l'ordre, aux fins de faire respecter tant les règles de déontologie que les normes de comportement soucieuses des libertés individuelles.

IV. Restreindre les pouvoirs exorbitants de droit commun de la police judiciaire

27. Les pouvoirs de la police judiciaire ont été considérablement renforcés⁷⁶ ces dernières années, surtout dans le cadre des régimes d'exception relatifs aux « *procédures pénales bis* » (criminalité organisée, etc.)⁷⁷, auxquels la CNCDH est radicalement opposée⁷⁸. Il apparaît aujourd'hui plus que nécessaire de rompre définitivement avec la politique criminelle sécuritaire menée depuis lors⁷⁹ et de réfléchir sereinement à une meilleure répartition des compétences entre les officiers de police judiciaire, le parquet et le juge des libertés de manière à garantir au mieux le principe de séparation des pouvoirs (article 16 de la DDHC).

28. Pour la CNCDH, les officiers de police judiciaires devraient avoir pour mission de conduire les investigations, sous le contrôle et la direction du parquet, en étant habilités à accomplir eux-mêmes tous les actes d'enquête qui ne portent qu'une atteinte limitée et proportionnée aux droits et libertés fondamentaux⁸⁰, à savoir :

- placement initial en garde à vue ;
- identification d'un appel téléphonique⁸¹ ;
- reconstitution⁸² ;
- contrôles et relevés d'identité ;
- relevés signalétiques ;
- prises d'empreintes ;
- transport sur les lieux ;
- séance d'identification de suspects ;
- audition de témoins ;
- prélèvements externes ;

⁷³ Dans ce sens P. Lyon-Caen, *Rendre la police judiciaire à la justice*, Colloque de Droit et Démocratie du 22 octobre 2013, disponible sur : www.droit-et-democratie.org. Voir également G. Roussel, *Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la justice*, *AJ Pénal* 2013, p. 378 et s. *Contra* Syndicat des commissaires de la police nationale, *Police judiciaire – justice : la complémentarité n'exige pas l'intégration*, *AJ Pénal* 2013, p. 381 et s.

⁷⁴ Commission de modernisation de l'action publique, *op. cit.*, p. 70 et s.

⁷⁵ CNCDH 27 juin 2013, *Avis sur l'indépendance de la justice*.

⁷⁶ Voir F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, Paris 2013, n° 45, p. 28 et 29. Pour un exposé des pouvoirs très coercitifs de la police judiciaire en matière d'enquête flagrante, voir B. Bouloc, *Procédure pénale*, 24^{ème} éd., Dalloz, Paris 2014, n° 466 et s., p. 407 et s.

⁷⁷ Voir à ce sujet, C. Lazerges, *La dérive de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 644 et s. Voir également M. Touillier, *L'évolution des procédures spéciales et dérogations*, in : *Problèmes Actuels de Sciences Criminelles XXIV* (2013), p. 46 et s.

⁷⁸ CNCDH 6 janvier 2011, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*.

⁷⁹ CNCDH 27 mars 2014, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*.

⁸⁰ F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1599, p. 1053.

⁸¹ Dans ce sens Cass. crim. 2 avril 1997, *Bull.* n° 131.

⁸² Dans ce sens Cass. crim. 26 février 2003, *Bull.* n° 56, *Rec. Dalloz* 2003, somm., p. 1727, obs. J. Pradel.

