



Strasbourg, 18 mars 2019

CDL-AD(2019)001

Avis n° 939 / 2018

Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

UKRAINE

MEMOIRE AMICUS CURIAE
SUR L'INTRODUCTION DE RECOURS EN APPEL DISTINCTS
CONTRE DES MESURES PREVENTIVES
(PRIVATION DE LIBERTÉ)
ORDONNÉES EN PREMIÈRE INSTANCE

adopté par la Commission de Venise
à sa 118^e session plénière
(Venise, 15-16 mars 2019)

sur la base des observations de :
M. Alexander BARAMIDZE (membre suppléant, Géorgie)
M. Martin KUIJER (membre suppléant, Pays-Bas)
M. András Zs. VARGA (membre, Hongrie)

Table des matières

I. Introduction	3
II. Demande	3
III. Dispositions applicables en droit ukrainien	4
IV. Fondement des dispositions contestées : efficacité de la procédure	4
V. Article 5 de la CEDH	5
VI. Normes établies par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe	7
VII. Dispositions nationales dans d'autres pays	7
VIII. Analyse	12
IX. Conclusion	14

I. Introduction

1. Par une lettre en date du 23 novembre 2018, le président de la Cour constitutionnelle d'Ukraine a demandé à la Commission de Venise de lui remettre un mémoire *amicus curiae* sur la question suivante :

« l'absence de procédure juridique dans le droit national ukrainien permettant à un individu de former un recours contre une décision de justice concernant le choix ou l'extension d'une mesure préventive, adoptée avant qu'un jugement ne soit rendu sur le fond de l'affaire, est-elle conforme aux normes européennes dans le domaine des droits de l'homme et de l'État de droit ? »

2. La Commission a invité MM. Baramidze, Kuijer et Varga à assurer les fonctions de rapporteurs pour le présent avis.

3. Cet avis a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 118^e session plénière (Venise, 15-16 mars 2019).

II. Demande

4. Cette demande doit être considérée dans le contexte de deux affaires pendantes devant la Cour constitutionnelle. Dans ces deux affaires, les requérants font actuellement l'objet de poursuites pénales devant les juridictions de premier degré. Les requérants, qui sont placés en détention, font valoir qu'ils ne peuvent former de recours distinct contre les mesures provisoires qui ont été ordonnées, comme leur placement en détention, mais qu'ils ont uniquement la possibilité de les contester dans le cadre d'un recours en appel contre le jugement sur le fond rendu en première instance. Cette situation découle (des effets conjugués) de deux dispositions du Code de procédure pénale ukrainien. L'article 392, alinéa 2, est libellé comme suit :

« Les décisions rendues par une juridiction du premier degré au cours d'une procédure judiciaire avant le prononcé des décisions de justice prévues au premier alinéa ci-dessus ne peuvent faire l'objet d'un recours distinct, sauf dans les cas prévus par le présent Code. Les objections contre ces décisions peuvent être formulées dans un recours en appel introduit contre une décision de justice telle que celles qui sont prévues au premier alinéa ci-dessus. »

L'article 428, alinéa 2, est ainsi rédigé :

« La Cour de cassation décide de rejeter le pourvoi formé devant elle :

1) si le pourvoi en cassation est formé contre une décision de justice qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en cassation ;

2) s'il ressort du pourvoi en cassation ou des décisions de justice et d'autres documents qui y sont joints qu'il n'y a pas lieu de recevoir le pourvoi. »

5. Dans les deux affaires pendantes devant la Cour constitutionnelle, la constitutionnalité de ces deux dispositions est contestée à la lumière du principe de l'État de prééminence du droit (article 8 de la Constitution), du droit constitutionnel à la liberté et à l'inviolabilité de la personne (article 29 de la Constitution), du droit à la protection des droits de l'homme devant la justice, du droit de contester devant les tribunaux les décisions, actions ou omissions des autorités publiques, des collectivités locales, de leurs responsables et de leurs agents (alinéas 1 et 2 de l'article 55 de la Constitution et du droit de faire appel d'une décision (en ce qui concerne le choix d'une mesure préventive – disposition 8 de l'article 129.2 de la Constitution).

