



Thèmes
commentaires

Études

**LA RÉFORME DU CODE
PÉNAL ET DU CODE
DE PROCÉDURE PÉNALE**
Opinio doctorum

Sous la direction de
Valérie Malabat
Bertrand de Lamy
Muriel Giacopelli

DALLOZ

La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*

Sous la direction de

Valérie Malabat
Bertrand de Lamy
Muriel Giacomelli

DALLOZ

2009

Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès*

Sabine Gleß

Professeur à l'Université de Bâle

Jocelyne Leblois-Happe

Professeur à l'Université de Strasbourg

Cristina Mauro

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Florian Messner

Docteur en droit à l'Université Leopold-Franzen d'Innsbruck

et

Verena Murschetz

Professeur à l'Université Leopold-Franzen d'Innsbruck

Dans une réflexion sur la refonte du droit criminel français, le recours au droit comparé s'impose pour deux raisons au moins.

La première est que l'observation d'un droit étranger permet de rafraîchir la pensée et de renouveler le regard que l'on porte sur ses propres institutions. La comparaison entraîne nécessairement une prise de distance par rapport à son propre droit et favorise, de ce fait, une approche plus sereine des questions étudiées. Or distance et sérénité sont deux choses dont nous avons particulièrement besoin pour aborder, de façon rationnelle et non émotionnelle, la vaste réforme de la procédure pénale qui s'annonce.

La seconde raison tient au fait que le droit comparé est généralement riche

* « L'introduction », « La mise en état des affaires pénales en Allemagne » et la « conclusion » ont été rédigées par J. Leblois-Happe ; « La mise en état des affaires pénales en Italie » a été rédigée par Ch. Mauro ; « La mise en état des affaires pénales en Autriche » a été rédigée par V. Murschetz et F. Messner ; « La mise en état des affaires pénales en Suisse » a été rédigée par S. Gleß.

d'enseignements pour qui accepte de s'immerger dans un système et une culture étrangers (l'un ne va pas sans l'autre). Examiner les droits et pratiques de nos voisins pourrait nous permettre d'éviter quelques écueils. Il ne suffit pas en effet de donner l'estocade au juge d'instruction ; encore faut-il préserver, ou plutôt restaurer l'équilibre d'ensemble de notre procédure¹.

Plusieurs pays, géographiquement et culturellement proches de la France, connaissent déjà ce que l'on peut appeler, avec un brin de provocation, une « instruction sans juge ». La mise en état des affaires pénales s'y déroule sous la férule du parquet qui s'appuie sur la police judiciaire. L'autorité juridictionnelle n'intervient que ponctuellement, principalement pour autoriser les mesures considérées comme attentatoires aux libertés. Les États concernés ont renoncé à l'information judiciaire pour opter en faveur d'un schéma qui tend à devenir la norme en Europe continentale : celui d'une recherche des preuves diligentée sous la seule responsabilité du ministère public².

Ce schéma procédural est d'ailleurs aussi celui que l'on voit se dessiner au niveau de l'Union européenne. Le projet de créer un parquet européen, chargé de rechercher et de poursuivre les auteurs des crimes transfrontières les plus graves, demeure d'actualité en dépit des obstacles auxquels il se heurte³. L'incertitude actuelle, qui est liée au destin tourmenté du traité de Lisbonne, n'empêche pas le vent de réforme de continuer à souffler sur les procédures nationales, et de le faire, globalement, dans la même direction.

Plusieurs droits s'offrent ainsi en contrepoint de notre réflexion : celui de l'Allemagne (I), de l'Italie (II), de l'Autriche (III) et de la Suisse (IV). La mise en état des affaires pénales⁴ sera étudiée dans l'ordre indiqué ici, qui est celui de la chronologie. En effet, l'information judiciaire a été supprimée en 1974 en Allemagne (avec une entrée en vigueur en 1975), en 1988 en Italie (entrée en vigueur en 1989), en 2004 en Autriche (entrée en vigueur en 2008). Elle l'a enfin été en 2007 en Suisse, la Confédération helvétique se dotant, pour la première fois, d'un

1. V. *La procédure pénale en quête de cohérence*, sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006.

2. V. égal. en ce sens, Sénat, *L'instruction des affaires pénales*, Série : Législation comparée, n° LC 195, mars 2009, p. 6.

3. V. F.-X. Priollaud et D. Sirtzky, *Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE, TFUE)*, La Documentation française, 2008, p. 223 s. ; « Quelles avancées et ambitions pour la coopération pénale ? », 8 juin 2009, disponible sur le site : www.justice.gouv.fr.

4. Nous reprenons ici, intentionnellement, l'expression utilisée par le rapport rédigé en 1991 par la commission « Justice pénale et droits de l'homme », sous la direction de Mme M. Delmas-Marty (*La mise en état des affaires pénales, Commission Justice pénale et Droits de l'homme*, La Documentation française, 1991).

Code de procédure pénale unifié dont les dispositions entreront en application en 2011⁵.

I. LA MISE EN ÉTAT DES AFFAIRES PÉNALES EN ALLEMAGNE

Le rapprochement avec la procédure pénale allemande est sans doute celui qui s'impose avec la plus grande évidence. Le droit d'outre-Rhin est en effet suffisamment proche de notre droit pour que la comparaison soit aisée et dénuée d'artifice, et suffisamment éloigné pour qu'elle présente un intérêt et se révèle fructueuse.

Le droit répressif allemand a, avec le droit français, une parenté qui est due à l'histoire. Le Code d'instruction criminelle s'est appliqué sur une partie du territoire allemand jusqu'au milieu du XIX^e siècle ; la *Strafprozessordnung* du 1^{er} février 1877, qui est le Code de procédure pénale actuel, porte encore la marque de cette influence⁶.

Le droit allemand est, en outre, du point de vue qui nous intéresse, celui qui présente le plus de recul car il est le premier à s'être « débarrassé » de la juridiction d'instruction. L'*Untersuchungsrichter* du Code impérial a été supprimé, sans que cela soulève de grands débats, par la Première loi de réforme de la procédure pénale du 9 décembre 1974, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975⁷. L'enquête a été préférée à l'instruction principalement en raison de sa souplesse et de sa rapidité. Ce choix a paru d'autant plus acceptable que le principe de l'immédiateté (*Unmittelbarkeitsgrundsatz*) qui gouverne la procédure germanique impose un réexamen complet des preuves à l'audience de jugement⁸.

Le procès pénal se divise en trois phases⁹. La première est la phase préliminaire (*Vorverfahren*) ou procédure d'enquête (*Ermittlungsverfahren*). Elle couvre la période qui va de la découverte de l'infraction à la décision sur l'action publique. La

5. V. sur ce point, J. Leblois-Happe, X. Pin et J. Walther, « Chronique de droit pénal allemand », *RID pénal* 2006. 752 s.

6. V., Th. Gergen, « Der Einfluss des Code d'instruction criminelle in den deutschen Territorien », in 2. *Deutsch-Französisches Strafrechtsvergleichendes Kolloquium (Deuxièmes rencontres du droit pénal franco-allemand), Der Bicentenaire des Code d'instruction criminelle (Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle)*, 13./14. mars 2009, Baden-Baden, Éditions Nomos, à paraître, 2009.

7. *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG)*. Le juge d'instruction était chargé d'enquêter sur les infractions les plus graves, les affaires relevant de la petite et moyenne délinquance étant élucidées par le parquet (v., K. Schäfer, *Strafprozessrecht, eine Einführung*, Walter de Gruyter, 1976, Einl. Kap. 5, n° 45-46, Einl. Kap. 13, n° 9 ; adde J. Walther, « L'évolution de l'instruction de 1808 à 2009 : chronique des turpitudes d'un modèle français en péril », in *Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, à paraître).

8. *Ibid.*

9. V. W. Beulke, *Strafprozessrecht*, C. F. Müller, 10. Aufl. 2008, n° 2. Rappelons que les règles de la procédure pénale ne gouvernent que la réaction sociale aux crimes et aux délits, le droit allemand ayant adopté, lors de la réforme du Code pénal entrée en vigueur en 1975, une classification bipartite des infractions.

deuxième phase est la procédure intermédiaire (*Zwischenverfahren*), au cours de laquelle la juridiction compétente pour connaître de l'affaire au fond exerce un contrôle sur la décision de poursuite¹⁰. La troisième phase — la procédure principale (*Hauptverfahren*) — correspond à la phase de jugement. Elle comporte une audience au cours de laquelle se tiennent des débats oraux et en principe continus¹¹.

La phase préparatoire est placée sous la haute main du parquet (A), le rôle du juge étant nettement plus ponctuel (B).

A. LE RÔLE DU PARQUET

Le ministère public est, selon l'expression consacrée, le « maître » ou le « souverain » de la phase préparatoire (*Die Staatsanwaltschaft ist die Herrin des Vorverfahrens*)¹². Il est composé de fonctionnaires qui ne font pas partie du pouvoir judiciaire, au sens de l'article 92 de la Loi fondamentale¹³, mais dépendent de l'exécutif¹⁴.

Le parquet fédéral — *die Bundesanwaltschaft* — est rattaché à la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*). Il occupe une place à part dans la hiérarchie, dans la mesure où il est subordonné au ministre fédéral de la Justice mais n'exerce aucune autorité sur les autres membres du ministère public. Chaque *Land* a son propre parquet, placé sous l'autorité du ministre de la Justice régional. Le procureur général (*Generalstaatsanwalt*) et ses substituts (*Staatsanwälte*) représentent le ministère public devant les tribunaux régionaux supérieurs (*Oberlandesgerichte*), qui sont les plus hautes juridictions du *Land*. Aux tribunaux régionaux (*Landgerichte*) sont rattachés les procureurs supérieurs (*Leitender Oberstaatsanwälte*) et leurs substituts

10. La procédure est ici écrite mais contradictoire : la personne mise en cause peut faire valoir les arguments de sa défense en adressant au juge un mémoire. Le tribunal ordonne l'ouverture de la procédure principale si, « sur la base des résultats de la phase préliminaire, le mis en cause apparaît suffisamment suspect d'avoir commis une infraction » (§ 203 C. pr. pén.). Une telle décision est prise dans la majeure partie des cas ; v., Th. Voss, « Deutschland » in S. Gieß, R. Grote, G. Heine (hrsg), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Édition iuscrim, 2001, p. 123.

11. Les débats ne peuvent en principe être interrompus durant plus de 3 semaines ; ils doivent avoir lieu en un seul trait de temps, et le jugement doit être prononcé au plus tard le 11^e jour après leur clôture. À défaut, l'audience doit être recommencée (§ 229 al. 1^{er}, § 268 al. 3 C. pr. pén.).