- expertises techniques et scientifiques (n'impliquant pas un prélèvement sur une personne ou une intrusion corporelle) ;
 - communication de documents (autres que ceux protégés par un secret prévu par la loi) ;
 - communication de données contenues dans un système informatique (autres que celles protégées par un secret prévu par la loi), etc.
29. En cas d'atteinte grave à des droits et libertés fondamentaux, le renforcement du pouvoir d'intervention du juge ne doit pas aboutir à entraver ou paralyser l'action de la police judiciaire dans des situations où aucun retard de nature à compromettre totalement l'efficacité des investigations ne saurait être toléré. Pour cette raison, la CNCDH estime que la distinction entre un régime de droit commun (du type « enquête préliminaire ») et un régime dérogatoire (du type « enquête de flagrance ») doit être maintenue de manière à permettre au procureur de la République et, le cas échéant aux OPJ (sous la direction et le contrôle du parquet), de réaliser sans délai des actes d'enquête ordinairement autorisés par le juge des libertés.
30. La CNCDH propose une réécriture de l'article 53 du CPP afin de définir, de manière extrêmement rigoureuse, les conditions du recours à une telle procédure d'enquête dérogatoire. Plutôt que de maintenir la flagrance, dont plusieurs critères sont aujourd'hui désuets (par exemple la notion de « *personne poursuivie par la clameur publique* ») et la durée excessive (8 jours, voire une nouvelle prolongation de 8 jours dans certains cas définis par la loi), il apparaît plus opportun de consacrer la notion d'urgence, tel que cela avait déjà été proposé par la Commission Justice pénale et Droits de l'homme⁸³ : « *La notion d'urgence doit dès lors être prise dans son acception stricte : il n'y a urgence que lorsque l'autorité qui estime devoir accomplir une mesure dispose d'un délai insuffisant pour recourir à la procédure de droit commun* ». Une telle définition aurait pour avantage de mettre clairement en évidence le caractère dérogatoire de la procédure d'enquête et de ne pas empêcher le contrôle du juge des libertés qui interviendrait non pas en amont, mais en aval dans un délai de 24 heures. Un contrôle a posteriori se substituerait ainsi à une procédure d'autorisation préalable.
31. S'agissant des critères du recours à la procédure d'enquête dérogatoire, il y aurait urgence, étant précisé qu'elle doit être motivée :
- lorsque la vie ou l'intégrité physique d'une personne est en danger ;
 - lorsque des indices sont sur le point de disparaître et qu'une mesure d'investigation (perquisition, géolocalisation, etc.) est, sans délai, nécessaire ;
 - lorsqu'un crime ou un délit est en train de se commettre ou sur le point d'être commis ;
 - lorsque l'auteur supposé d'une infraction risque de se soustraire aux services de police ou de gendarmerie et qu'il est nécessaire de procéder à son arrestation immédiate⁸⁴.

V. Moderniser le déroulement de l'enquête pénale

32. L'enquête pourrait comprendre deux phases : une phase initiale, non-contradictoire, puis une phase contradictoire.

A. La phase d'enquête non contradictoire

33. L'ouverture de l'enquête initiale interviendrait soit sur décision du ministère public, soit sur initiative de la police judiciaire (d'office ou à la suite d'un dépôt de plainte d'une personne se déclarant victime). Durant la phase initiale, les investigations seraient menées par les services de police et de gendarmerie sous la direction du ministère public. Le juge des libertés serait pour sa part chargé d'autoriser et de contrôler les actes attentatoires aux droits et libertés fondamentaux (voir *supra*). En cas d'urgence, de tels actes pourraient être réalisés par le ministère public ou la police judiciaire avant d'être contrôlés par le juge

⁸³ Voir Commission Justice pénale et Droits de l'homme, *op. cit.*, fiche n° 5.

⁸⁴ *Ibid.*

des libertés dans les 24 heures (voir plus *supra*). Afin de ne pas compromettre l'exercice des droits de la défense, la phase secrète d'enquête devrait impérativement répondre à l'exigence du délai raisonnable. Aussi, une durée légale d'enquête non contradictoire pourrait-elle être fixée à 6 mois renouvelables par le juge des libertés à la demande du procureur de la République, étant précisé que la phase contradictoire de l'enquête doit impérativement débiter dès la notification de la suspicion (cf. *infra*)⁸⁵.

B. La phase d'enquête contradictoire

34. La procédure pénale française doit garantir le caractère contradictoire des enquêtes, comme le prévoit l'article préliminaire du CPP⁸⁶. L'organisation et la protection du principe du contradictoire doivent être assurées par un juge du siège, et non relever de la seule responsabilité du parquet. La mise en œuvre de ce principe suppose également la consécration d'un statut du suspect, ainsi que la reconnaissance à ce dernier de droits lui garantissant une défense effective et concrète.

