

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 116 (1997)

Artikel: Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale : la procédure pénale

Autor: Piquerez, Gérard

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895741>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 12.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale

La procédure pénale

Rapport présenté par GÉRARD PIQUEREZ

Docteur en droit h.c., chargé de cours aux Universités de Berne et Fribourg,
Juge au Tribunal cantonal jurassien

Table des matières

Abréviations	11
Introduction	15
1. Le thème	15
2. Justification et objet des mesures provisoires	15
3. Essai de définition	16
4. La notion de mesure provisoire dans le contexte du procès pénal	17
5. Les différentes mesures envisageables	17
6. Les limites et l'objet de cette étude. Le plan	18
Première partie	
Les mesures portant atteinte à la liberté personnelle	20
Chapitre I: Généralités	20
§ 1 Les mesures propres à assurer la mise à disposition de la personne poursuivie	20
1. Principe	20
2. Les différentes mesures	20
§ 2 La protection du citoyen à l'égard des mesures de contrainte: les conditions légales	21
1. Les effets des mesures sur le prévenu	21
2. Les conditions liées aux restrictions à la liberté personnelle, en particulier les mesures privatives de liberté	22
Chapitre II: Les mesures policières concernant la liberté des personnes	23
§ 1 Remarques préliminaires	23
1. Distinction	23
2. La rétention policière	23
3. Le mécanisme de la garde à vue	24
§ 2 L'appréhension	24
1. Définition	24
2. Les conditions d'appréhension	25
3. Le droit d'appréhender	25
4. L'exécution de l'appréhension	25
§ 3 La garde à vue	26
1. Définition et vocation	26
2. Les conditions de fond et de forme de la garde à vue	26
3. La durée de la garde à vue	27
4. Les droits de la personne gardée à vue	28
§ 4 Le contrôle des mesures policières concernant la liberté des personnes	30

1. La règle	30
2. La sanction et l'indemnisation des irrégularités en matière d'appréhension et de garde à vue	30
Chapitre III: Les mandats et la détention préventive	31
A. Les mandats	31
§ 1 Notion et utilité des différents mandats	31
1. L'utilité et les diverses sortes de mandats	31
2. Définition	32
§ 2 Les différents mandats et leurs effets	32
1. Le mandat de comparution ou citation	32
2. Le mandat d'amener	33
3. Le mandat d'arrêt	34
B. La détention préventive ou provisoire	35
§ 1 Problèmes généraux	35
1. Brèves considérations historiques	35
2. Justification et avantages de la détention préven- tive	36
3. Inconvénients de la détention préventive	37
4. Définition et institutions voisines	37
5. Légitimité de la détention préventive au regard de la CEDH	38
§ 2 Les conditions de fond et de forme de la détention préventive	38
1. Les conditions de fond	38
2. Les conditions de forme	41
§ 3 La gravité des charges qui pèsent sur le prévenu: la présomption grave de culpabilité	43
1. Principe	43
2. La présomption grave de culpabilité	43
§ 4 Le danger de fuite	44
1. Le risque de fuite comme cause de détention	44
2. Notion du danger de fuite	45
3. L'appréciation du risque de fuite	45
§ 5 Les besoins de l'instruction: le danger de collusion et le risque d'altération des preuves	47
1. Le risque de collusion comme cause de détention	47
2. Notion et définition du danger de collusion	47
3. L'appréciation du danger de collusion	48
§ 6 Le danger de répétition ou de réitération des infrac- tions	49
1. Le risque de répétition des infractions comme cause de détention	49
2. Notion du danger de réitération	50
3. Appréciation du risque de réitération	50
§ 7 La procédure de mise en détention préventive	51

1. Rappel de principe	51
2. La procédure devant l'autorité d'instruction	52
3. La procédure devant le juge de la détention	53
§ 8 Le régime de la détention préventive	54
1. Rappel de principes	54
2. Les sources législatives	55
3. Les modalités de la détention et les mesures restrictives de liberté en particulier	56
§ 9 La durée de la détention préventive	60
1. Principe	60
2. La période de détention visée et le calcul du délai	61
3. L'appréciation du caractère raisonnable de la durée de la détention	62
4. La mise en liberté	63
§ 10 Le droit de recourir devant un tribunal	64
1. Le principe	64
2. Le domaine et l'objet du contrôle	64
3. Le cercle des intéressés	65
§ 11 La fin de la détention préventive	65
1. La règle	65
2. La mise en oeuvre de la règle	65
C. Le remplacement de la détention préventive par une autre mesure	66
§ 1 Généralités	66
1. Le principe	66
2. Les substituts de la détention préventive	67
§ 2 Les sûretés	68
1. Notion et but de l'institution	68
2. La nature et l'objet des sûretés	69
3. Le montant des sûretés	69
4. La modification des sûretés	69
5. La mise à exécution des sûretés	70
§ 3 Le contrôle judiciaire	71
1. Notion et but du contrôle judiciaire	71
2. Les modalités du contrôle judiciaire	71
3. Le cumul des mesures	72
4. La modification du contrôle judiciaire	73
5. Les suites du contrôle judiciaire	73

Deuxième partie

Les mesures portant atteinte aux autres libertés constitutionnelles	74
---	----

Chapitre I: Généralités	74
-----------------------------------	----

§ 1 Les mesures de contrainte propres à assurer la découverte et la conservation des indices	74
1. Les différentes mesures de contrainte	74

2. La compétence pour ordonner les différentes mesures de contrainte	74
� 2 La protection du citoyen à l'égard des mesures de contrainte: les conditions légales	74
1. Les effets sur le prévenu ou sur les tiers	74
2. Les conditions liées aux mesures de contrainte	75
Chapitre II: Les mesures policières	76
� 1 Les mesures d'identification	76
1. Les mesures en cause et les conditions	76
2. La destruction du matériel	76
� 2 La fouille des personnes, des véhicules et des conte- nants	76
1. La fouille des biens mobiliers	76
2. La fouille des personnes	77
� 3 La perquisition de police	78
1. La règle	78
2. L'exécution de la perquisition	78
� 4 La saisie provisoire des objets pouvant servir de moyens de preuve	78
1. La règle	78
2. Les suites de la saisie	78
� 5 Les opérations effectuées par la police sur délégation des autorités d'instruction: les commissions roga- toires	79
1. Vue générale	79
2. Définition	79
3. Dangers	79
4. Les commissions rogatoires «générales»	79
Chapitre III: Les mesures judiciaires	80
A. Les perquisitions	80
� 1 La perquisition	80
1. Définition	80
2. Les conditions et la compétence pour ordonner une perquisition	81
3. Le temps de la perquisition	81
4. Le lieu et l'objet de la perquisition	82
5. Les conditions de forme de la perquisition	82
� 2 L'examen des pièces écrites et autres documents: la perquisition de papiers	83
1. Notion	83
2. Objet	83
3. Modalités	84
4. La mise sous scellés	85
B. Les saisies	86

§ 1	Généralités	86
1.	Notion et définition	86
2.	Les objectifs de la saisie	87
3.	L'objet de la saisie	87
4.	Nature de l'objet saisi	88
5.	Rapport entre la saisie de procédure pénale et le séquestre du droit de poursuite	88
6.	Les conditions de fond de la saisie	89
7.	Les conditions de forme de la saisie	89
8.	Les limites de la saisie	90
9.	L'obligation de déposer des objets	91
10.	Les preuves obtenues de manière fortuite (<i>Zufallfunde</i>)	93
11.	La levée de la saisie en cours de procédure	93
12.	Le sort des objets saisis en fin de procédure	94
§ 2	La saisie probatoire (<i>Beweisbeschlagnahme</i>)	94
1.	But et objet	94
2.	Conditions	95
§ 3	La saisie à fin de sûreté (<i>Konfiskationsbeschlagnahme</i>)	95
1.	But et objet	95
2.	Conditions	96
§ 4	La saisie à fin de garantie (<i>Vermögensbeschlagnahme</i>)	97
1.	Notion, but et caractère	97
2.	Conditions et objet	98
C.	Les mesures techniques de surveillance	98
§ 1	Généralités	98
1.	Nécessité de la surveillance postale, téléphonique, télégraphique et de l'utilisation d'appareils de prise de son ou d'images	98
2.	Les conditions de fond de la mise sous surveil- lance	101
3.	Les moyens techniques de surveillance	101
§ 2	La surveillance de la correspondance postale, téléphonique et télégraphique	102
1.	Les conditions de fond de la mise sous surveil- lance	102
2.	La mise en oeuvre de la surveillance	104
3.	L'utilisation des résultats de la surveillance	107
4.	L'avis ultérieur aux personnes touchées par la surveillance	109
§ 3	L'emploi d'appareils techniques de surveillance	110
1.	Principe	110
2.	Conditions et procédure	110
§ 4	La surveillance des communications informatiques	111
1.	Vue générale	111

2. Conditions de la surveillance informatique officielle	111
D. Les mesures portant atteinte au corps humain	112
§ 1 Généralités	112
1. La nécessité de recourir à des moyens d'investigation qui touchent au corps des personnes . . .	112
2. Les différentes mesures d'investigation	113
3. La compétence pour ordonner les mesures portant atteinte au corps humain	113
4. Les personnes susceptibles d'être l'objet de mesures de contrainte	113
5. Les conditions de fond des mesures portant atteinte au corps humain	114
§ 2 L'examen médical ou corporel	114
1. Notion et objet	114
2. Les limites de l'examen corporel	114
3. La prise de sang	115
§ 3 L'examen mental	115

Troisième partie

Les voies de recours et l'indemnisation du préjudice causé par les mesures provisoires	117
Chapitre I: Les voies de recours	117
A. Les voies de recours cantonales	117
§ 1 Vue générale	117
1. Principe	117
2. Distinction	117
§ 2 Le recours ou la plainte (<i>Rekurs, Beschwerde</i>)	118
1. Les actes susceptibles de recours	118
2. Le jugement de l'autorité de recours	118
B. Les voies de recours fédérales	118
§ 1 Remarques préliminaires	118
§ 2 Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral	119
1. Rappel	119
2. Les normes susceptibles d'être invoquées	119
3. Les décisions susceptibles d'être attaquées (rappel)	120
§ 3 Le recours de droit public	120
1. Caractères et traits essentiels	120
2. Les moyens susceptibles d'être invoqués	120
3. Les décisions susceptibles d'être attaquées	122
4. L'arrêt du Tribunal fédéral	123
Chapitre II: L'indemnisation du préjudice causé par les mesures provisoires	124

§ 1	Vue générale	124
1.	Le droit d'être indemnisé pour les atteintes injustifiées à la liberté personnelle	124
2.	Les conditions de la réparation	126
§ 2	L'indemnisation des mesures privatives de liberté, en particulier de la détention préventive	127
1.	Le principe	127
2.	Les bases légales	127
3.	Les conditions de la réparation	128
4.	L'étendue de la réparation	128
	Considérations finales	130
	Bibliographie	131

Abréviations

AG	Argovie
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
al.	alinéa
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BE	Berne
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
BL	Bâle-Campagne
BS	Bâle-Ville
cons.	considérant
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ([Convention européenne des droits de l'homme] RS 0.101)
CEEJ	Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.1)
cf.	confer, comparez
ch.	chiffre
CO	Code des obligations des 30 mars 1911/18 décembre 1936 (RS 220)
Commission	Commission européenne des droits de l'homme
Cour eur.	Cour européenne des droits de l'homme
Convention	Convention européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPM	Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)
Cpc	Code de procédure civile
Cpp	Code de procédure pénale. Suivi de l'abréviation d'un canton, il désigne le code de ce canton (p. ex. Cpp GE)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RS 101)
Déc.	Décision
D.H.	Droits de l'homme
DJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (RS 313.0)

DR	Décisions et Rapports (Commission européenne des droits de l'homme)
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (RS 351.1)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (CEDH)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
Eur.	Européenne (Commission, Cour)
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du TC de l'Etat de Fribourg
(f)	Arrêt rédigé en français
FF	Feuille fédérale
FJJ	Fichier de jurisprudence du TC jurassien
FJS	Fiches juridiques suisses
FR	Fribourg
GE	Genève
GL	Glaris
GR	Grisons
GVP	St.-Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GVP-ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
i.f.	<i>in fine</i>
i.i.	<i>in initio</i>
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JT	Journal des tribunaux
JU	Jura
L	Loi
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991 (RS 312.5)
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (RS 232.14)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LF	Loi fédérale
litt.	lettre
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LSP	Loi du 2 octobre 1924 sur le service des postes (RS 783.0)
LCTT	Loi fédérale du 14 octobre 1922 sur la correspondance télégraphique et téléphonique (RS 784.10)

LCT	Loi fédérale du 21 juin 1991 sur les télécommunications (RS 784.10)
Kriminalistik	Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
LU	Lucerne
MStG	Militärstrafgesetz (CPM)
MStGO	Militärstrafgerichtsordnung (OJPPM)
NE	Neuchâtel
not.	notamment
NW	Nidwald
O	Ordonnance
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)
OJPPM	O du 24 octobre 1979 concernant la justice pénale militaire (RS 322.2)
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage précité)
OW	Obwald
p.	page
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
par.	Paragraphe
p.ex., par ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0)
PPM	Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1)
R	Règlement
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie (Bruxelles)
RDS	Revue de droit suisse
recht	Zeitschrift für die juristische Ausbildung und Praxis
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza patria
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique (Genève)
RJB	Revue des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RPS	Revue pénale suisse

RS	Recueil systématique du droit fédéral. Suivi de l'abréviation d'un canton, il désigne le recueil systématique de ce canton
RSC	Revue de science criminelle (Paris)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SJ	La Semaine judiciaire
SO	Soleure
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
sp.	spécialement
ss	et suivantes
SZ	Schwyz
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TG	Thurgovie
TI	Tessin
TMC	Tribunal militaire de cassation
Tr	Traité
UR	Uri
VD	Vaud
VS	Valais
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZG	Zoug
ZH	Zurich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Introduction

1. Le thème

La Société suisse des juristes a souhaité traiter un thème commun à l'ensemble du droit procédural (procédure pénale, droit judiciaire privé et contentieux administratif). L'exercice est intéressant, mais source de difficultés, car la notion de mesures provisoires ou provisionnelles n'est pas identique dans les trois procédures. Le terme n'est même pas en usage dans le domaine répressif, bien que certaines mesures puissent être qualifiées de provisoires.

Aussi conviendra-t-il en premier lieu de tenter de donner une définition générale des mesures provisoires, puis d'en fixer le sens et la signification dans le domaine particulier du procès pénal.

2. Justification et objet des mesures provisoires

- a) D'une manière générale, mais particulièrement en droit judiciaire privé et dans le contentieux administratif, les mesures provisoires (ou provisionnelles) sont prises à titre temporaire, pour le cours d'un procès¹, afin de garantir l'exécution du jugement, en empêchant une modification de la situation de fait, en en prévenant les conséquences ou en provoquant une exécution préalable de la décision². Dans ces deux domaines du droit, les

1 GUILLIEN & VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, p. 297 et CORNU, *Vocabulaire juridique*, p. 630.

2 *Pour la procédure civile*: VOYAME, *Droit privé fédéral et procédure civile cantonale*, p. 165. Dans le même sens: VOGEL, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, n° 190, p. 324. Selon DESCHENAUX & CASTELLA, *La nouvelle procédure civile fribourgeoise*, p. 224, les mesures provisoires servent non seulement à assurer l'exécution ultérieure du jugement, mais aussi à organiser, dans certains procès, un statut provisoire des parties. Pour PELET, *Réglementation fédérale des mesures provisionnelles*, p. 1 et 2, l'institution des mesures provisionnelles a pour but d'empêcher que les droits des parties au procès ne soient compromis, notamment par les lenteurs de la justice. En réalité, les mesures provisoires poursuivent un double but: 1° assurer l'exécution du jugement, en sauvegardant l'existence ou l'objet d'un droit et 2° régler temporairement une situation juridique dans l'attente d'une décision définitive. Les mesures provisionnelles tendent ainsi à assurer la protection provisoire des droits des parties pendant la durée du procès ordinaire (HOHL, *La réalisation du droit et les procédures rapides*, n° 494). Ainsi, le trait fondamental des mesures provisoires est qu'elles sont ordonnées avant que le droit ne soit définitivement dit sur le fond de la contestation (GAILLARD, *Les mesures provisionnelles en droit international privé*, SJ 1993, p. 143). *En droit administratif*, la situation n'est guère différente, car les mesures provisoires servent essentiellement – à n'importe quelle phase du procès – à conserver un état de droit ou de fait, notamment des moyens de preuve ou à sauvegarder des intérêts menacés en attendant une décision définitive. Dans ce sens: art. 51 Cpa JU et BOINAY, *La procédure administrative et constitutionnelle*, ad art. 51; MOOR, *Droit administratif*, vol. II, n° 5.7.3.2; KÖLZ & HÄNER, *Verwaltungsverfahren*, n° 146.

mesures provisionnelles visent essentiellement à garantir l'état de fait ou de droit, ou à sauvegarder des intérêts légitimes des parties au procès, jusqu'au jugement définitif.

- b) En revanche, le concept des mesures provisoires est différent dans le domaine répressif, compte tenu des intérêts en jeu et de l'importance particulière du procès pénal. Certes, les organes de justice et de police sont amenés à prendre des mesures temporaires visant à garantir la conservation des indices et des preuves, mais aussi et surtout ils sont habilités à recourir à des mesures coercitives ou de contrainte pour assurer la présence du suspect tout au cours de la procédure et surtout l'exécution de la décision finale. Ces diverses mesures – inconnues des autres procédures³ – comportent des restrictions très sensibles à la liberté individuelle, à l'intimité, à la liberté d'expression et à la garantie de la propriété, notamment.

3. *Essai de définition*

- a) *En un sens générique*, le terme provisoire signifie «qui peut être modifié (augmenté, diminué, complété, adapté, supprimé) par une nouvelle décision de justice sur la justification de la survenance d'un fait nouveau, mais seulement en ce cas»⁴.
- b) *En un sens général*, c'est-à-dire quel que soit le domaine concerné, aucun texte légal ne définit les mesures provisoires. Quant à la doctrine, elle n'en donne aucune définition unique et précise⁵. Il n'est d'ailleurs pas aisé de trouver une définition générale, parce que le terme est utilisé partout, mais dans des acceptions quelque peu différentes. Ainsi, en un sens élargi, on peut considérer les mesures provisoires comme *les mesures que le juge*

3 Ainsi, dans le domaine de l'*exécution forcée*, la prison pour dettes (contrainte forcée) est interdite depuis 1874 par l'article 59 al. 3 Cst.

La *procédure civile*, quant à elle, ne tolère que dans de rares hypothèses l'utilisation de la contrainte pour administrer une preuve: pour procéder à un examen du sang ou à une expertise anthropobiologique (cf. art. 264a Cpc BE), à une expertise psychiatrique en milieu hospitalier (cf. art. 199 al. 2 Cpc ZH), amener un témoin récalcitrant ou un époux défaillant dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (cf. art. 193 et 361 al. 2 Cpc VD).

Enfin, d'une manière générale, le recours à la force publique est utilisé en *procédure civile et administrative*, pour assurer l'exécution d'une décision (cf. VOGEL, Grundriss, nos 32 et 33 et KNAPP, Précis, nos 1644 ss).

4 CORNU, Vocabulaire juridique, p. 629.

5 GAILLARD, Les mesures provisionnelles en droit international privé, SJ 1993, p. 142. Selon VOGEL, Grundriss, n° 190, p. 324, les mesures provisoires ou mesures provisionnelles sont celles ordonnées par le tribunal et qui garantissent à une partie, avant ou pendant un procès ordinaire, une protection juridique temporaire.

peut ordonner avant ou pendant un procès, selon la vraisemblance des faits, en assurant une protection provisoire des droits des parties ou l'administration et la conservation des preuves jusqu'au jugement définitif⁶.

4. La notion de mesure provisoire dans le contexte du procès pénal

Au cours du procès pénal, les organes de police et de justice sont amenés à prendre des mesures de deux sortes. D'une part, en matière de preuves, les policiers et les magistrats, en particulier les juges d'instruction, vont procéder à des mesures d'investigation susceptibles de faciliter la manifestation de la vérité, en plaçant provisoirement sous main de justice les pièces à conviction découvertes lors des fouilles ou des perquisitions, les documents ou les conversations interceptées à l'occasion d'une surveillance, les titres produits en cours de procédure. D'autre part, pour des impératifs de sécurité ou pour s'assurer la présence des personnes que l'autorité répressive estime nécessaire à la recherche de la vérité, elle peut recourir aux mesures coercitives ou de contrainte à l'égard des suspects, des prévenus et même des témoins.

Il suit de là que les mesures provisoires, dans le contexte particulier du procès pénal, portent nécessairement atteinte aux libertés constitutionnelles, notamment à la liberté personnelle, ce qui n'est généralement pas le cas des mesures provisionnelles prises dans les autres domaines. Comme les autres mesures provisoires, elles sont *temporaires* et nécessitent une décision finale qui y mettra un terme, les modifiera ou les confirmera *définitivement*.

5. Les différentes mesures envisageables

Les mesures à caractère provisoire susceptibles d'entrer en ligne de compte ont un objet différent: elles concernent soit les preuves, soit les personnes.

6 Cette définition peut convenir pour les procédures civile et administrative. En revanche, elle est incomplète s'agissant du procès pénal, car elle ne prend pas en considération les mesures de contrainte portant atteinte à la liberté personnelle de la personne poursuivie (arrestation, garde à vue, détention préventive ou contrôle judiciaire), destinées à garantir la présence de l'inculpé au jugement et l'exécution de la peine qui sera prononcée en cas de condamnation. De même, elle n'envisage aucunement les autres mesures, inconnues des contentieux civil et administratif telles que la saisie des pièces à conviction, les fouilles et les perquisitions, la surveillance postale, téléphonique et télégraphique, entre autres.

a) Les mesures propres à assurer la découverte et la conservation des preuves

Pour faire éclater la vérité, obtenir toute la lumière sur les circonstances de l'infraction et faire prononcer une peine ou une mesure contre l'auteur du trouble, les organes du procès pénal ont reçu le pouvoir de prendre des mesures afin de découvrir et de conserver des indices et des pièces à conviction pour être utilisés au cours de la procédure: c'est l'objet des *fouilles*, *perquisitions* et *saisies*; mais, pour parvenir à la manifestation de la vérité, il pourra s'avérer nécessaire de recourir à d'autres moyens d'investigation susceptibles de porter atteinte au corps humain ou à l'intimité: ce sont les *examens corporel*, *médical* et *mental*; enfin, l'intérêt de l'Etat à la prévention du crime et à sa répression efficace peut justifier des atteintes à l'intimité de la vie privée: il s'agit de la *surveillance postale*, *téléphonique* et *télégraphique*, ainsi que l'*emploi d'appareils techniques de surveillance*.

b) Les mesures qui servent à s'assurer de la présence des personnes

Pour mener à chef le procès pénal, il est nécessaire que les autorités répressives possèdent les moyens de convoquer la personne poursuivie – ou même toute personne susceptible d'apporter des renseignements –, au besoin par la force, et de la garder à leur disposition. A cette fin, elles sont légitimées à priver l'auteur présumé de l'infraction de sa liberté. Ainsi, les organes de police sont habilités à *appréhender* le suspect et à le placer en *garde à vue*. Quant aux organes de justice, ils peuvent décerner des *mandats*, dont l'un d'entre eux a pour effet de mettre le prévenu en *détention préventive* ou *provisoire*. Seul ce dernier moyen (le *mandat d'arrêt*) est une mesure provisoire, susceptible de déployer ses effets pendant toute la durée du procès.

6. Les limites et l'objet de cette étude. Le plan

a) Distinctions

Suivant la définition large des mesures provisoires que nous avons donnée (*supra*, ch. 3) et son caractère particulier dans le procès pénal, nous serons amené à étudier des mesures de deux ordres: d'une part, celles qui ont des effets momentanés qui ne durent pas jusqu'au jugement final (p. ex. les fouilles, les perquisitions, les mesures portant atteinte au corps humain); d'autre part, celles qui sont en principe destinées à persister pendant tout ou partie du procès et dont le sort définitif sera réglé au plus tard dans la décision au fond (p. ex. la détention provisoire, les saisies, les mesures de surveillance).

Parmi ces différents moyens, certains sont susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle au sens restreint⁷ (p. ex. la rétention policière, la garde à vue, la détention préventive), alors que d'autres concernent exclusivement le récolement des pièces à conviction et portent atteinte à d'autres droits constitutionnels⁸ (p. ex. les saisies).

b) Le plan

Le plan que nous suivrons pour l'étude de mesures provisoires comportera ainsi, dans une première partie, les *mesures portant atteinte à la liberté personnelle*. Cette section aura pour objet les interventions de la police (appréhension, rétention policière et garde à vue), les mandats et la détention préventive.

La deuxième partie sera consacrée aux *mesures portant atteinte aux autres libertés constitutionnelles*, c'est-à-dire les fouilles, les perquisitions, les saisies et les mesures portant atteinte à la vie privée.

Dans la troisième partie, nous traiterons des *voies de recours* et de *l'indemnisation du préjudice* causé par les mesures provisoires.

c) Les sources législatives: le siège de la matière

La législation en la matière relève essentiellement de la législation cantonale, en particulier des codes de procédure pénale. Mais des dispositions de droit fédéral (PPF, PPM et DPA) traitent également des mesures provisoires, dans les causes qui relèvent de la compétence de la Confédération⁹. Enfin, le droit international (notamment la CEDH) entre également en considération, spécialement en matière de privation de liberté (art. 5 ch. 1) ou d'ingérences de l'Etat dans la vie privée (art. 8 ch. 2).

7 C'est-à-dire dans la mesure où elle protège l'*intégrité corporelle* et la *liberté de mouvement*. La liberté personnelle est envisagée ici dans sa dimension physique.

8 La liberté personnelle se déploie dans cette hypothèse dans ses «manifestations élémentaires de la personnalité humaine» (cf. ATF 118 Ia 427, cons. 4b = JT 1994 I 566).

9 Conformément à la règle exprimée par l'article 64^{bis} Cst., la juridiction de la Confédération constitue l'exception: l'Etat central ne peut instruire et juger des infractions pénales que si une disposition de droit fédéral le prévoit expressément. La compétence de la juridiction fédérale (civile ou ordinaire) est énoncée aux articles 112 et 114 Cst., 340 CP, 19, 20 et 21 al. 3 DPA, ainsi que dans la législation spéciale et complémentaire (cf. PIQUEREZ, Précis, n° 247, pour une liste non exhaustive des diverses lois fédérales qui entrent en considération).

Le droit pénal militaire – que nous n'aborderons pas dans cette étude – constitue également une source possible de mesures provisoires.

Première partie

Les mesures portant atteinte à la liberté personnelle

Chapitre I: Généralités

§ 1 Les mesures propres à assurer la mise à disposition de la personne poursuivie

1. Principe

L'intérêt de la société à une répression efficace de la criminalité exige nécessairement de recourir à des mesures de contrainte qui portent atteinte aux droits fondamentaux de l'auteur présumé de l'infraction, ou même d'autres personnes.

Ces mesures ont essentiellement pour but d'assurer la venue ou la présence d'une personne soupçonnée pour les besoins de l'enquête (recherche des preuves) ou pour des motifs de sécurité (assurer la présence du prévenu au jugement ou garantir l'exécution de celui-ci).

2. Les différentes mesures

Pour assurer la manifestation de la vérité, notamment pour accomplir les actes d'enquête, il faut que les organes de police et de justice aient le pouvoir de contraindre la personne suspecte à comparaître devant eux et même, si nécessaire, de la conserver à leur disposition en la privant de tout ou partie de sa liberté.

Les mesures concernant la liberté des personnes varient selon la phase du procès pénal.

1° *Au cours de l'enquête préliminaire*, la police judiciaire est, selon les législations, autorisée à recourir à trois mesures¹⁰ privatives de liberté:

10 Le *mandat d'amener* est également une «mesure» susceptible de priver une personne de sa liberté d'aller et de venir, mais qui n'a qu'un effet éphémère (assurer la venue d'une personne), de telle sorte qu'on ne saurait l'inclure dans les mesures provisoires telles que nous les avons définies (*supra*, Introduction, ch. 3). D'ailleurs, du fait que l'exécution d'un mandat d'amener n'est susceptible de priver le suspect de sa liberté que pour une durée inférieure à 24 heures, il n'y a pas place pour un *contrôle judiciaire* de la légalité de la détention (DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 6 ad art. 49 et les citations). On relèvera toutefois qu'à Zurich (art. 49 al. 2 Cpp), en cas de péril en la demeure, les officiers de la police cantonale sont autorisés à décerner un mandat d'amener ayant pour finalité une arrestation (SCHMID, Strafprozessrecht, n° 692 et DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 1 ss

*l'appréhension, l'arrestation provisoire ou rétention policière et la garde à vue*¹¹.

2° *En instruction et aux débats*, l'autorité d'instruction ou de jugement peut porter atteinte à la liberté d'une personne soupçonnée en décidant son *arrestation et son incarcération* (détention préventive ou provisoire) ou des *mesures de substitution* (sûretés et contrôle judiciaire).

§ 2 La protection du citoyen à l'égard des mesures de contrainte: les conditions légales

1. Les effets des mesures sur le prévenu

Les mesures de sûreté prises par la police ou la justice sont susceptibles de porter de graves atteintes aux *droits constitutionnels et conventionnels*¹² de la personne poursuivie.

1° Ainsi, l'arrestation restreint la liberté de mouvement, comme elle peut également porter atteinte à l'intégrité corporelle ou psychique¹³, à la liberté d'expression et au droit au mariage¹⁴, à la liberté du culte¹⁵, au droit de pétition¹⁶, au secret de la correspondance postale¹⁷, à la liberté de réunion, etc.

ad art. 49). A Genève, le mandat d'amener délivré par un officier de police dûment habilité est l'unique moyen de mettre un suspect en garde à vue (*infra*, note 26).

11 On notera que les termes utilisés n'ont pas le même sens dans les différentes législations. Ainsi, l'arrestation provisoire (*vorläufige Festnahme*) est presque partout synonyme de garde à vue (*Polizeihaft*) et autorise la police à priver un suspect de sa liberté sans mandat pendant une durée maximum de 24 heures et à procéder à son interrogatoire et/ou à des vérifications (cf. FRETZ-BAUMANN, *Die Regelung der vorläufigen Festnahme*, p. 8 et 9). En revanche, à Berne (art. 172 Cpp), l'arrestation provisoire fait suite à l'appréhension et consiste à amener et à maintenir au poste de police, pendant une durée limitée, la personne appréhendée à *seule fin* de procéder à des vérifications (identité, origine et propriété d'objets), alors que la *garde à vue* (art. 174 Cpp) permet de priver un suspect de sa liberté pendant 24 heures, dès que les conditions de l'arrestation sont réunies.

12 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) et Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 (Pacte II).

13 Cf. ATF 116 Ia 420 = JT 1993 IV 159, rés. (détention préventive d'un détenu malade du SIDA).

14 ATF 117 Ia 465 (proposition écrite de mariage à une codétenue).

15 ATF 113 Ia 304 = JT 1989 I 268 (détenus musulmans demandant à pouvoir se réunir régulièrement pour la prière commune du vendredi).

16 ATF 100 Ia 77 = JT 1977 I 95, rés.

17 ATF 106 Ia 219 = JT 1982 IV 26.

2° Indépendamment des atteintes aux libertés constitutionnelles qu'elle provoque, la détention peut aussi restreindre les garanties reconnues par la CEDH et le Pacte II, notamment le *droit à la liberté* (art. 1er ch. 1 CEDH, 9 ch. 1 Pacte II), la *présomption d'innocence* (art. 6 ch. 2 CEDH, 14 ch. 2 Pacte II), le *droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance* (art. 8 ch. 1 CEDH, 17 ch. 1 Pacte II), le *droit à la liberté de réunion* (art. 11 ch. 1 CEDH, 21 et 22 Pacte II), le *droit à la liberté d'expression* (art. 10 ch. 1 CEDH, 19 ch. 2 Pacte II), le *droit de se marier et de fonder une famille* (art. 12 CEDH, 23 ch. 2 Pacte II).

2. *Les conditions liées aux restrictions à la liberté personnelle, en particulier les mesures privatives de liberté*

Etant donné les atteintes très sensibles aux droits fondamentaux qu'elles comportent, les mesures de contrainte ne peuvent intervenir que dans les limites du cadre tracé par la jurisprudence de la Cour européenne et du Tribunal fédéral sur la base du droit fédéral non écrit et des dispositions de la CEDH. Selon la jurisprudence¹⁸, dans le procès pénal, des mesures privatives de liberté à l'égard d'une personne suspectée ne sont admissibles qu'à la condition:

1. qu'il existe de *graves soupçons de culpabilité* à l'égard de l'auteur présumé;
2. qu'elles reposent sur une *base légale*¹⁹ *claire*²⁰;
3. qu'elles se justifient par l'*intérêt public*²¹;

18 Développée pour la première fois dans l'ATF 90 I 29 (f). Voir aussi: ATF 97 I 45 = JT 1972 I 4, cons. 3 et 4; ATF 119 Ia 221, cons. 7b = JT 1994 IV 190, rés. et HALLER, in: Commentaire de la Cst., n°s 118 ss ad Liberté personnelle; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 686; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n°s 26 ss ad art. 49 ss remarques préliminaires; PIQUEREZ, Précis, n°s 160 ss. D'ailleurs, d'une manière générale et partout, la décision de privation de liberté, qu'elle résulte d'une arrestation suivie d'une garde à vue seulement ou d'une arrestation suivie d'une détention préventive, les mêmes règles s'appliquent: la décision ne peut être prise que dans les cas prévus par la loi et elle doit s'accompagner de certaines formalités (PRADEL, L'arrestation et la détention provisoire sous l'angle notamment de la Convention européenne des droits de l'homme, p. 101).

19 En principe dans une *loi au sens formel* (en règle générale un Code de procédure pénale).

20 La disposition en question doit être d'autant plus précise que la violation est grave (HALLER, in: Commentaire de la Cst., n° 119 ad Liberté personnelle; ATF 99 Ia 407, cons. 4 = JT 1976 I 59, rés.).

21 ATF 119 Ia 221, cons. 7b. Le Tribunal fédéral a notamment considéré qu'un tel intérêt faisait défaut dans le cas d'une rétention policière d'environ vingt heures d'un conducteur ayant causé un accident de circulation en état d'ébriété (ATF 116 Ia 149 = SJ 1990, p. 614, rés.).

4. qu'elles respectent le *principe de la proportionnalité*²²;
5. qu'elles laissent intact le *principe même de la liberté personnelle*²³.

Chapitre II: Les mesures policières concernant la liberté des personnes

§ 1 Remarques préliminaires

1. Distinction

Les compétences et les pouvoirs de la police en matière de privation de liberté varient d'une législation à l'autre. La plupart des codes cantonaux et la procédure pénale fédérale n'autorisent la garde à vue que s'il y a péril en la demeure²⁴, alors que d'autres ne soumettent pas cette mesure à des conditions particulières d'urgence²⁵. Mais partout, les organes de police sont habilités à priver de liberté pour une durée n'excédant pas 24 heures – sans mandat – une personne fortement suspectée d'avoir commis un crime ou un délit²⁶.

2. La rétention policière

Les organes de police peuvent surprendre un individu en train de commettre une infraction et procéder à son arrestation, recte son *appréhension*. Ensuite, ils sont habilités à emmener le suspect au poste de police et à le placer en

22 ATF 117 Ia 491, spéc. 494 et 119 Ia 221, cons. 7b.

23 C'est-à-dire que la liberté personnelle ne peut ni être totalement supprimée ni être vidée de son contenu en tant qu'institution de l'ordre juridique (ATF 118 Ia 64, spéc. 73 = JT 1994 IV 62, rés. et 90 I 29 [f], spéc. 37 et les citations).

24 Cf. HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 189, 190 et HUBER, Einige Probleme, p. 408.

25 Par exemple Berne (art. 174 Cpp) ou le Jura (art. 92 Cpp) autorisent la garde à vue dès que les conditions de l'arrestation sont réalisées. En procédure pénale vaudoise, la garde à vue est autorisée en cas de flagrant délit (art. 58 et 168 Cpp).

26 SCHMID, Strafprozessrecht, n° 708; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 47, n° 4.266; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 189, 190. Pour la réglementation concernant la *durée de la garde à vue* dans les différents cantons: cf. FRETZ-BAUMANN, Die Regelung der vorläufigen Festnahme, p. 70 ss. En dehors des contrôles d'identité au poste de police, le canton de Genève ignore la garde à vue sans mandat d'amener décerné par un officier de police dûment habilité (art. 122 al. 2 Cpp; AUBERT, Les interventions de la police en droit genevois, p. 16 et FRETZ-BAUMANN, Die Regelung der vorläufigen Festnahme, p. 74).

garde à vue pour les besoins de l'enquête. Mais, même si aucune infraction n'a été commise, la police peut, pour des motifs de sécurité, procéder à des vérifications ou à des contrôles d'identité et elle peut, à cet effet, priver momentanément une personne de sa liberté.

La garde à vue²⁷ ne doit ainsi pas être confondue avec la *rétenction policière*²⁸, qui sert exclusivement à priver un individu de sa liberté pendant un court laps de temps, aux fins de procéder à des vérifications²⁹.

3. *Le mécanisme de la garde à vue*

La mise en garde à vue peut intervenir (c'est le cas le plus fréquent) à la suite d'une *appréhension* suivie d'une conduite au poste de police pour audition³⁰ ou après un interrogatoire sur comparution libre³¹.

§ 2 L'appréhension

1. *Définition*

L'appréhension (*Anhaltung*) peut être définie comme *la saisie d'une personne surprise dans l'exécution d'une infraction ou qui a pris la fuite immédiatement après avoir commis pareil acte, ou qui est suspectée d'avoir commis un acte punissable*.

27 *Vorläufige Festnahme, Polizeihaft*.

28 Appelée également arrestation provisoire (*Festnahme*), par exemple à Berne (art. 172 Cpp). Voir aussi art. 147 Cpp SH.

29 Notamment pour procéder à un contrôle approfondi d'identité lorsque l'identification sur place n'est pas possible (cf. art. 172, 173 Cpp BE et AUBERT, Les interventions de la police en droit genevois, p. 12 ss). Faute de reposer sur des soupçons d'avoir commis une infraction, l'appréhension d'un individu muni de papiers d'identité valables est illégale (TF du 15.12.1987, ZBI 1988, p. 357). Des organes de police qui retiennent une personne pendant près de 4 heures, aux seules fins d'identification, contreviennent à l'article 17 B de la loi genevoise sur la police (SJ 1986, p. 279).

30 Cf. p. ex. art. 54 ss Cpp ZH, 170 ss Cpp BE, 87 ss Cpp JU, 58 et 168 al. 2 Cpp VD, 118 Cpp NE, art. 145 ss Cpp SH, art. 61 Cpp BS; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 190. A Genève, la mise en garde à vue nécessite qu'un officier de police décerne un mandat d'amener. Cf. *supra*, note 26.

31 Si les conditions de l'arrestation sont réunies, l'officier de police compétent pourra alors décider de placer le suspect en garde à vue.

L'appréhension est nécessairement suivie d'une conduite au poste de police où l'on procédera à des vérifications et l'on décidera, à l'issue de ces investigations complémentaires, s'il y a lieu de mettre le suspect en garde à vue³².