12. V., W. Beulke, *op. cit.*, n° 79 ; H. Satzger, « Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens », *Guachten C für den 65. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des fünfundsiebszigsten Deutschen Juristentages, Bonn 2004*, Band I, C. H. Beck, 2004, p. 19 ; K. Schäfer, *op. cit.*, Einl. Kap. 5, n° 46.

13. « Le pouvoir judiciaire est confié aux juges ; il est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, par les juridictions fédérales prévues par la présente Loi fondamentale et par les juridictions des Länder » (« *Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut ; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt* »).

14. Le statut du ministère public est inscrit dans le Code de l'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) du 27 janv. 1877, aux § 144 s.

(*Staatsanwälte*). Ce sont eux qui sont investis de la charge de déclencher les poursuites pénales. Les officiers du ministère public (*Amtsanwälte*) près les tribunaux cantonaux (*Amtsgerichte*) n'ont qu'une compétence résiduelle¹⁵.

La dépendance à l'égard de l'exécutif se traduit par la possibilité, reconnue à l'autorité politique, de donner au ministère public des instructions générales ou individuelles. S'y ajoutent les droits de dévolution — droit de s'attribuer une affaire traitée par un subordonné — et de substitution — droit de dessaisir un subordonné au profit d'un autre membre du ministère public — reconnus aux chefs de parquet. La protection contre les ordres illégaux dérive de la garantie de l'état de droit qui est inscrite dans la Constitution : nul ne peut demander à un représentant du ministère public d'accomplir un acte contraire au droit¹⁶.

Le ministère public constitue en Allemagne un organe autonome de l'administration de la justice (*ein selbständiges Organ der Rechtspflege*). Cela signifie qu'il n'est pas considéré comme une partie au procès pénal. Il y remplit une fonction objective, dans l'intérêt de la société dans son ensemble¹⁷.

Exerçant, au nom de l'État, l'action qui appartient à celui-ci, il est soumis au principe de la légalité des poursuites¹⁸. Il en résulte une double contrainte. La première est l'obligation d'enquêter (*Ermittlungszwang*) qui pèse sur les autorités. Le procureur près le tribunal régional territorialement compétent est tenu d'ouvrir une enquête dès qu'il est informé de l'éventuelle commission d'un délit ou d'un crime. Il ne peut s'en dispenser que s'il lui apparaît dès le départ que des poursuites ne peuvent être envisagées soit pour des raisons de droit¹⁹ soit pour des raisons de fait²⁰. La seconde est l'obligation « d'accuser » (*Anklagezwang*). Si les éléments recueillis au cours des investigations fournissent la matière d'un procès, le procureur est tenu, sauf exception²¹, de mettre en mouvement l'action publique devant le tribunal compétent. En l'absence de juridiction d'instruction, le parquet saisit en effet directement la juridiction de jugement à l'issue de l'enquête.

15. Il n'en va autrement que lorsque le parquet fédéral est compétent en raison de la nature de l'affaire (atteinte à la sûreté de l'État, terrorisme principalement), celle-ci relevant de la compétence d'un tribunal régional supérieur (W. Beulke, *op. cit.*, n° 80).

16. Art. 20 de la Loi fondamentale (« Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire par la loi et le droit », « *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden* »). V. W. Beulke, *op. cit.*, n° 84 s.

17. W. Beulke, *op. cit.*, n° 79.

18. § 152 al. 2 et § 170 al. 1^{er} C. pr. pén.

19. Délit non constitué, existence d'un obstacle procédural à la poursuite.

20. Auteur introuvable, infraction impossible à prouver.

21. La première exception a été introduite par l'ordonnance d'*Emminger* du 4 janv. 1924. Il s'agit du § 153 C. pr. pén., qui permet le classement des infractions dites « de bagatelle » c'est-à-dire des infractions de menue gravité. Les exceptions au principe de la légalité des poursuites se sont ensuite multipliées, sans toutefois remettre en cause le principe auquel nos voisins sont très attachés. Ces exceptions sont aujourd'hui prévues aux § 153a s. C. pr. pén.

Cette enquête — *die Ermittlungen* — est placée sous la direction fonctionnelle du procureur (près le tribunal régional) qui, en raison du caractère objectif de ses fonctions, doit la mener à charge et à décharge²². C'est lui qui décide des investigations à accomplir et de l'ordre dans lequel elles doivent être effectuées. Sa mission est ici non seulement élucider l'affaire mais encore de rassembler tous les éléments d'information nécessaires au prononcé d'une sanction²³. Il est, selon la Cour fédérale de justice, le garant de la légalité de la procédure²⁴.

Cette phase de la procédure présente un caractère inquisitoire marqué. Non seulement elle est écrite et secrète mais la contradiction y est limitée. Le Code ne prévoit qu'avec certaines réserves la possibilité, pour le mis en cause, d'être assisté par un avocat ayant accès au dossier. L'intéressé doit certes être informé des faits qui lui sont reprochés et des prescriptions applicables, de son droit de se taire ainsi que du droit qui lui est reconnu d'être assisté par un avocat. Mais l'avocat ne peut pas être présent à toutes les auditions et il n'a accès au dossier de la procédure qu'avec l'accord du parquet, si cette communication ne met pas en danger la découverte de la vérité²⁵.

Le représentant du ministère public peut soit procéder lui-même aux actes de l'enquête, soit requérir le concours de la police, ce qu'il fait généralement car cette dernière dispose de moyens humains et matériels beaucoup plus étendus²⁶. La police est de fait, selon l'expression d'un auteur, l'« organe d'enquête » du procureur²⁷. Le Code de procédure pénale lui reconnaît d'ailleurs explicitement un certain pouvoir d'initiative. Aux termes du paragraphe 163, il appartient à la police judiciaire « de prendre toutes les mesures ne supportant aucun retard afin d'éviter une disparition ou déperdition des éléments de preuve [...] »²⁸. Les policiers peuvent donc effectuer seuls les premières recherches — ce sont généralement eux qui sont appelés et arrivent sur les lieux en premier — à condition de transmettre sans délai au parquet le résultat de leurs opérations²⁹.

22. § 160 al. 2 C. pr. pén.

23. § 160 al. 3 C. pr. pén.

24. Cour féd. just., 4 nov. 1986, BGHSt 34, p. 215 (217). V., H. Satzger, « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », in *Der Bicentenaire des Code d'instruction criminelle*, à paraître.

25. V. les § 136 et 163a al. 3 et 4 C. pr. pén. et W. Beulke, *op. cit.*, n° 116.

26. § 160 al. 2, § 161 al. 1^{er} C. pr. pén. Les représentants du ministère public travaillent la plupart du temps avec les services de police de leur région. Le recours aux services de police fédéraux est exceptionnel.

27. L. Meyer-Gossner, *Strafprozessordnung und Nebengesetze*, C. H. Beck, 51. Aufl. 2008, Einl., n° 41.

28. « Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten [...] ».

29. Certains actes sont cependant du ressort exclusif du représentant du ministère public. Ainsi, seul le procureur peut contraindre le mis en cause, les témoins et les experts à comparaître et, pour ces derniers, à déposer. La police ne peut les entendre que s'ils se présentent volontairement et acceptent de lui parler (§ 161a al. 1^{er} et 2, 163a al. 3).

Dans la pratique, on assiste, de la même manière qu'en France d'ailleurs, à une montée en puissance de la police, au point qu'il est devenu courant d'évoquer la « policisation » (*Verpolizeilichung*) de la procédure. Dans le domaine de la petite et moyenne délinquance, la police enquête le plus souvent seule, le ministère public n'étant saisi du dossier qu'une fois les investigations terminées³⁰. Or contrairement au représentant du parquet, la police n'est pas tenue d'agir à charge et à décharge, de sorte que ses investigations tendent le plus souvent à conforter le soupçon initial³¹.

En un mot, le parquet est un maître dont le serviteur jouit, *de facto*, d'une autonomie certaine et croissante. Cette limitation de fait des pouvoirs de direction du ministère public n'est pas contrebalancée par l'emprise du juge. Les pouvoirs de celui-ci sont en effet non seulement encadrés par la loi et mais encore érodés par la pratique.

B. LE RÔLE DU JUGE

Le rôle du juge dans la phase préparatoire est un rôle ponctuel et assez distant de la procédure.

Le juge d'instruction a été remplacé par un juge de l'enquête — *der Ermittlungsrichter* — qui comme lui est un juge mais contrairement à lui n'est pas un enquêteur, du moins au sens où on l'entend habituellement³².

En tant que juge, le juge de l'enquête est un magistrat indépendant et inamovible qui n'est soumis qu'à la loi, conformément à l'article 97 de la Loi fondamentale. Il n'intervient que ponctuellement dans l'enquête et le fait en principe uni-

30. V. W. Beulke, *op. cit.*, n° 106; Ch. Gusy, *Polizeirecht*, Mohr Siebeck, 5. Aufl. 2003, n° 148; B.-D. Meier, « Die Reform des Ermittlungsverfahrens, Zur notwendigen Stärkung der Rechstellung der Beteiligten », GA 2004, 446; H. Satzger, « Die Rolle des Richters... » préc.; E. Schlüchter, *Procédure pénale allemande*, traduit par E. Mathias, EuWi Verlag, Kernwissen, 3^e éd., 2002, p. 42; Sénat, *L'instruction des affaires pénales*, préc., p. 12.

31. Certes, la loi distingue, au sein des forces de police, les fonctionnaires qui ont la qualité d'« enquêteurs » (*Ermittlungspersonen*) des autres fonctionnaires. Ces enquêteurs sont spécifiquement et directement chargés d'exécuter les ordres du parquet alors que leurs collègues doivent en principe d'abord en référer à leur supérieur. Ils disposent, de ce fait, de compétences plus étendues et peuvent, comme les représentants du ministère public, ordonner en cas d'urgence certaines mesures de contrainte. En réalité, la distinction entre policiers ordinaires et enquêteurs n'a qu'une portée réduite car seuls les policiers stagiaires et les hauts responsables de la police ne possèdent pas cette qualité. Tout comme, en France, de plus en plus de policiers et de gendarmes ont la qualité d'officier de police judiciaire, de plus en plus de policiers ont, en Allemagne, la qualité d'« enquêteur », si bien que la distinction n'offre plus de garantie particulière. C'est d'autant plus vrai que certaines mesures, qui contrevennent pourtant à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves, peuvent, en cas d'urgence, être ordonnées par n'importe quel policier. Il en va ainsi des infiltrations policières. Si la décision d'y recourir suppose, en principe, l'accord écrit du ministère public, le Code de procédure pénale permet à la police d'en prendre l'initiative, dès lors que la décision est ratifiée par le procureur dans les 3 jours (§ 110b al. 1^{er} C. pr. pén.).