6. Compte tenu des affaires pendantes devant la Cour constitutionnelle d'Ukraine, la portée du présent avis se limite aux mesures préventives relatives à la privation de liberté.

III. Dispositions applicables en droit ukrainien

7. Le Code de procédure pénale ukrainien (ci-après CPP) prévoit un certain nombre de garanties pour les personnes arrêtées ou placées en détention (soulignement ajouté) :

8. En vertu de l'article 186(1) du CPP, le juge ou le tribunal chargé de l'instruction examine la requête visant à exécuter ou à modifier une mesure contraignante, sans délai et au plus tard dans les 72 heures suivant l'arrestation effective du suspect ou de l'accusé ; l'article 193(1) dispose que la requête visant à exécuter une mesure contraignante doit être examinée avec la participation du ministère public, du suspect ou de l'accusé et de son avocat.

9. Aux termes de l'article 309(1), au cours de l'enquête préliminaire, les décisions du juge d'instruction peuvent être contestées par l'introduction d'un recours en appel portant sur « l'exécution d'une mesure contraignante prenant la forme d'un placement en détention provisoire » et sur « la prolongation de la durée du placement en détention provisoire ».

10. En outre, l'article 331 établit la procédure par laquelle un prévenu peut contester son maintien en détention devant le tribunal de première instance. Il prévoit un contrôle automatique par le tribunal du placement en détention : en vertu de l'article 331(1), au cours du procès, le tribunal, sur demande du ministère public ou de la défense, peut modifier, lever ou imposer une mesure contraignante à l'égard du prévenu; l'article 331(2) énonce que, ce faisant, le tribunal doit suivre les mêmes procédures que celles qui s'appliquent à l'exécution initiale de la mesure contraignante ordonnée par le juge d'instruction.

IV. Fondement des dispositions contestées : efficacité de la procédure

11. Les dispositions en cause visent à améliorer l'efficacité de la procédure. De telles dispositions existent également dans d'autres systèmes judiciaires européens (voir plus loin).

12. La nécessité de respecter le principe d'économie de la procédure est reconnue, du moins dans une certaine mesure, dans les normes européennes. La Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités contient la disposition suivante :

« Il incombe aux autorités responsables de l'organisation et du fonctionnement du système judiciaire de créer les conditions permettant aux juges de remplir leur mission et d'atteindre l'efficacité, tout en protégeant et en respectant l'indépendance et l'impartialité des juges. »

13. Le principe de l'économie de la procédure est également reconnu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

« La Cour estime qu'il est compréhensible qu'en matière accessoire, s'agissant de déterminer les frais de la procédure, par exemple, les autorités nationales doivent tenir compte des exigences d'efficacité et d'économie. Comme en témoigne sa jurisprudence, la Cour attache une grande importance à cet objectif, lequel ne saurait toutefois justifier de méconnaître le principe fondamental du contradictoire de la procédure. De fait, l'article 6, paragraphe 1, vise avant tout à préserver les intérêts des parties et la bonne administration de la justice (arrêt *Acquaviva c. France* rendu le 21 novembre 1995, série A, volume n° 333-A, p. 17, paragraphe 66 ; arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, op. cit. p. 109, paragraphe 30). Même si, comme le fait valoir le gouvernement, la possibilité de présenter des arguments en fait et en droit peut être limitée dans le cadre d'une procédure d'appel engagée à la suite d'une condamnation aux dépens, il appartient aux parties de juger si un document appelle des commentaires. Il y va de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la

justice : elle se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier (arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, op. cit., p. 108, paragraphe 29). »¹

V. Article 5 de la CEDH

14. La Cour européenne des droits de l'homme examine les problèmes d'efficacité de la procédure de contrôle judiciaire des ordonnances de placement en détention au regard de l'article 5 de la Convention.