2. *Les conditions d'appréhension*

D'une manière générale, la loi prévoit *trois motifs d'appréhension*, qui sont de nature différente:

- 1° Tout d'abord, la personne peut être simplement suspectée d'avoir commis un acte punissable³³, ce qui rend nécessaire de procéder à des investigations complémentaires;
- 2° Ensuite, la personne peut être surprise en train de commettre un crime ou un délit (flagrant délit);
- 3° Enfin, la personne suspecte peut correspondre au signalement d'un mandat.

3. *Le droit d'appréhender*

En principe, toute personne peut en appréhender une autre qu'elle surprend à commettre un crime ou un délit ou à prendre la fuite après en avoir commis un. Cependant, le droit d'appréhender pour le simple citoyen n'est qu'une simple *faculté*, alors que pour les fonctionnaires de police, cela constitue un *devoir de fonction*³⁴.

4. *L'exécution de l'appréhension*

L'appréhension, comme l'arrestation, s'accomplit sans rigueur inutile, dans les limites du respect du *principe de la proportionnalité*. Aussi, les législations récentes réglementent en détail l'utilisation des liens³⁵.

32 La procédure pénale bernoise fait nettement la distinction entre la phase de l'*arrestation provisoire* (*Festnahme*; art. 172, 173 Cpp) et celle de la *garde à vue* (*Polizeihaft*; art. 174 Cpp), alors que dans les autres législations, l'*arrestation provisoire* (*vorläufige Festnahme*) comprend, en principe, les deux volets de la mesure (privation de liberté aux fins de vérification *et* mise en détention cellulaire pour les besoins de l'enquête).

33 En principe, l'appréhension n'est possible qu'en matière de crime ou de délit (CLERC, *Initiation*, n° 169). En matière de contravention, les législations – si elles autorisent l'appréhension – la soumettent à des conditions très restrictives, pour respecter le principe de la proportionnalité (cf. p. ex. art. 337 Cpp ZH, 172 al. 2 Cpp BE et 88 al. 2 Cpp JU).

34 DONATSCH/SCHMID, *Kommentar*, n° 3 ad art. 56; MAURER, *Das neue Bernische Strafverfahren*, AT, p. 152; OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 318.

35 Cf. not. art. 167 al. 2 Cpp BE et 88 al. 3 Cpp JU.

Ainsi, le recours systématique aux menottes pour conduire un suspect au poste de police ou devant le juge, par exemple dans le domaine des infractions à la circulation routière (même en matière d'ivresse au volant), viole le principe de la proportionnalité³⁶.

§ 3 La garde à vue

1. Définition et vocation

La garde à vue (*Polizeihaft, vorläufige Festnahme*) peut être définie comme la détention d'une personne à l'égard de laquelle les conditions de l'arrestation sont réunies, dans les locaux de la police judiciaire, pendant 24 heures au plus.

C'est une mesure policière de détention à l'égard d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction aux fins de vérification et/ou d'audition pour les besoins de l'enquête. Elle doit être distinguée de la détention préventive ou provisoire qui ne peut être décidée que par un juge sur la base d'un mandat d'arrêt³⁷.

2. Les conditions de fond et de forme de la garde à vue

a) Le fond

La garde à vue est soumise en principe aux mêmes conditions que l'arrestation³⁸.

Ainsi, du fait qu'elle porte une grave atteinte à la liberté individuelle, il est nécessaire de la justifier par des circonstances spéciales. Parmi ces circonstances, les législations ont retenu en premier lieu la *gravité de l'infraction* (il doit s'agir d'un crime ou d'un délit: respect du principe de la proportionnalité). Puis, en second lieu, cette mesure ne peut être appliquée qu'envers un

36 Dans le même sens: DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 9 ad art. 54 et 10 ad art. 55. L'emploi des moyens coercitifs doit être adapté à la gravité de l'acte et à la périculosité de l'auteur (OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 318). Ce n'est qu'en cas de refus de suivre de l'auteur que l'on fera usage des moyens de coercition (PIQUEREZ, Commentaire, n° 18 ad art. 87 et MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, AT, p. 152). Voir aussi ATF 107 Ia 138, cons. 4h.

37 BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, Code annoté, ad art. 56; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 316; PIQUEREZ, Précis, n° 1393. Selon la Cour européenne (aff. Schiesser du 04.12.1979, série A, n° 34), seuls les magistrats qui présentent une garantie d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif et des parties sont habilités à priver un individu de sa liberté par la mise en détention préventive.

38 OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 47; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 708.

suspect à l'égard duquel il existe des indices sérieux et concordants qu'il soit l'auteur ou le complice de l'infraction. Enfin, le placement en garde à vue ne peut être ordonné que s'il s'impose pour pallier un *risque de fuite*, de *récidive* ou de *collusion*³⁹.

b) La forme

Dans la plupart des législations (au fédéral comme au cantonal), le placement en garde à vue ne peut être ordonné que par des officiers de police et, dans certains codes, uniquement par des OPJ dûment habilités⁴⁰. En principe, l'exécution de la garde à vue n'est soumise à aucune formalité particulière. Toutefois, les codifications récentes⁴¹ réglementent de manière plus ou moins précise l'exécution de la garde à vue en contraignant les organes de police compétents à indiquer dans un rapport ou dans le procès-verbal d'audition du suspect, les motifs de la garde à vue, le jour et l'heure où elle a commencé et où elle a pris fin. Ces diverses formalités sont destinées à éviter des abus et à permettre aux magistrats de s'assurer des conditions dans lesquelles la procédure s'est déroulée et de mieux apprécier la fiabilité et la force probante des interrogatoires⁴².

3. La durée de la garde à vue

La garde à vue ne peut excéder 24 heures, et elle n'est susceptible d'*aucune prolongation*, quelles que soient les circonstances (p. ex. crime de sang, prise d'otages) qui ont justifié sa mise en oeuvre⁴³.

Et dès que les conditions qui ont présidé à sa mise en oeuvre ont disparu ou que le délai impératif de 24 heures est atteint, il doit y être mis fin, ou le suspect doit être présenté au magistrat compétent pour qu'il procède à son

39 Sur ces différentes notions, *infra*, chap. III, § 4 ss.

40 Cf. p. ex. art. 174 al. 1 Cpp BE; art. 32 et 111 Cpp GE; art. 92 Cpp JU; art. 98 al. 2 Cpp NE; art. 54 Cpp ZH; art. 148 al. 1 Cpp SH.

41 Ainsi à Berne (art. 174 al. 2 Cpp), dans le Jura (art. 93 Cpp) ou à Schaffhouse (art. 148 al. 2 Cpp).

42 *De lege ferenda*, il serait souhaitable que les codes réglementent de façon détaillée les conditions de fond, de forme et de procédure de la garde à vue, car il s'agit d'une mesure susceptible de porter une atteinte grave aux droits fondamentaux du citoyen.

43 Comme en France, par exemple, où la garde à vue peut être l'objet de prolongations, notamment en matière de flagrance, de trafic de stupéfiants et de terrorisme (cf. PRADEL, Procédure pénale, n° 338, p. 387).

interrogatoire⁴⁴. La *computation du délai* s'effectue en principe d'heure à heure, les dimanches et jours fériés étant considérés comme des jours ordinaires⁴⁵.

4. *Les droits de la personne gardée à vue*

a) La règle

D'une façon générale, dans les systèmes inquisitoires tels que ceux qui nous régissent en Suisse et en Europe continentale, les droits du suspect, soit le rôle de la défense, sont quasi inexistantes dans la phase préliminaire et ils s'intensifient au fur et à mesure que l'on passe du stade policier au stade juridictionnel (instruction et débats).

Pratiquement toutes les législations persistent à n'accorder formellement au suspect aucun droit de défense durant l'enquête de police. Ainsi, aucun texte – à l'exception du code soleurois⁴⁶ – ne reconnaît au suspect le droit d'être assisté d'un défenseur ou de consulter le dossier de l'enquête. Tout au plus les codes prévoient-ils des garanties fondamentales susceptibles de sauvegarder la dignité de la justice, de garantir la loyauté dans la recherche des preuves et d'assurer la correction de l'enquête préliminaire. Cependant, la plupart de ces principes généraux (des droits de l'homme) sont déjà affirmés ou consacrés par différents instruments internationaux. Songeons, par exemple, au droit au silence, à l'interdiction de la torture, des traitements

44 Cf. BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, Code annoté, n° 2 ad art. 58; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 190; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 15 ss ad art. 57; MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, AT, p. 88; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 48, PIQUEREZ, Commentaire, n° 10, ad art. 94.

45 Ainsi, si l'appréhension est intervenue le samedi matin à 10'00 heures, l'officier responsable est tenu de mettre un terme à la garde à vue le dimanche matin à 10'00 heures au plus tard.

46 Art. 7 al. 2 Cpp, étant toutefois précisé que l'exercice du droit est susceptible de limitations dans l'intérêt de l'enquête. Il convient de signaler que, dans son rapport du 7 février 1992 au Conseil fédéral suisse relatif à la visite du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), le CPT a recommandé aux autorités suisses:

- de consacrer expressément, dans les meilleurs délais, le droit pour les personnes arrêtées par la police, à l'accès à un avocat, et ce dès le début de la garde à vue. Ce droit devrait inclure le droit à la fois au contact et à la visite de l'avocat et en principe le droit à la présence de celui-ci lors des interrogatoires. Lesdites personnes devraient être informées sans délai de leur droit à l'accès à un avocat;

- d'envisager la possibilité de créer un système d'assistance gratuite d'un avocat indépendant aux personnes placées en garde à vue.

Dans sa prise de position relative au rapport du CPT (p. 10, n° 40), le Conseil fédéral a déclaré ne pouvoir souscrire à l'institution d'un tel droit en garde à vue.

inhumains ou des méthodes qui annihilent ou diminuent la volonté du suspect, en vue d'obtenir des aveux.

b) Les garanties du droit international

Certains instruments internationaux tels le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II) et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), reconnaissent à toute personne accusée d'une infraction pénale certaines garanties essentielles, inhérentes à la personne humaine, ou certains droits. Tel est le cas notamment:

- de l'interdiction de la torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7 Pacte II et 3 CEDH);
- du droit de n'être privé de sa liberté que pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi (art. 9 Pacte II et 5 ch. 1 CEDH);
- du droit de tout individu arrêté d'être informé, au moment de son arrestation, des raisons de celle-ci et de recevoir notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui (art. 9 al. 2 Pacte II et 5 ch. 2 CEDH)⁴⁷;
- du droit de tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale d'être traduit dans le plus court délai devant un juge et d'être jugé dans un délai raisonnable ou libéré (art. 9 al. 3 Pacte II et 5 ch. 3 CEDH);
- du droit de toute personne privée de sa liberté d'être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (art. 10 al. 1 Pacte II);
- du droit de toute personne accusée d'une infraction pénale de ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable (droit de se taire, droit au silence; art. 14 al. 3 litt. g Pacte II).

c) Les garanties cantonales

Seuls les codes cantonaux récents ou révisés dernièrement reprennent expressément certaines de ces garanties ou en énoncent de nouvelles⁴⁸.

47 Sur les modalités de l'information: DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n^{os} 7 ss ad art. 56.

48 Ainsi le nouveau code bernois garantit le droit de la personne arrêtée par la police d'aviser ses proches ou d'informer un défenseur de son arrestation et des motifs de celle-ci (art. 174 al. 3 Cpp), le droit (absolu) d'être amenée devant l'autorité d'instruction avant l'expiration du délai de garde à vue de 24 heures ou d'être relaxée (art. 175 al. 2 Cpp), celui d'être traitée comme une personne appelée à fournir des renseignements dès qu'elle entre en ligne de compte comme auteur d'un acte punissable (art. 46 al. 1 ch. 1 Cpp) et le droit de ne pas répondre lors des interrogatoires de police (art. 208 al. 2 Cpp).
Selon le CPT (rapport cité sous note n^o 46), p. 54, les personnes arrêtées par la police

§ 4 Le contrôle des mesures policières concernant la liberté des personnes

1. La règle

En principe, il n'existe pas de *voie de recours ordinaire* pour sanctionner une violation des dispositions légales concernant l'appréhension, l'arrestation provisoire et la garde à vue par les fonctionnaires de police. Cela par le simple fait que l'instance pénale (le procès pénal dans sa phase judiciaire) n'est pas encore déclenchée. Aussi, seule la *voie disciplinaire* est ouverte contre les manquements des organes de police pendant l'enquête préliminaire⁴⁹.

2. La sanction et l'indemnisation des irrégularités en matière d'appréhension et de garde à vue

Dans le cadre des procédures disciplinaires ou des procédures de plainte ouvertes contre les actes de l'enquête préliminaire, les autorités judiciaires disposent non seulement d'un *pouvoir disciplinaire* (elles peuvent *infliger des sanctions disciplinaires* au fonctionnaire de police indélicat), mais aussi d'un *pouvoir juridictionnel de contrôle ou de surveillance* sur les actes de

devraient avoir le droit d'informer sans délai leurs proches ou d'autres tiers de leur arrestation. Dans sa réponse (citée sous note n° 46), p. 10, n° 39, le Conseil fédéral a estimé comme le Comité: «que toute personne arrêtée par la police a le droit, découlant en particulier de la liberté personnelle garantie par la Constitution fédérale et de l'article 8 CEDH, d'*informer* sans délai ses proches, ou des tiers en tenant lieu *de son arrestation*. La personne arrêtée devrait être immédiatement informée de son droit»

Enfin, le droit pour toute personne arrêtée de recevoir les soins que son état de santé exige et d'être examinée par un médecin est reconnu en Suisse sans exception (Prise de position du Conseil fédéral, p. 10, n° 40).

49 AUBERT, Les interventions de la police en droit genevois, p. 21 ss; BOVAY/DUPUIS/ MOREILLON/PIGUET, Code annoté, n° 5 ad art. 165; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n°s 14 ss ad art. 54; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 49, n° 4.3; PIQUEREZ, Commentaire, n° 8 ad art. 70; STRASSER, Polizeiliche Zwangsmassnahmen, p. 70. On notera cependant que depuis le 1er juillet 1993, en procédure fédérale (art. 105^{bis} PPF), les mesures de contrainte et les actes y relatifs de la police judiciaire qui ont été ordonnés ou confirmés par le procureur général sont sujets à recours auprès de la Chambre d'accusation du TF. Il en va de même en droit genevois, où les décisions du procureur général concernant les actes de police judiciaire (art. 114 A et 114 B Cpp) peuvent être attaquées devant la Chambre d'accusation (art. 190 A Cpp).

l'enquête préliminaire (elles sont habilitées à *annuler les irrégularités* commises par la police judiciaire⁵⁰).

Une arrestation ou une détention illégale ou arbitraire – même de courte durée – est susceptible d'être réprimée *pénalement*, car tout fonctionnaire qui commet une infraction pénale dans l'exercice de ses fonctions pourra être poursuivi comme n'importe quel autre délinquant⁵¹. De même, la victime d'agissements illégaux commis par des organes de police, en particulier en cas d'atteinte à la liberté individuelle, pourra demander *réparation du préjudice* matériel et moral subi⁵².

Chapitre III: Les mandats et la détention préventive

A. Les mandats

§ 1 Notion et utilité des différents mandats

1. L'utilité et les diverses sortes de mandats

Pour assurer la recherche de la vérité, il est nécessaire que les organes de justice – comme les fonctionnaires de police⁵³ – puissent s'assurer la présence des personnes dont ils estiment avoir besoin. Cet aspect coercitif du procès pénal concerne les mandats, la détention préventive et les succédanés.

50 Voir par exemple art. 27 al. 1 i.f. Cpp BE et MAURER, Das Bernische Strafverfahren, AT, p. 149 ss, pour l'ancien Cpp; art. 70 al. 2 Cpp JU et PIQUEREZ, Traité, t. I, n° 442 et Commentaire, n° 19 ad art. 70; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 521 i.f.; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 1018.

Ainsi, l'autorité de surveillance peut annuler un procès-verbal d'audition entaché d'irrégularité; constater l'illégalité d'une arrestation et des actes de procédure subséquents; ordonner la destruction du matériel photographique et dactyloscopique, etc., sans préjudice d'une indemnisation éventuelle appropriée.

51 Art. 181, 183 et 312 CP (contrainte, séquestration et abus d'autorité); PIQUEREZ, Traité, t. I, n° 460 et Précis, nos 2990 ss.

52 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 35 ss ad rem. prélim., not. n° 39 et les citations; PIQUEREZ, Précis, n° 1838; ATF 113 Ia 177 (f); Rep. 1985, p. 406 = BJP 1987, n° 294; RJN 1988, p. 81.

53 La possibilité de décerner un mandat d'amener n'est pas reconnue partout en Suisse aux fonctionnaires de police, mais elle tend à se généraliser (cf. p. ex. art. 209 al. 2 Cpp BE; art. 82 Cpp JU; art. 168 al. 3 Cpp VD; art. 50 ss Cpp ZH, etc.).

Les mandats servent ainsi avant tout à s'assurer de la comparution et de la présence des personnes au cours de la procédure.

2. Définition

D'une manière générale, les mandats sont *des ordres donnés par un magistrat (ou un officier de police habilité) à une personne de comparaître devant lui ou à la force publique d'assurer sa comparution*.

Dans un sens plus restreint, l'on peut définir le mandat comme *l'acte par lequel le juge (ou un fonctionnaire de police autorisé) ordonne la comparution d'une personne par-devant lui – au besoin, au moyen de la force publique – ou même son arrestation, si elle fait l'objet de la poursuite pénale*⁵⁴.

§ 2 Les différents mandats et leurs effets

Le droit suisse connaît trois sortes de mandats à l'effet coercitif variable.

1. Le mandat de comparution ou citation

a) Définition

La citation (*Vorladung*), appelée mandat de comparution en droit genevois, valaisan et vaudois⁵⁵ est *l'ordre écrit donné par un magistrat à une personne d'avoir à comparaître devant lui aux date et heure indiquées*.

En principe, à moins que la loi n'en dispose autrement, *toute personne qui doit être entendue en justice est appelée à comparaître par citation écrite*⁵⁶.

b) Contenu

La citation indique le nom et le domicile de la personne convoquée, en quelle qualité elle est convoquée (témoin, personne à titre de renseignement, prévenu, partie plaignante ou civile), les conséquences en cas de comparution tardive ou défaut non justifié, la date et la signature du magistrat.

54 PIQUEREZ, Précis, n° 1363.

55 Art. 31 Cpp GE; 16 Cpp VS et 114 Cpp VD.

56 PIQUEREZ, Précis, n° 701; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 560.

c) Notification

La signification peut intervenir par *voie postale*⁵⁷, par *huissier* ou par l'intermédiaire d'un *fonctionnaire de police*, notamment en cas d'urgence ou lorsque la personne convoquée a refusé le pli. La citation peut encore intervenir *verbalement* à l'audience (réassignation).

d) Effets

La citation n'est l'objet d'aucun effet coercitif, car la comparution est soumise à la bonne volonté de l'intéressé: si celui-ci ne se présente pas, il peut être l'objet d'un mandat d'amener et d'une peine disciplinaire.

2. *Le mandat d'amener*

a) Définition

Le mandat d'amener (*Vorführungsbefehl*) est l'ordre donné par un magistrat ou un fonctionnaire habilité aux agents de la force publique de conduire la personne visée devant lui, soit en raison des présomptions de culpabilité qui existent contre elle, soit parce que, bien que dûment citée, elle a fait défaut sans excuse suffisante.

Le mandat d'amener peut être utilisé aussi bien à l'égard d'un suspect ou du prévenu, qu'à l'égard d'une personne qui n'a pas déféré à une citation. Dans la première hypothèse, la mesure est de *nature préventive* (on utilise ce moyen de contrainte pour éviter que le suspect ne se dérobe ou qu'il ne compromette le résultat de l'enquête)⁵⁸. Dans la seconde hypothèse, elle prend le caractère d'une *sanction*, car il s'agit de faire comparaître la personne qui a fait preuve de mauvaise volonté à la suite d'une simple citation.

b) Contenu

Le mandat d'amener doit en principe contenir, à *peine de nullité*⁵⁹, le nom et l'adresse de la personne, ou toute autre désignation propre à la faire recon-

57 Conformément à la LF sur le service des postes du 2 octobre 1924 (RS 783.0) et à son ordonnance d'exécution du 1er septembre 1967 (RS 783.01).

58 C'est ici un moyen moins grave que le mandat d'arrêt – qui a pour effet de provoquer l'*incarcération* du suspect – et qui a la même utilité: s'assurer la présence d'une personne pour procéder à son interrogatoire.

59 BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, Code annoté, ad art. 115 et les références citées; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 1 ad art. 50; PIQUEREZ, Commentaire, n° 3 ad art. 63.

naître; son objet; la date et la signature manuscrite de l'officier de police ou du magistrat qui l'a décerné.

c) Exécution

Le mandat d'amener est exécuté par la police comme un mandat d'arrêt⁶⁰.

d) Effets

A l'exception de la détention préventive, le mandat d'amener déploie les mêmes effets que le mandat d'arrêt: appréhension et conduite de l'intéressé auprès de l'autorité requérante, au besoin au moyen de la contrainte en cas de résistance.

3. Le mandat d'arrêt

a) Définition

Le mandat d'arrêt (*Haftbefehl*) est l'ordre donné par un magistrat aux agents de la force publique d'arrêter la personne qui fait l'objet d'une poursuite pénale et de l'incarcérer pour les besoins de la procédure.

Le mandat d'arrêt est une mesure extrêmement grave, de caractère exceptionnel et subsidiaire, qui ne peut être utilisée qu'à l'égard d'une personne gravement suspectée d'avoir commis une infraction et pour autant qu'il existe concrètement soit un *risque de fuite*, soit de *collusion* ou de *réitération* des infractions.

b) Contenu

Outre les indications du mandat d'amener, le mandat d'arrêt précise l'énoncé de la prévention et la désignation de l'établissement où le prévenu doit être écroué. Il cumule ainsi les effets du mandat d'amener (l'intéressé doit être arrêté) et de l'ordre d'écrou (il doit être incarcéré dans un établissement de détention).

60 Cf. art. 99 Cpp BE; art. 63 al. 2 Cpp JU; art. 77 et 79 Cpp NE; art. 122 et 124 Cpp VD; art. 153 et 154 Cpp SH.

Pour les modalités d'exécution du mandat d'arrêt, voir ch. 3, litt. c ci-après.

c) Exécution

Le mandat d'arrêt s'exécute sans rigueur inutile. L'emploi de la force et des moyens de contrainte (menottes) n'est toléré, conformément au principe de la proportionnalité, que si le prévenu résiste avec violence, s'apprête à prendre la fuite ou s'avère menaçant ou dangereux⁶¹.

d) Effets

L'effet principal et essentiel du mandat d'arrêt est d'incarcérer le prévenu, soit de le mettre en *détention préventive* ou *provisoire*.

B. La détention préventive ou provisoire

§ 1 Problèmes généraux

1. Brèves considérations historiques

Sous des modalités différentes, la détention préventive, soit l'incarcération d'une personne avant jugement, a toujours existé⁶². Mesure privative de liberté provisoire, mais qui peut durer des mois, voire des années et met en jeu des intérêts totalement opposés, la détention préalable a de tout temps – particulièrement au cours des dernières décennies – suscité de vifs débats où s'affrontent ses adversaires qui soutiennent qu'elle est un mal, car elle fait peser sur le suspect une véritable présomption de culpabilité, et ses partisans qui affirment qu'elle répond à une impérieuse nécessité pour la recherche de la vérité et empêcher la fuite ou la continuation de l'activité criminelle. En outre, depuis le début du XIXe siècle, elle a connu partout de nombreuses réformes successives⁶³.

61 *Supra*, notes 35 et 36; cf. PIQUEREZ, Commentaire, n° 3 ad art. 133.

62 Ainsi, les Grecs cherchaient déjà à en atténuer les effets en recourant à des succédanés, notamment par l'engagement de plusieurs citoyens à répondre de la comparution du mis en cause et à Rome un accusé, selon la gravité de l'accusation portée contre lui, était placé sous surveillance ou incarcéré (CALLÉ, La détention provisoire, p. 5).

63 Ainsi, par exemple, en France, depuis 1810, la détention provisoire a connu 24 réformes et donc 25 régimes différents (RASSAT, Procédure pénale, n° 375).

Autrefois, la détention avant jugement était la règle et la liberté l'exception⁶⁴. Trop sévère, cette conception a cédé le pas à une évolution libérale où les législateurs et la jurisprudence ont essayé de réduire le domaine, la fréquence et la durée de la détention avant jugement.

À l'heure actuelle, la mise en détention préventive est partout réglementée de façon stricte et restrictive⁶⁵ (c'est un moyen exceptionnel et subsidiaire) et elle ne se justifie que dans les cas les plus graves (respect du principe de la proportionnalité).

2. *Justification et avantages de la détention préventive*

La détention préalable au jugement est un moyen très énergique, mais jugé si indispensable que toutes les législations la connaissent et ne peuvent s'en passer.

Elle se justifie comme mesure exceptionnelle, pour *faciliter la manifestation de la vérité* (recherche des preuves), pour des *motifs d'ordre public* (danger de réitération) et pour des *impératifs de sécurité* (assurer la présence de l'inculpé au jugement; *Sicherheitshaft*). La détention facilite en effet la recherche de la vérité en évitant une perturbation des preuves: le prévenu libre peut s'employer à dissimuler ou à détruire des preuves ou des indices de son infraction, à impressionner ou à suborner des témoins, à établir un alibi pour se disculper⁶⁶. Ensuite, la détention provisoire permet d'empêcher la fuite du délinquant qui veut échapper au jugement et à la sanction⁶⁷. Enfin, la mesure permet d'éviter que l'auteur de l'acte ne poursuive son activité criminelle⁶⁸.

64 Notamment en France, sous le régime du Code d'instruction criminelle de 1808, où les articles 133 et suivants admettaient, en matière criminelle, *le principe* de la détention préventive illimitée jusqu'à la fin du procès (MERLE et VITU, Procédure pénale, n° 386; PRADEL, Procédure pénale, n° 473). La situation était identique en Suisse, où le danger de fuite est présumé si le prévenu n'habite pas en Suisse ou s'expose à une peine de réclusion (CLERC, Le procès pénal en Suisse romande, p. 99).

65 Pratiquement toutes les législations posent le principe que la liberté provisoire est la règle et la détention l'exception (cf. CLERC, Initiation, n° 167; art. 176 al. 1 Cpp BE, 129 al. 1 Cpp JU); art. 9 ch. 3 Pacte II et ch. I.1 de la Recommandation n° R (80) 11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980, concernant la détention provisoire.

66 ATF 96 IV 45 = JT 1970 IV 126; ATF 97 I 45 = JT 1972 I 4.

67 Cf. Cour eur. D.H., arrêt Murray, série A, n° 300. Voir aussi JAAC 1983, n° 89, qui reprend la Recommandation n° R (80) 11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980, concernant la détention provisoire.

68 ATF 105 Ia 26, cons. 3c où le TF a jugé le motif de réitération de l'infraction compatible avec l'art. 5 ch. 1 litt. c CEDH.

3. *Inconvénients de la détention préventive*

La détention avant jugement est une mesure de contrainte très grave – la plus grave – susceptible de porter atteinte à plusieurs droits constitutionnels ou conventionnels: liberté individuelle, présomption d'innocence, droit au respect de la vie privée, notamment. Aussi est-elle pleine d'inconvénients pour l'inculpé, victime d'une mesure d'incarcération aux effets souvent néfastes. Ainsi, cette mesure compromet ses moyens de défense (elle fait peser sur l'innocence présumée de l'accusé un doute sérieux dans l'esprit du public, voire des juges de jugement)⁶⁹. Elle risque en outre de lui causer un préjudice difficilement réparable (perte d'emploi, difficultés familiales) et elle crée une inégalité de traitement choquante entre lui et l'inculpé libre. Enfin, la détention est pleine d'inconvénients pour le détenu qui soutient souvent mal le choc psychologique provoqué par la rupture qu'elle entraîne avec le milieu familial et professionnel.

4. *Définition et institutions voisines*

a) Définition

La détention préventive est *l'incarcération ordonnée à l'endroit d'une personne gravement suspectée d'avoir commis une infraction, pendant tout ou partie de la période qui va de l'ouverture des poursuites pénales jusqu'au jugement définitif, afin qu'elle soit tenue à disposition de la justice pour les besoins de l'enquête ou pour des impératifs de sécurité*.

b) Institutions voisines

Il faut distinguer la détention préventive (*mesure judiciaire*) de situations similaires, telles l'*appréhension*, la *rétenion policière* et la *garde à vue* (*supra*, chap. II, § 1 ss).

Si ces moyens ont pour effet de priver un individu de sa liberté pour un temps plus ou moins long par l'effet de la contrainte, ils peuvent être ordonnés par des *organes de police* en dehors de toute poursuite pénale, l'intéressé n'étant pas inculpé. A l'inverse, l'*arrestation* – qui a pour effet de provoquer la mise en détention préventive – relève de la compétence exclusive des

69 La détention provisoire contredit le principe fondamental de la présomption d'innocence dont bénéficie la personne poursuivie jusqu'à sa condamnation définitive: le prévenu subit une peine alors qu'il n'a pas encore été condamné et l'incarcération fait peser sur lui une véritable présomption de culpabilité qui entraîne des risques supplémentaires de condamnation ou de se voir infliger une peine ferme au moins égale à la durée de la détention préalable.

organes de justice répressive. D'ailleurs, ces différentes mesures coercitives ne constituent pas une arrestation au sens de l'article 5 CEDH⁷⁰. Enfin, la détention préventive ne doit pas être confondue avec l'envoi dans une clinique psychiatrique aux fins d'expertise lorsque le prévenu n'est pas en détention provisoire⁷¹.

5. *Légitimité de la détention préventive au regard de la CEDH*

L'article 5 ch. 1 de la Convention européenne consacre le droit à la liberté d'une manière générale en affirmant le principe que «toute personne a droit à la liberté et à la sûreté». Mais, après avoir posé le principe de base, elle énumère de manière limitative les exceptions admissibles, dont la détention préventive (litt. c), et les conditions dans lesquelles une privation de liberté pourra intervenir en conformité avec les exigences de la Convention. Le but de ce texte tend essentiellement à protéger la liberté individuelle contre les arrestations et les détentions *arbitraires*, en garantissant à la personne privée de la liberté d'être traduite devant un juge et d'être jugée dans un *délai raisonnable* ou, à défaut de jugement pendant ce délai, d'être libérée pendant la procédure (ch. 3).

Selon le texte de l'article 5 ch. 1 litt. c, la CEDH admet la détention préventive sur la base de simples soupçons («lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction»). Ainsi, les exigences et la protection de la Convention vont moins loin que les garanties reconnues par la jurisprudence en matière de liberté personnelle⁷².

§ 2 Les conditions de fond et de forme de la détention préventive

1. *Les conditions de fond*

a) Rappel de principe

La règle étant que le prévenu demeure ordinairement en liberté pendant la procédure, il suit de là que la détention préventive, en raison de la gravité de l'atteinte portée à la liberté individuelle, est une mesure *exceptionnelle* (une *ultima ratio*)⁷³, *provisoire* (elle n'est pas une peine anticipée)⁷⁴ et *subsidaire*

70 Cf. ATF 107 Ia 138.

71 SCHMID, Strafprozessrecht, n° 703. Même si cette forme de détention peut être imputée sur la peine, conformément à l'article 69 CP (cf. CLERC, Initiation, n° 168 i.p.).

72 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 7 ad art. 49 ss (rem. prél.) et les citations.

73 La détention avant jugement ne se justifie en principe que si l'infraction est particulièrement grave (un crime ou un délit).

(elle ne peut être ordonnée que si des succédanés moins contraignants paraissent insuffisants)⁷⁵.

b) Les diverses conditions de fond de la détention préventive.

1° La règle

La mise en détention préalable nécessite l'existence de deux conditions: une cause générale à laquelle s'ajoute nécessairement une cause inhérente aux risques que suscite la liberté provisoire de l'auteur présumé qui justifie la privation de liberté.

2° La cause générale

L'arrestation – et par là sa mise en détention provisoire – n'est possible que s'il existe préalablement à toute autre cause de *graves soupçons de culpabilité*⁷⁶ à l'égard de l'auteur présumé.

3° Les autres conditions

La seule justification de la détention préventive est la *nécessité*. Aussi peut-elle apparaître nécessaire dans trois hypothèses, en fonction du but

74 La détention préventive n'est pas une peine, mais une mesure privative de liberté nécessaire pour les *besoins de l'enquête* et pour des *impératifs de sécurité*. Elle ne peut être «une peine avant la peine – qui intervient comme sanction prononcée par un jugement ou un arrêt coulé en force de chose jugée – puisque l'inculpé est présumé innocent aussi longtemps qu'il n'a pas fait l'objet d'une condamnation irrévocable» (FRANCHIMONT/JACOBS/MASSET, Manuel de procédure pénale, p. 406). Néanmoins, le Code pénal (art. 69) prévoit l'imputation de la détention préventive subie, soit de «toute détention ordonnée au cours d'un procès pénal pour les besoins de l'instruction ou pour motifs de sûreté (art. 110 ch. 7).

75 Tels les sûretés ou le contrôle judiciaire.

76 Les législations utilisent des termes quelque peu différents, mais qui tous insistent sur l'impérieuse nécessité de l'existence d'indices sérieux. Ainsi, Berne (art. 176 Cpp) utilise le vocable de «motifs sérieux», le Jura (art. 129 Cpp) celui de «présomptions graves et précises», Genève (art. 34 Cpp) l'existence de «charges suffisantes», Neuchâtel (art. 117 Cpp) exige qu'il «existe des présomptions sérieuses», Vaud (art. 59 Cpp) l'existence de «présomptions suffisantes» et le Valais (art. 65 Cpp) celle d'«indices sérieux». La législation alémanique est très semblable: Schaffhouse (art. 149 Cpp), Uri (art. 107 Cpp) et Zurich (art. 58 Cpp) emploient les termes «*dringend verdächtig*», alors que Bâle-Ville (art. 53 Cpp) se contente que l'intéressé soit simplement soupçonné («*Verdächtige*»). Même si certaines lois ne prévoient pas expressément l'exigence des indices graves, elles partent du principe que la chose va de soi (CLERC, La détention avant jugement, p. 397). Selon PRADEL, L'arrestation et la détention provisoire, p. 103, pour permettre la garde à vue et la détention provisoire, il doit exister une probabilité réelle de culpabilité, moins forte certes que celle qui résulte de charges autorisant le renvoi en jugement, ces dernières elles-mêmes moins fortes que les preuves qui autorisent la condamnation.

recherché par l'incarcération. Tout d'abord pour empêcher un délinquant de se soustraire à la justice par la fuite, puis de détruire les preuves ou de suborner les témoins et, enfin, de poursuivre son activité criminelle.

- L'un des buts principaux de la détention préventive est d'*assurer la présence de l'inculpé tout au long du procès*, notamment pour garantir sa comparution au jugement, mais aussi et avant tout, en cas de condamnation, pour *assurer l'exécution de la sanction* qui pourrait être prononcée par le tribunal.

La détention tend ici à *pallier le risque de fuite* du prévenu.

- La détention avant jugement sert ensuite à conserver les preuves et les indices et à empêcher soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation entre prévenus et complices.

La détention préventive tend ici à *empêcher de porter atteinte à la recherche de la vérité*.

- Enfin, la détention préalable peut être dictée par des *impératifs de sécurité et d'intérêt public*, notamment pour *mettre fin à l'infraction* ou pour *prévenir son renouvellement*⁷⁷.

La détention préventive relève ici de la *police préventive*.

Dans ce cadre, le droit français (art. 144 Cpp) et vaudois (art. 59 al. 1 ch. 1 Cpp) prévoient que la détention provisoire peut être ordonnée également pour *préserver l'ordre public* du trouble causé par l'infraction (émotion extraordinaire causée par le crime dans l'opinion que seule l'incarcération du délinquant peut apaiser), ou pour *protéger l'inculpé* (risque de lynchage, protection de l'accusé contre lui-même)⁷⁸.

En dernier lieu, on relèvera que l'*état de santé* du prévenu doit permettre son incarcération. Il s'agit toutefois uniquement d'une condition de la *mise à exécution* de la détention préventive⁷⁹.

En résumé, le maintien en liberté de l'inculpé est *la règle* et la mise en détention préventive *l'exception*, car cette mesure privative de liberté ne doit être utilisée que comme «*ultimum remedium*» (moyen subsidiaire), c'est-à-

77 Depuis la révision de son Cpp en 1991, le canton de Zurich connaît un motif supplémentaire d'arrestation de nature préventive: le *danger de réalisation d'infraction* (*Ausführungsgefahr*) prévu à l'article 58 al. 2. Sont envisagées ici, par exemple, les éventualités visées par les articles 260^{bis}, 226, 246 ou 251 CP (SCHMID, Strafprozessrecht, n° 702).

78 Il s'agit ici de motifs d'opportunité ou de convenance, difficilement compatibles avec la présomption d'innocence et les exigences posées par la jurisprudence en matière de privation de liberté (cf. CLERC, Initiation, p. 170).

79 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 9 ad art. 58; ATF 116 Ia 420, cons. 3a. Dans tous les cas, il sera procédé à une *pesée des intérêts* entre le but de la détention et ses conséquences sur le malade.

dire dans l'hypothèse où d'autres moyens ne sont pas susceptibles de produire les mêmes effets. En outre, pour satisfaire aux exigences posées par la jurisprudence, il faut que les conditions *cumulatives* ci-après soient réalisées: il doit exister une base légale, des charges suffisantes, un intérêt public prépondérant et la détention doit respecter le principe de la proportionnalité. A ces quatre conditions vient nécessairement s'en ajouter une cinquième: le danger de fuite, de collusion ou de réitération.

2. Les conditions de forme

a) Les exigences de forme

La privation de la liberté par la mise en détention préventive ne peut être ordonnée que moyennant un *mandat d'arrêt*⁸⁰ écrit⁸¹ et motivé (et/ou une ordonnance)⁸² justifiant les causes d'arrestation, précisant l'énoncé de la prévention et désignant nommément la personnalité du prévenu, l'autorité compétente et comportant la date et la signature du magistrat habilité à délivrer le mandat.

b) L'autorité compétente pour ordonner la mise en détention préventive

1° *Distinction*. Il y a lieu de distinguer l'autorité habilitée à ordonner l'arrestation d'une personne (qui peut être un organe de justice ou un organe de police) de celle qui est compétente pour décider son placement en détention provisoire (qui ne peut être qu'un organe judiciaire).

2° *Le droit d'être «aussitôt» traduit devant un magistrat*. L'article 5 ch. 3 CEDH consacre notamment le droit, pour toute personne arrêtée ou détenue, d'être «aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires», ce qui limite ainsi le délai de garde à vue. Dans l'arrêt de principe Schiesser c/Suisse rendu

80 HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 189; PIQUEREZ, Précis, n° 1391. Etant précisé que l'autorité judiciaire est habilitée à décerner un *mandat d'arrêt public*, publié dans le Moniteur suisse de police, lorsque la résidence du prévenu est inconnue.

81 En cas d'urgence, l'arrestation peut également être ordonnée verbalement, par télécopie ou par téléphone. Elle sera alors confirmée sans délai par écrit (cf. DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 8 ad art. 50). De même, à l'audience en présence du prévenu, un mandat n'est pas nécessaire (cf. PIQUEREZ, Traité, t. I, n° 553).