32. V., H. Satzger, « Die Rolle des Richters », préc.

quement à la demande du ministère public³³. C'est le plus souvent un juge du tribunal cantonal du ressort du tribunal auquel le parquet est rattaché³⁴.

Le Code de procédure pénale fait de lui à la fois un garant de la solidité de la procédure et un protecteur des droits fondamentaux.

La première mission du juge de l'enquête est de garantir, si nécessaire, la solidité de la procédure. Les auditions et les constats auxquels il procède à la demande du parquet font l'objet d'un procès-verbal qui pourra, le cas échéant, être lu à l'audience de jugement³⁵. Les preuves recueillies sont ainsi « inscrites dans le marbre » et ne peuvent que difficilement être remises en cause.

Cela présente un intérêt particulier lorsque la personne auditionnée fait partie de celles qui peuvent refuser leur témoignage, telles l'époux(se) ou les parents de l'accusé³⁶. Si ces personnes acceptent de déposer devant la police ou le parquet et se ravisent par la suite, leur témoignage ne peut être utilisé. En revanche, si leurs déclarations ont été recueillies par le juge, le procès-verbal peut en être lu à l'audience. Le juge peut lui-même être entendu par le tribunal³⁷. Ainsi, en cas de violences conjugales, le ministère public s'empresse-t-il généralement de faire auditionner la femme victime par le juge, de crainte qu'elle ne se rétracte, ce qui arrive assez souvent³⁸.

Lorsque l'accomplissement d'un tel acte d'instruction lui est demandé, le juge de l'enquête doit l'effectuer. Il est ici en effet un auxiliaire du parquet — *ein Hilfsorgan* —. Son intervention garantit la légalité de la mesure demandée mais il ne peut juger de son opportunité qui relève de l'appréciation du seul ministère public³⁹.

La seconde mission du juge de l'enquête est, elle, véritablement juridictionnelle⁴⁰. Elle consiste à protéger les droits fondamentaux des personnes impliquées dans la procédure en autorisant — ou en refusant — les actes portant atteinte à ces droits. De manière générale, on considère qu'il dérive du principe de l'état de droit que plus une mesure obère les droits de l'individu, plus l'autorité habilitée à en décider doit être « qualifiée »⁴¹.

33. *Ibid.*

34. § 162 C. pr. pén. Le texte prévoit cependant qu'en cas de demande d'audition ou de recherche de preuve *de visu* (transport sur les lieux, par ex.), le parquet peut saisir le juge du lieu où l'acte doit être accompli.

35. § 251 C. pr. pén.

36. § 52 C. pr. pén.

37. La solution est jurisprudentielle et approuvée par la doctrine. V. W. Beulke, *op. cit.*, n° 418 s.; H. Satzger, « Die Rolle des Richters », préc.; Entretien avec un juge de l'enquête du tribunal cantonal de Kehl le 11 juin 2009.

38. Entretien préc.

39. H. Satzger, « Die Rolle des Richters », préc.

40. *Ibid.*

41. E. Schlüchter, *op. cit.*, p. 44. Concernant les droits fondamentaux, l'intervention d'un juge est imposée par l'art. 19 al. 4 de la Loi fondamentale selon lequel « toute personne qui subit, de la part d'une autorité publique, une atteinte dans l'un de ses droits fondamentaux dispose d'un recours juridictionnel » (« Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen »).

Ainsi le juge de l'enquête est-il compétent pour ordonner le placement en détention provisoire du mis en cause, l'annulation provisoire de son permis de conduire et la mise en place d'un barrage routier, les perquisitions et saisies ainsi que l'entrée de policiers infiltrés dans un lieu non ouvert au public, l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications et la surveillance visuelle et acoustique hors domiciles, les examens corporels comme les analyses génétiques auxquelles ils peuvent donner lieu⁴².

Le juge se prononce exclusivement à partir du dossier qui lui est soumis. Son appréciation se limite à la légalité de l'acte — légalité qui inclut, selon une jurisprudence constante, l'examen du caractère proportionné de la mesure⁴³. Mais il ne peut juger de l'utilité de l'acte pour la recherche de la vérité. Ainsi, en matière de perquisitions, l'office du juge est achevé lorsqu'il a donné son accord. La question de savoir si la perquisition a effectivement lieu, et quand elle a lieu, relève de l'appréciation du procureur⁴⁴.

Dans la pratique, on constate une certaine érosion du rôle du juge de l'enquête. Pour diverses raisons, celui-ci est dans l'impossibilité de remplir pleinement la mission de contrôle que lui confient les textes.

En premier lieu, les conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle judiciaire rendent celui-ci relativement inefficace. Les juges de l'enquête ne disposent généralement que d'un temps limité pour exercer cette fonction. Ils sont souvent débordés en raison des autres charges qu'ils continuent d'assumer en matière pénale ou civile⁴⁵. Ils n'ont du dossier qu'une connaissance ponctuelle, ce qui se traduit par un taux de refus très bas et des motivations souvent formelles. Il est plus facile et plus rapide de dire « oui » en apposant sa signature au bas d'un imprimé pré-rempli que de motiver un refus⁴⁶.

Le législateur a tenté de remédier à ces inconvénients en modifiant les règles de compétence. Jusque récemment, le juge compétent était celui du ressort dans lequel l'acte demandé devait être effectué, ce qui favorisait l'intervention de plusieurs magistrats dans un même dossier. La loi du 21 décembre 2007⁴⁷ a prévu que le

42. § 114 al. 1^{er}, § 111a al. 1^{er}, § 111 al. 2, § 98 al. 1^{er}, § 100 al. 1^{er}, § 105 al. 1^{er}, § 110b al. 1^{er} et 2, § 100f, § 81a al. 2, § 81c al. 5, § 81^e et § 81f C. pr. pén. L'intervention d'un juge est expressément imposée par la Loi fondamentale s'agissant des privations de liberté (art. 104 al. 2), des perquisitions (art. 13 al. 2) et de la surveillance acoustique des domiciles (art. 13 al. 3).

43. V., Trib. rég. sup. de Zweibrücken, 3 avr. 1980, NJW 1981, 534; Cour const. féd., 27 mai 1997, 2 BvR 1992/92, ainsi que B. Asbrock, « Zum Mythos des Richtervorbehalts » als wirksames Kontrollinstrument im Zusammenhang mit besonderen polizeilichen Eingriffsbefugnissen », KritV 1997, p. 259 et les réf. citées.

44. Il a toutefois été jugé que l'autorisation du juge n'était plus valable passé un délai de 6 mois : Cour const. féd., 27 mai 1997, BVerfGE 96, 44, 54, NJW 1997, 2165.

45. K. Geppert, « Kontroll und Förderungspflicht des Ermittlungsrichters », DRIZ, 1992, 408, 410; H. Satzger, « Chancen und Risiken... », préc., p. 120, 121.

46. H. Satzger, « Die Rolle des Richters », préc.; Entretien préc.

47. Gesetz zur Neuordnung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG.

juge compétent serait dorénavant celui du siège du ministère public. C'est donc aujourd'hui le même juge qui, sauf exception, contrôle l'enquête du début à la fin. On observe néanmoins que dans certains ressorts, la décision du juge est fréquemment recueillie, en dehors des heures normales de services, auprès de magistrats de permanence. Peu expérimentés ou non spécialisés en matière pénale, ceux-ci sont d'autant plus enclins à accorder ce que les enquêteurs leur demandent⁴⁸.

Il est indéniable que l'on ne contrôle bien que ce que l'on maîtrise. L'absence de pleine maîtrise du dossier est le « talon d'Achille » du juge de l'enquête. Irrévérencieusement, un auteur l'a comparé au caissier d'un théâtre : il autorise l'entrée de la salle sans connaître le contenu de la représentation⁴⁹ !

En second lieu, l'existence, dans la loi, de clauses d'urgence permettant une prise de décision rapide favorise les pratiques d'évitement. Plusieurs textes prévoient, en effet, la possibilité de se dispenser de l'autorisation du juge lorsqu'une mesure attentatoire aux droits fondamentaux s'impose d'urgence, c'est-à-dire lorsqu'elle doit être réalisée au plus vite, le résultat de l'enquête risquant, à défaut, d'être compromis⁵⁰.

En cas d'urgence, une infiltration policière impliquant d'agir contre un mis en cause déterminé ou supposant l'entrée dans un lieu non public et la saisie d'envois postaux peuvent être ordonnée par le procureur, les perquisitions et saisies, la mise en place d'un barrage routier et les examens corporels peuvent être décidés par le représentant du ministère public ou ses enquêteurs, la surveillance acoustique d'une personne hors domicile et l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications peuvent être ordonnées par le procureur, à condition que cette décision soit confirmée par le juge dans les trois jours⁵¹. Il suffit donc de constater qu'il y a urgence pour contourner l'intervention du juge. Le juge de l'enquête se trouve ainsi évincé... en toute légalité !

Cette mise à l'écart, préoccupante au regard de la préservation des libertés, est toutefois aujourd'hui limitée de deux manières.

D'une part, les actes les plus attentatoires aux libertés font l'objet de dispositions particulières. Certains ne peuvent être autorisés que par un collège de juges,

48. B. Asbrock, préc., p. 260; H. Satzger, « Chancen und Risiken... », préc., p. 120.

49. B. Asbrock, préc., p. 260.

50. Il en va ainsi, par ex., lorsque les enquêteurs sont informés par un témoin, à 16h15, qu'une certaine quantité d'héroïne vient d'être déposée dans l'appartement du mis en cause et qu'elle en sera retirée à 19 h par un complice. La perquisition de l'appartement, en vue de la saisie de la drogue, est une mesure urgente (Cour féd. just., 11 août 2005, NSStZ 2006, 114). De la même manière, constitue une mesure urgente le prélèvement sanguin effectué sur une personne arrêtée au volant d'un véhicule alors qu'elle se trouve en état alcoolique (Entretien préc.).

51. § 100 al. 1^{er}, § 110b al. 2, § 98 al. 1^{er}, § 105 al. 1^{er}, § 111 al. 2, § 81a al. 2 et § 81c al. 5, § 100f et § 100b al. 1^{er} C. pr. pén. Comme on peut le constater, la réglementation des mesures portant atteinte aux droits fondamentaux n'est pas unifiée : tantôt l'acte peut être ordonné par le procureur ou l'un de ses enquêteurs, tantôt il ne peut l'être que par le procureur ; dans certains cas, le juge doit confirmer la décision dans un certain délai, dans d'autres non. Ces disparités sont vivement critiquées par la doctrine. V. H. Satzger, « Chancen und Risiken... », préc., spéc. p. 117 et les réf. citées.

tandis que d'autres ignorent toute référence à l'urgence. Ainsi la sonorisation des lieux d'habitation requiert-elle l'autorisation écrite d'une formation du tribunal régional composée de trois juges⁵². La détention provisoire, l'annulation provisoire du permis de conduire et la saisie d'objets et documents dans les locaux d'une entreprise de presse, ne peuvent, quelles que soient les circonstances, être ordonnées par quelqu'un d'autre que le juge⁵³.

