

Paris, le 28 janvier 2021

**Observations du Syndicat de la magistrature devant la
Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret
professionnel de l'avocat**

SOMMAIRE

Introduction

I. Les pré-requis structurels à l'évolution des équilibres procéduraux (p4)

1 - Le statut du parquet

2 - La nécessaire augmentation du nombre de greffiers et magistrats

3 - La constitution de cabinets de JLD

4 - La redéfinition du périmètre du traitement en temps réel (TTR) et la mise en oeuvre des préconisations du rapport de l'IGJ en octobre 2018 sur l'attractivité des fonction de magistrat du ministère public

5 - Le nécessaire rattachement de la police judiciaire à l'autorité judiciaire

II. Une nécessaire réflexion d'ensemble sur les équilibres de la procédure pénale et leur cohérence, incluant les enquêtes de flagrance, préliminaire, et l'instruction (p12)

1 - Un travail dont la nécessité a déjà été soulignée

2 - La fusion des régimes de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire

III. Les propositions sur le sujet précis des droits de la défense pendant l'enquête (p15)

1 - Le principe de la contradiction dans le droit positif selon les différents régimes d'enquête

2 - Faire progresser les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

IV. Le secret professionnel de l'avocat (p24)

1 - Les perquisitions

2 - Les écoutes

3 - Les fadettes

A titre conservatoire, sur le secret des sources, secret de l'enquête (p27)

Conclusion (p28)

Introduction

L'objet de la mission confiée à votre commission limite la réflexion au temps de l'enquête préliminaire et à la question de l'exercice des droits de la défense pendant celle-ci, outre le questionnement relatif à la protection du secret professionnel de l'avocat dans l'enquête pénale, qui concerne les champs de l'enquête menée par le parquet et par le juge d'instruction.

La question des équilibres de l'enquête pénale ne peut être analysée du seul point de vue de l'exercice des droits de la défense, et en limitant la réflexion à l'enquête préliminaire : la réflexion ne peut avoir lieu qu'en ayant une vision d'ensemble des actes d'enquête prévus par la loi pendant l'enquête de flagrance, l'enquête préliminaire, et l'instruction, et des conditions posées par la loi quant à l'autorité à qui elle confie la décision, et aux modalités de cette prise de décision en fonction du caractère plus ou moins coercitif ou intrusif de ces actes.

Dans ces conditions, le Syndicat de la magistrature estime que la mission confiée à la commission doit s'inscrire dans une réflexion globale sur les équilibres des procédures d'enquête, auxquels participent, à côté d'autres protections, les droits de la défense, sans quoi la cohérence d'ensemble des dispositions ne pourrait être assurée.

C'est la raison pour laquelle le délai qui nous est fixé par la commission, depuis qu'elle nous a donné connaissance de la mission qui lui est précisément confiée, pour lui remettre une contribution (environ quinze jours), alors que le terme initial fixé par le garde des Sceaux pour lui rendre ses travaux est déjà dépassé, paraît bien insuffisant au regard de l'importance de ces enjeux et de l'ampleur du travail à réaliser.

Il importe ainsi de souligner d'emblée que la commission, en se concentrant sur le seul exercice des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire sans interroger plus globalement, dans le questionnaire qui nous a été adressé, les équilibres de la procédure pénale, pourrait largement manquer son but : améliorer la procédure d'enquête pour qu'elle corresponde au mieux aux exigences du procès équitable, tout en lui conservant son

effectivité dans la mise au jour des infractions pénales. Un raisonnement sur les seuls droits de la défense pourrait par ailleurs conduire à proposer des évolutions déconnectées des autres conditions posées par la loi, alors que les équilibres à trouver doivent être globalement cohérents, à chaque étape de la procédure.

Malgré le temps réduit imparti, le Syndicat de la magistrature s'est attaché à replacer le questionnement spécifique sur les droits de la défense dans le contexte des autres « variables » fondamentales ayant un impact sur les équilibres de la procédure. Les éléments structurels (statut du parquet, moyens, organisation de la police judiciaire, modalité d'interventions du JLD, périmètre du TTR) extérieurs aux dispositions précises du code de procédure pénale relatives à l'enquête préliminaire seront ainsi évoqués dans une première partie (I).

Alors que ces pré-requis essentiels pour la conduite des enquêtes n'existent toujours pas, le législateur n'a cessé de faire évoluer les dispositions du code de procédure pénale, pour permettre, pendant l'enquête de flagrance et préliminaire, des actes de plus en plus coercitifs et intrusifs sous le contrôle du JLD, sans cohérence ni vision d'ensemble. Comme le préconisait déjà le rapport déposé par Jacques Beaume en 2014, c'est ainsi à une véritable remise à plat des conditions posées pour chaque acte d'enquête (autorité compétente, délai, voie de recours...) que devrait aujourd'hui se livrer le législateur. Le Syndicat de la magistrature a d'ailleurs esquissé des pistes de travail sur ce point. La réflexion sur les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire devrait ainsi avoir lieu à partir d'un examen minutieux des conditions à poser pour autoriser chaque type d'investigation, en fonction de son caractère plus ou moins attentatoire aux droits, le syndicat proposant dans cette perspective une fusion des enquêtes préliminaires et de flagrance et la création d'un régime spécifique d'actes d'enquête dont le champ serait limité aux réelles urgences (II).

En l'absence d'évolution sur les réformes structurelles nécessaires à la conduite des enquêtes préliminaires (I) et de remise en perspective globale des différents actes d'enquête et du niveau de garanties exigées pour procéder à chacun d'eux (II), il n'est pas envisageable de transposer l'ensemble des droits exercés pendant la procédure d'instruction à l'enquête préliminaire. Le développement des droits de la défense et du contradictoire pendant l'enquête préliminaire ne peut être plaqué sans référence à la cohérence globale de la procédure d'enquête, telle qu'elle existe par ailleurs à l'instruction, dans laquelle les droits de la défense sont d'ailleurs ouverts uniquement à compter du moment où des soupçons suffisamment précis sont portés à l'encontre de la ou des personnes visées par l'enquête. Les évolutions proposées tendent ainsi principalement à ouvrir des fenêtres permettant un contrôle juridictionnel de la durée de l'enquête préliminaire au regard des actes coercitifs ou intrusifs qui ont pu être conduits, et à proposer que les actes les plus attentatoires aux droits ne puissent être décidés que dans le cadre d'une instruction, seule procédure dans laquelle un contrôle juridictionnel par l'exercice de voies de recours peut être exercé sur eux avant l'audience (III).

Enfin, la dernière partie abordera les questions spécifiques posées par la commission concernant la protection du secret professionnel des avocats (IV).

I. Les pré-requis structurels à l'évolution des équilibres procéduraux

1 - Le statut du parquet

Le rapport sur la procédure pénale rendu par Jacques Beaume en 2014 débutait par ces mots : « *le groupe de réflexion a clairement fait connaître à Mme la Garde des Sceaux, que cette réflexion sur la répartition des pouvoirs de contrôle de l'enquête entre parquet et juge du siège ne pouvait utilement s'ouvrir, à la suite des récentes décisions européennes, qu'à l'unique condition préalable que la réforme, y compris constitutionnelle, du statut du parquet soit menée à son terme* ». Il se terminait par ces mots : la mission « *souhaite avec beaucoup d'insistance et de solennité, rappeler la nécessité absolue de la réforme constitutionnelle relative au statut du parquet, à défaut de laquelle une part très large de ses observations et de ses propositions deviendrait à court terme dénuée de toute pertinence* ».

Sept ans plus tard, aucune réforme constitutionnelle n'est intervenue, et la procédure pénale a été modifiée à de nombreuses reprises sans tenir compte de ce préalable que la mission avait posé comme une condition « absolue ».

Le Syndicat de la magistrature raisonnera ainsi en tenant compte du statut actuel des magistrats du parquet, les garanties de leur indépendance étant insuffisantes en raison notamment de leurs conditions de nomination, de leur régime disciplinaire et de l'absence de définition claire de l'articulation du principe hiérarchique interne au service avec l'autonomie des membres du parquet, reconnue par la Cour de cassation.

Cette situation est d'autant plus intenable et dangereuse au regard de la jurisprudence européenne qu'en parallèle, les pouvoirs du parquet n'ont cessé de s'accroître. La France est en effet aujourd'hui le pays européen dans lequel la distorsion entre l'importance des pouvoirs conférés au ministère public et la fragilité du statut est la plus élevée. Les autres pays ont, pour la plupart, fait un choix : là où le parquet détient d'importantes prérogatives attentatoires aux libertés publiques, son indépendance est entièrement garantie statutairement. À l'inverse, là où le ministère public est étroitement subordonné au pouvoir exécutif, ses pouvoirs sont drastiquement limités.

Mireille Delmas-Marty, dans une tribune publiée en 2009 intitulée « Le parquet, enjeu de la réforme pénale », soulignait déjà ce déséquilibre en indiquant que « *les pouvoirs du parquet (s'étaient) considérablement développés, aggravant la confusion des pouvoirs, car le parquet jou(ait) tantôt le rôle d'un juge d'instruction, tantôt, par le jeu des alternatives aux poursuites et des procédures simplifiées, celui d'une quasi juridiction de jugement* », et que, « *malgré cette extension de ses pouvoirs, les garanties statutaires du parquet (n'avaient) guère progressé* ». Cette situation, totalement atypique en Europe, ne peut perdurer.

La nomination et la gestion de la carrière de l'ensemble des magistrats du siège et du parquet devra donc être confiée à un CSM rénové, notamment quant aux modalités de désignation de ses membres extérieurs, auquel seraient rattachés les services qui

constituent actuellement la sous-direction de la magistrature. A tout le moins, les conditions de nomination des magistrats du parquet devront être alignées sur celles prévalant pour le siège, ce que ne prévoit même pas l'actuel projet de réforme constitutionnelle, qui laisse la nomination des chefs de parquet à l'initiative de l'exécutif.

S'agissant du disciplinaire, la formation parquet devra statuer comme conseil de discipline. Le CSM devra se voir rattacher l'Inspection générale des services judiciaires pour que la procédure disciplinaire respecte de bout en bout les principes du contradictoire et les droits de la défense et ne puisse plus être utilisée comme moyen de pression sur les magistrats.

Il est par ailleurs urgent de consacrer le principe de l'inamovibilité des magistrats du parquet, afin qu'il soit mis fin à la pratique des mutations d'office.