1. Consacrer un statut du suspect

35. A ce jour, l'une des différences essentielles et persistantes entre l'enquête et l'instruction, tient à ce que durant l'enquête, la personne mise en cause ne bénéficie pas pleinement des droits de la défense : elle n'a pas droit à l'assistance d'un avocat hors placement en garde à vue, n'a pas accès au dossier, ne peut intervenir dans le cours de l'enquête pour solliciter telle investigation ou contester la régularité d'un acte⁸⁷. Il y a donc une réelle « *dissymétrie entre enquête et instruction quant aux droits de la personne poursuivie* »⁸⁸, alors même que l'article 6 de la CESDH a vocation à s'appliquer à l'intégralité de la phase préparatoire du procès pénal⁸⁹.

36. Cette dissymétrie s'explique techniquement par le fait que la chambre criminelle a décidé que l'article 105 du CPP, obligeant à ouvrir les droits de la défense à la personne à l'encontre de laquelle sont réunis des indices graves et concordants, ne s'applique pas à la phase d'enquête⁹⁰. Du fait de cette solution, les droits de la défense sont « à géométrie variable », alors même que l'article 6.3 de la CESDH impose d'en ouvrir la garantie à toute personne sur laquelle pèse une suspicion⁹¹. Il en est de même des dispositions de la directive du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales* (article 2) et de celles de la directive du 22 octobre 2013 *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales* (articles 2 et 3), qui imposeront, lors de leur transposition, d'élaborer un véritable statut du suspect dans le code de procédure pénale français⁹².

37. Au regard de ce qui précède, la CNCDH estime que les exigences européennes commandent de ne plus conditionner la mise en œuvre des droits de la défense à la seule existence d'une mesure de contrainte comme le font à ce jour le code de procédure pénale⁹³, la Cour de cassation⁹⁴ et le Conseil constitutionnel⁹⁵. Elle est donc favorable à la consécration d'un statut du suspect⁹⁶. Dans ces

⁸⁵ Comp. Commission de modernisation de l'action publique, *op. cit.*, p. 82 qui se contente de proposer d'introduire une phase contradictoire qu'à l'issue des enquêtes longues.

⁸⁶ Article préliminaire du CPP : « I. – *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* ».

⁸⁷ F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 48, p. 31.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Voir dans ce sens Cour EDH 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, req. n° 13972/88.

⁹⁰ Cass. crim. 27 juillet 1964, *Bull.* n° 252 ; Cass. crim. 20 août 1986, *Bull.* n° 247.

⁹¹ Dans ce sens voir F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 48, p. 31 et 32 ; J. Buisson et S. Guinchard, *Procédure pénale*, 9^{ème} éd., Lexis Nexis, Paris 2013, n° 502b, p. 543. Voir également Cour EDH 15 novembre 2012, *Grimenko c. Ukraine*, req. n° 33627/06, § 91.

⁹² S. Cimamonti et J.-B. Perrier, *Perspectives européennes. L'avenir de la justice pénale et l'Union européenne*, in : *Problèmes Actuels de Sciences Criminelles XXIV* (2013), p. 160.

⁹³ Voir notamment l'article 63-1 du CPP.

⁹⁴ Voir Cass. crim. 3 avril 2013, n° 11-87.333, qui considère au visa de l'article 6-3 de la CESDH que « *la notification du droit de se taire et de ne pas s'accuser n'est reconnue qu'aux personnes en garde à vue ou faisant l'objet d'une mesure de rétention douanière* ».

⁹⁵ Voir notamment Cons. const. 18 juin 2012, *Sté Olano Carla* n° 2012-257 QPC, *JORF* du 19 juin 2012, p. 10181.

⁹⁶ Dans ce sens J. Alix, *Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives*, *Rec. Dalloz* 2011, p. 1699 et s. ; E. Mathias, *Pour une loi des suspects...libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue)*, *Dr. Pénal* n° 4, avril 2011, étude n° 6.

conditions, la phase contradictoire de l'enquête interviendrait obligatoirement dès la notification de la suspicion par un officier de police judiciaire ou par le parquet, en cas d'existence de raisons plausibles de présumer qu'une personne a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit⁹⁷. La tardiveté de la notification de la suspicion, qui aurait pour conséquence fâcheuse de différer l'exercice des droits de la défense, pourrait être sanctionnée par une nullité textuelle.