D'autre part, le juge constitutionnel joue en Allemagne, dans la sauvegarde des libertés, un rôle sans équivalent dans notre droit. La Cour constitutionnelle fédérale intervient dans les procès en cours ou en impose le recommencement, à la faveur de recours intentés par des particuliers⁵⁴ ou formés par les juridictions répressives elles-mêmes⁵⁵. Les juges de Karlsruhe s'efforcent alors d'encadrer le plus étroitement possible le recours à la clause d'urgence. Dans un arrêt de principe rendu le 20 février 2001, la Cour constitutionnelle a jugé que la notion d'urgence devait être interprétée strictement, toute atteinte à un droit fondamental⁵⁶ devant en principe être autorisée par un juge⁵⁷. Dans un arrêt prononcé le 4 février 2005, la Cour a annulé le jugement d'un tribunal cantonal avalisant le recours à la clause d'urgence, dans une affaire où les enquêteurs n'avaient même pas tenté de joindre le juge compétent et où rien n'indiquait qu'il existait un risque de déperissement des preuves⁵⁸.

Le juge de l'enquête apparaît en définitive comme un juge qui peine à exister à l'ombre du parquet. Aussi de nombreux auteurs appellent-ils de leurs vœux un renforcement de sa position, souhaitant qu'on lui donne les moyens d'exercer un contrôle véritable sur l'enquête, ce qui suppose qu'il soit bien formé en matière pénale et qu'il soit déchargé d'une partie de ses autres fonctions.

Les recommandations formulées en ce sens par le 65^e Congrès des juristes allemands en 2004⁵⁹ sont pour le moment demeurées lettre morte. Il est vrai que leur mise en œuvre impliquerait d'exposer certains coûts. Or pas plus en Allemagne qu'en France, l'heure n'est à l'augmentation des dépenses publiques.

52. En cas d'urgence, la décision est prise par le président de cette formation; elle doit alors être confirmée par la chambre dans les 3 jours. L'autorisation est délivrée pour un délai de 1 mois maximum. Elle peut être renouvelée pour un nouveau délai de 1 mois selon la même procédure. Au-delà de 6 mois, la décision est prise par le tribunal régional supérieur (§ 100d al. 1^{er} C. pr. pén.).

53. § 114, 111a al. 1^{er}, § 98 al. 1^{er} C. pr. pén.

54. L'art. 93 al. 1^{er} 4a de la Loi fondamentale ouvre un recours constitutionnel à « quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20 IV, 33, 38, 101, 103 et 104 » de la Loi fondamentale (la traduction est de Ch. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997, n° 74, p. 81).

55. Toute juridiction peut saisir la Cour constitutionnelle d'une loi qu'elle estime contraire à la Constitution (contrôle concret des normes, *konkrete Normenkontrolle*). V. Ch. Autexier, *op. cit.*, n° 73, p. 80.

56. En l'occurrence l'inviolabilité du domicile.

57. Cour const. féd., 20 fév. 2001, 2 BvR 1444/00, www.bundesverfassungsgericht.de, BVerfGE 103, p. 142 (157).

58. Cour const. féd., 4 fév. 2005, 2 BvR 308/04, www.bundesverfassungsgericht.de.

59. Die Beschlüsse des 65. Deutschen Juristentages Bonn, 2004, www.djt.de.

II. LA MISE EN ÉTAT DES AFFAIRES PÉNALES EN ITALIE

Depuis quelques années, il est devenu relativement commun de se tourner vers l'exemple italien à l'occasion des réformes de la procédure pénale en France. En effet, avec l'adoption du nouveau Code de procédure pénale de 1988, dit *Codice Vassalli*⁶⁰, le législateur italien a abandonné l'ancien Code de 1930, largement influencé par le système français, pour adopter une procédure accusatoire sans instruction. Comme l'explique la loi qui autorisait l'adoption du Code par ordonnance, la réforme était dictée à l'origine par trois exigences fondamentales consacrées par les jurisprudences de la Cour constitutionnelle — *Corte costituzionale* — et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)⁶¹. En particulier, elle devait assurer la simplification du procès et le respect des principes de l'oralité et de l'égalité des armes à tout stade de la procédure. Pourtant, le nouveau Code a d'abord été accepté avec quelque réticence par les praticiens formés dans le contexte de la culture inquisitoire⁶². Ces mêmes réticences ont d'ailleurs été à l'origine d'un conflit très aigu entre la Cour constitutionnelle et le législateur qui a conduit à l'introduction du principe du procès équitable — *giusto processo* — à l'article 111 de la Constitution⁶³. Aujourd'hui, après de nombreuses modifications législatives et interventions du juge constitutionnel, le nouveau système est relativement bien accepté par les avocats, dont le rôle est potentiellement de plus en plus important⁶⁴, et par les magistrats qui reconnaissent les effets de la réforme sur le respect des garanties de la défense⁶⁵. Les deux dernières commissions chargées de rédiger un projet de réforme du *Codice di procedura penale*, malgré des appartenances politiques

60. Le *Codice di procedura penale* a été adopté par ordonnance le 22 sept. 1988, promulgué le 24 oct. 1988 et est entré en vigueur le 24 oct. 1989.

61. En ce sens, v. l'exposé de motifs de la loi portant autorisation à adopter le Code par ordonnance n° 81 du 16 févr. 1987. En doctrine, v. M. Chiavario, « Cultura italiana del processo penale e convenzione europea dei diritti dell'uomo : frammenti di appunti e spunti per una microstoria », in *Studi in onore di F. Vassalli*, II, Giuffrè, 1991, p. 537.

62. E. Stefani, « Avocatura e investigazioni », in F. Sidoti (dir.), *L'investigazione come scienza*, Colacchi, 2004, p. 237.

63. Saisie dans le cadre du contrôle *a posteriori* de différentes questions préjudicielles portant sur les dispositions du *Codice* qui interdisaient la preuve par oui-dire et qui ne permettraient pas de lire au juge de l'audience les procès verbaux des auditions de témoins effectuées pendant l'enquête, la *Corte costituzionale* avait consacré le principe de la « non-dispersion de la preuve » qui devait permettre d'utiliser en audience tout élément acquis pendant l'enquête (Décis. n° 24 du 31 janv. 1992 ; Décis. n° 254 du 3 juin 1992 ; Décis. n° 60 du 24 févr. 1995 ; Décis. n° 361 du 2 nov. 1998). Pour renverser cette jurisprudence et renforcer l'empreinte accusatoire du nouveau procès, le législateur a donc modifié la Constitution pour y inscrire les principes de l'égalité des armes, du contradictoire et de l'oralité (L. const. n° 2 du 23 nov. 1999). Sur la réforme et ses suites, v., P. Ferrua, II « *giusto processo* », Zanichelli, 2007.

64. G. di Federico et M. Sapignoli, *Processo penale e diritti della difesa, La testimonianza di 1.000 avvocati penalisti*, Carocci, 2002.

65. En ce sens, v. not., T. A. Camelio, magistrat de liaison à Paris, intervention au colloque « Procédures pénales en Europe », Assemblée nationale, 19 févr. 2009.

très différentes⁶⁶, s'accordent d'ailleurs sur la nécessité de consacrer les choix fondamentaux de 1988 et, par conséquent, le modèle accusatoire.

L'observateur étranger devrait néanmoins se méfier de toute comparaison théorique qui ne tienne pas compte du contexte italien profondément marqué par l'expérience de *Mains propres* — *Mani pulite*. Depuis les années 1990, en effet, les nombreuses modifications apportées au *Codice Vassalli* ont été dictées par le souci politique de limiter les pouvoirs de l'accusation au profit de la défense et d'éviter ainsi qu'une nouvelle vague d'affaires politico-financières ne voie le jour. Comme on le verra, cette préoccupation toujours pressante dicte de nombreux projets de réforme actuellement en cours d'examen au Parlement.

En dehors du contexte et d'un point de vue plus théorique, comme le soulignait la doctrine au lendemain de l'adoption du Code, le choix de la logique accusatoire a eu une influence importante sur la conception et l'organisation de la phase préparatoire constituée par l'enquête préliminaire — *indagini preliminari* — et par la décision sur le classement⁶⁷. Ainsi, tout en prévoyant souvent des dispositions dérogatoires pour les enquêtes relatives à la criminalité organisée et au terrorisme, le Code de 1988 a consacré un système unitaire d'enquête préliminaire relativement complexe qui voit intervenir le ministère public — *pubblico ministero* — (A), le juge (B) et l'avocat de la défense (C).

A. L'INTERVENTION DU MINISTÈRE PUBLIC

Le ministère public est composé de tous les magistrats du parquet — *procura della Repubblica* — soumis à la direction et au contrôle du procureur de la République — *procuratore della Repubblica*⁶⁸. Il doit conduire l'enquête à charge et à décharge avec

66. Une première commission, dite *Dalia*, a été nommée en juill. 2004 et a publié un projet en juin 2005 ; une seconde, dite *Riccio*, a été nommée en juill. 2006 et a publié un projet en déc. 2007. Les travaux de ces deux commissions portent essentiellement sur la réforme de la justice des mineurs, sur l'introduction de cas de classement sous condition et sur la célérité de la procédure.

67. E. Amodio, « Il modello accusatorio nel nuovo Codice di procedura penale », in E. Amodio et O. Dominioni, *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, Giuffrè, 1989, p. XXV ; G. Lozzi, « *Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare* », *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 1276 s.

68. Malgré des tentatives récentes de réforme constitutionnelle, il résulte des art. 104, 105 et 107 de la Constitution que les magistrats du parquet sont indépendants et bénéficient du même statut que celui prévu pour les magistrats du siège. Néanmoins, comme en France, le ministère public est organisé selon une structure hiérarchisée : au sein d'un même parquet, le procureur a un pouvoir de direction et d'organisation, mais les membres du parquet sont indépendants dans leurs réquisitions orales ; au sein d'un même ressort, le procureur général près la cour d'appel (*Procuratore generale presso la Corte d'Appello*) a un pouvoir d'évocation ; le procureur général près la Cour de cassation (*Procuratore generale presso la Corte di cassazione*) peut saisir le Conseil supérieur de la magistrature (*Consiglio Superiore della Magistratura*) en cas de faute disciplinaire d'un membre du parquet ou d'un magistrat du siège.

l'aide de la police judiciaire qui, mise à sa disposition⁶⁹ et soumise à son contrôle⁷⁰, est considérée comme son bras armé.