L'autonomie de décision des magistrats du parquet devra par ailleurs être protégée par une réorganisation des parquets permettant la mise en place de mécanismes objectifs d'attribution des services et des dossiers, l'Inspection générale de la Justice (IGJ) ayant elle-même préconisé cette réflexion dans son rapport sur l'attractivité des fonctions de magistrat du ministère public rendu en octobre 2018.

Dans ces conditions, à supposer qu'il serait, matériellement et au regard du flux de procédures traitées par le parquet, envisageable et souhaitable d'introduire dans l'enquête dirigée par le parquet les dispositions existant à l'instruction pour garantir les droits de la défense et le contradictoire, il ne serait pas possible de considérer que ces procédures apportent le même niveau de garantie, en l'état du statut des magistrats du parquet, qui est par ailleurs autorité de poursuite.

C'est une des raisons pour lesquelles la question de la progression et du renforcement des droits de la défense pendant l'enquête menée par le parquet est indissociable d'une réflexion concernant les actes d'enquête qui, par leur caractère particulièrement attentatoire aux droits, ne doivent être autorisés qu'au cours d'une instruction, et ce, à plus forte raison, en l'état des modes d'organisation actuels des parquets et des JLD, et des moyens dont ils disposent pour remplir leurs missions.

2 - La nécessaire augmentation du nombre de greffiers et magistrats

Il est bien évident que la durée généralement excessive des enquêtes, à laquelle le garde des Sceaux demande à la commission de répondre par des propositions procédurales, résulte principalement d'un nombre de magistrats et de greffiers insuffisant pour traiter les affaires. Il convient à cet égard de rappeler que le budget de la justice française est très en deçà de celui de ses voisins européens.

L'édition 2020 du rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), portant sur les données de l'année 2018, décrit le système judiciaire français comme l'un des plus mal dotés parmi les Etats du Conseil de l'Europe, tant en termes de budget consacré à la justice que d'effectifs de magistrats.

En 2018, la France allouait 0,20% de son PIB au système judiciaire (comprenant le budget de fonctionnement des juridictions, du ministère public ainsi que l'aide judiciaire), bien en

dessous de la moyenne (0,33%) des 44 pays étudiés par la CEPEJ. Si l'on pourrait arguer que la situation a évolué depuis, il n'en est rien en réalité puisque le budget consacré en 2019 aux programmes services judiciaires et accès au droit, correspondant peu ou prou à ce qui est étudié par la CEPEJ dans la catégorie « systèmes judiciaires », s'élevait au total à 4,02 milliards d'euros, soit 0,16 % du PIB de 2019 (qui était de 2,425 milliards d'euros selon l'INSEE).

Par ailleurs, en 2018, la justice française comptait 10,9 juges professionnels, 3 procureurs et magistrats et 34,1 « personnels non juges » pour 100 000 habitants, là encore très en deçà de la médiane européenne (respectivement 17,7, 11,2 et 60,9). En tout état de cause, alors que le chiffre de créations d'emplois pour l'année 2020 était présenté comme un effort considérable, nous avons relevé qu'au rythme de 100 créations de postes de magistrats par an, il faudrait plus d'un siècle à la France pour rejoindre la médiane des Etats du Conseil de l'Europe. Or cette année, les créations de postes de magistrats ne seront que de 50, ce qui ralentit encore le rattrapage attendu.

Chaque année, le Syndicat de la magistrature a pu revendiquer d'être associé à l'élaboration de la circulaire de localisation des emplois, document établi par la chancellerie et qui devrait correspondre non pas au nombre de postes budgétés mais aux besoins des juridictions. En pratique, les syndicats ne sont pas sollicités au moment des dialogues de gestion mais de manière séparée, sans disposer de l'ensemble des données nécessaires pour rendre un avis utile.

La Cour des comptes a, dans son rapport du mois de décembre 2018 proposant une approche méthodologique des coûts de la justice, fustigé l'incapacité de la direction des services judiciaires (DSJ) à objectiver les besoins d'emploi des juridictions, la circulaire de localisation des emplois n'apparaissant pas un outil pertinent. La Cour a pu même aller jusqu'à questionner l'existence même de cette circulaire de localisation des emplois, celle-ci ne reflétant ni les besoins des juridictions, ni la réalité des plafonds d'emplois autorisés, lesquels ne sont d'ailleurs jamais atteints, la DSJ ne semblant pas parvenir à prévoir de manière fine les entrées et les sorties. S'appuyant sur ce rapport, la DSJ s'est donc attachée à progressivement permettre une correspondance entre la circulaire de localisation des emplois et les plafonds d'emplois autorisés, ce qui n'a en rien résolu la question de l'objectivation des besoins.

Ainsi, les besoins sont chaque année largement sous évalués et, depuis le début du quinquennat jusqu'à l'an dernier, la politique a été de ne pas augmenter le nombre de postes localisés, en dépit des besoins exprimés, et ce pour ne pas mettre en évidence l'écart criant entre les besoins réels des juridictions et les plafonds d'emplois autorisés et éviter, dit-on, d'aggraver le phénomène de turn-over dans les juridictions. Ce n'est qu'en 2020 que la circulaire de localisation des emplois de magistrats a été revue à la hausse (+118 postes uniquement, soit bien moins que nécessaire), ce qui n'a pas été le cas en revanche de la circulaire de localisation des emplois du greffe, qui diminue toujours d'année en année.

Parallèlement, malgré des travaux en cours depuis maintenant plusieurs années, la DSJ n'a pour le moment abouti à aucun référentiel pour évaluer la charge de travail des magistrats et l'activité des juridictions. Ce n'est que sous l'impulsion de ce rapport de la Cour des comptes que des travaux en ce sens ont été relancés à l'été 2019, initialement sur une

méthodologie que les syndicats et associations professionnelles de magistrats ont unanimement dénoncée, qui consistait à avaliser et légèrement actualiser les chiffres retenus, mais jamais officialisés, en 2014, en dépit des évolutions notables pour l'ensemble des fonctions depuis lors (à commencer par l'extension des attributions des juges des libertés et de la détention, fonction d'ailleurs non étudiée spécifiquement en 2014 puisqu'elle n'existait pas en tant que telle, ou encore la création des juges des contentieux de la protection). Depuis le début de l'année 2020, nos revendications ont pu être entendues et des travaux sérieux ont débuté, malheureusement rapidement interrompus du fait de la crise sanitaire. Nous espérons que ces travaux puissent reprendre à un rythme soutenu mais craignons d'ores et déjà, si la direction des services judiciaires n'y met pas les moyens, que ceux-ci n'aboutissent pas à temps pour l'élaboration de la prochaine planification quinquennale du budget.

Dans l'attente, il n'existe ainsi aucun référentiel à ce jour validé par la chancellerie pour le parquet, malgré l'existence d'un rapport rendu par un groupe de travail en 2018 qui listait de manière exhaustive les tâches des magistrats du parquet et le temps nécessaire à leur accomplissement. Le rapport précité de l'IGJ, rendu en octobre 2018, rappelle opportunément que les référentiels élaborés dans ce rapport doivent servir d'outil de travail pour la DSJ afin d'évaluer les besoins réels des juridictions. Le parquet présente en effet une situation spécifique en matière de moyens humains. Si le siège connaît une situation extrêmement dégradée, avec un nombre de magistrats pour 100 000 habitants un peu moins de deux fois inférieur à la moyenne des Etats de l'Union européenne, sa position apparaît enviable en comparaison de celle du parquet, qui ne peut compter que trois magistrats pour 100 000 habitants soit près de quatre fois moins que la moyenne des Etats de l'Union européenne.

Pour la fonction JLD, il n'existe tout simplement aucun référentiel permettant de répertorier leurs tâches, qui se sont développées et diversifiées de manière considérable ces dernières années. Cela signifie que, aussi bien pour le parquet que pour le JLD, toutes les évolutions législatives réalisées ces dernières années ont eu lieu sans que la chancellerie soit en mesure de fournir au législateur une étude d'impact sérieuse, permettant d'évaluer le nombre de magistrats nécessaires pour mener à bien de nouvelles missions. En l'occurrence, si votre commission décidait de confier aux JLD de nouvelles prérogatives dans le cadre d'un examen des dossiers d'enquête préliminaire, il y a fort à parier que, comme précédemment, le nombre de magistrats supplémentaires nécessaires pour remplir ces nouvelles tâches ne sera ni évalué, ni porté dans la circulaire de localisation des emplois : prévoir des évolutions procédurales à moyens constants relativise ainsi grandement l'intérêt de ces garanties, qui risquent de rester principalement formelles.

L'enquête sur la charge de travail des magistrats que le Syndicat de la magistrature a réalisée au cours de l'année 2019, « l'envers du décor », objective de manière criante une sous-évaluation chronique des besoins en personnel et en matériel des juridictions, au point d'ailleurs de créer une réelle souffrance chez les personnels des services judiciaires (http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/l_envers_du_decor.pdf).

Des constats encore plus pessimistes doivent être faits concernant les services de greffe. En effet, ceux-ci sont exsangues dans la très grande majorité des juridictions et le taux de vacance des emplois reste encore important, la DSJ n'étant pas prête de la résorber,

puisqu'elle met en oeuvre chaque année une politique de réduction de la circulaire de localisation des emplois, comme si le fait de casser le thermomètre pouvait suffire à faire tomber la fièvre. Ainsi, sur la circulaire de localisation des emplois de 2020, ce sont pas moins de 127 emplois localisés (mais certes non pourvus) qui ont été supprimés. En 2021, la création de 130 emplois de greffiers et directeurs de greffe, annoncée par le ministre lors de sa présentation du budget 2021 aux syndicats du ministère, ne suffira pourtant toujours pas à résorber la vacance de postes malgré ces tours de passe-passe, et ce d'autant plus qu'une part de ces créations résulte en réalité de la poursuite du transfert d'agents du ministère de la santé et des solidarités vers le ministère de la justice dans le cadre de la transformation des TASS et TCI en Pôles sociaux.

Dans ce contexte, alors qu'une garantie procédurale essentielle à tous les stades de la procédure est la collégialité, elle ne fait que reculer dans les réformes successivement entreprises.