38. La consécration d'un statut du suspect impliquera une véritable révolution en faveur des droits de la défense au stade de l'enquête en ce que la personne auditionnée librement (voir les articles 62, 73 et 78 du CPP), mais néanmoins soupçonnée, devra se voir notifier l'intégralité de ses droits, sans exception⁹⁸. Ainsi encadrée, l'audition libre perdra sa spécificité tant décriée⁹⁹ en ce qu'elle ne sera plus une mesure permettant d'entendre une personne soupçonnée en la privant de la garantie des droits reconnus au gardé à vue au prétexte qu'elle n'est pas retenue contre sa volonté¹⁰⁰.
39. Pour la CNCDH, la notification de la suspicion devrait obligatoirement s'accompagner de la notification au suspect de l'intégralité de ses droits, à savoir et indépendamment de toute privation de liberté :
- droit à être informé de la date et du lieu présumés des faits reprochés et de leur qualification, au sens des dispositions de la directive du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*¹⁰¹ ;
 - droit à être assisté d'un interprète si le suspect est de nationalité étrangère¹⁰², ainsi que cela découle de l'article 2 de la directive du 20 octobre 2010 *relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales* ;
 - droit à être immédiatement assisté par un avocat (voir *infra*), au besoin rétribué grâce à l'aide juridictionnelle ;
 - droit au silence et droit de ne pas s'incriminer soi-même (article 6 de la CESDH)¹⁰³ ;
 - droit à être assisté par un interprète en langue des signes.
40. En cas de privation de liberté, le suspect devrait en outre se voir notifier :
- droit à être informé des motifs de la privation de liberté¹⁰⁴ et de ses modalités concrètes (durée prolongation, etc.) ;
 - droit à accéder lui-même gratuitement aux pièces du dossier (voir *infra*) permettant le contrôle de la régularité de la privation de liberté dont il fait l'objet¹⁰⁵ ;
 - droit de faire prévenir un proche et son employeur ;
 - droit de faire prévenir, de communiquer et de correspondre avec les autorités consulaires de l'Etat dont il est ressortissant¹⁰⁶ ;

⁹⁷ Dans ce sens CNCDH 6 janvier 2011, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*.

⁹⁸ Comp. J.-P. Michel, *Rapport, op. cit.*, p. 17 et s., 29 et s., qui propose la création d'un statut spécifique du « suspect libre » dans le cadre de la transposition de la directive 2012/13/UE *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*. Ce « suspect libre » se verrait notifier certains droits seulement (information de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction ; droit de quitter à tout moment les locaux où il est entendu ; droit d'être assisté par un interprète ; droit de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire ; droit d'être assisté d'un avocat si l'infraction visée est un crime ou un délit ; droit de bénéficier gratuitement de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit).

⁹⁹ Voir X. Salvat, *Audition d'une personne entendue en enquête préliminaire sans être placée en garde à vue*, RSC 2013, p. 842 ; D. Le Drevo, *L'audition libre...le parent pauvre des droits de la défense*, Dalloz Actualités du 29 avril 2013.

¹⁰⁰ S. Cimamonti et J.-B. Perrier, *op. cit.*, p. 158 et 159.

¹⁰¹ Article 6.3 et considérant n° 28 de la directive du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*.

¹⁰² Sur ce point, la transposition de la directive du 20 octobre 2010 *relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales* n'a pas été intégralement réalisée (voir sur ce point J.-P. Michel, *Rapport, op. cit.*, p. 21 et 22).

¹⁰³ Voir J. Buisson et S. Guinchart, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 489, p. 520 et s. ; R. Koering-Joulin, *Droit de se taire et ne pas s'incriminer soi-même*, RSC 1997, p. 476 et s.

¹⁰⁴ Article 6.2 de la directive du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*.

¹⁰⁵ Article 7.1 de la directive du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales* : « 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 la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat ».