15. Le principal objet de l'article 5 de la Convention est de protéger toute personne contre les privations de liberté arbitraires ou injustifiées². L'article 5 est applicable dans de nombreuses situations, par exemple en cas de détention provisoire, de placement dans un établissement psychiatrique ou un foyer social, de mesure de confinement dans des zones de transit d'aéroports, d'interrogatoire dans un poste de police ou d'interpellation et de fouille par la police ou d'assignation à résidence.

16. L'article 5, paragraphe 3, de la Convention énonce le droit, pour toute personne arrêtée ou détenue au motif qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction, d'être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi et de voir son affaire jugée dans un délai raisonnable ou d'être libérée pendant la procédure. L'article ne prévoit aucune exception possible à l'obligation de traduire aussitôt devant un juge une personne après son arrestation ou son placement en détention. Le contrôle doit être automatique et ne peut être rendu tributaire d'une demande formée par la personne détenue. Si aucun motif ne justifie le maintien en détention de la personne, le juge doit être habilité à ordonner sa remise en liberté.

17. Aux termes de l'article 5, paragraphe 4, de la Convention, « toute personne privée de sa liberté [...] a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». Cette disposition prévoit des garanties procédurales particulières qui sont distinctes de celles énoncées à l'article 6 de la Convention. Elle constitue une *lex specialis*. La procédure visée à l'article 5, paragraphe 4, doit être de nature judiciaire et offrir certaines garanties adaptées à la forme de privation de liberté en question. Une audience s'impose dans le cas où une personne est placée en détention provisoire. La possibilité offerte à un détenu d'être entendu en personne ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation est une garantie fondamentale. La Convention n'exige pas qu'un détenu soit entendu à chaque fois qu'il forme un recours contre son maintien en détention, mais il doit avoir la possibilité d'exercer à des intervalles réguliers son droit à être entendu. La procédure doit être contradictoire et garantir dans tous les cas l'égalité des armes entre les parties. En cas de placement en détention provisoire, les personnes privées de liberté doivent avoir véritablement la possibilité de contester les éléments sur lesquels s'appuient les accusations portées contre elles. Cette exigence implique que le tribunal peut être appelé à entendre des témoins ou à accorder à la défense l'accès aux pièces du dossier d'enquête. Des garanties procédurales spéciales peuvent être nécessaires pour protéger les personnes qui, en raison de troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte. Pour les personnes déclarées privées de leur capacité juridique et qui ne peuvent donc pas surveiller personnellement leur détention, un contrôle judiciaire automatique doit être appliqué. Lorsqu'elle vérifie si la décision judiciaire a été adoptée à bref délai, conformément aux exigences, la Cour peut tenir compte de la complexité de la procédure, de la manière dont elle a été conduite par les autorités nationales et par le requérant et de l'enjeu qu'elle représente pour ce dernier.

¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Beer c. Autriche*, Requête n° 30428/96, paragraphe 18, 6 février 2001

² Guide sur l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à la liberté et à la sûreté, mis à jour au 31 décembre 2018

18. Lorsque le droit interne prévoit un système de recours, l'instance d'appel doit également se conformer aux dispositions de l'article 5, paragraphe 4, notamment en ce qui concerne la brièveté du délai nécessaire à l'instance d'appel pour contrôler la décision de détention rendue par la juridiction inférieure. Pour autant, les exigences en matière de rapidité sont moins strictes lorsqu'il s'agit d'une procédure devant la cour d'appel. La Cour rappelle à cet égard que le droit à un contrôle judiciaire garanti par l'article 5, paragraphe 4, vise essentiellement à éviter la privation arbitraire de liberté. Toutefois, si le placement en détention est confirmé par un tribunal, il doit être considéré comme légal et non arbitraire, même lorsqu'un recours est possible. Les procédures menées par la suite portent moins sur la question de l'arbitraire, mais offrent des garanties supplémentaires visant principalement à évaluer l'opportunité du maintien en détention³. Par conséquent, la Cour n'est pas aussi préoccupée par la rapidité de la procédure devant la cour d'appel si l'ordonnance de placement en détention examinée a été prononcée par un tribunal et si la procédure suivie par ce tribunal a un caractère judiciaire et donne au détenu les garanties procédurales appropriées⁴.