S'agissant de l'instruction, la loi du 5 mars 2007, votée à l'unanimité après le traumatisme de l'affaire dite « d'Outreau », a instauré la collégialité de l'instruction en prévoyant que chaque information judiciaire devait être suivie par trois juges d'instruction. Elle n'a cependant jamais été mise en place, et a fait l'objet de reports successifs que nous avons vivement critiqués.

Il conviendrait de mettre en place une collégialité de l'instruction valable pour toute la procédure, obligatoire pour les infractions les plus graves, et facultative pour les autres, et de supprimer les co-saisines, afin d'éviter de rendre définitivement illisible un système judiciaire déjà complexe. Il est également possible d'engager une réflexion sur les actes relevant obligatoirement de la collégialité, et ceux pouvant être accomplis par un seul des juges d'instruction saisis.

En parallèle, il est indispensable d'engager une réflexion similaire pour le JLD, les décisions qu'il est amené à prendre seul étant parmi les plus attentatoires aux libertés.

3 - La constitution de cabinets de JLD

Au regard de l'importance de ses attributions, et dans la perspective d'un élargissement de ses prérogatives, il est indispensable que le JLD se voie confier les dossiers à la manière d'un juge de cabinet, afin de consacrer les conditions d'une véritable indépendance vis-à-vis des acteurs de l'enquête, et d'assurer ainsi un contrôle réel et efficace des investigations. Le risque d'en faire un juge « alibi », pointé par la CNCDH dans un avis de 2010, serait ainsi écarté : *« Isolé, avec un contentieux hétérogène, sollicité en urgence et de façon intermittente, il risque de n'avoir qu'une vision incomplète, fragmentée et superficielle du dossier et de n'avoir, en pratique, qu'un accès limité au dossier de la procédure. Le juge de l'enquête et des libertés sera donc contraint le plus souvent à ne faire qu'enregistrer les actes du parquet »* (Avis de la CNCDH sur « L'indépendance de la justice » en 2010).

Et bien sûr, il faudra renforcer significativement les moyens consacrés aux JLD pour qu'ils puissent exercer pleinement leur rôle.

4 - La redéfinition du périmètre du traitement en temps réel (TTR) et la mise en oeuvre des préconisations du rapport de l'IGJ en octobre 2018 sur l'attractivité des fonctions de magistrat du ministère public

Le rapport précité de l'Inspection générale de la Justice sur l'attractivité des fonctions du ministère public, rendu en octobre 2018, comporte, outre le rappel de la nécessaire évolution du statut des magistrats du parquet une analyse très juste et des recommandations précieuses, notamment sur l'organisation des parquets et le mode de traitement des enquêtes.

Sous le titre « une mise en oeuvre de l'action publique insatisfaisante », l'Inspection décrit « un modèle en crise », mettant en parallèle le délaissement de certains contentieux (civils et commerciaux notamment) ou certains partenariats et la place démesurée prise par un traitement en temps réel « à bout de souffle ». La critique du TTR est sévère, les effets en sont très justement décrits : « *l'action publique définie par le procureur de la République est de plus en plus difficile à maîtriser. Les parquets subissent les appels des services enquêteurs plus qu'ils ne dirigent et orientent les investigations* », la « *possibilité de réponse immédiate même aux affaires les moins graves et aux contentieux de masse (...) pose la question du sens d'une réponse quasi-systématique* » et la charge de travail à la permanence rend la mission de contrôle de la qualité des procédures et du travail de la police judiciaire « *particulièrement compliquée* ». Les correctifs organisationnels successifs n'ont pas permis d'endiguer ces évolutions délétères. L'IGJ préconise ainsi de redéfinir le périmètre d'activité et les modalités de mise en oeuvre du traitement en temps réel. Le rapport ajoute au constat celui de l'inflation législative en matière pénale et de l'accroissement des pouvoirs du parquet qui « *assume seul plus de 98% des enquêtes pénales avant tout jugement et 41 % des réponses sans recours à un juge* », outre son rôle dans l'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Poursuivant ce constat très juste, le Syndicat de la magistrature estime indispensable que la réflexion porte tant sur l'organisation des parquets, la rupture avec un TTR maltraitant et qui affaiblit l'institution judiciaire, que sur les impasses d'une pénalisation à outrance, à la fois socialement inégalitaire, souvent inefficace - un puits sans fond pour les professionnels - et parfois contre-productive, comme c'est le cas en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Nous sommes enfin convaincus de l'urgence de revenir sur les missions de quasi-jugement dévolues aux magistrats du parquet pour ne conserver que ses fonctions traditionnelles : la direction d'enquête et la représentation de l'intérêt général dans les procédures.

La redéfinition du périmètre du TTR est donc nécessaire afin de permettre aux parquets de retrouver la maîtrise de la direction d'enquête, qui constitue une autre condition de la maîtrise des délais de l'enquête.

Constamment confronté à la nécessité de choisir entre bâcler et se noyer, le magistrat du parquet est contraint d'opérer des choix, qui se traduisent généralement par l'exercice de ses fonctions en « mode dégradé ». Le TTR devient trop souvent une machine folle dans

laquelle le magistrat est soumis au feu roulant des appels des enquêteurs, sommé d'accorder des autorisations ou d'opérer des choix de poursuite en quelques minutes, sur la seule foi d'un compte rendu oral sommaire. Le fait de se faire communiquer par courriel les pièces essentielles de la procédure, démarche qui devrait être une modalité habituelle de travail, finit par être considéré comme un luxe à réserver aux dossiers les plus sensibles ou les plus complexes.

Dans le traitement du courrier, qu'il soit physique ou électronique, la nécessité d'évacuer des flux entrants quotidiens massifs contraint également le magistrat, dans le cadre de ce mode dégradé subi, à une lecture superficielle et à une réponse systématisée. Dans de nombreux services, une semaine de congés, une session de quelques jours de formation continue ou une délégation aux assises confrontent le magistrat à son retour à une masse physiquement spectaculaire de courrier, le flux constant ne se tarissant pas en son absence.

Dans les contentieux dans lesquels l'intervention active et approfondie du parquet n'est pas absolument impérative au suivi du cours de la procédure, le mode dégradé imposé par le sous-effectif conduit très souvent à une désertion de fait de secteurs pourtant essentiels. Ainsi, dans de nombreux parquets, un contrôle formel et superficiel est exercé dans des secteurs aussi essentiels que le service commercial, le service civil ou le contrôle des lieux d'enfermement.

Il convient ainsi d'engager une révision de la doctrine d'emploi du TTR, dont la généralisation actuelle et l'emballlement sont les facteurs d'une justice de mauvaise qualité, d'un contrôle insuffisant sur les enquêtes et de conditions de travail dégradées. Le traitement en temps réel doit être réservé aux situations qui présentent une urgence caractérisée. Les autres procédures doivent donner lieu à un traitement permettant un examen du dossier, transmis le cas échéant par la voie électronique. Cette dichotomie, c'est du gagnant-gagnant : d'un côté, les procédures ne seront pas traitées de manière industrielle et seront envisagées de façon plus apaisées, sans la pression de la masse des appels avec une appréciation centrée sur les spécificités propres aux enquêtes respectives ; de l'autre, le contrôle des droits des parties et de la régularité des procédures pourra être effectif de même que les échanges avec les enquêteurs plus nourris et plus respectueux des attentes de chacun.

Sur ce point comme sur les autres préconisations de l'IGJ précitées, la chancellerie ne s'est pas saisie de ce rapport pour engager une véritable réforme de l'organisation des parquets. De nos demandes répétées auprès de la précédente garde des Sceaux, et notre entretien avec l'inspecteur chargé du suivi du rapport, il ressort que seules cinq préconisations de l'IGJ ont été retenues, laissant de côté la plus grosse part des recommandations effectuées. L'évolution de l'enquête préliminaire ne peut cependant avoir lieu en modifiant le code de procédure pénale sans toucher à ces questions de fond qui demeurent, à ce stade, irrésolues.

5 - Le nécessaire rattachement de la police judiciaire à l'autorité judiciaire

La question des relations avec les services enquêteurs constitue également un élément fort de dégradation des conditions d'exercice des fonctions de magistrat du ministère public.

Le magistrat du parquet est confronté, tant au TTR que dans le cadre du suivi d'enquêtes au plus long cours, à une absence de maîtrise sur l'activité de la police judiciaire. S'il est censé diriger l'activité judiciaire de la police, il n'a aucune prise sur l'allocation de ses moyens et la définition de ses priorités. Il n'est que très difficilement en mesure de passer outre la réticence des services enquêteurs à s'investir dans un dossier ou dans un contentieux.

Par ailleurs, du fait de l'organisation actuelle des services enquêteurs de proximité dévalorisant l'activité judiciaire, le magistrat du parquet se retrouve contraint d'exercer, en plus de ses fonctions propres, des fonctions qui sont désinvesties par la hiérarchie intermédiaire de la police et de la gendarmerie. Paradoxalement, alors qu'il n'a aucune maîtrise fonctionnelle véritable sur les officiers de police judiciaire, il doit parfois donner les orientations d'enquête les plus évidentes et contrôler la réalisation des actes d'enquêtes les plus basiques, pour ne pas se voir retourner des procédures incomplètes. A cet égard, il n'est pas anecdotique de constater qu'il n'existe quasiment plus de "procéduriers" dans les services de police, à savoir des enquêteurs plus spécifiquement chargés de mettre en état et d'articuler la procédure et de vérifier au fil des investigations leur régularité, tâches qui ne sont d'ailleurs pas sans conséquence sur les stratégies à privilégier au gré de l'enquête.

Enfin, dans les affaires sensibles, la conduite indépendante des enquêtes peut être mise à mal par le contrôle que le pouvoir exécutif exerce sur les unités de police judiciaire. Il a aujourd'hui les moyens, en dehors de tout cadre procédural, d'orienter les investigations, d'être informé de leur évolution avant même les magistrats ou encore d'affecter les moyens d'enquête au gré de ses intérêts. Il est ainsi arrivé que des juges d'instruction en charge de dossiers économiques et financiers soient privés d'assistance pendant les perquisitions...

