



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2022

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La détention avant jugement sous l'angle des droits du prévenu

Wintsch, Fanny Jade Maëva

How to cite

WINTSCH, Fanny Jade Maëva. La détention avant jugement sous l'angle des droits du prévenu. Master, 2022.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160721>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Université de Genève – Faculté de droit
Année académique 2021-2022

La détention avant jugement
sous l'angle des droits du prévenu

Travail effectué sous la direction du Professeur Yvan JEANNERET
Mémoire de master hors séminaire

Fanny WINTSCH

Table des matières

Table des matières	I
Table des abréviations	III
I. Introduction	1
II. Définitions et droit à la liberté	1
A. Définitions	1
1. La détention avant jugement (art. 220 CPP)	1
2. La détention provisoire (art. 220 al. 1, art. 224 ss CPP)	2
3. La détention pour des motifs de sûreté (art. 220 al. 2, art. 229 ss CPP).....	2
B. Le droit à la liberté	2
1. Le droit fondamental à la liberté (art. 10 al. 2 Cst., art. 5 CEDH et art. 9 § 1 Pacte ONU II).....	2
2. Le principe de la liberté (art. 212 al. 1 phr. 1 CPP et art. 9 § 3 phr. 2 Pacte ONU II).....	3
3. La restriction du droit à la liberté (art. 31 et art. 36 Cst.).....	3
III. L’appréhension et l’arrestation par la police	5
A. L’appréhension (art. 215 CPP).....	5
1. La procédure (art. 215 CPP)	5
2. La durée (art. 219 al. 5 CPP).....	5
3. Les droits de la personne appréhendée.....	6
B. L’arrestation provisoire (art. 217-219 CPP).....	6
1. La procédure (art. 217-219 CPP)	6
2. La durée (art. 219 al. 4 CPP).....	7
3. Les droits de la personne arrêtée.....	7
IV. La procédure devant le ministère public	11
A. La procédure (art. 224 CPP).....	11
B. La durée (art. 224 CPP).....	11
C. Les droits du prévenu	11
1. Le droit à un avocat (art. 129 al. 1 et art. 223 al. 1 CPP, art. 29 al. 3 Cst., art. 6 § 3 let. c CEDH et art. 14 § 3 let. b et d Pacte ONU II).....	11
2. Le droit à un tribunal impartial et indépendant (art. 30 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II).....	12
V. La détention provisoire	12
A. La procédure (art. 225 CPP).....	12
B. Les conditions (art. 221 et art. 237 al. 1 CPP)	13
1. Les forts soupçons de commission d'un crime ou d'un délit (art. 221 al. 1 CPP).....	13
2. Le risque de fuite, de collusion ou de réitération (art. 221 al. 1 let. a-c CPP).....	14
3. La crainte du passage à l'acte (art. 221 al. 2 CPP)	16
C. La durée de la détention, le contrôle périodique et les demandes de mise en liberté ..	18
1. La durée totale de la détention avant jugement (art. 212 al. 3 CPP)	18
2. Le contrôle périodique de la détention (art. 227 CPP).....	18
3. Les demandes de mise en liberté (art. 228 CPP).....	19
D. Les droits du prévenu	19
1. Le droit de consulter le dossier (art. 107 al. 1 let. a, art. 225 al. 2 et art. 227 al. 3 CPP)	19
2. Le droit de faire contrôler la légalité de la détention (art. 228 CPP, art. 31 al. 4 Cst., art. 5 § 4 CEDH et art. 9 § 4 Pacte ONU II).....	20

3.	Le droit d’être jugé au fond dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1, art. 31 al. 3 phr. 2 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II).....	20
VI.	La détention pour des motifs de sûreté	21
A.	La procédure.....	21
B.	Les conditions	22
C.	La durée de la détention, le contrôle périodique et les demandes de mise en liberté ..	23
1.	La durée totale de la détention avant jugement (art. 212 al. 3 CPP)	23
2.	Le contrôle périodique de la détention (art. 227 cum art. 229 al. 3 CPP)	23
3.	Les demandes de mise en liberté (art. 230 et art. 233 CPP).....	23
D.	Les droits du prévenu	24
1.	Le droit de faire contrôler la légalité de la détention (art. 230 et 233 CPP, art. 31 al. 4 Cst., art. 5 § 4 CEDH et art. 9 § 4 Pacte ONU II) et le droit d’être entendu (art. 107 al. 1 let. a CPP, art. 29 al. 2 Cst., art. 6 ch. 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II)	24
2.	Le droit à un tribunal impartial et indépendant (art. 30 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II).....	25
VII.	L’exécution de la détention.....	26
A.	Les généralités.....	26
B.	Les conditions d’exécution de la détention	26
C.	Les droits du prévenu	27
1.	Le droit à un avocat (art. 235 al. 4 CPP, art. 29 al. 3 Cst., art. 6 § 3 let. c CEDH et art. 14 § 3 let. b et d Pacte ONU II).....	27
2.	L’interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3 al. 1 CPP, art. 10 al. 3 Cst., art. 3 CEDH et art. 7 Pacte ONU II)	27
3.	Le droit à une enquête prompte et impartiale en cas de dénonciation de conditions de détention contraires à l’art. 3 CEDH (art. 13 CEDH et art. 12 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).....	28
VIII.	Les voies de droit, l’imputation, les irrégularités et l’indemnisation	28
A.	Les voies de droit	28
B.	L’imputation (art. 51 CP).....	29
C.	Les irrégularités de procédure et les conditions de détention illicites.....	29
1.	Les généralités	29
2.	Les dépassements de délais.....	30
3.	Les conditions de détention illicites.....	31
D.	L’indemnisation (art. 429-431 CPP)	31
1.	L’indemnisation en cas de détention injustifiée a posteriori (art. 429 CPP, art. 5 § 5 et 41 CEDH et art. 14 § 6 Pacte ONU II)	31
2.	L’indemnisation en cas de mesures illicites ou de conditions de détention illicites (art. 431 al. 1 CPP, art. 5 § 5, art. 41 CEDH et art. 9 § 5 Pacte ONU II).....	32
3.	L’indemnisation en cas de détention de durée excessive (art. 431 al. 2 CPP, art. 5 § 5 et art. 41 CEDH et art. 9 § 5 Pacte ONU II).....	32
IX.	Conclusion.....	33
	Bibliographie.....	I

Table des abréviations

ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
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)
cf.	<i>confer</i>
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Cst. 101)	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition
édit.	éditeur(s) / éditrice(s)
etc.	<i>et cetera</i>
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 27 juin 2005 (RS 173.110)
MP	ministère public
N	numéro marginal / numéros marginaux
not.	notamment
p.	page
p. a.	par analogie
p. ex.	par exemple
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
pp.	pages
RS	Recueil systématique du droit fédéral
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
Tmc	tribunal des mesures de contrainte
TPF	Tribunal pénal fédéral

I. Introduction

Pour le prévenu, tout commence sans prévenir. Il est arrêté, conduit au poste de police et interrogé. Il fait alors face à une incertitude immense. Il se voit certes informer de ses droits, et peut requérir le concours d'un avocat, mais ne connaît vraisemblablement pas la procédure qui va suivre. De l'arrestation à l'exécution de la détention avant jugement, le présent mémoire plonge au cœur de la question des droits fondamentaux et procéduraux accordés au prévenu lors de son placement en détention avant jugement.

En Suisse, 45.7 % des détenus sont en attente de leur jugement¹. Se pencher sur la question de la détention avant jugement à l'Université de Genève est d'autant plus pertinent que le canton de Genève est celui avec le plus de détenus en détention préventive² et que 98.7 % des demandes de mise en détention y aboutissent³. Par ailleurs, en 2020 à Genève, 59.8 % des condamnations d'adultes pour des crimes ou des délits ont été précédées de détention préventive⁴. Ces chiffres, conjugués à l'augmentation croissante des condamnations depuis 1984⁵, dénotent de l'importance de ce mode de détention dans la pratique, et donc de l'intérêt d'aborder les questions de procédure et les enjeux y-relatifs dans le cadre de ce travail.

Ce mémoire a pour ambition de présenter la procédure de mise en détention de manière didactique, en suivant l'ordre chronologique des événements et en abordant à chaque étape de la procédure les droits correspondants du prévenu. Ainsi, après avoir défini les termes employés et traité des questions qui découlent du conflit entre le droit à la liberté et la privation de liberté (II.), nous suivons le prévenu lors de son appréhension ou arrestation par la police (III.) et lors de son interrogatoire par le ministère public (IV.). Le prévenu étant ensuite présenté au tribunal des mesures de contrainte puis au juge du fond, nous nous intéresserons à la détention provisoire (V.), puis à la détention pour des motifs de sûreté (VI.). Nous aborderons brièvement l'exécution de la détention avant jugement (VII.), puis terminerons par la présentation des voies de droit et des conséquences des irrégularités procédurales, comme l'indemnisation (VIII.).

II. Définitions et droit à la liberté

A. Définitions

1. La détention avant jugement (art. 220 CPP)

La détention avant jugement peut être définie comme « l'incarcération ordonnée à l'encontre 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 »⁶. En tant qu'elle prive une personne de sa liberté, la détention avant jugement, classée parmi les mesures de contraintes (art. 196 ss CPP), est une mesure très invasive⁷ et susceptible

¹ WORLD PRISON BRIEF, chiffres au 31.01.21.

² OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE.

³ STREBEL/IMBACH.

⁴ OFFICE CANTONAL (GE) DE LA STATISTIQUE, Statistiques cantonales, justice, sécurité et criminalité.

⁵ OFFICE CANTONAL (GE) DE LA STATISTIQUE, Condamnations pénales d'adultes et jugement pénaux des mineurs.

La tendance générale d'augmentation des condamnations observe toutefois un léger recul depuis 2018.

⁶ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1171.

⁷ PC CPP, art. 220 N 3.

de porter atteinte à plusieurs droits fondamentaux⁸. Il nous semble important de souligner qu'elle n'a aucune finalité punitive⁹, toute personne étant présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (art. 10 al. 1 CPP). La détention avant jugement comporte deux volets procéduraux : la détention provisoire (art. 220 al. 1 CPP) et la détention pour des motifs de sûretés (art. 220 al. 2 CPP). La distinction entre les deux a essentiellement pour but d'indiquer le stade de la procédure auquel la détention est ordonnée¹⁰. Enfin, l'exécution anticipée de la peine (art. 236 CPP), mesure à la frontière entre poursuite pénale et exécution de la peine¹¹, constitue elle aussi une forme de détention avant jugement, qui ne sera toutefois pas approfondie dans le cadre du présent mémoire.

2. La détention provisoire (art. 220 al. 1, art. 224 ss CPP)

La détention provisoire commence au moment où le tribunal des mesures de contrainte l'ordonne (art. 220 al. 1 CPP), c'est-à-dire après l'arrestation du prévenu et son audition par la police puis par le ministère public. Elle s'achève lorsque l'acte d'accusation est notifié au tribunal de première instance, lorsque le prévenu est libéré ou lorsqu'il commence à purger sa peine de manière anticipée (art. 220 al. 1 CPP). Le but de la détention provisoire est de garantir le bon déroulement de l'instruction¹². Plus précisément, elle vise à prévenir le risque que le prévenu se soustraie à la poursuite en prenant la fuite, qu'il se concertent avec des tiers ou qu'il fasse disparaître les indices de son acte afin de faire échec à l'élucidation de l'infraction pénale¹³.

3. La détention pour des motifs de sûreté (art. 220 al. 2, art. 229 ss CPP)

Si les motifs de détention subsistent après le dépôt de l'acte d'accusation auprès du tribunal de première instance, le tribunal des mesures de contrainte convertit la détention provisoire en détention pour des motifs de sûreté¹⁴. Si les motifs de détention n'apparaissent qu'après le dépôt de l'acte d'accusation, la détention commence au moment où elle est prononcée par le tribunal des mesures de contrainte (art. 229 al. 2 CPP), par le tribunal de première instance (art. 231 al. 1 CPP) ou par la juridiction d'appel (art. 232 CPP), en fonction du moment auquel ces motifs apparaissent. La détention pour des motifs de sûreté se termine lorsque le jugement entre en force, que le prévenu commence à purger sa sanction privative de liberté, qu'il est libéré ou que l'expulsion est exécutée (art. 220 al. 2 CPP). Le but de la détention pour des motifs de sûreté est d'assurer la présence du prévenu durant la procédure devant les instances de jugement et de garantir l'exécution consécutive des sanctions privatives de liberté¹⁵.

B. Le droit à la liberté

1. Le droit fondamental à la liberté (art. 10 al. 2 Cst., art. 5 CEDH et art. 9 § 1 Pacte ONU II¹⁶)

Tout être humain a droit à la liberté personnelle, dont font partie l'intégrité physique et psychique et la liberté de mouvement (art. 10 al. 2 Cst.). Le droit fondamental à la liberté, pris sous l'angle de la liberté de mouvement, vise « la liberté physique de la personne d'aller et

⁸ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1170.

⁹ Bien que cela soit ressenti différemment par les détenus (GFELLER/BIGLER/BONIN, N 45 ; HOHL-CHIRAZI N 727).

¹⁰ Message CPP, p. 1210.

¹¹ OBERHOLZER, N 1378 ; ATF 133 I 270, consid. 3.2.1.

¹² Message CPP, p. 1210.

¹³ ATF 96 IV 45, consid. 2a ; ATF 97 I 45, consid. 4b.

¹⁴ BSK StPO – FORSTER, art. 220 N 4.

¹⁵ Message CPP, p. 1210.

¹⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).

venir. Il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire »¹⁷. Tendant au même objectif, l'art. 5 § 1 CEDH prévoit que nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans six cas exhaustifs qui y sont listés et dont fait partie la détention préventive (art. 5 § 1 let. c CEDH).

2. Le principe de la liberté (art. 212 al. 1 phr. 1 CPP et art. 9 § 3 phr. 2 Pacte ONU II)

Découlant du droit à la liberté, l'art. 212 al. 1 phr. 1 CPP pose le principe clair selon lequel le prévenu *reste en liberté*. En vertu de ce principe, la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit rester en liberté à moins que les conditions de la mise en détention ne soient remplies. « La loi exprime de cette manière que la liberté est la règle tandis que la détention doit demeurer l'exception »¹⁸. Au vu des chiffres présentés dans l'introduction du présent mémoire¹⁹, certains auteurs font valoir que ce principe n'est que trop peu pris en considération dans la pratique²⁰.

3. La restriction du droit à la liberté (art. 31 et art. 36 Cst.)

D'après le Conseil fédéral lui-même, les droits fondamentaux « ne peuvent être garantis de manière absolue et peuvent – ou doivent même – être restreints »²¹. La base légale qui traite de la restriction des droits fondamentaux est l'art. 36 Cst., aux termes duquel toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, proportionnée au but visé et ne doit pas violer l'essence des droits fondamentaux. La condition de proportionnalité se divise en trois volets : l'aptitude de la mesure à atteindre le but visé, la subsidiarité (aussi appelée nécessité) de la mesure par rapport à une mesure moins sévère permettant d'atteindre le même but, et enfin la proportionnalité au sens étroit, c'est-à-dire la pesée des différents intérêts en jeu²².

L'art. 31 al. 1 Cst., en tant que motif spécifique de restriction par rapport au régime général de l'art. 36 Cst.²³, prévoit que nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit. Cette base légale, d'une part, reprend le principe de la légalité consacré à l'art. 36 al. 1 Cst., et d'autre part, prévoit que la privation de liberté doit respecter les exigences procédurales prévues par la loi²⁴. La détention avant jugement doit donc répondre aux conditions de l'art. 36 Cst., réaffirmées à l'art. 197 CPP pour les mesures de contrainte²⁵, et respecter les conditions de fond et de forme figurant dans le CPP.

D'après le Tribunal fédéral, « une mesure de détention préventive n'est compatible avec la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst. et art. 5 CEDH) que si elle repose sur une base légale (art. 31 al. 1 et art. 36 al. 1 Cst.). Elle doit en outre correspondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 2 et 3 Cst. (...)). Pour que tel soit le cas, la privation de liberté doit être justifiée par les besoins de l'instruction, un risque de fuite ou un danger de collusion ou de réitération (cf. art. 221 al. 1 let. a, b et c CPP). Préalablement à ces conditions, il doit exister à l'égard de l'intéressé des charges suffisantes, soit de sérieux soupçons de

¹⁷ HOHL-CHIRAZI, N 26.

¹⁸ CR CPP – CHAIX, art. 212 N 4.

¹⁹ cf. chapitre I.

²⁰ HUMANRIGHTS.CH ; MANFRIN, p. 74, qui argumente que la détention avant jugement est plus une *prima ratio* que l'*ultima ratio* (par rapport aux mesures de contrainte) qu'elle devrait être.

²¹ Message Cst., p. 195.

²² CR Cst. – DUBEY, art. 36 N 120 s.

²³ CR Cst. – HOTTELIER, art. 31 N 16.

²⁴ CR Cst. – HOTTELIER, art. 31 N 40.

²⁵ CR CPP – VIREDAZ/JOHNER, art. 197 N 1.

culpabilité (art. 221 al. 1 CPP ; art. 5 par. 1 let. c CEDH) »²⁶.

Prévue aux art. 220 ss CPP, la détention avant jugement remplit l'exigence de reposer sur une base légale formelle. Les conditions d'intérêt public et de proportionnalité, à en croire la formulation du Tribunal fédéral, seraient remplies dès lors que les conditions matérielles de la détention (art. 221 CPP) sont données. Or, la notion d'intérêt public est précisée par le législateur à l'art. 197 al. 1 let. b CPP et consiste en la présence de soupçons suffisants de commission d'une infraction²⁷. Cette condition est effectivement intégrée à l'art. 221 CPP, qui l'accentue même en exigeant que le prévenu soit *fortement soupçonné* ou qu'il y ait *sérieusement lieu de craindre* la commission d'une infraction²⁸.

L'analyse de la proportionnalité, en revanche, ne se recoupe pas avec celle des conditions de l'art. 221 CPP, contrairement à ce que semble suggérer le Tribunal fédéral. En effet, la restriction d'un droit fondamental doit procéder « de la confrontation et de la pondération avec les intérêts publics et fondamentaux qui s'opposent à la protection de l'intérêt fondamental en cause, et qui méritent en l'occurrence de l'emporter sur celui-ci »²⁹ au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce. De plus, en vertu du principe de subsidiarité, les mesures de substitution à la détention provisoire devraient être soigneusement examinées (et ce d'autant plus en Suisse romande, au vu du contexte de surpopulation carcérale chronique³⁰). Ainsi, l'assimilation de la condition de proportionnalité aux conditions de la détention peut conduire, en réalité, à faire l'économie de l'examen de la proportionnalité pour le cas d'espèce concret³¹. À cet égard, certaines voix critiques ont effectivement relevé que le test de proportionnalité (incluant la subsidiarité) n'est parfois pas effectué du tout ou seulement de manière inadéquate³².

