

[ 4 | 2018 ]

# ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

ALEXANDER FREI / MATTHIAS KESSLER /  
CHRISTIAN WYSS / NICOLA IMHOF

Irrgarten Unterhaltsrecht SEITE / PAGE 151

ROMAIN JORDAN

Le devoir de sincérité de l'avocat SEITE / PAGE 175

PATRICK SUTTER

Anwaltsgeheimnis und Honorarinkasso:  
Ein Zwischenstand SEITE / PAGE 185



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# DÉTENTION PRÉVENTIVE: CONDITIONS STRICTES OU CONTRÔLE AU RABAIS?

**FLORIAN BAIER**

Avocat au Barreau de Genève, Associé au sein de l'Étude  
BELLON, SAGER & BAIER, à Genève

Mots-clés: détention préventive, charges suffisantes, forts soupçons (de commission d'un crime ou d'un délit), durée raisonnable

L'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale au 1<sup>er</sup> janvier 2011 aurait légitimé un changement d'approche dans l'examen des «charges suffisantes» tout comme de la «durée raisonnable» de la détention préventive. La jurisprudence actuelle, qui se contente de «soupçons encore peu précis dans les premiers temps de l'enquête», sans limite de temps, renforce le risque d'erreur judiciaire. Un réexamen de cette jurisprudence par notre Haute Cour ainsi qu'une limite légale à la durée de la détention préventive seraient bienvenus.

## I. Introduction

La détention préventive a classiquement revêtu, dans l'histoire de l'État de droit, un caractère d'*ultima ratio*<sup>1</sup>, voire «exceptionnel»<sup>2</sup>. Les fondements philosophiques et sociologiques de cette mesure procédurale ont de tout temps été contestés<sup>3</sup>. Alors que celle-ci serait censée poursuivre un but de protection (des preuves, de la bonne conduite du procès, etc.) elle revêt bien souvent un rôle en réalité plus proche du droit de fond (répression anticipée) que du cadre visant à garantir la bonne marche de la procédure<sup>4</sup>. Elle fait également peser, y compris pour des raisons sociologiques évidentes, une présomption de culpabilité<sup>5</sup> sur la personne détenue et – en théorie seulement – supposée innocente. Elle constitue enfin une arme psychologique, sociologique et parfois aussi organisationnelle redoutable en faveur de l'accusation, respectivement en défaveur de la personne détenue, qui porte les marques de la condamnation avant même d'être passée en jugement et qui se trouve entravée dans les facultés de se défendre (impossibilité d'accès à internet pour rechercher des éléments à décharge, limitations des possibilités de contacter des personnes pouvant la conseiller, lui communiquer des informations utiles pour sa défense, etc.). Cette institution a conduit à de nombreux échecs de la justice pénale, laquelle se voit, parfois pour des motifs sans lien avec la manifestation de la vérité, amenée à valider la «condamnation anticipée» du prévenu<sup>6</sup>.

## II. Le droit de rester libre en l'attente d'un procès

L'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4.11.1950 (CEDH) consacre un droit fondamental de la personne: la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'État à sa liberté. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle souligné, au sujet de l'article 5 CEDH, que «la substance même du paragraphe 3 de cette disposition est le droit de rester libre dans l'attente d'un procès pénal»<sup>7</sup>. Ce principe a été expressément repris par

- 1 Arrêt CrEDH Tinner c/ Suisse du 26. 4. 2011, N° 59301/08, § 58.
- 2 Sur le caractère théoriquement exceptionnel de la détention provisoire, voir CHRISTIAN-NILS ROBERT, La détention préventive en Suisse romande et notamment à Genève, 1972, p. 2 et réf. cit.; GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, Procédure pénale suisse, 2011, p. 411.
- 3 CHRISTIAN-NILS ROBERT, op. cit., p. 1,2.
- 4 JUSTUS KRÜPELMANN, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1970, p. 1087; ROBERT, op. cit., p. 2: «Châtiment anticipé et irréparable par le mal qu'elle peut causer, la détention préventive est devenue au fil du temps, et parallèlement à la naissance d'un certain scepticisme sur l'efficacité du traitement pénitentiaire, l'un des instruments de l'intimidation pénale.»
- 5 GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, op. cit., p. 409.
- 6 Cf. ATF 139 IV 270, consid. 3.1; comp. JUSTUS KRÜPELMANN, ibid., qui parle de «vorweggenommene Strafe».
- 7 Arrêt CrEDH Tinner c/ Suisse du 26. 4. 2011, n° 59301/08, § 48; Arrêt CrEDH Shabani c/ Suisse du 5.11. 2009, n° 29044/06, § 54.