L'ensemble de ces facteurs impose au magistrat du parquet des conditions de travail dégradées qui ne lui permettent pas de réaliser un travail de qualité et le conduisent à se sentir responsable, voire à être considéré comme responsable, d'éléments sur lesquels il n'a de fait qu'une très faible prise. Le magistrat du parquet est confronté à la crainte constante de voir le traitement dégradé des procédures imposé par ses conditions de travail aboutir à un dysfonctionnement. Il doit assumer à l'audience des procédures dont il ne peut que constater la mauvaise qualité, sans avoir les moyens de faire mieux. Il doit rendre à sa hiérarchie et/ou au justiciable des comptes sur l'avancement de procédures sur lesquelles il a peu de moyens de passer outre l'inertie des services enquêteurs.

De manière structurelle, cette organisation conduit à ce que la politique pénale soit *in fine* conduite par le ministère de l'intérieur, en fonction des contentieux pour lesquels les interpellations sont prioritairement demandées, et de la répartition des enquêteurs dans les services, principalement au bénéfice de la lutte contre la délinquance de voie publique et au détriment de la criminalité économique et financière et organisée. Elle conduit aussi à une maîtrise toute relative des délais d'enquête, hors les cas où un bureau des enquêtes ou une section spécialisée ont pu être mises en place au sein du parquet, par la priorisation du traitement des flagrants délits au détriment du suivi des enquêtes complexes et de leur durée.

Le Syndicat de la magistrat préconise ainsi le rattachement fonctionnel de la police judiciaire à l'autorité judiciaire, afin de donner aux magistrats du parquet une autorité effective sur la conduite d'une enquête judiciaire dont ils sont les responsables.

Les dernières réformes intervenues, notamment la loi de programmation et de réforme pour la justice du 23 mars 2019, ont au contraire signé la volonté de relâcher encore le contrôle du parquet sur la police judiciaire.

La mise en place par cette loi d'une habilitation unique en qualité d'officier de police judiciaire, délivrée de manière définitive au moment de l'entrée en fonction a pour effet de retirer à l'autorité judiciaire l'une de ses principales modalités de contrôle et de surveillance de la police judiciaire. De manière très symptomatique de sa logique générale, le projet de loi répond à l'engorgement de certains parquets généraux dans l'exercice de cette mission, non pas par l'allocation des moyens nécessaires, mais par l'organisation du rationnement et le sacrifice d'une mission essentielle.

Cette disposition renforce encore le poids déjà largement disproportionné de la hiérarchie administrative sur les missions de police judiciaire.

De même, alors que la réalisation d'actes d'enquête sur l'ensemble du territoire national nécessitait une autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, la loi du 23 mars 2019 prévoit de se contenter d'une simple information. On sait quelle forme peut prendre la simple information du parquet, à laquelle il sera satisfait par le simple envoi d'un mail rapidement classé dans la procédure. Ce changement, conduit en cohérence totale avec la philosophie générale de la loi, vise à amoindrir le contrôle du magistrat sur l'enquête. La demande d'autorisation impliquait que l'officier de police judiciaire rende compte de l'avancée de l'enquête auprès du magistrat. Cette exigence procédurale posait un jalon pour le suivi des enquêtes par l'autorité judiciaire, et sa suppression tend à consacrer un affaiblissement de celle-ci dans la direction des enquêtes.

II. Une nécessaire réflexion d'ensemble sur les équilibres de la procédure pénale et leur cohérence, incluant les enquêtes de flagrance, préliminaire, et l'instruction

1 - Un travail dont la nécessité a déjà été soulignée

Le travail sur les équilibres de la procédure pénale ne peut faire l'économie d'une remise à plat, pour chaque acte d'enquête coercitif ou qui correspond à une intrusion dans la vie privée, du contrôle réalisé par l'autorité judiciaire, de ses modalités, et des éventuelles voies de recours. Cela passe par une nécessaire réflexion sur le cadre juridique des enquêtes et l'articulation des rôles entre enquêteurs, procureurs et magistrats du siège.

La cohérence d'ensemble des dispositions sur ce point est en effet devenue parfaitement illisible au gré des réformes confiant de plus en plus de prérogatives au parquet.

Dans ces conditions, ouvrir ponctuellement le contradictoire et permettre l'exercice des droits de la défense sans mener parallèlement cette réflexion reviendrait à appliquer un

pansement sur une jambe de bois, ou encore, si le respect des équilibres de l'enquête à chaque stade de la procédure n'était pas interrogé, à introduire des dispositions nuisant à l'enquête.

La mission ayant rédigé le rapport Beaume appelait déjà de ses vœux un tel travail en... 2014, tout en indiquant ne pas avoir matériellement le temps de le faire dans le délai qui lui était imparti pour rendre ses conclusions.

Sans proposer à ce stade, et dans les délais contraints qui nous sont imposés, une analyse de chaque mesure, le Syndicat de la magistrature a identifié des pistes de réflexion dans le cadre d'une unification des régimes d'enquête de flagrance et d'enquête préliminaire, ainsi que par le biais du retour de certaines mesures dans le seul régime de l'instruction (cf, pour ces dernières mesures partie IV).

2 - La fusion des régimes de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire

La question se pose en effet de la pertinence du maintien de la distinction actuelle entre enquête préliminaire et enquête de flagrance, dont il faut rappeler que les réformes successives ont augmenté la durée, provoquant un nouveau déséquilibre dans l'enquête entre efficacité et droits fondamentaux.

On oppose traditionnellement l'enquête préliminaire, au domaine d'application large et au régime non coercitif, à l'enquête de flagrance, au domaine d'application restreint et au régime coercitif. Le régime de l'enquête de flagrance confère aux enquêteurs un pouvoir étendu permettant la réalisation de mesures coercitives dans un cadre juridique moins contrôlé (arrestation sans autorisation judiciaire préalable, possibilité de perquisition sans autorisation judiciaire préalable et sans assentiment de la personne concernée, délivrance de réquisitions sans autorisation judiciaire préalable...) lorsqu'un crime ou un délit est constaté dans un temps très voisin de l'action. L'émergence des procédures d'enquête dérogatoires a largement nuancé cette distinction, de même que les possibilités ouvertes, même dans le cadre de l'enquête préliminaire de « droit commun », de procéder à certains actes sans l'assentiment des personnes, par exemple des perquisitions, visites domiciliaires, saisies. Dans le même ordre d'idée, l'extension de la coercition dans le domaine de l'enquête préliminaire a été accrue par la possibilité ouverte par l'article 78 de contraindre les personnes à comparaître par la force publique, avec l'autorisation du procureur de la République, non seulement en cas d'absence à une convocation mais également lorsqu'« on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation ».

Finalement, l'enquête préliminaire s'est peu à peu rapprochée de l'enquête de flagrance, à la seule différence – qui n'est pas anodine dans la réflexion actuelle – que certains actes coercitifs sont subordonnés en préliminaire à l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

Au regard de ces évolutions, on peut envisager d'unifier le régime de l'enquête. Le respect d'un équilibre entre libertés individuelles et efficacité de l'enquête commande alors d'étendre le champ des actes dans lesquels une autorisation doit être donnée par le

procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention (selon le degré d'urgence et/ou d'autonomie statutaire du ministère public).

Il existerait ainsi un seul régime d'enquête : un régime « unifié » dont le cadre se rapprocherait de celui de l'enquête préliminaire mais qui serait assorti d'exceptions en cas d'urgence caractérisée. La notion d'urgence pourrait être définie, en s'inspirant de la directive du 22 octobre 2013 relative au « droit d'accès à un avocat » comme la nécessité de « prévenir des atteintes graves à la vie, à la liberté ou à l'intégrité d'une personne », ou comme la nécessité « d'agir immédiatement pour éviter qu'une enquête ne soit sérieusement compromise par la destruction ou l'altération de preuves, l'interférence avec des témoins ». L'hypothèse de l'urgence serait donc plus restreinte que la notion de flagrance, laquelle a sans cesse ces dernières années été galvaudée à force d'être étendue et renforcée au détriment d'un juste équilibre des droits des parties.

C'est une évolution inverse qu'ont voulu, en 2019, le législateur et le gouvernement. En effet, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi du 23 mars 2019 visant à étendre encore dans le temps le régime de la flagrance.

Les délais actuels de l'enquête de flagrance, tels qu'ils résultent de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, excèdent très largement la notion d'intervention immédiate en urgence, la flagrance pouvant se prolonger pendant une durée de 8 jours, renouvelable pour une nouvelle durée de 8 jours par décision du procureur de la République lorsque les investigations sur un crime ou un délit puni de 5 ans d'emprisonnement le justifient.

Alors qu'à tout le moins, à défaut de fusion des régimes d'enquête, une réflexion sur la restriction de ce régime dérogatoire à une durée strictement limitée à l'urgence serait nécessaire, le projet de loi prévoyait au contraire son extension et sa banalisation par une extension de la durée de la flagrance à 16 jours lorsque la procédure porte sur un crime de droit commun ou sur une infraction prévue par les articles 706-73 et 706-73-1 CPP (criminalité organisée), et par l'extension de la possibilité de prolongation à l'ensemble des infractions punies de 3 ans d'emprisonnement. Le Syndicat de la magistrature s'est opposé, y compris dans la contribution qu'il a adressé au Conseil constitutionnel, à ces dispositions qui étendent au-delà de toute nécessité un régime qui réduit sensiblement le contrôle de l'autorité judiciaire sur les atteintes aux libertés individuelles.

Dans ces conditions, et indépendamment des raisons ponctuelles qui ont conduit le garde des Sceaux à saisir votre commission d'un seul sujet, celui des droits de la défense, dans celui plus global des équilibres de la procédure pénale, il apparaît nécessaire que l'analyse de la commission ne fasse pas l'économie d'un examen méthodique des différentes techniques d'enquête et de leur cadre.

Pour donner un exemple, la décision de placement en garde à vue revient actuellement à l'officier de police judiciaire, sous le contrôle du procureur qui peut lever la mesure à tout moment. Pourtant, cet acte d'enquête parmi les plus attentatoires aux libertés ne fait bien souvent pas l'objet, en raison de la charge de la permanence, d'un contrôle par le parquet avant le premier compte rendu de l'OPIJ, soit après plusieurs heures, voire à la fin de la première période de la garde à vue. L'information du procureur de la République dans

l'heure de la garde à vue est en effet généralement réalisée, sauf cas particulier, par mail. Il est permis de questionner les raisons pour lesquelles la validation de cet acte d'enquête par le parquet a lieu *a posteriori*, et dans les faits relativement tardivement, au regard de son caractère coercitif, et du rôle de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle. Il pourrait ainsi être envisagé de confier la décision sur la garde à vue au procureur, d'autant que l'article 75-2 du code de procédure pénale prévoit déjà que l'OPJ avise le parquet dès lors dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée. Une procédure particulière pourrait être prévue en cas d'interpellation dans des cas urgents (défini comme précédemment), avec une validation par le parquet dans un délai à déterminer après compte rendu de l'affaire par l'OPJ.