En tout état de cause, en tant qu'une restriction de la liberté personnelle est en jeu, le principe de proportionnalité doit s'appliquer non seulement au moment du prononcé de la détention, mais tout au long de la procédure, commandant par exemple à la police et au ministère public de mener le plus rapidement possible les opérations destinées à libérer la personne ou à la transmettre à l'autorité compétente³³. La proportionnalité doit aussi régir l'exécution de la détention en elle-même³⁴, en ne réduisant la liberté des prévenus que dans la mesure requise par le but de la détention (art. 235 al. 1 CPP). En outre, la proportionnalité joue un rôle particulièrement important dans l'appréciation de la durée de la détention³⁵, et ce d'autant plus que le droit à la liberté s'allie ici au droit d'être jugé au fond dans un délai raisonnable (art. 31 al. 3 Cst., art. 5 § 3 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II).

Enfin, l'essence inviolable du droit à la liberté comprend notamment l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 10 al. 3 Cst., art. 3 CEDH et art. 7

²⁶ ATF 139 IV 186, consid. 2.

²⁷ CR CPP – VIREDAZ/JOHNER, art. 197 N 5 ; CONTE, p. 66.

²⁸ CONTE, p. 66.

²⁹ CR Cst. – DUBEY, art. 36 N 19.

³⁰ CR CPP – VIREDAZ/JOHNER, art. 197 N 9.

³¹ KÜNZLI, p. 21.

³² MANFRIN, p. 63-64 ; HUMANRIGHTS.CH.

³³ CR CPP – CHAIX, art. 215 N 2 et 217 N 2 : cette rapidité d'action est régie par le principe de célérité (art. 5 CPP, art. 29 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II), qui permet le respect de la proportionnalité.

³⁴ KÜNZLI, p. 17.

³⁵ Cf. chapitre V.C.1.

Pacte ONU II)³⁶. Pour cette raison, les mesures entraînant l’anéantissement de la personnalité ou des troubles psychiques graves ainsi que certaines interventions médicales forcées comme la stérilisation sont proscrites³⁷. La détention avant jugement ne peut donc faire de compromis avec l’essence du droit à la liberté, faute de tomber dans l’illicéité.

III. L’appréhension et l’arrestation par la police

Le début de la privation de liberté peut intervenir principalement³⁸ sous deux formes : l’appréhension (art. 215 CPP), appelée communément contrôle d’identité³⁹, et l’arrestation provisoire (art. 217-218 CPP), plus connue sous le nom de garde à vue⁴⁰. Les deux notions se distinguent en ce sens que l’appréhension doit permettre de définir le cercle des personnes soupçonnées, alors que l’arrestation présuppose que la personne soit fortement soupçonnée d’avoir commis une infraction⁴¹.

A. L’appréhension (art. 215 CPP)

1. La procédure (art. 215 CPP)

L’appréhension consiste en la restriction de la liberté de mouvement d’une personne, dans le but d’élucider une infraction⁴². L’appréhension est généralement effectuée par la police, bien que celle-ci puisse demander à des particuliers de lui prêter main forte (art. 215 al. 3 CPP). La police peut conduire la personne appréhendée au poste (art. 215 al. 1 CPP) et l’astreindre à décliner son identité et à produire ses papiers d’identité (let. a-b), à présenter les objets qu’elle transporte et à ouvrir ses bagages et son véhicule (let. c-d). Un bref interrogatoire peut également être mené (art. 215 al. 1 let. c CPP). Enfin et surtout, il n’est pas exigé qu’un soupçon pèse sur la personne appréhendée⁴³.

2. La durée (art. 219 al. 5 CPP)

La durée maximale de l’appréhension est une question non résolue par la loi. D’après la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴⁴, qui se base sur le Message du Conseil fédéral⁴⁵ et sur l’art. 219 al. 5 CPP, l’appréhension ne doit pas excéder trois heures⁴⁶. La durée de l’interrogatoire formel ne doit pas être prise en compte « dans le décompte des heures, seule étant déterminante la période pendant laquelle la personne est retenue à disposition des autorités »⁴⁷. Cette période est relativement courte précisément car il n’existe – à ce stade – aucun soupçon concret que la personne ait participé à l’infraction⁴⁸. Si cette limite de trois heures doit être dépassée ou que des soupçons naissent contre la personne appréhendée,

³⁶ CR Cst. – HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10 N 1. Cf. chapitre VII.C.2. du présent mémoire.

³⁷ CR Cst. – HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10 N 40, 42 et 49.

³⁸ Par souci de concision, le mandat de comparution (art. 201-206 CPP), le mandat d’amener (art. 207 CPP) et le cas où le prévenu se rend volontairement aux autorités ne seront pas présentés ici.

³⁹ PITTELOUD, N 470 ; CR CPP – CHAIX, art. 215 N 1.

⁴⁰ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1159 ; JEANNERET/KUHN, N 15026.

⁴¹ PERRIER DEPEURSINGE, art. 217 CPP ; ; ATF 142 IV 129, consid. 2.2.

⁴² JEANNERET/KUHN, N 15022.

⁴³ OBERHOLZER, N 1168.

⁴⁴ ATF 143 IV 339, consid. 3.2. ; Arrêt du TF, 6B_53/2013 du 8 juillet 2013, consid. 2.2.

⁴⁵ Message CPP, p. 1206.

⁴⁶ ATF 143 IV 339, consid. 3.2 ; ATF 139 IV 243, consid. 2.2 ; JEANNERET/KUHN, N 15022 ; PITTELOUD, N 470.

⁴⁷ Arrêt du TF, 6B_53/2013 du 8 juillet 2013, consid. 2.2.

⁴⁸ PERRIER DEPEURSINGE, art. 217 CPP ; ATF 143 IV 339, consid. 3.2 ; Message CPP, p. 1205.

l'appréhension doit basculer vers une arrestation provisoire⁴⁹, ordonnée par un membre du corps de police habilité par la Confédération ou le canton (art. 219 al. 5 CPP), ce dont le Ministère public doit être informé⁵⁰.

3. Les droits de la personne appréhendée

La personne appréhendée n'est, par définition, pas encore *accusée* d'avoir commis une infraction. En effet, la police a l'interdiction de retenir une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction au titre d'une simple appréhension⁵¹. La personne appréhendée est donc au bénéfice des mêmes droits que tout un chacun, comme le droit à la liberté (art. 10 al. 2 Cst., art. 5 CEDH et art. 9 § 3 phr. 2 Pacte ONU II) et l'interdiction de la torture (art. 10 al. 3 Cst., art. 3 CEDH et art. 7 Pacte ONU II)⁵², mais ne bénéficie pas des garanties spécifiques accordées à l'accusé, telles que le droit à faire appel à un défenseur (art. 158 al. 1 CPP *a contrario*)⁵³. L'accusation au sens de la CEDH se définit de manière large comme « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »⁵⁴. Partant, seul le passage sous le régime de l'arrestation provisoire permet d'acquérir le statut d'accusé (appelé prévenu en droit suisse), et les droits y-relatifs⁵⁵. Néanmoins, afin d'éviter les abus, la Cour européenne des droits de l'homme indique qu'une personne interrogée parce qu'elle est soupçonnée d'être impliquée dans une infraction dispose des droits de l'accusé, et ce, même si elle est entendue en tant que témoin⁵⁶.

La personne appréhendée est également au bénéfice d'un droit d'être informée de son droit se taire⁵⁷. En effet, elle n'a l'obligation de collaborer à l'interrogatoire qu'en ce qui concerne l'établissement de son identité (art. 215 al. 2 CPP)⁵⁸, et n'est pas tenue de déposer (art. 180 al. 1 et art. 180 al. 2 *a contrario* CPP), ce dont elle doit être informée au début de l'audition (art. 181 al. 1 CPP), à tout le moins si elle est conduite au poste⁵⁹. Si elle fournit des informations lors d'un interrogatoire sans procès-verbal (par exemple sur la voie publique), celles-ci ne pourront en principe pas être utilisées dans la procédure ultérieure⁶⁰.

B. L'arrestation provisoire (art. 217-219 CPP)

1. La procédure (art. 217-219 CPP)

L'arrestation provisoire 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, pendant 24 heures au plus »⁶¹. Elle est généralement effectuée par la police (art. 217 CPP) mais peut exceptionnellement avoir lieu par le biais d'un particulier (art. 218 CPP). D'après l'art. 217

⁴⁹ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1158.

⁵⁰ PITTELOUD, N 478.

⁵¹ Message CPP, p. 1206.

⁵² Ce droit est développé dans le cadre de l'exécution de la détention, au chapitre VII.C.2.

⁵³ CR CPP – CHAIX, art. 215 N 8. Certains auteurs sont toutefois d'avis que ce droit devrait aussi être accordé aux personnes appréhendées si la situation le requiert (BSK – ALBERTINI/ARMBRUSTER, art. 215 N 12).

⁵⁴ GREFFE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, p. 11 et ses références.

⁵⁵ BSK – ALBERTINI/ARMBRUSTER, art. 215 N 7.

⁵⁶ GREFFE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, p. 11 et ses références.

⁵⁷ Kommentar StPO – WEDER, art. 215 N 15 ; BSK – ALBERTINI/ARMBRUSTER, art. 215 N 12.

⁵⁸ CR CPP – CHAIX, art. 215 N 10 ; Message CPP, p. 1206.

⁵⁹ CR CPP – CHAIX, art. 215 N 7.

⁶⁰ PC CPP, art. 215 N 11.

⁶¹ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1159.

al. 1 CPP, la police arrête⁶² toute personne surprise en flagrant délit de crime ou de délit (let. a) ou qui est signalée (let. b). Elle peut arrêter toute personne soupçonnée d'avoir commis un crime ou un délit, que le soupçon soit basé sur une enquête ou sur toute autre source fiable (art. 217 al. 2 CP).

Une fois la personne arrêtée, la police établit immédiatement son identité et l'informe des motifs de son arrestation et de ses droits dans une langue qu'elle comprend (art. 219 al. 1 CPP). La police informe également sans délai le ministère public de l'arrestation (art. 219 al. 1 CPP)⁶³. Une fois cela fait⁶⁴, les forces de police procèdent à l'audition sur les faits de la cause et aux investigations nécessaires afin de confirmer ou écarter les soupçons (art. 219 al. 2 CPP). Si ces premières investigations révèlent qu'il n'y a plus de motif de détention, la personne doit être immédiatement libérée (art. 219 al. 3 CPP). Dans le cas inverse, la personne est amenée⁶⁵ sans retard devant le ministère public (art. 219 al. 3 CPP).

2. La durée (art. 219 al. 4 CPP)

À teneur de la loi, la police doit *immédiatement* établir l'identité du prévenu et procéder aux investigations nécessaires (art. 219 al. 1-2 CPP), puis amener la personne arrêtée devant le ministère public *sans retard* (art. 219 al. 4 CPP) ou la libérer *immédiatement* (art. 219 al. 3 CPP). Ces injonctions de procéder aussi rapidement que possible découlent du principe de célérité (art. 5 CPP, art. 29 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II)⁶⁶ et constituent une obligation en soi, indépendamment du délai prévu à l'art. 219 al. 4 CPP⁶⁷.

L'art. 219 al. 4 CPP prévoit que la durée maximale entre l'arrestation ou l'appréhension⁶⁸ et le transfert au ministère public est de 24 heures. Ce délai est toutefois grandement relativisé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui relève que seul est déterminant pour le prévenu que la décision du tribunal des mesures de contrainte intervienne dans les 96 heures qui suivent l'arrestation ou l'appréhension, les délais des étapes de procédure précédant cette décision étant, d'après lui, de moindre importance⁶⁹. Ce délai de 96 heures est le résultat de l'addition du délai de 48 heures dès l'arrestation ou l'appréhension accordé au ministère public pour requérir la détention auprès du tribunal des mesures de contrainte (art. 224 al. 2 CPP) avec les 48 heures à disposition du tribunal des mesures de contrainte pour rendre sa décision (art. 226 al. 1 CPP). En ce qui concerne les conséquences des dépassements de délais, nous renvoyons au chapitre VIII.C du présent mémoire.

3. Les droits de la personne arrêtée

Contrairement à ce qui prévaut en matière d'appréhension, la personne arrêtée, elle, a le statut

⁶² La question de savoir s'il s'agit d'une faculté ou d'une obligation est controversée (CR CPP – SCHMOCKER, art. 217 N 8).

⁶³ Il n'y a pas d'exigence de forme pour cette communication (Kommentar StPO – WEDER, art. 219 N 33).

⁶⁴ Il existe une controverse doctrinale sur la question de savoir si l'ordre des opérations tel que prévu par la loi est impératif (BSK StPO – ALBERTINI/ARMBRUSTER, art. 219 N 6 ; Kommentar StPO – WEDER, art. 219 N 34) ou indicatif (CR CPP - CHAIX, art. 219 N 2).

⁶⁵ Un transfert physique de la personne arrêtée n'est pas nécessaire pour respecter cette exigence légale (CR CPP – CHAIX, art. 219 N 13).

⁶⁶ Le principe de célérité est analysé en tant que droit du prévenu au chapitre III.B.3.e.

⁶⁷ CR CPP – CHAIX, art. 219 N 1.

⁶⁸ La durée de l'appréhension est imputée sur celle de l'arrestation pour le calcul des délais (Message CPP, p. 1209 ; art. 219 al. 4 CPP). Nous référerons donc toujours au point de départ des délais comme étant l'appréhension ou l'arrestation.

⁶⁹ ATF 137 IV 92, consid. 3.2 ; ATF 137 IV 118, consid. 2.1.

de prévenu et bénéficie des garanties procédurales spécifiques au procès pénal⁷⁰ en plus des garanties générales de procédure dont chacun peut se prévaloir.

a. La présomption d'innocence (art. 10 al. 1 CPP, art. 32 al. 1 Cst., art. 6 § 2 CEDH et art. 14 § 2 Pacte ONU II)

Toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (art. 10 al. 1 CPP). Cette présomption fait partie des garanties de procédure pénale et s'applique dès l'instant où la personne se voit soupçonnée d'avoir commis une infraction, c'est-à-dire aussi lors des interrogatoires par la police⁷¹. La détention avant jugement est compatible avec la présomption d'innocence en tant qu'elle ne vise pas à punir, mais à assurer le déroulement sans entrave de la recherche de la vérité et de la poursuite pénale⁷².

b. Le droit à l'information (art. 158 CPP, art. 31 al. 2 Cst., art. 6 § 3 let. a CEDH et art. 14 § 3 let. a Pacte ONU II)

La personne arrêtée dispose d'un droit à l'information (art. 158 CPP, art. 31 al. 2 Cst., art. 6 § 3 let. a CEDH et art. 14 § 3 let. a Pacte ONU II). Celui-ci doit porter, d'une part, sur ce qui lui est reproché (art. 158 al. 1 let. a CPP), c'est-à-dire, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur les raisons juridiques et factuelles de la privation de liberté⁷³. L'information doit porter, d'autre part, sur les droits procéduraux (art. 158 al. 1 CPP) : le droit de se taire et de refuser de collaborer (let. b), le droit de faire appel à un avocat (let. c), et le droit à un interprète (let. d).

La communication de ces informations n'est soumise à aucune forme spécifique⁷⁴ et doit avoir lieu immédiatement⁷⁵, dans une langue que la personne arrêtée comprend (art. 219 al. 1 CPP). La notion d'immédiateté peut être relativisée par certaines circonstances telles que l'impératif de quitter un lieu d'arrestation dangereux, un nombre de personnes arrêtées élevé ou la nécessité de recourir à un interprète⁷⁶. Les informations auxquelles le prévenu a droit étant fondamentales pour qu'il puisse se défendre et se prévaloir des garanties du procès équitable⁷⁷, les auditions menées en violation du droit à l'information sont inexploitable (art. 158 al. 2 CPP). De même, si les raisons de la détention changent ou que de nouveaux éléments de fait sont retenus contre le prévenu, cela doit lui être communiqué⁷⁸. Le droit d'accéder au dossier ne fait pas partie du droit à l'information⁷⁹, au contraire du droit de la personne arrêtée de faire informer ses proches⁸⁰, son employeur et sa représentation étrangère (art. 214 CPP et art. 31 al. 2 phr. 3 Cst.).

c. Le droit à un avocat (art. 159 et 219 al. 2 CPP, art. 29 al. 3 Cst., art. 6 § 3 let. c CEDH et art. 14 § 3 let. b et d Pacte ONU II)

La personne arrêtée a droit à ce qu'un avocat soit présent dès la première audition par la police (art. 159 al. 1 et 219 al. 2 CPP). Le défenseur est alors communément qualifié d'avocat de la

⁷⁰ CR CPP – CHAIX, art. 215 N 4 ; BSK StPO – ALBERTINI/ARMBRUSTER, art. 215 N 4.

⁷¹ CR Cst. – MACALUSO/GARBARSKI, art. 32 N 10.

⁷² CONTE, p. 71.

⁷³ Commentaire CEDH – BIGLER, art. 6 N 173 ; Kommentar EMRK, art. 6 N 224 ; ACEDH Fox, Campbell et Hartley contre Royaume-Uni du 30 août 1990, requêtes n°12244/86, 12245/86, 12383/86, § 40-41.

⁷⁴ CR CPP – CHAIX, art. 219 N 6 ; Kommentar StPO - WEDER, art. 219 N 33.

⁷⁵ CR CPP – CHAIX, art. 219 N 5 : notion plus stricte que « dans le plus court délai » de l'art. 5 § 2 CEDH.

⁷⁶ Kommentar StPO – WEDER, art. 219 N 7.

⁷⁷ HOHL-CHIRAZI, N 166.

⁷⁸ HOHL-CHIRAZI, N 174.

⁷⁹ HOHL-CHIRAZI, N 175. Sur le droit d'accès au dossier, nous renvoyons au chapitre V.D.1.

⁸⁰ Notion à interpréter de manière large (CR Cst. – HOTTELIER, art. 31 N 51).

première heure⁸¹. La loi indique que la personne arrêtée peut communiquer avec son avocat librement (art. 159 al. 2 CPP), mais reste silencieuse sur le moment dédié à la discussion entre ce dernier et le prévenu. Le Message indique que le défenseur « doit avoir la possibilité de s’entretenir brièvement avec son mandant, avant l’interrogatoire même ou durant une suspension de celui-ci »⁸². La question de savoir si le prévenu dispose effectivement d’un droit à conférer avec son défenseur *avant* l’audition est débattue⁸³. La durée de cet entretien n’est pas non plus précisée par la loi, mais doit à teneur du Message être brève, ce qui peut être estimé entre un quart d’heure et une heure⁸⁴. Ce manque de précision de la loi peut laisser place à différentes interprétations et pratiques, plus ou moins favorables à la défense efficace du prévenu.