le législateur suisse lors de la rédaction du Code de procédure pénale entré en vigueur le 1.1.2011 (CPP), qui stipule (art. 212 al. 1<sup>er</sup> CPP): «Le prévenu reste en liberté. Il ne peut être soumis à des mesures de contrainte entraînant une privation de liberté que dans les limites du présent code». Pour cette raison, la détention préventive doit cesser dès que les conditions ayant présidé à son prononcé ne sont plus remplies (art. 212 al. 2 CPP). En vertu du principe de subsidiarité<sup>8</sup>, des mesures de contrainte moins incisives que la privation de liberté doivent être ordonnées par l'autorité de poursuite lorsque les conditions de la détention ne sont pas ou plus données<sup>9</sup>, telles que la fourniture de sûretés, l'assignation à résidence, la remise des documents d'identité, l'obligation de se présenter régulièrement à un service administratif ou un poste de police, l'interdiction de se rendre dans un certain lieu ou d'entretenir des relations avec certaines personnes (art. 237 CPP).

### III. Numerus clausus des motifs de détention préventive en droit suisse

Le CPP énonce deux formes de détention préventive, qui se distinguent notamment par le moment auquel elles interviennent<sup>10</sup>: la détention provisoire et la détention pour motifs de sûreté. Dans les deux cas, la détention préventive en droit pénal suisse ne peut être ordonnée que pour des motifs énumérés de manière exhaustive par la loi<sup>11</sup>, soit ceux figurant à l'article 221 CPP. La première condition de cette disposition est double: elle est donnée lorsque le prévenu est «fortement suspecté d'avoir commis un crime ou un délit» (art. 221 al. 1 CPP). Ce n'est ainsi qu'à raison de soupçons portant sur des infractions graves (crimes ou délits au sens de l'article 10 CP) que la détention préventive entre en considération. Il n'est pas inutile de rappeler que la détention préventive est dès lors exclue dans les cas de contravention<sup>12</sup>. La seconde condition prévue par l'article 221 CPP est l'exigence de «forts soupçons» (dans la version allemande: «dringender Tatverdacht»), également définis en doctrine comme de «graves présomptions de culpabilité»<sup>13</sup>. Le législateur suisse semble avoir ainsi manifesté son souci d'aménager une protection de l'individu plus élevée que celle prévue par la CEDH, laquelle prévoit en son article 5 ch. 1 let. c l'exigence de «raisons plausibles de soupçonner» la personne placée en détention d'être l'auteur d'une infraction<sup>14</sup>. En pratique, cette nuance est restée trop souvent inopérante, tant le pouvoir d'appréciation des autorités de poursuite est large<sup>15</sup>. La mise en détention d'un justiciable est ensuite conditionnée par l'existence – réelle ou supposée – soit d'un risque de fuite (art. 221 ch. 1 let. a CPP), soit d'un risque de récidive (let. b), soit encore d'un risque de compromission de la recherche de la vérité (let. c), intitulé risque de collusion dans la pratique judiciaire helvétique<sup>16</sup>. Une quatrième situation permettant la mise en détention préventive est envisagée à l'article 221 al. 2 CPP, lorsqu'une «personne», et non nécessairement un prévenu<sup>17</sup>, a menacé de commettre un crime grave et qu'il y a «sérieusement lieu de craindre» que celle-ci «passe à l'acte». Cette énumération exhaus-

sive des motifs de détention traduit les efforts du législateur pour prémunir le justiciable de toute privation discrétionnaire de sa liberté.