III. Les propositions sur le sujet précis des droits de la défense pendant l'enquête

1 - Le principe de la contradiction dans le droit positif selon les différents régimes d'enquête

Un principe explicatif traditionnellement mis en avant est celui de la distinction de la phase d'enquête, soumise au magistrat, avec la phase juridictionnelle, soumise au contradictoire. Par définition, certains actes d'enquête ne peuvent en effet être soumis au contradictoire alors qu'ils ne peuvent avoir une efficacité que s'ils sont ignorés par la personne visée ou si elle n'en est pas préalablement avisée (écoutes téléphoniques, perquisition...).

Par ailleurs, on oppose traditionnellement l'instruction, contradictoire, avec l'enquête préliminaire, qui ne l'est pas ou quasiment pas, des dispositions permettant, dans des conditions limitées, un accès au dossier de l'enquête préliminaire ayant été introduites par la loi du 3 juin 2016.

Ces présentations ne permettent cependant pas de saisir réellement dans quelles conditions est mis en oeuvre le principe de la contradiction dans le droit positif : à l'instruction, il existe une phase d'enquête secrète, si l'information est ouverte contre personne non dénommée, tant que des indices ne sont pas rassemblés contre une personne dans des conditions de nature à l'entendre sous le statut de témoin assisté ou à la mettre en examen.

A partir du moment où une personne est mise en examen, elle dispose de toute la panoplie offerte par le principe de la contradiction, notamment pour faire des demandes d'acte, d'expertise, et peut par ailleurs exercer des recours juridictionnels contre les décisions du juge d'instruction portant sur l'enquête, ainsi que soumettre à la chambre de l'instruction la validité des actes d'enquêtes versés au dossier.

Cependant, même à ce stade, une partie de l'enquête demeure ou peut demeurer secrète pour le mis en examen et la partie civile, puisque les actes d'enquête en cours sont versés à la procédure une fois qu'un lot d'investigations a été réalisé. Les parties pourront néanmoins en prendre connaissance avant leur interrogatoire ou audition, une fois qu'ils auront été versés au dossier, mais pourront aussi être entendues pendant que ces actes sont menés et alors qu'elles n'en n'ont pas connaissance.

Ainsi, pendant la procédure d'instruction, le principe de la contradiction est mis en oeuvre selon un équilibre permettant la poursuite des investigations de manière effective, et, surtout, il ne l'est véritablement à l'égard de la personne visée par l'enquête qu'à compter du moment où des indices graves ou concordants existent contre elle. C'est aussi ce qui justifie que lorsque l'instruction est ouverte contre personne dénommée, y compris si elle n'a jamais fait l'objet d'une garde à vue, elle ne peut être entendue par le juge d'instruction que sous le statut de témoin assisté ou en vue de sa mise en examen, ce qui ouvre l'accès à la procédure et à l'exercice de droits, d'ailleurs bien plus restreints dans le premier cas que dans le second. En revanche, pendant la phase préalable de recueil des preuves, et notamment la garde à vue de la personne, les droits de la défense ne sont pas différents pendant l'instruction que pendant une enquête préliminaire.

L'ouverture d'une information comporte cette différence fondamentale avec l'enquête préliminaire que les actes d'enquêtes versés au dossier, peuvent être soumis à un recours juridictionnel par les parties avant le jugement de l'affaire. Dans ce cadre, les actes d'enquête attentatoires aux droits éventuellement mis en oeuvre peuvent faire l'objet d'un contrôle de leur proportionnalité et de leur régularité soumis à la chambre de l'instruction.

Il convient ainsi d'avoir à l'esprit que l'étendue de l'exercice des droits de la défense pendant l'instruction dépend largement de la gravité des soupçons qui pèsent sur la personne. Ils ne dépendent en revanche d'aucun délai fixé de manière systématique, l'instruction étant susceptible de se poursuivre sans accès au dossier de la personne mise en cause pendant des mois voire des années, à deux correctifs près :

- le juge d'instruction ne peut entendre une personne sans lui octroyer le statut de témoin assisté ou de mis en examen lorsque les indices réunis contre elle le justifient ; ce principe peut être sanctionné par une nullité de procédure soulevée devant la chambre de l'instruction, et permet de ne pas repousser outre-mesure le moment de l'ouverture des droits de la défense ;
- le juge d'instruction doit prendre une ordonnance motivée justifiant la poursuite de l'information deux ans après son ouverture ; cette formalité n'est cependant assortie d'aucune sanction.

A partir de ces constats, il est possible de proposer des évolutions pour mieux assurer les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire.

2 - Faire progresser les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

L'article 77-2 du code de procédure pénale prévoit qu'un an après le début de l'enquête préliminaire, lorsqu'une garde à vue ou une audition libre a eu lieu, l'accès au dossier est ouvert à la personne qui le demande qui peut formuler des observations. Cette demande ouvre par la suite pour la personne un droit à une phase contradictoire pendant un mois, avec la possibilité de demander des actes, au moment où le procureur décide d'engager des poursuites.

Enfin, dans tous les cas, le parquet peut ouvrir l'accès au dossier et recueillir les observations et demandes d'actes de la personne pendant l'enquête préliminaire s'il le souhaite.

L'article 706-105, entré en vigueur au 1er janvier 2020, prévoit des dispositions spécifiques en matière de criminalité organisée :

Lorsque, au cours de l'enquête, il a été fait application des dispositions des articles 706-80 à 706-95, la personne ayant été placée en garde à vue six mois auparavant et qui n'a pas fait l'objet de poursuites peut interroger le procureur de la République dans le ressort duquel la garde à vue s'est déroulée sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à l'enquête. Cette demande est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Lorsque le procureur de la République décide de poursuivre l'enquête préliminaire et qu'il envisage de procéder à une nouvelle audition ou à un nouvel interrogatoire de la personne au cours de cette enquête, cette personne est informée, dans les deux mois suivant la réception de sa demande, qu'elle peut demander qu'un avocat désigné par elle ou commis d'office à sa demande par le bâtonnier puisse consulter le dossier de la procédure. Le dossier est alors mis à la disposition de l'avocat au plus tard dans un délai de quinze jours à compter de la demande et avant, le cas échéant, toute nouvelle audition ou tout nouvel interrogatoire de la personne.

Lorsque le procureur de la République a décidé de classer l'affaire en ce qui concerne la personne, il l'informe dans les deux mois suivant la réception de sa demande.

Dans les autres cas, le procureur de la République n'est pas tenu de répondre à la personne. Il en est de même lorsqu'il n'a pas été fait application des dispositions des articles 706-80 à 706-95 au cours de l'enquête.

Ainsi, le législateur ouvre un droit à la contradiction durant l'enquête préliminaire dont le régime dépend de la nature des infractions visées, selon qu'elles relèvent de la criminalité organisée ou pas. Prenant acte du fait que les techniques d'enquête permises sous le régime de la criminalité organisée sont plus attentatoires aux droits, la phase contradictoire est prévue dans un délai potentiellement moins long qu'en droit commun. Lorsqu'une victime a déposé plainte, l'exercice de ses droits par le mis en cause conduit le procureur de la République à lui ouvrir également l'accès au dossier et le droit de formuler des observations et demandes d'actes.

Ces dispositions appellent d'emblée deux objections. D'une part, il ne paraît pas équitable de subordonner l'accès au dossier de la procédure à la seule démarche de la personne visée par l'enquête, ce qui place les mis en cause dans une situation d'inégalité selon leur degré de connaissance de leurs droits. D'autre part, il apparaît insuffisant que l'ouverture de la contradiction reste placée sous l'égide du parquet, aucun juge du siège n'exerçant un contrôle préalable sur l'enquête avant l'audience de jugement.

S'il n'est pas question de placer le parquet sous la houlette d'un juge qui porterait une appréciation sur l'opportunité de conduire tel ou tel acte d'enquête, le procureur étant le directeur d'enquête dans les régimes préliminaires et de flagrance, il convient qu'un contrôle systématique puisse être exercé par un juge du siège pour déterminer, en fonction de la durée de l'enquête, du caractère coercitif ou intrusif des actes intervenus, et en fonction des charges qui pèsent sur la personne visée, si la continuation de l'enquête sous la forme préliminaire fait échec aux droits de la défense. Il s'avère que ce contrôle, qui n'aurait lieu qu'au regard de la protection des droits et libertés de la personne visée par l'enquête, entre parfaitement dans les attributions et le champ de compétence actuel du JLD.

Un tel contrôle serait de nature à permettre, non pas la réduction des durées moyennes des enquêtes, un tel objectif ne pouvant être atteint que par le recrutement de magistrats du parquet, du siège et d'enquêteurs (notamment dans les contentieux complexes et de manière cruciale en matière économique et financière) en nombre suffisant (cf infra, partie I), mais de vérifier que la poursuite de l'enquête préliminaire n'a pas pour conséquence d'empêcher la personne de faire valoir ses droits dans des délais raisonnables, en retardant son accès à la procédure.

Il serait ainsi totalement inadapté de prévoir des délais butoirs au-delà desquels l'enquête préliminaire ne pourrait se poursuivre, obligeant le procureur de la République à engager des poursuites ou à classer sans suite : la durée d'une enquête peut ne pas constituer, en soi, une atteinte aux droits. C'est notamment le cas lorsqu'aucune technique d'enquête coercitive ou intrusive n'a été employée, qu'il n'existe pas d'indice grave contre une personne, et que l'enquête se poursuit, même avec peu d'investigations en cours, afin de ne pas laisser se prescrire une infraction dont le procureur estime nécessaire de continuer à rechercher les auteurs et/ou à faire cesser le trouble engendré. Cette situation se retrouve d'ailleurs à l'instruction, notamment en cas d'homicide, lorsque l'auteur n'a pu être rapidement confondu. A cet égard, le caractère purement indicatif du délai prévu à l'article 75-1, fixé par le procureur à l'OPJ pour mettre en oeuvre l'enquête, ne doit pas être modifié. Il serait purement illusoire, en l'état des effectifs des magistrats, greffiers et enquêteurs, de penser pouvoir régler la question des délais de traitement des affaires par des délais contraints fixés par le code de procédure pénale, qui n'auraient par ailleurs, dans certains cas d'enquêtes « dormantes » pour des raisons légitimes, pas de sens.