L’art. 159 al. 3 CPP prévoit que l’empêchement du défenseur n’est pas un motif d’ajournement de l’audition. Cette précision est à interpréter de manière raisonnable⁸⁵ et ne doit pas « avoir pour effet de vider le droit de participation de sa substance. Si l’avocat qui demande à prendre part à l’interrogatoire est disponible dans un délai utile, il convient de repousser l’interrogatoire jusqu’à ce qu’il puisse y assister »⁸⁶. Dans les cas où le concours d’un avocat est obligatoire (art. 130 CPP), c’est probablement la police qui devrait requérir du ministère public, en tant que ce dernier assume la fonction de direction de la procédure (art. 61 al. 1 CPP), qu’il mette la défense obligatoire en œuvre (art. 131 al. 1 CPP)⁸⁷. Une audition menée en l’absence du défenseur obligatoire est inexploitable⁸⁸ (art. 131 al. 3 CPP).

d. Le droit de ne pas s’auto-incriminer (art. 113 CPP, art. 32 Cst., art. 6 § 2 CEDH et art. 14 § 3 let. g Pacte ONU II)

Le prévenu a le droit de ne pas participer à sa propre incrimination (art. 32 Cst., art. 6 § 2 CEDH et art. 14 § 3 let. g Pacte ONU II). Concrétisé par l’art. 113 CPP, cette garantie de procédure fonde le prévenu à refuser de déposer contre lui-même ou de collaborer à la procédure (al. 1), bien qu’il reste tenu de se soumettre aux mesures de contrainte (al. 2). Cela signifie que le prévenu a le droit de se taire et qu’il ne peut être contraint de produire des pièces susceptibles de l’incriminer⁸⁹. « Le droit au silence implique également que l’autorité pénale ne peut en principe tirer aucun argument du défaut de collaboration du prévenu pour parvenir à un jugement de culpabilité »⁹⁰. D’après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, le droit de se taire n’a toutefois pas une portée absolue⁹¹ : en effet, l’on ne saurait empêcher l’autorité pénale « de prendre en compte le silence de l’intéressé, dans des situations

⁸¹ CR CPP – CHAIX, art. 219 N 11 ; Message CPP, p. 1173.

⁸² Message CPP, p. 1175.

⁸³ *Pro* : CR CPP – CHAIX, art. 219 N 11 ; BSK StPO – RUCKSTUHL, art. 159 N 24. *Contra* : BSK StPO – ALBERTINI/ARMBRUSTER, art. 219 N 7.

⁸⁴ CR CPP – VERNIORY, art. 159 N 16 : entre 1/4h et 1h ; SCHMID/JOSITSCH, art. 159 N 5 : 1/2h maximum.

⁸⁵ CR CPP – VERNIORY, art. 159 N 30.

⁸⁶ Message CPP, p. 1175.

⁸⁷ CR CPP – HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 131 N 3a. Le projet de modification prévoit de remédier à l’absence de clarté de la loi par la modification suivante : « Si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l’ouverture de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre avant la première audition exécutée par le ministère public ou, en son nom, par la police » (Projet CPP, art. 131 al. 2).

⁸⁸ Le TF penche vers une *invalidité* des preuves ainsi récoltées (conformément aux textes allemand et italien de la loi), plutôt que vers leur *inexploitabilité* (ATF 141 IV 289, consid. 2.3 et 2.4).

⁸⁹ CR CPP – MACALUSO, art. 113 N 6.

⁹⁰ CR CPP – MACALUSO, art. 113 N 8 (cité) ; ATF 138 IV 47, consid. 2.6.1 ; ATF 131 IV 36, consid. 3.1 ; ATF 130 I 126, consid. 2.1.

⁹¹ PERRIER DEPEURSINGE, art. 113.

qui appellent assurément une explication de sa part »⁹².

e. Le principe de célérité (art. 5 CPP, art. 29 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II)

Le principe de célérité (art. 5 CPP, art. 29 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II) impose aux autorités de mener la procédure sans désespérer afin de ne pas maintenir le prévenu inutilement dans l'angoisse et l'incertitude⁹³. Il gouverne l'ensemble de la procédure pénale et revêt une importance toute particulière dans le cadre de la détention avant jugement⁹⁴. Concrétisant le principe de célérité⁹⁵, l'art. 5 CPP impose aux autorités pénales d'engager la procédure pénale sans délai et de la mener à terme sans retard injustifié (al. 1), la procédure devant être conduite en priorité lorsqu'un prévenu est placé en détention (al. 2).

En plus de devoir respecter les délais légaux, les autorités doivent s'assurer que la procédure est menée avec la célérité requise à l'intérieur de ces délais. Ainsi, le principe de la célérité peut être violé si les autorités tardent sans raison, alors même qu'aucun délai n'a été dépassé⁹⁶. Une éventuelle violation du principe de célérité s'apprécie en fonction de la complexité du dossier, de l'attitude de l'accusé et de la conduite de la procédure par les instances d'instruction et de jugement⁹⁷. Ses conséquences varient en fonction de la gravité de la violation et du stade de la procédure auquel elle intervient⁹⁸, allant du simple constat⁹⁹ à la réduction de peine¹⁰⁰, en passant par l'indemnisation (art. 431 al. 1 CPP)¹⁰¹.

f. Le droit d'être aussitôt traduit devant un juge qui se prononce sur la détention (art. 224 al. 2 CPP, art. 31 al. 3 phr. 1 Cst., art. 5 § 3 CEDH et art. 9 § 3 phr. 1 Pacte ONU II)

Toute personne en détention avant jugement a le droit d'être aussitôt traduite devant un juge qui prononce le maintien de la détention ou la libération (art. 224 al. 2 CPP, art. 31 al. 3 phr. 1 Cst., art. 5 § 3 CEDH et art. 9 § 3 phr. 1 Pacte ONU II). Aux termes du droit interne comme de la CEDH, la saisine du juge doit intervenir *aussitôt*, temporalité concrétisée en droit suisse par le délai de 48 heures à compter de l'arrestation dont dispose le ministère public pour présenter le prévenu au tribunal des mesures de contrainte (art. 224 al. 2 CPP). Ce délai et celui de 96 heures instauré par la jurisprudence¹⁰² sont conformes à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰³, qui admet un maximum de quatre jours pour être présenté au juge ou libéré¹⁰⁴. Cette garantie fondamentale a pour but d'éviter les arrestations arbitraires et implique la libération de la personne arrêtée dès que la détention ne se justifie plus¹⁰⁵, et ce dès la procédure devant la police, même avant d'avoir eu accès au juge¹⁰⁶.

⁹² ACEDH John Murray c. Royaume-Uni du 8 février 1996, requête n° 18731/91, § 47.

⁹³ CR CPP – HOTTELIER, art. 5 N 2 et 6 ; ATF 133 IV 158.

⁹⁴ BSK StPO – SUMMERS, art. 5 N 1 ; CR CPP – HOTTELIER, art. 5 N 3.

⁹⁵ CR Cst. – DANG/NGUYEN, art. 29 N 106.

⁹⁶ CONTE, p. 164. Sur les conséquences des dépassements de délais, cf. chapitre VIII.C.

⁹⁷ CR CPP – HOTTELIER, art. 5 N 12 ; PC CPP – MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 5 N 4.

⁹⁸ BSK StPO – SUMMERS, art. 5 N 19.

⁹⁹ ATF 137 IV 118, consid. 2.2 ; ATF 137 IV 92, consid. 3.2.3.

¹⁰⁰ ATF 143 IV 373, consid. 1.4.1. ATF 135 IV 12, consid. 3.6.

¹⁰¹ ATF 123 I 329, consid. 3. Cf. chapitre VIII.D sur l'indemnisation.

¹⁰² ATF 137 IV 92, consid. 3.2.

¹⁰³ Commentaire CEDH – BIGLER, art. 5 N 128 ; Kommentar BV – VEST, art. 31 N 35.

¹⁰⁴ ACEDH McKay c. Royaume-Uni du 3 octobre 2006, requête n° 543/03, § 47 ; ACEDH Brogan et autres c. Royaume-Uni du 29 novembre 1988, requête n°11209/84 et autres, § 58 et 62.

¹⁰⁵ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1202 et 1213.

¹⁰⁶ ACEDH Brogan et autres c. Royaume-Uni du 29 novembre 1988, requête 11209/84 et autres, § 58.

IV. La procédure devant le ministère public

A. La procédure (art. 224 CPP)

Une fois qu'il lui est transféré, le ministère public interroge le prévenu et lui donne l'occasion de s'exprimer sur les soupçons et les motifs de détention retenus contre lui (art. 224 al. 1 CPP). Dans le même temps, le ministère public procède à l'administration des preuves aisément disponibles susceptibles de confirmer ou d'écarter les soupçons et motifs de détention (art. 224 al. 1 CPP). Les preuves aisément disponibles sont les « preuves essentielles qui sont immédiatement disponibles et qui permettent d'établir un alibi pour le prévenu »¹⁰⁷. À l'issue de cette administration des preuves, si les soupçons et motifs de détention sont infirmés, le ministère public relâche immédiatement le prévenu (art. 224 al. 3 CPP). À l'inverse, si les soupçons et les motifs de détention sont confirmés, le ministère public requiert du tribunal des mesures de contrainte la détention provisoire ou une mesure de substitution (art. 224 al. 2 phr. 1 CPP). Sa demande doit être transmise par écrit, être brièvement motivée et contenir les pièces essentielles du dossier (art. 224 al. 2 phr. 2 CPP), c'est-à-dire les pièces nécessaires au tribunal des mesures de contrainte et au défenseur pour pouvoir apprécier les motifs de détention¹⁰⁸.

B. La durée (art. 224 CPP)

Tout comme la police, le ministère public est soumis au principe de célérité (art. 5 CPP, art. 29 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II)¹⁰⁹ et doit procéder *sans retard*, voire *immédiatement* (art. 224 al. 1 CPP). Lorsqu'il entend soumettre le cas au tribunal des mesures de contrainte, le ministère public doit s'exécuter non seulement sans retard, mais au plus tard dans les 48 heures à compter de l'arrestation ou de l'appréhension (art. 224 al. 2 CPP). Cependant, à l'instar de ce qui prévaut pour le délai imparti à la police¹¹⁰, seul est déterminant que le laps de temps écoulé entre l'appréhension ou l'arrestation et la décision du tribunal des mesures de contrainte soit inférieur à 96 heures¹¹¹.

C. Les droits du prévenu

Les droits du prévenu déjà présentés dans ce mémoire continuent de s'appliquer et nous n'y reviendrons que si l'avancement de la procédure nécessite d'y apporter quelques précisions, comme c'est le cas ici pour le droit à un avocat. Le prévenu ne disposant pas encore de droit à consulter le dossier, nous renvoyons au chapitre V.D.1 à ce sujet.

1. Le droit à un avocat (art. 129 al. 1 et art. 223 al. 1 CPP, art. 29 al. 3 Cst., art. 6 § 3 let. c CEDH et art. 14 § 3 let. b et d Pacte ONU II)

Même si le prévenu n'a pas requis l'assistance d'un avocat lors de son interrogatoire par la police, il a le droit de charger un avocat de sa défense à n'importe quel stade de la procédure pénale (art. 129 al. 1 CPP). Durant la procédure de détention, le défenseur est autorisé à participer aux auditions du prévenu ainsi qu'à l'administration des preuves (art. 223 al. 1 CPP). Le prévenu a le droit de communiquer en tout temps et sans surveillance avec son avocat (art. 223 al. 2 CPP), sous réserve d'un risque fondé d'abus¹¹². Si les conditions de la défense

¹⁰⁷ PC CPP, art. 224 N 7.

¹⁰⁸ GFELLER/BIGLER/BONIN, N 763. La notion est détaillée au chapitre V.D.1 consacré au droit d'accès au dossier.

¹⁰⁹ PC CPP, art. 224 N 3 ; CR CPP – LOGOS, art. 224 N 19. Le principe de célérité est analysé au chapitre III.B.3.e.

¹¹⁰ Exposé ci-dessus au chapitre III.B.2.

¹¹¹ ATF 137 IV 92, consid. 3.2.1 ; ATF 137 IV 118, consid. 2.2. Dépassement des délais : cf. chapitre VIII.C.

¹¹² L'art. 235 al. 4 CPP s'applique (BSK StPO – FORSTER, art. 223 N 4 ; CR CPP – CHAIX, art. 223 N 6).

obligatoire (art. 130 CPP) sont réalisées, il appartient au ministère public de la mettre en œuvre (art. 131 al. 1 *cum* art. 61 al. 1 CPP).

2. Le droit à un tribunal impartial et indépendant (art. 30 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II)

Tout prévenu a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial (art. 30 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II). Ces exigences valent non seulement pour le juge du fond, mais également pour l'autorité chargée de se prononcer sur la détention avant jugement¹¹³. Il découle de cette liste de caractéristiques que le ministère public ne remplit pas les conditions d'un tribunal impartial et indépendant¹¹⁴, à l'inverse du tribunal des mesures de contrainte¹¹⁵. Le prévenu a donc un droit à ce que le tribunal des mesures de contrainte décide de sa détention.

V. La détention provisoire

A. La procédure (art. 225 CPP)

Le tribunal des mesures de contrainte, une fois saisi par le ministère public, convoque immédiatement celui-ci, le prévenu et son défenseur pour une audience à huit clos (art. 225 al. 1 CPP). Le ministère public n'a pas d'obligation de participer à l'audience¹¹⁶, mais le tribunal des mesures de contrainte peut l'y astreindre (art. 225 al. 1 CP), par exemple si sa requête de mise en détention n'est pas assez claire ou que certaines questions n'y sont pas résolues¹¹⁷. Le prévenu peut renoncer à la tenue d'une audience orale, auquel cas le tribunal statue par écrit (art. 225 al. 5 CPP). Le prévenu et son défenseur ont le droit, sur demande, d'accéder au dossier en possession du tribunal des mesures de contrainte avant l'audience (art. 225 al. 2 CPP). Avant l'audience, le tribunal recueille les preuves immédiatement disponibles¹¹⁸ dans le but de confirmer ou d'écarter les soupçons et les motifs de détention pesant sur l'auteur (art. 225 al. 4 CPP).

Le tribunal des mesures de contrainte doit statuer immédiatement, mais au plus tard dans les 48 heures suivant la réception de la demande (art. 226 al. 1 CPP). Au vu de la jurisprudence¹¹⁹ développée aux chapitres III.B.2 et IV.B.2, ce délai est en fait à comprendre comme un délai de 96 heures à compter de l'appréhension ou de l'arrestation, ce qui peut laisser moins de 48 heures au tribunal pour statuer dans le cas où la police ou le ministère public auraient préalablement dépassé leurs délais légaux¹²⁰. Le mot *immédiatement*, lui, fait référence au principe de célérité¹²¹ auquel est soumis le tribunal des mesures de contrainte.

¹¹³ CR Cst. – HOTTELIER, art. 31 N 53.

¹¹⁴ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1202 ; BSK BV – SCHÜRMAN, art. 31 N 37.

¹¹⁵ BSK BV – SCHÜRMAN, art. 31 N 37.

¹¹⁶ En corrélation, le prévenu ne dispose pas d'un droit à ce que le ministère public soit présent (Kommentar StPO – FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, art. 225 N 4 ; SCHMID/JOSITSCH, art. 225 N 3).

¹¹⁷ Kommentar StPO – FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, art. 225 N 4.

¹¹⁸ La notion est la même que celle de l'art. 224 al. 1 CPP (SCHMID/JOSITSCH, art. 225 N 12) : sont des preuves aisément disponibles les « preuves essentielles qui sont immédiatement disponibles et qui permettent d'établir un alibi pour le prévenu » (PC CPP, art. 224 N 7).

¹¹⁹ ATF 137 IV 92, consid. 3.2.1 ; ATF 137 IV 118, consid. 2.1.

¹²⁰ JEANNERET/KUHN, N 15042.

¹²¹ Le principe de célérité est analysé en tant que droit du prévenu au chapitre III.B.3.e.

Une fois prise, la décision du tribunal des mesures de contrainte est immédiatement communiquée au ministère public, au prévenu et à son défenseur, accompagnée d'une brève motivation (art. 226 al. 2 CPP). Si la détention est ordonnée, le tribunal doit rappeler au prévenu¹²² son droit de présenter en tout temps une demande de libération (art. 228 al. 1 CPP). Le prévenu peut également attaquer cette décision devant l'autorité de recours (art. 222 CPP)¹²³. Si le juge renonce à placer le prévenu en détention provisoire, il peut ordonner des mesures de substitution (art. 237 ss CPP) à la place.

Il faut ici remarquer que la partie plaignante ne participe pas à la procédure de détention¹²⁴. Cela peut être critiqué, d'une part, au vu de l'intérêt factuel que la partie plaignante peut avoir à ce que le prévenu soit détenu pour des raisons sécuritaires¹²⁵ et d'autre part, au regard du fait que la partie plaignante a vocation à participer à l'instruction et devrait donc aussi pouvoir se déterminer sur la question de la détention avant jugement, qui en fait partie¹²⁶.

B. Les conditions (art. 221 et art. 237 al. 1 CPP)

Il existe trois conditions cumulatives au prononcé de la détention provisoire (art. 221 CPP). Premièrement, le prévenu doit être fortement soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit (art. 221 al. 1 *ab initio* CPP). Deuxièmement, il doit exister alternativement (art. 221 al. 1 CPP) un risque de fuite (let. a), un risque de collusion (let. b) ou un risque de réitération (let. c). Troisièmement, la détention doit satisfaire au critère de la subsidiarité, c'est-à-dire qu'elle ne peut être prononcée si une mesure moins sévère permet d'atteindre le même but (art. 197 al. 1 let. c et art. 237 al. 1 CPP). De plus, même lorsque les conditions de l'art. 221 al. 1 CPP ne sont pas remplies, la détention peut être prononcée s'il y a sérieusement lieu de craindre qu'une personne passe à l'acte après avoir menacé de commettre un crime grave (art. 221 al. 2 CPP). Le critère de subsidiarité (art. 197 al. 1 let. c et art. 237 al. 1 CPP) doit être rempli ici également.