82 L'établissement d'une ordonnance d'arrestation n'est pas exigé partout, du fait que le mandat d'arrêt doit être motivé, au moins succinctement, ce qui est suffisant au regard des exigences constitutionnelles et conventionnelles.

le 4 décembre 1979⁸³, la Cour européenne a précisé la notion de «juge ou magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires»⁸⁴.

3° Conséquences

Seuls les magistrats⁸⁵ totalement indépendants du pouvoir exécutif et des parties⁸⁶ sont habilités à priver un individu de sa liberté par la mise en détention préventive. Si tel n'est pas le cas, il est nécessaire de prévoir une

83 Série A, n° 34, qui mettait en cause le procureur de district du canton de Zurich.

84 La Cour a estimé que le «magistrat» visé à l'article 5 ch. 3 ne se confond pas avec le «juge». Encore faut-il qu'il possède certaines qualités, c'est-à-dire qu'il remplisse des conditions qui constituent autant de garanties pour la personne arrêtée: «la première d'entre elles réside dans l'*indépendance* à l'égard de l'exécutif et des parties... Elle n'exclut pas toute subordination à d'autres juges ou magistrats pourvu qu'ils jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue. A cela s'ajoute... une exigence de *procédure* et une de *fond*. A la charge du «magistrat», la première comporte l'obligation *d'entendre personnellement l'individu* traduit devant lui; la seconde, celle d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de *se prononcer selon des critères juridiques* sur l'existence de raisons la justifiant et en leur absence, d'ordonner l'élargissement» (arrêt, par. 31; COHEN/JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, p. 333). Selon le TF (ATF 122 IV 8 [f]), l'organe compétent doit être indépendant et garantir que la procédure suivie ait un caractère juridictionnel. Ainsi, par exemple, l'article 5 ch. 3 CEDH est violé lorsque le juge qui a ordonné l'arrestation soutient ultérieurement l'accusation devant le juge du fond (ATF 117 Ia 199 = JT 1994 IV 55 et 118 Ia 95 [confirmation de la jurisprudence]). La Cour européenne, dans l'affaire Huber du 23 octobre 1990 (série A, n° 188) concernant également le procureur de district zurichois, a considéré, à la différence de l'affaire Schiesser, que dès lors qu'il y a une chance pour le procureur compétent pour ordonner l'arrestation de devenir organe de poursuite, «son impartialité peut devenir sujette à caution». Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt récent concernant le ministère public italien (arrêt Brincat du 26 novembre 1992, série A, n° 249 A). Dans l'ATF 121 II 53 Diallo, le TF a jugé que le juge d'instruction bernois n'est pas un «tribunal» au sens de l'article 5 ch. 4 CEDH, car il lui manque l'indépendance et l'impartialité exigées par la Convention. Lorsque la détention, sa prolongation ou le refus de mise en liberté ont été ordonnés par un tribunal, cette décision incorpore en général l'examen judiciaire exigé par l'article 5 ch. 4 CEDH (ASDI 1990, p. 204, n° 5.4.4).

85 Seule une autorité *judiciaire* – et non administrative – compétente *ratione materiae* et *ratione loci* est habilitée à décider de la mise en détention préventive.

86 Ce qui n'est pas le cas à Berne où l'indépendance de l'autorité d'instruction n'est que relative, car dans la recherche des preuves, elle est subordonnée au ministère public, qui «surveille la marche des instructions» et le juge instructeur est tenu de donner suite à ses réquisitions (art. 243 Cpp). Ni à Bâle-Ville et au Tessin, où le ministère public cumule les fonctions de procureur et de juge d'instruction. Ou encore à Zurich, dans la mesure où le parquet de district (organe d'instruction) soutient ultérieurement l'accusation devant le tribunal (ATF 117 Ia 199; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 1 ad art. 59, ainsi que les arrêts de la Cour européenne cités sous note 84).

A l'inverse, là où le magistrat instructeur est totalement indépendant du pouvoir exécutif et du ministère public (comme dans tous les cantons de Suisse romande), il présente des garanties suffisantes pour ordonner la mise en détention préventive.

autorité judiciaire indépendante: le «*juge de la détention*» (*Haftrichter*), qui sera appelé à confirmer ou à infirmer l'arrestation ordonnée par l'autorité d'instruction.

§ 3 La gravité des charges qui pèsent sur le prévenu: la présomption grave de culpabilité

1. Principe

Pour ordonner la mise en détention préventive d'un individu, la réalisation d'*une seule cause* suffit, dans la mesure où il existe conjointement et préalablement une *présomption grave et précise de culpabilité* (cause générale) et les *trois conditions posées par la jurisprudence* du Tribunal fédéral: *base légale, intérêt public prépondérant, proportionnalité*.

2. La présomption grave de culpabilité

1° *La détention préventive ne peut être ordonnée* que s'il existe, préalablement à toute autre condition, des charges suffisantes, plus exactement des *indices graves et concordants de culpabilité*. Le juge ne peut en effet se contenter de simples soupçons comme l'exige l'article 5 ch. 1 litt. c CEDH, car les charges qui pèsent sur l'inculpé doivent être étayées par des *faits concrets et précis* et la «culpabilité» du prévenu doit être très vraisemblable. Le degré de suspicion qui pèse sur l'inculpé doit donc être élevé et le juge est tenu de le justifier à l'appui de son ordonnance d'arrestation. Des «soupçons raisonnables» ne sont pas suffisants pour ordonner une mise en détention préventive⁸⁷. On ne peut toutefois exiger que la qualification juridique des faits et les éléments constitutifs de l'infraction qui fondent le mandat d'arrêt soient définitivement fixés dès le début de l'instruction⁸⁸.

87 ATF 116 Ia 143, cons. 3c = JT 1992 IV 120; TF du 30.03.1989 Hiltbrunner c/MP GE, ASDI 1990, p. 195, n° 5.1.1; TF du 25.06.1990 E.P. c/MP SG, RSDIE 1991, p. 386, n° 5.1.2; PIQUEREZ, Risque de fuite, droit au silence et présomption de culpabilité, p. 288 et les citations. Voir aussi les exemples cités et les circonstances envisagées par DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 15 ss ad art. 58.

Le *silence de l'inculpé* ne peut en soi et à lui seul motiver une arrestation, car les organes de justice ne peuvent tirer aucun argument du manque ou du refus d'explication de l'accusé pour asseoir leur conviction, notamment le considérer comme un indice de culpabilité (PIQUEREZ, Risque de fuite, droit au silence et présomption de culpabilité, p. 288, 289 et les citations).

88 TF du 06.09.1977 Pannetier c/MP GE, SJ 1979, p. 373.

En résumé, il y a présomption grave de culpabilité dès que le résultat de l'enquête laisse apparaître avec une forte vraisemblance, sinon une certitude, que le suspect est l'auteur, l'instigateur ou le complice de l'infraction.

2° *Le maintien en détention provisoire* exige en principe que les *charges initiales* qui pèsent sur l'inculpé soient *confirmées et précisées* par l'instruction. L'intensité des charges justifiant une détention n'est pas la même aux divers stades de l'instruction pénale. Si l'on admet qu'après l'accomplissement de tous les actes d'instruction envisageables, la perspective d'une condamnation doit paraître fortement vraisemblable, des soupçons encore peu précis, renforcés par exemple par des mensonges de l'inculpé ou des variations dans ses déclarations, peuvent être considérés comme suffisants dans les premiers temps de l'enquête⁸⁹. Il faut donc examiner si les soupçons qui pèsent sur le prévenu, après la tenue de plusieurs audiences d'instruction et après l'audition de différentes personnes inculpées ou entendues comme témoins dans la même procédure que lui, sont étayés par des faits concrets et précis⁹⁰.

§ 4 Le danger de fuite

1. *Le risque de fuite comme cause de détention*

L'un des buts principaux de la détention préventive est d'*assurer la présence de l'inculpé* tant au cours de l'instruction, pour l'empêcher de se soustraire à l'enquête, que pour garantir sa comparution à l'audience de jugement et, par là même, l'exécution de la peine privative de liberté qui pourrait être prononcée par le tribunal.

Le but de l'incarcération dans l'hypothèse d'un danger de fuite répond à des *impératifs de sécurité*; mais la détention peut également faciliter la recherche de la vérité et se justifier par des *nécessités pratiques*: profiter de la présence de l'inculpé pour l'interroger, le confronter ou le soumettre à des mesures de contrôle.

89 ATF n.p. du 24.11.1992 S. c/Chambre d'accusation Jura.

90 ATF n.p. du 24.11.1992 S. c/Ch. d'accusation Jura et ATF 116 Ia 143, cons. 3c = JT 1992 IV 120.

2. *Notion du danger de fuite*

a) Contrairement à la législation allemande⁹¹, nos codes de procédure ne donnent pas de définition du danger de fuite ou de la fuite.

b) Seuls certains auteurs ont donné soit une définition plus ou moins précise du danger de fuite, soit ont énoncé les conditions auxquelles ce risque est réalisé⁹². Une définition abstraite du danger de fuite est difficile à donner. Il est néanmoins possible de cerner cette notion et d'en fixer les critères. Le risque de fuite au sens large comprend deux volets.

En premier lieu, le risque de fuite est réalisé lorsque le prévenu s'est volontairement soustrait à l'action de la justice, soit en prenant la fuite à l'étranger, soit en se cachant en Suisse (fuite effective). Dans cette hypothèse, le prévenu n'obtempère pas aux convocations et aux citations du juge.

En second lieu, il y a danger de fuite *lorsqu'il existe des indices concrets que l'inculpé a l'intention de s'enfuir à l'étranger ou de se cacher en Suisse pour se soustraire à la procédure pénale en cours ou à l'exécution de la peine qui pourrait être prononcée par le tribunal* (fuite vraisemblable). Dans cette seconde hypothèse, le prévenu est en liberté – ou il sera libéré de la détention – et il prépare sa fuite ou envisage de se soustraire à l'action de la justice. Compte tenu des circonstances, sa fuite apparaît *hautement vraisemblable*.

3. *L'appréciation du risque de fuite*

a) Le danger de fuite est difficile à apprécier. Aussi convient-il, selon la jurisprudence de la Cour européenne⁹³, pour le déterminer dans chaque cas d'espèce, de prendre en considération plusieurs facteurs: examiner notam-

91 L'article 112 StPO énonce à l'alinéa 2 ch. 1 que le risque de fuite existe lorsque le prévenu est en fuite ou qu'il se cache («*dass der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält*»). DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 27 ad art. 58 et les auteurs cités sous note 60 considèrent la fuite (*Flucht*) comme le fait de se rendre à l'étranger ou d'entrer dans la clandestinité à l'intérieur du pays.

92 Cf. notamment PETERS, Strafprozessrecht, p. 396; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 27 ad art. 58 et les auteurs cités; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 309.

93 Cour eur. D.H., arrêt Neumeister du 27 juin 1968, série A, n° 8, par. 10.

ment les circonstances relatives au caractère de l'intéressé⁹⁴, à sa moralité, à son domicile, à sa profession⁹⁵, à ses ressources⁹⁶ et à ses liens familiaux de tous ordres avec le pays où il est poursuivi⁹⁷.

- b) Pour retenir un risque de fuite, il ne suffit pas que celle-ci soit objectivement possible, car l'éventualité qu'un inculpé libre se dérobe à la poursuite par la fuite existe en soi dans toute procédure pénale. Il faut dès lors que le risque de voir le condamné se soustraire aux actes du procès ou à l'exécution de la peine présente une certaine vraisemblance. Le juge ne doit admettre le danger de fuite comme réalisé que s'il peut établir par des faits précis la *volonté du prévenu de se soustraire à la justice*. La fuite ne doit pas être uniquement «objectivement» possible, mais vraisemblable⁹⁸. A cet égard, la *gravité de la peine encourue* est un indice; toutefois, la quotité de la peine à laquelle s'expose le prévenu ne suffit pas à elle seule à justifier la mise en détention préventive ou sa *prolongation*, c'est l'ensemble des circonstances du cas d'espèce qui doit être pris en considération. La perspective d'une longue peine privative de liberté constituera souvent une présomption de danger de fuite qui permettra l'arrestation, s'il n'est pas possible d'envisager objectivement d'autres mesures de nature à la prévenir⁹⁹.

94 ATF 117 Ia 69, cons. 4a et les citations = JT 1993 IV 59.

95 ATF 95 I 233 (f), sp. 242.

96 ATF 102 Ia 379, sp. 382 i.f.

97 Il faut également prendre en considération le fait que l'intéressé a du travail ou se trouve au chômage, son état de santé, son âge, etc. Cf. DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 31 ss ad art. 58 et les citations, pour d'autres hypothèses de risque de fuite.

98 ATF 102 Ia 379 = JT 1977 IV 158, rés. L'autorité compétente appelée à statuer est tenue de vérifier systématiquement si le danger de fuite existe *concrètement* compte tenu des circonstances du cas d'espèce (TF du 06.10.1989 Bautista, SJ 1990, p. 437). Ainsi, pour qu'il y ait danger de fuite, il faut essentiellement qu'un ensemble de circonstances, particulièrement la lourde peine à prévoir, ou l'intolérance particulière de l'accusé pour la détention, ou le manque d'attaches solides dans le pays, permettent de présumer que les conséquences et les risques de la fuite lui apparaîtront comme un mal moindre que la continuation de l'emprisonnement (Cour eur. D.H., arrêt Stögmüller du 10 novembre 1969, série A, n° 9, par. 15). Dans le même arrêt, la Cour a estimé que le *danger de fuite ne résulte pas du simple fait que l'accusé a des facilités ou la possibilité de passer la frontière*. De même, la simple éventualité d'une peine sévère ne suffit pas pour considérer qu'il y a danger de fuite.

99 ATF 107 Ia 3, cons. 5 = JT 1982 IV 85; ATF 108 Ia 64 (f); TF du 10.06.1988 Dassio c/MP GE, SJ 1988, p. 456; ATF 117 Ia 69 = JT 1993 IV 59. Il n'est pas admissible de prendre en considération uniquement la *peine prévue abstraitement*, mais celle qui a été effectivement prononcée (ATF 107 Ia 3 précité).

En résumé, selon la pratique constante, le danger de fuite ne peut être admis que s'il existe des raisons de croire qu'une fuite est non seulement objectivement possible, mais *concrètement probable*, voire *très probable*¹⁰⁰.

§ 5 Les besoins de l'instruction: le danger de collusion et le risque d'altération des preuves

1. *Le risque de collusion comme cause de détention*

La détention préventive peut être un moyen indispensable à la recherche de la vérité et à la progression de l'enquête. C'est même souvent le seul moyen d'empêcher que l'inculpé ne détruise des preuves ou des indices, qu'il ne fasse pression sur des témoins ou d'éviter une concertation frauduleuse entre coaccusés et complices. Aussi les besoins de l'instruction figurent parmi les motifs les plus fréquemment avancés pour arrêter une personne et la mettre en détention préventive. Cette mesure est ainsi un moyen efficace pour faciliter la manifestation de la vérité en évitant une *perturbation des preuves* et un *danger de collusion*¹⁰¹.

La CEDH n'envisage pas le risque de collusion comme motif de détention. En revanche, la Recommandation R (80) 11, au chiffre II.3, prévoit le «danger d'obstruction du cours de la justice», ce qui inclut le danger de collusion¹⁰².

2. *Notion et définition du danger de collusion*

- a) *Au sens large*, la collusion consiste à entraver ou à compromettre le résultat de la procédure¹⁰³.
- b) *Au sens générique et courant*, la collusion est une entente secrète au préjudice de tiers¹⁰⁴.

100 Dans ce sens également: OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 309; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 701.

101 ATF 116 Ia 149, cons. 5 et surtout ATF 117 Ia 257 = JT 1994 IV 22 où, selon le Tribunal fédéral, la collusion consiste dans le fait pour l'inculpé de s'entendre avec des témoins, des personnes déposant à titre de renseignements, des experts ou des coïnculpés, ou de les pousser à faire de fausses déclarations. La détention préventive pour motif de risque de collusion doit empêcher qu'un inculpé n'abuse de sa liberté pour déjouer ou mettre en danger la manifestation de la vérité.

102 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 36 ad art. 58.

103 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 37 ad art. 58. Voir aussi ATF 116 Ia 149, cons. 5 et ATF 117 Ia 257 = JT 1994 IV 22.

104 Le ROBERT, Dictionnaire de la langue française.

- c) *En procédure pénale*, la collusion peut se définir comme *l'activité que l'inculpé¹⁰⁵ peut déployer pour détruire, altérer ou faire disparaître des preuves, suborner ou soudoyer des témoins, des complices ou des experts, en se concertant avec eux en vue de compromettre le résultat de l'enquête et faire obstacle à la manifestation de la vérité.*

3. *L'appréciation du danger de collusion*

- a) Le danger de collusion ne doit pas être admis systématiquement ou trop facilement. En particulier, il ne peut être invoqué «pour les besoins de l'instruction», dans le but de porter atteinte à l'exercice des droits de la défense¹⁰⁶.
- b) Il doit être étayé par des *faits précis* et la détention préventive doit être *l'unique moyen* de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher de suborner les témoins ou une concertation frauduleuse entre les auteurs présumés de l'infraction. D'ailleurs, le juge d'instruction ne peut se contenter de formules vagues ou générales rédigées *in abstracto*, car il est tenu de *motiver* son ordonnance d'arrestation en indiquant les circonstances de fait tirées du dossier qui «concrétisent» l'existence du risque de collusion. Les éléments peuvent être conçus soit *objectivement* soit *subjectivement*¹⁰⁷. Il doit s'agir d'un danger «concret» et non «abstrait», qui doit être étayé par des faits précis.
L'absence d'indication d'éléments permettant de reconnaître une convergence d'intérêts entre les personnes à confronter revient à invoquer de manière abstraite seulement le danger de collusion, ce qui n'est pas suffisant pour justifier la détention¹⁰⁸.
- c) Le risque de collusion diminue au fur et à mesure de l'avancement de la procédure¹⁰⁹. Il est en principe exclu en cas d'aveux probants de l'inculpé¹¹⁰.

105 On rappellera que la détention avant jugement n'est possible que contre la personne poursuivie. Aussi, l'arrestation de témoins ou de personnes entendues à titre de renseignements aux fins d'éviter le risque de collusion n'est pas admissible (BJP 1988, n° 389).

106 Dans le même sens: CLERC, *La détention préventive*, p. 159 et DONATSCH/SCHMID, *Kommentar*, n° 37 i.f. ad art. 58.

107 PRADEL, *Procédure pénale*, p. 539. Le risque de collusion est conçu *objectivement* lorsque le danger de disparition des preuves découle de circonstances extérieures à l'attitude de l'intéressé lors de son procès: cadre de vie, nature de l'infraction. Le risque est conçu *subjectivement* si l'on apprécie le comportement de l'intéressé à l'occasion de l'affaire: faits permettant d'induire l'intention de faire disparaître des preuves. Pour des cas d'espèce, voir BARBEY, *Aperçu de la jurisprudence*, p. 378 ss et ATF 117 IV 257 = JT 1994 IV 22.

108 TF du 08.06.1989 Azhar, cons. 2b aa, cité in: SJ 1990, p. 438.

- d) S'agissant du risque d'altération des preuves, le danger de collusion est exclu si l'autorité répressive a pu s'assurer des pièces à conviction, des indices ou traces utiles pour la recherche de la vérité¹¹¹.
- e) Si l'inculpé est en détention préventive, le risque de collusion pourra être éliminé au moyen d'une exclusion ou d'une réglementation stricte des contacts avec l'extérieur (interdiction des visites ou visites sous surveillance, par exemple). En revanche, le fait de communiquer librement avec le défenseur ne devrait en principe pas permettre d'invoquer le risque de collusion, car l'avocat ne saurait, sans enfreindre gravement les règles du barreau, se faire l'intermédiaire du prévenu auprès de tiers¹¹².

§ 6 Le danger de répétition ou de réitération des infractions

1. Le risque de répétition des infractions comme cause de détention

C'est un motif de *police préventive* dicté par des *impératifs de sécurité et d'intérêt public*, expressément prévu par l'article 5 ch. 1 litt. c CEDH¹¹³.

Il convient, par ce moyen, notamment d'empêcher l'inculpé de poursuivre son activité délictueuse ou de mettre des menaces à exécution. Ce danger peut exister, par exemple, dans les cas de crimes sexuels, d'incendies commis par un pyromane ou d'infractions en matière de stupéfiants, principalement lorsque les infractions sont liées à un besoin de consommation (vols dans les pharmacies pour se procurer des stupéfiants, p. ex.). La détention préventive motivée par l'existence d'un risque de réitération peut aussi servir l'*objectif*

109 RJN 1988, p. 76.

110 ATF 119 Ia 221, sp. 236; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 40 ad art. 58 et les arrêts cités sous notes 146 à 148.

111 BJM 1994, p. 161. Pour les différents indices permettant d'admettre ou de nier le risque de collusion: DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 42, 43 ad art. 58 et les citations.

112 La jurisprudence de la Cour d'appel bernoise, publiée in: RJB 1982, p. 421, selon laquelle il y a danger de collusion lorsque l'état de fait conforme à la vérité peut être compromis si l'inculpé utilise les actes de procédure au dossier pour échafauder un système de défense mensonger est trop extensive. Cette pratique méconnaît la notion réelle de la collusion, qui implique nécessairement une entente avec des tiers ou la possibilité d'altérer ou de détruire des pièces à conviction (cf. ATF 116 Ia 149, cons. 5). Enfin, il ne faut pas oublier que les principes généraux et la loi reconnaissent au prévenu le droit au silence, voire même le droit au mensonge. On ne saurait donc légitimement invoquer l'usage potentiel de ces prérogatives pour restreindre les droits de partie du prévenu (dans le même sens: DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 38 et 39 i.f. ad art. 58; SGGVP 1981, n° 34).

113 Voir TF du 26.04.1978 O.F. c/MP GE, ASDI 1978, p. 205, n° 5.2.3.

de célérité, en évitant que la procédure ne soit sans cesse compliquée et allongée par la commission de nouveaux délits¹¹⁴.

Le risque de répétition des infractions est une notion plus large que celle de la récidive prévue à l'article 67 CP¹¹⁵. Ce risque doit exister *concrètement* et non pas seulement de façon hypothétique¹¹⁶. Il ne peut s'agir que d'infractions graves¹¹⁷.

2. *Notion du danger de réitération*

Le danger de réitération ou de répétition des infractions existe lorsqu'il est vraisemblable que le prévenu s'apprête à poursuivre son activité délictueuse ou à commettre de nouveaux crimes ou délits importants¹¹⁸. Ce motif de détention est dicté par des impératifs de sécurité et ne sert aucunement à la manifestation de la vérité¹¹⁹.

3. *Appréciation du risque de réitération*

Pour apprécier *in concreto* l'intensité du risque de réitération, il convient d'analyser le passé, les antécédents judiciaires de l'inculpé, de tenir compte de sa fragilité psychique, de ses fréquentations, de la nature des infractions commises, du nombre et de la fréquence des infractions en cause. Enfin, le juge doit prendre en considération la situation de l'inculpé s'il envisage de prononcer son élargissement¹²⁰. Un risque trop ténu pour justifier une mise en détention préventive permet de subordonner le maintien en liberté à une mesure de substitution¹²¹, car la possibilité purement hypothétique que de nouvelles infractions soient commises ne suffit pas. De même, la seule référence à une précédente condamnation pour un délit déterminé ne permet

114 Voir TF du 07.10.1992 B. c/MP ZH, EuGRZ 1992, p. 553.

115 TF du 07.09.1988 Dubouloz, cité in: SJ 1990, p. 438.

116 ATF 105 Ia 26 = JT 1980 IV 85.

117 Voir ch. II.3 de la Recommandation R (80)11: «danger que la personne ne commette une infraction grave»; voir également les exigences posées par le Tribunal fédéral, pour qui la perpétration de *délits* mineurs ne suffit pas (TF du 07.10.1992 B. c/MP ZH, EuGRZ 1992, p. 553 et BJP 1989, n° 671). Dans tous les cas, l'autorité est tenue de respecter le *principe de la proportionnalité*.

118 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 46 ad art. 58.

119 ATF 105 Ia 26, cons. 3c = JT 1980 IV 85.

120 Sur ces questions et l'évolution de la jurisprudence: BARBEY, Aperçu de la jurisprudence, p. 380 ss; SCHMID, Zum Haftgrund der Wiederholungs- und Fortsetzungsgefahr in der neueren Strafprozessentwicklung, RSJ 83 (1987), p. 225 ss; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 47 ss ad art. 58.

121 BJP 1989, n° 672.

pas d'admettre que le prévenu risquerait de perpétrer de nouvelles infractions s'il était laissé ou remis en liberté¹²².

En résumé, la mise en détention provisoire pour empêcher l'inculpé de poursuivre son activité délictueuse ou de commettre de nouvelles infractions est soumise à des conditions strictes et restrictives: haute vraisemblance de la réalisation du risque, notamment pronostic très défavorable relatif à la commission d'une nouvelle infraction; gravité particulière des crimes ou délits à craindre.

§ 7 La procédure de mise en détention préventive

1. Rappel de principe

- a) L'article 5 ch. 3 CEDH fait obligation de traduire «*aussitôt*» devant un organe judiciaire indépendant toute personne détenue dans les conditions visées au paragraphe premier litt. c, dans *toutes ses hypothèses*¹²³.
- b) Si la personne arrêtée comparaît devant un magistrat offrant des garanties suffisantes, la procédure se limitera aux formalités exigées par l'article 5 ch. 2 CEDH, à savoir une information suffisante concernant les raisons de l'arrestation et de toute accusation portée contre la personne arrêtée, avec possibilité pour cette dernière de contester le bien-fondé des soupçons pesant sur elle¹²⁴. C'est au cours de ce premier interrogatoire que le magistrat décidera de la mise en détention préventive.
- c) A l'inverse, si le magistrat ne répond pas aux exigences de l'article 5 ch. 3 CEDH, il procédera à l'audition du prévenu, l'informera des motifs de l'arrestation, des soupçons qui pèsent sur lui et de la possibilité de les contester. S'il ordonne la détention provisoire ou éventuellement des

122 ATF du 24.07.1990 n.p. Karakos c/MP GE; cf. les exemples cités par DONATSCH/SCHMID, Kommentar, nos 48 à 50 ad art. 58. D'ailleurs, selon la Cour européenne (affaire Guzzardi du 6 novembre 1980, série A, n° 39, par. 102), le risque de récidive de l'article 5 ch. 1 litt. c «ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou une catégorie de personnes qui, à l'instar des *mafiosi*, se révèlent dangereuses par leur propension permanente à la délinquance; il se borne à ménager aux Etats contractants le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée».

123 PONCET, La protection de l'accusé, p. 150. L'article 5 ch. 3 (comme le chiffre 2) s'applique ainsi à *tous les cas de détention* (garde à vue et détention préventive), dans la mesure où la privation de liberté excède le délai de comparution devant le juge qui, en Suisse, ne dépasse généralement pas 24 heures, soit la durée maximale d'une garde à vue (*supra*, chap. II, § 3 ch. 3).

124 COHEN-JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, p. 331.

mesures de substitution, il devra alors saisir le *juge de la détention* (*Haftrichter*), en lui soumettant une proposition motivée (*infra*, ch. 3).

2. La procédure devant l'autorité d'instruction

a) Le droit d'être traduit «aussitôt» devant un magistrat

1° *Le but de la disposition.* Le texte de l'article 5 ch. 3 CEDH, qui consacre l'obligation de traduire toute personne arrêtée devant un magistrat concerne en réalité la garde à vue et non pas la détention préventive¹²⁵, car la disposition tend à introduire un *contrôle judiciaire* de la privation de liberté et à *limiter le délai de garde à vue*¹²⁶.

2° *La durée du délai.* L'article 5 ch. 3 CEDH exige que la personne arrêtée soit traduite «aussitôt»¹²⁷, ce qui, selon la jurisprudence de la Cour européenne ne devrait pas excéder quatre jours¹²⁸, peut-être moins. Pour la Suisse, la question est résolue de façon unanime, du fait qu'aucun texte ni la jurisprudence ne tolèrent une rétention policière dépassant 24 heures avant présentation à un organe judiciaire¹²⁹.

b) Les formalités de la comparution

1° Le magistrat doit en premier lieu informer la personne arrêtée des raisons de son arrestation et des accusations portées contre elle.

2° En second lieu, il donne au prévenu la possibilité de contester le bien-fondé des soupçons pesant sur lui ainsi que les motifs d'arrestation et d'indiquer

125 PRADEL, L'arrestation et la détention provisoire, p. 165; PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 211. La garantie s'applique à toutes les formes de rétention policière ou douanière (*idem*, p. 212).

126 COHEN-JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, p. 333 i.i. et 335 i.f.

127 Dans sa version anglaise, le texte de l'article 5 ch. 3 utilise l'adverbe «*promptly*», qui a un sens un peu plus large que le mot «aussitôt» qui évoque l'idée d'imminence, ce qui introduit une certaine souplesse (PONCET, La protection, note 455, p. 150 et PRADEL, L'arrestation et la détention provisoire, p. 105). L'adverbe «aussitôt» n'est pas synonyme du terme «immédiatement» (PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 212).

128 Dans l'affaire Brogan et autres du 29 novembre 1988 (série A, n° 145, par. 61), la Cour européenne a précisé, dans le contexte d'une affaire de terroristes, qu'en «interprétant et appliquant la notion de promptitude, on ne peut témoigner de souplesse qu'à un degré très faible», en sorte qu'une période de quatre jours et six heures de garde à vue «va au-delà des strictes limites de temps permises par la première partie de l'article 5 ...»

129 D'ailleurs, ordinairement, la garde à vue est d'une durée d'un jour et non susceptible de prolongation. Seuls quelques pays font exception à cette règle (cf. PRADEL, Droit pénal comparé, n° 395).

ses moyens de preuve¹³⁰. Il s'instaure en quelque sorte un «*débat contradictoire*» au sujet de la mise en détention préventive, au cours duquel l'inculpé fait valoir ses moyens de défense immédiats concernant les préventions dont il est l'objet et l'opportunité du maintien de l'arrestation.

3° En troisième lieu, le juge informe le prévenu de l'essentiel de ses droits, notamment de celui de faire choix d'un défenseur ou des conditions de la défense d'office¹³¹.

c) La décision de mise en détention préventive

1° A l'issue de l'interrogatoire de première comparution, le magistrat instructeur décide du maintien ou non de l'arrestation, c'est-à-dire de la mise en détention préventive. Si le juge est «habilité» au sens de l'article 5 ch. 3 CEDH, la procédure de mise en détention est terminée.

2° A l'inverse, si le magistrat n'offre pas toutes les garanties d'indépendance, il n'est pas compétent pour décider lui-même de l'incarcération. Aussi doit-il former une proposition motivée de mise en détention au *juge de la détention*, ou traduire l'intéressé devant cette juridiction¹³².

3. La procédure devant le juge de la détention

a) Le juge de la détention est saisi soit par la proposition écrite et motivée de l'autorité d'instruction, accompagnée du dossier de la cause, soit par la comparution de la personne arrêtée¹³³. Avant de prendre sa décision, le juge de la détention donne l'occasion à l'inculpé, à son défenseur et au ministère public de se prononcer sur l'opportunité de la mise en détention préventive. Il leur accorde le droit de consulter le dossier¹³⁴.

b) En principe, le juge de la détention ordonne des débats oraux contradictoires¹³⁵, auxquels le prévenu, son défenseur et le ministère public peuvent prendre part. Il peut ordonner la comparution d'un «membre de l'autorité d'instruction»¹³⁶.

130 Voir notamment articles 182 Cpp BE, 61 Cpp VS, 114 Cpp UR, 59 Cpp ZH.

131 Voir notamment articles 41 Cpp GE, 123 al. 1 Cpp JU, 71 Cpp VS, 182 al. 2 Cpp BE.

132 Articles 183 Cpp BE, 61 al. 5 Cpp BS, 60 Cpp ZH.

133 Tel est le cas à Bâle-Ville (art. 61 al. 5 Cpp).

134 Articles 184 Cpp BE et 61 Cpp ZH.

135 L'organisation de débats oraux est facultative (cf. art. 184 al. 3 Cpp BE et 61 Cpp ZH).

136 Article 184 al. 2 Cpp BE.

- c) Le juge de la détention décide au vu du dossier des propositions formulées par les personnes intéressées à la procédure (juge d'instruction, prévenu et ministère public)¹³⁷ s'il y a lieu de libérer l'inculpé ou de le placer en détention provisoire. La décision doit être rendue au plus tard dans les 48 heures¹³⁸.
- d) Selon les législations qui connaissent la procédure devant un juge de la détention, la décision de mise en détention préventive n'est pas susceptible de recours¹³⁹.

§ 8 Le régime de la détention préventive

1. Rappel de principes

a) Le but de la détention

La seule justification de la détention provisoire est la nécessité, et son unique finalité consiste à pallier les risques qui ont justifié sa mise en oeuvre. Aussi ne doit-elle pas être utilisée comme moyen de pression à l'égard de l'inculpé, notamment pour obtenir des aveux¹⁴⁰.

b) Le statut et le régime de l'inculpé détenu

N'étant pas condamné, le prévenu bénéficie de la *présomption d'innocence*. De ce fait, la détention provisoire doit être théoriquement subie dans des conditions moins difficiles que l'exécution des peines privatives de liberté et, en tant que détenu, l'inculpé est soumis à un *régime différent* de celui appliqué aux condamnés. Il doit «conserver tous les droits d'un citoyen normal à l'exception évidemment de ceux qu'il perd inexorablement du fait de la

137 La victime n'est pas partie prenante à ce débat (art. 184 al. 2 Cpp BE).

138 Articles 185 al. 2 Cpp BE et 62 al. 2 Cpp ZH. En principe, la décision du juge de la détention interviendra au plus tard 96 heures (4 jours) après «l'arrestation»: 24 heures de garde à vue plus 24 heures pour procéder à l'audition de la personne arrêtée par l'autorité d'instruction et 48 heures pour la décision du juge de la détention.

139 A Berne (art. 191 al. 1 Cpp), la décision du juge de la détention n'est susceptible de recours que si la détention a duré plus de trois mois. A Zurich (art. 62 al. 4 Cpp), la décision est définitive. Cette absence de recours a permis au TF d'émettre des réserves, mais non de condamner le système (cf. DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 40 ad art. 62 et les citations). Rien n'empêche naturellement le prévenu de demander en tout temps sa mise en liberté provisoire.

140 ATF 103 Ia 293 (f), sp. 301.

confiscation de sa liberté»¹⁴¹. C'est pourquoi l'inculpé détenu ne peut être privé de sa liberté que dans la mesure où les besoins de la manifestation de la vérité et l'ordre interne de l'établissement de détention l'exigent. Ce qui implique que les restrictions dont il peut être l'objet doivent respecter le *principe de la proportionnalité*¹⁴². Enfin et d'une manière générale, les personnes détenues peuvent se prévaloir de tous les droits fondamentaux; en particulier, elles peuvent invoquer la garantie de la liberté personnelle¹⁴³, mais elles ne jouissent pas de ce droit constitutionnel dans tous ses aspects¹⁴⁴.

2. Les sources législatives

a) Les normes suisses

Conformément à l'article 64^{bis} Cst., les cantons sont compétents pour légiférer dans le domaine de la procédure pénale et dans celui de l'exécution de la détention préalable. Aussi le régime de la détention provisoire est fixé dans les lois de procédure et dans les règlements de prison cantonaux¹⁴⁵.

b) Les normes internationales et les recommandations

Deux conventions internationales auxquelles la Suisse est partie prenante (la Convention contre la torture¹⁴⁶ et la Convention européenne pour la préven-

141 PRADEL, L'instruction préparatoire, n° 665. Ainsi, contrairement au condamné que le législateur astreint à un travail (art. 37 CP), le détenu est, lui, dispensé de tout travail, ce qui s'expliquerait par le fait que «le travail pénal a non seulement un caractère réadaptateur mais aussi afflictif». Une telle obligation peut être imposée dans le cadre de l'exécution des peines (art. 4 ch. 3 litt. a CEDH et 8 al. 3 litt. c Pacte II), mais non dans celui de la détention préventive, car les buts de celle-ci peuvent être atteints sans une telle obligation (ATF 97 I 45, sp. 53). De ce fait, il ne peut pas être non plus astreint au port d'un costume. En outre, le principe de la liberté individuelle lui garantit de s'occuper comme il l'entend dans la mesure où l'ordre de l'établissement n'est pas menacé (PRADEL, *idem*, n° 666; ATF 97 I 45 = JT 1972 I 4 et ATF 101 Ia 50). Voir aussi article 4 ch. 3 litt. a CEDH et 8 al. 3 litt. c Pacte II. Enfin, l'inculpé détenu doit être séparé des condamnés (cf. art. 48 PPF, 141 al. 1 Cpp JU).

142 ATF 118 Ia 64, sp. 73 et les citations.

143 ATF 118 Ia 64, sp. 73 et 116 Ia 420, cons. 1b et les arrêts cités.

144 ATF 113 Ia 325 (f), sp. 328.

145 Selon le TF (ATF 106 Ia 136 = JT 1981 IV 158), les règlements de prison relatifs à la détention préventive doivent offrir des garanties particulières prévenant toute pratique anticonstitutionnelle et, dans ce but, ils doivent contenir une réglementation suffisamment claire et détaillée.

146 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'ONU le 10 décembre 1984.

tion de la torture¹⁴⁷) contiennent également des dispositions susceptibles de s'appliquer en matière d'exécution de la détention préventive. En outre, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté différentes Résolutions et Recommandations concernant la détention provisoire et les règles minima pour le traitement des détenus¹⁴⁸, mais qui, à l'inverse des conventions précitées, n'ont pas un caractère contraignant pour les Etats membres et il est exclu de se prévaloir de la violation de l'une de ces règles à l'appui d'un recours de droit public¹⁴⁹. Ces textes sont néanmoins largement pris en considération par le Tribunal fédéral lors de l'examen des conditions de détention ou de la conformité des règlements de prison¹⁵⁰.

3. *Les modalités de la détention et les mesures restrictives de liberté en particulier*

a) La règle

D'une façon générale, les contraintes imposées au détenu lors de l'exécution de la détention provisoire, notamment celles qui aggravent le régime de la détention, ne doivent pas restreindre la liberté personnelle au-delà de ce qui est strictement nécessaire au but de l'incarcération et au fonctionnement normal de l'établissement de détention¹⁵¹. En revanche, des restrictions de liberté ayant un caractère pénal sont inadmissibles dans le régime de la détention préventive, à moins qu'il ne s'agisse de mesures disciplinaires; de même, sont contraires à la Constitution les limitations de la liberté d'un inculpé détenu qui auraient pour but de le contraindre à reconnaître les infractions qui lui sont reprochées¹⁵².

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁵³, la compatibilité du régime de la détention avec le droit constitutionnel dépend du nombre et du genre de détenus, ainsi que des conditions locales¹⁵⁴.

147 Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, adoptée par le Conseil de l'Europe le 26 novembre 1987.

148 Notamment les Recommandations n° R (80) 11 concernant la détention provisoire et n° R (87) 3 sur les règles pénitentiaires européennes. Sur cette question, voir BOLLE, De quelques principes constitutionnels et généraux en droit suisse de l'exécution de la privation de liberté.