Il apparaît en revanche qu'aucun recours juridictionnel n'est actuellement prévu pendant l'enquête préliminaire concernant la régularité de la procédure, les décisions du JLD dans ce cadre n'étant pas susceptible de recours. Devant le constat que l'instauration de tels possibilités de recours serait extrêmement lourde dans l'organisation actuelle des services du parquet et du JLD (cf infra, partie I), d'autant que la délivrance de copies de la procédure est rendue difficile, en l'absence de cotation, le Syndicat de la magistrature estime qu'un certain nombre d'actes d'enquêtes, les plus attentatoires aux droits, devraient ne pouvoir être mis en oeuvre qu'au cours d'une instruction, afin de permettre le contrôle de leur régularité avant l'audience. Le report du contrôle, par un juge du siège, de la régularité de l'enquête au moment de l'audience ne paraît en effet pas satisfaisant s'agissant de ces techniques d'enquêtes spécifiques. Tous les arguments développés par ailleurs dans la première partie (cf I. Les pré-requis) plaident en faveur d'un ré-aiguillage des dossiers les plus lourds, en terme d'atteintes aux droits, à l'instruction, en réservant les techniques d'enquête les plus attentatoire aux droits à l'instruction comme c'était le cas avant les lois Perben. Par ailleurs, le contrôle du JLD pendant l'enquête préliminaire permettra d'orienter la procédure vers une ouverture d'instruction si le JLD estime, au regard de la nature des actes d'enquête accomplis, que les droits permis par le principe du contradictoire doivent être ouverts.

Ces propositions, en l'absence d'instauration d'une phase contradictoire systématique ouverte à la fin de l'enquête préliminaire, doivent cependant être complétées par des propositions spécifiques pour les comparutions immédiates, et une attention particulière concernant les procédures de poursuite simplifiées et d'alternatives aux poursuites.

En effet, les dossiers examinés en comparution immédiates sont susceptibles d'échapper à l'examen systématique de la procédure après un certain délai par un JLD que nous proposons d'instaurer, beaucoup de procédures orientées en CI étant terminées dans des délais très courts après la commission des faits. Le Syndicat de la magistrature revendique depuis longtemps que cette procédure, peu respectueuse des droits de la défense et des victimes, et grande pourvoyeuse de peines d'emprisonnement trop rapidement prononcées, ainsi que la CRPC sur déferrement, soient supprimées : une juridiction collégiale pourrait être saisie en urgence par le parquet, à charge pour elle, à l'issue d'une audience de mise en état, de valider ou de modifier l'orientation rapide retenue par le parquet, d'ordonner le cas échéant un supplément d'information, de fixer la date de l'audience de jugement et de statuer sur une éventuelle mesure de sûreté dans l'attente de son jugement. Dans le cadre de cette mise en état, les éventuelles nullités de procédure pourraient ainsi être examinées par la formation collégiale.

Concernant les procédures simplifiées et les alternatives aux poursuites, elles ne seront tout simplement jamais portées devant un juge susceptible de statuer sur les nullités de procédure, alors même que les réformes successives, et notamment la loi du 23 mars 2019, ainsi que la proposition de loi pour la justice de proximité n'ont cessé d'élargir les peines susceptibles d'être prononcées dans le cadre des procédures simplifiées, et les quasi peines qui tiennent aujourd'hui lieu de mesures alternatives. Le Syndicat de la magistrature s'il est favorable à la possibilité pour le parquet de décider de mesures alternatives aux poursuites, dans une perspective de décroissance pénale et carcérale, est en revanche totalement opposé au mouvement qui s'intensifie ces dernières années consistant à transformer la décision judiciaire en ersatz dans le but d'atteindre le graal d'une réponse pénale à 100%. Les mesures alternatives aux poursuites figurant à l'article 41-1 du CPP et surtout celles prévues dans la proposition de loi sur la justice de proximité, qui est soutenue par le gouvernement, n'ont rien d'anodin : interdiction d'aller dans certains lieux, abondamment utilisée lors des interpellations de manifestants ces derniers mois, interdiction d'entrer en contact avec la victime, 3500 euros de contribution citoyenne etc... Le Syndicat de la magistrature s'est opposé à l'extension sans fin des mesures susceptibles d'être prononcées dans le cadre de ces procédures alternatives aux poursuites et simplifiées. L'absence de contrôle, à aucun moment, de la régularité de la procédure par un juge du siège est un argument supplémentaire pour mettre un terme à cette prolifération.

Au regard de l'ensemble de ces observations, le Syndicat de la magistrature formule les propositions suivantes :

A - Instaurer un examen systématique de la procédure d'enquête préliminaire par un JLD un an après l'ouverture de l'enquête, puis tous les ans et, dans le cas où une audition libre, une garde à vue (cas de l'actuel article 77-2 du CPP), un acte d'enquête avec autorisation du JLD, ont eu lieu, six mois au maximum après ces actes : le JLD pourrait autoriser la prolongation de l'enquête préliminaire, et s'il ne le fait pas, le parquet devrait alors, dans le délai d'un mois, soit ouvrir une information judiciaire, soit prendre une décision sur l'action publique. Le JLD pourrait motiver sa décision de refus d'autoriser la poursuite de l'enquête préliminaire par la nécessité que l'enquête se poursuive sous la forme d'une instruction, en s'appuyant notamment sur la nécessité de permettre l'exercice des droits de la défense dans

le cadre protecteur de l’instruction (recours juridictionnel sur les nullités de procédure, accès au dossier, demandes d’actes...), et/ou sur le constat qu’il existe, d’ores et déjà, des indices contre la personne justifiant qu’il puisse faire usage des droits de la défense. Le parquet demeurerait cependant libre de classer l’affaire sans suite ou d’engager des poursuites ou alternatives aux poursuites. Cette analyse de proportionnalité réalisée par le JLD ne préjugera en rien de ce qui sera décidé ensuite, le cas échéant, par le juge d’instruction, lequel conservera toute sa latitude d’action mais sur la base d’une procédure consolidée par ce double-regard.

Dans le cas où le JLD autorise la poursuite de l’enquête préliminaire, il pourra décider que le parquet doit mettre le dossier à la disposition de la personne mise en cause, si celle-ci a déjà fait l’objet d’une audition. Les droits actuellement prévus par l’article 77-2 (notamment pour la fin de l’enquête) seraient dans ce cas de figure ouverts à la personne visée et au plaignant.

Il convient d’estimer à sa juste mesure la charge qui résulterait d’un tel contrôle pour les magistrats du parquet (qui devront tenir à jour un calendrier des enquêtes préliminaires en cours) et surtout pour les JLD. Ce constat ne fait que rendre plus urgent encore la nécessité d’élaborer les référentiels sur la charge de travail de ces magistrats, afin de pouvoir évaluer l’impact que représenterait cette charge nouvelle, qui ne saurait être décidée à moyens constants.

Il convient de relever que le principe de l’intervention du JLD, après un certain délai et/ou la mise en oeuvre de certaines mesures, pour autoriser la poursuite de l’enquête préliminaire a été précédemment proposé dans le rapport sur la procédure pénale de Jacques Beaume en juillet 2014, et plus récemment dans le rapport de la commission d’enquête de l’Assemblée nationale sur les obstacles à l’indépendance de la Justice rendu le 2 septembre 2020.

Le système proposé ici n’est pas entièrement satisfaisant : ces délais prévus de manière uniforme ne correspondent pas forcément au moment où la procédure fera apparaître des indices graves contre une personne, et la fin de ces délais pourra arriver, selon les cas, trop tôt ou trop tard. C’est la raison pour laquelle le Syndicat de la magistrature estime qu’il convient de favoriser le cadre de l’instruction, lorsqu’une enquête au long cours est menée en utilisant des techniques d’enquêtes particulièrement attentatoires aux droits, car cette procédure est la seule dans laquelle un juge apprécie tout au long de l’enquête la nécessité d’ouvrir toutes la panoplie des droits de la défense à la personne suspectée lorsque les charges contre elle le justifient. Quelles que soient les avancées qui peuvent être proposées pour l’enquête préliminaire, les garanties prévues dans la procédure de l’instruction ne sont actuellement pas transposables à l’enquête menée par le parquet.

B - Revenir sur la possibilité pour le parquet d’utiliser certaines techniques d’enquête sous le contrôle du JLD, afin que ces mesures plus attentatoires aux droits ne soient ordonnées que dans le cadre de l’instruction, permettant l’exercice des droits de la défense lorsque la procédure comporte contre la personne des indices graves et concordants, et la possibilité de soulever la nullité des actes d’enquête avant l’audience de jugement.

A minima, le Syndicat revendique que les techniques spéciales d’enquête qui peuvent être ordonnées, en matière de criminalité organisée, par le JLD saisi par le parquet pendant

l'enquête préliminaire ne puissent plus être ordonnées que par un juge d'instruction. Là encore, la loi du 23 mars 2019 allait en sens exactement inverse, en étendant cette possibilité aux crimes, disposition que le Conseil constitutionnel a censurée. Le Syndicat de la magistrature rappelle ainsi son opposition à ce que des mesures de surveillance de masse (les IMSI-catcher) ou très intrusives (les sonorisations) puissent être mises en œuvre dans le cadre des enquêtes préliminaires et de flagrance. Ces techniques doivent non seulement être strictement encadrées mais réservées aux procédures d'informations judiciaires et aux crimes ou délits les plus graves.

Plus largement, le Syndicat de la magistrature estime que la possibilité d'interceptions téléphoniques dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de flagrance, introduite par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, étendue par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, et réservée à une liste déterminée d'infractions spécifiquement caractérisées par leur complexité, mérite d'être questionnée.