1. Les forts soupçons de commission d'un crime ou d'un délit (art. 221 al. 1 CPP)

La détention avant jugement suppose que le prévenu soit fortement soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit (art. 221 al. 1 CPP). Cette exigence de *forts soupçons* va au-delà des *soupçons suffisants* des art. 5 § 1 let. c CEDH¹²⁷ et art. 197 al. 1 let. b CPP¹²⁸ et est réalisée « lorsqu'il est admissible, pour un tiers objectif et sur la base de circonstances concrètes, que la personne ait pu commettre l'infraction ou y participer avec un haut degré de probabilité ; il faut en d'autres termes que pèsent sur la personne de graves présomptions de culpabilité »¹²⁹. Pour déterminer si c'est le cas, le juge de la détention procède à une appréciation *prima facie* du cas, c'est-à-dire limitée à la vraisemblance, et n'est pas tenu de procéder à une pesée complète des éléments à charge ou à décharge¹³⁰. Il est toutefois tenu d'administrer les preuves d'alibi aisément disponibles¹³¹. Si des soupçons relativement peu précis peuvent être suffisants au

¹²² JEANNERET/KUHN, N 15043.

¹²³ Comme détaillé au chapitre VIII.A.

¹²⁴ PC CPP, art. 225 N 7 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1223 ; JEANNERET, Les mesures provisoires, N 18. La partie plaignante est exclue de la procédure de placement en détention, de contrôle et de prolongation de la détention.

¹²⁵ JEANNERET, Les mesures provisoires, N 16.

¹²⁶ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1224 ; MACALUSO, p. 318.

¹²⁷ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1184 ; PC CPP, art. 221 N 9.

¹²⁸ Kommentar StPO – FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, art. 221 N 5.

¹²⁹ Arrêt du TPF, BH.2018.2 du 27 avril 2018, consid. 3.1.

¹³⁰ ATF 143 IV 330, consid. 2.1 ; ATF 143 IV 316, consid. 3.1.

¹³¹ ATF 124 I 208, consid. 3 ; BSK StPO – FORSTER, art. 221 N 3.

début de l'enquête, ils doivent se confirmer et s'intensifier au cours de la procédure de telle sorte à ce que la perspective d'une condamnation apparaisse vraisemblable¹³². Enfin, le prévenu doit être fortement soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit, à l'exclusion d'une contravention. Sont à exclure également les délits qui ne prévoient qu'une peine pécuniaire comme sanction¹³³. Si une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté peut être prononcée, il revient au juge de la détention d'examiner si, dans le cas concret, une peine privative de liberté semble probable¹³⁴.

2. Le risque de fuite, de collusion ou de réitération (art. 221 al. 1 let. a-c CPP)

La deuxième condition de la détention avant jugement est la présence d'un risque de fuite, de collusion ou de réitération, ces trois hypothèses étant alternatives mais pouvant tout aussi bien se cumuler¹³⁵. Cette énumération est exhaustive et il est donc impossible de prononcer la détention pour d'autres motifs, par exemple dans le but d'accélérer la procédure¹³⁶.

a. Le risque de fuite (art. 221 al. 1 let. a CPP)

Le risque de fuite est défini par la loi comme la crainte sérieuse que le prévenu ne se soustraie à la poursuite ou à la sanction en prenant la fuite (art. 221 al. 1 let. a CPP). Un risque de fuite abstrait, qui existe théoriquement dans tous les cas, ne suffit pas : la fuite doit paraître non seulement possible, mais probable¹³⁷. Ce risque doit s'analyser en fonction d'un ensemble de critères tels que « le caractère de l'intéressé, ses relations familiales et sociales, sa situation professionnelle et financière, ses connaissances linguistiques, son domicile, ses liens avec la Suisse ainsi que ses contacts à l'étranger »¹³⁸. Le fait que le prévenu dispose d'une nationalité étrangère, même exclusive, n'est pas suffisant à lui seul pour fonder un risque de fuite concret¹³⁹. À l'inverse, l'existence d'un traité d'extradition entre le pays dont le prévenu a la nationalité et la Suisse n'écarte pas l'existence du risque de fuite¹⁴⁰. Par ailleurs, la fuite visée est principalement celle vers l'étranger, mais la jurisprudence n'exclut pas la possibilité d'une fuite à l'intérieur de la Suisse, par le passage vers la clandestinité¹⁴¹. Enfin, la quotité ou la nature de la peine encourue ne suffit pas à elle seule pour établir un risque de fuite, mais peut constituer un indice en ce sens en complément d'autres faits favorisant une évasion¹⁴².

b. Le risque de collusion (art. 221 al. 1 let. b CPP)

Le risque de collusion existe lorsqu'il y a sérieusement lieu de craindre que le prévenu compromette la recherche de la vérité en exerçant une influence sur des personnes ou en altérant des moyens de preuve (art. 221 al. 1 let. b CPP). Le comportement compromettant la recherche de la vérité peut constituer en deux types d'actes : d'une part, en l'exercice d'une influence par le prévenu sur les coprévenus, la victime, les experts ou toute autre personne liée à l'infraction, et d'autre part, en la dégradation des moyens de preuve par l'altération, la destruction ou la

¹³² ATF 143 IV 316, consid. 3.2 ; Arrêt du TF, 1B_222/2008 du 27 août 2008, consid. 3.1.

¹³³ BSK StPO – FORSTER, art. 221 N 2.

¹³⁴ BSK StPO – FORSTER, art. 221 N 2.

¹³⁵ PC CPP, art. 221 N 7.

¹³⁶ PC CPP, art. 221 N 5.

¹³⁷ CR CPP – CHAIX, art. 221 N 10 ; PC CPP, art. 221 N 16.

¹³⁸ CR CPP – CHAIX, art. 221 N 10.

¹³⁹ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1188.

¹⁴⁰ ATF 123 I 36.

¹⁴¹ Arrêt du TF, 1B_401/2012 du 20 juillet 2012, consid. 4.4 ; Arrêt du TF, 1B_148/2011 du 13 avril 2011, consid. 3.2 ; Arrêt du TF, 1B_102/2011 du 22 mars 2011, consid. 3.5.

¹⁴² ATF 125 I 60, consid. 3a.

dissimulation des preuves¹⁴³. Pour apprécier ce risque, l'autorité prend en compte le comportement du prévenu au cours de la procédure, ses caractéristiques, sa position sur ce qui lui est reproché, sa participation à l'état de fait et ses relations personnelles¹⁴⁴. Ici aussi, le prononcé de la détention en raison de l'existence d'un simple risque abstrait est exclu¹⁴⁵. Le risque de collusion diminuant rapidement au fil de l'instruction¹⁴⁶, plus celle-ci est avancée, plus les exigences relatives à la preuve d'un risque de collusion sont élevées¹⁴⁷.

c. Le risque de réitération (art. 221 al. 1 let. c CPP)

Aux termes de la loi, la détention est ordonnée lorsqu'il y a sérieusement lieu de craindre que le prévenu compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou des délits graves après avoir déjà commis des infractions du même genre (art. 221 al. 1 let. c CPP). Cette formulation appelle plusieurs commentaires. Tout d'abord, ce motif de détention exige un pronostic très défavorable de récidive¹⁴⁸. Pour l'établir, les critères déterminants sont la fréquence et l'intensité des infractions poursuivies¹⁴⁹.

Ensuite, l'infraction à craindre doit constituer une menace pour la sécurité d'autrui. La loi vise ici à protéger principalement la vie, l'intégrité physique et l'intégrité sexuelle, mais ne restreint pas le champ des biens juridiques protégés, ce qui permet par exemple d'inclure les infractions visant le patrimoine ou la santé publique¹⁵⁰. Il doit s'agir d'un crime ou d'un délit grave, cette notion étant à interpréter en fonction du bien juridique menacé et du contexte, dont la dangerosité du prévenu¹⁵¹.

En ce qui concerne les infractions précédemment commises, elles doivent être, d'après le texte légal, *du même genre* que l'infraction redoutée. La jurisprudence précise qu'il ne s'agit pas d'une exigence d'identité des infractions, mais que les infractions en présence doivent être dirigées contre le même bien juridique ou contre des biens juridiques analogues¹⁵². Une condamnation préalable pour ces infractions n'est pas nécessaire, tant que la culpabilité de l'auteur est d'une vraisemblance confinant à la certitude¹⁵³.

Enfin, à teneur de la loi, l'existence de deux antécédents au moins semble être requise. Toutefois, le Tribunal fédéral, s'affranchissant du texte de la loi¹⁵⁴, indique que « le législateur a certes voulu poser des conditions plus strictes en matière de risque de réitération, en exigeant en principe l'existence d'antécédents, mais il n'a pas voulu exclure que le risque de réitération puisse être également admis dans des cas particuliers alors qu'il n'existe qu'un antécédent, voire même aucun dans les cas les plus graves »¹⁵⁵. Confirmée par une jurisprudence ultérieure constante, cette décision fait primer l'intérêt public à la sécurité sur le droit à la liberté

¹⁴³ CR CPP – CHAIX, art. 221 N 13.

¹⁴⁴ ATF 137 IV 22, consid. 4.2. ; GRETER, p. 25.

¹⁴⁵ ATF 132 I 21 ; ATF 123 I 31 ; CR CPP – CHAIX, art. 221 N 14 ; PC CPP, art. 221 N 25 ; PITTELOU, N 483.

¹⁴⁶ GRETER, p. 31.

¹⁴⁷ PC CPP, art. 221 N 29.

¹⁴⁸ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1203 ; BSK StPO – FORSTER, art. 221 N 14 ; ATF 135 I 71, consid. 2.3.

¹⁴⁹ ATF 137 IV 84, consid. 3.2 ; BSK StPO – FORSTER, art. 221 N 14 ; PERRIER DEPEURSINGE, art. 221.

¹⁵⁰ CR CPP – CHAIX, art. 221 N 22-23.

¹⁵¹ CR CPP – CHAIX, art. 221 N 19.

¹⁵² ATF 137 IV 84, consid. 3.2.

¹⁵³ PC CPP, art. 221 N 43. Cette notion est identique à celle de forts soupçons de commission au sens de l'art. 221 al. 1 CPP, développée *supra* au chapitre V.B.1.

¹⁵⁴ EICKER, p. 981.

¹⁵⁵ Arrêt du TF, 1B_133/2011 du 12 avril 2011, consid. 4.7 (cité) ; ATF 137 IV 13, consid. 4.3.

personnelle du prévenu¹⁵⁶. Cette jurisprudence est conforme à l'art. 5 § 1 let. c CEDH¹⁵⁷ et s'approche de l'art. 221 al. 2 CPP¹⁵⁸, qui tous deux ne requièrent pas d'antécédent pour que le prévenu soit placé en détention au titre de la prévention spéciale. Cependant, si ne pas exiger la présence de *plusieurs* antécédents graves nous semble raisonnable¹⁵⁹, autoriser la mise en détention alors qu'*aucun* antécédent n'existe nous semble clairement dépasser le cadre posé par le législateur à l'art. 221 al. 1 let. c CPP, allant ainsi à l'encontre du principe de la légalité¹⁶⁰. Le projet de modification du CPP apporte une solution bienvenue¹⁶¹ au débat et prévoit la détention en raison d'un risque de réitération lorsque plusieurs crimes et délits ont été commis précédemment, et exceptionnellement, en présence d'un seul crime grave comme antécédent¹⁶².

3. La crainte du passage à l'acte (art. 221 al. 2 CPP)

En vertu de l'art. 221 al. 2 CPP, la détention peut être ordonnée s'il y a sérieusement lieu de craindre qu'une personne passe à l'acte après avoir menacé de commettre un crime grave. Ce motif de détention ne se basant pas sur une infraction ayant déjà eu lieu, la condition de graves soupçons de l'art. 221 al. 1 CPP doit être remplacée par celle du risque de passage à l'acte¹⁶³. Pour qu'il y ait un risque de passage à l'acte, il n'est pas nécessaire que la personne ait pris des mesures concrètes pour commettre l'infraction : il suffit que sur la base des circonstances du cas et de sa situation personnelle, la probabilité du passage à l'acte soit considérée comme très élevée¹⁶⁴. La deuxième condition de l'art. 221 al. 2 CPP est que la menace porte sur un crime grave. La menace peut être explicite (verbale ou écrite) ou implicite¹⁶⁵. La notion de crime grave exclut en tout cas les délits et les contraventions, mais n'est pas définie par la loi¹⁶⁶. Pour apprécier la gravité d'un crime, la doctrine est divisée : certains préconisent une évaluation de cas en cas¹⁶⁷, d'autres, de se référer au bien juridique visé¹⁶⁸, ou d'autres encore, de se rapporter à la liste de crimes pour lesquels un internement peut être prononcé (cf. art. 64 CP)¹⁶⁹.

La question de la durée de la détention, en l'absence de procédure pénale, bien que cruciale, n'est pas résolue par la loi. Ici aussi, la doctrine préconise des solutions variées¹⁷⁰, semblant néanmoins s'accorder autour d'une durée maximale de deux mois, en référence à la détention prévue dans le cadre du cautionnement préventif (art. 66 al. 2 phr. 2 CP)¹⁷¹. Le cautionnement préventif (art. 66 CP) consiste en l'exigence d'un engagement de ne pas passer à l'acte et en la

¹⁵⁶ Arrêt du TF, 1B_133/2011 du 12 avril 2011, consid. 4.7.

¹⁵⁷ ATF 137 IV 13, consid. 4.3 ; PC CPP, art. 221 N 41.

¹⁵⁸ PITTELOU, N 484.

¹⁵⁹ Dans le même sens : MACALUSO, p. 315 ; PITTELOU, N 484.

¹⁶⁰ Du même avis : EICKER, p. 981 ; BSK StPO – FORSTER, art. 221 N 15, qui estime malgré tout qu'il est nécessaire de contourner le principe de légalité pour des raisons de politique criminelle. *Contra* : PITTELOU, N 484.

¹⁶¹ Dans le même sens : MACALUSO, p. 315. D'opinion inverse : Kommentar StPO – FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, art. 221 N 35a, qui aurait voulu que la condition d'antécédent soit complètement supprimée.

¹⁶² Projet CPP, p. 6442.

¹⁶³ Message CPP, p. 1211.

¹⁶⁴ ATF 140 IV 19, consid. 2.1.1 ; BSK StPO – FORSTER, N 17 ; CR CPP – CHAIX, art. 221 N 28.

¹⁶⁵ SEELMANN, p. 118 ; BSK StPO – FORSTER, art. 221 N 18.

¹⁶⁶ PC CPP, art. 221 N 49 ; CR CPP – CHAIX, art. 221 N 27.

¹⁶⁷ PC CPP, art. 221 N 49.

¹⁶⁸ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1206. Il s'agirait des infractions contre la vie, l'intégrité corporelle ou sexuelle, voire d'autres biens juridiques, tels que le patrimoine, si la gravité est concrète.

¹⁶⁹ CR CPP – CHAIX, art. 221 N 27 ; HOHL-CHIRAZI, N 840 ; Kommentar StPO – FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, art. 221 N 43.

¹⁷⁰ BSK StPO – FORSTER, art. 221 N 18 : ne se prononce pas en faveur d'une durée maximale. SEELMANN, p. 129 : préconise une durée maximale de 3 mois, en application de l'art. 227 CPP par analogie.

¹⁷¹ CR CPP – CHAIX, art. 221 N 28 ; Kommentar StPO – FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, art. 221 N 46 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1208 ; PC CPP, art. 221 N 53 ; HOHL-CHIRAZI, N 916.

fourniture de sûretés de la part d'une personne dont il y a lieu de craindre qu'elle commette une infraction qu'elle a menacé de perpétrer ou qu'elle réitère une infraction qu'elle a déjà commise par le passé¹⁷². Le cautionnement préventif est à envisager comme une mesure de substitution¹⁷³ et ne peut en être prononcé en sus de la détention provisoire ordonnée en vertu du risque de passer à l'acte (art. 372 al. 2 CPP).

4. La subsidiarité aux mesures de substitution (art. 197 al. 1 let. c, art. 237 al. 1 CPP, art. 5 § 3 phr. 2 CEDH et art. 9 § 3 Pacte ONU II)

La subsidiarité est une composante du principe de proportionnalité que le législateur a érigée explicitement au rang de condition du prononcé de la détention, aux art. 197 al. 1 let. c et art. 237 al. 1 CPP¹⁷⁴. La condition de substitution, ancrée dans les instruments de droit international, impose aux autorités de mettre en œuvre d'autres solutions moins dommageables que la détention si elles permettent d'atteindre le même but¹⁷⁵. Selon l'art. 237 al. 2 CPP, font notamment¹⁷⁶ partie des mesures de substitution : la fourniture de sûretés (let. a), la saisie des documents d'identité et autres documents officiels (let. b), l'assignation à résidence ou l'interdiction de se rendre dans un certain lieu ou un certain immeuble (let. c), l'obligation de se présenter régulièrement à un service administratif (let. d), l'obligation d'avoir un travail régulier (let. e), l'obligation de se soumettre à un traitement médical ou à des contrôles (let. f) et l'interdiction d'entretenir des relations avec certaines personnes (let. g). Pour surveiller l'exécution de ces mesures, le tribunal peut ordonner l'utilisation d'appareils techniques qui peuvent être fixés à la personne sous surveillance (art. 237 al. 3 CPP).

La recherche de mesures de substitution est particulièrement importante dans le domaine de la détention avant jugement, l'accusé étant présumé innocent jusqu'à la condamnation et la procédure pouvant également se terminer par un acquittement¹⁷⁷. Pourtant, dans la pratique, le ministère public ne requiert pratiquement jamais de mesures de substitution¹⁷⁸. Lorsque le ministère public requiert la détention provisoire, il appartient au tribunal des mesures de contrainte « de contrôler la légalité des mesures de contrainte demandées, notamment du point de vue de la proportionnalité »¹⁷⁹. Ainsi, le tribunal des mesures de contrainte a non seulement la possibilité de prononcer des mesures de substitution en l'absence de requête du ministère public, mais *l'obligation*¹⁸⁰ de le faire si elles permettent d'atteindre le même but. À l'inverse, il ne peut décider d'ordonner le placement en détention si cela n'est pas requis par le ministère public¹⁸¹. Malgré cette condition de subsidiarité pourtant claire, les mesures de substitution ne sont ordonnées en lieu et place de la détention que dans un nombre insignifiant de cas et les jugements restent lacunaires quant au raisonnement juridique qui sous-tend ce choix¹⁸².

¹⁷² JEANNERET/KUHN, N 15032.

¹⁷³ Message CPP, p. 1288.

¹⁷⁴ HOHL-CHIRAZI, N 1173.

¹⁷⁵ HOHL-CHIRAZI, N 1172.

¹⁷⁶ Il s'agit d'une liste non exhaustive (OBERHOLZER, N 1246).