Toutefois, tout en ayant un pouvoir de direction, il ne détient pas un pouvoir exclusif sur l'enquête : en effet, même après que le procureur ait été informé qu'une infraction a été commise, les pouvoirs d'investigations appartiennent de façon concurrente au ministère public et à la police judiciaire⁷¹. Ainsi, dans de nombreux ressorts, les parquets laissent une grande marge de manœuvre aux officiers de police judiciaire et n'interviennent que pour les actes pour lesquels le contrôle de l'autorité judiciaire est nécessaire⁷². Un projet de réforme publié en février 2009 vise d'ailleurs à consacrer cet état de fait. Si ce texte devait entrer en vigueur, seule la police judiciaire devrait pouvoir recevoir des plaintes et dénonciations et elle ne serait plus tenue de transmettre immédiatement au procureur les informations relatives à la commission d'une infraction. Regrettable pour certains en ce qu'il tente de remettre en cause l'indépendance des magistrats du parquet à l'égard du pouvoir exécutif⁷³, ce projet s'explique aussi par deux règles qui se sont révélées contradictoires dans leur mise en œuvre pratique. D'une part, le principe de la légalité des poursuites alourdit la charge de travail des parquets car, contrairement à ce qui est prévu en droit allemand et en droit espagnol, il ne connaît aucune exception ou tempérament. D'autre part, les règles relatives à la prescription de l'infraction⁷⁴ et, surtout à la durée très limitée de l'enquête inscrivent toute réforme dans une logique de célérité et d'efficacité. En effet, lorsqu'elle porte sur une personne dénommée, l'enquête ne peut dépasser, en droit commun, une durée maximale de dix-huit mois à partir de l'inscription du nom de la personne dans le registre des enquêtes : au-delà de ce terme, aucun acte tardif ne pourra être utilisé⁷⁵ et, selon la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation, son dépassement peut donner lieu à des dommages-intérêts⁷⁶.

Ce projet de réforme s'explique également par la logique accusatoire de 1988, qui a fait de l'immédiateté et de l'oralité les principes fondateurs du nouveau procès pénal. Dans cette approche, en principe, l'enquête préliminaire ne permet pas d'acquérir des éléments de preuve : ceux-ci ne sont acquis que grâce à un débat

69. Art. 109 de la Const. italienne et 58 du *Codice di procedura penale*.

70. Art. 59 du *Codice di procedura penale*.

71. Art. 327 du *Codice di procedura penale*.

72. L'art. 13 de la Const. italienne soumet toute limite à la liberté personnelle à l'autorisation de l'autorité judiciaire.

73. En ce sens, sur les objectifs politiques de la réforme, v., G. Neppi Modona, « Nella confusione il Pm perde l'indipendenza », *Il Sole 24ore* du 27 févr. 2009.

74. En effet, les règles relatives à la prescription sont des règles de droit pénal de fond consacrées par le Code pénal. Ainsi, si la prescription est acquise avant toute décision définitive, l'infraction est éteinte et aucune condamnation ne sera plus possible même si la procédure a déjà été engagée.

75. Aux termes de l'art. 407 du *Codice*, les actes d'enquête effectués après ce délai ne pourront pas être utilisés et devront être déclarés nuls même d'office.

76. Civ., Sez. I, 15 sept. 2004, n° 18266.

contradictoire devant la juridiction de jugement. En revanche, les actes d'enquête doivent être nécessaires en vue de la décision relative à l'exercice de l'action publique et, donc, en principe, secrets⁷⁷. Cette approche explique également que le procureur soit vu comme une partie à la procédure, mais une partie qui, en raison de son monopole de l'action publique⁷⁸, est tenue par des devoirs de réserve et de loyauté particuliers⁷⁹. Cette même approche explique par ailleurs que le législateur puisse accepter relativement aisément de donner de larges pouvoirs à la police judiciaire dès lors qu'aucune liberté publique fondamentale n'est en jeu⁸⁰.

Les rédacteurs du Code ont néanmoins tenu compte des risques liés aux atteintes aux libertés individuelles. Ainsi, les actes de la police n'ont qu'une valeur de simple renseignement pour l'enquête elle-même, alors que les actes du procureur peuvent être utilisés à titre d'indices pour obtenir des mesures avant jugement. La police judiciaire peut procéder à la recherche de personnes et de témoins, à des identifications, à la perquisition en cas de flagrance — qui devra être validée par le procureur dans les quarante-huit heures — et à la saisie de tout objet et document. En cas de flagrance, la police judiciaire doit ou peut, selon la gravité de l'infraction, placer une personne en garde à vue — *fermo* — pendant quarante-huit heures⁸¹.

Seul le procureur en revanche peut décider une garde à vue en dehors des cas de flagrance et, dans tous les cas, seul le procureur peut procéder à l'interrogatoire après avoir informé la personne des faits et des éléments à charge ; il a ensuite l'obligation de saisir le juge de l'enquête préliminaire — *giudice delle indagini preliminari* — qui, après un débat contradictoire en présence de l'avocat de la défense, peut remettre en liberté la personne intéressée ou ordonner une mesure de contrôle judiciaire ou de détention provisoire. L'interrogatoire de la personne placée en garde à vue est d'ailleurs soumis aux mêmes exigences de garantie que celles prévues pour l'interrogatoire de l'accusé effectué par tout autre juge : ainsi, la personne doit toujours être interrogée en état de liberté, sans que soient employées, même avec son accord, des techniques qui pourraient altérer sa conscience, son esprit critique ou sa mémoire. De plus, elle doit être informée du fait que ses déclarations pourront être utilisées contre elle, de son droit de ne pas répondre et que, du fait de ses déclara-

77. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, VI, Giappichelli, 2004, spéc. p. 333 s.

78. Art. 50 du *Codice di procedura penale*.

79. M. Chiavario, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Utet, 1990, p. 95 ; A. Gaito (dir.), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, 1991.

80. Lorsque le *Codice* ne prévoit aucune disposition pour un acte d'enquête, la police judiciaire peut l'effectuer à la double condition de s'inspirer, par analogie, des règles consacrées par le législateur pour des actes nommés et de respecter la dignité — *libertà morale* — de la personne intéressée par l'acte [M. Scaparone, « Indagini preliminari e udienza preliminare », in G. Conso et V. Grevi (dir.), *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2008, p. 483 s.].

81. Art. 379 s. du *Codice di procedura penale* : la garde à vue est obligatoire en cas de flagrance pour une infraction pour laquelle la peine encourue est supérieure à 5 ans d'emprisonnement ; elle est facultative pour les infractions punies d'une peine supérieure à 3 ans d'emprisonnement ; en dehors des cas de flagrance, le procureur peut ordonner le placement en garde à vue pour les infractions punies d'une peine d'emprisonnement au moins égale à 2 ans.

rations, elle pourrait assumer le statut de témoin dans la procédure ouverte contre des tiers⁸².

Le procureur peut également recourir à l'assistance d'experts et procéder à l'audition des témoins — mais en principe, ces actes ne pourront pas être utilisés comme moyens de preuve lors des débats dans une procédure de droit commun. S'il souhaite procéder à des perquisitions, des saisies, à des confrontations et à l'interrogatoire de la personne sous enquête, il doit d'abord l'informer sur la qualification des faits reprochés, la date et le lieu des faits et le droit à un avocat. L'avocat pourra ainsi assister à l'acte et/ou consulter le procès verbal.

B. L'INTERVENTION DU JUGE

Par ailleurs, le procureur peut saisir le juge de l'enquête préliminaire ou le juge de l'audience préliminaire — *giudice dell'udienza preliminare*. Dans un souci d'impartialité, ces deux juges doivent être deux personnes différentes dans chaque affaire. Le juge de l'audience préliminaire décide du renvoi en jugement à la fin de l'enquête. Le juge de l'enquête préliminaire, le plus souvent juge du siège du même ressort que le parquet, décide en revanche du classement sans suite et doit garantir le respect du contradictoire dans l'acquisition des preuves et des libertés fondamentales. Étant conçu comme une juridiction de garantie, le juge de l'enquête préliminaire ne conduit pas l'enquête et est donc appelé juge sans dossier — *giudice senza fascicolo*.

Tout d'abord, à l'occasion d'une audience dite *incidente probatorio*, il intervient à la demande des parties pour que des éléments de preuve soient d'ores et déjà acquis pendant la phase d'enquête à l'occasion d'une audience contradictoire non publique : il en va ainsi, en cas d'urgence, pour l'expertise, le témoignage et la confrontation⁸³. Ensuite, le juge de l'enquête préliminaire intervient pour autoriser ou valider des atteintes aux libertés individuelles : par exemple, les enregistrements dans des lieux privés et les écoutes téléphoniques doivent en principe être autorisés par ordonnance motivée du juge⁸⁴. Mais, pour des raisons d'urgence, le procureur peut autoriser des enregistrements : le juge doit alors intervenir pour valider la mesure dans les soixante-douze heures. Un projet de loi adopté en Conseil des ministres en juin dernier propose néanmoins de limiter l'admissibilité de tout enregistrement et de toute écoute à certaines infractions punies d'au moins dix ans d'emprisonnement : ces actes devraient être autorisés ou validés *a posteriori* en cas d'urgence par une formation collégiale pour une durée maximale de trois mois⁸⁵.

82. Art. 61 et 64 du *Codice di procedura penale*.

83. Art. 392 s. du *Codice di procedura penale*.

84. Art. 266 s. du *Codice di procedura penale*.

85. *Ddl Camera Deputati 1415-A*. Malgré de nombreuses critiques de la part de la magistrature, le gouvernement a obtenu la confiance de la part des parlementaires sur ce projet qui devrait donc être adopté relativement rapidement.

Enfin, seul le juge peut ordonner une mesure de contrôle judiciaire, de détention provisoire ou de confiscation — *misura cautelari* — pour une durée qui ne peut dépasser, toutes prorogations confondues et pour les infractions les plus graves, six ans⁸⁶. La doctrine a mis en évidence que le système mis en place en 1988, et malgré une modification en 1995 qui a permis, par exemple, au juge de prononcer une mesure moins grave que celle demandée par le procureur⁸⁷, semble revenir ici au modèle inquisitoire. En effet, dans un souci d'efficacité, la décision du juge n'intervient pas après un débat contradictoire, mais seulement sur les réquisitions écrites du procureur : selon la gravité de la mesure, c'est plus tard, dans les cinq ou dix jours, que le juge doit interroger la personne intéressée en présence de son avocat⁸⁸. Seul le Tribunal des libertés — *Tribunale delle liberta* —, formation collégiale saisie sur recours contre la décision du juge de l'enquête préliminaire, peut exercer un contrôle effectif sur la nécessité de la mesure, après avoir entendu la personne intéressée et son avocat. En l'absence de recours, en revanche, le juge de l'enquête préliminaire risque d'être réduit à une sorte de chambre d'enregistrement des choix du procureur et, en aval, de la police judiciaire⁸⁹. Selon une grande majorité d'avocats, ce risque est aggravé par le grand corporatisme qui lie les magistrats du siège et ceux du parquet⁹⁰.