Le caractère dérogatoire de la procédure d'écoute doit être rappelé. En effet, le contrôle opéré par le juge des libertés et de la détention est très loin de présenter les mêmes garanties que le contrôle réalisé par le juge d'instruction dans le cadre de l'information. Contrairement à celui-ci, et comme évoqué dans notre première partie, le juge des libertés et de la détention n'assure pas un suivi continu de l'enquête, ne dispose pas nécessairement de l'entier dossier de la procédure, ne peut pas donner d'instructions sur les orientations de l'enquête, ne peut pas interrompre une écoute en cours, et ne réalise qu'un contrôle *a posteriori*, formel et sans portée effective. Comme dans le cas des techniques spéciales d'enquête (cf. infra), l'intervention du juge des libertés et de la détention est, en l'état de l'organisation des services, principalement prévue pour rendre le dispositif formellement admissible aux yeux du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Se sont ainsi répandues des pratiques juridictionnelles dans lesquelles les enquêtes, en matière de délinquance organisée ou de trafics de stupéfiants, sont menées en préliminaire, de bout en bout dans le secret, avant le placement en garde-à-vue et le déferrement, avec renvoi immédiat devant une juridiction de comparution immédiate. L'exercice des droits de la défense est retardé d'autant.

La brèche ouverte par ces textes aurait pu encore s'élargir, puisque le législateur avait adopté une disposition dans la loi du 23 mars 2019 pour étendre les écoutes pendant l'enquête préliminaire à tous les faits punis de 3 ans d'emprisonnement, disposition là-encore heureusement censurée par le Conseil constitutionnel. Il conviendrait de réaliser un état des lieux du nombre de procédures d'enquête préliminaire dans lesquelles les écoutes sont autorisées, et de déterminer dans quelles proportions ces affaires sont ensuite confiées à un juge d'instruction - l'intérêt de confier cette technique d'enquête au parquet devant être considéré comme limité s'il s'avérait que ces affaires sont en réalité majoritairement suivies par une instruction. Si le Syndicat de la magistrature estime que, dans la configuration actuelle, les droits des personnes seraient mieux garantis en confiant les écoutes au seul juge d'instruction, le JLD n'étant pas en mesure d'assurer un suivi de la mesure dans les mêmes conditions, il convient d'examiner d'un peu plus près la réalité de leur utilisation, et de leur utilité, avant de proposer une évolution radicale. Autrement dit, il

s'agirait de réaliser une étude d'impact. Dans l'attente, il pourrait être opportun de prévoir que le JLD statue sur la poursuite de l'enquête préliminaire dans un délai plus court lorsqu'il a ordonné des écoutes, par exemple trois mois après la première décision de mettre en place des écoutes.

D'autres dispositions de la loi du 23 mars 2019, qui conduisent directement à marginaliser la procédure d'instruction, doivent être abrogées : il en est ainsi de l'abaissement de 5 ans à 3 ans du seuil de peine encourue à partir duquel il peut être fait recours à la perquisition sans assentiment en matière d'enquête préliminaire selon les modalités prévues à l'article 76 CPP.

Il convient de rappeler que le rapport rédigé par Jacques Beaume et Franck Natali dans le cadre des « chantiers de la justice » avait considéré que le principe de proportionnalité imposait de fixer le seuil de la perquisition sans assentiment, des écoutes téléphoniques en enquête préliminaire et de la prolongation de flagrance à 5 ans et non à 3 ans. En effet, la notion de peine encourue inférieure ou égale à 3 ans inclut la quasi-totalité de la masse de la délinquance de droit commun non routière, si bien qu'il devient presque inconvenant de parler de seuil.

De manière plus générale, il paraît opportun d'engager une réflexion sur les délais écoulés avant l'ouverture d'une information : même en matière criminelle, pour laquelle l'instruction est obligatoire, aucun délai n'est fixé au procureur de la République qui peut poursuivre l'enquête préliminaire sans limitation avant de saisir le juge. Il en résulte depuis plusieurs années, et notamment depuis que certains actes peuvent être décidés par le procureur comme les écoutes, des délais de plus en plus long avant l'ouverture de l'information judiciaire. Cette manière de procéder vide la procédure d'instruction de sa substance et retarde encore le moment où les dispositions plus protectrices de l'instruction sont mises en oeuvre au regard des droits de la défense.

C - Renforcer les droits de la défense et les garanties procédurales pendant la garde à vue

Les seules pièces de procédure dont l'avocat peut actuellement prendre connaissance durant la garde-à-vue sont limitativement énumérées par l'article 63-4-1 du Code de procédure pénale. Ces documents ne concernent en rien les éléments de fond du dossier et ne permettent donc pas à l'avocat « d'assister » effectivement son client durant l'enquête.

La loi de transposition de la directive du 22 mai 2012 n'étend pas ce droit aux pièces de fond, au prétexte que la directive laisserait une marge d'appréciation quant au délai dans lequel la mise à disposition du dossier doit intervenir (« en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et au plus tard lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer »). L'accès au dossier est donc refusé, tant au cours de la garde-à-vue que de l'audition libre.

L'accès au contenu du dossier est une condition indispensable de l'exercice des droits fondamentaux. Les auditions, ainsi que les éléments recueillis à l'occasion des investigations menées pendant ce laps de temps, ont en effet un poids important dans le dossier, encore aujourd'hui. Il s'agit donc d'un moment où la défense a un rôle primordial à jouer et où la

communication des éléments à charge et à décharge permettra « l'exercice effectif des droits de la défense ». Cette évolution, qui a été retardée, apparaît nécessaire en l'état de la jurisprudence et des textes européens.

Dans ce contexte, il paraît équilibré de permettre le recueil de la version initiale du mis en cause avant de lui donner connaissance des pièces de la procédure, en présence de son avocat, s'il ne souhaite pas faire valoir son droit au silence, avant d'avoir pris connaissance des pièces de la procédure : cette première version serait utile à la manifestation de la vérité et serait susceptible d'aller dans le sens de la défense de la personne mise en cause, en ce qu'elle pourrait mettre à jour que le mis en cause, sans avoir connaissance des éléments qui figurent dans le dossier, présente une version concordante avec les éléments factuels déjà recueillis. Cette mise en oeuvre progressive de l'accès aux éléments de la procédure au cours de la garde à vue ne ferait pas obstacle au droit à ne pas s'auto-incriminer dans la mesure où le gardé à vue peut choisir de garder le silence. Par la suite, il pourrait être prévu que dès lors que l'OPJ, dans le cadre de chaque nouvelle audition, s'appuie sur des témoignages ou éléments résultant des pièces de la procédure, il ne peut les évoquer sans mettre les pièces en question à la disposition de l'avocat, en permettant à ce dernier un nouvel entretien avec son client avant l'audition.

Il convient par ailleurs de revenir sur une autre disposition de la loi du 23 mars 2019 : alors que la prolongation de la garde à vue au-delà de 24 heures impliquait avant cette loi une présentation de la personne devant le magistrat, sauf dérogation à titre exceptionnel, le texte renverse ce principe et prévoit que la personne ne soit présentée au magistrat que sur demande de celui-ci.

La présentation de la personne gardée à vue est aujourd'hui un effort auquel enquêteurs et magistrats doivent s'astreindre dans un contexte de moyens insuffisants. Elle demeure une modalité importante du contrôle de la garde à vue par l'autorité judiciaire et une garantie du respect de la liberté individuelle. Elle est notamment l'occasion pour la personne gardée à vue de signaler des difficultés, doléances ou incidents, et pour le magistrat de contrôler concrètement les conditions d'exercice de la mesure. La disparition de fait de cette « fenêtre » judiciaire, motivée par des considérations purement gestionnaires, s'inscrit à rebours de l'évolution contemporaine du droit européen, qui tend à exiger un renforcement du contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de privations de libertés.

D - Revenir sur le développement tout azimuth des procédures simplifiées, renoncer aux mesures prévues dans la proposition de loi pour la justice de proximité, et supprimer l'amende forfaitaire délictuelle

Comme indiqué plus haut, les procédures simplifiées qui pouvaient se concevoir pour des délits très simples (infractions routières, vol à l'étalage) deviennent en soi un mode de traitement de masse du contentieux, assorti de la possibilité de prononcer des peines de plus en plus lourde alors qu'aucun débat judiciaire réel ne préside au choix de la peine. Par ailleurs, après le recul de la collégialité, puis le recul de l'audience, le juge étant appelé à homologuer des décisions du parquet sans voir la personne mise en cause, c'est aujourd'hui le juge lui-même qui se trouve exclu de la décision par l'extension sans fin des mesures susceptibles d'être prononcées par le seul parquet, dans le cadre du TTR, par la voie des

alternatives aux poursuites. Ce millefeuille de procédures doit être réexaminé afin de revenir à l'esprit initial qui avait présidé à l'introduction de ces mesures.

La loi du 23 mars 2019 a par ailleurs étendu la possibilité, auparavant réservée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 aux infractions de défaut de permis de conduire et de défaut d'assurance, de délivrer une amende forfaitaire délictuelle à plusieurs nouveaux délits, et notamment l'usage de stupéfiants.

L'amende forfaitaire délictuelle, sous couvert d'un objectif productiviste assumé et d'une volonté de poursuite systématique, est le point d'aboutissement de la multiplication des procédures simplifiées, mises en oeuvre dans le but d'afficher un taux de réponse pénale à 100%. Elle réduit l'acte de juger à l'application déshumanisée d'un « tarif », en négation du principe d'individualisation de la peine, à la seule appréciation des forces de l'ordre et sans intervention préalable d'un magistrat.

Par ailleurs, le dispositif donne aux agents interpellateurs la possibilité de s'approprier l'opportunité des poursuites dévolue par la loi au procureur de la République, en choisissant de manière totalement discrétionnaire, en amont, les usagers de stupéfiants qui feraient l'objet d'une procédure d'amende forfaitaire et ceux qui feraient l'objet d'un compte-rendu au parquet.

Il est d'ailleurs à noter que le rapport consacré aux « chantiers de la justice » a considéré que d'une manière générale, la forfaitisation n'était pas adaptée à la matière délictuelle, et que ce dispositif devait par ailleurs spécifiquement être écarté en matière de stupéfiants, en raison des enjeux sanitaires de ce contentieux.

Les rapporteurs de la Commission des lois de l'Assemblée nationale auteur d'un rapport rendu le 25 janvier 2018 relatif à l'application d'une procédure d'amende forfaitaire au délit d'usage illicite de stupéfiants, dont un appartient à la majorité, se montraient eux-mêmes très circonspects quant à la mise en oeuvre cette mesure.

Il convient purement et simplement de supprimer cette anomalie de notre procédure pénale.