¹⁷⁷ MANFRIN, p. 63.

¹⁷⁸ MANFRIN, p. 67.

¹⁷⁹ ATF 142 IV 29, consid. 3.4.

¹⁸⁰ ATF 142 IV 29, consid. 3.4.

¹⁸¹ PERRIER DEPEURSINGE, art. 224 ; ATF 142 IV 29, consid. 3.4.

¹⁸² MANFRIN, p. 65 et 66. En page 74, MANFRIN fait même valoir qu'en pratique, la détention avant jugement est plus une *prima ratio* que l'*ultima ratio* qu'elle devrait être.

C. La durée de la détention, le contrôle périodique et les demandes de mise en liberté

1. La durée totale de la détention avant jugement (art. 212 al. 3 CPP)

La durée totale concrète de la détention avant jugement n'est pas déterminée par la loi et est régie par le droit du prévenu d'être jugé au fond dans un *délai raisonnable* (art. 29 al. 1, art. 31 al. 3 phr. 2 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II)¹⁸³, qui rejoint le principe de proportionnalité qui s'impose en matière de restriction du droit à la liberté (art. 36 al. 3 Cst.). Le caractère raisonnable de la détention dépend, d'une part, de la complexité du cas et d'autre part, de la durée concrète de la peine à prévoir¹⁸⁴.

En effet, la détention avant jugement ne doit pas durer plus longtemps que la peine privative de liberté prévisible (art. 212 al. 3 CPP), faute de quoi le droit du prévenu d'être jugé dans un délai raisonnable serait violé¹⁸⁵. La peine prévisible se détermine à l'aide des critères de l'art. 47 CP¹⁸⁶, en principe sans tenir compte de l'éventuel octroi d'un sursis ou d'une libération conditionnelle¹⁸⁷. La question de savoir si une période de détention est excessive doit être appréciée sur la base des circonstances spécifiques du cas d'espèce¹⁸⁸. De plus, la détention doit être levée dès qu'une mesure de substitution permet d'atteindre le même but (art. 212 al. 2 let. c CPP). Si la détention est excessive, le prévenu doit alors être libéré et aucune mesure de substitution ne peut plus être ordonnée¹⁸⁹. Il a le droit d'être indemnisé et de voir son tort moral être réparé (art. 431 al. 2 CPP)¹⁹⁰.

2. Le contrôle périodique de la détention (art. 227 CPP)

Si la décision du tribunal des mesures de contrainte ne mentionne pas la durée de la détention provisoire, cette durée est de trois mois (art. 227 al. 1 *in fine* CPP), renouvelable. Elle se calcule à compter du début de la privation de liberté, soit dès l'appréhension ou l'arrestation, et non pas à partir du moment du jugement¹⁹¹. À l'issue de cette durée, le tribunal des mesures de contrainte contrôle la légalité de la détention et peut la prolonger de trois mois en trois mois (art. 227 al. 7 CPP). Dans les cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsqu'il est raisonnable de penser que le motif de détention existera toujours trois mois plus tard¹⁹², la détention peut être renouvelée de six mois en six mois (art. 227 al. 7 CPP). Tel sera par exemple le cas en présence d'un fort risque de collusion, assorti d'un nombre important de documents et de témoins, ou lors d'une procédure portant sur un crime grave et nécessitant l'entraide internationale¹⁹³. Ce contrôle périodique sert à vérifier que les motifs de détention existent toujours et que les principes de célérité et de proportionnalité sont encore respectés¹⁹⁴.

À l'issue de la durée fixée par le tribunal des mesures de contrainte, le ministère public, s'il

¹⁸³ CR CPP – HOTTELIER, art. 5 N 20.

¹⁸⁴ Kommentar BV – VEST, art. 31 N 35.

¹⁸⁵ ATF 133 I 168, consid. 4.1.

¹⁸⁶ CR CPP – CHAIX, art. 212 N 12. OBERHOLZER (N 1235) fait toutefois valoir que ce n'est pas le rôle du juge de la détention de soupeser tous les critères de l'art. 47 CP et qu'il n'est tenu que de faire une évaluation globale.

¹⁸⁷ BSK – ALBERTINI/ARMBRUSTER, art. 212 N 13.

¹⁸⁸ ATF 133 I 168, consid. 4.1 ; ATF 132 I 21, consid. 4.1 ; ATF 124 I 208, consid. 6 ; ATF 123 I 268, consid. 3a.

¹⁸⁹ ATF 140 IV 74, consid. 2.3.

¹⁹⁰ Détaillé au chapitre VIII.D.

¹⁹¹ PC CPP – art. 227 N 11 ; CR CPP – LOGOS, art. 227 N 7.

¹⁹² Message CPP, p. 1214.

¹⁹³ PC CPP – art. 227 N 28.

¹⁹⁴ ATF 137 IV 180, consid. 3.5.

désire que le prévenu soit maintenu en détention, doit en faire la demande. Cette demande de prolongation doit intervenir au plus tard quatre jours avant la fin de la période de détention¹⁹⁵ et doit, en plus d'être écrite et motivée, contenir les pièces essentielles du dossier¹⁹⁶ (art. 227 al. 2 CPP). Le tribunal des mesures de contrainte impartit au prévenu et à son défenseur trois jours pour se prononcer par écrit (art. 227 al. 3 CPP) et dispose lui-même, dès la réception de la réplique ou dès l'échéance de ces trois jours, de cinq jours pour statuer (art. 227 al. 5 CPP). Dans l'intervalle, le tribunal des mesures de contrainte peut ordonner une prolongation de la détention provisoire jusqu'à ce qu'il ait rendu sa décision (art. 227 al. 4 CPP). En règle générale, la procédure se déroule par écrit, bien que le tribunal des mesures de contrainte puisse ordonner une audience à huit clos (art. 227 al. 6 CPP). Si le ministère public omet de déposer une demande de prolongation et que la détention échoit, le Tribunal fédéral prévoit que le prévenu reste en détention tant que les conditions matérielles de la détention demeurent remplies, et jusqu'à ce qu'un nouveau titre de détention soit prononcé¹⁹⁷.

3. Les demandes de mise en liberté (art. 228 CPP)

Le prévenu peut déposer en tout temps une demande de mise en liberté, brièvement motivée, par oral (avec mention au procès-verbal) ou par écrit (art. 228 al. 1 CPP). Si le ministère public répond favorablement à la demande du prévenu, il ordonne sa libération immédiate (art. 228 al. 2 CPP). Dans le cas contraire, il transmet la demande au tribunal des mesures de contrainte dans les trois jours à compter de sa réception, en y joignant une prise de position motivée (art. 228 al. 2 CPP). Le tribunal des mesures de contrainte notifie la prise de position du ministère public au prévenu et lui impartit un délai de trois jours pour répliquer (art. 228 al. 3 CPP). Finalement, le tribunal statue à huit clos dans les cinq jours suivant la réception de la réplique (art. 228 al. 4 CPP)¹⁹⁸, jugement qu'il peut assortir d'une interdiction de déposer une nouvelle demande de libération pendant un mois au maximum (art. 228 al. 5 CPP)¹⁹⁹.

D. Les droits du prévenu

1. Le droit de consulter le dossier (art. 107 al. 1 let. a, art. 225 al. 2 et art. 227 al. 3 CPP)

Le droit de consulter le dossier (art. 225 al. 2, art. 227 al. 3 CPP²⁰⁰) découle du droit d'être entendu (art. 107 al. 1 let. a CPP, art. 29 al. 2 Cst., art. 6 ch. 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II)²⁰¹. Le prévenu ne dispose pas de ce droit lors de la procédure devant la police ni devant le ministère public, et a accès au dossier pour la première fois, sur demande, avant la première audience devant le tribunal des mesures de contrainte (art. 225 al. 2 CPP). La consultation est limitée au dossier dont le tribunal des mesures de contraintes est en possession, c'est-à-dire à la demande présentée par le ministère public et sur les pièces que ce dernier y a jointes²⁰².

Or, la demande du ministère public au tribunal des mesures de contrainte n'est tenue de contenir que les pièces essentielles du dossier (art. 224 al. 2 phr. 2 CPP), par opposition à l'ensemble des pièces du dossier. Les pièces essentielles du dossier sont celles qui sont nécessaires au

¹⁹⁵ En ce qui concerne le dépassement de ces délais, nous renvoyons au chapitre VIII.C.

¹⁹⁶ La notion est développée dans le cadre du droit d'accès au dossier, au chapitre V.D.1.

¹⁹⁷ Arrêt du TF, 1B_386/2011 du 26 août 2011, consid. 3.6.

¹⁹⁸ En ce qui concerne les dépassements de délais, nous renvoyons au chapitre VIII.C.

¹⁹⁹ L'interdiction de déposer une nouvelle demande de libération est analysée *infra* au chapitre V.D.2 sous l'angle du droit du prévenu au contrôle de la légalité de la détention.

²⁰⁰ Il s'agit d'une *lex specialis* par rapport à l'art. 101 al. 1 CPP (CR CPP – BENDANI, art. 107 N 14b).

²⁰¹ ATF 117 Ia 262, consid. 4b.

²⁰² CR CPP – LOGOS, art. 225 N 12 ; Message CPP, 1212.

tribunal des mesures de contrainte et au défenseur pour pouvoir apprécier les motifs de détention²⁰³. Les éléments accessibles au prévenu doivent lui permettre « de comprendre, le cas échéant de critiquer, les circonstances justifiant la mise en détention provisoire »²⁰⁴. Le ministère public peut donc agir stratégiquement et ne pas transmettre au tribunal des mesures de contrainte les éléments de l’instruction qu’il préférerait, pour des raisons tactiques, ne pas divulguer à ce stade de la procédure²⁰⁵. Il supporte toutefois le risque de ne pas fournir assez de pièces et de voir sa demande rejetée²⁰⁶. Le droit de consulter le dossier est à nouveau accordé au prévenu avant les audiences de prolongation de la détention (art. 227 al. 3 CPP), toujours uniquement sur la base des pièces essentielles du dossier communiquées par le ministère public.

2. Le droit de faire contrôler la légalité de la détention (art. 228 CPP, art. 31 al. 4 Cst., art. 5 § 4 CEDH et art. 9 § 4 Pacte ONU II)

Toute personne qui se voit privée de sa liberté sans qu’un tribunal l’ait ordonné a le droit, en tout temps, de saisir le juge, qui doit trancher dans les plus brefs délais sur la légalité de la détention (art. 31 al. 4 Cst., art. 5 § 4 CEDH et art. 9 § 4 Pacte ONU II). À ce stade de la procédure, ce droit est concrétisé par l’art. 228 CPP, qui permet au prévenu de déposer en tout temps une demande de mise en liberté. Tout comme pour le prononcé de la détention, le tribunal qui contrôle la détention doit être impartial et indépendant au sens de l’art. 30 al. 1 Cst.²⁰⁷, conditions que remplit le tribunal des mesures de contrainte²⁰⁸. Ce dernier doit, à teneur des textes légaux, statuer sur la légalité de la détention à *brefs délais*. La lecture de l’art. 228 CPP permet de comptabiliser une durée maximale de 11 jours entre le dépôt de la demande et la décision du tribunal des mesures de contrainte, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en la matière²⁰⁹.

Le droit au contrôle de la détention peut être restreint en vertu de l’art. 228 al. 5 CPP, qui prévoit que le tribunal des mesures de contrainte peut assortir sa décision de rejet de la demande de libération d’une interdiction de déposer une nouvelle demande pendant un mois au maximum (art. 228 al. 5 CPP). Cette interdiction sert le but d’intérêt public qu’est la prévention des abus de droit²¹⁰ et est conforme, d’après la jurisprudence, à la CEDH²¹¹. Néanmoins, cette interdiction ne devrait être prononcée que de manière restrictive²¹² et apparaîtrait disproportionnée si les précédentes demandes ne peuvent être tenues pour trop fréquentes, abusives, téméraires, voire manifestement irrecevables ou infondées²¹³.

3. Le droit d’être jugé au fond dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1, art. 31 al. 3 phr. 2 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II)

Les art. 29 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 3 let. c Pacte ONU II prévoient que toute

²⁰³ GFELLER/BIGLER/BONIN, N 763. La notion est développée au chapitre V.D.1 sur le droit d’accès au dossier.

²⁰⁴ PC CPP, art. 101 N 12.

²⁰⁵ Message CPP, p. 1212 ; CR CPP – CHAIX, art. 224 N 27.

²⁰⁶ GFELLER/BIGLER/BONIN, N 773.

²⁰⁷ CR Cst. – HOTTELIER, art. 31 N 53,

²⁰⁸ Kommentar BV – VEST, art. 31 N 32. En ce qui concerne la qualité de juge impartial et indépendant de la juridiction d’appel, le chapitre VI.D.1 traite de la question.

²⁰⁹ Kommentar EMRK – MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, art. 5 N 102 ; Commentaire CEDH – BIGLER, art. 5 N 156 ; ACEDH Herz c. Allemagne du 21 mars 2002, requête n° 44672/98, § 73, qui estime qu’un délai de 11 jours est conforme à la CEDH.

²¹⁰ Message CPP, p. 1215.

²¹¹ ATF 123 I 31, consid. 4c ; ACEDH Bezicheri c. Italie du 10 mars 1998, requête n° 11400/85, § 40.

²¹² PC CPP, art. 228 N 17 ; Message CPP, p. 1215.

²¹³ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1238 ; PERRIER DEPEURSINGE, art. 228 CPP ; CR CPP – LOGOS, art. 228 N 24.

personne a le droit d'être jugée au fond dans un délai raisonnable. L'art. 31 al. 3 phr. 2 Cst. rappelle ce principe spécifiquement pour le prévenu en attente de jugement²¹⁴. Ces normes consacrent le principe de célérité²¹⁵, qui commande aux autorités de mener la procédure à terme sans retard injustifié (art. 5 al. 1 CPP) afin que le prévenu puisse être fixé sur son sort dans un délai raisonnable. Cette notion de *délai raisonnable* est développée au chapitre V.D.1 consacré à la durée totale de la détention.

VI. La détention pour des motifs de sûreté

A. La procédure

Puisque la détention provisoire s'achève lorsque l'acte d'accusation est notifié au tribunal de première instance (art. 220 al. 1 CPP), le ministère public doit demander par écrit au tribunal des mesures de contrainte d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté (art. 229 al. 1 CPP). Il doit procéder à cette demande en même temps qu'il transmet l'acte d'accusation au tribunal de première instance (art. 229 al. 1 CPP et art. 327 al. 2 CPP)²¹⁶, et ce, même si la durée de la détention provisoire fixée n'est pas encore écoulée²¹⁷.

Si les motifs de détention n'apparaissent qu'après la saisine du tribunal de première instance, c'est à la direction de la procédure du tribunal de première instance d'adresser une demande de mise en détention au tribunal des mesures de contrainte (art. 229 al. 2 CPP), étant précisé qu'il appartient au ministère public, et non à la direction de la procédure du tribunal de première instance, de comparaître devant le tribunal des mesures de contrainte²¹⁸. La procédure qui s'applique dans ce cas est la même que pour la détention provisoire, y compris le délai de 48 heures (art. 226 al. 1 CPP) dont dispose le tribunal des mesures de contrainte pour statuer (en application par analogie des art. 225 à 227 CPP, par renvoi de l'art. 229 al. 2-3 CPP). Lorsque les motifs de détention n'apparaissent que pendant la procédure devant la juridiction d'appel, c'est cette dernière qui est compétente pour prononcer la détention pour des motifs de sûreté, dans les 48 heures après avoir fait appeler le prévenu et l'avoir interrogé (art. 232 al. 1-2 CPP).

Lorsqu'il rend son jugement sur le fond de la cause, le tribunal de première instance décide si le prévenu doit être maintenu ou placé en détention pour des motifs de sûreté, soit pour garantir l'exécution de la peine (art. 231 al. 1 let. a CPP), soit en prévision de la procédure d'appel (art. 231 al. 1 let. b CPP). Il peut maintenir la détention même s'il prononce une peine avec sursis, s'il est probable que le ministère public fasse appel²¹⁹. Le tribunal de première instance peut également choisir de libérer le prévenu. Dans ce cas, que le prévenu soit acquitté ou condamné²²⁰, le CPP prévoit la possibilité pour le ministère public de demander la prolongation de la détention à la juridiction d'appel, qui doit trancher dans les cinq jours, pendant lesquels le prévenu reste en détention (art. 231 al. 2 CPP). Les conditions de fond à un maintien en détention (art. 221 CPP) doivent pour cela être remplies²²¹.

²¹⁴ CR Cst. – HOTTELIER, art. 31 N 58.

²¹⁵ PERRIER DEPEURSINGE, art. 5 CPP. Sur le principe de célérité : cf. chapitre III.B.3.e.

²¹⁶ En ce qui concerne le dépassement de délais, nous renvoyons au chapitre VIII.C.

²¹⁷ BSK StPO – FORSTER, art. 229 N 3 ; CR CPP – LOGOS, art. 229 N 7.

²¹⁸ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1240.

²¹⁹ JEANNERET/KUHN, N 15057.

²²⁰ Arrêt du TF 1B_178/2017 du 24 mai 2017, consid. 2.1.

²²¹ Arrêt du TF, 1B_525/2011 du 13 octobre 2011, consid. 2.2.

Ce système, permettant de maintenir en détention un prévenu pourtant acquitté, a récemment été jugé comme violant l’art. 5 § 1 CEDH²²². En effet, la détention provisoire autorisée en vertu de l’art. 5 § 1 let. c CEDH dure jusqu’au moment où les accusations sont tranchées, fût-ce par une juridiction de première instance²²³. « Lorsque’un prévenu est condamné en première instance et détenu en attente de la procédure d’appel, la détention n’est plus fondée sur la let. c de l’art. 5 § 1 CEDH, mais sur sa let. a, aux termes de laquelle une personne peut être privée de sa liberté si elle est détenue régulièrement après condamnation par un tribunal compétent »²²⁴. Or, la Cour européenne des droits de l’homme constate que la détention qui suit *un acquittement* ne peut être justifiée ni par l’art. 5 § 1 let. a CEDH, ni par la let. c du même article (ni d’ailleurs par la let. b, comme invoqué par la Suisse), ce qui établit la contrariété de l’art. 231 al. 2 CPP avec le droit supérieur²²⁵. La prise en compte de la jurisprudence de la Cour devrait dès lors systématiquement conduire à la mise en liberté immédiate des prévenus acquittés par un jugement de première instance²²⁶. De plus, elle devrait aussi limiter la possibilité d’ordonner la détention pour des motifs de sûreté au cours de la procédure devant la juridiction d’appel aux cas où le jugement de première instance n’est pas un acquittement, les effets de ces deux normes ne se distinguant pas du point de vue de l’art. 5 CEDH²²⁷. Le projet de modification du CPP est antérieur à cet arrêt²²⁸ et ne donne donc pas d’indication sur la manière dont cette jurisprudence sera prise en compte.