149 ATF 111 Ia 341.

150 ATF 106 Ia 277 (f), sp. 282.

151 ATF 118 Ia 64, sp. 73 et 113 Ia 325 (f), sp. 328.

152 ATF 103 Ia 293 (f), sp. 301 et ATF 97 I 839, cons. 5 = JT 1973 I 514.

153 ATF 118 Ia 64, sp. 72.

154 ATF 97 I 839 = JT 1973 I 514. Au sujet de la grandeur des cellules et de leur équipement, voir DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 17 ad art 71, ainsi que la Recommandation n° R (87) 3.

b) La liberté de mouvement à l'intérieur de l'établissement

Le détenu a droit à un minimum de liberté de mouvement. En 1973¹⁵⁵, le Tribunal fédéral considérait que trois promenades par semaine suffisaient, mais il soulignait qu'à l'avenir un droit plus étendu pourrait être reconnu. C'est ainsi qu'en 1992¹⁵⁶ il a modifié sa jurisprudence antérieure, en considérant qu'une promenade en plein air d'une demi-heure par jour devait être considérée comme un minimum et que, lorsque les installations le permettent, elle devrait être d'au moins une heure par jour; dans tous les cas, une heure devrait être accordée à chacun après une durée de détention d'un mois, sous réserve des restrictions imposées pour des motifs disciplinaires ou de sécurité. Il appartient aux cantons de s'organiser de manière à faire respecter ce droit, en modifiant l'aménagement de leurs établissements de détention, voire en plaçant les prévenus dans des établissements où l'exercice de la promenade est possible¹⁵⁷.

c) Les contacts avec l'extérieur

1° *Le principe.* Le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 ch. 1 CEDH vaut également pour le prévenu détenu¹⁵⁸. Toutefois, depuis l'arrêt Golder du 21 février 1975¹⁵⁹, il est acquis que «les exigences normales et raisonnables de la détention (...) peuvent justifier des ingérences plus grandes à l'égard d'un tel détenu que d'une personne en liberté». Le détenu n'est donc pas privé de la jouissance des droits de l'article 8, mais des restrictions peuvent être apportées à leur exercice, notamment pour des motifs de «sûreté publique», de «défense de l'ordre», «prévention des infractions pénales», de «protection de la morale» ou de «protection des droits et libertés d'autrui»¹⁶⁰.

2° *Le droit de recevoir des visites.* Le droit de principe du détenu de recevoir des visites de ses proches découle de la garantie constitutionnelle de la liberté individuelle¹⁶¹. Autrefois¹⁶², le Tribunal fédéral considérait qu'une

155 ATF 99 Ia 262.

156 ATF 118 Ia 64, sp. 81.

157 TF du 7 juin 1995 Stürm c/Président de la Cour criminelle du canton du Jura, RJJ 1995, p. 101.

158 OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 339. Ce droit découle également de la garantie de la liberté individuelle (ATF 106 Ia 136 = JT 1981 IV 158).

159 Arrêt de la Cour eur. D. H., série A, n° 18, § 45.

160 PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire p. 349.

161 ATF 106 Ia 136, cons. 7a = JT 1981 IV 160. Le droit de recevoir des visites des membres de sa proche famille peut être l'objet de restrictions (cf. RJJ 1996, p. 299).

162 ATF 99 Ia 262.

visite d'un quart d'heure par semaine dès la deuxième semaine de détention était conforme à la Constitution, même si elle était à la limite de l'admissible. Par la suite, la jurisprudence a évolué dans un sens plus favorable au prévenu détenu, tout particulièrement en cas de détention de longue durée, de telle sorte qu'en règle générale, après un mois de détention, un inculpé devrait pouvoir recevoir, au minimum pendant une heure par semaine, la visite de sa proche famille, à savoir de sa femme et de ses enfants. Au début de l'incarcération, la durée minimum de chaque visite peut être d'un quart d'heure par semaine; mais, au bout d'un mois de détention, la durée des visites doit être d'au moins une heure par semaine¹⁶³.

3° *La surveillance des visites*. Les motifs qui ont présidé à la mise en détention provisoire (risque de fuite ou danger de collusion) justifient à eux seuls le droit de limiter les visites – même celles du conjoint – et d'en fixer les modalités, notamment de les soumettre à surveillance¹⁶⁴.

Toutefois, selon la Cour européenne¹⁶⁵, le *droit inconditionnel pour l'accusé de communiquer avec son avocat* hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique et découle de l'article 6 ch. 3 litt. c. Ainsi, la surveillance directe des contacts entre l'avocat et son client en détention préventive est inadmissible, en raison de son caractère fondamentalement contraire aux *droits de la défense*¹⁶⁶. Le droit de communiquer librement avec son avocat n'est cependant pas illimité et il peut être *restreint* ou *retardé* par la *mise au secret*, institution très critiquée¹⁶⁷, qui a pour but non avoué d'exercer une pression sur l'inculpé pour l'amener aux aveux¹⁶⁸.

163 ATF 106 Ia 277, cons. 9 et ATF 106 Ia 136 = JT 1981 IV 158. S'agissant des visites de tiers, il n'est en soi pas contraire au droit constitutionnel de refuser au détenu l'autorisation de recevoir d'autres visites que celles de ses proches, dans la mesure où les relations du prévenu avec sa famille ne sont pas troublées (ATF 102 Ia 299 = JT 1978 IV 28).

164 ATF 102 Ia 299, cons. 3; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 39 ad art. 71; PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 350.

165 Arrêt S. c/Suisse du 28.11.1991, série A, n° 220.

166 Cf. HOTTELIER, Vers une procédure pénale «euro-compatible», p. 368 et PONCET, Les garanties de libre communication avec un conseil, p. 28 ss.

167 Notamment par CLERC, SCHULTZ, WAIBLINGER, PFENNINGER, SCHUBARTH, PONCET, TRECHSEL (cf. PIQUEREZ, Traité, t. I, n° 659 et les citations et ATF 101 Ia 46 [f], sp. 51 et les références).

168 Cf. ATF 101 Ia 46 (f) et la doctrine citée p. 51.

Cette pratique – qui semble être une spécialité romande¹⁶⁹ – devrait carrément disparaître, car obsolète.

4° *Le droit de correspondre par écrit.* En principe, la correspondance écrite du détenu n'est pas limitée, mais elle est soumise à la *censure* de l'*autorité*¹⁷⁰ d'instruction et de jugement, à l'exclusion de la correspondance échangée avec le défenseur, qui est, elle, soumise au *secret absolu*, sauf s'il existe un risque d'abus¹⁷¹.

d) L'interdiction des traitements chicaniers

Le détenu ne doit pas être entravé dans sa liberté dans une mesure qui viole le principe de proportionnalité. En particulier, il ne doit pas être l'objet de traitements chicaniers¹⁷².

e) Les autres droits ou garanties

La liberté personnelle confère aux détenus d'autres droits. Ainsi peuvent-ils prétendre recevoir l'*assistance médicale* qui leur convient, ce qui ne leur

169 Elle était en vigueur dans tous les cantons romands, mais elle a été supprimée lors de révisions législatives à Genève, dans le Jura et à Berne. Elle est encore pratiquée à Fribourg (art. 22 ch. 2 Cpp), dans le Valais (art. 55 ch. 2 Cpp) et dans le canton de Vaud (art. 79, 80 Cpp), alors qu'à Neuchâtel (art. 130 al. 2 Cpp) le juge peut ordonner, à titre exceptionnel et si les besoins de l'enquête l'exigent, que l'entretien du prévenu détenu avec son défenseur ait lieu en présence d'un tiers qu'il désigne, ce qui est contraire à la CEDH (cf. PIQUEREZ, Précis, n° 1938 et les citations).

170 ATF 118 Ia 64, sp. 87. Seul le juge a compétence pour prendre connaissance de la correspondance et pour exercer le contrôle de celle-ci, non le personnel de l'établissement de détention (ATF 107 Ia 148 = JT 1982 IV 86). La transmission de lettres ne doit être refusée que si celles-ci renferment des communications pouvant servir à préparer des plans de fuite, à commettre de nouveaux actes punissables, à influencer la manifestation de la vérité, ou à mettre en danger l'ordre de la prison (ATF 99 Ia 262, sp. 288; RJB 1985, p. 527). Une censure de la correspondance injurieuse est également possible, mais le principe de la proportionnalité doit être respecté (ATF 101 Ia 148 = JT 1977 I 377; RJB 1985, p. 528). Une restriction à deux lettres par semaine est admissible dans le cadre de l'exécution de la peine, mais pas pendant la détention préventive (ATF 102 Ia 279). La liberté personnelle confère aux détenus en détention préventive le droit de recevoir au moins six envois de denrées alimentaires répartis dans l'année (ATF 113 Ia 325, sp. 331).

171 Cf. BJM 1988, p. 49 et art. 18 al. 2 Cpp ZH, ainsi que MALINVERNI, Le droit des personnes privées de liberté au respect de leur correspondance.

172 Ont notamment été considérés comme tels: l'obligation de rabattre dans les cellules les lits pendant la journée (ATF 102 Ia 279, cons. 4); l'interdiction faite à un détenu de garder avec lui ses objets personnels et notamment sa montre et des objets ayant une grande valeur affective (ATF 106 Ia 277 [f], sp. 287). En revanche, il est en principe admissible d'obliger les détenus à éteindre les lumières à une heure déterminée (ATF 99 Ia 262, sp. 274).

confère toutefois pas le droit de choisir librement leur médecin¹⁷³; bénéficier d'une *assistance spirituelle* les autorisant à consulter un aumônier qui jouit de leur confiance¹⁷⁴; avoir une *activité privée* en s'occupant librement¹⁷⁵; faire usage du *droit de pétition*¹⁷⁶; recevoir des journaux, des cadeaux et utiliser la radio et la télévision¹⁷⁷.

En revanche, le détenu ne peut prétendre avoir des relations conjugales en prison¹⁷⁸; ni faire usage du téléphone¹⁷⁹; ni contracter mariage sans conditions¹⁸⁰; ni entretenir des contacts journaliers avec d'autres détenus¹⁸¹, ou prendre dans sa cellule des animaux, notamment des chiens ou des chats¹⁸².

§ 9 La durée de la détention préventive

1. Principe

L'article 5 ch. 3 CEDH garantit à toute personne arrêtée d'être jugée dans un délai raisonnable ou d'être libérée pendant la procédure. Le but de cette disposition est d'interdire les détentions préventives qui se prolongent indûment.

173 ATF 106 Ia 277, sp. 292. Jugé le fait qu'un détenu soit suicidaire et malade du SIDA ne signifie pas que sa mise en détention préventive viole d'emblée la liberté personnelle, car il peut être mieux soigné en prison qu'à l'extérieur (ATF 116 Ia 420).

174 Les membres des communautés religieuses non chrétiennes ont, en principe, le droit d'exercer aussi leurs cultes. Ainsi, le TF a condamné l'interdiction faite aux détenus musulmans du pénitencier de Regensdorf de faire la prière du vendredi (ATF 113 Ia 304 = JT 1989 I 268).

175 Par exemple en s'adonnant à la peinture dans la cellule (ATF 97 I 45 = JT 1972 I 4).

176 ATF 98 Ia 488 = JT 1973 I 604. Etant précisé que l'exercice du droit de pétition des détenus ne peut se faire que dans le cadre du règlement de l'établissement. Etant donné la nature particulière du lieu où elle s'exerce, la collecte de signatures nécessite une autorisation de la direction de l'établissement (ATF 100 Ia 77 = JT 1977 I 95).

177 ATF 102 Ia 279, cons. 9. Mais une restriction est néanmoins possible (cf. ATF 103 Ia 165 = JT 1978 IV 124 et ATF 106 Ia 277 [f], cons. 5).

178 PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 350 et les citations; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 39 ad art. 71 et les citations sous note 132.

179 TF du 7 juin 1995 Stürm c/Président de la Cour criminelle du Canton du Jura, RJJ 1995, p. 105. Cette limitation se conçoit aisément dans le cadre de la détention préventive, notamment en égard au risque de fuite ou de collusion, car un contrôle efficace des conversations téléphoniques est difficile, voire impossible, en raison des possibilités d'utilisation des langues étrangères, des dialectes ou de messages codés.

180 ATF 117 Ia 465.

181 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 43 ad art. 71 et les citations.

182 ATF 118 Ia 64, sp. 76.

Cela signifie qu'un inculpé ne peut être maintenu en détention provisoire au-delà des «*limites raisonnables*»¹⁸³. Comme l'a précisé la Cour européenne¹⁸⁴, l'objet de l'article 5 ch. 3 CEDH est principalement d'imposer la liberté (au besoin en la subordonnant à des garanties), du moment où le maintien de la détention cesse d'être nécessaire. Il tend également à éviter qu'une personne accusée, qu'elle soit détenue ou non, ne soit laissée trop longtemps dans l'incertitude quant à l'issue de l'action publique¹⁸⁵.

2. *La période de détention visée et le calcul du délai*

La période de détention visée commence le jour de l'arrestation et s'étend jusqu'au jour où le jugement de première instance est rendu¹⁸⁶. En matière d'extradition, ou lorsque l'inculpé est en détention dans une autre affaire ou purge une peine, la computation du délai s'effectue à partir de la mise à exécution de la détention préventive¹⁸⁷. Il convient de prendre la durée totale de la privation de liberté en considération; peu importe qu'il y ait eu ou non interruption de la détention¹⁸⁸.

183 VELU/ERGEC, La Convention européenne, n° 343; PIQUEREZ, Précis, n° 1396. La disposition de l'article 5 ch. 3 ne signifie pas que la procédure jusqu'au jugement doit être conduite dans un délai raisonnable (MALINVERNI, FJS n° 1373, p. 14 et Cour eur. D.H., arrêt Wemhoff du 27 juin 1968, série A, n° 6, p. 21, 22).

184 Arrêts du 27 juin 1968 Wemhoff, série A, n° 6 et Neumeister, série A, n° 8.

185 VELU/ERGEC, La Convention européenne, n° 343.

186 Cour eur. D.H., arrêts Wemhoff du 27 juin 1968, série A, n° 6, par. 6 ss et W. c/Suisse du 21 janvier 1993, série A, n° 7; ATF 104 Ia 305 (f), cons. 5 et 120 IV 342, sp. 346. Dès lors, le prévenu qui souhaiterait se plaindre de la prolongation de sa détention pendant l'instance d'appel ou de cassation ne pourrait se prévaloir de l'article 5 ch. 3, mais pourrait éventuellement alléguer une méconnaissance du délai raisonnable du jugement prévu à l'article 6 ch. 1 (PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 219).

187 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 78 ad art. 58.

188 ATF 105 Ia 26, cons. 4b = JT 1980 IV 85 et TRECHSEL, Die Europäische Menschenrechtskonvention, p. 257. On ne prendra toutefois en considération que les périodes de détention au sens de l'article 5 ch. 1 litt. c CEDH. Ainsi, la détention extraditionnelle sera déduite de la période de détention visée par l'exigence du délai raisonnable (Cour eur. D.H., arrêt Quinn du 23 mars 1995, série A, n° 311, ch. 51 ss). En revanche, on tiendra compte du temps passé en clinique psychiatrique pour les besoins de l'instruction (DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 81 ad art. 58).

3. *L'appréciation du caractère raisonnable de la durée de la détention*

- a) Selon la Cour européenne¹⁸⁹, le caractère raisonnable du temps passé en détention préventive doit s'apprécier *in concreto*, en tenant compte de tous les éléments de l'affaire, et non *in abstracto*. Pour le Tribunal fédéral¹⁹⁰, il convient d'appliquer le *principe de la proportionnalité en comparant les intérêts en présence*, ceux de l'inculpé à recouvrer au plus tôt sa liberté et ceux (opposés) de l'Etat à assurer la bonne marche du procès en cours.
- b) En principe, la durée de la détention avant jugement ne doit pas dépasser celle de la *peine raisonnablement prévisible*¹⁹¹, le maximum théorique de

189 Arrêt Neumeister du 27 juin 1968, série A, n° 8, p. 37. La Commission européenne avait dégagé une série de sept critères devant nécessairement être pris en considération pour apprécier le caractère raisonnable de la détention préventive, à savoir:

- 1) La durée de la détention préventive en elle-même;
- 2) La durée de la détention préventive par rapport à la nature de l'infraction et au taux de la peine;
- 3) Les caractéristiques personnelles du prévenu au point de vue moral, matériel et autres, ainsi que les répercussions de la détention sur sa situation matérielle et morale;
 - a-t-il contribué à retarder ou à accélérer l'instruction ou les débats?
 - la procédure a-t-elle été retardée par l'introduction de requêtes en libération provisoire, appels ou autres recours?
- 4) A-t-il demandé sa mise en liberté sous caution ou a-t-il offert d'autres garanties assurant sa comparution à l'audience?
- 5) Les difficultés de l'instruction de l'affaire, la complexité des faits, le nombre et la dispersion géographique des infractions, le nombre des inculpés et des témoins, la nécessité de recueillir des preuves à l'étranger, etc.;
- 6) La manière dont l'instruction a été conduite, tant au point de vue des règles la régissant que du point de vue de la diligence dont les autorités ont fait preuve;
- 7) L'attitude des instances judiciaires vis-à-vis des demandes de libération pendant l'instruction et dans le jugement de l'affaire.

La Cour européenne n'a pas retenu cette méthode, car c'est à la lumière des motifs indiqués dans les décisions relatives aux demandes de mise en liberté provisoire, ainsi que des faits non controversés indiqués par le requérant dans son recours que doit être apprécié le caractère raisonnable de la durée (COHEN-JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, p. 337 et FRANCHIMONT/JACOBS/MASSET, Manuel de procédure pénale, p. 462 et les citations).

190 ATF 105 Ia 26, cons. 4b = JT 1980 IV 90 et ATF 107 Ia 256 = JT 1982 IV 153.

191 Ce qui ne signifie pas cependant que la détention préventive puisse toujours durer aussi longtemps que la peine à laquelle il faut s'attendre (TF du 26 mars 1991 O.V.R. – c/MP ZH, ASDI 1992, p. 489). En tous les cas, la durée de la détention provisoire est excessive lorsqu'elle dépasse celle de la peine privative de liberté prévisible (ATF 107 Ia 256 = JT 1982 IV 153). Le temps passé en détention préventive ne devrait en effet pas exercer d'influence sur le juge pénal, au moment où il fixe la peine (ATF 105 Ia 26 = JT 1980 IV 85).

la peine n'étant pas pris en considération¹⁹², ni une éventuelle libération conditionnelle aux deux tiers¹⁹³.

4. *La mise en liberté*

- a) Il résulte de l'article 5 ch. 3 CEDH que dès le moment où la détention préventive cesse d'être raisonnable, le prévenu doit être mis en liberté provisoire, quelle que soit la gravité des actes qui sont reprochés¹⁹⁴. Plus précisément les derniers mots de l'article 5 ch. 3 imposent la mise en liberté provisoire, moyennant garanties lorsque le maintien en détention n'est plus motivé que par le risque de fuite¹⁹⁵.
- b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁹⁶, le respect de la liberté personnelle impose également que la détention avant jugement ne dépasse pas une certaine durée. Aussi, lorsque celle-ci excède la limite du tolérable, le prévenu doit être libéré, même si les actes qui lui sont reprochés sont graves et que l'on puisse sérieusement craindre qu'il s'enfuit ou profite de sa liberté pour compromettre l'issue de la procédure¹⁹⁷. Et lorsque la détention est considérée comme excessive dans sa durée, elle ne peut plus faire l'objet d'une prolongation¹⁹⁸.

192 ATF 107 Ia 256 = JT 1982 IV 153 et ATF 116 Ia 143 = JT 1992 IV 120. Selon la Recommandation n° R (80) 11 du Comité des ministres (ch. II. 13), la durée de la détention provisoire ne doit pas dépasser les limites qui résultent des objectifs fixés par le principe 3 (existence d'un risque de fuite, de collusion ou de commission d'une infraction grave). Il doit être mis fin à cette détention lorsque sa durée devient disproportionnée par rapport à la peine susceptible d'être purgée en cas de condamnation.

193 TF du 17 juin 1987 M.L. c/MP ZH, ASDI 1988, p. 285.

194 VELU/ERGE, La Convention européenne des droits de l'homme, n° 343. Le maintien en détention cesse d'être raisonnable «à partir du moment où la privation de liberté dépasse les limites du sacrifice qui pouvait raisonnablement être infligé à une personne présumée innocente» (Cour eur. D.H., arrêt Wemhoff du 27 juin 1968, série A, n° 7, p. 22).

195 MALINVERNI, FJS n° 1373, p. 16 et arrêt Wemhoff du 27 juin 1968, série A, n° 6, p. 25.

196 ATF 105 Ia 26 = JT 1980 IV 90.

197 ATF 107 Ia 256 = JT 1982 IV 153. Lorsque, saisi par la voie du recours de droit public, le Tribunal fédéral constate que la durée de la détention est excessive, il ordonne la libération immédiate du prévenu. C'est là une exception au caractère purement cassatoire du recours de droit public (STRÄULI, Pourvoi en nullité et recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 914 et les arrêts cités).

198 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 93 ad art. 58.

§ 10 Le droit de recourir devant un tribunal

1. *Le principe*

L'article 5 ch. 4 CEDH accorde à toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention le droit d'introduire un *recours* devant un *tribunal* qui est tenu de statuer à bref délai sur la légalité de la détention.

2. *Le domaine et l'objet du contrôle*

a) Le domaine du contrôle

L'article 5 ch. 4 CEDH a pour but d'assurer aux personnes arrêtées ou détenues de faire contrôler par un tribunal la légalité de la mesure privative de liberté¹⁹⁹. L'examen du droit garanti appelle quelques précisions concernant l'existence même du «recours». Se pose en effet la question de savoir si la disposition garantit de manière absolue à toute personne privée de sa liberté un recours contre la décision qui ordonne la privation de liberté. En d'autres termes, l'article 5 ch. 4 exige-t-il l'intervention de deux autorités, à savoir celle qui prononce la mesure litigieuse et une autre (un tribunal) qui examine la légalité de la détention? La réponse à cette question dépend de l'origine des mesures privatives de liberté. Dans l'affaire *De Wilde*²⁰⁰, la Cour européenne a opéré une distinction entre les mesures d'origine administrative et celles d'origine judiciaire. Ainsi, si la décision émane d'un organe administratif, l'article 5 ch. 4 oblige les Etats à ouvrir aux détenus un recours auprès d'un tribunal. A l'inverse, lorsqu'elle est rendue par un tribunal statuant à l'issue d'une procédure judiciaire, «le contrôle voulu par l'article 5 ch. 4 se trouve incorporé à la décision privative de liberté»²⁰¹. En définitive, l'article 5 ch. 4 se contente de l'intervention d'un organe unique, dans la mesure où il offre des garanties d'indépendance suffisantes par rapport à l'exécutif et aux parties²⁰².

b) L'objet du contrôle

S'agissant de la portée du contrôle, la Cour européenne a précisé qu'il ne portait que sur la légalité de la privation de liberté, mais qu'il recouvre tous les aspects de cette légalité²⁰³.

199 MALINVERNI, FJS n° 1373, p. 20.

200 Arrêt *De Wilde*, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A, n° 12.

201 Arrêt *De Wilde*, cité ci-dessus, par. 76.

202 Sur l'indépendance exigée du tribunal selon l'art. 5 CEDH, voir *supra*, § 2, ch. 2.

203 PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 232 et les citations; VELU/ERGEC, La Convention européenne, p. 306.

3. *Le cercle des intéressés*

Contrairement au chiffre 3 de l'article 5 qui vise la personne arrêtée et détenue avant le jugement, parce que suspectée d'avoir commis une «infraction», le chiffre 4 vise toute personne privée de liberté, quel qu'en soit le motif et quel que soit l'organe à l'origine de la décision²⁰⁴. Ainsi, pour le domaine de la procédure pénale, cela peut s'appliquer au suspect gardé à vue par la police, au détenu provisoire de droit commun ou au militaire détenu préventivement pour des infractions pénales militaires, au détenu avant expulsion et à celui sous écrou extraditionnel²⁰⁵.

§ 11 La fin de la détention préventive

1. *La règle*

La détention préventive *doit prendre fin*, dès que les causes qui l'ont justifiée ont disparu²⁰⁶, par exemple si la présomption grave de culpabilité vient à cesser²⁰⁷, ou dès que la durée raisonnable de la détention est dépassée²⁰⁸, ou encore lorsque la détention peut être remplacée par une autre mesure²⁰⁹. Si, bien qu'il n'existe plus aucun motif d'arrestation, la détention provisoire se poursuit, elle devient *illégale* et elle viole la liberté personnelle et les articles 5 ch. 1 et 3 CEDH et 9 ch. 1 et 2 Pacte II²¹⁰.

2. *La mise en oeuvre de la règle*

La mise en liberté provisoire intervient *d'office* ou *sur requête*. L'inculpé peut demander *en tout temps* sa mise en liberté²¹¹ et, selon la plupart des législa-

204 PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 229.

205 PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 229, 230 et les arrêts cités.

206 PIQUEREZ, Précis, n° 1399; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 713a; articles 188 al. 1 Cpp BE, 146 al. 1 Cpp JU, 50 PPF, 59 al. 2 Cpp VD, 58 al. 3 Cpp ZH; ATF 105 Ia 26, cons. 3a = JT 1980 IV 85.

207 GVP 1986, n° 60, p. 112.

208 *Supra*, § 9.

209 GVP 1986, n° 61, p. 113.

210 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 70 ad art. 58.

211 Articles 189 al. 1 Cpp BE, 147 al. 1 Cpp JU, 121 Cpp NE, 59 al. 3 Cpp VD, 76 ch. 1 Cpp VS, 64 al. 1 Cpp ZH. Dans ce dernier canton toutefois, l'article 66 Cpp autorise le juge de la détention à décider que l'inculpé ne pourra former une nouvelle demande de mise en liberté pendant une certaine période, ceci afin d'éviter les requêtes successives et abusives. Sur cette question, voir DONATSCH/SCHMID, Kommentar, ad art. 66.

tions, il est habilité à *recourir* contre toute décision de refus²¹². La décision cantonale est susceptible d'être attaquée par la voie du recours de droit public²¹³, dans la mesure où le recourant peut encore se prévaloir d'un intérêt actuel et pratique à l'admission de son recours²¹⁴.

C. Le remplacement de la détention préventive par une autre mesure

§ 1 Généralités

1. Le principe

- a) La liberté étant l'état normal de l'inculpé, le législateur impose à l'autorité judiciaire de faire usage de mesures moins graves susceptibles d'éviter l'incarcération ou d'abréger sa durée. L'article 5 ch. 3 i.f. CEDH prévoit, quant à lui, que «la mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience»²¹⁵.
- b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral²¹⁶, la mise en liberté sous caution est un succédané de la détention préventive et elle constitue un cas d'application du *principe de la proportionnalité*, en vertu duquel le maintien en détention pour les besoins de l'instruction représente l'*ultima ratio*.

212 Dans le Jura, le refus de mise en liberté est soumis automatiquement pour décision à la Chambre d'accusation (art. 147 al. 2 Cpp). A Berne, du fait que la décision relève du juge de la détention, elle n'est susceptible d'un recours que si la détention dure depuis plus de trois mois (art. 191 al. 1 Cpp), alors qu'à Zurich, elle n'est susceptible d'aucun recours (DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 31 i.f. ad art. 64).

213 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 41 ad art. 62 et les citations; PIQUEREZ, Précis, n° 1400; STRÄULI, Pourvoi en nullité et recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 866.

214 ATF 118 Ia 488 = JT 1994 I 590; TF du 7 juin 1995 Stürm c/Président de la Cour criminelle du canton du Jura, RJJ 1995, p. 95, 101 et 105. Voir aussi ATF 110 Ia 140 = JT 1986 I 60, concernant les circonstances permettant de renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel et pratique, notamment dans l'hypothèse où l'inculpé a été libéré pendant la procédure devant le Tribunal fédéral.

215 Cette disposition ne paraît pas reconnaître un droit absolu à une libération sous caution, mais elle oblige toutefois les autorités judiciaires nationales à rechercher si le but de la détention préventive ne peut pas être atteint par le versement d'une garantie (VELU/ERGEZ, La Convention européenne, n° 345). En tous les cas, l'article 5 ch. 3 ne donne pas automatiquement, à quiconque est détenu pour risque de fuite, le droit d'être libéré contre le dépôt d'une caution (MALINVERNI, FJS n° 1373, p. 17).

216 ATF 107 Ia 206, cons. 2a.

Aussi, lorsque le maintien en détention préventive n'est plus motivé que par la crainte de voir l'accusé se soustraire par la fuite à sa comparution ultérieure devant la juridiction de jugement, la libération provisoire *doit* être ordonnée s'il est possible d'obtenir des garanties assurant cette comparution²¹⁷. La Commission européenne²¹⁸ et la Cour européenne²¹⁹ appliquent une jurisprudence fondée sur des critères identiques.

- c) Quant au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, dans sa recommandation n° R (80) 11 ch. III 15, il préconise le recours systématique à des mesures alternatives²²⁰.

2. *Les substituts de la détention préventive*

a) Les différentes mesures

Les mesures non carcérales susceptibles de remplacer la détention préventive sont de deux sortes: les *sûretés* ou *cautionnement* au sens large, qui consistent en la remise d'une garantie par le prévenu ou un tiers, et le *contrôle judiciaire*, qui soumet le prévenu à des mesures de surveillance sans le priver de sa liberté. Ces deux institutions ont été créées dans un esprit libéral pour remplacer la détention préventive toutes les fois que leur mise en oeuvre

217 TF du 19 décembre 1979, Schertenleib c/MP GE, SJ 1981, p. 129.

218 Affaire Bonnechaux c/Suisse du 5 décembre 1979, DR 18, p. 100 = SJ 1980, p. 583.

219 Arrêt Wemhoff du 27 juin 1968, série A, n° 7, p. 25.

220 «III. *Principes applicables aux mesures alternatives*

15. Lorsque l'autorité judiciaire examine si la détention provisoire peut être évitée, elle tiendra compte de la possibilité de recourir à des mesures alternatives, telles que les suivantes:

- promesse faite par la personne de répondre aux convocations de l'autorité judiciaire et de ne pas gêner le cours de la justice,
- obligation de résidence à une adresse donnée (par exemple au domicile, dans un centre d'hébergement, dans une institution spécialisée pour des jeunes délinquants, etc.) dans des conditions fixées par l'autorité judiciaire,
- interdiction de quitter ou de gagner sans autorisation un lieu ou une zone déterminée,
- obligation de se présenter régulièrement à certaines autorités (par exemple au tribunal, à la police, etc.),
- remise du passeport ou d'autres papiers d'identité,
- remise d'un cautionnement ou d'autres garanties par la personne, en prenant en considération ses ressources,
- contrôle et assistance par un organe désigné par l'autorité judiciaire.

Ces mesures doivent être notifiées par écrit et clairement expliquées à l'intéressé qui est averti qu'il pourra être placé en détention s'il ne les respecte pas.

Toute personne qui a fait l'objet d'une mesure alternative bénéficiera, pour autant que cette mesure l'exige, des garanties qui sont accordées par la présente recommandation aux personnes placées en détention provisoire.»

permettra d'atteindre la même résultat que celui qu'aurait donné l'incarcération. Leur fonction consiste essentiellement à assurer la représentation de la personne poursuivie, soit à pallier le risque de fuite.

b) Le mécanisme des mesures de substitution

La mise sous contrôle judiciaire et le cautionnement sont soumis aux mêmes conditions de fond et de forme que la détention préventive et ils doivent cesser dès que le risque qui les a provoqués a disparu²²¹. Dans tous les cas où l'une de ces mesures est susceptible d'atteindre le *même but que l'arrestation*, elle doit être utilisée, soit pour éviter la détention avant jugement, soit pour permettre la mise en liberté de l'inculpé détenu. Le prévenu a donc le droit d'être mis en liberté s'il lui est possible de fournir des garanties propres à assurer sa présence aux débats et, s'il y a lieu, sa soumission au jugement, quand l'incarcération n'a pas ou n'a plus d'autres objectifs²²². L'autorité judiciaire est tenue d'examiner *d'office* si la mise en liberté provisoire peut intervenir moyennant des mesures de substitution²²³.

§ 2 Les sûretés

1. Notion et but de l'institution

a) Notion

L'institution des sûretés est une mesure très ancienne qui était pratiquée en droit romain et médiéval et réglementée dans le CIC de 1808, sous l'appellation de *caution*, qui consistait soit dans le dépôt d'une somme d'argent (caution réelle), soit dans l'engagement personnel d'un tiers (caution personnelle), dans le but de garantir la représentation du prévenu, le paiement des frais, de l'amende et des dommages-intérêts²²⁴. Les sûretés sont également prévues à l'article 5 ch. 3 CEDH, qui utilise le vocable de «garanties».

b) Le but du système des sûretés

En principe, les sûretés doivent garantir la *représentation* et prévenir toute *velléité de fuite*; elles ne doivent pas tendre à assurer la *réparation du*

221 PIQUEREZ, Précis, n° 1420 et ATF 95 I 202 ss et 107 Ia 206 (f).

222 TF du 19 décembre 1979, SJ 1981, p. 137, cons. b.

223 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 10 ad art. 72.

224 Art. 121 CIC; PRADEL, L'instruction préparatoire, n° 608.

préjudice causé par l'infraction²²⁵. Mais, les sûretés peuvent également être destinées à prévenir un risque de réitération.

2. *La nature et l'objet des sûretés*

Les sûretés peuvent revêtir différentes formes. Tout d'abord le versement en espèces, mais aussi le dépôt de titres, de valeurs, de gages, la constitution d'une cédula hypothécaire, la cession de salaire ou de créances, le cautionnement d'un tiers, etc.

3. *Le montant des sûretés*

L'importance des sûretés doit «s'apprécier principalement par rapport à l'intéressé, à ses ressources, à ses liens avec les personnes appelées à servir de cautions...»²²⁶. Elles doivent donc être *proportionnées* aux circonstances du cas et aux ressources de l'inculpé²²⁷.

L'inculpé est tenu de fournir des données suffisantes et vérifiables sur l'ampleur de ses moyens, de manière à permettre à la juridiction d'instruction de fixer des sûretés appropriées²²⁸. Il convient en effet d'éviter qu'à égalité de risques, les ressources d'un prévenu lui permettent de recouvrer la liberté, alors qu'un coïnculpé devrait rester détenu²²⁹.

4. *La modification des sûretés*

En cas de survenance de circonstances nouvelles dans la personne de l'inculpé ou dans l'état de la procédure, le montant des sûretés pourra être réduit ou son objet modifié²³⁰.

225 Cour eur. D. H., arrêt Neumeister du 27 juin 1968, série A, n° 18, par. 12-14 et ATF 105 Ia 186.

226 Arrêt Neumeister cité sous note précédente, p. 40.

227 ATF 105 Ia 186.

228 SJ 1980, p. 586.

229 PONCET, Le nouveau Code de procédure pénale genevois annoté, p. 232.

230 SJ 1990, p. 441 et les citations.

5. La mise à exécution des sûretés

Les sûretés sont acquises à l'Etat dès que le prévenu ne se soumet pas aux actes de la procédure²³¹ ou à l'exécution du jugement²³².

L'exécution des sûretés intervient *ipso jure*, l'autorité se bornant à constater que l'inculpé n'a pas respecté les règles qui lui étaient imposées. La décision n'est donc aucunement liée au sort du jugement sur le fond. Ainsi, les sûretés doivent être exécutées, même en cas de non-lieu ou d'acquittement de l'inculpé, dès le moment où il s'est soustrait de manière fautive aux actes de procédure. La décision qui constate la non-représentation fautive suffit donc à transférer définitivement à l'Etat la propriété des sûretés qui garantissaient cette représentation. Pour les espèces, la dévolution à l'Etat ne pose pas de problèmes; s'agissant des gages, une poursuite en réalisation n'est pas nécessaire, car le transfert de propriété intervient de plein droit; enfin, la caution est tenue de payer le montant pour lequel elle s'est engagée, dès qu'elle est invitée à s'exécuter²³³.

Avec la mise à exécution des sûretés, l'inculpé perd définitivement son droit de restitution de la garantie²³⁴.

Si l'inculpé défère aux convocations du juge ou du service de l'exécution des peines, les sûretés doivent être dégagées et la caution libérée. Si les sûretés ont été fournies par l'inculpé, elles lui sont restituées, à moins qu'il ne soit condamné à des frais de procédure²³⁵. Les garanties doivent également être restituées lorsque les causes de l'arrestation ont disparu, car la caution ne peut être exigée que si et aussi longtemps qu'il existe un motif de détention préventive. Par conséquent, elle doit être libérée lorsque les actes de procédure dont elle devait assurer le déroulement ont été exécutés et que le risque qu'elle avait pour but de prévenir a disparu²³⁶.

231 Par exemple, il prend la fuite; il ne défère pas à une convocation du juge; il fait défaut aux débats.

232 Par exemple, il ne se présente pas au pénitencier pour y purger sa peine. En revanche, le non-paiement d'une amende ne constitue pas un motif de mise à exécution des sûretés (DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 35 ad art. 73). L'exécution des sûretés est illégale lorsqu'elle intervient après le début de l'exécution de la peine (ATF 107 Ia 206 [f]).

233 PIQUEREZ, Traité, t. I, n° 667, p. 449 et les citations.

234 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 28 ad art. 73.

235 SCHMID, Strafprozessrecht, n° 719a.

236 ATF 107 Ia 206 (f), cons. 2b.

§ 3 Le contrôle judiciaire

1. Notion et but du contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire est une institution entre la liberté pure et simple et la détention: une «sorte de liberté surveillée»²³⁷. Il consiste en un ensemble d'obligations imposées à l'inculpé qui ont pour but d'assurer sa mise en liberté provisoire tout en le soumettant à des contraintes susceptibles d'éviter la fuite ou de prévenir la commission de nouvelles infractions.

Ces mesures de surveillance et de contrôle de l'autorité judiciaire sont de nature à éliminer les risques d'une liberté inconditionnelle et à éviter les conséquences néfastes d'une incarcération ou à en diminuer la durée.

L'institution du contrôle judiciaire a donc deux finalités. D'une part, elle tend à exercer une surveillance de l'inculpé pour des *motifs de sécurité*: pour éviter sa fuite ou pour prévenir sa rechute. Il s'agit, dans ce cas, d'un «contrôle judiciaire policier», qui vise à éliminer les risques d'une liberté inconditionnelle en diminuant les velléités de fuite ou le danger de réitération. Mais le contrôle judiciaire peut aussi avoir pour objet l'*assistance* de l'inculpé. Dans cette hypothèse, il s'agit d'un contrôle judiciaire «socio-éducatif», car on impose au prévenu des mesures de traitement social ou médical en vue de provoquer sa réinsertion sociale.