En pratique, ces critiques se sont révélées fondées et, par conséquent, loin d'être exceptionnel, le recours à ces mesures préventives est très important⁹¹. Pour éviter que la détention provisoire ne devienne un moyen de pression et ne puisse être utilisée pour obtenir des renseignements ou des aveux, la réforme de 1995 a d'ailleurs prévu que, dans tous les cas, le ministère public ne peut interroger la personne détenue qu'après l'interrogatoire du juge de l'enquête préliminaire. Mais, pour contourner cet obstacle qualifié de purement bureaucratique par une partie de la doctrine, le parquet préfère procéder à l'interrogatoire dans le cadre de la garde à vue avant même que la personne ne soit présentée au juge de l'enquête préliminaire⁹². Finalement, la limite la plus efficace au recours à ces mesures est constituée par le

86. Art. 272 s. du *Codice di procedura penale*. Les conditions, la durée et les possibilités de prolongation dépendent de la nature de la mesure et de la gravité des infractions en cause.

87. Sur la réforme, v., V. Grevi (dir.), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Giuffrè, 1996.

88. Saisie d'une question préjudicielle à propos de l'absence de tout débat contradictoire *a priori*, la Cour constitutionnelle a décidé que les dispositions du Code ne sont pas contraires à la Constitution en ce qu'elles visent à garantir l'imprévisibilité de la mesure et, par conséquent, son efficacité (Décis. n° 63 du 8 mars 1996). Néanmoins, dans une décision plus récente, elle a considéré que l'interrogatoire *a posteriori* de la personne intéressée est une garantie fondamentale non seulement pour la détention provisoire mais aussi pour le contrôle judiciaire et la confiscation et, qu'en l'absence d'interrogatoire, la mesure est caduque (Décis. n° 95 du 4 avr. 2001).

89. En ce sens, v., E. Amodio, « La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo », *Cass. penale* 2003, IV, p. 1419 s.; *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, 23-25 settembre 1994, Giuffrè, 1996.

90. En ce sens, v., G. Di Federico et M. Sapignoli, *op. cit.*, spéc. p. 122 s.

91. En ce sens, sur ces critiques, v., P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2009, p. 295 s.; C.F. Grosso, G.N. Modona et L. Violante, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Garzanti, 2002, p. 481 s.

92. En ce sens, v., V. Grevi, *Misure cautelari*, in G. Conso et V. Grevi (dir.), *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2008, p. 385 s., spéc. p. 425 s.

droit à réparation en cas de détention injuste — *detenzione ingiusta* — qui a été introduit en droit italien pour la première fois en 1988 et, dont la portée a été étendue par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁹³.

C. L'INTERVENTION DE L'AVOCAT DE LA DÉFENSE

Les mêmes préoccupations liées à l'effectivité des principes consacrés en 1988 ont conduit le législateur à renforcer le rôle de l'avocat pendant l'enquête préliminaire. Si dans la logique de la réforme, il était d'ores et déjà une partie au procès tout comme le ministère public, l'avocat ne s'était pas vu reconnaître expressément des pouvoirs propres d'investigation. En effet, à l'origine, le législateur avait considéré que les droits de la défense étaient suffisamment garantis par le respect du principe du contradictoire à tout stade de la procédure et par l'obligation pour le procureur de conduire les enquêtes à charge et à décharge. Néanmoins, cette vision idyllique a été remise en cause par une partie de l'opinion publique qui a pu voir dans les affaires politiques et financières des années 1990 l'acharnement de certains procureurs peu objectifs et leur connivence avec les magistrats du siège. Ainsi, depuis une réforme de 2000⁹⁴, le *Codice* consacre expressément la possibilité pour la défense de rechercher des éléments à décharge. Le Code de déontologie des avocats considère d'ailleurs aujourd'hui qu'il s'agit d'un devoir et tente d'écarter ainsi les objections liées aux coûts de ces investigations et, par conséquent, aux inégalités entre justiciables qui en découleraient⁹⁵.

Ainsi, l'avocat, qui peut faire appel à un substitut ou un investigateur privé, peut procéder à des auditions et à des perquisitions avec l'accord des personnes intéressées ou avec l'autorisation motivée du juge de l'enquête préliminaire et peut demander la communication de documents à l'administration. Dans ses investigations, l'avocat doit respecter les mêmes principes que ceux prévus pour la police judiciaire et le procureur : par exemple, lorsqu'il procède à l'audition d'une personne, l'avocat doit l'informer de sa qualité et du cadre de l'audition ainsi que de son droit de ne pas répondre. Mais, à la différence du ministère public, l'avocat est totalement libre d'utiliser ou ne pas utiliser les éléments ainsi recueillis et, par conséquent, de les communiquer au procureur ou directement au juge de l'enquête préliminaire.

Pour conclure, au-delà des choix techniques effectués pour tel ou tel acte d'enquête, l'exemple italien confirme, s'il en était besoin, que le choix d'un modèle proc-

93. V. en dernier lieu, Décis. n° 219 du 20 juin 2008 : la cour a considéré que le législateur ne peut légitimement soumettre la réparation à la condition exclusive d'une décision de relaxe ou d'acquiescement.

94. Art. 327bis du *Codice di procedura penale* inséré par la loi n° 397 du 7 déc. 2000.

95. Sur les risques d'inégalités, v., M. Chiavario, « Il rafforzamento della difesa penale porterà una giustizia accessibile a tutti? », *Guida dir.*, 31 mars 2001, n° 12, p. 10. Sur les pratiques des avocats et leur déontologie, v., G. Frigo, « Primi passi del Codice deontologico del difensore penale », *Cass. Penale*, 1996, p. 1355 s.

dural n'est pas sans incidence sur l'organisation de l'enquête préliminaire et sur les pouvoirs des différents intervenants. Il montre qu'une réforme aussi radicale ne se produit pas immédiatement par la seule volonté du législateur, mais qu'un équilibre se construit dans le temps grâce à la superposition de différentes sources, différentes réformes et différentes pratiques. Il enseigne également qu'au-delà des questions du statut du procureur et de l'effectivité du rôle du juge, la suppression de l'instruction entraîne une nouvelle conception du rôle et du travail de l'avocat. L'accroissement des pouvoirs de la défense présente ainsi l'avantage, ou le risque, de transformer la mise en état des affaires pénales en une course d'obstacles contre le temps.

III. LA MISE EN ÉTAT DES AFFAIRES PÉNALES EN AUTRICHE⁹⁶

Le 1^{er} janvier 2008 est entrée en vigueur en Autriche, après des années — ou plutôt des décennies — de discussions, de projets et de propositions divers, la réforme de la phase préparatoire du procès pénal⁹⁷.

L'objectif de la réforme était, d'une part, d'adapter la loi à la réalité, en particulier au fait que les investigations étaient le plus souvent menées par la police de son propre chef⁹⁸ (alors que ce n'était pas prévu par le modèle de l'information judiciaire), d'autre part, de prendre en compte l'augmentation des droits de la personne mise en cause dans cette phase de la procédure, à la lumière de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

À l'instruction préparatoire conduite par le juge d'instruction (*Untersuchungsrichter*) a été substituée une procédure d'enquête unifiée, placée sous la direction du procureur (*Staatsanwalt*). L'intervention de la police judiciaire, qui n'était jusque-là pas explicitement prévue par le Code de procédure pénale (*Strafprozessordnung*), fait ainsi l'objet de prescriptions légales.

L'enquête est expressément confiée à la police judiciaire qui entreprend désormais les investigations en vertu de la loi⁹⁹. Le principe est celui de la légalité des poursuites. Il en résulte l'obligation d'enquêter sur toutes les infractions qui sont officiellement portées à la connaissance des autorités¹⁰⁰. Le représentant du ministère public ne peut classer l'affaire sans suite que dans des cas très limités, en raison de la très faible gravité des faits commis¹⁰¹. Il ne dispose pas du pouvoir général d'apprécier l'opportunité des poursuites pénales.

96. Cette troisième partie a été traduite de l'allemand par J. Leblais-Happe.

97. BGBl (*Bulletin fédéral des lois*) I 2004/19. V., W. Pleischl, « Die große Strafprozessreform », *ecollex* 2008, 204 ; R. Soyler und R. Kier, « Die Reform des Strafverfahrensrechts », *AnwBl* 2008, 105.

98. C. Pilnacek, « Ein Jahr StPO-Reform — Erwartungen, Realität und Zukunft », *ÖJZ* 2009, 550.

99. F. Eigner, « Die neue Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei », *ÖJZ* 2008, 478.

100. § 2 al. 1^{er} C. pr. pén.

101. § 191 C. pr. pén. V., C. Bertel und A. Venier, *Strafprozessrecht*, Manz Verlag, 3. Aufl. 2009, n° 11.

Le procureur dirige en droit l'enquête menée par la police. Il décide des investigations à accomplir et de l'orientation que prend la recherche de la vérité¹⁰².

Il résulte de l'article 90a de la Constitution autrichienne que le ministère public est partie intégrante des juridictions¹⁰³. Ses membres ne bénéficient cependant pas des garanties d'indépendances allouées aux juges. Ils s'inscrivent dans une hiérarchie à la tête de laquelle se trouve le ministre fédéral de la Justice¹⁰⁴. Ils peuvent ainsi recevoir des instructions auxquelles ils doivent obéir.

La police est tenue d'informer régulièrement le ministère public de l'état d'avancement de l'enquête¹⁰⁵. Le recours à des mesures de contrainte à l'encontre de la personne mise en cause nécessite en principe l'autorisation du parquet. Ce n'est qu'en cas d'urgence que la police peut agir de sa propre initiative, par exemple en procédant à des arrestations¹⁰⁶.

En pratique, tout dépend de la personnalité, de l'engagement et de l'expérience du magistrat compétent. Certains contrôlent effectivement le déroulement des investigations et adressent des directives à la police, d'autres non. Force est de constater que les policiers ont, en la matière, plus d'expérience que les membres du ministère public, alors que ces derniers doivent s'habituer progressivement à leur nouveau rôle de directeurs d'enquêtes¹⁰⁷. Cette nouvelle mission est dévoreuse de temps et requiert des moyens supplémentaires qui n'ont pas été alloués aux parquets dans une mesure suffisante. D'où une tendance, déjà décelable, à ne pas contrôler l'activité de la police judiciaire aussi étroitement que le souhaitait le législateur, les représentants du ministère public manquant du temps nécessaire et étant surchargés de travail par ailleurs.