B. Les conditions

Les conditions de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté étant les mêmes (art. 221 CPP), nous renvoyons aux développements exposés au chapitre V.B du présent mémoire et ne traiterons que des dissimilitudes.

Si les risques de fuite et de réitération peuvent être toujours aussi présents après la fin de l’instruction, le risque de collusion, lui, ne doit être admis que de manière très restrictive²²⁹. En effet, la détention fondée sur ce motif a pour but d’éviter que le prévenu ne compromette la recherche de la vérité. Or, à ce stade de la procédure, l’instruction est close (art. 318 al. 1 CPP), les preuves altérables mises en sécurité et les preuves principales administrées²³⁰. Néanmoins, la possibilité de retenir le risque de collusion n’est pas exclue une fois l’instruction terminée, pour autant qu’il existe des indices concrets que le prévenu cherchera à entraver l’action pénale une fois remis en liberté, notamment en tentant d’influencer témoins ou complices avant les débats de première instance²³¹. Le danger de collusion peut même exceptionnellement subsister jusqu’au jugement final, dans les causes où l’accusation repose essentiellement sur les déclarations de la victime et dans celles qui s’appuient sur de simples indices²³².

Parmi les motifs de détention apparaissant après le jugement de première instance et justifiant la mise en détention pour des motifs de sûreté par la juridiction d’appel (art. 232 CPP), on peut

²²² ACEDH, I.S. c. Suisse du 6 octobre 2020, requête n° 60202/15.

²²³ ACEDH, Wemhoff c. Allemagne du 27 juin 1968, requête n° 2122/64, § 9 ; ACEDH, I.S. c. Suisse du 6 octobre 2020, requête n° 60202/15, § 48.

²²⁴ CUENDET, se référant à l’ACEDH, I.S. c. Suisse du 6 octobre 2020, requête n° 60202/15, § 51.

²²⁵ ACEDH, I.S. c. Suisse du 6 octobre 2020, requête n° 60202/15, § 60.

²²⁶ CUENDET.

²²⁷ CUENDET.

²²⁸ Projet CPP : 28 août 2019. ACEDH, I.S. c. Suisse: 6 octobre 2020.

²²⁹ JEANNERET/KUHN, N 15051 ; ATF 132 I 21, consid. 3.2.2 ; 137 IV 122, consid. 4.2.

²³⁰ JEANNERET/KUHN, N 15051 ; CR CPP – CHAIX, art. 221 N 15.

²³¹ PC CPP, art. 221 N 29 ; Arrêt du TF, 1B_388/2012 du 19 juillet 2021, consid. 2.5.

²³² CR CPP – CHAIX, art. 221 N 16.

penser au risque de fuite accru engendré par le prononcé d'une peine lourde²³³. En effet, si la perspective d'une peine lourde ne suffit pas à elle seule à engendrer un risque de fuite suffisant en matière de détention provisoire²³⁴, le Tribunal fédéral précise que le prononcé d'une peine privative de liberté d'une certaine durée en première instance constitue un « motif de détention apparu en cours de procédure »²³⁵ au sens de l'art. 232 al. 1 CPP et autorise le placement du prévenu en détention pour des motifs de sûreté.

C. La durée de la détention, le contrôle périodique et les demandes de mise en liberté

1. La durée totale de la détention avant jugement (art. 212 al. 3 CPP)

En ce qui concerne la durée totale de la détention, les considérations exposées pour la détention provisoire (au chapitre V.C.1) s'appliquent également pour la détention pour des motifs de sûreté. Une précision est toutefois à apporter : si une peine privative de liberté est prononcée en première instance et qu'elle ne peut être augmentée dans le cadre de la procédure d'appel, il est disproportionné de maintenir le prévenu en détention au-delà des trois quarts de cette peine²³⁶.

2. Le contrôle périodique de la détention (art. 227 cum art. 229 al. 3 CPP)

Le contrôle périodique institué pour la détention provisoire s'applique aussi à la détention pour des motifs de sûreté lorsque la cause est pendante devant le tribunal de première instance²³⁷. Ce contrôle résulte du renvoi de l'art. 229 al. 3 let. a et b CPP aux art. 225 à 227 CPP, et ce, que la détention pour des motifs de sûreté ait été précédée d'une détention provisoire ou non²³⁸. Il est précisé que c'est à la direction de la procédure du tribunal de première instance qu'il revient de requérir la prolongation de la détention et non au ministère public²³⁹. En revanche, lorsque la cause est pendante devant la juridiction d'appel, le contrôle périodique n'a pas lieu, en raison de l'absence de renvoi légal vers les art. 225 à 227 CPP²⁴⁰.

3. Les demandes de mise en liberté (art. 230 et art. 233 CPP)

Les demandes de libération peuvent être déposées, pendant la procédure de première instance, par le prévenu et par le ministère public au tribunal de première instance (art. 230 al. 1-2 CPP), lequel est alors compétent pour ordonner la libération s'il entend donner suite à la demande et que le ministère public est d'accord (art. 230 al. 4 CPP). S'il entend la refuser, il devra déférer du cas au tribunal des mesures de contrainte (art. 230 al. 3 CPP). Pour le surplus, la procédure pour les demandes de libération en cours de détention provisoire, détaillée au chapitre V.C.3 du présent mémoire, s'applique par analogie (art. 230 al. 5 CPP).

Une fois le jugement de première instance rendu, c'est la direction de la procédure de la juridiction d'appel qui statue sur les demandes de mise en liberté (art. 233 CPP). Elle doit statuer dans un délai de cinq jours (art. 233 CPP)²⁴¹ et n'est pas obligée de tenir une audience

²³³ PITTELOU, N 508.

²³⁴ ATF 125 I 60, consid. 3a.

²³⁵ Arrêt du TF, 1B_145/2012 du 19 avril 2012, consid. 2.1.

²³⁶ Arrêt du TF, 1B_23/2019 du 28 janvier 2019, consid. 2.1 ; Arrêt du TF, 1B_566/2018 du 21 janvier 2019, consid. 4.2.

²³⁷ ATF 137 IV 180, consid. 3.5 ; ATF 139 IV 186, consid. 2.2.3 ; Message CPP, p. 1213.

²³⁸ ATF 137 IV 180, consid. 3.5 ; ATF 139 IV 186, consid. 2.2.3 ; Message CPP, p. 1213.

²³⁹ CR CPP – LOGOS, art. 229 N 17 ; PC CPP, art. 227 N 6.

²⁴⁰ ATF 139 IV 186, consid. 2.2.3.

²⁴¹ La question du point de départ de ce délai est examinée *infra* au chapitre VI.D.1.

pour ce faire²⁴². Ses décisions ne sont pas sujettes à recours au niveau cantonal (art. 233 CPP), mais un recours en matière pénale au sens des art. 78 ss LTF est possible²⁴³.

Si le prévenu souhaite déposer une demande de mise en liberté lorsque l'affaire est pendante devant le Tribunal fédéral, il devra s'adresser à la juridiction cantonale d'appel, et ce alors même que le dossier n'est plus pendant devant elle²⁴⁴. Ce choix est motivé, d'une part, par le fait que le Tribunal fédéral n'est pas une autorité pénale (art. 12-13 CPP *a contrario*) et que, contrairement à ces dernières, son pouvoir de cognition relatif aux faits est limité (art. 97 al. 1 LTF), et d'autre part, par le fait que le Tribunal fédéral est régi par la LTF et non par le CPP et que la jurisprudence développée en lien avec le CPP ne peut lui être transposée telle quelle²⁴⁵.

D. Les droits du prévenu

1. Le droit de faire contrôler la légalité de la détention (art. 230 et 233 CPP, art. 31 al. 4 Cst., art. 5 § 4 CEDH et art. 9 § 4 Pacte ONU II) et le droit d'être entendu (art. 107 al. 1 let. a CPP, art. 29 al. 2 Cst., art. 6 ch. 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II)

Une fois le jugement de première instance rendu, c'est la juridiction d'appel qui statue sur les demandes de libération (art. 233 CPP), par écrit et sans tenir d'audience²⁴⁶, ce qui peut interroger sur le respect du droit d'être entendu (art. 107 CPP, art. 29 al. 2 Cst., art. 6 ch. 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II). D'après la jurisprudence constante en matière de droits fondamentaux²⁴⁷, le droit d'être entendu ne garantit pas une audition orale²⁴⁸ et est respecté si le prévenu a eu l'occasion de s'exprimer par écrit²⁴⁹. Le Tribunal fédéral considère pour cette raison que l'art. 233 ne fait pas de renvoi implicite à l'art. 228 CPP en ce qui concerne la tenue d'une audience et que dans la mesure où « le droit d'être entendu est suffisamment garanti par la procédure contradictoire, il apparaît que le prévenu ne dispose en principe pas d'un droit formel à la tenue d'une audience lorsque la juridiction d'appel statue sur sa demande de libération »²⁵⁰, à moins que l'on se trouve en présence de faits nouveaux²⁵¹.

Comme le reconnaît le Tribunal fédéral, la procédure de contrôle de la détention (art. 31 al. 4 Cst. et art. 5 § 4 CEDH) doit être aménagée de manière contradictoire (comme aux art. 228 et 230 CPP), parce qu'il y aurait sinon un risque que le juge de la détention lui-même adopte la perspective de l'autorité d'accusation²⁵². Dans cette mesure, les dispositions de l'art. 228 CPP sont applicables par analogie dans la procédure selon l'art. 233 CPP²⁵³. Ainsi, à la réception de la demande de mise en liberté, la direction de la procédure fixe un délai de trois jours au ministère public pour répliquer (art. 228 al. 3 CPP p.a.). En vertu du droit à l'égalité des armes (art. 29 al. 1 Cst.)²⁵⁴, le prévenu a lui aussi un droit de réplique, c'est-à-dire le droit de

²⁴² Absence de renvoi à l'art. 228 CPP ; ATF 137 IV 186.

²⁴³ JEANNERET/KUHN, N 15059 ; PITTELOUD, N 513 ; BSK StPO – FORSTER, art. 232 N 5.

²⁴⁴ ATF 139 IV 227, consid. 2.2.

²⁴⁵ ATF 139 IV 314, consid. 3.4.1.

²⁴⁶ Absence de renvoi à l'art. 228 CPP ; ATF 137 IV 186.

²⁴⁷ ATF 134 I 140, consid. 5.3 ; Arrêt du TF, 2C_1128/2018 du 10 janvier 2019, consid. 4.

²⁴⁸ CR Cst. – DANG/NGUYEN, art. 29 N 139.

²⁴⁹ Arrêt du TF, 8D_4/2015 du 24 août 2016, consid. 4.1.

²⁵⁰ ATF 137 IV 186, consid. 3.2.

²⁵¹ ATF 137 IV 186, consid. 3.2 *in fine*.

²⁵² Arrêt du TF, 1B_179/2014 du 5 juin 2014, consid. 3.2-3.3.

²⁵³ Arrêt du TF, 1B_179/2014 du 5 juin 2014, consid. 3.2-3.3.

²⁵⁴ CR Cst. – DANG/NGUYEN, art. 29 N 89.

s'exprimer sur toute nouvelle pièce ou détermination au dossier²⁵⁵. La direction de la procédure de la juridiction d'appel statue dans les cinq jours suivant la clôture de l'échange d'écritures (art. 228 al. 4 CPP p.a.)²⁵⁶ ou à l'expiration des trois jours impartis au ministère public pour se déterminer si ce dernier ne réplique pas (art. 228 al. 4 CPP p.a.).

2. Le droit à un tribunal impartial et indépendant (art. 30 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH et art. 14 § 1 phr. 2 Pacte ONU II)

Le juge de la détention – tout comme le juge du fond - doit remplir les exigences de tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial au sens de l'art. 30 al. 1 Cst.²⁵⁷. En tant qu'il se prononce sur la détention mais ne juge pas la cause sur le fond, le tribunal des mesures de contrainte remplit ces critères²⁵⁸. Il en va toutefois différemment de la juridiction d'appel, qui, une fois le jugement de première instance prononcé, peut être appelée à décider de la mise en détention (art. 232 al. 1 CPP) et du sort à donner aux demandes de libération (art. 233 CPP), tout en ayant aussi la qualité de juge du fond (art. 398 al. 1 CPP). Si le cumul des fonctions de juge de la détention et de juge du fond n'est pas d'emblée interdit par la CEDH, il peut néanmoins, d'après la Cour européenne des droits de l'homme, emporter violation de l'art. 6 § 1 CEDH lorsque l'écart entre la question de détention à trancher et celle à résoudre au fond est infime²⁵⁹.

Selon le Tribunal fédéral, l'appréciation des conditions du prononcé de la détention provisoire et l'examen de la culpabilité ne se confondent pas, de sorte que le magistrat se prononçant sur la détention peut, sans inconvénient, se déterminer sur le fond de la cause également²⁶⁰. Selon une certaine partie de la doctrine²⁶¹ – que nous rejoignons –, il est pour le moins douteux que la juridiction d'appel remplisse l'exigence d'impartialité : d'abord, elle peut être amenée à trancher sur des demandes de libération alors qu'elle a elle-même prononcé la détention, ce qui pose un problème évident²⁶². Ensuite, dans le cadre du placement ou du maintien en détention, elle doit se prononcer sur l'existence de forts soupçons de commission d'un crime ou d'un délit, puis devra traiter fondamentalement de la même question sur le fond²⁶³. L'analyse des travaux législatifs confirme cette analyse : lors du choix d'accorder la compétence au tribunal des mesures de contrainte de se prononcer sur la détention lors de la procédure devant le tribunal de première instance, il est relevé que « [c]e modèle permet d'éviter que le tribunal de première instance, lorsqu'il ordonne la détention, s'expose au reproche d'avoir un avis préconçu en ce qui concerne la culpabilité du prévenu dont il est appelé à décider dans son jugement sur le fond »²⁶⁴. Pour les mêmes raisons²⁶⁵, l'art. 18 al. 2 CPP empêche les membres du tribunal des mesures de contrainte de statuer sur le fond dans la même affaire. En conséquence, il existe bien, à notre sens, un risque pour la juridiction d'appel d'avoir un avis préconçu sur la culpabilité du prévenu, et donc de violer le droit du prévenu à un tribunal impartial et indépendant.

²⁵⁵ HOHL-CHIRAZI, N 1159.

²⁵⁶ Arrêt du TF, 1B 722/2011 du 16 janvier 2012, consid. 4.3.

²⁵⁷ CR Cst. – HOTTELIER, art. 31 N 53,

²⁵⁸ Kommentar BV – VEST, art. 31 N 32.

²⁵⁹ ACEDH Hauschildt c. Danemark du 24 mai 1989, requête n°10486/83, § 52.

²⁶⁰ ATF 138 I 425, consid. 4.4.

²⁶¹ Voir not. : HOHL-CHIRAZI, N 1094 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1248 ; MACALUSO, p. 319 ; PITTELOU, N 511 ; GFELLER/BIGLER/BONIN, N 886.

²⁶² MACALUSO, p. 319.

²⁶³ MACALUSO, p. 319.

²⁶⁴ Message CPP, p. 1215.

²⁶⁵ Message CPP, p. 1114.

Une première solution à ce problème consiste à confier les aspects liés à la détention avant jugement à un juge de la juridiction d'appel qui ne tranchera pas sur le fond, ce que le Tribunal fédéral considère comme conforme à l'art. 233 CPP²⁶⁶. Une autre solution envisageable serait de modifier le CPP afin de systématiquement confier le pouvoir de décider des questions de détention avant jugement au tribunal des mesures de contrainte, y compris lors de la procédure d'appel²⁶⁷. Cette solution aurait également pour avantage de rétablir un double degré de juridiction²⁶⁸, ce dont le prévenu ne bénéficie actuellement pas (art. 233 CPP). Elle nous paraît donc être la plus adéquate et respectueuse des droits du prévenu. Le projet de modification de CPP ne contient toutefois pas de tel changement.

VII. L'exécution de la détention

A. Les généralités

Le prévenu exécute sa détention dans un établissement prévu pour la détention avant jugement, lequel peut également accueillir des détenus en exécution de courtes peines privatives de liberté (art. 234 al. 1 CPP)²⁶⁹. Lorsque des raisons médicales l'exigent, le prévenu peut être placé en milieu hospitalier à la place (art. 234 al. 2 CPP). Le fait de mélanger les détenus en attente de jugement et en exécution de peine porte le flanc à la critique en tant que la détention avant jugement obéit à un régime différent de celui qui prévaut pour les détenus condamnés, d'une part, car les détenus qui n'ont pas encore été jugés sont au bénéfice de la présomption d'innocence et devraient dès lors théoriquement bénéficier de conditions de détention moins difficiles, et d'autre part, car celles-ci doivent permettre de prévenir les risques de fuite, de collusion ou de réitération au sens de l'art. 221 CPP²⁷⁰.

Le but de la détention doit être pris en compte, permettant d'imposer des conditions plus restrictives aux prévenus pour lesquels les risques de fuite, de collusion ou de récidive sont plus élevés. Les contacts du prévenu en détention avant jugement avec des tiers peuvent être restreints (art. 235 al. 2 CPP) et son courrier contrôlé (art. 235 al. 3 CPP). Ces restrictions supplémentaires à la liberté du prévenu doivent respecter le principe de proportionnalité²⁷¹, qui prévoit que la liberté des détenus ne peut être restreinte que dans la mesure requise par le but de la détention et par le respect de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement (art. 235 al. 1 CPP). Cela signifie par exemple que la restriction des contacts avec des tiers pour un prévenu incarcéré uniquement en raison d'un risque de fuite ne se justifie pas²⁷².

B. Les conditions d'exécution de la détention

L'exécution de la détention étant du ressort des cantons (art. 235 al. 5 CPP et art. 123 al. 2 Cst.), ceux-ci doivent se munir d'une réglementation claire et détaillée respectant le cadre posé par

²⁶⁶ ATF 139 IV 270, s'écartant du texte de l'art. 233 CPP qui confie expressément cette tâche à la direction de la procédure de la juridiction d'appel. *Pro* : PC CPP, art. 233 N 3 ; CR CPP – LOGOS, N 4.

²⁶⁷ *Pro* : MACALUSO, p. 319 ; PITTELOUD, N 511 ; HOHL-CHIRAZI, N 1101. *Contra* : Message, p. 1217, qui indique qu'il serait malvenu de permettre au Tmc de trancher des demandes provenant d'une instance supérieure.