2. Les modalités du contrôle judiciaire

Les différentes mesures que l'on peut imposer à l'inculpé sont très nombreuses et de nature variée. On peut citer, parmi les plus fréquentes:

- a) *Le blocage ou la remise des papiers d'identité*: cette obligation consiste à subordonner la liberté au dépôt des papiers d'identité (passeport, carte d'identité, permis de conduire) au greffe et à l'interdiction de demander à l'autorité administrative la délivrance de pièces d'identité afin d'éviter la fuite à l'étranger²³⁸.
- b) *L'interdiction de s'éloigner d'un endroit fixé*: cette mesure – qui nécessite un contrôle de la police pour être efficace – tend à réduire le *risque de fuite*, en faisant interdiction à l'inculpé de sortir des limites territoriales fixées par le juge. Les modalités de l'interdiction peuvent aller jusqu'à l'obliga-

237 MERLE et VITU, Procédure pénale, n° 380.

238 Le moyen est conforme au texte de l'article 12 ch. 3 Pacte II qui prévoit que les droits mentionnés dans le Pacte peuvent être l'objet de restrictions «si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte».

tion de demeurer dans un endroit déterminé, par exemple une commune, un immeuble (assignation à résidence)²³⁹. Les opérations de vérification s'en trouvent ainsi renforcées.

- c) *L'interdiction de séjourner dans un endroit déterminé*: cette mesure tend à diminuer le *risque de récidive*, notamment en interdisant au prévenu de se rendre dans certains lieux fréquentés par des personnes susceptibles d'exercer une influence néfaste.
- d) *L'obligation de se présenter périodiquement à un office déterminé*: le juge peut contraindre l'inculpé à se rendre régulièrement auprès d'un service ou d'une autorité qu'il désigne librement (service municipal ou de police, greffe du tribunal, cabinet du juge d'instruction, poste de gendarmerie).
- e) *L'interdiction de rencontrer certaines personnes*: il s'agit ici d'une mesure visant à interdire à l'inculpé la fréquentation de certaines personnes, dans le but d'exclure le *risque de réitération* de l'infraction, car le fait de se rendre dans certains endroits ou d'entrer en relation avec certains milieux (p. ex. ceux de la drogue) peut s'avérer criminogène. Cette mesure permet également d'assurer la *réinsertion sociale* du prévenu.
- f) *L'obligation de se soumettre à des mesures de traitement social ou médical*: le juge peut imposer à l'inculpé des mesures de contrôle portant sur son activité professionnelle ou le soumettre à des mesures d'examen, de soins, sous la forme d'un traitement ambulatoire ou d'une hospitalisation. L'objectif est double: il vise à la fois la *guérison* et la *réinsertion sociale* de l'inculpé et à éviter le *renouvellement des infractions*. Ces modalités, notamment celles de nature médicale, s'appliquent essentiellement aux malades, aux alcooliques et aux toxicomanes.
- g) *Les consignes concernant une activité professionnelle*: l'autorité peut faire interdiction au prévenu d'exercer une activité déterminée (p. ex. se livrer à la prostitution) ou l'obliger à exercer un travail²⁴⁰.

3. Le cumul des mesures

Les obligations imposées par le contrôle judiciaire peuvent être *cumulées* et elles peuvent être *doublées* d'un cautionnement.

239 Cf. DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 31 ad art. 72 et les citations.

240 Pour d'autres exemples, voir DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n°s 35 ss ad art. 72.

4. La modification du contrôle judiciaire

En tout temps, d'office ou sur requête, le juge peut aménager le contrôle judiciaire et les sûretés, en fonction de l'évolution des circonstances. Ainsi, il peut imposer des obligations nouvelles, supprimer ou adapter certaines obligations. Pour ce faire, le juge rend une nouvelle décision motivée, notifiée aux parties.

5. Les suites du contrôle judiciaire

Si l'inculpé ne respecte pas les obligations du contrôle judiciaire ou ne se soumet pas aux actes d'instruction, le juge peut révoquer son ordonnance de mise en liberté provisoire et ordonner son arrestation.

Deuxième partie

Les mesures portant atteinte aux autres libertés constitutionnelles

Chapitre I: Généralités

§ 1 Les mesures de contrainte propres à assurer la découverte et la conservation des indices

1. Les différentes mesures de contrainte

Le récolement et la conservation des preuves pour les besoins de l'enquête s'effectuent au moyen de procédés spéciaux que sont les *mesures d'identification sur la personne*, la *fouille des personnes*, les *mesures portant atteinte au corps humain*, la *perquisition*, la *saisie*, ainsi que les *mesures techniques de surveillance*.

2. La compétence pour ordonner les différentes mesures de contrainte

Certaines mesures de contrainte sont de nature typiquement policière (p. ex. la fouille ou les mesures d'identification sur la personne). D'autres peuvent être ordonnées aussi bien par la police que la justice (p. ex. la perquisition et la saisie). Enfin, quelques-unes ne peuvent en principe être décidées que par les magistrats (ainsi, les mesures portant atteinte au corps humain, la confiscation).

§ 2 La protection du citoyen à l'égard des mesures de contrainte: les conditions légales

1. Les effets sur le prévenu ou sur les tiers

D'une manière générale, toutes les mesures de contrainte prises par les organes du procès pénal limitent la liberté personnelle. Mais, s'agissant de mesures particulières qui n'ont pas pour objectif de restreindre la liberté de mouvement, elles sont susceptibles de porter atteinte à d'autres *garanties constitutionnelles* ou aux *droits de l'homme*. En outre, contrairement à la privation de liberté (garde à vue, détention provisoire) qui n'est admissible qu'à l'égard d'un suspect, les autres mesures de contrainte peuvent être appliquées à des tiers (p. ex. la perquisition peut être effectuée dans une banque; ou bien l'autorité peut ordonner la saisie de pièces appartenant à des tiers).

- 1° Ainsi, les mesures d'identification sur la personne constituent «une entrave de principe au *respect de la vie privée* garanti par l'article 8 CEDH»²⁴¹.
- 2° La fouille corporelle et les mesures touchant au corps humain portent atteinte aux *droits de la personnalité physique* (art. 28 CC).
- 3° La perquisition et la saisie restreignent la *garantie de la propriété* (art. 22^{ter} Cst.) et le *droit au respect de la vie privée* (art. 8 ch. 1 CEDH, 17 ch. 1 Pacte II).
- 4° Les mesures techniques de surveillance portent atteinte au *secret de la correspondance postale, télégraphique et téléphonique* (art. 36 al. 4 Cst.).

2. Les conditions liées aux mesures de contrainte

a) Principe général

A l'inverse des mesures privatives de liberté, tous les autres moyens qui portent atteinte à des droits constitutionnels ne sont pas soumis nécessairement aux mêmes exigences (graves soupçons de culpabilité, base légale claire, intérêt public et respect du principe de la proportionnalité). Ainsi, l'exigence d'une base légale *claire* ne se justifie qu'en cas d'atteinte *grave* portée à un droit fondamental²⁴².

b) Pour les mesures prises par la police

Les mesures de contrainte ordonnées par la police ne sont en principe admissibles qu'en cas de péril en la demeure²⁴³ ou lorsque la personne concernée est fortement soupçonnée d'avoir commis une infraction (un crime ou un délit)²⁴⁴.

241 ATF 109 Ia 146, sp. 156.

242 MÜLLER, in: Commentaire de la Cst., Introduction aux droits fondamentaux, n° 118 et les citations. Ainsi peut-on envisager de fouiller des objets mobiliers (véhicules, récipients, valises, porte-monnaie, etc.) sans base légale topique, en se référant aux dispositions régissant la perquisition (application du principe *in maiore minus*; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 372). Ou encore obliger un prévenu à raser sa barbe dans le but de permettre une confrontation avec le témoin d'une infraction grave (ATF 112 Ia 161).

243 SCHMID, Strafprozessrecht, n° 710a. Tel est le cas pour une perquisition (OBERHOLZER, Strafprozessrecht, n° 4.264, p. 47).

244 Cf. ATF 109 Ia 146 (f); AUBERT, Les interventions de la police en droit genevois, p. 17; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 710a. Ainsi, les témoins ne peuvent en principe pas être l'objet d'une mesure portant atteinte à la liberté personnelle (p. ex. une fouille, une prise de sang). Seul un magistrat peut ordonner semblable mesure, pour autant qu'elle repose sur

Chapitre II: Les mesures policières

§ 1 Les mesures d'identification

1. Les mesures en cause et les conditions

Les personnes suspectées d'avoir commis un crime ou un délit peuvent être soumises par la police – au besoin par la force – à des mesures d'identification telles que prise de photographies ou d'empreintes²⁴⁵, en vue d'établir leur identité ou leur culpabilité²⁴⁶.

2. La destruction du matériel

La personne qui a fait l'objet de mesures d'identification a le droit de consulter, dans les dossiers de la police, les inscriptions qui la concernent personnellement²⁴⁷ et, si elle est mise hors de cause, elle peut demander la destruction du matériel ainsi constitué²⁴⁸.

§ 2 La fouille des personnes, des véhicules et des contenants

1. La fouille des biens mobiliers

Les fonctionnaires de police sont autorisés à fouiller les véhicules et les biens mobiliers, à condition qu'ils soient susceptibles de renfermer le produit d'une infraction ou les instruments d'une infraction commise (moyen d'instruction) ou à commettre (mesure de sécurité)²⁴⁹.

une base légale (cf. p. ex. art. 156 Cpp JU et PIQUEREZ, Commentaire, ad art. 125; SCHMID, Strafrecht, n° 733).

245 Il s'agit des mesures les plus fréquentes. Mais la personne en cause peut être l'objet d'autres mesures d'identification. Par exemple, elle peut être sommée de fournir des spécimens d'écriture, d'enregistrer la voix, etc. (SCHMID, Strafrecht, n° 732; AUBERT, Les interventions de la police en droit genevois, p. 17).

246 ATF 107 Ia 138, cons. 5 = JT 1982 IV 147 et ATF 109 Ia 146 (f), cons. 6a.

247 ATF 113 Ia 1 = JT 1987 IV 109 et ATF 113 Ia 257 (f).

248 ATF 109 Ia 146 (f), cons. 6b.

249 AUBERT, Les interventions de la police en droit genevois, p. 18, 19 et TF Duvanel du 6 juillet 1983, SJ 1984, p. 1, sp. 20. Un contrôle systématique à titre exclusivement préventif, en dehors de toute infraction ou d'actes préparatoires serait illégal; comme serait également illicite la soumission des automobilistes à un contrôle préventif de l'alcoolémie, en dehors de toute suspicion de conduite sous l'effet de l'alcool.

2. La fouille des personnes

1° *Les hypothèses.* La fouille corporelle (*Personendurchsuchung*) est assimilée à la perquisition elle-même (*Hausdurchsuchung*) et elle est pratiquée dans les mêmes hypothèses que cette dernière²⁵⁰. La fouille corporelle ou «fouille à corps» est *une perquisition effectuée sur le corps et les vêtements que porte une personne, à des fins probatoires ou pour des raisons de sécurité*. Elle doit être distinguée des autres mesures de contrainte portant atteinte au corps humain, tel l'examen médical ou la prise de sang, qui servent à constater des traces ou les conséquences d'une infraction (*infra*, D, § 2). La fouille des personnes peut être décidée par les fonctionnaires de police pour des motifs de *sécurité* (recherche des armes, protection des personnes), pour les besoins de l'*enquête* (recherche d'indices) ou pour l'établissement de l'*identité* d'une personne²⁵¹.

2° *La manière de fouiller.* La fouille doit être adaptée aux circonstances et aussi prévenante que possible (respect de la proportionnalité)²⁵². La fouille d'une personne doit être exécutée par une personne du même sexe, sauf si la sécurité immédiate exige le contraire. En outre, une fouille plus intime, telle qu'une exploration vaginale, ordonnée en vue de découvrir un objet dont la dissimulation peut être suspectée, «sera toujours opérée par une personne, ordinairement étrangère au corps de police, au bénéfice d'une formation médicale»²⁵³. La fouille d'une personne représente une grave atteinte à la liberté personnelle, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'une fouille complète ou intime. Aussi n'est-elle conforme à la proportionnalité que si elle est «propre à réaliser le but visé, qu'elle apparaît comme nécessaire pour atteindre ce but et qu'elle évite de porter une atteinte excessive aux droits constitutionnels de la personne en cause»²⁵⁴.

250 PIQUEREZ, Précis, n° 1447 et Extraits 1963, p. 135. La fouille corporelle exige une base légale (GVP-ZG 1987/88, p. 140).

251 AUBERT, Les interventions de la police en droit genevois, p. 19.

252 Ainsi, la fouille corporelle de personnes non soupçonnées clairement d'avoir participé à une infraction et qu'aucune raison objective ne laissait supposer qu'elles auraient pu être en possession d'objets dangereux est contraire au principe de la proportionnalité (ATF 109 Ia 146 [f], sp. 158).

253 ATF 109 Ia 146 (f), sp. 159.

254 Arrêt n.p. M. de la Chambre d'accusation JU du 22 avril 1991 et ATF 107 IV 94 = JT 1981 I 479 et les citations.

§ 3 La perquisition de police

1. La règle

En principe, sauf cas d'urgence ou consentement de la personne légitimée à disposer des locaux, une perquisition dans des maisons, appartements ou autres endroits clos ne peut être ordonnée que par les *organes de justice*²⁵⁵. Dans les autres cas de figure, la police sollicitera un ordre écrit du magistrat compétent. Le défaut d'autorisation du détenteur légitime ou l'inexistence des conditions d'urgence constituent toutefois un vice qui ne sera en principe pas considéré comme constitutif de nullité, du moins lorsque l'infraction poursuivie présente une certaine gravité²⁵⁶.

2. L'exécution de la perquisition

La perquisition de police doit s'exécuter comme une perquisition ordinaire (*infra*, chap. III, § 1).

§ 4 La saisie provisoire des objets pouvant servir de moyens de preuve

1. La règle

La mission générale de la police judiciaire consiste à constater les infractions et à en rechercher les auteurs pour les livrer à la justice. Dans ce cadre, les organes de police sont tenus de procéder aux constatations matérielles nécessaires et notamment de saisir et de mettre en sûreté les indices et objets pouvant servir de moyens de preuve.

2. Les suites de la saisie

La saisie effectuée par la police au cours de l'enquête préliminaire n'est que *provisoire*, le sort définitif des objets séquestrés étant du ressort exclusif du juge d'instruction, qui décidera du maintien ou non de la saisie jusqu'au jugement²⁵⁷, puis du juge du fond, qui statuera définitivement, par exemple en prononçant la confiscation (art. 58 CP).

255 MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, AT, p. 140; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, n° 27.12, p. 370; PIQUEREZ, Commentaire, nos 10 ss ad art. 95; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 738.

256 BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 185 et SCHMID, Strafprozessrecht, n° 738; ATF 96 I 437, sp. 441.

257 MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, AT, p. 129; PIQUEREZ, Précis, n° 1830.

§ 5 Les opérations effectuées par la police sur délégation des autorités d'instruction: les commissions rogatoires

1. Vue générale

En principe, c'est le juge d'instruction (ou un magistrat) qui est chargé de conduire les opérations de l'enquête après ouverture de l'action publique. Mais souvent, le juge chargé de l'enquête ne peut, pour des raisons matérielles ou techniques, accomplir lui-même tous les actes d'instruction et il doit *déléguer* ses pouvoirs à la police judiciaire qui va agir à sa place par voie de *commission rogatoire*.

2. Définition

La commission rogatoire est *l'acte par lequel le juge charge certaines personnes ou autorités de procéder à sa place aux actes de procédure qu'il ne veut pas ou ne peut pas accomplir lui-même*.

3. Dangers

Si la commission rogatoire est un procédé utile et nécessaire, elle n'est pas sans inconvénients, car, en déléguant trop fréquemment ses pouvoirs à la police, le magistrat instructeur en arrive à abandonner ses prérogatives. Et la procédure vient à perdre son caractère judiciaire, ce qui est susceptible de porter de graves atteintes aux droits de la défense et aux libertés individuelles²⁵⁸. Aussi convient-il de garantir aux parties (tout particulièrement au prévenu) et à leurs mandataires le droit de participer aux commissions rogatoires²⁵⁹.

4. Les commissions rogatoires «générales»

Les législations récentes²⁶⁰ proscrivent les commissions rogatoires générales à la police, afin d'éviter que l'enquête, après ouverture de poursuites, ne passe

258 PIQUEREZ, Précis, n° 1905; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 50 ss.

259 Dans le même sens: OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 52 et SCHMID, Strafprozessrecht, n° 494 et 782. Le législateur bernois (art. 238 al. 3 i.f. Cpp) a expressément prévu le droit des parties et de leurs mandataires de prendre part à la procédure. En outre, pour pallier les inconvénients de la délégation, certains cantons (p. ex. JU, art. 213 al. 2 Cpp et NE, art. 100 Cpp) ont réservé certains actes essentiels aux magistrats, en interdisant d'en déléguer l'accomplissement à la police, notamment l'interrogatoire de l'inculpé.

260 Par exemple à Berne, où l'article 238 Cpp autorise l'autorité d'instruction à délivrer à la police le mandat «d'élucider certains faits»; dans le Jura, l'article 212 al. 2 Cpp énonce que

progressivement dans ses mains et conserve son caractère judiciaire. La délivrance de telles délégations équivaut à des «mandats en blanc» et au transfert des pouvoirs du juge à la police judiciaire²⁶¹, ce qui a pour effet de faire échec aux droits de la défense²⁶².

Chapitre III: Les mesures judiciaires

A. Les perquisitions

§ 1 La perquisition

1. Définition

La perquisition (*Hausdurchsuchung*) est la recherche approfondie et minutieuse de tous les éléments de preuve et indices susceptibles d'intéresser la manifestation de la vérité, effectuée au domicile d'un particulier ou dans tout endroit clos jouissant d'une protection juridique.

Selon cette définition, la perquisition comprend également la *visite domiciliaire*, qui consiste à pénétrer dans un endroit clos en vue de procéder à des constatations, des vérifications ou pour découvrir et arrêter l'auteur de l'infraction. La visite domiciliaire est toutefois plus sommaire que la perquisition, qui pourra, elle, être ordonnée ultérieurement, s'il s'avère nécessaire de rechercher des objets ou des indices aux fins de saisie éventuelle.

la commission rogatoire doit préciser le mandat confié. Voir aussi SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 786, p. 237, pour la procédure zurichoise. L'article 151 du Code de procédure pénale français prohibe expressément les commissions rogatoires générales par lesquelles le juge d'instruction se dessaisit en fait de son pouvoir d'instruction entre les mains de la police. Aussi, la commission rogatoire ne saurait, à peine de nullité, revêtir la forme d'une délégation générale visant de façon éventuelle toute une catégorie d'infractions (STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure pénale*, n° 585).

261 Ainsi, en procédure pénale vaudoise, l'article 170 Cpp autorise expressément la délégation générale, qui permet au juge instructeur de faire instruire une enquête par la police judiciaire. Cette faculté serait toutefois exclue en pratique (BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, *Code annoté*, n° 1 ad art. 170).

262 Toutefois, notamment dans l'hypothèse où l'instruction est dirigée contre inconnu, le juge est autorisé à faire procéder à une série d'actes de nature à découvrir l'auteur présumé, sans qu'il soit nécessaire d'en donner le détail précis (PIQUEREZ, *Commentaire*, n° 6 ad art. 212).

2. *Les conditions et la compétence pour ordonner une perquisition*

a) Les conditions de fond

Le *droit au domicile* est garanti par l'article 8 ch. 1 CEDH, les constitutions fédérale et cantonales, ainsi que par le droit pénal matériel (art. 186 CP). Aussi ne peut-il y avoir d'ingérence dans l'exercice de ce droit que si la loi le prévoit expressément. De même, du fait qu'elle porte une grave atteinte à la sphère privée, on ne doit ordonner une perquisition que s'il existe des soupçons suffisants que des indices ou objets pouvant intéresser l'enquête se trouvent dans un lieu déterminé. Enfin, la perquisition n'est admissible que si l'on est en présence d'indices suffisants d'infraction²⁶³.

b) Les titulaires du droit de perquisition

Sauf péril en la demeure, la perquisition ne peut être ordonnée que par un magistrat qui, en règle générale, en délègue l'exécution à la police moyennant délivrance d'un mandat écrit²⁶⁴.

3. *Le temps de la perquisition*

En principe, une perquisition ne peut avoir lieu de nuit que si des raisons particulières le commandent. L'ordonnance en fera mention²⁶⁵. Cette règle est le corollaire de l'*inviolabilité du domicile*.

La règle de l'interdiction des perquisitions de nuit souffre toutefois plusieurs exceptions. Tout d'abord, une perquisition peut être commencée de nuit si l'intéressé y consent. Ensuite, une perquisition commencée de jour peut être poursuivie de nuit. Enfin, si des circonstances spéciales l'exigent, la perquisition pourra être commencée de nuit. Tel sera le cas, par exemple, s'il y a lieu de craindre que le détenteur des objets ne les fasse disparaître ou ne les détruise, ou encore lorsque les pièces à conviction sont menacées de destruction par un incendie. Le facteur essentiel pris en considération est celui de l'*urgence* à agir pour préserver l'existence des moyens de preuve.

263 ATF 102 Ia 529 = JT 1978 IV 114 et ATF 106 IV 413, cons. 4 = JT 1982 IV 124. Etant précisé que si ces conditions sont réalisées, la perquisition peut avoir lieu chez un tiers qui n'est pas suspecté d'avoir commis une infraction (SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 737 i.f.).

264 PIQUEREZ, *Précis*, n° 1442; SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 738; OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 370.

265 A Berne (art. 152 Cpp) et dans le Jura (art. 203 Cpp), la perquisition ne peut avoir lieu entre 20 heures et 6 heures du matin; elle ne peut être commencée ou effectuée le dimanche ou un jour férié (art. 152 al. 1 Cpp BE). Dans le canton de Vaud (art. 215 Cpp), la visite domiciliaire ne peut être faite ni avant le lever ni après le coucher du soleil.

4. *Le lieu et l'objet de la perquisition*

a) Le lieu

En principe, les perquisitions peuvent être effectuées dans tous lieux clos où sont susceptibles de se trouver les objets dont la découverte pourrait être utile à la manifestation de la vérité. Le juge d'instruction peut opérer partout où il le veut: dans un lieu privé, comme dans un endroit public, chez un suspect, chez l'inculpé ou chez un tiers. Peu importe la nature du lieu. Une perquisition est ainsi possible dans une maison, un appartement, un bateau, une caravane, une tente de camping, une chambre d'hôpital, une banque, des locaux de l'administration, etc. En revanche, une ordonnance de perquisition n'est pas nécessaire pour pénétrer dans des endroits *situés en plein air*, mais simplement *clôturés*, tels que cours, jardins, etc.²⁶⁶.

Les législations imposent cependant certaines restrictions lorsque la perquisition est susceptible de porter atteinte au *secret professionnel* d'un tiers (avocat, notaire, médecin, etc.) ou que celui-ci est susceptible d'invoquer une dispense de témoigner et de refuser d'obtempérer à une saisie²⁶⁷. Dans de telles hypothèses, le droit de perquisition est limité et il y aura lieu de respecter le secret professionnel, dans toute la mesure où il ne s'agit pas de l'infraction faisant l'objet de l'instruction²⁶⁸.

b) L'objet

La perquisition n'est possible que dans des lieux dont on peut présumer qu'ils recèlent des objets susceptibles d'aider la recherche de la vérité (pièces à conviction).

La perquisition sert donc à rechercher tous les indices et documents (titres, bandes magnétiques, plans, photos) susceptibles d'avoir une importance comme moyens de preuve dans l'enquête pénale. Ces moyens de preuve seront examinés lors de la «perquisition de papiers» (*infra*, § 2).

5. *Les conditions de forme de la perquisition*

La perquisition doit respecter certaines exigences formalistes.

En premier lieu, une perquisition ne peut être ordonnée que par ordonnance qui énonce sommairement les motifs qui l'ont dictée, les personnes chez qui

266 Dans le même sens: MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, AT, p. 141; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 737.

267 RJB 1969, p. 45.

268 Cf. ATF 102 IV 210.

elle doit se faire et le but de celle-ci. Puis, le juge doit procéder aux sommations d'usage si le lieu à visiter est fermé. Ensuite, les législations exigent que la perquisition se fasse en présence de certaines personnes, notamment du propriétaire, du locataire ou de leur représentant²⁶⁹. Enfin, le juge est tenu de rédiger un procès-verbal de perquisition et d'établir un inventaire.

§ 2 L'examen des pièces écrites et autres documents: la perquisition de papiers

1. Notion

Au cours de la perquisition, les autorités mettent la main sur des pièces écrites ou d'autres supports d'information qui devront être examinés pour savoir s'ils sont susceptibles d'être saisis dans l'intérêt de l'enquête. La perquisition de papiers (*Durchsuchung von Papieren*) sert ainsi à rechercher des documents (titres, bandes magnétiques, plans, disques, disquettes, films, photos)²⁷⁰ susceptibles de servir comme moyens de preuve dans l'enquête pénale et qui pourraient être l'objet d'une saisie. Toutefois, une telle mesure d'investigation est de nature à porter atteinte à la sphère privée de la personne poursuivie ou de tiers, notamment aux secrets protégés par la loi. Aussi ne doit-on procéder à l'examen des papiers ou des écrits qu'avec retenue. A cet effet, plusieurs législations²⁷¹ ont prévu des dispositions topiques qui réglementent l'examen des pièces écrites et autres documents, ainsi que leur mise sous scellés.

2. Objet

La perquisition peut porter sur les *documents écrits* de toute nature (correspondance, dossiers, plans, comptabilité avec les pièces justificatives telles que quittances, factures, reconnaissances de dette, etc.), ainsi que sur les *supports d'information* tels que films, photos, cassettes vidéo, cassettes, disques et disquettes, bandes d'enregistrement de l'image et du son, ainsi que

269 Cette exigence ne constitue toutefois qu'une *prescription d'ordre* (ATF 96 I 437 = JT 1972 I 217).

270 Cf. ATF 108 IV 75 et SJ 1987, p. 119.

271 Ainsi à Berne (art. 148 et 149 Cpp), en procédure pénale fédérale (art. 69 PPF), à Neuchâtel (art. 170 Cpp), en Appenzell (art. 123 Cpp AE et 68 Cpp AI), à Soleure (art. 58 Cpp), au Tessin (art. 164 Cpp) et dans les cantons d'Uri (art. 131 Cpp), de Saint-Gall (art. 112 Cpp), du Valais (art. 103 Cpp) et de Zurich (art. 99 ss Cpp).

la surveillance de la transmission de messages par tout moyen, notamment par ordinateur, télex ou télécopieur²⁷².

3. Modalités

a) Principe

La perquisition visant à l'acquisition de preuves documentaires doit être opérée de façon à respecter dans toute la mesure du possible les secrets de caractère privé et le secret professionnel, et à éviter que des documents étrangers à l'affaire ne soient versés au dossier. Si le détenteur des papiers s'oppose à l'acquisition totale ou partielle des documents aux actes de la procédure, ceux-ci sont mis sous scellés²⁷³.

b) Les règles à respecter

La doctrine et la jurisprudence ont notamment dégagé les principes suivants concernant la manière d'opérer:

- 1° avant qu'il ne soit procédé à la perquisition de papiers, le détenteur ou son représentant est invité, si possible, à en indiquer leur contenu et à assister à l'examen²⁷⁴;
- 2° les documents ne sont examinés que s'ils contiennent apparemment des écrits importants pour l'enquête²⁷⁵;

272 Voir par exemple art. 103 ch. 1 Cpp VS et ATF 108 IV 76. S'agissant d'une *perquisition bancaire*, tous les types de documents bancaires peuvent faire l'objet d'une saisie: les documents d'ouverture d'une relation bancaire, notamment le carton des ayants droit à la signature, les formulaires prévus par la Convention de diligence, les procurations en faveur de tiers, ainsi que les extraits de comptes, les pièces justificatives de toute opération effectuée auprès de la banque, notamment les avis de crédit et de débit, les récépissés, les instructions de la clientèle, les annotations concernant les instructions téléphoniques ou données oralement par des personnes, les actes de nantissement, la correspondance échangée avec les clients, le contrat de location d'un safe, etc. (AUBERT et autres, *Le secret bancaire suisse*, p. 154). La saisie d'un compte bancaire comprend également la surveillance de son évolution.

273 Cf. par exemple article 69 al. 3 PPF et ATF 101 IV 364 = JT 1977 IV 56; ATF 106 IV 413; ATF 107 Ia 45 = JT 1982 IV 90; ATF 109 IV 58 = JT 1984 IV 19; ATF 109 IV 153 = JT 1984 IV 123. La mise sous scellés doit être demandée lorsque l'autorité décide de saisir des documents et non pas lorsqu'elle procède à l'examen et à l'utilisation des actes qui ont déjà été acquis (AUBERT et autres, *Le secret bancaire suisse*, p. 153 et Praxis 1989, n° 23).

274 Cf. articles 69 al. 3 PPF, 103 ch. 3 Cpp VS et 100 al. 2 Cpp ZH.

275 Articles 69 al. 2 PPF, 50 al. 1 DPA et 103 ch. 2 Cpp VS; ATF 108 IV 75. Une simple possibilité que les papiers soient susceptibles de servir de moyens de preuve ne suffit pas (OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 374).

- 3° on prendra les plus grands égards pour respecter les secrets privés ou étrangers à la cause²⁷⁶;
- 4° c'est l'autorité judiciaire qui est compétente pour opérer le tri des documents, non le détenteur²⁷⁷;
- 5° une recherche générale et indéterminée des moyens de preuve («*fishing expedition*») n'est pas admise²⁷⁸;
- 6° si un document intéressant l'enquête est en possession d'un tiers qui a le droit de refuser témoignage, il ne peut être contraint à le remettre²⁷⁹; ainsi, le secret professionnel de l'avocat fait interdiction à toute saisie de la correspondance échangée entre l'avocat et son client (suspect ou inculpé), quel que soit l'endroit où se trouvent les documents²⁸⁰;
- 7° des écrits transmis, mais non destinés à la personne astreinte au secret professionnel, ne sont pas couverts par le secret professionnel²⁸¹.

4. La mise sous scellés

Si le détenteur des documents s'oppose à l'examen de ceux-ci, les papiers sont mis sous scellés²⁸². Le détenteur doit être avisé de son droit à exiger la

276 Une *pesée des intérêts en présence* s'impose: l'intérêt public à l'établissement de la vérité et l'intérêt privé à la sauvegarde de la sphère intime et du secret professionnel. Une atteinte à la sphère privée ne se justifie que lorsqu'elle tend à protéger un intérêt public prépondérant en comparaison de l'intérêt privé menacé (RJV 1983, p. 324; *in casu*, intérêt digne de protection d'une association à l'anonymat de ses membres). Cela exige en outre que tous les documents soient sommairement parcourus et analysés afin de déterminer leur lien éventuel avec l'affaire et une possible saisie (ATF 106 IV 413 = JT 1982 IV 124). Il peut être fait appel à un expert pour procéder à l'examen des documents, notamment pour en séparer les éléments qui comportent des secrets protégés (art. 148 al. 3 Cpp BE).

277 ATF 119 IV 175.

278 ATF 103 Ia 206, cons. 6; OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 374 et GVP 1985, n° 68.

279 OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 375 et les arrêts cités.

280 Sur la portée du *secret professionnel de l'avocat* et la saisie, voir ATF 117 Ia 341 (f). En cas de perquisition chez un avocat, il y a lieu de prendre des précautions afin de préserver les droits de la défense et le secret professionnel; c'est pourquoi, en règle générale, la perquisition sera effectuée en présence du Bâtonnier ou d'un membre de l'Ordre ou de l'association des avocats. La saisie d'un document n'est possible que si celui-ci est révélateur d'une infraction à laquelle l'avocat n'est pas étranger (PRADEL, *Procédure pénale*, n° 287; ATF 106 IV 413 = JT 1982 IV 124). Certains codes garantissent de manière absolue l'*inviolabilité de la correspondance* échangée entre l'avocat et son client (p. ex. art. 141 Cpp BE, 191 al. 3 Cpp JU, 223 al. 2 Cpp VD et 103 Cpp ZH). En revanche, un *journaliste* ne peut se prévaloir de la liberté sur la presse pour s'opposer à la perquisition d'une lettre parvenue à son journal (ATF 107 IV 208).

281 ATF 102 IV 210.

282 Articles 149 Cpp BE, 69 al. 3 PPF, 50 al. 3 DPA et 101 Cpp ZH.

mise sous scellés²⁸³. La demande doit intervenir avant que l'autorité ne décide de saisir les documents²⁸⁴. Avant de procéder à la perquisition, les documents peuvent faire l'objet d'un examen rapide et sommaire²⁸⁵. La décision relève en principe de l'autorité supérieure²⁸⁶ et les documents mis sous scellés ne peuvent être utilisés tant qu'elle n'a pas tranché²⁸⁷.

B. Les saisies

§ 1 Généralités

1. Notion et définition

Il appartient au juge d'instruction de procéder à la saisie des objets ou documents qui lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité. La saisie est souvent le but et la suite logique d'une perquisition, mais pas nécessairement, car les moyens de preuve peuvent être remis volontairement par leur détenteur sur les lieux de l'infraction ou au cours d'une audience, voire à la suite d'une décision prise par le juge au cours de l'instruction.

La saisie peut porter sur tous les objets en relation directe avec une infraction commise par l'inculpé, qu'ils appartiennent à celui-ci ou à des tiers ou sur lesquels un tiers a des droits réels limités²⁸⁸.

La saisie est donc la *mise sous main de justice des éléments de preuve découverts lors d'une perquisition ou au cours de l'enquête, avec le consentement ou contre la volonté de leur détenteur, en vue de leur conservation pour les besoins de l'enquête ou pour procéder à leur confiscation et de leur production ultérieure devant la juridiction de jugement.*

283 SCHMID, Strafprozessrecht, n° 735.

284 ATF 114 Ib 357.

285 ATF 106 IV 413, cons. 7b.

286 SCHMID, Strafprozessrecht, n° 736; art. 143 al. 2 Cpp BE.

287 ATF 108 IV 75.

288 ATF 115 IV 175 = JT 1991 IV 37; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 359. La saisie peut être ordonnée même à l'égard d'un tiers de bonne foi, car il serait sinon trop aisé de soustraire à l'emprise des autorités pénales des biens acquis au moyen d'une infraction (TF du 26 août 1985 Caves Mövenpick SA c/Tribunal d'accusation VD, JT 1988 II 30).

2. Les objectifs de la saisie

La saisie permet de poursuivre deux buts différents:

a) En premier lieu, elle tend à s'assurer des moyens de preuve en vue de découvrir la vérité, soit à réunir et à conserver les objets dont la vision ou l'examen peuvent être utiles au juge pour forger sa conviction. Il s'agit alors d'une *mesure conservatoire* commandée par les besoins de la preuve dans le procès (*saisie probatoire*).

b) En second lieu, la saisie peut permettre au juge du fond de procéder à la *confiscation* des objets et des valeurs visés par l'article 58 CP. La saisie est opérée ici aux fins de *sûreté* ou de *garantie* (*saisie conservatoire*).

La saisie est ainsi une mesure *conservatoire* destinée à maintenir sous main de justice pendant la durée du procès des objets ou des valeurs pouvant servir de moyen de preuve et/ou pour assurer leur *confiscation*, leur *dévolution* à l'Etat ou leur *restitution* au détenteur légitime. Ainsi, contrairement à la confiscation, mesure *définitive*, la saisie n'a qu'un caractère *provisoire*²⁸⁹. Il faut donc soigneusement distinguer la saisie ordonnée par le juge d'instruction au cours de l'enquête pour *sauvegarder* les preuves, et la confiscation prévue par l'article 58 CP ou le droit cantonal, qui ne peut être prononcée que par le juge du fond et qui comporte un *transfert de propriété*.

3. L'objet de la saisie

En principe, le juge peut saisir toutes choses dont la mise sous main de justice est utile à la recherche de la vérité et qui se rapportent d'une manière quelconque à l'infraction poursuivie.

Ainsi, la saisie opérée à titre *conservatoire* et *probatoire* a pour fonction essentielle de préparer la *confiscation* (art. 58 CP; *saisie conservatoire*) des objets et valeurs ayant servi à commettre l'infraction (armes, véhicules ayant servi au brigandage, etc.) ou qui en sont le produit (argent et objets volés, faux billets, etc.), tout en assurant en même temps leur production lors des débats (*saisie probatoire*).

En revanche, la *saisie probatoire* est destinée *exclusivement* à la recherche de la vérité; elle consiste à conserver des objets susceptibles d'être utilisés à *titre de preuve* au cours de la procédure, notamment pour permettre à la juridiction de jugement de forger sa conviction en examinant l'objet ou en chargeant un expert de le faire à sa place.

289 ATF 120 IV 365, cons. 1b et les citations = JT 1996 IV 180; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 757.

4. Nature de l'objet saisi

Elle est indifférente, car dans son principe la saisie est conçue très largement.. Ainsi, l'objet saisi peut être de nature physique, animale, minérale ou végétale. Peu importe également sa nature juridique: la saisie peut porter sur des *choses mobilières*, par exemple une automobile²⁹⁰ ou des documents sonores, des photographies, des films²⁹¹, comme sur des *immeubles*²⁹² ou sur des *valeurs corporelles* (créances, contrats, actes notariés, biens immatériels, etc.), des comptes bancaires²⁹³, la correspondance²⁹⁴.

5. Rapport entre la saisie de procédure pénale et le séquestre du droit de poursuite

- a) L'institution du séquestre selon l'article 271 LP constitue exclusivement une *mesure conservatoire officielle en vue de l'exécution forcée*, une *mainmise* exécutée à la réquisition du créancier sur les biens du débiteur pour garantir une créance qui fait l'objet d'une poursuite ou fera celui d'une poursuite future²⁹⁵.
- b) La saisie ou séquestre pénal a toujours, lors de la décision primaire, un caractère conservatoire (assurer la mainmise sur l'objet jusqu'au jugement), peu importe son but final (servir de moyen de preuve et/ou faire l'objet d'une confiscation). Dans cette hypothèse, et à ce stade du procès, la saisie ne préjuge pas le sort ultérieur des biens séquestrés²⁹⁶ et elle

290 Il est licite de saisir une voiture, par exemple lorsqu'elle a servi à la commission d'une infraction, *in casu* un brigandage (RJB 1986, p. 29).

291 SJ 1987, p. 119.

292 S'agissant des immeubles, la saisie s'opère par voie de *scellés* ou de *blocage au registre foncier* (cf. DESCHENAUX, Le registre foncier, p. 322, 323). La saisie des choses immobilières peut servir à laisser les lieux en l'état, en vue d'une reconstitution ou pour procéder à des constatations (prise de vues, etc.).

293 S'agissant des comptes bancaires, on les «saisit» en les bloquant. Avec l'adoption du concordat intercantonal sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale du 5 novembre 1992, ratifié par l'ensemble des cantons, l'autorité judiciaire peut procéder à la saisie de valeurs ou au blocage de comptes bancaires sur l'ensemble du territoire moyennant une ordonnance écrite – qui peut être communiquée par télécopie –, à laquelle la banque doit donner une suite immédiate, même si elle est frappée de recours (AUBERT et autres. Le secret bancaire suisse, p. 156). Sur la saisie de documents bancaires, voir TSOE ZIU BRUN, Die Beschlagnahme von Bankdokumenten, et sur l'application du concordat, PIQUEREZ. Le concordat sur l'entraide judiciaire, p. 16 ss.

294 La saisie de la correspondance postale ou téléphonique s'opère directement entre les mains de l'administration. C'est un mode particulier de saisie, car le magistrat procède au séquestre de documents qu'il n'a pas encore vus ou entendus.