Le juge n'est plus directement impliqué dans les investigations. Son rôle est davantage celui d'une instance objective et indépendante¹⁰⁸. Dans la nouvelle procédure d'enquête, sa mission en vertu de la loi est essentiellement d'autoriser les mesures portant atteinte aux droits fondamentaux. Les arrestations, les perquisitions et les fouilles corporelles, les sonorisations et les interceptions de correspondance par la voie des télécommunications, les infiltrations ainsi que la mise en place de barrages routiers nécessitent, en plus de la décision du procureur, une autorisation judiciaire¹⁰⁹.

102. S. Reindl-Krauskopf, « Strukturelle Probleme im neuen strafprozessualen Vorverfahren », *ecollex* 2008, 207; S. Seiler, « Strafprozessrecht », facultas.wuv, 9. Aufl. 2008, n° 243; R. Soyer und R. Kier, préc., p. 107.

103. M. Vogl, « Staatsanwaltschaft und StPO-Reform Verfassungs- und Verwaltungsreform 2008 », *Journal für Rechtspolitik* 2008, 121 (122).

104. § 2 al. 1^{er} de la loi relative au ministère public (*Staatsanwaltschaftsgesetz*).

105. § 100 C. pr. pén.

106. § 171 al. 2 C. pr. pén.

107. C. Pilnacek, préc., p. 552.

108. *Ibid.*

109. § 171, 120, 137, 133, 142 C. pr. pén.

En pratique, il arrive que le juge compétent se contente d'apposer sur la décision prise par le procureur la mention « autorisé » sans avoir procédé à un examen substantiel du dossier¹¹⁰.

Les saisies¹¹¹ et le placement en détention provisoire¹¹² doivent toujours être autorisés par un juge. En revanche, les auditions de la personne mise en cause sont généralement effectuées par la police ou (très rarement) par le parquet. Le juge n'y procède que lorsque la personne est entendue en vue de son placement en détention ou lorsqu'il s'agit de « cristalliser » des déclarations faites de manière contradictoire en vue de l'audience de jugement.

La personne soupçonnée se voit, dès lors qu'elle remplit les conditions pour avoir la qualité de « mis en cause » (*Beschuldigte*), reconnaître par la loi un certain nombre de droits¹¹³ : droit d'être informée des faits qui lui sont reprochés et des droits qui lui sont octroyés, tel le droit d'être assisté par un avocat, d'avoir accès au dossier de la procédure et de présenter des demandes de preuves¹¹⁴. En cas de violation de ses droits par la police ou par le parquet, le mis en cause dispose d'un recours appelé « opposition pour violation du droit » (*Einspruch wegen Rechtsverletzung*). Ce recours est d'abord soumis au procureur en tant que directeur d'enquête avant d'être, le cas échéant, transmis au juge, la décision de ce dernier étant susceptible de recours.

Certains droits reconnus à la personne mise en cause peuvent toutefois être restreints. Ainsi le droit d'accéder au dossier et celui d'être assisté par un avocat peuvent être limités, voire écartés, avant ou pendant une audition par la police judiciaire, si l'exercice de ces droits représente un danger pour les investigations¹¹⁵. La doctrine critique la formulation vague de la loi, qui permet assez facilement à la police d'écartier les droits reconnus par le Code¹¹⁶. Le contrôle du juge par le biais de l'« opposition pour violation du droit », qui s'exerce *a posteriori*, n'offre qu'une garantie très limitée¹¹⁷.

Dans l'ensemble, il est permis de penser que la réforme va dans la bonne direction. La consécration par la loi des investigations policières, l'attribution de la direction de l'enquête au procureur, le rôle reconnu au juge en tant qu'instance

110. C. Bertel und A. Venier, *op. cit.*, n° 95.

111. § 115 C. pr. pén.

112. § 174 C. pr. pén.

113. § 49 C. pr. pén.

114. V. Sur ce point R. Kier, « Beschuldigten- und Verteidigungsrechte im neuen Ermittlungsverfahren », *Österreichische Juristen Zeitung* 2008, 180.

115. § 51 al. 1^{er}, § 59 al. 2 C. pr. pén. V. C. Pilnacek, W. Pscheidl, « Das Strafverfahren und seine Grundsätze — Alte Hüte im neuen Gewand oder Fundgrube für die Auslegung », *ÖJZ* 2008, 672 s.

116. R. Soyer und R. Kier, préc., p. 114; C. Bertel und A. Venier, *op. cit.*, n° 115 et 139.

117. H. Fuchs, « Die Strafprozessreform in rechtsdogmatischer Sicht », in 36. *Ottenseiner Fortbildungseminar*, Schriftenreihe des BMJ, Band 128, NWV Verlag (2008), p. 33; R. Soyer und R. Kier, préc., p. 110.

objective et indépendante constituent des avancées. La protection accordée à la personne mise en cause est toutefois largement insuffisante.

IV. LA MISE EN ÉTAT DES AFFAIRES PÉNALES EN SUISSE¹¹⁸

Le 1^{er} janvier 2011 entrera en vigueur en Suisse un nouveau Code de procédure pénale confédéral. Ce nouveau Code fait disparaître le juge d'instruction (*Untersuchungsrichter*) que 19 des 26 cantons connaissent encore actuellement, étant précisé que l'expression « juge d'instruction » correspond à des institutions très diverses tant dans leur statut que dans leurs attributions¹¹⁹.

L'institution du juge d'instruction en Suisse a une origine française; elle remonte à l'époque de Napoléon, bien que le Code d'instruction criminelle n'ait eu qu'une influence indirecte sur la législation pénale cantonale¹²⁰. Sous la Restauration, entre 1814 et 1830, plusieurs innovations législatives ont été annulées ou modifiées de façon conséquente par rapport au modèle français¹²¹. Ainsi le juge d'instruction n'est-il pas conçu, dans la plupart des cantons, comme une institution indépendante face au ministère public qui est chargé de porter l'accusation, mais au contraire comme une autorité subordonnée à celui-ci.

A. LES CODES DE PROCÉDURE PÉNALE CANTONAUX EN VIGUEUR JUSQU'AU 31 DÉCEMBRE 2010

Les Codes de procédure pénale cantonaux connaissent en principe deux modèles pour la répartition des compétences dans la phase préparatoire du procès : le modèle du juge d'instruction et le modèle du parquet, chacun de ces deux modèles comprenant à son tour deux variantes. Dans le modèle judiciaire, on distingue les droits avec un juge d'instruction indépendant et les droits avec un juge d'instruction dépendant, soumis à l'autorité hiérarchique du ministère public. Dans le modèle « parqueter », on rencontre des droits prévoyant l'intervention d'un juge d'instruction et des droits sans juge d'instruction¹²².

118. Cette quatrième partie a été traduite de l'allemand par J. Leblois-Happe.

119. Bericht der Expertenkommission, « Vereinheitlichung des Strafprozessrechts », Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1997, p. 29 s.; C. Mettler, *Staatsanwaltschaft. Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrrechtliche Situation sowie ein Vorschlag zur Neuordnung*, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 94, 95. Pour une illustration dans le canton de Saint-Gall, v. W. Locher, *Die Zusammenarbeit zwischen Untersuchungsrichter und Polizei im St. Gallischen Strafprozess*, Rüegger, diessenhofen, 1982, p. 28, 29.

120. Le Code n'a été en vigueur qu'entre 1803 et 1814.

121. G. Piquerez, *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, 2^e éd., 2006, p. 76.

122. F. Riklin, « Skript Strafprozessrecht », disponible sur le site : www.unifr.ch/stprf/ (2007), p. 45 s.

L'institution du juge d'instruction indépendant reflète le principe de la séparation des pouvoirs dans le procès pénal : les investigations menées dans la phase préparatoire sont nettement distinctes de l'instruction de l'affaire au stade du jugement; une autorité indépendante et juridiquement compétente contrôle les actes accomplis par la police ou par le parquet.

Les juges d'instruction prévus par les législations cantonales portent des noms divers : juge d'instruction, mais aussi « juge de l'interrogatoire » (*Verhörriechteramt*) ou « juge gouverneur » (*Statthalteramt*).

Il s'agit, dans la plupart des cas, d'autorités d'instruction et non d'autorités indépendantes destinées à contrebalancer les pouvoirs du parquet. Dans plusieurs cantons, ils sont d'ailleurs placés sous les ordres du procureur. Leur rôle consiste pourtant notamment à ordonner les mesures portant gravement atteinte aux droits de la personne. L'idée est qu'un double regard (c'est-à-dire celui du parquet et du juge d'instruction) permet une meilleure protection des libertés de la personne¹²³.

Le juge d'instruction enquêteur, selon le modèle du Code d'instruction criminelle, n'existe que dans quelques cantons (principalement les cantons francophones tels les cantons de Vaud et Valais). Suivant les cas, il est chargé de décider des suites à donner à la procédure (principe d'opportunité des poursuites) ou il dirige la procédure d'enquête. Dans tous les autres cantons, le juge d'instruction est un « fonctionnaire d'instruction » placé sous la surveillance du parquet.

B. LA PHASE PRÉPARATOIRE DANS LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE CONFÉDÉRAL

L'entrée en vigueur du nouveau Code va entraîner la suppression du juge d'instruction dans tous les cantons¹²⁴. Cette disparition d'une institution d'origine française fait l'objet de critiques principalement en Suisse francophone¹²⁵. Le principe de l'unification de la procédure pénale suisse — qui a donné lieu à de très longues discussions — est cependant très largement admis car l'évolution du droit dans les 26 cantons était devenue trop divergente.

Les pouvoirs d'investigation du juge d'instruction sont désormais confiés au parquet. Aux termes de l'article 16 alinéa 2 du nouveau Code, il incombe à celui-ci « de conduire la procédure préliminaire, de poursuivre les infractions dans le cadre de l'instruction et, le cas échéant, de dresser l'acte d'accusation et de soutenir l'accusation ».

123. V., M. Pieth, *Strafprozessrecht*, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 20 à 22.

124. Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Justiz, Bern 2001, p. 18 s.; « Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005 », *BBl* 2006, p. 1085 (1106 s.); A. Kuhn et C. Perrier, « Le projet de Code de procédure pénale unifiée et son incidence sur les organisations cantonales », *ZStrR* 2007, 255.

125. Congrès de la Société suisse des juristes de 1946, *ZSR* 1946, pt 1a s., 61a s. et 367a s.

Le ministère public dirige l'action de la police qui procède aux investigations. Le procureur décide ensuite des suites à donner à la procédure (classement, déclenchement de l'action publique devant le tribunal, recours à la procédure simplifiée ou à la procédure accélérée, si le mis en cause le demande) et représente l'accusation devant la juridiction.

La fusion des missions du juge d'instruction — lorsqu'il existe — et de celles du parquet entraîne par conséquent une extension importante des prérogatives du ministère public.