²⁶⁸ MACALUSO, p. 319.

²⁶⁹ Interprétation faite grâce au texte allemand et italien de la loi (JEANNERET/KUHN, N 15063).

²⁷⁰ PC CPP, art. 234 N 3 ; PITTELOUD, N 513 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1261 ; PC CPP, art. 234 N 5a.

²⁷¹ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1260 ; PC CPP, art. 234 N 5.

²⁷² KÜNZLI, p. 18.

les art. 234 à 236 CPP²⁷³. En se basant sur cette réglementation et dans le respect de la jurisprudence fédérale, l'administration pénitentiaire fixe les modalités concrètes de la détention²⁷⁴, par exemple en matière de nourriture, d'accès à un médecin, d'éducation, de fouilles, etc.²⁷⁵. Le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence importante au sujet des conditions d'exécution de la détention, notamment en réponse à la surpopulation carcérale chronique en Suisse romande²⁷⁶. Par exemple, le Tribunal fédéral estime qu'une détention de deux semaines dans les cellules de police prévues pour 48 heures est illicite²⁷⁷ et que la détention effectuée dans un établissement carcéral en état de grave surpopulation peut constituer un traitement dégradant au sens de l'art. 3 CEDH²⁷⁸. Pour les conséquences attachées aux conditions de détentions illicites, nous renvoyons au chapitre VIII.C.3.

C. Les droits du prévenu

1. Le droit à un avocat (art. 235 al. 4 CPP, art. 29 al. 3 Cst., art. 6 § 3 let. c CEDH et art. 14 § 3 let. b et d Pacte ONU II)

Le prévenu en détention avant jugement a le droit de communiquer librement avec son avocat, sans que leurs échanges ne soient contrôlés (art. 235 al. 4 CPP). La direction de la procédure, en accord avec le tribunal des mesures de contraintes, peut restreindre ce droit du prévenu s'il existe un risque fondé d'abus (art. 235 al. 4 CPP). Cette limitation ne doit être admise que de manière restrictive et en présence d'indices concrets²⁷⁹. La décision de la direction de la procédure à ce sujet n'est pas attaquant par la voie du recours cantonal (art. 393 al. 1 let. c CPP) mais un recours en matière pénale au sens des art. 78 ss LTF pourrait être envisageable²⁸⁰.

2. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3 al. 1 CPP, art. 10 al. 3 Cst., art. 3 CEDH et art. 7 Pacte ONU II)

L'art. 3 CEDH prévoit que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Ce droit ne peut faire l'objet d'aucune restriction²⁸¹. Il impose à l'État « de s'assurer que les modalités de détention ne soumettent pas la personne détenue à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à une telle mesure et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, sa santé et son bien-être sont assurés de manière adéquate »²⁸². Pour qu'un traitement dénoncé viole l'art. 3 CEDH, il faut qu'il atteigne un minimum de gravité, ce qui s'apprécie au regard de « l'ensemble des données de la cause et notamment de la nature et du contexte du traitement ainsi que de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la personne concernée »²⁸³. À titre d'exemple, le fait d'être détenu 23 heures par jour dans une cellule avec un espace individuel net de moins de 3,83 m² pendant plus de

²⁷³ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1263.

²⁷⁴ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1263.

²⁷⁵ HERTIG RANDALL/LE FORT/CARRON, p. 1 ; KÜNZLI (p. 20-21).

²⁷⁶ Rapport CNPT 2014, p. 18 et 22 ; Rapport CNPT 2020, p. 14 ; ATF 140 I 125, consid. 3.6.1.

²⁷⁷ ATF 139 IV 41, consid. 2 et 3.

²⁷⁸ ATF 140 I 125 ; Arrêt du TF, 1B_335/2013 du 26 février 2014 ; Arrêt du TF, 1B_336/2013 du 26 février 2014 ; Arrêt du TF, 1B_404/2013 du 26 février 2014 ; Arrêt du TF, 1B_152/2015 du 29 septembre 2015 ; Arrêt du TF, 1B_239/2015 du 29 septembre 2015.

²⁷⁹ Kommentar StPO – FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, art. 235 N 14.

²⁸⁰ PC CPP, art. 235 N 22 ; PITTELOUD, N 518.

²⁸¹ REIDY, p. 19.

²⁸² ACEDH MSS c. Belgique et Grèce du 21 janvier 2011, requête n°30696/09, § 221.

²⁸³ ATF 139 I 272, consid. 4.

trois mois est constitutif d'un traitement dégradant au sens de l'art. 3 CEDH²⁸⁴.

3. Le droit à une enquête prompte et impartiale en cas de dénonciation de conditions de détention contraires à l'art. 3 CEDH (art. 13 CEDH et art. 12 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²⁸⁵)

Lorsque le prévenu estime avoir subi, du fait de sa mise en détention avant jugement, un traitement prohibé par l'art. 3 CEDH, il dispose d'un droit à ce que les agissements dénoncés fassent l'objet d'une enquête prompte et impartiale. Ce droit est fondé sur l'art. 13 CEDH et sur l'art. 12 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²⁸⁶. L'enquête doit pouvoir aboutir, s'il y a lieu, à l'identification et à la sanction pénale des responsables²⁸⁷. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de décider que c'est au tribunal des mesures de contrainte, en tant qu'autorité investie du contrôle de la détention, qu'il appartient d'intervenir en cas d'allégations crédibles de traitements prohibés²⁸⁸. En revanche, les voies de recours contre de telles décisions ou la qualité de partie à cette procédure n'ont pas été précisées²⁸⁹.

VIII. Les voies de droit, l'imputation, les irrégularités et l'indemnisation

A. Les voies de droit

Le recours contre les actes de procédure effectués par la police est théoriquement ouvert (art. 393 al. 1 let. a CPP)²⁹⁰. Cependant, comme l'arrestation ou l'appréhension ont déjà cessé au moment du recours, l'intérêt juridique protégé au sens de l'art. 382 al. 1 CPP est inexistant²⁹¹. À la place, la personne arrêtée peut faire valoir une prétention en indemnisation²⁹².

La voie du recours est ouverte contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte ordonnant la mise en détention, la prolongation de celle-ci ou fixant le terme de la détention (art. 222 CPP). Il faut donc comprendre, *a contrario*, que le recours est exclu contre les décisions statuant sur les demandes de libération²⁹³. La loi n'ouvre le droit de recourir qu'au prévenu mais le Tribunal fédéral élargit ce droit au ministère public²⁹⁴. Si cette interprétation se révèle *contra legem*²⁹⁵, elle permet néanmoins de rétablir l'égalité entre les parties et d'éviter

²⁸⁴ ATF 140 I 125, consid. 2.4.

²⁸⁵ Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (RS 0.105).

²⁸⁶ ATF 138 IV 86, consid. 3.1.1.

²⁸⁷ ATF 131 I 455, consid. 1.2.5.

²⁸⁸ ATF 139 IV 41, consid. 3.1.

²⁸⁹ ATF 140 I 125, consid. 2.1.

²⁹⁰ PIQUEREZ/MACALUSO, N 1166 ; Kommentar StPO – WEDER, art. 219 N 46.

²⁹¹ Kommentar StPO – WEDER, art. 219 N 46 ; CR CPP Jean art. 219 N 14

²⁹² Arrêt du TF, 1B 351/2012 du 20 septembre 2012, consid. 2.3.3 ; OBERHOLZER, N 1184 ; CR CPP – CHAIX, art. 219 N 18 ; SCHMID/JOSITSCH, art. 219 N 11. L'indemnisation est détaillée au chapitre VIII.D ci-dessous.

²⁹³ C'est la règle générale qui veut que les décisions du Tmc sont finales (art. 20 al.1 let. c *a contrario* ; art. 393 al. 1 let. c CPP) qui prévaut.

²⁹⁴ ATF 137 IV 230, consid. 1 ; ATF 137 IV 22 ; ATF 138 IV 92, consid. 3.2.

²⁹⁵ JEANNERET/KUHN, N 15048 ; EICKER, p. 986.

un potentiel conflit entre des décisions d'instances de recours différentes²⁹⁶. S'il entend faire usage de son droit de recours, le ministère public doit l'annoncer dans un délai de trois heures maximum²⁹⁷, le prévenu étant autrement immédiatement remis en liberté en vertu de l'art. 226 al. 5 CPP. Bien que les recours n'aient normalement pas d'effet suspensif (art. 387 CPP), le Tribunal fédéral a toutefois décidé d'en conférer un au recours du ministère public afin de garantir à ce dernier un droit de recours efficace²⁹⁸. Partant, la libération du prévenu est reportée jusqu'à ce que l'autorité de recours se prononce de manière superprovisoire sur le maintien en détention (art. 388 let. b CPP). Cette création jurisprudentielle peut être critiquée dans la mesure où elle ne repose pas sur une base légale et où elle va à l'encontre du droit du prévenu, ancré à l'art. 226 al. 5 CPP, d'être immédiatement relâché²⁹⁹. Le projet de modification du CPP prévoit d'entériner cette faculté du ministère public³⁰⁰, qui reposera alors sur une base légale et deviendra conforme au droit.

Lorsque le tribunal de première instance rend son jugement, il détermine si le prévenu doit être placé ou maintenu en détention (art. 231 al. 1 CPP), décision contre laquelle le prévenu et le ministère public³⁰¹ peuvent faire recours (art. 393 al. 1 let. b CPP)³⁰². La décision du tribunal de première instance sur le fond doit, elle, être attaquée par la voie de l'appel (art. 398 al. 1 CPP). En tant que dernière instance cantonale, la juridiction d'appel ne peut voir ses décisions, ni sur le fond de la cause ni sur la détention, être attaquées par le biais d'un recours au niveau cantonal (art. 233 CPP). Elles ne peuvent l'être que par un recours fédéral en matière pénale au sens des art. 78 ss LTF.

B. L'imputation (art. 51 CP)

En vertu de l'art. 51 CP, le juge impute sur la peine la détention avant jugement subie par l'auteur dans le cadre de l'affaire qui vient d'être jugée ou d'une autre procédure. Un jour de détention est imputé sur un jour de peine privative de liberté ou un jour-amende³⁰³. Si la détention avant jugement ne peut pas être imputée entièrement dans la procédure en cours, par exemple parce qu'elle a été subie à tort en raison d'un acquittement ou qu'elle s'est révélée excessive, elle doit être imputée sur la peine prononcée dans le cadre d'une autre procédure. Si cela est possible, l'imputation l'emporte sur l'indemnisation³⁰⁴. S'il n'est pas possible d'imputer la détention avant jugement, le prévenu pourra alors se tourner vers l'indemnisation.

C. Les irrégularités de procédure et les conditions de détention illicites

1. Les généralités

De manière générale, les irrégularités de procédure, comme le dépassement de délais ou l'absence d'un titre de détention valable durant une certaine période, ne sauraient avoir pour

²⁹⁶ Si le droit de recours cantonal n'avait pas été accordé au MP, celui-ci aurait dû faire recours contre les décisions du Tmc au TPF (art. 80 et 111 LTF), alors que le prévenu aurait déposé un recours auprès de l'autorité de recours cantonale (art. 222 CPP), ce qui aurait pu résulter en un conflit de décisions.

²⁹⁷ ATF 138 IV 92, consid. 3.3. Le délai prévu à l'art. 396 CPP ne s'applique exceptionnellement pas.

²⁹⁸ ATF 137 IV 237, consid. 2.4 ; ATF 138 IV 92, consid. 3.4.

²⁹⁹ EICKER, p. 989 ; HOHL-CHIRAZI, N 1012 ss, PERRIER DEPEURSINGE, art. 222.

³⁰⁰ Projet CPP, p. 6442 s.

³⁰¹ En application de la jurisprudence précitée (ATF 137 IV 230, consid. 1., etc.).

³⁰² Arrêt du TF, 1B_381/2011 du 5 août 2011 consid. 2.2 ; Arrêt du TF, 1B_250/2014 du 4 août 2014, consid. 2.1.

³⁰³ CR CPI – JEANNERET, art. 51 N 13.

³⁰⁴ CR CPI – JEANNERET, art. 51 N 9.

conséquence la remise en liberté du prévenu tant que les conditions matérielles de la détention demeurent remplies³⁰⁵. Pour que le prévenu soit libéré, le retard injustifié doit résulter d'un manquement particulièrement grave, faisant apparaître que l'autorité de poursuite n'est plus en mesure de conduire la procédure à chef dans un délai raisonnable³⁰⁶.

Selon une jurisprudence constante, « une violation des règles de procédure relatives à la détention avant jugement peut être réparée d'emblée par une constatation de l'irrégularité, une admission partielle du recours sur ce point, la mise à la charge de l'État des frais de justice et l'octroi de pleins dépens au recourant »³⁰⁷. Lors du contrôle périodique de la détention, seul ce constat peut en principe intervenir³⁰⁸. Selon la gravité de l'irrégularité, « [i]l appartient ensuite à l'autorité de jugement d'examiner les possibles conséquences des violations constatées, par exemple par le biais d'une indemnisation fondée sur l'art. 431 CPP ou, cas échéant, par une réduction de la peine »³⁰⁹.

2. Les dépassements de délais

La réparation de l'irrégularité par le constat de la violation du principe de célérité et/ou du principe de la légalité trouve à s'appliquer que ce soit un délai d'ordre ou un délai impératif qui ait été dépassé³¹⁰. Par exemple, en cas de dépassement des délais impératifs³¹¹ des art. 219 al. 4 CPP, art. 224 al. 2 CPP et art. 226 al. 1 CPP, tant que la décision du tribunal des mesures de contraintes intervient dans les 96 heures suivant l'arrestation ou l'appréhension, l'irrégularité procédurale est guérie par le constat de la violation du principe de célérité et l'octroi des pleins dépens³¹². Comme ce dépassement « ne suffit pas nécessairement à rendre la détention illicite, (...) il n'est pas certain que la seule violation de ces dispositions donne lieu à une réparation sur la base de l'art. 431 CPP »³¹³. Il en va de même si le ministère public présente sa demande de prolongation moins de 4 jours avant la fin de la période de la détention (art. 227 al. 2 CPP)³¹⁴ ou s'il prend plus de trois jours pour transmettre une demande de libération au tribunal des mesures de contrainte (art. 228 al. 3 CPP)³¹⁵. Le Tribunal fédéral semble admettre la même forme de réparation si le juge chargé de se prononcer sur les demandes de prolongation ou de libération dépasse le délai qui lui est imparti (art. 227 al. 5, art. 228 al. 4, art. 233 CPP)³¹⁶.

³⁰⁵ ATF 114 Ia 88, consid. 5d ; Arrêt du TF, 1B_386/2011 du 26 août 2011, consid. 3.6.

³⁰⁶ ATF 140 IV 74, consid. 3.2

³⁰⁷ ATF 139 IV 94, consid. 2.4.

³⁰⁸ ATF 139 IV 41 consid. 3.4 ; ATF 141 IV 349, consid. 2.1.

³⁰⁹ ATF 141 IV 349, consid. 2.1. L'indemnisation est détaillée au chapitre VIII.D. ci-dessous.

³¹⁰ Arrêt du TF, 1B_656/2011 du 19 décembre 2011, consid. 3.3. Le TF affaiblit ainsi la portée de la distinction entre délai d'ordre et délai impératif, pourtant utile : si le dépassement d'un délai d'ordre n'entraîne pas de conséquence juridique, le prévenu peut en revanche se prévaloir du non-respect d'un délai impératif (PC CPP, art. 219 N 23).

³¹¹ Kommentar StPO – WEDER, art. 219 N 41b ; CR CPP – CHAIX, art. 219 N 15 ; ATF 137 IV 92, consid. 3.2.1.

³¹² ATF 137 IV 92, consid. 3.2 ; ATF 137 IV 118, consid. 2.1.

³¹³ ATF 137 IV 118, consid. 2.2. Sur l'indemnisation : cf. chapitre VIII.D.

³¹⁴ Arrêt du TF, 1B_656/2011 du 19 décembre 2011, consid. 3.2 et 3.3. Délai d'ordre (PC CPP – art. 227 N 10 ; JEANNERET/KUHN, N 15043a).

³¹⁵ BSK StPO – WEHRENBARGER/BERNHARD, art. 431 N 21b ; ATF 139 IV 94, consid. 2.4. La question de savoir s'il s'agit d'un délai d'ordre est controversée (*pro* : BSK StPO – FORSTER, art. 228 N 3 ; *contra* : CR CPP – LOGOS, art. 228 N 5).

³¹⁶ Arrêt du TF, 1B_249/2011 du 7 juin 2011, consid. 3.2 sur le dépassement du délai pour statuer sur une demande de libération intervenant dans le cadre de la procédure de prolongation de la détention. Dans cet arrêt, le TF ne précise pas si cette irrégularité de procédure entraîne l'illicéité de la détention et ne se prononce pas sur une éventuelle indemnisation allant au-delà de l'octroi des dépens. Cet arrêt ne tranche pas non plus la question de savoir si ces délais sont des délais d'ordre ou impératifs, controversée en doctrine (*pro* : BSK StPO – FORSTER, art. 227 N 11, art. 228 N 5, art. 233 N 4, *contra* : CR CPP – LOGOS, art. 227 N 21, art. 228 N 20, art. 233 N 9).

En revanche, si la décision du tribunal des mesures de contrainte intervient plus de 96 heures après l'arrestation ou l'appréhension, la détention devient illicite et le prévenu est fondé à demander une réduction de peine ou une indemnisation³¹⁷. De même, si le ministère public omet de déposer sa demande de mise en détention pour des motifs de sûretés en même temps qu'il dépose l'acte d'accusation (art. 229 al. 1 CPP) ou si le tribunal des mesures de contrainte statue après l'échéance de la période de détention (art. 227 CPP), la détention devient temporairement illicite et la décision du tribunal des mesures de contrainte n'a pas pour effet de réparer rétroactivement l'illicéité de la détention ayant eu lieu sans titre valable entre l'échéance et le jugement³¹⁸.

3. Les conditions de détention illicites

En matière de conditions de détention emportant violation de l'art. 3 CEDH, le Tribunal fédéral reconnaît qu'il est inenvisageable de se limiter à un simple constat³¹⁹. Dans ce cas, le juge du fond peut réparer le préjudice en réduisant la peine ou en indemnisant le prévenu³²⁰ (art. 431 al. 1 CPP). Si le jugement pénal est déjà entré en force, la réduction de peine n'entre plus en considération et la remise en liberté anticipée du prévenu ne suffit pas à réparer le préjudice³²¹. Même à ce moment-là, le prévenu conserve un intérêt juridique à faire constater le caractère illicite de ses conditions de détention et à obtenir une satisfaction équitable dans une procédure ultérieure, par exemple lors de la procédure de libération conditionnelle³²².