295 GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, p. 363.

296 Dans le même sens: SCHMID, Strafprozessrecht, n° 757.

poursuit un but totalement différent de celui des articles 271 ss LP, de telle sorte qu'elle ne saurait entrer en conflit avec la LP²⁹⁷. En revanche, la saisie opérée pour garantir le paiement des amendes, des frais et autres indemnités dus par l'accusé est semblable au séquestre des articles 271 ss LP et c'est l'article 44 LP qui autorise la réalisation selon la procédure pénale cantonale ou fédérale. Le juge répressif devra prendre garde d'ordonner un «séquestre déguisé» prohibé par le droit fédéral²⁹⁸.

6. *Les conditions de fond de la saisie*

La saisie est une restriction du droit de propriété garanti par l'article 22^{er} Cst. Aussi n'est-elle compatible que si elle repose sur une base légale, qu'elle est justifiée par un intérêt public et qu'elle respecte le principe de la proportionnalité²⁹⁹. En outre, la saisie doit se justifier par la présence d'indices suffisants que l'objet séquestré a servi à commettre une infraction ou en est le produit³⁰⁰. Il doit exister un *rapport de connexité* direct ou indirect entre l'acte punissable et les objets à saisir.

7. *Les conditions de forme de la saisie*

Comme pour la perquisition, la décision de saisie exige en principe une ordonnance contenant une sommation d'effectuer le dépôt des objets entre les mains du juge, la désignation exacte de l'objet et l'indication des sanctions éventuelles en cas de refus³⁰¹.

297 GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, p. 367.

298 Sur cette question, voir GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, p. 367 et les arrêts cités et PIOTET, Séquestres de procédure pénale. En principe, la saisie en faveur du lésé, opérée sur des biens sans aucune relation avec l'infraction, est illégale (cf. SCHMID, Strafprozessrecht, n° 753).

299 ATF n.p. Hautvast c/MP GE du 31 mars 1992.

300 SJ 1990, p. 443; SCHMID, Strafprozessrecht, nos 740 et 755; PIQUEREZ, Précis, n° 1454. «Il suffit que l'existence de rapports entre les objets saisis et l'infraction paraisse vraisemblable» (ATF 97 I 372, cons. 5b [f]). Une simple probabilité doit être tenue pour suffisante, car la saisie – particulièrement la saisie conservatoire – se rapporte encore à des prétentions incertaines (cf. OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 362 et ATF n.p. Hautvast du 31 mars 1992). Le but de la saisie n'est pas de faciliter le déroulement d'un éventuel procès civil (Chambre d'accusation GE du 5 octobre 1988 Banque Paribas SA, SJ 1990, p. 444).

301 Cf. par exemple articles 139 Cpp BE, 189 al. 2 Cpp JU, 223 al. 3 Cpp VD et 97 al. 1 Cpp ZH.

8. Les limites de la saisie

- a) La saisie probatoire, comme la saisie conservatoire, est soumise au *principe de la proportionnalité*, ce qui exige du juge, si faire se peut, de recourir à des mesures moins incisives, telles que l'établissement d'un inventaire ou la prise de photographies³⁰².
- b) La saisie de pièces faisant état de relations couvertes par le *secret professionnel*³⁰³ n'est possible qu'avec le consentement du détenteur du secret³⁰⁴, à moins que le confident nécessaire ne soit lui-même inculpé ou impliqué dans l'infraction comme coauteur, instigateur ou complice et le juge peut donc, dans cette hypothèse, «saisir tous documents faisant apparaître l'avocat comme complice du client ou traduisant chez l'avocat l'utilisation de prérogatives de sa profession (comme la liberté de communiquer avec les détenus) pour contrecarrer le cours de la justice (comme l'aide à l'évasion d'un détenu)»³⁰⁵.

302 Chambre d'accusation GE du 25 mai 1987 Giordanengo, SJ 1990, p. 444.

303 Le cercle des confidents nécessaires au bénéfice du secret professionnel est celui de l'article 321 CP. Ne peuvent ainsi s'en prévaloir: le banquier (art. 47 Loi sur les banques) ou les contrôleurs (AUBERT et autres, Le secret bancaire suisse, p. 154 et les auteurs cités).

304 PIQUEREZ, Précis, n° 1460; SJ 1990, p. 444. Toutefois, même valablement levé par la personne habilitée, l'avocat n'est pas nécessairement obligé de révéler le secret. En effet, à la différence de certains cantons, tels ceux de Neuchâtel et de Thurgovie, qui obligent le confident qui a été délié du secret à déposer, et où le secret est *relatif*, dans d'autres cantons (AG, GE, JU, VD, BL, etc.), les confidents, même déliés du secret, restent libres en conscience de refuser de déposer. Le secret est alors *absolu*. L'article 321 ch. 3 CP réserve les dispositions de la législation fédérale ou cantonale imposant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice. Dès lors, les cantons sont autorisés à porter atteinte au principe du secret professionnel en prévoyant des mesures probatoires.

305 PRADEL, L'instruction préparatoire, p. 482. Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans l'ATF 117 Ia 341 (f), cons. 6 cc, le secret, institué notamment pour assurer une défense efficace des intérêts du client, ne doit toutefois pas porter préjudice à une bonne administration de la justice. Ainsi, l'interdiction de l'abus de droit s'oppose à la protection du secret professionnel. La saisie de documents est par exemple possible lorsque ceux-ci sont en rapport avec une infraction, que l'avocat lui-même est soupçonné avoir commise, ou lorsque le client entend mettre en lieu sûr le produit de l'infraction ou l'instrument ayant servi à la commettre, ou encore lorsque les documents qui lui sont remis sont en réalité destinés à un tiers. De tels abus ne sauraient, de l'avis du Tribunal fédéral, être protégés. Mais, en dehors de tels cas, les documents confiés à un avocat par son client, bénéficient donc en principe, selon le droit cantonal, d'une protection *absolue*, même si le refus de renseigner la justice peut compliquer la recherche de la vérité, car dans un Etat de droit, cet inconvénient doit être accepté (ATF 112 Ib 606 = JT 1987 IV 150). Les restrictions issues de la conception du secret professionnel absolu sont également applicables à la saisie et à la production de documents (ATF 117 Ia précité, p. 349). L'avocat exerçant pour son client des activités autres que celles qui relèvent spécifiquement du barreau ne peut se prévaloir à leur propos du secret professionnel de l'avocat. La saisie de la documentation relative à l'utilisation d'un compte bancaire géré par un avocat est ainsi admissible (TF du 11 avril 1996 Z. c/Chambre d'accusation GE, SJ 1996, p. 453).

- c) S'agissant plus particulièrement de la confidentialité de la correspondance échangée entre client et avocat, et de la possibilité d'en opérer la saisie, la question est réglée de manière diverse par les législations cantonales. Dans leur majorité, les législateurs cantonaux ont introduit dans les codes de procédure pénale une disposition claire et précise faisant *interdiction absolue* aux organes de justice de procéder à la saisie des communications écrites du prévenu à son avocat ou de l'avocat au prévenu. Tel est le cas à Berne (art. 141 al. 3 Cpp), à Genève (art. 47 Cpp), dans le Jura (art. 191 al. 3 Cpp), dans le canton de Vaud (art. 223 al. 2 Cpp), à Bâle-Campagne (art. 95 al. 3 Cpp), etc.

La doctrine qui s'est prononcée à ce jour sur la confidentialité absolue de la correspondance échangée entre l'avocat et son client l'a fait exclusivement dans le sens que l'interdiction de la saisie s'applique quel que soit l'endroit où les documents se trouvent, en tout état de cause notamment lorsqu'ils sont en possession du client³⁰⁶. Le principe de la loyauté dans la recherche des preuves et le respect des droits de la défense commandent de considérer la règle de confidentialité comme absolue. Aussi, une lettre ou une copie de lettre écrite à son avocat par le prévenu, comme le courrier adressé par l'avocat à son client, sont absolument insaisissables, quel que soit l'endroit où se trouvent les documents (en possession du prévenu ou de tiers)³⁰⁷.

9. L'obligation de déposer des objets

a) La règle

En principe, toute personne sommée de manière régulière est tenue de mettre à disposition du juge les objets qu'elle détient, faute de quoi elle s'expose à des sanctions pénales ou disciplinaires³⁰⁸.

306 Not. UTZ, Die Kommunikation zwischen inhaftiertem Beschuldigten und Verteidiger, p. 121 ss; HAUSER, Probleme und Tendenzen in der Gesetzgebung über das Strafprozessrecht, Kriminalistik 1978, p. 562 ss et Kurzlehrbuch, p. 195; RASCH, Die Beschlagnahme von Beweismitteln im Gewahrsam Dritter im schweizerischen Strafprozess, p. 118 ss; STRATENWERTH/SCHUBARTH, Rechtsgutachten Telefonüberwachung und Anwaltsgeheimnis, RSA, p. 13 ss; VOGT, Strafprozessuale Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers, p. 84.

307 On réservera le cas où l'inculpé s'est *volontairement* dessaisi de la correspondance en la confiant à des tiers non tenus à l'obligation du secret professionnel, auquel cas elle n'est plus couverte par le secret professionnel (voir TF du 18.10.1993 Fiorini c/MPGE, SJ 1994, p. 106, avec une argumentation peu convaincante). La correspondance entre un prévenu et son avocat ne peut être saisie, même si le document doit servir de pièce de comparaison pour une expertise en écriture. Cet écrit ne peut être utilisé comme moyen de preuve, pas plus que l'expertise elle-même (ZR 1992/1993, n° 13, p. 33).

308 HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 199; PIQUEREZ, Précis, n° 1457; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 743.

b) Les exceptions à la règle

1° *Les cas de dispense.* L'obligation d'obtempérer à une saisie a toutefois ses limites, comme l'obligation de déposer. Ainsi, quiconque est dispensé de témoigner ne peut être contraint au dépôt d'objets en sa possession³⁰⁹ et le juge ne peut ordonner la saisie de documents qui se rapportent à des faits sur lesquels l'intéressé peut refuser témoignage, même si la loi ne prévoit pas un tel droit³¹⁰.

2° *La procédure.* Si l'intéressé entend s'opposer à la production et à la saisie des objets qu'il détient, il peut demander qu'ils soient mis sous scellés, afin que l'autorité supérieure examine le bien-fondé de son droit, soit l'insaisissabilité des objets³¹¹.

3° *La saisie.* Si l'inculpé, la personne appelée à titre de renseignements ou le témoin ne sont pas tenus de remettre des objets, il est toutefois possible de saisir ces objets contre leur volonté pour les besoins de l'enquête, dans la mesure où l'autorité judiciaire respecte le *principe de la proportionnalité*, en procédant à une *pesée des intérêts*³¹².

309 Principe consacré par l'adage germanique «*Was der Mund nicht zu offenbaren braucht, muss auch die Hand nicht preisgeben*» (SCHMID, Strafprozessrecht, n° 745). Les cas de dispense concernent le coauteur, l'instigateur ou le complice de l'inculpé qui détient des objets (p. ex. le receleur), ainsi que toute personne au bénéfice d'une dispense de témoigner, dans la mesure où les objets qu'elle détient se rapportent d'une manière quelconque à l'infraction. Le rédacteur de périodique est légitimé, quant à lui, à refuser de remettre la correspondance échangée avec l'auteur d'un article et cela même lorsque la publication n'est qu'envisagée (RJB 1952, p. 306). A l'inverse, un journaliste ne pourra s'opposer à la remise des pièces, s'agissant d'infractions non commises *par la voie de la presse*. Ainsi, il ne peut invoquer la liberté de la presse pour s'opposer à ce que son matériel de cinéma ou de photographies soit saisi et utilisé comme moyen de preuve (ATF 107 Ia 45 = JT 1982 IV 90). Sur l'état de la législation suisse en matière de dispense, voir RIKLIN, Das Zeugnisverweigerungsrecht, p. 581. Voir aussi l'arrêt publié in: RSJ 93 (1997), no 7 selon lequel le droit du journaliste de refuser de témoigner sur les sources de ses informations découle directement de l'art. 10 CEDH et que cette prérogative l'emporterait sur l'obligation de déposer imposée par la procédure pénale.

310 HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 202; PIQUEREZ, Précis, n° 1459; SCHMID, Strafprozessrecht, nos 745 ss. Le droit des personnes autorisées à refuser de déposer en justice, conformément aux dispositions sur le secret professionnel, de s'opposer à la recherche et à la saisie de pièces pouvant servir de moyens de preuve, existe même en l'absence d'une disposition légale expresse du droit cantonal de procédure (ATF 107 Ia 45 = JT 1982 IV 90).

311 ATF 107 IV 208 (f). La personne dont les biens sont provisoirement saisis, motifs pris qu'ils sont soupçonnés d'être le produit d'une infraction, a en principe le droit d'accéder au dossier de l'enquête, même si elle n'est pas inculpée. Ce droit n'est toutefois pas absolu (TF du 08.11.1993 Uribe c/MP GE, SJ 1994, p. 97).

312 SCHMID, Strafprozessrecht, nos 746 et 747. Ainsi, les papiers strictement personnels d'une personne qui est autorisée à refuser de témoigner à leur propos ne peuvent être saisis; il en va de même des communications adressées à des personnes autorisées à refuser de fournir

10. Les preuves obtenues de manière fortuite (*Zufallfunde*)

Lorsque des preuves ou des indices sont découverts de manière fortuite par les organes de police ou de justice et qu'ils révèlent la commission d'une infraction sans connexité avec la poursuite en cours, l'autorité est légitimée à faire usage des preuves litigieuses et à les saisir³¹³. On réservera le cas où les documents ou objets litigieux sont couverts par un secret que la loi protège de manière absolue, tel le secret professionnel de l'avocat ou du médecin³¹⁴. Dans une telle hypothèse, l'autorité devra renoncer à utiliser les preuves et elle ne pourra les saisir, sauf si le confident est lui-même inculpé³¹⁵. De même, il y aura lieu d'opérer une *pesée des intérêts* en présence en cas de découverte fortuite de preuves qui relèvent de la sphère privée de leur détenteur légitime³¹⁶.

11. La levée de la saisie en cours de procédure

a) Principe

Etant une mesure provisoire dans toutes ses variantes, la saisie doit être levée dès que les conditions qui ont justifié sa mise en oeuvre ne sont plus réalisées, par exemple dès que le but pour lequel elle a été ordonnée ne justifie plus cette mesure³¹⁷. Lorsque la saisie d'un objet n'est plus nécessaire, le juge pénal lève cette mesure et restitue l'objet séquestré à son possesseur qui

des renseignements (art. 141 Cpp BE). Ainsi, par exemple, la correspondance, les notes confidentielles des parents de l'inculpé ne peuvent faire l'objet d'une saisie et être versées au dossier (MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, AT, p. 130 et SCHMID, Strafprozessrecht, n° 747).

313 BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 194; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 725; TSOE ZIU BRUN, Die Beschlagnahme von Bankdokumenten, n° 6.2, p. 76. Le canton de Schaffhouse a prévu une disposition topique (art. 191 Cpp) qui autorise la saisie de tous les objets ou indices découverts à l'occasion d'une perquisition et qui sont sans relation avec l'infraction objet des poursuites. Il en va de même à Berne où l'article 154 Cpp dispose que «les objets ou les traces sans rapport avec l'acte punissable, découverts lors de la perquisition, mais qui laissent présumer la commission d'autres crimes ou délits, sont mis en sûreté».

314 ATF 117 Ia 341 (f).

315 BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 193. Seule une infraction grave justifiera la saisie.

316 BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 194.

317 SCHMID, Strafprozessrecht, n° 750; BERCHER, Le séquestre pénal, p. 164. Par exemple, les objets saisis chez l'auteur présumé lui seront restitués dès qu'il sera mis hors de cause (ATF 120 IV 297), au plus tard au moment du non-lieu ou de l'acquittement; un objet ne présente plus aucune utilité pour l'enquête; l'auteur qui a reconnu les faits accepte que le produit de l'infraction soit restitué à la victime. La réalisation des conditions posées au prononcé de la saisie doit être régulièrement vérifiée (ATF 122 IV 91 = SJ 1996, p. 357).

bénéficie de la présomption de propriété selon l'article 930 CC³¹⁸. Comme les autres mesures de contrainte, la saisie peut donc en *tout temps* être *levée* ou *modifiée*. Et si un séquestre est entaché d'un vice de forme, ce vice peut être corrigé aussi longtemps qu'une annulation n'est pas intervenue³¹⁹.

b) Distinction

Le moment de la levée de la saisie diffère selon sa nature. S'agissant d'une *saisie probatoire*, la mainlevée peut être opérée d'office et à tout moment par le juge, dès que l'objet ne présente plus d'intérêt pour les besoins de l'enquête³²⁰. En revanche, la restitution d'un objet placé sous main de justice à titre de *sûreté* n'interviendra en principe qu'au moment du non-lieu ou du jugement final.

12. Le sort des objets saisis en fin de procédure

Le sort des objets et valeurs saisis doit être fixé au plus tard au stade du non-lieu ou dans le jugement final³²¹. La juridiction compétente ordonne soit la *confiscation* des objets saisis en faisant application des articles 58 à 60 CP, soit la *dévolution à l'Etat*, si le droit cantonal le prévoit, soit leur *restitution* au détenteur légitime.

§ 2 La saisie probatoire (Beweisbeschlagnahme)

1. But et objet

La saisie probatoire est une mesure d'investigation destinée à assurer la conservation de tout ce qui peut servir à la *manifestation de la vérité* (armes, instruments, produits de l'infraction, papiers, documents, etc.).

318 ATF 120 Ia 120 (f).

319 ATF 120 IV 297, cons. 3e et les citations = JT 1996 IV 152.

320 MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, AT, p. 134; PIQUEREZ, Commentaire, ad art. 210 al. 2. Le code bernois prévoit, à son article 145, que «les objets et valeurs saisis qui risquent de se déprécier rapidement ou qui exigent un entretien coûteux peuvent faire l'objet d'une réalisation anticipée de gré à gré si leur restitution n'entre pas en ligne de compte pour des motifs de fait ou de droit».

321 Le juge du fond n'est aucunement lié par les décisions antérieures prises par l'autorité d'instruction (RSJ 1992, p. 316).

2. Conditions

La saisie probatoire ne peut être ordonnée que s'il est vraisemblable que les objets à séquestrer sont en relation directe ou indirecte avec une infraction³²². L'objet doit *paraître utile à la manifestation de la vérité* pour qu'il puisse être saisi³²³.

§ 3 La saisie à fin de sûreté (Konfiskationsbeschlagnahme)

1. But et objet

a) Les suites de la saisie conservatoire

Lorsque l'autorité judiciaire d'instruction a procédé à une *saisie conservatoire* (mesure à caractère provisoire) destinée à maintenir sous main de justice pour un temps des valeurs susceptibles d'être confisquées, le juge du fond doit statuer sur le sort définitif des objets séquestrés en prononçant leur *confiscation* (*Einziehung*) ou en décidant *leur restitution* aux ayants droit.

b) But et définition de la confiscation

La confiscation a pour finalité³²⁴ de supprimer tout avantage que pourrait procurer les valeurs patrimoniales provenant d'une infraction (*producta sceleris*) ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction et d'en transférer propriété à l'Etat, qui décidera de leur affectation conformément aux articles 59 et 60 CP, à moins qu'elles ne doivent être restituées au lésé en rétablissement de ses droits (art. 59 al. 1 CP). Lorsque les gains illicites n'existent plus en nature, l'autorité judiciaire peut fixer une créance compensatrice (art. 59 ch. 1 CP). La confiscation tend aussi à séquestrer les objets dangereux³²⁵, soit les objets qui ont servi ou qui devaient

322 HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 194; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 359; PIQUEREZ, Précis, n° 1454; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 755; ATF 122 IV 91 = SJ 1996, p. 357; ATF 117 Ia 424; RSJ 1962, p. 170, 1967, p. 158; cf. aussi ATF 99 Ia 78, cons. 6d, pour un séquestre en matière d'entraide judiciaire.

323 Une vague possibilité que l'objet pourra servir de moyen de preuve ne suffit pas (GVP 1961, n° 41). Le fait que, parmi les documents saisis, se trouvent peut-être des pièces pouvant se révéler par la suite sans pertinence ne doit pas empêcher la saisie. Ce risque est inhérent à une telle mesure de contrainte (ATF 119 IV 175).

324 Sur les différents buts de la confiscation, voir REHBERG, Strafrecht II, p. 193 et Message du 30 juin 1993, FF 1993 III, p. 297 ss.

325 La confiscation d'objets dangereux ne peut être opérée que s'il est suffisamment vraisemblable que, sans cette mesure, la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public seraient mis en péril (ATF 116 IV 117 = JT 1992 IV 14).

servir à commettre une infraction (*instrumenta sceleris*) ou qui sont le produit d'une infraction, s'ils compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public (art. 58 CP).

La confiscation peut ainsi être définie comme *la décision de l'autorité judiciaire répressive consistant à transférer à l'Etat des objets ou valeurs patrimoniales en raison de leur périculosité pour la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public, de leur origine ou de leur utilisation criminelle.*

c) L'objet de la confiscation

1° *Les objets dangereux.* Il s'agit des objets qui compromettent – par leur nature ou par l'usage qui peut en être fait – la sécurité des personnes (armes, poison, explosifs, stupéfiants, faux billets, objets contrefaits, marchandises falsifiées, etc.).

2° *Les valeurs patrimoniales.* La notion de valeurs patrimoniales s'étend aussi bien aux droits réels restreints qu'aux créances, aux droits immatériels et autres avantages économiques susceptibles d'être estimés³²⁶.

2. Conditions

Elles relèvent exclusivement du droit de fond. Aussi pouvons-nous nous limiter à rappeler les principes essentiels.

a) *La confiscation d'objets dangereux* n'est possible que s'ils présentent une *relation étroite* avec une infraction concrète. Le seul fait que de tels objets soient propres ou destinés d'une manière générale à être utilisés de façon éventuellement délictueuse ne suffit pas à justifier une telle mesure³²⁷. En outre, la confiscation d'un objet dangereux suppose qu'il soit suffisamment vraisemblable (et non pas certain) que cette sécurité soit à l'avenir mise en péril³²⁸.

b) *La confiscation de valeurs patrimoniales* doit être prononcée dès qu'il est suffisamment vraisemblable que les valeurs sont dans un *rapport de connexité* avec l'infraction, soit qu'elles sont le produit ou le résultat d'une infraction (*producta et quaesita sceleris*)³²⁹. Si le juge du fond nourrit des

326 Message du 30 juin 1993, FF 1993 III, p. 299.

327 ATF 103 IV 76 = JT 1978 IV 72; ZR 1982, n° 1, p. 1.

328 ATF 116 IV 117 = JT 1992 IV 14. Jugé que, dans l'application de l'article 58 CP, le doute sur la connexité entre un objet et l'infraction profite au prévenu (JT 1990 III 124).

329 SCHMID, Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff, p. 324; BERCHER, Le séquestre pénal, p. 114.

doutes quant à la question de savoir si les valeurs sont le résultat de l'infraction, il renoncera à les confisquer³³⁰.

§ 4 La saisie à fin de garantie (Vermögensbeschlagnahme)

1. Notion, but et caractère

a) Notion et but

A côté de la saisie probatoire et de la saisie à fin de sûreté (en vue de la confiscation), quelques législations cantonales³³¹ prévoient une troisième sorte de saisie: la *saisie à titre de garantie*, opérée sur les biens du prévenu. Ce séquestre de droit cantonal est destiné à garantir le paiement à l'Etat des amendes, des frais de procédure et d'exécution des peines. Il peut s'étendre aux biens du prévenu qui n'ont aucun rapport avec l'infraction³³². D'autres cantons³³³ ne prévoient qu'un *droit de rétention* sur les objets et valeurs trouvés en possession du prévenu ou saisis au cours de la procédure pénale.

b) Caractère

1° La saisie à fin de garantie est une institution de droit cantonal, de caractère essentiellement provisoire. Elle ne vise qu'à maintenir les biens auxquels elle s'applique à la disposition de l'autorité de jugement³³⁴ et elle ne peut servir qu'à *couvrir des intérêts publics*, tels les frais du procès et de l'exécution de la peine, une amende³³⁵.

330 GAILLARD, La confiscation des gains illicites, FSJ n° 73, p. 34.

331 Telles celles d'Argovie (art. 85 al. 1^{bis} Cpp), de Genève (art. 181 A Cpp), où la saisie est possible à concurrence de Fr. 100 000.–, pour autant que le montant des frais de l'Etat dépasse Fr. 10 000.–, de Saint-Gall (art. 106 al. 2 Cpp), d'Uri (art. 125 Cpp) et de Zurich (art. 83 Cpp).

332 OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 363.

333 Par exemple Berne (art. 117 LiCC) et le Jura (art. 384 Cpp).

334 ATF 89 I 185 (f).

335 BERCHER, Le séquestre pénal, p. 134; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 363; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 752. Le droit cantonal de procédure pénale peut même prévoir la mise sous main de justice de droits patrimoniaux d'un prévenu déclaré en faillite pour garantir le paiement des frais de justice (ATF 115 III 1 = JT 1991 II 39). Etant précisé que la saisie ordonnée en vertu de la procédure pénale l'emporte sur la saisie du droit de la poursuite et sur les droits de la masse en faillite. La même règle s'applique au conflit entre la saisie de la procédure pénale et le séquestre ordonné en vertu des articles 271 ss LP (ATF 93 III 89 = JT 1967 II 120).

2° S'agissant d'un *dédommagement du lésé*, seuls les biens *en relation directe* avec l'infraction peuvent être saisis en sa faveur, car sans ce rapport de connexité entre les valeurs et l'infraction, le séquestre servirait à couvrir les prétentions civiles de la victime, ce qui constituerait un séquestre déguisé, condamné par le droit pénal, car contraire à l'article 44 LP³³⁶.

2. Conditions et objet

Là où les législations ne prévoient pas une saisie limitée aux biens et valeurs en relation avec l'infraction³³⁷, la confiscation peut s'étendre à l'ensemble des biens appartenant au prévenu³³⁸. Il suffit que la personne poursuivie soit condamnée aux frais ou à une amende pour que le séquestre soit mis à exécution³³⁹. L'autorité judiciaire est toutefois tenue de respecter les règles sur la protection du débiteur (art. 92 LP)³⁴⁰.

C. Les mesures techniques de surveillance

§ 1 Généralités

1. Nécessité de la surveillance postale, téléphonique, télégraphique et de l'utilisation d'appareils de prise de son ou d'images

a) Un moyen d'investigation nécessaire et efficace

La lutte contre le crime exige de donner à ceux qui sont chargés de le combattre des procédés techniques de lutte et de recherche efficaces. Les mesures de surveillance, qui consistent à surprendre, entendre, enregistrer les conversations ou les communications et à filmer des individus, sont des moyens d'investigation très performants qui peuvent être utilisés *à titre*

336 ATF 117 Ia 424; ATF 116 IV 193, sp. 204 = JT 1992 IV 19; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 196; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 363, 364; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 753 et les arrêts cités.

337 Voir note 331.

338 Ainsi, le TF a même jugé conforme au droit fédéral le séquestre, en garantie de frais de justice échus ou à échoir de la procédure pénale en cours contre l'époux, des biens ayant appartenu à celui-ci et entre-temps définitivement attribués à l'épouse sur la base du régime matrimonial (ATF 119 Ia 453 = JT 1995 IV 183, commenté par PIOTET, p. 162 ss).

339 OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 364.

340 Notamment le minimum vital (RSJ 1992, n° 47, p. 316).

préventif, pour éviter la commission d'une infraction, pour procéder à son constat, ou encore, *à titre répressif*, une fois le délit commis, pour rechercher son auteur ou prouver l'existence de l'infraction³⁴¹.

b) Un moyen d'investigation qui entraîne de graves atteintes aux libertés constitutionnelles

Les mesures techniques de surveillance entraînent une atteinte aux droits de la personnalité, à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du secret des lettres et des télégrammes assurée par l'article 36 al. 4 Cst.³⁴², ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et de la correspondance garanti par l'article 8 ch. 1 CEDH. Aussi, tant la Convention européenne que le droit constitutionnel fédéral exigent que toute atteinte à ces garanties revête un *caractère de nécessité* et elle n'est possible que s'agissant d'infractions d'une *certaine importance* uniquement. En outre, étant de *caractère subsidiaire*, ces mesures de surveillance constituent un *ultimum remedium* en vue de l'établissement des faits³⁴³.

c) La répression des atteintes illégales à la vie privée

Les articles 179 à 179^{novies} CP répriment les infractions contre le domaine secret ou le domaine privé. En particulier, le but des articles 179 à 179^{septies}, introduits dans le Code pénal par la loi du 23 mars 1979 sur la protection de la vie privée, est de favoriser le développement de la personnalité de l'individu contre l'ingérence de l'Etat et des autres individus dans sa vie privée³⁴⁴.

341 DELESSERT, Les méthodes techniques de surveillance, p. 188.

342 Dont la LF sur le service de postes (LSP; RS 783.0; art. 5, 6), l'Ordonnance relative à la loi sur les service des postes (OSP-1; RS 783.01; art. 12-18), la LF sur les télécommunications (LTC; RS 784.10; art. 15-18) et l'Ordonnance sur les services de télécommunications (OST; RS 784.101.1; art. 39-43) règlent en détail la protection. L'inviolabilité du secret des lettres et des télégrammes s'étend aussi au secret des conversations téléphoniques et elle garantit la sphère privée des personnes qui participent à la correspondance postale, téléphonique et télégraphique (ATF 101 IV 350 = JT 1977 IV 26; ATF 109 Ia 273, cons. 4a = JT 1985 I 616, rés.; ATF 120 Ia 314 et 122 I 182).

343 Cour eur. D. H., affaire Klass du 06.09.1978, série A, n° 28; ATF 109 Ia 273, cons. 6d. Dans l'arrêt Klass, la Cour européenne a notamment relevé «qu'il doit exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 des ingérences des pouvoirs publics», en précisant toutefois que les atteintes au droit garanti par l'article 8 CEDH ne se limitent pas aux infractions portant atteinte à la sécurité de l'Etat, mais qu'elles peuvent également tendre au maintien de l'ordre et à la lutte contre la criminalité.

344 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le renforcement de la protection pénale du domaine personnel secret, du 21 février 1968, FF 1968 I, p. 609.

Ainsi, l'article 179 punit celui qui aura ouvert, sans en avoir le droit, un pli ou colis fermé pour prendre connaissance de son contenu et celui qui aura divulgué des faits dont il aura pris connaissance en ouvrant un pli ou colis fermé. L'article 179^{bis} réprime, quant à lui, trois séries de comportement délictueux: 1° écouter ou enregistrer une conversation non publique entre d'autres personnes; 2° tirer profit ou donner connaissance à un tiers d'un fait parvenu à sa propre connaissance au moyen d'une infraction visée au premier alinéa et 3° conserver ou rendre accessible à un tiers un enregistrement illégal. L'article 179^{ter} réprime l'enregistrement clandestin sur un porteur de son d'une conversation non publique à laquelle l'auteur prend part. Enfin, l'article 179^{quater} punit la violation du domaine personnel secret réalisée au moyen d'appareils de prise de vues.

Le secret postal, téléphonique et télégraphique peut être violé non seulement par les organes de la poste, mais aussi par les organes de police et de poursuite pénale³⁴⁵.

d) Les atteintes légalisées

L'article 179^{octies} déclare non punissable toute personne qui, en vertu d'une autorisation expresse de la loi, ordonne des *mesures officielles* de surveillance de la correspondance postale, téléphonique ou télégraphique de personnes déterminées ou prescrit l'utilisation d'appareils techniques de surveillance, à condition qu'elle demande immédiatement l'approbation du juge compétent. Cette approbation peut être donnée en vue de poursuivre ou de prévenir un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie l'intervention, ou un acte punissable commis au moyen du téléphone³⁴⁶. L'article 400^{bis} CP, quant à lui, impose aux cantons de légiférer dans le domaine des atteintes officielles à la vie privée³⁴⁷. Ces mesures sont ordonnées par une autorité exécutive gouvernementale ou judiciaire³⁴⁸.

345 LENDI, in: Commentaire de la Cst., n° 24 ad art. 36.

346 TRECHSEL, Kurzkommentar, n° 2 ad art. 179^{octies}.

347 Les cantons sont en outre tenus de désigner une autorité judiciaire unique d'approbation des mesures de surveillance (art. 400^{bis} al. 1 CP). La réglementation cantonale ne peut s'écarter des règles prescrites à l'art. 179^{octies} CP en autorisant des mesures de surveillance dans des conditions plus larges. En revanche, rien ne leur interdit de se montrer plus restrictifs que le législateur fédéral (SCHUBARTH, Kommentar, p. 122, n° 6 et FOËX, La loi fédérale sur la protection de la vie privée, p. 64 et ATF 109 Ia 273).

348 FOËX, La loi fédérale sur la protection de la vie privée, p. 52.

2. *Les conditions de fond de la mise sous surveillance*

La mise sous écoutes téléphoniques ou l'utilisation d'appareils techniques de surveillance (micros, caméras miniatures, etc.) exige la *réalisation cumulative des conditions énoncées* à l'article 179^{octies} al. 2 CP, soit si:

- a) la poursuite pénale a pour objet un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie cette mesure, ou un acte punissable commis au moyen du téléphone et si,
- b) des faits déterminés rendent la personne à surveiller suspecte d'être l'auteur de l'infraction ou d'y avoir participé et si,
- c) à défaut de surveillance, les investigations sont notablement plus difficiles à mener ou si d'autres actes d'instruction n'ont pas donné de résultat.

Le *principe de la proportionnalité* doit être respecté et la surveillance ne peut être ainsi ordonnée que pour la forte et la moyenne criminalité, soit pour des infractions revêtant une certaine gravité³⁴⁹. La *mise sous surveillance* exige qu'il existe des éléments suffisants permettant d'admettre qu'un acte punissable a été commis³⁵⁰ ou va être commis. De ce fait, elle peut être ordonnée dans une poursuite ouverte contre inconnu³⁵¹.

3. *Les moyens techniques de surveillance*

Tous les procédés acoustiques ou optiques³⁵²: micros, magnétophones, appareils d'écoute à distance, caméras miniatures que l'on appelle communément «mini-espions», tables d'écoute, appareils photographiques, sont susceptibles d'être utilisés à titre préventif ou répressif par les organes de police. Ainsi, grâce aux méthodes scientifiques les plus modernes et aux moyens

349 Certains arrêts (ATF 117 Ia 10 = JT 1993 IV 91 et Obergericht ZH du 14.4.1987, plädoyer 5/1987, p. 38) ont considéré comme douteux que le faux témoignage au sens de l'art. 307 CP soit une infraction suffisamment grave pour motiver le recours à une mesure de surveillance. Ce qui ne manque pas d'étonner, vu la gravité de l'infraction et ses conséquences dans le domaine judiciaire, notamment lorsque le faux témoignage est susceptible d'entraîner une erreur judiciaire! Dans le même sens: SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 763.

350 Cf. RJB 1986, p. 34; PIQUEREZ, *Précis*, n° 1495; LENDI, in: *Commentaire de la Cst.*, n° 27 ad art. 36.

351 ATF 109 Ia 273, cons. 6d et RJB 1986, p. 34.

352 Les prises de vue opérées lors de manifestations publiques ou d'infractions commises sur la voie publique (comme p. ex. la vente de stupéfiants) n'entrent pas en considération dans les mesures techniques de surveillance (SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 771, p. 232; voir p. ex. O bernoise sur l'engagement par la police d'enregistreurs d'images et de sons lors de manifestations de masse [RSBE 152.041.21]). Il en va de même des contrôles de vitesse effectués par radars fixes ou mobiles (RFJ 1992, p. 288).

techniques sophistiqués, il est possible de saisir par le son et l'image des individus et leurs conversations, voire d'identifier leur voix.

§ 2 La surveillance de la correspondance postale, téléphonique et télégraphique

1. Les conditions de fond de la mise sous surveillance

a) A titre de moyen d'investigation

1° *S'agissant d'un suspect ou d'un inculpé.* Des mesures de surveillance ne peuvent être ordonnées que si:

- la poursuite pénale concerne un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie l'intervention³⁵³, ou une infraction commise au moyen du téléphone³⁵⁴;
- des faits ou des renseignements concrets, au moment de la surveillance³⁵⁵, permettent de soupçonner la personne visée d'être l'auteur de l'infraction ou d'y avoir participé³⁵⁶;
- à défaut de surveillance, les investigations nécessaires seraient notablement plus difficiles à mener ou que d'autres actes d'instruction n'ont pas donné de résultat³⁵⁷.

2° *S'agissant des tiers.* La surveillance est également possible à l'égard des autres usagers non soumis au secret professionnel si les conditions concer-

353 ATF 117 Ia 10 = JT 1993 IV 91.

354 Avec l'adoption de la LF sur les télécommunications (LTC) du 21.6.1991 (RS 784.10; art. 16) le texte de l'art. 179^{octies} a été modifié; dorénavant, seule une poursuite pénale ayant pour objet un *crime* ou un *délit* peut donner lieu à une surveillance (Message concernant la loi sur les télécommunications, du 7.12.1987, FF 1988 I, p. 1298). Si un abonné est victime d'appels abusifs (art. 179^{septies} CP), les PTT sont tenus, conformément à l'art. 18 LTC, de déterminer l'heure et l'origine de ces appels. Le résultat d'une mesure de surveillance ordonnée en violation des conditions posées par l'art. 179^{octies} al. 2 CP doit être écarté de façon inconditionnelle (BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 208).

355 ATF 117 Ia 110 = JT 1993 IV 91.

356 ATF 109 Ia 273, cons. 6d = JT 1985 I 616, rés. De surcroît, la surveillance ne peut être ordonnée qu'en vue de l'*établissement des faits*, une surveillance dite exploratoire ou générale est exclue (cf. BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 210). En revanche, elle peut être ordonnée dans une poursuite ouverte contre inconnu (même arrêt et RJB 1986, p. 30 et 33).

357 Cette dernière condition concrétise le *principe de subsidiarité* des mesures de surveillance, qui ne peuvent être mises en oeuvre que si d'autres actes d'instruction tels que l'interrogatoire du prévenu, l'audition de témoins, la perquisition, par exemple, ne sont pas susceptibles d'aider à la recherche de la vérité (OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 393).

nant le suspect ou l'inculpé sont réunies et que des faits déterminés font présumer que ces tiers reçoivent ou transmettent des informations à l'inculpé ou au suspect ou que ces derniers utilisent le raccordement téléphonique du tiers³⁵⁸.

Une mesure de surveillance ne peut frapper qu'une personne individuelle déterminée ou un groupe de personnes dont les différents membres sont déterminés³⁵⁹. Il est en revanche possible d'ordonner la surveillance de cabines téléphoniques publiques³⁶⁰.

b) A titre de moyen de prévention

Il faut, pour ordonner une surveillance à titre préventif – en sus des conditions cumulatives énoncées sous litt. a ci-dessus – qu'il soit nécessaire de prévenir un acte punissable (crime ou délit) qui justifie l'intervention. Les mesures préventives tendent à empêcher que des actes punissables ne soient commis³⁶¹. Dès qu'il existe des indices concrets d'un danger immédiat de commission d'une infraction, l'autorité compétente peut ordonner une surveillance à titre préventif³⁶².