¹⁰⁶ Article 7 de la directive du 22 octobre 2013 *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales* : « 1. Les Etats membres veillent à ce que les suspects (...) qui ne font pas partie de leurs ressortissants et qui sont privés de liberté aient le droit, s'ils le

- droit à être examiné par un médecin ;
- droit de demander qu'il soit mis fin à une privation de liberté (lors d'une prolongation de celle-ci) ou d'en contester la légalité.

41. Conformément aux dispositions de la directive du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*, les suspects privés de liberté devront se voir remettre une déclaration de droits, rédigée de manière compréhensible, « afin de les aider à saisir ce que recouvrent leurs droits » (article 4 et considérant n° 22).

2. Garantir à tout suspect des droits de la défense concrets et effectifs

42. La CNCDH entend insister sur le fait que la majeure partie des affaires pénales est à ce jour mise en état, au stade de l'enquête, selon une procédure peu contradictoire, dans laquelle les droits des personnes sont réduits et la défense représentée en pointillés à l'occasion de mesures spéciales comme la garde à vue¹⁰⁷. Pourtant, ainsi que le précise utilement le Conseil constitutionnel, la garde à vue est en pratique devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause y compris pour des faits complexes ou particulièrement graves¹⁰⁸.

43. Dans ces conditions, il est impératif que les dispositions du code de procédure pénale relatives à l'enquête pénale répondent aux standards minima européens étant précisé que, selon la Cour européenne, « 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 sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer »¹⁰⁹. Ainsi, les droits de la défense doivent-ils être pleinement garantis dès lors que la raison d'être fondamentale de l'assistance effective d'un avocat à ce stade procédural réside dans la garantie du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination¹¹⁰.

44. Pour la CNCDH, afin que soit pleinement réalisé l'équilibre des droits des parties, le suspect doit, dès la notification de la suspicion, avoir immédiatement accès à un avocat, comme le souligne la directive du 22 octobre 2013 *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales*¹¹¹. L'avocat doit aussitôt pouvoir exercer la plénitude de ses prérogatives¹¹², soit principalement :

- la possibilité d'un entretien confidentiel préalable à la garde à vue¹¹³ et sa présence durant la totalité de cette mesure de contrainte, y compris durant les interrogatoires ou auditions, avec possibilité de prendre des notes, de demander à intervenir et de poser des questions¹¹⁴ ;

souhaitent, d'informer de leur privation de liberté, sans retard indu, les autorités consulaires de l'Etat dont ils sont ressortissants, et de communiquer avec lesdites autorités (...) 2. Les suspects (...) ont également le droit de recevoir la visite de leurs autorités consulaires, le droit de s'entretenir et de correspondre avec elles et le droit à l'organisation par celles-ci de leur représentation légale, sous réserve de l'accord desdites autorités et des souhaits des suspects ou des personnes poursuivies ».

¹⁰⁷ Dans ce sens J. Leblois-Happe, *La directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*, Mélanges Fournier, Nancy 2013, p. 256.

¹⁰⁸ Cons. const. 30 juillet 2010, *Daniel W. & autres*, n° 14/22 QPC.

¹⁰⁹ Cour EDH 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03, § 32.

¹¹⁰ Dans ce sens Cour EDH 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, § 25. Conf. Cour EDH 23 février 2010, *Yoldas c. Turquie*, req. n° 27503/04 ; Cour EDH 17 janvier 2012, *Fidanci c. Turquie*, req. n° 17730/07 ; Cour EDH 21 décembre 2012, *Hovanesian c. Bulgarie*, req. n° 31814/03.

¹¹¹ Article 3.2 : « Les suspects (...) ont accès à un avocat sans retard indu ».

¹¹² Voir déjà Commission Justice pénale et Droits de l'homme, *op. cit.*, fiche n° 6.

¹¹³ Article 3.2 a. de la directive du 22 octobre 2013 *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales* qui prévoit qu'en tout état de cause, les suspects ont accès à un avocat « avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire ». L'article 3.3 a. précise que les « Etats membres veillent à ce que les suspects (...) aient le droit de rencontrer en privé l'avocat qui les représente et de communiquer avec lui, y compris avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité administrative ou judiciaire ».