IV. Le secret professionnel de l'avocat

1 - Les perquisitions

Il convient de souligner, à titre liminaire, que la proposition de l'expérimentation de l'avocat en entreprise soulèverait d'inextricables difficultés au regard du régime actuellement en vigueur protégeant le secret professionnel de l'avocat. L'application de ce régime dans la perspective où les documents concernant les sociétés visées par l'enquête, utiles à la manifestation de la vérité, seraient conservés par des avocats, constituerait un obstacle important à la progression des enquêtes en matière économique et financière. Si actuellement, les magistrats s'attachent à ne procéder à des perquisitions dans les cabinets d'avocats que lorsque ces investigations sont absolument indispensables à l'enquête - en

pratique très peu de cas -, elles seraient appelées à se multiplier en engendrant un risque d'engorgement, dans la mesure où seul un magistrat peut procéder lui-même à la perquisition, sans pouvoir se faire assister d'un OPJ, et où le JLD est appelé à statuer sur toutes les contestations de saisies faites par le bâtonnier, en pratique de manière assez systématique.

Par ailleurs, l'avant projet de loi publié par la presse comporte le principe selon lequel c'est le chef d'entreprise, et non le bâtonnier, qui pourrait s'opposer à la saisie des documents pour l'avocat en entreprise. On voudrait définitivement torpiller la justice économique et financière qu'on ne s'y prendrait pas autrement.

Le régime de la perquisition chez un avocat comporte d'ores et déjà des modalités très protectrices, et déroatoires, celles-ci ne pouvant être menées que par un magistrat, en présence du bâtonnier, et la loi interdisant la saisie de documents relevant de l'exercice des droits de la défense, sauf lorsque l'avocat est lui-même mis en cause à travers ce document.

Concernant les objets et documents saisis, la distinction résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation paraît équilibrée : le secret professionnel de l'avocat, en dehors de l'exercice des droits de la défense, ne justifie pas qu'une protection plus importante lui soit accordée par rapport aux autres secrets professionnels - à savoir une protection susceptible d'empêcher la saisie de documents utiles à la manifestation de la vérité. Ce sont les relations d'un avocat avec son client dans le cadre de sa défense qui justifient qu'un niveau supplémentaire de protection soit appliqué, pour garantir l'effectivité des droits de la défense. Dès lors que le document comporte en revanche des éléments relatifs à l'exercice des droits de la défense, il ne peut être saisi que s'il est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à l'infraction ou s'il contient, de manière intrinsèque, un indice de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction poursuivie.

Au regard de l'atteinte à la confidentialité des échanges entre l'avocat et ses clients, indispensable à l'exercice des droits de la défense, que constituent les opérations de perquisition pendant le déroulement de l'acte - bien que limitée à la seule personne qui mène la perquisition et prendra connaissance des documents, le magistrat - le Syndicat de la magistrat estime que la décision d'y procéder, justifiée par les nécessités de l'enquête, pourrait être prise par le JLD saisi par le procureur de la République en enquête préliminaire et par le juge d'instruction pendant l'instruction, dans les cadres respectifs de l'enquête préliminaire et de l'instruction. Par ailleurs, le principe selon lequel le magistrat mène la perquisition permet de concilier l'efficacité de l'enquête, ce dernier étant le seul à pouvoir déterminer quels documents intéressent son enquête, et la protection du secret, seul le magistrat procédant aux opérations, et non les OPJ, étant susceptible d'en prendre connaissance.

En cohérence avec cette évolution plus protectrice, il convient de prévoir que la chambre de l'instruction, statuant naturellement sur la décision du magistrat instructeur lorsque celle-ci est contestée, soit compétente pour se prononcer sur les contestations de saisie réalisée par le bâtonnier au cours d'une procédure d'instruction.

Enfin, le Syndicat de la magistrature s'est interrogé sur l'opportunité de conditionner la perquisition chez l'avocat au seul cas dans lequel il serait visé par l'enquête : nous avons cependant écarté cette condition. En effet, une telle disposition ferait échec, par exemple, à la perquisition menée chez un avocat, domicile d'un membre de sa famille qui serait visé par l'enquête. Il n'apparaît pas possible de sanctuariser le domicile d'un avocat de telle sorte que d'éventuels mis en cause pourraient l'utiliser, y compris à son insu, pour y cacher des indices d'infractions commises.

2 - Les écoutes

Au regard de l'atteinte au secret professionnel lié à l'exercice des droits de la défense que constitue le placement sur écoute de la ligne téléphonique d'un avocat, le Syndicat de la magistrature propose, en cohérence avec le régime proposé pour la perquisition, que la décision soit confiée au JLD sur saisine du juge d'instruction. En cohérence avec les précédentes observations sur les écoutes téléphoniques, il convient de réserver cet acte d'enquête à la procédure d'instruction.

Contrairement à ce qui a été dit pour les perquisitions, il apparaît opportun de conditionner le placement de la ligne d'un avocat sur écoute à l'existence d'indices ou de raisons plausibles laissant penser qu'il a pu participer à l'infraction objet de l'enquête. Il n'apparaît pas que cette condition posée puisse constituer un obstacle à la manifestation de la vérité, et cette condition paraît, au regard de la gravité de l'atteinte, justifiée.

En revanche, le Syndicat de la magistrature considère que l'avis donné au bâtonnier ne se justifie en rien : ce dernier n'étant pas au fait du contenu de l'enquête, il ne peut porter aucun avis utile sur la proportionnalité de l'acte et ne dispose, dans les faits, d'aucun moyen d'intervenir sur la mise en oeuvre de la mesure. Afin de permettre au bâtonnier d'avoir *in fine* connaissance de la réalité - dans les faits très modeste - de la mise en oeuvre d'écoutes sur les avocats de son barreau, un document comportant le nombre et la durée des mesures terminées pourrait lui être annuellement adressé par le procureur de la République et le doyen des juges d'instruction.

Le Syndicat de la magistrature propose par ailleurs, dans le cas où une conversation avec un avocat est écoutée de manière accidentelle dans le cadre d'une écoute classique, que sa transcription soit réalisée sous le contrôle du juge d'instruction.

3 - Les fadettes

Les réquisitions aux fins d'obtenir les relevés détaillés des communications de l'avocat porte atteinte au secret professionnel dans des proportions moindres que la perquisition et les écoutes, le contenu des échanges n'étant pas révélé. Néanmoins, l'identification de ses contacts peut contenir la liste des clients qu'il assiste dans le cadre des droits de la défense, bien que la simple consultation des contacts ne permette pas de distinguer ces clients, des autres clients consultant l'avocat dans le cadre d'une activité de conseil ou encore de ses autres liens amicaux ou familiaux.

Le Syndicat de la magistrature estime ainsi que la protection du secret professionnel devrait être renforcé par le biais d'une autorisation écrite du JLD, saisi par le parquet, ou d'une décision écrite du juge d'instruction. Au regard de la nature des informations révélées par les fadettes, il n'apparaît pas utile, pour que la mesure soit proportionnée, que cette mesure d'enquête soit conditionnée à l'existence d'indices contre l'avocat.

L'exigence de motivation de la décision, au regard de la nécessité de l'acte d'enquête, et le fait de la confier à un magistrat du siège sont de nature à garantir la proportionnalité de la mesure.

A titre conservatoire, sur le secret des sources, secret de l'enquête

Bien que le questionnaire de la commission ne porte pas sur ce sujet, nous renvoyons en tant que de besoin à nos observations développées devant la mission parlementaire en 2019 (http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/observations_secret_de_l_enquete.pdf).

Le Syndicat de la magistrature souhaite évoquer, en lien avec ce sujet, l'idée, lancée ces derniers jours par un député et reprise par le garde des Sceaux devant l'Assemblée nationale, de rendre immédiatement contradictoire l'intégralité de l'enquête pour les personnes qu'elle concerne dès lors qu'une fuite sur la procédure apparaîtrait dans la presse. N'étant pas en mesure de déterminer s'il s'agit d'une facétie ou d'une proposition sérieuse, nous préférons indiquer clairement à la commission qu'une telle disposition constituerait un réel danger pour la conduite des enquêtes : il suffirait aux personnes visées par une enquête, dont certaines, précisément dans les affaires à fort retentissement médiatique, disposent de contacts et relais au sein de l'appareil d'Etat et parfois au plus haut niveau, d'organiser des fuites pour avoir immédiatement accès à l'intégralité de l'enquête les concernant. Il est assez singulier que cette idée ait émergé au moment d'un débat en séance publique sur le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les obstacles à l'indépendance de la Justice.

Conclusion

Au-delà des propositions contenues dans ces observations, nous voudrions faire part à votre commission de la grande lassitude - voire du désespoir - des professionnels de justice dans un contexte marqué par des réformes incessantes, erratiques, dictées par l'actualité et des considérations politiciennes, si bien que le gouvernement est capable, sous la même mandature présidentielle et avec la même majorité, de faire puis défaire sans aucune cohérence, sans aucune colonne vertébrale, sans aucune vision et perspective pour la Justice.

En 2018 et 2019, nous avons ardemment combattu, aux côtés de nombreuses autres organisations, ce qui devait devenir les loi du 23 mars 2019 : outre la destruction de la justice de proximité à travers la fusion TI/TGI, avant sa réincarnation fallacieuse cette année sous la forme d'une résurgence du thème de la lutte contre les incivilités, nous avons dénoncé,

notamment dans un document appelé « la grande braderie des libertés », les reculs des garanties et des droits de la défense contenus dans les modifications du code de procédure pénale envisagées puis votées. Le Conseil constitutionnel a, fort heureusement, censuré une bonne partie des dispositions les plus attentatoires aux principes fondamentaux. Aujourd'hui votre commission est chargée de réfléchir aux évolutions nécessaires pour mieux garantir les droits de la défense, à partir du prisme extrêmement limité d'une affaire pénale particulière qui a fait pousser, pour reprendre une expression qu'affectionne notre garde des Sceaux, des cris d'orfraie, alors qu'elle n'était que l'illustration de l'application de la loi.

Est-il raisonnable d'attendre une prochaine actualité pour réformer par petits bouts notre procédure pénale, quitte à lui faire perdre toute cohérence, et à opérer sans cesse des allers et retours en l'absence de vision claire des équilibres qui doivent présider à la conciliation de la protection des libertés et de la vie privée et de l'efficacité de l'enquête?