358 ATF 109 I 273, cons. 8. On admet que le raccordement de tiers est utilisé par le prévenu non seulement lorsque celui-ci téléphone, mais aussi lorsqu'on appelle ce raccordement (RJB 1986, p. 35 et 274). La mise sous surveillance des personnes soumises au secret professionnel (avocats, ecclésiastiques, médecins, notaires, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs aides) ou de fonction est interdite, à moins qu'elles soient soupçonnées elles-mêmes de commettre une infraction ou lorsqu'il existe de sérieux soupçons que le suspect ou l'inculpé utilise leur appareil. Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus de procéder à une surveillance d'un tiers, mais d'un suspect ou d'un prévenu (HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 206; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 394; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 765). L'interdiction de la surveillance s'étend non seulement aux installations de la personne couverte par le secret, mais aussi aux conversations échangées avec le suspect ou le prévenu et enregistrées sur l'appareil de ce dernier (dans le même sens: BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 216, qui critique à juste titre une jurisprudence vaudoise contraire, publiée in: JT 1983 III 87). Les enregistrements couverts par le secret professionnel doivent être détruits par le juge d'instruction, non par les PTT (ATF 115 IV 67 (f), sp. 72; HAUSER, Kruzlehrbuch, p. 206).

359 Ainsi est-il possible de surveiller le raccordement d'une association, lorsque tous ses membres sont suspectés et donc visés par la mesure. En revanche, le cercle des personnes fréquentant un restaurant est trop indéterminé pour justifier une surveillance, car le risque de toucher des tiers nullement soupçonnés serait alors envisagé et accepté par avance (RSJ 1988, n° 3, p. 13).

360 RJB 1986, p. 328 et RSJ 1992, p. 12.

361 Ainsi, les actes préparatoires déclarés punissables de par la loi (art. 260^{bis} CP) relèvent de la surveillance d'investigation, non d'une surveillance aux fins de prévenir le crime qui se prépare (BENTIVEGNI, Les mesures officielles de surveillance en droit pénal, p. 52).

362 NOLL, Technische Methoden zur Überwachung, p. 64 et BENTIVEGNI, Les mesures officielles de surveillance en droit pénal, p. 55. De simples soupçons ne suffisent pas.

2. *La mise en oeuvre de la surveillance*

a) Compétence pour ordonner la surveillance

La compétence pour décider la mise sous surveillance varie selon le genre des mesures.

1° *A titre préventif*. En règle générale, les législations cantonales confèrent le droit d'ordonner des mesures à titre de moyen de prévention aux directeurs cantonaux de la police, soit aux conseillers d'Etat chargés du Département de la police³⁶³. A la Confédération et dans le Jura on a confié cette compétence au ministère public³⁶⁴.

2° *A titre de moyen d'investigation*. Sont compétents pour ordonner une mesure dans une procédure après ouverture de l'action publique les organes d'instruction³⁶⁵.

b) Compétence pour contrôler et approuver la mise sous surveillance

1° *Principe*. Conformément au texte de l'article 179^{octies} al. 1 CP, une mesure officielle de surveillance ne peut être ordonnée valablement qu'à la condition d'être approuvée immédiatement par le *juge compétent*.

2° *L'autorité compétente*. Il ne peut s'agir que d'une *autorité judiciaire*, en l'occurrence un juge (Chambre d'accusation ou son président), ce qui exclut de conférer ce droit au ministère public.

c) Les caractères de la procédure

Les dispositions (fédérales ou cantonales) régissant la mise sous surveillance et l'utilisation d'appareils techniques de surveillance sont caractérisées par leur officialité, leur rapidité et le secret³⁶⁶.

1° *L'officialité*. La procédure de mise sous surveillance est marquée par le caractère essentiellement judiciaire³⁶⁷ du contrôle institué par le législateur fédéral en vue d'assurer la protection des droits constitutionnels des personnes frappées à leur insu par une mesure et d'éviter des abus.

363 FOEX, La loi fédérale sur la protection de la vie privée, p. 51.

364 Art. 72 PPF et 79 al. 5 Cpp JU.

365 FOEX, La loi fédérale sur la protection de la vie privée, p. 51. On notera toutefois qu'en procédure pénale fédérale le procureur général de la Confédération conserve sa compétence jusqu'à l'ouverture d'une instruction (art. 72 al. 1 PPF).

366 FOEX, La loi fédérale sur la protection de la vie privée, p. 55.

367 Cf. ATF 115 IV 67, cons. 2c (f).

2° *La rapidité*. Le contrôle judiciaire intervient dans un très court délai. En règle générale, la décision de mise sous surveillance doit être soumise au plus tard dans les vingt-quatre heures qui suivent à l'autorité d'approbation et cette dernière doit elle-même statuer à bref délai³⁶⁸.

3° *Le secret*. La procédure de surveillance et de contrôle est secrète à l'égard de la personne touchée, qui ignore qu'elle est l'objet d'une telle mesure. Tant et aussi longtemps que dure la surveillance, les personnes qui en sont l'objet ne doivent pas être averties, afin de préserver le résultat de l'enquête et d'atteindre le but recherché³⁶⁹.

d) La mise en oeuvre

1° *La décision*. L'autorité compétente pour ordonner une mesure de surveillance (à titre préventif ou d'investigation) prend une décision *écrite*³⁷⁰ et *motivée*, qui sera transmise à la division principale des services du contentieux de la Direction générale des PTT (art. 40 al. 1 OST).

2° *La collaboration des PTT*. La mise sous surveillance demandée par un canton à l'Administration des PTT est une *mesure d'entraide* au sens de l'article 352 al. 1 CP. Les contestations dans ce domaine entre un canton et les PTT sont tranchées par la Chambre d'accusation du TF, conformément aux articles 357 CP et 252 PPF³⁷¹. Lorsque les PTT sont requis de prendre contre une personne des mesures de surveillance postale, téléphonique et télégraphique, ils peuvent seulement examiner si la demande émane de l'autorité compétente et si les motifs invoqués sont prévus par la loi. Il ne leur appartient pas de contrôler si les mesures sont admissibles en vertu du droit cantonal et adéquates³⁷². Face à une requête d'écoutes téléphoniques en bonne et due forme, les PTT ne peuvent refuser la remise au juge d'instruction des enregistrements ou en subordonner la délivrance à un engagement de ce magistrat de respecter le secret des télécommuni-

368 Cf. p. ex. art. 66^{bis} al. 1 et 66^{quater} PPF; art. 156 al. 1 et 157 al. 2 Cpp BE; art. 184 B al. 2 et 184 C al. 1 Cpp GE; art. 114 al. 1 Cpp SG; art. 104 b Cpp ZH.

369 RJB 1988, p. 32.

370 En cas d'urgence, la surveillance pourra être ordonnée oralement (SCHMID, Strafprozessrecht, n° 766 et art. 40 al. 2 OST; RS 784.101.1).

371 ATF 79 IV 179 = JT 1953 IV 155.

372 ATF 79 IV 179 = JT 1953 IV 155. L'article 16 al. 1 LTC indique à quelles conditions les PTT sont tenus, en vertu du droit fédéral, d'accepter une requête des autorités cantonales tendant à prendre une mesure de surveillance (cf. ATF 101 IV 350 = JT 1977 IV 26, concernant l'art. 7 LCTT [maintenant art. 16 LTC]). Dans le canton de Vaud, l'autorisation du Juge d'instruction cantonal doit être requise *préalablement* à la mise sous surveillance (art. 229 al. 3 Cpp), ce qui ne manque pas de surprendre.

cations. Il incombe au juge d'instruction – et non pas aux PTT – d'effacer ou de faire effacer tous les enregistrements dont le contenu est sans rapport avec l'enquête pénale entreprise (c'est-à-dire celle pour laquelle la surveillance a été ordonnée) ou qui sont couverts par le secret professionnel³⁷³.

3° *Le contrôle du juge*. Dans les vingt-quatre heures qui suivent sa décision, l'autorité compétente en soumet une copie, accompagnée du dossier et d'un bref exposé des motifs, à l'approbation de l'autorité de contrôle³⁷⁴. Cette dernière effectue un contrôle *a posteriori* et elle examine si toutes les conditions de fond et de forme d'une surveillance sont réalisées³⁷⁵. Elle dispose d'un plein pouvoir d'examen et elle peut non seulement apprécier la *légalité* des mesures ordonnées, mais aussi leur *opportunité*, par exemple estimer s'il y a eu excès ou abus du pouvoir d'appréciation. Si l'autorité ne soumet pas sa décision pour approbation, ou si celle-ci est refusée, les mesures de surveillance sont *illégales* et il doit y être mis fin sans délai³⁷⁶. Les procès-verbaux établis dans ces conditions ne pourront être versés au dossier et ils devront être détruits.

L'interlocuteur d'une personne légalement surveillée de même que les autres usagers du raccordement surveillé bénéficient d'une protection constitutionnelle propre et ils peuvent exiger que la légalité de la surveillance soit contrôlée *a posteriori* et que les conversations téléphoniques ne soient pas divulguées, ni utilisées à leur encontre. L'admissibilité de telles écoutes et de leur utilisation en procédure doit être examinée par le juge, sur demande des intéressés³⁷⁷.

373 ATF 115 IV 67 (f).

374 Cf. p. ex. art. 66^{bis} al. 1 PPF; art. 156 al. 1 Cpp BE; art. 184 B al. 2 Cpp GE et 104 b Cpp ZH.

375 Selon l'article 66^{ter} PPF, «le président de la Chambre d'accusation examine la décision au vu de l'exposé des motifs et du dossier. S'il constate qu'il y a eu violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, il abroge la décision». Voir FOËX, La loi fédérale sur la protection de la vie privée, p. 55, concernant l'objet du contrôle.

376 Cf. RJB 1992, p. 415 et 416.

377 ATF 122 I 182.

e) La durée de la surveillance

Elle varie selon les législations³⁷⁸. Faute de solliciter à temps une demande de prolongation et d'obtenir l'approbation de la prorogation de la surveillance, celle-ci devient *illégal*e et elle doit cesser³⁷⁹.

3. *L'utilisation des résultats de la surveillance*

a) Principes

- 1° Toutes les pièces (enregistrements originaux et retranscriptions) sont conservées par le juge, tant qu'elles sont susceptibles de servir à la manifestation de la vérité³⁸⁰. Dans l'hypothèse où la surveillance aboutit à la découverte de documents ou à l'enregistrement de conversations entre le prévenu et son défenseur ou d'autres personnes astreintes au secret professionnel, ces conversations ne seront pas communiquées au juge. Si néanmoins elles parviennent à sa connaissance, il y a lieu de ne pas les verser au dossier et de les détruire³⁸¹.
- 2° Seules les pièces obtenues ou établies grâce à la surveillance et nécessaires à la manifestation de la vérité sont versées au dossier³⁸². C'est au juge d'instruction qu'il incombe de faire le tri, non aux PTT.

378 Elle est, par exemple, d'un mois dans le Jura (art. 196 Cpp), de trois mois à Berne (art. 156 al. 2 Cpp) et de six mois en procédure fédérale (art. 66^{bis} al. 2 PPF).

379 SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 766 i.f. La prolongation d'une surveillance avec effet rétroactif ou son approbation avec effet rétroactif sont illégales (RJB 1992, p. 415 et 416); la Chambre d'accusation a toutefois admis la possibilité d'une surveillance rétroactive pour les données dites secondaires (p. ex. identification des interlocuteurs de la personne surveillée), en cas d'infractions graves (RJB 1996, p. 624).

380 Aucune transcription, aussi fidèle soit-elle, ne saurait remplacer la valeur probante d'un enregistrement original sur bande magnétique. Et l'on doit pouvoir se référer à l'enregistrement original, qui souvent seul permet de trancher certaines questions (telle p. ex. l'identification d'un interlocuteur). L'accusé a le droit d'exiger que le tribunal *forge sa conviction* quant aux faits reprochés *sur la base des enregistrements eux-mêmes* et non *pas simplement sur la base de leur transcription* (RSJ 1987, n° 55, p. 382 = BJP 1989, n° 669); en outre, le prévenu a le droit de présenter tout moyen de preuve permettant d'établir la fausseté des écoutes (ZR 1991, n° 27, p. 93; RSJ 1987, n° 55, p. 382). Le fait de ne pas soumettre le moyen de preuve original, soit l'enregistrement, constitue une *violation des droits de la défense*.

381 Si, au moment d'ordonner la surveillance, le juge connaît déjà les personnes susceptibles de prendre contact avec le prévenu (p. ex. parce qu'il a déjà constitué mandataire), il lui appartient d'en informer l'administration des PTT (cf. RJB 1986, p. 35 et Circulaire n° 55 de la Chambre d'accusation du canton de Berne du 29.11.1988; art. 184 F al. 2 Cpp GE; ATF 115 IV 67, cons. 4).

382 Cf. p.ex. art. 104 d al. 1 Cpp ZH et 184 F al. 1 Cpp GE. Lorsque le résultat de la surveillance sort du cadre de l'autorisation du juge, soit lorsqu'elle ne présente aucun rapport avec les faits à établir, il s'agit d'une preuve obtenue fortuitement (*infra*, litt. c).

b) Le sort des documents et enregistrements qui ne sont pas nécessaires à l'enquête

1° *La destruction des résultats de la surveillance.* Tous les documents saisis et les transcriptions des enregistrements qui ne sont pas nécessaires à l'enquête sont conservés séparément, sous clé, et détruits à l'issue de la procédure³⁸³.

2° *La restitution de la correspondance postale et télégraphique séquestrée.* Dès que le séquestre n'a plus d'objet, mais au plus tard à l'issue de la procédure, les télégrammes et les envois postaux saisis sont remis au destinataire³⁸⁴.

c) L'utilisation des renseignements obtenus de manière fortuite (*Zufall-funde*)

1° En principe, les résultats d'une mesure de surveillance ne peuvent être utilisés qu'à l'encontre de celui qui est inculpé ou soupçonné sur la base d'indices sérieux.

2° Les renseignements obtenus par hasard peuvent être utilisés si la surveillance aurait pu aussi être ordonnée à l'égard de celui qui a appelé le numéro surveillé³⁸⁵. Cette question sera examinée ultérieurement dans le cadre de la procédure dirigée contre l'interlocuteur³⁸⁶.

383 Cf. art. 66 al. 1^{er} PPF, 159 al. 1 Cpp BE, 71a al. 4 Cpp BS, 20 e Cpp FR, 184 G al. 2 Cpp GE, 199 Cpp JU, 103 g Cpp VS et 104 d al. 1 Cpp ZH.

384 Voir p. ex. art. 159 al. 2 Cpp BE, 199 al. 3 Cpp JU, 184 G al. 1 Cpp GE, 103 f al. 4 Cpp VS et 104 d al. 2 Cpp ZH.

385 ATF 120 Ia 314 et les auteurs cités et ATF 122 I 182, qui précise que l'existence d'un soupçon préalable n'est pas exigé (cons. 5) et que la personne surveillée ne peut pas se prévaloir du droit de refuser de témoigner en raison de la parenté, ni du droit au silence en sa qualité d'accusé (cons. 6). Voir aussi RFJ 1995, n° 20, p. 94.

386 Les législations de Nidwald (art. 59^{quater} al. 4 Cpp), de Schaffhouse (art. 196 Cpp), d'Uri (art. 135 Cpp) et de Zurich (art. 104 d al. 3 Cpp) prévoient que les informations fortuites révélant la commission d'une autre infraction ne peuvent être utilisées que si les conditions ordinaires de la surveillance sont réalisées quant aux faits découverts par hasard: il faut que l'infraction révélée soit un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie la surveillance. Si tel n'est pas le cas, le résultat de la surveillance ne peut être utilisé comme moyen de preuve; dans la mesure où elle fait toutefois naître un soupçon pressant, il peut servir de point de départ à des investigations ultérieures (BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 212 et RSJ 1988, n° 3, p. 13; voir aussi ATF 117 Ia 10 = JT 1993 IV 91).

3° Lorsque les preuves obtenues fortuitement sont couvertes par le secret professionnel ou de fonction, leur utilisation est exclue, sauf si le confident est lui-même inculpé³⁸⁷.

4. *L'avis ultérieur aux personnes touchées par la surveillance*

a) La règle

Tant que dure la surveillance, les personnes qui en sont l'objet ne doivent pas être averties, afin de préserver le résultat de l'enquête.

b) L'obligation d'aviser

Mais à l'issue de la procédure, toute personne ayant fait l'objet d'une surveillance (à titre préventif ou d'investigation) doit en être informée, car il est contraire au principe de la proportionnalité et à l'article 13 CEDH d'exclure de façon générale tout avis ultérieur aux personnes soumises à la surveillance³⁸⁸. Aussi la plupart des législations fédérales et cantonales³⁸⁹ prévoient-elles que toute personne ayant fait l'objet d'une surveillance doit en être informée à l'issue de la procédure³⁹⁰, afin qu'elle puisse faire valoir ses droits, notamment exiger un contrôle de légalité a posteriori et que les résultats de la surveillance ne soient pas, le cas échéant, divulgués ou utilisés à son encontre³⁹¹. Même si certains codes cantonaux ne prévoient pas l'avis

387 Dans cette dernière hypothèse, selon BÉNÉDICT, *Le sort des preuves illégales*, p. 193, il convient de distinguer deux cas de figure:

- les renseignements révèlent la commission par le confident d'autres infractions que celles qui font l'objet des poursuites; une pesée des intérêts en présence sera déterminante;
- des tiers non impliqués sont mis en cause; il faudra renoncer impérativement à faire usage du résultat de la surveillance.

Voir GVP 1990, n° 79, p. 211.

388 Cela vaut pour les inculpés et les suspects comme pour les tiers (ATF 109 Ia 273, cons. 12 = JT 1985 I 616, rés.). A moins que le maintien du secret ne s'impose, le suspect, le prévenu et le tiers dont la correspondance a été surveillée, à l'exclusion des autres personnes ayant participé aux conversations interceptées, ont le droit d'être avisés après coup des motifs, du mode et de la durée de la mesure (RFJ 1995, n° 19, p. 88).

389 P. ex. art. 66^{quinquies} PPF, 158 al. 2 Cpp BE, 200 Cpp JU, art. 24 c al. 2 Cpp TG, 103 i ch. 2 Cpp VS, art. 21^{quinquies} al. 1 Cpp ZG. Zurich a même légiféré en matière d'information des personnes qui sont l'objet d'une surveillance (cf. SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 770). En procédure fédérale (art. 66^{quinquies} PPF), le juge d'instruction ne peut renoncer à cette communication que si des intérêts publics importants, en particulier la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération, exigent le maintien du secret.

390 Elle jouit d'un droit constitutionnel à être informée fondé sur l'art. 4 Cst. (OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 398).

391 ATF 122 I 182, cons. 3 et 4.

aux tiers ayant fait l'objet d'une surveillance, les autorités judiciaires sont tenues d'effectuer la communication pour leur permettre de faire contrôler la légalité de la surveillance³⁹².

§ 3 L'emploi d'appareils techniques de surveillance

1. Principe

La législation fédérale (art. 179^{octies} al. 1 CP) permet à la Confédération et aux cantons de mettre en oeuvre, à titre préventif ou répressif, une surveillance officielle au moyen d'appareils d'écoute ou de prise de vues au sens des articles 179^{bis} à 179^{quater} CP, qui répriment l'utilisation de tels moyens à titre privé³⁹³.

2. Conditions et procédure

La mise en oeuvre d'appareils techniques de surveillance est soumise aux mêmes conditions de fond et de forme que la surveillance postale, téléphonique et télégraphique³⁹⁴. Ainsi, de telles mesures ne peuvent être ordonnées que si:

- a) la poursuite pénale concerne un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie une telle intervention dans la sphère privée;

392 Dans le même sens: SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 770 i.f. Cf. aussi OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 399. Sur l'ensemble de la question: SCHMID, *Die nachträgliche Mitteilung von technischen Überwachungsmaßnahmen im Strafprozess*, not. p. 43 ss. Selon la Cour européenne (arrêt *Klass* du 6.9.1978, série A, n° 28, par. 71), la surveillance des communications téléphoniques sans que la personne surveillée soit avertie après coup est en principe contraire au droit à un «recours effectif» garanti par l'article 13 CEDH. Pour qu'un recours puisse être introduit, il est en effet indispensable que la personne surveillée ait connaissance, à un moment ou à un autre, de la mesure de surveillance (MALINVERNI, FJS n° 1383, p. 3, note 9). On réservera les limitations inhérentes à la sécurité nationale et à la sûreté publique, par exemple (cf. art. 66 al. 2^{quinq} PPF et 8 al. 2 CEDH).

393 L'utilisation des «mini-espions» comporte nécessairement «une intrusion plus marquée dans la sphère intime d'une personne, qui se trouve être espionnée alors même qu'elle n'utilise pas les moyens de communication ordinaires publics de l'Etat» (FOËX, *La loi fédérale sur la protection de la vie privée*, p. 63).

394 Art. 179^{octies} al. 2 CP; SCHMID, *Strafprozessrecht*, n° 771. L'emploi d'appareils techniques de surveillance ne nécessite une procédure d'autorisation que s'il s'agit d'enregistrer une conversation *non publique* ou d'observer avec un appareil de prise de vues ou de fixer sur un porteur d'images un fait qui relève du domaine secret ou du domaine privé (OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 404). Ainsi, l'utilisation de caméras vidéo pour filmer un trafic de stupéfiants se déroulant en pleine rue devant un restaurant n'est pas soumise à autorisation (ZR 1996, n° 70, p. 213).

- b) la personne visée est soupçonnée en raison de faits déterminés d'être l'auteur de l'infraction ou d'y avoir participé;
- c) à défaut de surveillance, les investigations nécessaires seraient notablement plus difficiles à mener, ou d'autres actes d'instruction n'ont pas donné de résultat.

De telles mesures de surveillance impliquent également le respect du principe de la proportionnalité, du contrôle judiciaire et de l'avis ultérieur aux personnes touchées³⁹⁵.

§ 4 La surveillance des communications informatiques

1. *Vue générale*

Le développement de l'informatique et des nouvelles technologies de télécommunication, ainsi que la multiplication des traitements de données manuels ou informatisés, publics ou privés, ont augmenté les atteintes à la personnalité. En même temps, ces moyens modernes ont ouvert de nouvelles perspectives d'investigation aux autorités d'enquête pénale. Ainsi, en vertu du principe de la liberté de la preuve, rien ne s'oppose à l'utilisation dans le procès pénal de listings d'ordinateurs, de disquettes ou d'autres supports de données magnétiques ou optiques³⁹⁶. Aussi la Confédération a-t-elle légiféré dans le domaine, en adoptant, le 19 juin 1992, la loi fédérale sur la protection des données (LPD)³⁹⁷, dont le but est de «protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes lors de traitements de données personnelles» (art. 1 LPD). L'adoption de cette loi a conduit à l'introduction dans le Code pénal de l'article 179^{novies} qui réprime désormais la soustraction «d'un fichier des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité qui ne sont pas librement accessibles».

2. *Conditions de la surveillance informatique officielle*

Les communications assurant la transmission de données informatiques, quels que soient le mode de transmission et la technique adoptée, bénéficient également du secret de la correspondance postale, téléphonique et télégraphi-

395 ATF 109 Ia 273, cons. 7 = JT 1985 I 616, rés.

396 BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, p. 219 et SCHMID, Strafprozessuale Fragen, p. 90.

397 RS 235.1.

que³⁹⁸. De ce fait, les dispositions qui réglementent la levée de ce secret s'appliquent aussi aux communications informatiques transmises par les PTT³⁹⁹. Il devrait en aller de même des télécommunications fournies par des «tiers» au sens de la loi fédérale sur les télécommunications (LTC)⁴⁰⁰.

Le problème est différent lorsque les transmissions n'empruntent pas l'infrastructure publique des PTT⁴⁰¹.

D. Les mesures portant atteinte au corps humain

§ 1 Généralités

1. *La nécessité de recourir à des moyens d'investigation qui touchent au corps des personnes*⁴⁰²

Pour établir la vérité, l'autorité judiciaire pourra être amenée à recourir à des mesures susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique⁴⁰³ des «sujets du procès», soit des parties (prévenu et victime), mais aussi des tiers (p. ex. des témoins). De telles mesures sont susceptibles de causer de graves atteintes à la liberté personnelle. Ainsi, les prélèvements sanguins violent l'intégrité physique, l'expertise psychiatrique atteint l'intégrité morale, alors que la fouille intime lèse la sphère intime. Aussi le recours à ces moyens doit-il

398 LENDI, in: Commentaire de la Cst. fédérale, n° 25 ad art. 36.

399 BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales en procédure pénale, p. 223 et SCHMID, Strafprozessuale Fragen, p. 103, 104.

400 BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales en procédure pénale, p. 223; SCHMID, Strafprozessuale Fragen, p. 103, 104, dans le même sens également, mais plus nuancé.

401 Selon BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales en procédure pénale, p. 223, la surveillance de ces communications «internes» transitant, par exemple, entre deux ou plusieurs ordinateurs fonctionnant en réseau constitue une atteinte à la vie privée qui nécessiterait une base légale topique. SCHMID, Strafprozessuale Fragen, p. 103, 104 et Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, n° 11.4.2 ad art. 143, est du même avis.

402 Nous ne traiterons dans cette étude que des mesures portant atteinte au corps humain des êtres vivants, à l'exclusion de celles qui sont susceptibles d'être ordonnées en cas de mort suspecte à l'égard des cadavres.

403 L'intégrité corporelle est atteinte par toute intervention dans le corps humain, même si celle-ci ne cause ni lésion, ni douleur. Une petite piqûre pour une prise de sang ou l'infime dose de rayons de l'examen radiologique ne causant aucun dommage suffit déjà pour qu'une telle atteinte entre dans le champ d'application de la liberté personnelle (HALLER, in: Commentaire de la Cst., n° 38 ad Liberté personnelle).

répondre à des exigences strictes, notamment celles de la base légale claire et du respect du principe de la proportionnalité.

2. *Les différentes mesures d'investigation*

Les mesures qui entrent en considération sont toutes d'ordre *médical*. Il s'agit de l'*examen médical* ou *corporel*, qui a pour objet le corps humain d'une personne vivante. Il tend à préciser et à constater l'état, les qualités ou propriétés *physiques* (examen corporel) ou *psychiques* (examen mental) du corps humain et de l'individu, afin d'en tirer des conclusions juridiques. Le but de ces mesures est donc de découvrir des preuves ou des indices susceptibles de prouver l'infraction et la culpabilité de l'auteur présumé, ou d'établir son innocence⁴⁰⁴.

3. *La compétence pour ordonner les mesures portant atteinte au corps humain*

Vu la nature et la gravité de l'atteinte aux libertés constitutionnelles qu'elles sont susceptibles de causer, en principe seuls les organes de justice sont habilités à ordonner des mesures qui touchent à l'intégrité des individus et qui sont confiées à des experts (médecins, médecins légistes, biologistes, psychologues). Dans le cadre de l'enquête préliminaire, la police n'est compétente que pour ordonner une prise de sang dans le domaine des infractions à la circulation routière, des mesures d'identification, ou de procéder à des fouilles⁴⁰⁵.

4. *Les personnes susceptibles d'être l'objet de mesures de contrainte*

Le cercle des personnes susceptibles d'être soumises à des mesures médicales varie d'une législation à l'autre. Certains codes n'autorisent en principe et sauf circonstances spéciales le recours à de tels moyens qu'à l'égard du suspect ou du prévenu⁴⁰⁶, alors que d'autres législations envisagent également

404 PIQUEREZ, Précis, nos 1483, 1484.

405 *Supra*, chapitre II, §§ 1 et 2; PIQUEREZ, Précis, n° 1482; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 727 et 729.

406 Tel est le cas à Berne (art. 161 al. 2 Cpp), à Zurich (cf. SCHMID, Strafprozessrecht, n° 724) et en procédure pénale fédérale, où l'art. 73^{ter} al. 3 PPF énonce qu'«une personne *non inculpée* ne peut être examinée *sans son consentement* que s'il s'agit d'établir un fait important qui ne peut l'être par aucun autre moyen»; Bâle-Ville (art. 63 al. 1 Cpp) connaît une disposition identique.

l'examen corporel des tiers⁴⁰⁷. Enfin, d'autres cantons réservent le droit des tiers habilités à refuser de témoigner⁴⁰⁸.

5. *Les conditions de fond des mesures portant atteinte au corps humain*

- a) Un examen de l'état physique ou psychique du *prévenu* est possible lorsqu'il sert à établir un fait en relation avec l'infraction qui est l'objet des poursuites ou pour apprécier sa responsabilité pénale.
- b) S'agissant des *tiers*, un examen médical ne peut avoir lieu contre leur gré que s'il s'agit d'établir un fait important qui ne peut l'être par un autre moyen⁴⁰⁹. L'autorité judiciaire est tenue de respecter les règles de la *subsidiarité* et de la *proportionnalité* de la mesure, même si la loi ne soumet l'examen de tierces personnes à aucune condition particulière.

§ 2 L'examen médical ou corporel

1. *Notion et objet*

L'examen corporel (*körperliche Untersuchung*) a pour objet le corps humain et il peut porter sur l'ensemble du corps ou sur certaines parties seulement, à titre *externe* (examen gynécologique, examen des traces et des taches) ou à titre *interne* (prélèvements du sang, des urines, du sperme, de la salive, de la peau, de cheveux, des muscles, ponction lombaire, sondage de l'estomac, etc.). L'examen médical ne peut être pratiqué que par un médecin⁴¹⁰.

2. *Les limites de l'examen corporel*

La recherche des preuves ne peut être faite par n'importe quel procédé et elle comporte certaines limites imposées par les principes généraux du droit. Ainsi, l'article 3 CEDH prohibe les «traitements inhumains ou dégradants» et, d'une manière générale, la recherche des preuves doit être *loyale*. Aussi, les moyens employés dans le cadre des mesures médicales ne doivent

407 Par exemple dans le Jura (art. 180 al. 4 Cpp), à St-Gall (art. 116 al. 3 Cpp; OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, p. 382) ou dans le canton de Vaud (art. 233 al. 2 Cpp).

408 Tel est le cas dans les législations argovienne (art. 92 al. 3 Cpp) et thurgovienne (art. 130 al. 2 Cpp).

409 HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 210.

410 CLERC, *Initiation à la justice pénale*, p. 177; HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 210.

notamment pas porter atteinte à la dignité humaine⁴¹¹ et les procédés et méthodes techniques utilisés doivent avoir une valeur scientifique et probante reconnue⁴¹².

3. La prise de sang

La prise de sang ordonnée en cas de suspicion de conduite en état d'ivresse est réglementée par le droit fédéral. Ainsi, l'article 55 al. 1 LCR constitue une base légale suffisante pour effectuer une prise de sang dans les affaires de circulation routière. Une prescription cantonale complémentaire n'est dès lors pas nécessaire⁴¹³. En revanche, une prise de sang ordonnée dans un procès pénal ordinaire nécessite une base légale cantonale⁴¹⁴.

§ 3 L'examen mental

L'autorité judiciaire peut ordonner⁴¹⁵ l'*examen mental* (*geistige Untersuchung*) ou *psychologique* (*psychische Untersuchung*) qui servira à émettre un avis au sujet du psychisme du prévenu, notamment en vue de déterminer son

411 Ainsi est-il inadmissible de forcer un prévenu à absorber des boissons alcooliques et à s'enivrer pour permettre à des experts de déterminer le rôle joué par l'alcool dans un accident (ATF 90 I 29 [f]). Sont de même proscrits les procédés chimiques, médicaux et psychiatriques qui permettent d'obtenir des aveux, en brisant la résistance physique ou psychique de l'être humain (techniques dites de démantèlement). L'usage de la torture, de la narco-analyse ou du détecteur de mensonges représente une atteinte au noyau intangible de la liberté personnelle; les preuves qui seraient obtenues par de tels procédés sont en tout cas inutilisables (ATF 109 Ia 273).

412 L'interrogatoire de l'inculpé ne doit pas intervenir au moyen de procédés pseudo-scientifiques tels l'hypnotisme, le «détecteur de mensonges» ou le «sérum de vérité», même si l'inculpé le demande, car ces moyens répugnent à la conscience, du fait qu'ils traitent l'être humain en «animal de laboratoire» et ressuscitent l'ancienne torture (MERLE et VITU, Traité, t. II, p. 165). Sur l'examen corporel en général, voir FUTTERLIEB, Personendurchsuchung, körperliche und geistige Untersuchung im schweizerischen Strafprozess, et sur la problématique de l'expertise ADN, voir DONATSCH, «DNA-Fingerprinting», RPS 1991, p. 175 ss.

413 ATF 91 I 31 (f). Pour la réglementation détaillée de la constatation de l'ébriété des usagers de la route, voir RUSCONI, Commentaire CSCR, ad art. 138 à 142 OAC.

414 OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 385. Selon le TF (ATF 112 Ia 161 = JT 1987 IV 79, citant un arrêt n. p. du 18.5.1984), une prise de sang ne constitue en aucun cas une atteinte grave à la liberté personnelle. Quant à l'exécution d'un *examen d'urine* en vue de déterminer si une personne a consommé de la drogue, il ne constitue pas une atteinte à l'intégrité corporelle et ne nécessite pas nécessairement une base légale (cf. HALLER, in: Commentaire de la Cst., n° 41 ad Liberté personnelle).

415 Le droit fédéral impose d'ailleurs l'expertise psychiatrique dans certains cas, notamment lorsqu'il y a doute sur la responsabilité de l'inculpé (art. 13, 42 ch. 1 al. 2, 43 ch. 1 al. 3 et 44 ch. 1 al. 2 CP) ou lorsque le prévenu est mineur (art. 83, 90, 100 al. 2 et 208 al. 1 CP).

degré de responsabilité, ou à fixer le choix d'une mesure pénologique. Mais il est également possible de soumettre un témoin ou la victime à une telle expertise, par exemple pour établir le degré de fiabilité d'un témoignage ou d'une déclaration de partie ou pour déterminer chez le lésé les conséquences psychiques liées à la commission de l'infraction⁴¹⁶. En principe, l'expertise est exécutée ambulatoirement, mais, si nécessaire, elle peut intervenir par voie d'hospitalisation⁴¹⁷.

416 HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 211; ZR 1989, n° 49.

417 Dans cette hypothèse, il y aura lieu de respecter le principe de la proportionnalité (OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 384; GVP 1988, n° 80 et 1987, n° 59). A Zurich, l'envoi dans une clinique aux fins d'expertise nécessite une décision du juge de la détention (SCHMID, Strafprozessrecht, n° 730).

Troisième partie

Les voies de recours et l'indemnisation du préjudice causé par les mesures provisoires

*Chapitre I: Les voies de recours*⁴¹⁸

A. Les voies de recours cantonales

§ 1 Vue générale

1. Principe

Partout en Suisse les mesures portant atteinte aux libertés constitutionnelles peuvent faire l'objet d'un contrôle *judiciaire* au plan cantonal.

2. Distinction

Il y a toutefois lieu d'opérer une distinction selon que les actes d'intervention émanent de la police ou de la justice.

Les mesures policières concernant la liberté des personnes ne peuvent en principe être sanctionnées que par une procédure de contrôle à *caractère administratif* ou *disciplinaire*, en particulier lorsque la police intervient dans le cadre de l'enquête préliminaire, c'est-à-dire avant l'ouverture de l'action publique (*supra*, Première partie, chap. 1, § 4). A l'inverse, les *mesures de contrainte prises par les organes de justice* au cours de la phase de l'instruction ou de celle des débats peuvent faire l'objet d'un recours à *caractère juridictionnel* (plainte ou recours)⁴¹⁹ auprès d'une instance supérieure⁴²⁰, voire d'un contrôle de *nature disciplinaire* et *subsidaire* (prise à partie) qui autorise l'annulation des actes de procédure irréguliers⁴²¹.

418 Nous n'aborderons le domaine des voies de recours cantonales et fédérales que de manière succincte et dans le cadre topique des mesures provisoires, de telle sorte que nous n'examinerons pas les conditions générales de fond, de délai, de forme et la procédure régissant les voies de recours.

419 Voir not. ABRAVANEL, Les voies de droit, p. 2; MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, BT, p. 53, NOLL, Strafprozessrecht, p. 110; PIQUEREZ, Commentaire, ad art. 246; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 521; SCHMID, Strafprozessrecht, n^{os} 991 ss.

420 Comme p. ex. dans les cantons du Jura (art. 246 Cpp), de Neuchâtel (art. 233 Cpp), d'Uri (art. 210 ss Cpp), du Valais (art. 166 ss Cpp), de Vaud (art. 294 ss Cpp), de Zurich (art. 402 ss Cpp) ou en procédure pénale fédérale (art. 214 ss PPF).

421 Comme p. ex. à Berne (art. 333 al. 1 et 27 al. 1 i.f. Cpp) ou dans le Jura (art. 70 al. 2 Cpp), à St-Gall (art. 204 Cpp). Voir aussi DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n^o 5 ad art. 402.

§ 2 Le recours ou la plainte (Rekurs, Beschwerde)

1. Les actes susceptibles de recours

En principe, toutes les décisions touchant les libertés constitutionnelles, en particulier les mesures de contrainte (mise en détention préventive et les modalités d'exécution⁴²², notamment la censure de la correspondance, le droit de visite, la saisie d'objets, la perquisition de papiers, etc.)⁴²³. L'objet du recours et le pouvoir d'examen de l'autorité supérieure varient d'un canton à l'autre⁴²⁴.

2. Le jugement de l'autorité de recours

En cas d'admission du recours, la décision de l'autorité supérieure peut avoir un effet cassatoire ou réformatoire⁴²⁵. Si elle constate une violation des règles de forme, notamment des droits de la défense, elle peut *annuler* l'acte en cause si celui-ci est susceptible de porter préjudice au prévenu.

B. Les voies de recours fédérales

§ 1 Remarques préliminaires

En principe, les mesures provisoires sont du ressort exclusif des cantons qui en réglementent seuls la matière. Seules font exception, par exemple, les mesures portant atteinte à la vie privée, dont le législateur réprime les infractions et fixe les conditions de fond pour mettre en oeuvre de tels moyens, de telle sorte qu'une violation des règles minimales posées par le législateur fédéral sont susceptibles de faire l'objet d'un *pourvoi en nullité* à la Cour de cassation du Tribunal fédéral. Il en va de même des dispositions fédérales relatives à la constatation de l'ébriété chez les usagers de la route. A l'inverse, toutes les autres mesures provisoires susceptibles d'être ordon-

422 Cf. ABRAVANEL, Les voies de droit p. 5; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 284; NOLL, Strafprozessrecht, p. 110 et 111; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 996.

423 On notera que dans les cantons qui connaissent l'institution du juge de la détention (*Haftrichter, Haftgericht*), comme à Berne et à Zurich, la décision de ce magistrat est définitive (art. 62 al. 4 Cpp ZH et 184 al. 4 Cpp BE).

424 HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 284, 285; NOLL, Strafprozessrecht, p. 110, 111.

425 HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 285; SCHMID, Strafprozessrecht, p. 285.

nées en cours de procédure ne reposent que sur une base légale cantonale et ne peuvent ainsi faire l'objet que d'un «contrôle de constitutionnalité» au moyen du recours de droit public.

§ 2 Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral

1. *Rappel*

Le pourvoi en nullité a pour fonction première de garantir une application uniforme du droit pénal fédéral sur l'ensemble du territoire de la Confédération⁴²⁶. Aussi, conformément à l'article 269 al. 1 PPF, il n'est recevable que pour *violation du droit fédéral*⁴²⁷, ce qui exclut tout moyen tiré d'une mauvaise application du droit cantonal, ou d'une violation des droits constitutionnels, domaine réservé au recours de droit public par l'alinéa 2.