### IV. Charges suffisantes selon le droit suisse: de la théorie légale à la réalité de la pratique judiciaire

Le juge de la détention préventive est appelé à émettre un pronostic, d'une part, sur la culpabilité supposée du prévenu et, d'autre part, sur les risques de fuite, de récidive et/ou de collusion<sup>18</sup>. Notre système judiciaire aspire à ne placer en détention préventive que des justiciables «fortement suspectés» d'avoir commis un crime ou un délit. Selon certains auteurs, les charges qui pèsent sur le prévenu placé en détention préventive devraient, dès l'arrestation, être étayées par des faits *concrets et précis*, au point qu'une condamnation apparaisse d'emblée vraisemblable<sup>19</sup>. C'est également notre point de vue. Dans la pratique cependant, la réalité diffère. Le niveau d'exigence posé par la jurisprudence fédérale en matière de vraisemblance des charges justifiant le maintien en détention est notablement plus bas. Ainsi, jusqu'en 2005, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral retenait que «si des soupçons encore peu précis, renforcés par exemple par des mensonges de l'inculpé ou des variations dans ses déclarations, peuvent être considérés comme suffisants dans les premiers temps de l'enquête, la perspective d'une condamnation doit paraître fortement vraisemblable

<sup>8</sup> HUG et SCHEIDEGGER parlent de «Subsidiaritätsprinzip»: MARKUS HUG/ALEXANDRA SCHEIDEGGER, *Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung*, 2014, N° 7 ad art. 221 CPP.

<sup>9</sup> À ce sujet, cf. Arrêt CrEDH Tinner c. Suisse du 26. 4. 2011, N° 59301/08, § 58 et réf. citées.

<sup>10</sup> GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, *op. cit.*, p. 413.

<sup>11</sup> ALEXIS SCHMOKER, *Commentaire romand, Code de procédure pénale*, 2011, N° 6 ad art. 221 CPP.

<sup>12</sup> Cette limite apparemment très claire peut parfois poser problème. C'est notamment le cas en ce qui concerne la distinction entre les voies de fait (art. 126 CP), constitutives d'une contravention, et les lésions corporelles simples (art. 123 CP), constitutives d'un délit. En présence d'une atteinte à l'intégrité corporelle limitée à des contusions, des meurtrissures ou des griffures, il faut tenir compte de l'importance de la douleur provoquée afin de déterminer s'il s'agit de lésions corporelles simples ou de voies de fait. Cette distinction est délicate et sujette à appréciation (ATF 119 IV 25, consid. 2a).

<sup>13</sup> ALEXIS SCHMOKER, *op. cit.*, N° 10 ad art. 221 CPP; ATF 116 Ia 143, consid. 3c.

<sup>14</sup> ALEXIS SCHMOKER, *op. cit.*, N° 7 ad art. 221 CPP; GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, *op. cit.*, p. 415.

<sup>15</sup> Selon sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle restreint de l'arbitraire les décisions cantonales confirmant le placement ou le maintien en détention. Les recours qui aboutissent à une mise en liberté sont rares, et ce, encore davantage lorsque l'argumentation du recourant vise une mise en cause de la suffisance des charges.

<sup>16</sup> CHRISTIAN-NILS ROBERT, *op. cit.*, p. 18: «*sous le terme de collusion, la pratique judiciaire comprend la disparition des preuves, la concertation avec les complices et la subornation de témoins.*»

<sup>17</sup> GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, *op. cit.*, p. 422.

<sup>18</sup> JUSTUS KRÜPELMANN, *op. cit.*, p. 1071 ss.

<sup>19</sup> GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, *op. cit.*, p. 415.