¹¹⁴ CNCDH 6 janvier 2011, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*.

- sa participation active à l'intégralité des actes d'enquête (perquisitions, déplacements sur les lieux, séances d'identification des suspects, auditions de témoins, confrontations, expertises diverses, etc.)¹¹⁵ en ayant la possibilité, de prendre des notes, de demander à intervenir et de poser des questions ;
- l'accès intégral au dossier d'enquête¹¹⁶, étant rappelé que la Cour européenne considère que la possibilité pour le défenseur de consulter les pièces de la procédure participe du droit du gardé à vue à l'assistance effective d'un avocat, sauf à entraver considérablement la possibilité qui lui est donnée de conseiller son client¹¹⁷ ;
- la possibilité de demander au parquet la réalisation d'investigations complémentaires¹¹⁸ et de saisir le juge des libertés en cas de refus ;
- la possibilité de solliciter la remise en liberté du suspect lors de la prolongation de la garde à vue.

45. S'agissant du suspect qui refuse¹¹⁹ ou n'est pas en mesure d'être assisté par un avocat, ces deux dernières prérogatives devraient également lui être reconnues dans les mêmes conditions procédurales. En revanche, il ne saurait en être de même pour l'accès intégral au dossier¹²⁰, question extrêmement controversée depuis que la chambre criminelle a estimé que l'absence de communication de l'intégralité des pièces du dossier prévue à l'article 63-4-1 du CPP n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 6.3 de la CESDH¹²¹. Quant à l'article 7.1 de la directive du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*, il prévoit que le suspect sans avocat doit pouvoir consulter « 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 ». A cet égard, il doit être rappelé que le dossier des personnes placées en garde à vue comprend trois sortes de procès-verbaux : ceux qui ont trait aux auditions du suspect, ceux relatifs aux opérations d'enquête (perquisitions, etc.) et ceux portant sur le déroulement de la garde à vue, qui retracent de manière détaillée la mise en œuvre des différents droits du gardé à vue. Le suspect qui, contrairement à l'avocat n'est soumis à aucune obligation légale ou déontologique de secret¹²², ne saurait, pour des raisons évidentes de sécurité et d'efficacité de l'enquête¹²³, 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 qui relatent le déroulement d'une mesure privative de liberté et qui permettent d'en contrôler la régularité (article 64 du CPP)¹²⁴. Cette restriction n'est pas de nature à porter atteinte au droit à un

¹¹⁵ Dans ce sens voir l'article 3.3 c de la directive du 22 octobre 2013 *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales* : « Les Etats membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient droit au minimum à la présence de leur avocat lors des mesures d'enquête ou des mesures de collecte de preuves suivantes, lorsque ces mesures sont prévues par le droit national et si le suspect ou la personne poursuivie est tenu d'y assister ou autorisé à y assister :

- i) séances d'identification des suspects ;
- ii) confrontations ;
- iii) reconstitution de la scène d'un crime ».

¹¹⁶ CNCDH 10 juin 2010, *Avis sur la réforme de la procédure pénale* ; CNCDH 6 janvier 2011, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*. Sur ce point, la CNCDH va au-delà du droit dérivé de l'UE, dès lors que la directive du 22 mai 2012 *relative au droit d'accès à l'information dans le cadre des procédures pénales* ne peut être interprétée comme permettant à l'avocat d'accéder à l'entier dossier (voir F. Fourment, *La directive 2012/13UE du 22 mai 2012 « droit d'accès à l'information » et la proposition de directive « droit d'accès à un avocat »*, *Gaz. Pal.* du 28 au 30 juillet 2013, p. 14).

¹¹⁷ Cour EDH 20 septembre 2011, *Sapan c. Turquie*, req. n° 17252/09.

¹¹⁸ Dans ce sens CNCDH 10 juin 2010, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*.

¹¹⁹ L'article 9 de la directive du 22 octobre 2013 *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales* encadre la renonciation qui doit être « formulée de plein gré et sans équivoque » après délivrance au suspect, oralement ou par écrit, d'informations claires, compréhensibles et suffisantes sur les conséquences de ladite renonciation. Celle-ci est révocable et les circonstances dans lesquelles elle a été formulée doivent être consignées.