2. *Les normes susceptibles d'être invoquées*

Dans le cadre de l'objet de notre étude, peu de cas de figure sont susceptibles de donner naissance à un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral⁴²⁸. Parmi les normes dont la violation peut faire l'objet d'un pourvoi, on peut notamment citer:

- les articles 13, 42 ch. 1 al. 2, 43 ch. 1 al. 3, 44 ch. 1 al. 2 CP concernant les expertises médicales que le juge doit ordonner⁴²⁹;
- l'article 27 ch. 3 al. 2 CP qui prévoit certains privilèges procéduraux tendant à la sauvegarde du secret du rédacteur, s'agissant d'infractions commises par la voie de la presse⁴³⁰;

426 STRÄULI, Pourvoi en nullité et recours de droit public au Tribunal fédéral, p. 11 et les auteurs cités.

427 La notion de droit pénal fédéral doit être comprise dans un sens large et elle englobe les normes du droit écrit qui découlent des lois, traités internationaux, arrêtés, ordonnances et règlements émanant de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral, du Tribunal fédéral ou d'un département fédéral, ainsi que les principes généraux non écrits (CORBOZ, Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral, p. 76 et PIQUEREZ, Précis, nos 2611 ss). Voir aussi ATF 102 IV 271 (f).

428 Ainsi, par exemple, la confiscation, qui est une mesure définitive, n'entre pas en ligne de compte, ni toutes les mesures provisoires prévues par la législation cantonale.

429 Ces différentes dispositions légales relèvent toutefois, dans le cadre qui nous occupe, du recours de droit public (STRÄULI, Pourvoi en nullité et recours de droit public au Tribunal fédéral, nos 450 ss).

430 Aucune des mesures de coercition prévues par les lois de procédure ne pourra être employée pour découvrir le nom de l'auteur d'un article paru dans un journal ou un périodique.

- l'article 179^{octies} al. 2 CP, qui énonce les conditions minimales à respecter en matière de surveillance officielle de la correspondance postale, téléphonique et télégraphique ou d'utilisation d'appareils techniques de surveillance;
- les articles 55 al. 4 LCR et 138 à 142 OAC concernant la constatation de l'ébriété des usagers de la route⁴³¹.

3. *Les décisions susceptibles d'être attaquées (rappel)*

Voie de recours *subsidaire* par rapport aux voies de droit cantonales, le pourvoi en nullité n'est recevable que si le jugement cantonal ne peut donner lieu à un recours de droit cantonal pour violation du droit fédéral, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une décision de dernière instance. Il faut donc, avant de saisir le Tribunal fédéral, que l'on ait *épuisé toutes les instances et voies de droit cantonal* qui permettent à la plus haute instance cantonale de contrôler *librement* l'application du droit fédéral, comme le fait la Cour de cassation du Tribunal fédéral, conformément à l'article 269 al. 1 PPF⁴³².

§ 3 Le recours de droit public

1. *Caractères et traits essentiels*

Le recours de droit public est le *moyen ouvert au particulier contre tout acte étatique cantonal impliquant une violation de ses droits constitutionnels*. Par rapport aux autres voies de recours cantonales et fédérales, il s'agit d'une voie *subsidaire*⁴³³ qui permet – particulièrement dans le procès pénal – au justiciable qui est l'objet d'une mesure de contrainte d'en faire *contrôler sa constitutionnalité* par le Tribunal fédéral.

2. *Les moyens susceptibles d'être invoqués*

a) Les hypothèses

En matière de mesures provisoires de nature répressive, le recours de droit public sera ouvert essentiellement pour violation des droits constitutionnels

431 Voir p. ex. ATF 111 IV 170.

432 PIQUEREZ, Précis, nos 2597, 2598; SCHWERI, FJS n° 748, p. 13; ATF 102 IV 59 (f) et les citations.

433 Art. 84 al. 2 OJ; ATF 117 Ia 1 (f).

du citoyen⁴³⁴, ce qui comprend principalement les libertés publiques écrites et non écrites, l'interdiction de l'arbitraire, l'ensemble des garanties minimales de procédure déduites de l'article 4 Cst., les garanties consacrées par la CEDH, le Pacte II et les constitutions cantonales⁴³⁵.

b) Cas d'espèce

Le prévenu pourra notamment se prévaloir d'une violation du *principe de la légalité*, de l'absence d'une *base légale claire*⁴³⁶; du défaut d'un *intérêt public* suffisant à la limitation de la liberté personnelle⁴³⁷; du non-respect du *principe de la proportionnalité*⁴³⁸; du fait que la mesure porte atteinte au *noyau intangible de la liberté personnelle*⁴³⁹; de la violation du *secret de la correspondance postale*⁴⁴⁰; de la violation du droit de la personne arrêtée ou détenue *d'être aussitôt traduite devant un juge* (art. 5 ch. 3 CEDH et 9 al. 3 Pacte II)⁴⁴¹; d'une violation du «*droit d'introduire un recours devant un tribunal*» (art. 5 ch. 4 CEDH et 9 al. 4 Pacte II)⁴⁴²; du fait que le «*tribunal*» *n'a pas statué «à bref délai»*⁴⁴³, etc.

434 Aux termes de l'article 84 al. 1 litt. a-d OJ, le recours de droit public est recevable pour violation «de droits constitutionnels des citoyens; de concordats; de traités internationaux, sauf s'il s'agit d'une violation de leurs dispositions de droit civil ou de droit pénal par une décision cantonale; de prescriptions de droit fédéral sur la délimitation de la compétence des autorités à raison de la matière ou à raison du lieu». Les autres cas de recours visés à l'article 85 OJ ne concernent pas le procès pénal.

435 Voir l'énumération dressée par STRÄULI, *Pourvoi en nullité et recours de droit public*, p. 375, pour le procès pénal dans son ensemble.

436 ATF 90 I 29 (f), cons. 4 (interprétation par analogie).

437 ATF 116 Ia 149 = SJ 1990, p. 614, rés. (rétention policière excessive en matière d'infraction à la LCR); ZBl 1991, p. 270 (arrestation temporaire de manifestants lors d'affrontements avec la police).

438 ATF 113 Ia 325 (f), sp. 328 (régime de la détention préventive). Etant précisé que les principes constitutionnels de l'intérêt public et de la proportionnalité ne peuvent être invoqués comme tels à l'appui d'un recours de droit public, car il est nécessaire que leur méconnaissance soit présentée comme constitutive d'une atteinte à une liberté publique (STRÄULI, *Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral*, p. 375 et les auteurs cités).

439 ATF 90 I 29 (f), sp. 37 et les citations (contraindre un prévenu à s'enivrer en vue d'une expertise médicale). Le recourant pourra également se prévaloir du fait qu'une mesure porte atteinte à la dignité humaine ou qu'elle constitue un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 CEDH (p. ex. interroger l'accusé au moyen de «méthodes qui auraient, sinon pour but, du moins en tout cas pour effet l'anéantissement de la personnalité du prévenu ou qui seraient de nature à lui infliger des troubles psychiques graves» (ATF 106 Ia 277 [f], sp. 281).

440 ATF 106 Ia 219 = JT 1982 IV 26.

441 ATF 119 Ia 221, sp. 234.

442 ATF 115 Ia 56 et 116 Ia 295 (f), sp. 299.

443 ATF 117 Ia 372.

3. Les décisions susceptibles d'être attaquées

a) La règle

En principe, le recours de droit public est ouvert aussi bien contre les *décisions finales*, c'est-à-dire celles qui terminent définitivement la procédure devant l'autorité administrative ou judiciaire qui en est saisie, que contre les *décisions incidentes*, mais dans ce cas si le recours est fondé sur l'article 4 Cst. et seulement s'il en résulte un *dommage irréparable* pour l'intéressé (art. 87 OJ).

b) La décision finale

La décision finale (*Endentscheid*) est celle qui met un terme à la procédure sur le plan cantonal, que ce soit pour un motif de forme (*Prozessentscheid*) ou en statuant sur le fond de la contestation (*Sachentscheid*)⁴⁴⁴.

c) La décision incidente

A l'inverse, est une décision incidente «celle qui est prise pendant le cours de l'action judiciaire et qui ne constitue qu'une étape vers la décision finale; une telle décision peut avoir pour objet une question de procédure tout comme une question de fond, jugée préalablement à la question finale»⁴⁴⁵.

d) Le dommage irréparable

Constitue un dommage irréparable le préjudice *juridique* qui ne peut être réparé par une décision favorable au recourant, rendue en première instance, sur recours cantonal ou fédéral⁴⁴⁶. Dans le domaine des mesures provisoires, on peut citer la contestation d'une saisie conservatoire prononcée en vue

444 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 865 et les citations.

445 ATF 117 Ia 251 = JT 1993 I 211. La décision incidente doit toutefois se rapporter directement à l'objet du procès. Sera également considéré comme final le prononcé qui, tout en s'inscrivant dans le contexte général d'une procédure pénale déterminée, règle une question accessoire sans rapport direct avec l'action publique, comme par exemple le placement ou le maintien en détention préventive, la mise au secret, l'exécution et l'affectation des sûretés (STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 866 et les citations).

446 PIQUEREZ, Précis, n° 2740; STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 868 et les citations.

d'une confiscation ultérieure selon les articles 58 et suivants CP⁴⁴⁷, le versement au dossier de documents couverts par le secret professionnel⁴⁴⁸.

En revanche, ne constituent pas des décisions incidentes entraînant un dommage irréparable celles faisant interdiction à l'avocat de l'inculpé d'assister à l'audition de ce dernier en cas de suspension de l'instruction contradictoire⁴⁴⁹ ou la saisie probatoire de moyens de preuve nécessaires à l'enquête⁴⁵⁰.

4. *L'arrêt du Tribunal fédéral*

a) Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

Le pouvoir de cognition ou d'examen du Tribunal fédéral se divise en deux catégories: «le plein pouvoir de cognition» ou examen libre et l'examen «limité» ou «restreint» à l'arbitraire⁴⁵¹.

Dans le domaine particulier des atteintes graves à la liberté personnelle, le Tribunal fédéral revoit librement la justification de l'intervention étatique par un intérêt public prépondérant, le respect du principe de la proportionnalité et le respect du noyau intangible de la liberté personnelle⁴⁵², lorsque l'atteinte est particulièrement grave. Si tel n'est pas le cas, son examen est limité à l'arbitraire. Sont notamment considérés comme particulièrement graves l'hospitalisation d'un prévenu pour y subir un enivrement en vue d'une expertise médicale⁴⁵³, une rétention policière de 19 heures lors d'une manifestation⁴⁵⁴, la surveillance des télécommunications⁴⁵⁵, le refus d'une demande de mise en liberté provisoire⁴⁵⁶, la mise au secret⁴⁵⁷. En revanche, n'ont

447 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, p. 363 et les citations.

448 ATF 95 I 439, cons. 1 = JT 1970 I 290.

449 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 874 et les citations.

450 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 874 et les citations.

451 Sur cette question, voir AUER, La juridiction constitutionnelle en Suisse, n°s 482 ss; STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 899 et les citations; SPÜHLER, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, n°s 113 ss.

452 SPÜHLER, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, n° 119 et les arrêts cités; STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 900.

453 ATF 90 I 29 (f).

454 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 900 et ATF 108 Ia 261 = JT 1983 IV 153.

455 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 900 et ZBl 1985, p. 21.

456 ATF 117 Ia 72, cons. 1.

457 ATF 105 Ia 98 (f), cons. 2.

pas été jugés comme une atteinte particulièrement grave l'obligation de fournir un échantillon d'urine⁴⁵⁸, de se soumettre à une prise de sang (en l'absence de risques extraordinaires pour la santé)⁴⁵⁹, à des mesures d'identification telles que la prise d'empreintes digitales ou de photographies⁴⁶⁰, une rétention policière de 4 à 6 heures⁴⁶¹, l'ordre de raser la barbe d'un prévenu en vue d'une confrontation avec des témoins⁴⁶².

b) La décision du Tribunal fédéral et ses effets

L'admission d'un recours de droit public entraîne généralement l'annulation de la décision attaquée, car le recours de droit public n'a qu'un effet *cassatoire*⁴⁶³. Toutefois, dans certains domaines, en particulier en matière de détention préventive, le Tribunal fédéral peut ordonner la libération de la personne détenue s'il n'existe plus aucun motif de détention, si la durée de celle-ci apparaît disproportionnée ou si l'élargissement s'impose au nom de l'égalité de traitement⁴⁶⁴.

Chapitre II: L'indemnisation du préjudice causé par les mesures provisoires

§ 1 Vue générale

1. Le droit d'être indemnisé pour les atteintes injustifiées à la liberté personnelle

a) Le principe de l'indemnisation

Les mesures de contrainte sont susceptibles de porter de graves atteintes aux droits constitutionnels du citoyen, en particulier à la liberté personnelle. Elles

458 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, p. 382 et ZBl 1984, p. 46.

459 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, p. 382 et ATF 112 Ia 161, sp. 164.

460 ATF 107 Ia 138, cons. 5a = JT 1982 IV 147.

461 ATF 107 Ia 138, cons. 4a = JT 1982 IV 147.

462 ATF 112 Ia 161 = JT 1987 IV 79.

463 AUER, La juridiction constitutionnelle en Suisse, n° 505.

464 STRÄULI, Le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral, n° 938 et les arrêts cités; SPÜHLER, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, n°s 782, 783.

peuvent, en outre, causer un préjudice matériel et moral à celui qui en est l'objet. Aussi, lorsqu'une mesure est jugée illégale, injustifiée ou disproportionnée et, partant, contraire à la liberté personnelle, elle donne droit à réparation⁴⁶⁵.

b) Les hypothèses de responsabilité de l'Etat

Deux cas de figure sont susceptibles d'obliger l'Etat à indemniser les victimes de dommages nés d'actes accomplis au cours du procès pénal.

Tout d'abord, les agents publics chargés de l'administration répressive (membres de la police judiciaire, juges, juges d'instruction, magistrats du ministère public) peuvent commettre des fautes au cours de l'exercice de la mission judiciaire: arrestation illégale, omission d'une formalité prévue par la loi, non-respect du principe de la proportionnalité, violation intentionnelle ou par négligence des prescriptions procédurales, etc.⁴⁶⁶. Cette activité fautive des organes répressifs fonde ici soit la responsabilité individuelle des agents publics dans l'exercice de leurs tâches, soit celle de l'Etat à titre solidaire, concurrent, exclusif ou subsidiaire⁴⁶⁷. Ensuite, la responsabilité de l'Etat peut être engagée du seul fait des poursuites ouvertes contre un individu et qui ont abouti à un non-lieu ou à un acquittement: les mesures de contrainte prises au cours d'une telle procédure (détention provisoire, perquisition, saisie) engagent la responsabilité de l'Etat «par le simple effet d'un risque social anormal, subi par un justiciable»⁴⁶⁸. La responsabilité de l'Etat est, dans cette hypothèse, une *responsabilité causale* indépendante de toute faute: l'indemnisation de la personne poursuivie à tort, notamment de celle qui a été détenue, ne saurait dépendre de la constatation préalable du caractère illicite de la mesure de contrainte dont elle a fait l'objet⁴⁶⁹.

465 ATF 113 Ia 177 (f) et 116 Ia 149 = SJ 1990, p. 614, rés.

466 Voir par exemple JT 1986 III 140 (négligence du juge d'instruction); ATF 112 Ib 446 (f) (détention injustifiée aggravée par une conférence de presse illicite tenue par la police); ATF 113 Ia 177 (f) (détention illégale de courte durée); ATF 116 Ia 149 = SJ 1990, p. 614, rés. (détention disproportionnée, pendant 20 heures, au poste de police d'un automobiliste ayant causé un accident de circulation en état d'ébriété).

467 Sur le problème de la responsabilité de l'Etat et de ses agents, voir not. GRISEL, *Traité de droit administratif*, t. II, p. 781 ss et DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, p. 44, ainsi que OFTINGER/STARK, t. II/1, p. 285 ss.

468 MERLE et VITU, *Procédure pénale*, p. 933.

469 TF du 04.08.1986, SJ 1986, p. 601. Ainsi, la perquisition, la saisie ou la détention ordonnées légalement au cours de la procédure ouvrent droit à indemnisation du seul fait que la personne poursuivie a bénéficié d'un non-lieu ou d'un acquittement (PIQUEREZ, *Précis*, nos 2998 et 3009; HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 325).

2. *Les conditions de la réparation*

Il y a lieu d'opérer une distinction entre la responsabilité des agents publics fondée sur la faute et celle à l'égard des personnes injustement poursuivies. Ces deux causes de responsabilité peuvent se juxtaposer⁴⁷⁰.

a) La responsabilité résultant d'actes illicites

En principe, la responsabilité des agents publics est engagée lorsqu'un magistrat ou un fonctionnaire a accompli, dans l'exercice de ses fonctions, un acte de droit public, illicite et dommageable, qui est lié par un rapport de causalité adéquate au préjudice survenu⁴⁷¹. Les lois les plus modernes instaurent une responsabilité directe et exclusive de l'Etat et ce dernier répond du dommage causé sans droit à un tiers sans égard à la faute du fonctionnaire⁴⁷².

b) La responsabilité à l'égard des personnes injustement poursuivies

1° *La règle.* Partout en Suisse, les législations cantonales ont adopté des dispositions instituant la responsabilité civile de l'Etat à l'égard des personnes injustement poursuivies et qui bénéficient d'un non-lieu ou d'un

470 Tel est le cas lorsque le magistrat ou le fonctionnaire de police a commis un acte illicite dans l'exercice de ses fonctions (p. ex. en ordonnant une mesure de contrainte illégale ou disproportionnée) et que la responsabilité de l'Etat est également engagée pour certains actes dommageables licites (p. ex. indemnisation accordée à l'accusé libéré). Cf. EGLI, L'activité illicite du juge, p. 11, ainsi que l'ATF 112 Ib 446 (f), sp. 449.

471 GRISEL, Traité de droit administratif, t. II, p. 804. Sur la notion d'acte illicite commis par un magistrat ou un fonctionnaire: TF du 18.01.1980, SJ 1981, p. 225 et ATF 112 Ib 446 (f). Concernant la responsabilité en raison de l'activité illicite du juge: EGLI, L'activité illicite du juge cause de responsabilité pécuniaire à l'égard des tiers. Comme exemples typiques d'actes illicites commis par un agent public, on peut citer: l'arrestation illégale (ATF 113 Ia 177 [f]), la rétention policière disproportionnée ou injustifiée par les circonstances d'espèce (ATF 116 Ia 149 = SJ 1990, p. 614, rés.), une perquisition illégale (HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 325). Le législateur bernois a même prévu une disposition topique (art. 402, al. 1 Cpp) prévoyant l'indemnisation des dommages nés des mesures prises au cours de l'enquête de police (appréhension, arrestation provisoire, garde à vue, etc.), lorsque celles-ci ne débouchent sur aucune procédure judiciaire (AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, n° 2079 et MAURER, Das neue Bernische Strafverfahren, AT, p. 188). Le canton du Jura prévoit, quant à lui, une indemnisation du préjudice causé par les mesures policières en cas de classement sans suite du ministère public (cf. PIQUEREZ, Commentaire, n° 4 ad art. 98).

472 Cf. TF du 18.01.1980, SJ 1981, p. 225, cons. 2c et les citations.

acquittement⁴⁷³. Le droit à l'indemnisation est donné pour tout préjudice résultant de la détention ou d'autres actes d'instruction, au prévenu dont la procédure est suivie d'un non-lieu ou d'un acquittement⁴⁷⁴.

2° *Nature de l'indemnisation*. Il s'agit d'une *responsabilité causale* de l'Etat. Un prévenu mis au bénéfice d'un non-lieu ou d'un acquittement a droit à la réparation du préjudice subi du fait de la procédure instruite à son encontre, si elle n'est pas imputable à son comportement. L'accusé n'a pas à établir l'illicéité de la poursuite, ni des mesures de contrainte ordonnées à son encontre, car la responsabilité de l'Etat est purement *objective*⁴⁷⁵.

§ 2 L'indemnisation des mesures privatives de liberté, en particulier de la détention préventive

1. Le principe

Toute mesure de détention, même de courte durée, constitue une atteinte à la liberté personnelle qui, lorsqu'elle n'est pas justifiée, donne droit à une indemnité⁴⁷⁶.

2. Les bases légales

C'est en premier lieu le droit public cantonal qui garantit les prétentions à un dédommagement pour le préjudice subi du fait d'une détention non provo-

473 Cf. GAILLARD, L'indemnisation des personnes détenues ou poursuivies à tort, p. 195 et les citations; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 591; SCHMID, Strafprozessrecht, nos 1217 ss; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 323; art. 399 al. 1 Cpp BE, 234 al. 2 et 297 al. 1 Cpp JU, 122, 176 et 237 PPF, 379 Cpp GE, 271 Cpp NE, 67 Cpp VD, parmi d'autres.

474 Le non-lieu ou l'acquittement ouvrent le droit de principe à être indemnisé du dommage matériel et moral causé par la procédure. Le prévenu a non seulement le droit d'être indemnisé pour le préjudice causé par la détention préventive, mais aussi pour celui qu'il subit en raison d'*autres actes d'instruction*, notamment «ceux qui, par leur nombre, leur longueur, leur insistance ou leur caractère particulièrement dommageable sortent du cadre ordinaire des contraintes de la vie sociale» (GAILLARD, L'indemnisation des personnes détenues ou poursuivies à tort, p. 205). Ainsi, l'inculpé a droit à des dommages-intérêts pour les préjudices provoqués par une perquisition, une saisie, ou tout simplement parce qu'il a été l'objet d'une procédure pénale et d'une accusation ou d'une inculpation *injustifiée* (PIQUEREZ, Commentaire, n° 5 ad art. 237 et Traité, t. I, n° 742).

475 PIQUEREZ, Précis, n° 3006; BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, Code annoté ad art. 67; SCHMID, Strafprozessrecht, n° 1220; ATF 113 Ia 177, cons. 2c; TF du 04.08.1986, SJ 1986, p. 601.

476 ATF 119 Ia 221, 118 Ia 336 et 113 Ia 177 (f); DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 36 ad remarques préliminaires art. 49 ss.

quée par un comportement répréhensible⁴⁷⁷; mais le droit à être indemnisé peut aussi être déduit de la liberté personnelle⁴⁷⁸. En outre, l'article 5 ch. 5 CEDH garantit un droit à réparation à toute personne qui a été victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux règles énoncées aux chiffres 1 à 4 de cet article, ou de celles posées par le droit interne⁴⁷⁹, et la personne touchée peut fonder ses prétentions directement sur cette disposition de la Convention européenne⁴⁸⁰.

3. *Les conditions de la réparation*

Le droit à réparation selon l'article 5 ch. 5 CEDH suppose que les conditions de fond et de forme énoncées aux chiffres 1 à 4 ont été violées. Tel sera le cas, par exemple, lorsque la privation de liberté ne rentre pas dans l'un des six cas limitativement énumérés ou lorsque le droit du détenu à être jugé dans un délai raisonnable a été méconnu. Mais l'article 5 exige aussi la conformité de la privation de liberté aux dispositions du droit interne, de telle sorte que la violation de ces dispositions donne légalement ouverture au droit à la réparation au titre de l'article 5 ch. 3⁴⁸¹. Le droit à la réparation présuppose un lien de causalité adéquate entre la violation des dispositions de l'article 5 et le préjudice⁴⁸².

4. *L'étendue de la réparation*

a) Principe

Selon la conception récente qui tend à se généraliser, l'inculpé injustement poursuivi possède un véritable droit (*Rechtsanspruch*) à la réparation pleine et entière, et non pas seulement le droit à une indemnité à titre de secours

477 ATF 110 Ia 140 = JT 1986 I 60.

478 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 37 ad remarques préliminaires art. 49 ss et les auteurs cités; *contra*: ATF 108 Ia 13 = JT 1983 IV 62.

479 PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 235.

480 ATF 110 Ia 140 = JT 1986 I 60; voir aussi ATF 118 Ia 101 = JT 1994 IV 125. L'article 9 ch. 5 Pacte II garantit également à tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale un droit à réparation, mais, à la différence de la Convention, l'article 9 ch. 5 du Pacte II ne reconnaît un droit à réparation qu'en cas de violation du droit interne (VELU/ERGECE, La Convention européenne des droits de l'homme, n° 351 et PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 235).

481 VELU/ERGECE, La Convention européenne des droits de l'homme, n° 351.

482 *Idem*, n° 354; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 47 ad remarques préliminaires art. 49 ss et les citations.

gracieux de l'Etat fondé sur l'équité⁴⁸³. La jurisprudence du Tribunal fédéral⁴⁸⁴, selon laquelle le «dommage doit être d'une certaine importance et les mesures de contrainte doivent être d'une certaine gravité objective», est dépassée⁴⁸⁵.

b) Objet de la réparation

Le prévenu injustement poursuivi et qui a été l'objet d'une détention a droit à la réparation de son dommage *matériel* et *moral*⁴⁸⁶. La preuve du dommage incombe à l'accusé⁴⁸⁷. L'ampleur du préjudice est fonction de la durée de la procédure et de la détention, de la nature des charges, de la publicité donnée à l'affaire, du statut social et familial du prévenu, etc. Le calcul du dommage s'effectue conformément aux principes de la responsabilité civile⁴⁸⁸.

c) Refus ou réduction de l'indemnité

L'indemnité pourra être refusée ou réduite si le prévenu a provoqué par un comportement fautif son inculpation ou sa détention, ou s'il a entravé les opérations d'enquête⁴⁸⁹. Les critères dégagés par la jurisprudence pour la mise des frais judiciaires à la charge du prévenu acquitté s'appliquent *mutandis mutandis*⁴⁹⁰.

483 PIQUEREZ, Précis, n° 3006 et les citations; DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 49 ad remarques préliminaires art. 49 ss; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, p. 593; note SCHULTZ, in: RJB 1966, p. 319.

484 ATF 113 Ia 177 (f), sp. 182 et ATF 84 IV 46 = JT 1958 IV 63.

485 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 49 ad remarques préliminaires art. 49 ss. PETTITI/DECAUX/IMBERT, Commentaire, p. 237, quant à eux, mettent en doute la conformité du texte de l'article 149 Cpp français à la CEDH qui soumet l'octroi d'une indemnité à la preuve que la «détention a causé un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité».

486 ATF 113 Ia 177 (f), sp. 183. L'indemnité comprend la prise en charge des frais de défense (PIQUEREZ, Précis, n° 3012). S'agissant du montant des indemnités pour tort moral, voir la casuistique établie par DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 54 ad remarques préliminaires art. 49 ss.

487 ATF 113 IV 93 (f), cons. 3e.

488 DONATSCH/SCHMID, Kommentar, n° 48 ad remarques préliminaires art. 49 ss.

489 PIQUEREZ, Précis, n° 3018 et les citations; ATF 113 Ia 177 (f), cons. 2c et 3b. Le silence de l'inculpé, pendant l'enquête, qui est un droit garanti par l'article 14 ch. 3 litt. g du Pacte II, ne saurait être invoqué pour justifier une éventuelle réduction de l'indemnité.

490 ATF 112 Ib 446 (f). Pour les critères applicables, voir PIQUEREZ, Précis, nos 2142 ss.

Considérations finales

1. Les termes de *mesures provisoires* ou de *mesures provisionnelles* ne recouvrent pas une notion unique et précise en droit suisse, car elles sont susceptibles de revêtir un sens différent, selon leur fonction et la procédure qui les régit.
2. Si, pour le droit privé et le droit administratif, les mesures provisoires ont pour but essentiel de sauvegarder l'existence ou l'objet d'un état de droit ou de fait pendant la durée du procès (mesures ordonnées à titre conservatoire) et d'assurer une exécution forcée ultérieure, pour le droit pénal, en revanche, ce concept ne peut être retenu, car il ne donne qu'une notion incomplète des mesures provisoires prises dans le cadre d'un procès pénal. En outre, les termes mêmes de mesures provisoires reflètent mal la nature et les effets coercitifs des moyens utilisés en matière répressive: aussi est-il préférable d'utiliser les mots *mesures de contrainte*, qui s'inscrivent mieux dans la nature et l'importance particulière du procès pénal, qui tend à poursuivre et à faire condamner les auteurs d'infractions. Cet objet spécifique de la procédure pénale justifie la mise en oeuvre de mesures susceptibles de porter de graves atteintes à la liberté personnelle, inconnues des autres procédures.
3. Ainsi, dans le contexte particulier du procès pénal, les mesures de contrainte servent exclusivement à *garantir la recherche de la vérité matérielle* (recherche des preuves pour établir la culpabilité ou l'innocence de l'auteur présumé) et à *s'assurer de la présence de la personne poursuivie pendant le procès* (mesures privatives de liberté pour garantir l'exécution de la sanction).
4. Lorsque la procédure se termine par un non-lieu ou un acquittement la personne poursuivie victime d'une mesure de contrainte a un *droit à réparation*, qui comprend aussi bien la réparation du *dommage matériel* que celle du *tort moral subi*.

Bibliographie

- ABRAVANEL Ph., Les voies de droit au Tribunal d'accusation en procédure pénale vaudoise, JT 1985 III 2.
- AESCHLIMANN J., Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Berne 1997.
- AUBERT M./BEGUIN P.-A./BERNASCONI P./GRAZIANO-VON BURG J./SCHWOB R./TREUILLAUD R., Le secret bancaire, 3^e éd., Berne 1995 (cité: AUBERT et autres).
- AUER A., La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1983.
- AUERT G., Les interventions de la police en droit genevois, Genève, 1985.
- BARBEY R., Aperçu de la jurisprudence genevoise, suisse et européenne en matière de détention préventive, SJ 1981, p. 369 ss.
- BÉNÉDICT J., Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, thèse Lausanne, 1994.
- BENTIVEGNI A., Les mesures officielles de surveillance en procédure pénale, thèse Lausanne, 1986.
- BERCHER Y., Le séquestre pénal, thèse Lausanne, 1992.
- BOINAY G., La procédure administrative et constitutionnelle du canton du Jura, Porrentruy 1993.
- BOVAY B./DUPUIS M./MOREILLON L./PIGUET Ch., Procédure pénale vaudoise, Code annoté, Lausanne 1995.
- BOLLE P.-H., De quelques principes constitutionnels et généraux en droit suisse de l'exécution de la privation de liberté. Requiem pour des Règles minima défuntés, RSC 1987, p. 111 ss.
- CALLE B., La détention provisoire, Paris 1992.
- CLERC F., Le procès pénal en Suisse romande, Etude de l'influence du droit français sur les lois de procédure pénale en vigueur en Suisse romande, Paris 1955.
- La détention avant jugement, in: Recueil de travaux suisses présentés au 8^e Congrès international de droit comparé, Bâle 1970, p. 391 ss.
 - Initiation à la justice pénale en Suisse, t. I, Notions préliminaires et principes directeurs, Neuchâtel 1975.
- COHEN-JONHATHAN G., La Convention européenne des droits de l'homme, Paris 1989.
- CORBOZ B., Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral, SJ 1991, p. 57 ss.
- CORNU G., Vocabulaire juridique, Paris 1987.
- DESCHENAUX H., Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, t. V/II/2, Fribourg 1983.
- DESCHENAUX H./CASTELLA J., La nouvelle procédure civile fribourgeoise, Fribourg 1960.
- DESCHENAUX H./TERCIER P., La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 1982.
- DONATSCH A., «DNA-Fingerprinting» zwecks Täteridentifizierung im Strafverfahren, RPS 1991, p. 175 ss.
- DONATSCH A. et SCHMID N., Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zurich 1996.
- EGLI J.-F., L'activité illicite du juge cause de responsabilité pécuniaire à l'égard des tiers, in: Hommage à Raymond Jeanprêtre, Recueil de travaux offert par la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 1982, p. 7 ss.
- FOËX R.A., La loi fédérale sur la protection de la vie privée, du 23 mai 1979, RPS 99/1982, p. 47 ss.
- FRANCHIMONT M./JACOBS A./MASSET A., Manuel de procédure pénale, Liège 1989.
- FRETZ-BAUMANN E., Die Regelung der vorläufigen Festnahme im Kanton Zürich im Vergleich mit den übrigen Kantonen und im Bund, thèse Zurich, 1986.
- FUTTERLIEB R., Personendurchsuchung, körperliche und geistige Untersuchung im schweizerischen Strafprozess, thèse Zurich, 1978.
- GAILLARD L., L'indemnisation des personnes détenues ou poursuivies à tort en droit genevois, RPS 1982, p. 194 ss.

- La confiscation des gains illicites. Le droit des tiers (Art. 58 et 58bis du Code pénal), FJS no 73, Genève 1989.
- Les mesures provisionnelles en droit international privé, SJ 1993, p. 141 ss.
- GILLIÉRON P.-R., Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3^e éd., Lausanne 1993.
- GRISSEL A., Traité de droit administratif, 2 tomes, Neuchâtel 1984.
- GULLIEN R./VINCENT J., Lexique de termes juridiques, 4^e éd., Paris 1978.
- HALLER W., in: Commentaire de la Constitution fédérale, Liberté personnelle, état mai 1987, Bâle/Berne/Zurich 1987.
- HAUSER R., Probleme und Tendenzen in der Gesetzgebung über das Strafprozessrecht, Kriminalistik 1978, p. 562 ss.
- Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1984.
- HOHL F., La réalisation du droit et les procédures rapides: évolution et réformes, Fribourg 1994.
- HOTTELLIER M., Vers une procédure pénale «euro-compatible». Remarques à propos de l'arrêt S. contre Suisse, PJA 1992, p. 363 ss.
- HUBER P., Einige Probleme aus dem Bereich des gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens im Bundesstrafprozess: Kompetenzfragen, Vernehmung, Haftrecht, RPS 1984, p. 391 ss.
- KNAPP B., Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991.
- KÖLZ A./HÄNNER I., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zurich 1993.
- LENDI M., in: Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 36, Bâle/Berne/Zurich 1987.
- MALINVERNI G., La Convention européenne des droits de l'homme. Les droits et libertés garantis, FJS n^o 1373, Genève 1983.
- Le droit des personnes privées de leur liberté au respect de leur correspondance, in: Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de Jean Pictet, Genève 1984, p. 77 ss.
- MAURER TH., Das neue Bernische Strafverfahren, AT, Berne 1995.
- Das neue Bernische Strafverfahren, BT, Berne 1996.
- MERLE R./VITU A., Traité de droit criminel, t. II, Procédure pénale, 4^e éd., Paris 1989.
- MOOR P., Droit administratif II, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 1991.
- MÜLLER J.P., in: Commentaire de la Constitution fédérale, Introduction aux droits fondamentaux, état avril 1987, Bâle/Berne/Zurich 1987.
- NOLL P., Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren, RPS 1975, p. 45 ss.
- Strafprozessrecht, Zurich 1977.
- OFTINGER K./STARK W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, t. II/1, Zurich 1987.
- OBERHOLZER N., Grundzüge des Strafprozessrechts. Dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen, Berne 1994 (cité: Strafprozessrecht).
- PETTITI L.-ED./DECAUX E./IMBERT P.-H., La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris 1995 (cité: Commentaire).
- PETERS K., Strafprozess, Ein Lehrbuch, 3^e éd., Heidelberg/Karlsruhe 1981.
- PIQUEREZ G., Traité de procédure pénale bernoise et jurassienne, 2 tomes, Neuchâtel 1983/1984.
- Commentaire du Code de procédure pénale jurassien, t. I, Fribourg 1993.
- Le concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale, RFJ 1994, p. 1 ss.
- Précis de procédure pénale suisse, 2^e éd., Lausanne 1994.
- Risque de fuite, droit au silence et présomption de culpabilité, RJJ 1994, p. 284 ss.
- PIOTET D., Séquestre de procédure pénale, garanties constitutionnelles et droit civil fédéral (possession et régimes matrimoniaux), JT 1995 IV 162 ss.
- PONCET D., La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme, Etude de droit comparé, Genève 1977.
- Le nouveau Code de procédure pénale annoté, Genève 1978.

- Les garanties de libre communication avec un conseil, Bulletin de la FSA n° 139/1992, p. 28 ss.
- PRADEL J., L'instruction préparatoire, Paris 1990.
- L'arrestation et la détention provisoire sous l'angle notamment de la Convention européenne des droits de l'homme, in: Droits fondamentaux et détention pénale, Actes du 7^e Colloque international de la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire, Neuchâtel 1993, p. 101 ss.
 - Droit pénal comparé, Paris 1995.
 - Procédure pénale, 8^e éd., Paris 1995.
- RASSAT M.-L., Procédure pénale, 2^e éd., Paris 1995.
- RASH H. J., Die Beschlagnahme von Beweismitteln im Gewahrsam Dritter im schweizerischen Strafprozess, thèse Zurich, 1975.
- REHBERG J., Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 6^e éd., Zurich 1994.
- RIKLIN F., Das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund familienrechtlicher Beziehungen gemäss schweizerischem Strafprozessrecht, in: Familie und Recht, Festgabe für Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, p. 569 ss.
- ROBERT P., Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2^e éd., Paris 1986 (cité: Le ROBERT).
- RUSCONI B., Code suisse de la circulation routière (CSCR), Commentaire, 3^e éd., Lausanne 1996.
- SCHMID N., Die nachträgliche Mitteilung von technischen Überwachungsmassnahmen im Strafprozess, insbesondere bei der Überwachung des Telefonverkehrs, RSJ 1986, p. 37 ss.
- Zum Haftgrund der Wiederholungs- und Fortsetzungsgefahr in der neueren Strafprozessentwicklung, RSJ 1987, p. 225 ss.
 - Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 2^e éd., Zurich 1993 (cité: Strafprozessrecht).
 - Strafprozessuale Fragen im Zusammenhang mit Computerdelikten und neuen Informationstechnologien im allgemeinen, RPS 1993, p. 81 ss.
 - Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität. Ein Kommentar zu den neuen Straftatbeständen des schweizerischen Strafgesetzbuches, Zurich 1994.
 - Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., RPS 1995, p. 321 ss.
- SCHUBARTH M., Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, t. III, Berne 1984.
- SPÜHLER K., Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1994.
- STEFANI G./LEVASSEUR G./BOULOC B., Procédure pénale, 16^e éd., Paris 1996.
- STRASSER O., Polizeiliche Zwangsmassnahmen, thèse Zurich, 1981.
- STRATENWERTH G./SCHUBARTH M., Telefonüberwachung und Anwaltsgeheimnis, Revue suisse des avocats 1975, n° 49, p. 13 ss.
- STRÄULI B., Pourvoi en nullité et recours de droit public au Tribunal fédéral, Etude de procédure pénale suisse et genevoise, Berne 1995.
- TRECHSEL St., Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Berne 1974.
- TSOE ZIU BRUN Th., Die Beschlagnahme von Bankdokumenten in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, thèse Zurich, 1996.
- UTZ H.J., Die Kommunikation zwischen inhaftiertem Beschuldigten und Verteidiger: eine kritische Analyse der schweizerischen Regelungen mit vergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts, Bâle 1984.
- VELU J./ERGEZ R., La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990.
- VOGEL O., Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 4^e éd., Berne 1995.
- VOGT H., Strafprozessuale Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers, in: Aargauisches Strafprozessrecht, Aarau 1961, p. 57 ss.
- VOYAME J., Droit privé et procédure civile cantonale, RDS 1961 II, p. 67 ss.