Selon le nouveau Code de procédure pénale suisse, le ministère public est en principe obligé d'exercer l'action publique chaque fois qu'il résulte des investigations que les faits peuvent faire l'objet de poursuites. En effet, en vertu de l'article 7 alinéa 1^{er}, « les autorités pénales sont tenues, dans les limites de leurs compétences, d'ouvrir et de conduire une procédure lorsqu'elles ont connaissance d'infractions ou d'indices permettant de présumer l'existence d'infractions ».

Ce principe de légalité des poursuites — qui repose sur le double souci de garantir l'égalité devant le droit et d'interdire l'arbitraire — est en réalité atténué au point de devenir un principe d'« opportunité mesurée »¹²⁶. L'article 8 du nouveau Code autorise la « renonciation à toute poursuite pénale » dans un certain nombre de cas.

Les mesures de contraintes correspondent aux atteintes aux droits fondamentaux¹²⁷. Elles doivent être prévues par la loi¹²⁸, être ordonnées par l'autorité compétente et être compatibles avec le principe de proportionnalité.

La compétence pour les prescrire est répartie entre plusieurs autorités par le nouveau Code.

Les mesures de contrainte les plus attentatoires aux droits de l'individu doivent être autorisées par le tribunal des mesures de contrainte¹²⁹. Cette juridiction ordonne ainsi, à la demande du parquet, le placement en détention provisoire ainsi que sa prolongation¹³⁰, la surveillance des relations bancaires¹³¹, et les mesures qui supposent le recours à la dissimulation.

Le ministère public est en principe habilité à décider de mesures de contrainte. Il doit cependant, si le recours à la dissimulation est nécessaire, dans certains domaines, requérir l'accord du tribunal¹³².

126. « Begleitbericht... », préc., p. 35 ; « Botschaft... », préc., p. 1131.

127. « Botschaft... », préc., p. 1215 ; R. Hauser, E. Schweri et K. Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Aufl., Basel, 2005, p. 323.

128. Art. 197 al. 1^{er} a.

129. Art. 18, 225 s., 256 s., 272 s., 281 al. 4, 284, 289, et art. 150, 186 et 373.

130. Art. 220 et 227.

131. Art. 284 (« À la demande du ministère public, le tribunal des mesures de contrainte peut autoriser la surveillance des relations entre une banque ou un établissement similaire et un prévenu, dans le but d'élucider des crimes ou des délits »).

132. Art. 272, 278 ali. 3, 279 al. 2, 281 al. 4, 289, 296.

La police n'est compétente qu'en matière d'appréhension, d'arrestation provisoire, de saisie de données signalétiques (observation des particularités physiques et prise d'empreintes d'une personne), de prélèvements d'empreintes génétiques, d'observation (surveillance visuelle et acoustique dans les lieux librement accessibles)¹³³. Elle est également compétente, « lorsqu'il y a péril en la demeure », pour ordonner une perquisition, une fouille corporelle ou une saisie (appelée « mise ou séquestre »)¹³⁴.

La personne mise en cause se voit reconnaître par le nouveau Code notamment les droits suivants : droit à l'information, droit à la défense, droit de participer à son procès.

Le modèle « parquetier », considéré comme plus efficace et comme moins coûteux, remplace finalement le modèle judiciaire dans la nouvelle procédure pénale suisse¹³⁵.

Ce changement de cap est la cible d'un certain nombre de critiques doctrinales en raison de la concentration de pouvoirs qui va ainsi s'opérer entre les mains du parquet : le procureur dirigera l'enquête, procèdera lui-même aux investigations, décidera de l'exercice de l'action publique, rendra le cas échéant une ordonnance pénale ou représentera l'accusation devant le tribunal.

Le législateur a estimé que cet accroissement était contrebalancé, d'une part, par la création — devenue nécessaire — du tribunal des mesures de contrainte, qui ordonnera et donc contrôlera les mesures les plus attentatoires aux droits fondamentaux¹³⁶, d'autre part, par l'octroi au mis en cause du droit d'être assisté par un avocat « dès la première heure ». L'avocat pourra être présent aux interrogatoires de son client par la police mais il ne pourra pas assister à la recherche des autres preuves.

L'intervention cumulée du parquet et du tribunal des mesures de contrainte tend avant tout à mettre le droit suisse en conformité avec les exigences de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui pose certaines conditions relatives à l'indépendance du « juge » ou de l'« autorité judiciaire ». À l'heure actuelle ni le procureur, ni le juge d'instruction dépendant du parquet, ni le juge d'instruction « à la suisse », ne satisfont à ces exigences. Le nouveau Code prévoit que le représentant du ministère public ne pourra recevoir d'instructions dans les affaires individuelles, conformément à la tradition suisse d'indépendance¹³⁷.

Même si le juge d'instruction « à la française » n'a plus sa place dans la nouvelle procédure pénale suisse (l'art. 12 du Code fédéral ne le mentionne plus),

133. Art. 215, 217, 287, 255 al. 2, 282.

134. Art. 213, 241, 263 s.

135. « Botschaft... », préc., p. 1106 s.

136. Art. 18 du nouveau Code. V., ; « Botschaft... », préc., p. 1106. Comp. CEDH, *Jutta Huber c. Suisse*, 23 oct. 1990 et H. B. c. Suisse, 5 avr. 2001. V. égal. l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 nov. 2004 (BGE 131 I 36).

137. M. Pieth, *op. cit.*, p. 43 ; G. Piquerez, *op. cit.*, p. 511.

les cantons conservent une marge d'appréciation en ce qui concerne l'organisation de la police. Ils peuvent soit intégrer celle-ci au ministère public, comme c'est déjà le cas à Bâle, soit la conserver comme autorité indépendante. Le modèle dessiné par le Code pourra être adapté par les cantons dans un sens centralisateur ou décentralisateur. Les particularismes régionaux demeurent en effet autorisés¹³⁸.

*
* *

De cette (brève) étude comparative il est permis de tirer plusieurs enseignements.

On observe d'abord que dans tous les États concernés, *la rapidité et l'efficacité (c'est-à-dire la souplesse et le moindre coût) de l'enquête de police ont été mis en avant pour justifier l'abandon de l'information judiciaire*¹³⁹.

Il s'agit toutefois d'États dans lesquels,

- le parquet est tenu, excepté dans les cas prévus par la loi, de poursuivre toutes les infractions portées à sa connaissance;
- le principe d'« immédiate » impose un réexamen détaillé des preuves au stade du jugement¹⁴⁰;
- une Cour constitutionnelle s'emploie à protéger les droits fondamentaux des citoyens.

Or la France reconnaît au ministère public le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites, ignore le principe d'immédiate¹⁴¹ et n'est dotée « que » d'un Conseil constitutionnel qui n'a jamais été — et ne sera pas dans un avenir proche — la « tour de contrôle »¹⁴² du respect effectif des libertés de la personne.

On relève ensuite que *les deux États (Allemagne et Autriche) dans lesquels le parquet est, comme en France, dépendant de l'exécutif sont des États fédéraux*. Or la structure fédérale est de nature à atténuer la dépendance de l'autorité de poursuite envers le gouvernement central.

138. « Botschaft... », préc., p. 1134 f.

139. Comp. projet de rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale (comité « Léger », juin 2009, p. 3 : « [...] le parquet est l'institution judiciaire la mieux adaptée à ce travail d'enquête en équipe de plus en plus nécessaire pour les affaires complexes ; sa nature ainsi que sa structure donnent aux magistrats la possibilité d'agir, avec la police judiciaire, selon des principes de hiérarchisation interne, d'indivisibilité et d'indépendance. La souplesse et la réactivité qui en résultent amélioreraient l'efficacité de toutes les enquêtes et permettraient d'en réduire les délais. Les mêmes membres du comité considèrent, en effet, que le recours à l'instruction préparatoire n'est souvent qu'un moyen d'obtenir des mesures privatives de droits ou intrusives, sans doute nécessaires à la manifestation de la vérité ; mais ils relèvent que l'intervention d'un juge, pour tous les autres aspects de l'enquête, ajoute peu au travail de la police judiciaire ».

140. Excepté en droit suisse (v. le § 343 NCPP).

141. L'oralité telle qu'elle est conçue en cour d'assises s'en rapproche, il est vrai. Mais il n'est pas certain que cette procédure lourde et solennelle soit appelée à perdurer, le comité Léger proposant l'introduction d'une procédure simplifiée en matière criminelle (projet de rapp. préc. p. 37).

142. Expression employée par O. Jouanjan lors d'un colloque consacré à « La question de constitutionnalité » qui s'est tenu à Strasbourg le 12 juin 2009.

Aussi est-il essentiel de ne pas sous-estimer l'importance de l'environnement institutionnel. Vouloir s'inspirer d'un (ou plusieurs) droit(s) étranger(s) paraissant atteindre dans de meilleures conditions l'objectif visé par le législateur est en soi une bonne chose ; encore faut-il appréhender les ordres juridiques en question dans leur ensemble et ne pas se focaliser sur des dispositions isolées. Comparaison n'est pas raison...

Le regard ainsi porté sur des droits répressifs voisins montre qu'une réflexion est nécessaire au moins sur trois points.

– *Le rôle du futur juge de l'enquête et des libertés*. — Si l'on veut s'assurer qu'il puisse effectivement contrôler les investigations menées par le parquet — ce qui paraît souhaitable — il convient de faire en sorte qu'il en ait les moyens matériels et intellectuels. Cela suppose non seulement qu'il ne soit pas surchargé de travail par ailleurs mais aussi qu'il puisse contrôler l'enquête de bout en bout, chaque juge suivant « ses » dossiers.

– *L'articulation des pouvoirs du juge avec les prérogatives du parquet et celles de la police*. — L'intervention du juge ne doit pas pouvoir être contournée au moyen d'une clause d'urgence dont il n'est pas certain que la Cour de cassation ait les moyens et la volonté de garantir le respect effectif. Une telle clause s'impose d'autant moins que les moyens de communication permettent aujourd'hui d'obtenir rapidement une décision de l'autorité compétente.

– *Les missions du parquet*. — La disparition du juge d'instruction est, on le sait, susceptible d'entraîner une réduction des droits reconnus à la victime en raison de la suppression corrélative de la plainte avec constitution de partie civile¹⁴³. La réforme du statut du parquet n'étant pas — ou pas encore — à l'ordre du jour, il conviendrait de réfléchir à l'adoption en France d'une conception plus légaliste et moins utilitariste de la répression, c'est-à-dire à l'adoption du principe de la légalité des poursuites.

Seule une refonte d'ensemble, mûrie et éclairée, donnera à la procédure pénale française la cohérence qui lui manque.

143. V., P. Conte, « Résurrections », *Dr. pénal* 2009, Repère 4.