¹²⁰ Voir notamment J. Pradel, *Le droit de l'avocat d'accéder au dossier établi au cours d'une garde à vue*, *JCP éd. gén.* 2012, doctr., p. 1223 et s.

¹²¹ Cass. crim. 19 septembre 2012, *JCP éd. gén.* 2012, p. 1242, note F. Fourment ; *Rec. Dalloz* 2012, p. 2640, note Desprez ; Cass. crim. 6 novembre 2013, n° 12-87.130, *Bull.* n° 217.

¹²² Aux termes de l'article 11 du CPP : « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal ». Le suspect, ne concourant pas à la procédure, n'est pas soumis à cette obligation.

¹²³ Il s'agit notamment de ne pas mettre des témoins en danger ou d'éviter que des co-auteurs de l'infraction ne soient avertis.

¹²⁴ Article 64 du CPP : « I - L'officier de police judiciaire établit un procès-verbal mentionnant :

procès équitable (article 6 de la CESDH), dont les exigences font l'objet par la Cour européenne, d'une « *appréciation globale* » de l'ensemble du procès en cause¹²⁵, étant rappelé que la personne poursuivie a directement accès à l'intégralité du dossier lors de la phase de jugement¹²⁶ et qu'un projet de loi en cours de discussion étend cette possibilité à la phase d'instruction¹²⁷. En outre, l'article 7.2 de la directive du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales* prévoit clairement que l'accès du suspect au dossier doit intervenir « *au plus tard lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation* ». Dans ces conditions, de manière à établir un équilibre entre la garantie des droits du suspect et l'efficacité de la réponse pénale, la CNCDH estime que le suspect ne doit pouvoir directement accéder qu'aux pièces relatives au déroulement de la mesure de privation de liberté.

46. Eu égard au principe d'efficacité des investigations, des restrictions temporaires à l'une ou plusieurs de ces prérogatives pourraient, à la demande du procureur de la République, être autorisées par le juge des libertés pour des raisons impérieuses strictement définies par la loi. La notion d'urgence évoquée plus haut pourrait servir de cadre à de telles limitations. Elle est au demeurant très proche des dispositions de l'article 3.6 de la directive du 22 octobre 2013 *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales* qui prévoient limitativement deux motifs impérieux de restriction temporaire à ce droit¹²⁸. Toutefois, la CNCDH estime que toute restriction à l'assistance effective de l'avocat dès le début de la garde à vue, et avant le début de l'interrogatoire, porte nécessairement atteinte à la substance du droit fondamental à la défense et ne peut, pour cette raison, être admise. Elle souhaite en conséquence l'abrogation des alinéas 1^{er}, 3, 4, 5 et 6 de l'article 63-4-2 du CPP, dont la mise en œuvre, qui peut avoir pour objet en pratique l'obtention d'aveux, est de nature à violer l'article 6 de la CESDH. La Cour européenne a eu en effet l'occasion de préciser qu'il « *est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police sans assistance possible d'un avocat, sont utilisées pour fonder une condamnation* »¹²⁹. Il en est à plus forte raison de même s'agissant de l'article 706-88 du CPP, qui prévoit un report de l'assistance de l'avocat à l'issue de la 48^{ème} heure (criminalité organisée), voire de la 72^{ème} heure (terrorisme et trafic de stupéfiants)¹³⁰. Ce même article, qui limite le libre choix de l'avocat

1° Les motifs justifiant le placement en garde à vue, conformément aux 1° à 6° de l'article 62-2 ;

2° La durée des auditions de la personne gardée à vue et des repos qui ont séparé ces auditions, les heures auxquelles elle a pu s'alimenter, le jour et l'heure à partir desquels elle a été gardée à vue, ainsi que le jour et l'heure à partir desquels elle a été soit libérée, soit déférée devant le magistrat compétent ;

3° Le cas échéant, les auditions de la personne gardée à vue effectuées dans une autre procédure pendant la durée de la garde à vue ;

4° Les informations données et les demandes faites en application des articles 63-2 à 63-3-1 et les suites qui leur ont été données ;

5° S'il a été procédé à une fouille intégrale ou à des investigations corporelles internes.