après l'accomplissement de tous les actes d'instruction envisageables»<sup>20</sup>. Si l'on pouvait déjà douter que de simples «variations dans les déclarations» du prévenu permettent de renforcer notablement les «soupçons peu précis» de commission d'une infraction au point de remplir les conditions de l'article 5 ch. 1 let. c CEDH, les réquisits jurisprudentiels ont malheureusement été abaissés depuis 2005<sup>21</sup>. C'est en effet à partir d'un arrêt non publié du 27 janvier 2005 que le Tribunal fédéral a renoncé, dans le cadre de l'examen du respect de l'article 5 CEDH<sup>22</sup>, à fixer d'autres exigences au maintien en détention préventive que celui des «soupçons peu précis dans les premiers temps de l'enquête». Il convient de souligner que ledit arrêt a été rendu plus d'une année déjà après la date de l'arrestation du recourant et validait son maintien en détention<sup>23</sup>. Depuis lors, la jurisprudence du Tribunal fédéral est restée constante sur la seule exigence de soupçons «peu précis», à l'exclusion de toute autre condition. Le Tribunal fédéral retient par ailleurs de jurisprudence constante qu'il n'appartiendrait pas non plus au juge de la détention de «procéder à une pesée complète des éléments à charge et à décharge et d'apprécier la crédibilité des personnes qui mettent en cause le prévenu»<sup>24</sup>. L'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale en 2011 aurait justifié une modification de ces jurisprudences compte tenu de la teneur des articles 212 al. 1<sup>er</sup> et 221 CPP. Tel n'a pas été le cas. Il ressort au contraire de l'ATF 137 IV 122, du 16.5.2011, que le juge de la détention pouvait en définitive même admettre l'existence de «forts soupçons» dans des cas de «déclaration contre déclaration» («Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen»), soit sur base de la seule déclaration d'une victime supposée. Il convient de relever que cette extension – inquiétante – a été rendue dans le cadre d'un recours où le prévenu était en liberté et s'attaquait à des mesures de substitution. Cette jurisprudence est néanmoins critiquable puisqu'elle semble autoriser des détentions de moyenne à longue durée sur la base d'une unique déclaration de tiers, ce qui ouvre naturellement la porte à des erreurs judiciaires, voire à l'instrumentalisation de la justice. D'une manière générale, ces développements jurisprudentiels ne manquent pas de susciter des craintes, puisque l'on voit mal comment un prévenu pourrait, dès le début de son incarcération, tout à la fois être l'objet d'une «grave présomption de culpabilité» et de soupçons «peu précis». Ce dernier postulat fait à notre sens fi des exigences posées par le législateur à l'article 221 CPP, au point que la différence entre le justiciable innocent et le prévenu faisant l'objet de «soupçons peu précis dans les premiers temps de l'enquête» apparaît étonnamment ténue.

## V. Du droit d'être jugé dans un «délai raisonnable» ou remis en liberté

### 1. Selon la CEDH

La relation entre l'écoulement du temps et l'intensité des charges est expressément prévue à l'article 5 ch. 3 CEDH, qui prévoit que «toute personne arrêtée ou détenue (...)

doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure»<sup>25</sup>. La notion de délai raisonnable a donné lieu à une jurisprudence importante de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne tranche pas cette question de manière «abstraite»; elle rappelle au contraire régulièrement que «le caractère raisonnable du maintien en détention doit s'apprécier dans chaque cas d'après les particularités de la cause»<sup>26</sup>. On peut en retenir pour l'essentiel que «la poursuite de l'incarcération ne se justifie, dans une espèce donnée, que si des indices concrets révèlent une véritable exigence d'intérêt public prévalant, nonobstant la présomption d'innocence, sur la règle du respect de la liberté individuelle»<sup>27</sup>. Il en découle que le juge de la détention devrait, dans chaque cas, procéder à une pesée des intérêts entre, d'une part, la présomption d'innocence et son corollaire, le droit au maintien en liberté, et d'autre part, l'intérêt public à un éventuel maintien en détention. Comme le rappelle explicitement la Cour européenne des droits de l'homme, la détention préventive se heurte au principe de la présomption d'innocence, lequel devrait prévaloir tant et aussi longtemps que des indices extrêmement concrets et sérieux n'emportent pas la nécessité de maintenir le prévenu en détention. En d'autres termes, «la détention provisoire doit apparaître comme la solution ultime, qui se justifie seulement lorsque toutes les autres options disponibles s'avèrent insuffisantes»<sup>28</sup>. À cet égard, la durée de la détention constitue un facteur déterminant pour fixer le degré de vraisemblance des charges requises: plus la détention préventive

<sup>20</sup> Jurisprudence constante du Tribunal fédéral jusqu'à l'arrêt non publié du 21.1.2005 dans la cause 1P.750/2004, consid. 4.1. En allemand, cette jurisprudence est formulée de la manière suivante: «Muss nach Durchführung der in Betracht kommenden Untersuchungshandlungen eine Verurteilung als wahrscheinlich erscheinen, so können am Anfang der Untersuchung noch wenig genaue Verdachtsmomente – die sich z. B. aus Lügen des Angeeschuldigten oder Abweichungen in seinen Aussagen ergeben – als ausreichend angesehen werden.»

<sup>21</sup> Dans deux jurisprudences non publiées de 2004, le Tribunal fédéral avait déjà abaissé cette exigence en se contentant «d'inexactitudes» dans les déclarations du prévenu (ATF non publiés du 23.6.2004, cause 1P.334/2004, et du 9.7.2004, cause 1S.1/2004), avant de renoncer à tout «renforcement» des soupçons peu précis par d'autres éléments à charge.