D. L'indemnisation (art. 429-431 CPP)

1. L'indemnisation en cas de détention injustifiée *a posteriori* (art. 429 CPP, art. 5 § 5 et 41 CEDH et art. 14 § 6 Pacte ONU II)

Selon l'art. 5 § 5 CEDH, toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires à l'art. 5 CEDH a droit à réparation. Selon l'art. 429 al. 1 CPP, si le prévenu est acquitté ou s'il bénéficie d'une ordonnance de classement ou de non-entrée en matière³²³, il a droit à une indemnité pour les frais occasionnés par l'exercice de ses droits de procédure (let. a) et pour le dommage économique subi (let. b). De plus, il a droit à la réparation du tort moral subi en raison d'une atteinte particulièrement grave à sa personnalité, notamment en cas de privation de liberté (let. c). Cette dernière notion s'interprète à la lumière de la définition jurisprudentielle de la détention avant jugement³²⁴, d'après laquelle la détention commence dès trois heures de privation de liberté³²⁵. Ainsi, l'appréhension n'ouvre en principe pas un droit à l'indemnisation, à moins qu'elle ne dure plus de trois heures³²⁶ ou qu'elle ne soit suivie d'une arrestation et que les deux mesures conjuguées s'étendent sur une durée de plus de trois heures³²⁷. La réparation varie entre 100.- et 200.- CHF environ par jour de détention, en

³¹⁷ ATF 137 IV 92, consid. 3.2 ; ATF 137 IV 118, consid. 2.1.

³¹⁸ Arrêt du TF, 1B_386/2011 du 26 août 2011, consid. 3.3.

³¹⁹ ATF 140 I 246, consid. 2.5.1 ; ATF 140 I 125.

³²⁰ ATF 140 I 246, consid. 2.5.1 ; ATF 140 I 125.

³²¹ ATF 141 IV 349, consid. 2.2.

³²² ATF 141 IV 349, consid. 3.4.2 *in fine*. L'indemnisation est détaillée *infra* au chapitre VIII.D.

³²³ Par le biais de l'art. 310 al. 2 CPP.

³²⁴ ATF 143 IV 339, consid. 3.2. Et non pas à la lumière de la définition de l'art. 220 al. 1 CPP.

³²⁵ ATF 143 IV 339, consid. 3.2, citant not. CR CP – JEANNERET, art. 110 al. 7 N 1.

³²⁶ Durée de l'interrogatoire formel non incluse (ATF 113 Ia 177 consid. 1 ; Arrêt du TF, 6B_53/2013 du 8 juillet 2013, consid. 2.2 non publié dans l'ATF 139 IV 243).

³²⁷ ATF 143 IV 339, consid. 3.2.

fonction de la durée de la détention et des circonstances du cas d'espèce³²⁸. L'art. 430 CPP prévoit une exception à l'indemnisation si le prévenu a provoqué fautivement l'ouverture de la procédure, si ses dépenses sont insignifiantes ou s'il est indemnisé par la partie plaignante.

2. L'indemnisation en cas de mesures illicites ou de conditions de détention illicites (art. 431 al. 1 CPP, art. 5 § 5, art. 41 CEDH et art. 9 § 5 Pacte ONU II)

Si le prévenu a fait l'objet de mesures de contraintes illicites, il a droit à une juste indemnité et à la réparation de son tort moral (art. 431 al. 1 CPP). Une mesure de contrainte est illicite si elle a été ordonnée en violation d'une règle de procédure, que celle-ci soit formelle ou matérielle³²⁹. Tel est par exemple le cas si les conditions de l'art. 221 CPP ne sont pas remplies au moment du prononcé de la détention ou si certains délais sont dépassés³³⁰. Toutefois, à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le dépassement de nombreux délais de procédure n'emporte pas l'illicéité de la détention³³¹, fermant de la sorte la porte à l'indemnisation du prévenu, à moins d'une gravité particulière de l'irrégularité. À notre sens, cette jurisprudence porte le flanc à la critique³³² dans la mesure où certains de ces délais sont impératifs et que le prévenu devrait pouvoir s'en prévaloir. Les conditions de détention illicites constituent également une mesure illicite pouvant entraîner indemnisation au sens de l'art. 431 al. 1 CPP. Enfin, l'art. 431 al. 1 CPP ne précisant pas les postes de dommages susceptibles d'être indemnisés, il y a lieu d'y voir un renvoi implicite aux trois postes de dommages prévus à l'art. 429 CPP³³³.

3. L'indemnisation en cas de détention de durée excessive (art. 431 al. 2 CPP, art. 5 § 5 et art. 41 CEDH et art. 9 § 5 Pacte ONU II)

Lorsque la détention excède la durée autorisée, le prévenu a droit à une indemnité ou à une réparation du tort moral, à moins que la détention excessive ne puisse être imputée sur les sanctions prononcées à raison d'autres infractions (art. 431 al. 2 CPP). L'excès de la durée autorisée vise d'une part, la détention qui perdure après la période pour laquelle elle a été ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte³³⁴ et d'autre part, la détention qui se révèle excessive par rapport à la peine effectivement prononcée³³⁵. Cependant, dans ce dernier cas, la détention est licite au moment de son prononcé et ne devient illicite qu'*a posteriori*. Dès lors, l'argumentation qui fait valoir qu'il s'agit matériellement d'un cas d'application de l'art. 429 al. 1 CPP³³⁶ doit donc à notre sens être suivie. Cela implique que le prévenu devrait avoir droit à une indemnité couvrant les trois postes de dommages énumérés à l'art. 429 CPP³³⁷. Pour finir, les art. 429 et art. 431 CPP peuvent s'appliquer cumulativement si les conditions des deux articles sont remplies³³⁸.

³²⁸ CR CPP – MIZEL/RÉTORNAZ, art. 429 N 48.

³²⁹ JEANNERET, L'indemnisation, p. 125 ; CR CPP – MIZEL/RÉTORNAZ, art. 431 N 3 ; PERRIER DEPEURSINGE, art. 431.

³³⁰ Cf. chapitre VIII.C ci-dessus.

³³¹ Cf. chapitre VIII.C ci-dessus.

³³² Du même avis : EICKER, p. 991 ; JEANNERET/KUHN, N 15037.

³³³ JEANNERET, L'indemnisation, p. 125 ; CR CPP – MIZEL/RÉTORNAZ, art. 431 N 7. Pas de renvoi en revanche vers les exceptions de l'art. 430 CPP (JEANNERET, L'indemnisation, p. 126 ; CR CPP – MIZEL/RÉTORNAZ, art. 431 N 7).

³³⁴ JEANNERET, L'indemnisation, p. 125.

³³⁵ CR CPP – MIZEL/RÉTORNAZ, art. 431 N 16 ; BSK StPO – WEHRENBARGER/FRIEDRICH art. 431 N 21 ; ATF 141 IV 236, consid. 3.2.

³³⁶ JEANNERET, L'indemnisation, p. 120.

³³⁷ JEANNERET, L'indemnisation, p. 120.

³³⁸ JEANNERET, L'indemnisation, p. 125 ; PC CPP, art. 431 N 7.

IX. Conclusion

Dans ce mémoire, nous avons suivi le prévenu de son arrestation jusqu'à l'exécution de la détention avant jugement, en abordant les différents aspects de procédure et les droits du prévenu y-relatifs. Nous pouvons affirmer que les textes légaux nationaux et les instruments de droit international accordent une large palette de droits au prévenu lors de la procédure de placement en détention.

Les règles de procédure ne sont toutefois pas parfaites, et quelques incertitudes demeurent. À titre d'exemple, nous rappellerons qu'il n'est pas certain que le prévenu puisse se concerter avec son avocat avant la tenue de la première audition par la police, laquelle n'est pas même pas légalement responsable de mettre en œuvre la défense obligatoire. De même, la loi ne fournit aucune indication sur la durée de la détention prononcée pour pallier un risque de passage à l'acte. Quant à elle, la question de l'autorité compétente pour se prononcer sur la détention au stade de l'appel est certes régie clairement par le CPP, mais instaure un régime pouvant entraîner une violation presque systématique du droit du prévenu à un tribunal impartial et indépendant, ce que le projet de modification du CPP ne prévoit pas de corriger.

Le Tribunal fédéral, s'il apporte un éclairage bienvenu sur certaines questions de procédure, décide aussi régulièrement de remédier aux prétendues lacunes de la loi en faisant office de législateur, quitte à aller au-delà d'un texte légal pourtant clair. Ainsi, il accorde un droit de recours avec effet suspensif au ministère public, sans que cela ne repose sur une base légale et bien que cela contrevienne au droit du prévenu d'être immédiatement relâché. Il admet aussi le placement en détention pour risque de récidive en l'absence de tout antécédent, alors que la loi en exige plusieurs. Le Tribunal fédéral modifie également par sa pratique la portée des délais de procédure, refusant de reconnaître le caractère illicite de la détention découlant de certains dépassements de délais impératifs, fermant de cette manière la porte à la réduction de la peine ou à l'indemnisation. Ces quelques exemples permettent de craindre, si ce n'est de constater, une certaine tendance jurisprudentielle à la fragilisation des droits du prévenu. Sur cet aspect, nous ne pouvons que saluer le projet de modification du CPP, qui entérine certaines créations jurisprudentielles et en rejette d'autres, rétablissant en tout cas le principe de la légalité.

Le régime de détention avant jugement est aussi façonné par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et ce sur deux aspects en particulier. D'une part, la Cour établit qu'un prévenu acquitté en première instance ne peut plus être maintenu en détention en application de l'art. 231 al. 2 CPP, car cela contrevient aux principes de l'art. 5 §1 CEDH. D'autre part, elle se penche depuis plusieurs années sur la surpopulation des prisons de Suisse romande, et conclut, tout comme le Tribunal fédéral, que la situation mène à de nombreuses violations de l'art. 3 CEDH. Le nombre de détenus en attente de jugement constituant presque la moitié des détenus en Suisse, il est légitime de tourner un regard inquisiteur vers l'examen peu approfondi que font certains tribunaux des conditions de proportionnalité et de subsidiarité, tout comme vers la célérité des autorités et certains choix de politique criminelle. Rappelons-le, le principe est que *le prévenu reste en liberté*.

Bibliographie

1. Doctrine

CONTE Martina, Die Grenzen der Präventivhaft gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zurich (Schulthess) 2018.

CUENDET Quentin, La détention pour des motifs de sûreté faisant suite à un acquittement en première instance (CourEDH), 16.01.21 [www.lawinside.ch/1010/] (consulté le 03.11.21).

DONATSCH Andreas/LIEBER Viktor/SUMMERS Sarah/ WOHLERS Wolfgang (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3^e éd., Zurich (Schulthess) 2020 (cité : Kommentar StPO – AUTEUR).

EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/J. SCHWEIZER Rainer/A. VALLENDER Klaus (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich (Dike) 2014 (cité : Kommentar BV – AUTEUR).

EICKER Andreas, Zur bundesgerichtlichen Interpretation des Haftrechts ‘contra legem.’, *in* Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive : Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag = Criminologie, politique criminelle et droit pénal dans une perspective internationale : mélanges en l’honneur de Martin Killias à l’occasion de son 65e anniversaire = Criminology, criminal policy and criminal law in an international perspective : essays in honour of Martin Killias on the occasion of his 65th birthday [KUHN André/MARGOT Pierre/F. AEBI Marcelo/SCHWARZENEGGER Christian/DONATSCH Andreas/JOSITSCH Daniel, édit.], Berne (Stämpfli) 2013.

GFELLER Diego R./BIGLER Adrian/BONIN Duri, Untersuchungshaft : ein Leitfaden für die Praxis, Zurich (Schulthess) 2017.

GONIN Luc/RAIMONDI Guido/BIGLER Olivier (édit.), Convention européenne des droits de l’homme (CEDH) : commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne (Stämpfli) 2018 (cité : Commentaire CEDH – AUTEUR).

GRETER Jean-Pierre, La gestion du danger de collusion en détention provisoire, *in* Rechtswidrige Zustände? Untersuchungshaft in der Kritik [MONA Martino/RIKLIN Franz, édit.], Berne (Stämpfli) 2017.

HOHL-CHIRAZI Catherine, La privation de liberté en procédure pénale suisse : buts et limites, Zurich (Schulthess), 2016.

JEANNERET Yvan, L’indemnisation du prévenu poursuivi à tort ... ou à raison, *in* Le tort moral en question [CHAPPUIS Chrisitine/WINIGER Bénédicte, édit.], Genève (Schulthess) 2013, pp. 111-139 (cité : L’indemnisation)

JEANNERET Yvan, Les mesures provisoires en procédure pénale, *in* Mesures provisionnelles en procédures civile, pénale et administrative [BOHNET François/DUPONT Anne-Sylvie, édit.], Bâle (Helbing Lichtenhahn), Neuchâtel (CEMAJ), 2015 (cité : Les mesures provisoires).

JEANNERET Yvan/KUHN André, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2018.

JEANNERET Yvan/KUHN André/PERRIER DEPEURSINGE Camille (édit.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2019 (cité : CR CPP – AUTEUR).

KÜNZLI Jörg, Untersuchungshaft: Menschenrechtliche Standards und Ihre Umsetzung in der Schweiz, *in* Rechtswidrige Zustände? Untersuchungshaft in der Kritik [MONA Martino/RIKLIN Franz, édit.], Berne (Stämpfli) 2017.

MACALUSO Alain, Quelques aspects des procédures relatives à la détention avant jugement dans le CPP suisse, *in* Forum poenale [Ackerman Jürg-Beat/Sträuli Bernhard/Wolfgang Wohlers (édit.), sous la direction de HASLER Anja], Berne (Stämpfli) 2011.

MANFRIN Fabio, Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft – Bedeutungsloses Verhältnismässigkeitsprinzip in der Haftpraxis?, *in* Rechtswidrige Zustände? Untersuchungshaft in der Kritik [MONA Martino/RIKLIN Franz, édit.], Berne (Stämpfli) 2017.

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, préambule – art. 80 Cst., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2021 (cité : CR Cst. – AUTEUR).

MEYER-LADEWIG Jens/NETTESCHEIN Martin/VON RAUMER Stefan (édit.), EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention : Handkommentar, 4e éd., Baden-Baden (Nomos) 2017 (cité : Kommentar EMRK – AUTEUR).

MOREILLON Laurent/MACALUSO Alain/QUELOZ Nicolas/DONGOIS Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, , 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2021 (cité : CR CP I – AUTEUR).

MOREILLON Laurent/PAREIN-REYMOND Aude, Petit commentaire CPP : Code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2016 (cité : PC CPP).

NIGGLI Marcel Alexander/HEER Marianne/WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, art. 196-457 StPO, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2014 (cité : BSK StPO – AUTEUR).

OBERHOLZER Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4^e éd., Berne (Stämpfli) 2020.

PERRIER DEPEURSINGE Camille, Code de procédure pénale suisse (CPP) annoté, avec la collaboration de GAUDERON Ryan et REYMOND Jade, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2020.

PIQUEREZ Gérard/MACALUSO Alain, Procédure pénale suisse, 3^e éd., entièrement refondue et mise à jour en référence au CPP suisse, avec la collaboration de PIQUEREZ Laurence, Zurich (Schulthess) 2011.

PITTELOUD Jo, Code de procédure pénale suisse (CPP) : commentaire à l'usage des praticiens. Zurich (Dike) 2012.

REIDY Aisling, L'interdiction de la torture, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme *in* Précis sur les droits de l'homme n°6, Allemagne, 2003, [<https://rm.coe.int/168007ff60>] (consulté le 22.10.2021).

SCHMID Niklaus/JOSITSCH Daniel, Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich (Dike) 2018.

SEELMANN Martin, Präventive Strafverfolgung : ein notwendiges Oxymoron? : strafprozessuale Haft ohne Anlasstat: besondere Problemstellungen beim Haftgrund der Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO, *in* Prävention und freiheitliche Rechtsordnung : Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich [EGE Gian/MaUSBACH Julian/CONINX Anna, édit.], Zurich (Dike) 2017.

WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (édit.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 1^{ère} éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2015 (cité : BSK BV – AUTEUR).

2. Actes officiels

ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, Projet de modification du Code de procédure pénale suisse (Code de procédure pénale, CPP), Détention pour des motifs de sûreté dans le cadre d'une procédure ultérieure indépendante, FF 2019 6437 (cité : Projet CPP).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1205 ss (cité : Message CPP).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 195 (cité : Message Cst.).

3. Autres sources

COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE (CNPT), Rapport d'activité de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) 2014, Berne (Commission nationale de prévention de la torture) 2014 (cité : Rapport CNPT 2014).

COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE (CNPT), Rapport d'activité de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) 2020, Berne (Commission nationale de prévention de la torture) 2020 (cité : Rapport CNPT 2020).

GREFFE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal), *in* Guides sur la jurisprudence, 2021 [https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_fra.pdf] (consulté le 22.10.2021).

HERTIG RANDALL Maya/LE FORT Olivia/CARRON Djemila, Les droits des personnes en détention provisoire à la prison de Champ-Dollon, 2^e éd., Genève (Faculté de droit de l'Université de Genève) 2017.

HUMANRIGHTS.CH, Détention provisoire : le principe de proportionnalité doit devenir une réalité juridique, 03.08.2020, [<https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits->

humains/detention/detention-provisoire-principe-proportionnalite-realite-juridique] (consulté le 26.10.2021).

OFFICE CANTONAL (GE) DE LA STATISTIQUE, Statistiques cantonales, justice, sécurité et criminalité, [https://www.ge.ch/statistique/domaines/aperçu.asp?dom=19_02] (consulté le 21.12.2021).

OFFICE CANTONAL (GE) DE LA STATISTIQUE, Condamnations pénales d'adultes et jugement pénaux des mineurs, [https://www.ge.ch/statistique/domaines/19/19_02/tableaux.asp#7] (consulté le 21.12.2021).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Détention préventive selon le canton, en 2021, [<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/execution-penale.assetdetail.16924797.html>] (consulté le 21.12.2021).

STREBEL Dominique/IMBACH Florian, Enquête de la RTS du 22.08.2018, Aargauer Strafverfolger werden am häufigsten zurückgepfiffen, [<https://www.srf.ch/news/schweiz/bewilligung-von-u-haft-aargauer-strafverfolger-werden-am-haeufigsten-zurueckgepfiffen>] (consulté le 26.10.2021).

WORLD PRISON BRIEF, World Prison Brief data Switzerland, état au 31.01.21, [<https://www.prisonstudies.org/country/switzerland>] (consulté le 13.01.22).