Ces mentions doivent être spécialement émargées par la personne gardée à vue. En cas de refus, il en est fait mention.

II. - Les mentions et émargements prévus aux 2° et 5° du I concernant les dates et heures du début et de fin de garde à vue et la durée des auditions et des repos séparant ces auditions ainsi que le recours à des fouilles intégrales ou des investigations corporelles internes figurent également sur un registre spécial, tenu à cet effet dans tout local de police ou de gendarmerie susceptible de recevoir une personne gardée à vue. Ce registre peut être tenu sous forme dématérialisée.

Dans les corps ou services où les officiers de police judiciaire sont astreints à tenir un carnet de déclarations, les mentions et émargements prévus au premier alinéa du présent II sont également portés sur ce carnet. Seules les mentions sont reproduites au procès-verbal qui est transmis à l'autorité judiciaire ».

¹²⁵ L.-E. Petiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, Paris 1999, p. 264

¹²⁶ Voir les articles 279, 280 et R. 155 du CPP.

¹²⁷ Voir l'article 5 du projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*. Pour plus de détails, voir sur ce point J.-P. Michel, *Rapport*, op. cit., p. 23 et s., 95 et 96.

¹²⁸ Article 3.6 : « *Dans des circonstances exceptionnelles et au cours de la phase préalable au procès pénal uniquement, les Etats membres peuvent déroger temporairement à l'application des droits prévus au paragraphe 3 dans la mesure où cela est justifié, compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, sur la base d'un des motifs impérieux suivants :*

- a. *lorsqu'il existe une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne ;*
- b. *lorsqu'il est impératif que les autorités qui procèdent à l'enquête agissent immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale ».*

¹²⁹ Cour EDH 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, op. cit.

¹³⁰ Dans l'affaire *John Murray c. Royaume-Uni*, qui était une affaire de terrorisme, la Cour a affirmé que refuser l'accès à un avocat durant les 48 premières heures de l'interrogatoire de police était incompatible avec les droits que l'article 6 de la CESDH reconnaît à l'accusé et cela « *quelle qu'en soit la justification* » (Cour EDH 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 18731/91, §§. 59 et s.).

en matière de terrorisme, pose problème au regard de l'article 6 de la CESDH qui proclame la liberté de choix du défenseur¹³¹. A cet égard, la CNCDH se doit de rappeler que, selon elle, plus l'infraction est grave, plus la protection du suspect présumé innocent s'impose et de réitérer sa ferme opposition au maintien de tels régimes dérogatoires¹³², dont la constitutionnalité est au demeurant discutable¹³³.

3. Permettre à la police de conduire efficacement l'enquête contradictoire

47. D'une part, la phase contradictoire de l'enquête devrait également être soumise au principe de célérité, soit une durée légale de 6 mois renouvelable par le juge des libertés sur demande du procureur de la République. D'autre part, la CNCDH est bien consciente de ce que la consécration d'un statut du suspect est de nature à entraîner une surcharge de travail considérable pour les policiers et gendarmes chargés de rédiger les procès-verbaux et de mettre en forme les procédures. Dans ces conditions, une réflexion doit être initiée dans le sens d'une simplification et d'une modernisation des modalités de constitution des dossiers d'enquête. Aussi, pourrait-il être envisagé de procéder à des enregistrements sonores des procédures relatives à des affaires simples (susceptibles de donner lieu à un classement sans suite ou à une troisième voie), avec possibilité de transcription écrite sur demande du parquet, du suspect ou de la personne se déclarant victime.

(Adoption : 22 voix « pour », une voix « contre », 9 abstentions)

¹³¹ J. Leroy, *La garde à vue après la réforme*, Lexis Nexis, Paris 2011, n° 164, p. 85.

¹³² Voir déjà CNCDH 6 janvier 2011, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*.

¹³³ P. Cassia, *Les gardes à vue particulières ne sont plus conformes à la Constitution*, *Rec. Dalloz* 2010, p. 1949 et s.