<sup>22</sup> L'examen portait précisément sur l'article 5 CEDH et l'ancien article 44 PPF, aujourd'hui abrogé.

<sup>23</sup> ATF non publié du 27.1.2005, dans la cause 1S.1/2005. L'arrêt indique tout de même à ce sujet: «L'enquête se situe ainsi dans une phase intermédiaire, de sorte que si l'on ne saurait, à ce stade, se contenter de vagues indices, des preuves définitives ne sont pas non plus exigibles.»

<sup>24</sup> ATF 143 IV 330, consid. 2.1, ATF 137 IV 122, consid. 3.2, etc.

<sup>25</sup> Le Tribunal fédéral déduit de l'article 31 al. 3 de notre Constitution fédérale la même portée quand bien même sa teneur est légèrement différente et moins explicite que celle de l'article 5-3 CEDH.

<sup>26</sup> Arrêt CrEDH Alican Demir c. Turquie du 25.2.2014, § 131, n° 41444/09; Tiner c. Suisse du 26.4.2011, § 49 et réf. cit.

<sup>27</sup> Arrêt CrEDH Tinner c. Suisse du 26.4.2011, N° 59301/08, § 49 et réf. citées.

<sup>28</sup> Arrêt CrEDH Tinner c. Suisse du 26.4.2011, § 58 et réf. citées.

aura duré, plus la survenance d'une condamnation devra paraître inéluctable pour justifier le maintien en détention préventive. La Cour européenne souligne enfin qu'au bout d'un certain temps même la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir accompli une infraction ne suffit plus. Les autorités judiciaires nationales doivent alors encore démontrer, outre la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir accompli une infraction (qui constituent comme le rappelle la Cour européenne une «condition *sine qua non*» de la poursuite de la détention préventive), que des motifs «pertinents et suffisants» supplémentaires justifient le maintien en détention et qu'elles ont, en outre, apporté «une diligence particulière à la poursuite de la procédure»<sup>29</sup>. Dans un arrêt *Bykov c/ Russie* du 10.3.2009, la Cour européenne a jugé un maintien en détention préventive d'un an et huit mois et demi contraire à la Convention, au motif que «durant cette période, les tribunaux avaient examiné au moins dix demandes d'élargissement soumises par lui, les écartant à chaque fois en raison de la gravité des accusations et du risque que l'intéressé prit la fuite, entravât le cours de la justice et fit pression sur les témoins. Toutefois, les juges se sont bornés à énumérer ces motifs, sans aucunement les étayer par des raisons pertinentes et suffisantes. La Cour note également qu'au fil du temps, les tribunaux n'ont pas modifié leur raisonnement pour tenir compte de l'évolution de la situation et pour vérifier si ces motifs demeuraient valables à un stade avancé de la procédure»<sup>30</sup>.

## 2. Dans la jurisprudence helvétique

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est ancré à l'article 31 al. 3 de notre Constitution fédérale, auquel notre Haute Cour reconnaît en matière de détention préventive la même portée que celle de l'article 5 ch. 3 CEDH<sup>31</sup>. L'art. 212 al. 3 CPP prévoit que la détention provisoire ne doit pas durer plus longtemps que la peine privative de liberté prévisible, ce qui semble aller de soi. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le juge peut dès lors maintenir la détention aussi longtemps qu'elle n'est pas très proche de la durée de la peine privative de liberté à laquelle il faut s'attendre concrètement en cas de condamnation<sup>32</sup>. Cette jurisprudence soulève cependant un problème épineux, puisqu'elle *postule* la condamnation et écarte la perspective de l'acquiescement, alors même que les juges de la détention sont appelés à formuler un pronostic sur l'issue du procès et n'ont, de jurisprudence constante comme on l'a vu, pas à examiner en détail les éléments à charge et à décharge. Cette pratique judiciaire contrevient ainsi à la présomption d'innocence puisque le juge de la détention n'est, d'un côté, pas invité à examiner de manière approfondie les charges pesant contre le prévenu ni les éléments que celui-ci pourrait soulever à sa décharge, mais d'un autre côté, n'a pour limite que celle de la durée de la peine privative de liberté présumable «en cas de condamnation». En d'autres termes, le juge de la détention préventive est autorisé à *présumer la culpabilité* du prévenu en détention en vue de l'y maintenir. Un

cercle vicieux bien connu des pénalistes est alors susceptible de se mettre en route, tant il est difficile pour le juge du fond de ne pas être influencé par les décisions antérieures de maintien en détention, lesquelles ont été rendues dans une perspective de condamnation et sur la base d'examen sommaires et approximatifs de la supposée culpabilité du prévenu. Le Tribunal fédéral a également relevé ce problème en soulignant, à juste titre, que le juge du fond pourrait être *enclin* à prendre en considération dans la fixation de la peine la durée de la détention préventive<sup>33</sup>. On comprend vite les conséquences que notre pratique judiciaire est susceptible d'avoir sur le justiciable, à savoir qu'un individu supposé innocent se voit premièrement considéré comme possiblement coupable sur la base «d'indices peu précis» voire d'une dénonciation isolée, ce qui peut, le cas échéant, suffire à son arrestation. Il devient ensuite de plus en plus «coupable» par le simple écoulement du temps de détention, pour finalement – dans le pire des cas – se retrouver condamné lors du procès au fond sur la base des mêmes indices «peu précis» du début de l'enquête, en raison de l'apparence de culpabilité créée par des jugements successifs de maintien en détention.

## 3. Limitation légale de la détention préventive: cas de l'Autriche et de l'Allemagne

Dans la législation autrichienne, la durée de la détention préventive, qui s'entend comme la période allant de l'arrestation du prévenu jusqu'à l'audience de jugement, est limitée par le Code de procédure pénale. La durée maximale de la détention préventive est déterminée en fonction de la gravité de l'infraction envisagée. Pour un crime dont la peine-menace est égale ou inférieure à cinq ans de privation de liberté, la détention préventive ne peut être que d'une année au plus. Elle sera de deux ans au plus si la peine-menace est supérieure à cinq ans de privation de liberté (§ 178 al. 1 StPO autrichien). Ces délais peuvent toutefois être prolongés de six mois au plus en cas de difficultés particulières dans l'instruction de la cause (§ 178 al. 3 StPO).

Le Code de procédure pénale allemand prévoit quant à lui que la détention préventive ne peut excéder 6 mois, à moins que la complexité de l'affaire, l'étendue de l'enquête ou toute raison impérieuse empêche le rendu d'un jugement dans ce délai (§ 121 al. 1 StPO allemand) ou à tout le moins le début de l'audience de jugement dans ce délai (§ 121 al. 3 StPO). On constate donc, en comparaison avec la Suisse et l'Autriche, que l'approche allemande est la plus sévère des trois en matière de limitation de la détention préventive, puisqu'elle pose le principe d'une durée de détention avant l'audience de jugement ne devant, sauf exceptions, pas dépasser six mois.

<sup>29</sup> Arrêt CrEDH *Tinner c. Suisse* du 26. 4. 2011, § 51; *Tomasi c. France*, arrêt du 27. 8. 1992, § 84, série A n° 241 A, etc.

<sup>30</sup> Arrêt CrEDH *Bykov c. Russie* du 10. 3. 2009, § 65.

<sup>31</sup> ATF 139 IV 270, consid. 3.1; ATF 133 I 168, consid. 4.1, etc.

<sup>32</sup> ATF 143 IV 168, consid. 5.1, ATF 139 IV 270, consid. 3.1, etc.

<sup>33</sup> ATF 139 IV 270, consid. 3.1 et réf. cit.

## VI. Cas particulier: l'affaire Sperisen

L'affaire Sperisen illustre à l'envi le cercle vicieux de la détention préventive, laquelle aura duré 61 mois dans cette cause particulière. Elle confirme à quel point cette institution entraîne une véritable présomption de culpabilité, défavorisant du même coup le prévenu en détention préventive par rapport au prévenu en liberté. Dans un arrêt rendu le 26.6.2013, le Tribunal fédéral a dénié au recourant, accusé d'exécutions extrajudiciaires au Guatemala, le droit de faire examiner de manière détaillée les charges invoquées à son encontre pour en démontrer l'absence de pertinence; il estimait par ailleurs que sa position hiérarchique justifiait les charges retenues. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il confirmé en juin 2013 le maintien en détention du recourant, terminant la première partie de son raisonnement de la manière suivante: «En définitive, la Cour de justice a retenu que la conjonction de différents éléments constituait des charges suffisantes pour retenir que le recourant avait participé aux infractions qui lui sont reprochées, dans la mesure où il exerçait la plus haute fonction dans la hiérarchie policière au moment des faits (...)»<sup>34</sup>.

Dans un second temps, le même arrêt déniait au recourant la possibilité de faire valoir des éléments à décharge jugés trop «détaillés», tout en soulignant une nouvelle fois la position hiérarchique de l'intéressé: «Partant, le recourant perd de vue qu'il n'appartient pas au juge de la détention provisoire d'examiner en détail ces considérations de fait, pas plus que de faire une appréciation complète des éléments à charge et à décharge; il lui incombe uniquement de vérifier, sous l'angle de la vraisemblance, que le maintien en détention avant jugement repose sur des indices de culpabilité suffisants. Or, au stade actuel de l'enquête, le faisceau d'indices retenus par l'instance précédente permet de considérer que le recourant a participé, vu sa position de Directeur général de la Police nationale civile du Guatemala, aux infractions qui lui sont reprochées»<sup>35</sup>.

Quatre ans plus tard, alors que le recourant avait été condamné par la Justice genevoise à la réclusion à perpétuité, pour l'essentiel sur la base des mêmes éléments que ceux (insuffisamment) débattus dans l'arrêt du 26.6.2013 précité, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt au fond le 29.6.2017, par lequel il annulait les condamnations cantonales, jugées «arbitraires»; il est parvenu à la conclusion que l'indice découlant du «rapport hiérarchique» était «indiscutablement faible»<sup>36</sup>. L'on ne peut que regretter que le Tribunal fédéral n'ait pas fait cette remarque pleine de bon sens quatre ans plus tôt, lorsque le prévenu n'en était qu'à dix mois de détention préventive. Il apparaît ainsi que, dans des affaires complexes, le risque pour la justice helvétique de faire payer au prévenu le caractère «complexe» de son dossier et de le priver de ses droits fondamentaux pour cette raison, est élevé. Ce cas illustre cependant parfaitement la dérive plus générale de la jurisprudence actuelle, qui privilégie la présomption de culpabilité dans le cadre de l'examen des charges suffisantes, sans chercher à anticiper une autre issue que celle de la condamnation. Le prévenu se voit, par cette pratique jurisprudentielle,

contraint à patienter pendant des mois voire des années avant de pouvoir sérieusement faire valoir ses moyens de défense. Enfin, lorsque l'occasion lui est donnée de soutenir sa défense de manière détaillée dans le cadre du procès au fond, le système judiciaire a beaucoup de peine à se désolidariser des juges ayant ordonné le maintien en détention préventive pendant une longue durée. Une telle approche est difficilement compatible avec les réquisits de l'article 5 CEDH ainsi qu'avec la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de respect de la présomption d'innocence.

## VII. Conclusion: de la nécessité de fixer une limite légale à la durée de la détention préventive

La détention préventive pose, on le sait, de graves questions quant à sa légitimité. Il apparaît, tout particulièrement dans les affaires complexes, mais pas uniquement, que le prévenu court le risque d'être soupçonné à tort pendant de nombreux mois, avant d'être finalement reconnu comme partiellement ou totalement innocent des faits qui lui sont reprochés. Cette issue se produira généralement pour des motifs relevant des faits: les infractions ne sont pas démontrées au-delà de tout doute raisonnable, des charges s'effondrent lors du procès au fond ou des éléments à décharge sont découverts à cette occasion ou en cours d'instruction. Il peut aussi arriver que la culpabilité soit déniée pour des raisons relevant du droit, par exemple lorsque les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas donnés, de sorte que la typicité retenue par l'accusation est erronée (par exemple: voies de fait au lieu de lésions corporelles simples<sup>37</sup>), ou lorsque des faits justificatifs n'ont à tort pas été considérés comme tels. Dans les affaires complexes, la jurisprudence permettant au juge de la détention de se contenter pendant plusieurs mois «d'éléments peu précis» relève trop souvent de la partie de poker. Celle-ci tourne, sans exception, à la défaveur du détenu et plus généralement au détriment d'une saine administration de la justice. Ainsi, si le prévenu placé en détention est reconnu innocent à l'issue du procès, il aura purgé une privation de liberté indue mais néanmoins lourde de conséquences et stigmatisante, que les éventuelles réparations financières ne compenseront que très insuffisamment dans la plupart des cas. Si, à l'inverse, les éléments à charge tendent à se confirmer lors du procès, le juge du fond sera naturellement enclin à faire pencher la balance du côté de la culpabilité, ou simplement amené à prononcer *a posteriori* une peine suffisamment lourde

<sup>34</sup> ATF non publié du 26.6.2013 dans la cause 1B\_197/2013, consid. 3.2.

<sup>35</sup> ATF non publié du 26.6.2013 dans la cause 1B\_197/2013, consid. 3.3.

<sup>36</sup> ATF non publié du 29.6.2017 dans la cause 6B\_947/2015, consid. 10.2.2.2 et 10.2.2.4.

<sup>37</sup> ATF 119 IV 25, consid. 2A; cf. également Arrêt de la Chambre pénale d'appel et de révision genevoise du 24.3.2016, AARP/165/2016, consid. 2.7.2.

pour justifier la durée de la détention préventive<sup>38</sup>. Dans ces cas de figure, le principe de la présomption d'innocence et le droit fondamental à la liberté, piliers de l'État de droit, sont mis à mal. L'erreur restant humaine, l'expérience tend à démontrer que seule une limitation stricte et inscrite dans la loi de la durée de la détention préventive est à même de fournir un garde-fou suffisant et nécessaire contre son usage excessif, à l'image de ce qui se fait en droit allemand. *De lege ferenda*, une limitation en Suisse de la durée maximale de la détention préventive à 9 mois, du jour de l'arrestation au verdict de première instance, exceptionnellement prolongeable de 3 à 6 mois en cas de difficultés particulières dans l'instruction de la cause, nous paraît nécessaire pour renforcer la protection de nos droits fondamentaux et la faire s'approcher du standard allemand. On peut en effet partir de l'idée qu'un prévenu doit pouvoir être jugé dans ce laps de temps et qu'à défaut, ce n'est pas à lui qu'il appartient d'en payer le prix par un maintien en détention préventive d'une durée indéterminée. Une telle limitation de la durée de la détention pré-

ventive permettrait également de contribuer à décharger les centres de détention des surcharges récurrentes dont ils font l'objet. Elle contribuerait surtout à une meilleure administration de la justice en conduisant les autorités de poursuite à fixer des priorités strictes s'agissant des prévenus en détention, en vue de distinguer les cas nécessitant une investigation rapide et les cas plus douteux pour lesquels une condamnation apparaît incertaine. Enfin, un examen plus approfondi porté par le juge de la détention sur les éléments à charge et à décharge et sur leur crédibilité respective nous semblerait indispensable, avec une attention particulière portée à la présomption d'innocence, comme le recommande la Cour européenne des droits de l'homme, et au fait que la condamnation n'est pas la seule issue possible à un procès pénal.


<sup>38</sup> cf. ATF 139 IV 270, consid. 3.1.

Anzeigen\*

## Adressen für Anwälte

**DOBIASCHOFSKY**  
FONDÉE EN 1923

Dobiaschofsky Auktionen AG  
Monbijoustrasse 30/32, CH-3001 Bern  
Tel.: + 41 31 560 10 60, Fax: + 41 31 560 10 70  
www.dobiaschofsky.com



**ARP Schweiz AG**  
Birkenstrasse 43b  
6343 Rotkreuz  
Telefon: +41 41 799 09 09  
E-Mail: verkauf@arp.ch


**IT's easy.**  
www.arp.ch




**FORENTEC**

Ihr professioneller Partner für die forensische Sicherung und Auswertung von elektronischen Informationen. Unsere Dienstleistungen umfassen die Prävention, Aufdeckung und Reaktion im Bereich der digitalen Forensik.  
IT Forensik. eDiscovery. Cyber Crime.

ForenTec GmbH  
Lavaterstrasse 58, 8002 Zürich  
043 542 15 15 | info@forentec.ch | forentec.ch



**ALAN Software AG**  
Solothurnstrasse 28  
3322 Schönbühl  
www.alan.ch



**Corporate intelligence  
Forensic & eDiscovery  
Litigation support**

Rue de la Grotte 6  
1003 Lausanne  
www.sfc.services

\* Keine offizielle Empfehlung des SAV