19. Dans le cas où le détenu dépose une plainte concernant ses conditions de détention, la Cour a précisé que « les recours préventifs et les recours en indemnisation doivent coexister et se compléter »⁵, c'est-à-dire qu'un recours uniquement compensatoire ne peut être jugé suffisant. Il convient de garder à l'esprit que l'on considère que la charge de la preuve pèse sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante⁶.

20. Les mesures préventives doivent permettre d'empêcher que la violation alléguée se poursuive et de garantir que les conditions matérielles de détention du requérant s'améliorent. Si une personne se plaint de l'insuffisance des soins (médicaux), le recours préventif doit assurer qu'il soit remédié rapidement à la situation. Les exigences en matière de délai seront beaucoup plus strictes s'il y a un risque de décès ou de dommages irréversibles pour la santé. Il n'est pas nécessaire que l'autorité responsable soit judiciaire. Elle doit toutefois être compétente pour vérifier les violations alléguées, avec la participation du plaignant, être indépendante et rendre des décisions contraignantes et exécutoires, à l'instar de la Commission des plaintes (*beklagcommissie*) aux Pays-Bas. L'exigence de rapidité est tout aussi importante en ce qui concerne les plaintes relatives à l'imposition de mesures disciplinaires, telles que le placement dans une cellule disciplinaire.

21. En ce qui concerne les recours en indemnisation, il doit être possible pour tout individu d'obtenir réparation du préjudice causé. Toutefois, le simple fait d'accorder des dommages-intérêts ne constitue pas un recours effectif si l'appelant est maintenu en détention. Il est important de ne pas imposer une charge de la preuve excessive aux requérants. Il peut leur être demandé de produire des éléments de preuve facilement accessibles, tels qu'une description détaillée de leurs conditions de détention, des témoignages et les réponses des organes de contrôle. Il est tout aussi important que le coût de cette procédure ne représente pas une contrainte démesurée pour le requérant et que l'octroi d'une indemnisation ne soit pas subordonné à la preuve d'une faute des autorités. Ainsi, le tribunal ne doit pas exonérer l'État de toute responsabilité en jugeant que les conditions de détention ne sont pas dues à des manquements de la part des autorités mais plutôt à un problème structurel, comme la surpopulation carcérale ou l'insuffisance des ressources. Le dédommagement doit prévoir par

³ *Tjin-a-Kwi et Van Den Heuvel c. Pays-Bas*, Requête n° 17297/90, décision de la Commission adoptée le 31 mars 1993

⁴ Voir, *mutatis mutandis*, Cour européenne des droits de l'homme, *Vodeničarov c. Slovaquie*, Requête n° 24530/94, paragraphe 33, 21 décembre 2000 ; *Lebedev c. Russie*, Requête n° 4493/04, paragraphes 75-97, 25 octobre 2007

⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Ananyev et autres c. Russie*, Requêtes n°s 42525/07 et 60800/08, paragraphe 98, 10 octobre 2012

⁶ Cour européenne des droits de l'homme [GC], *Salman c. Turquie* (Requête n° 21986/93), paragraphe 100, 27 juin 2000

ailleurs l'indemnisation du préjudice moral ; le montant de cette indemnisation doit être comparable aux montants accordés par la Cour européenne. La réparation peut également prendre la forme d'une réduction de peine, à condition que les tribunaux nationaux reconnaissent expressément une violation et appliquent la remise de façon mesurable.

VI. Normes établies par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

22. La Recommandation *Rec(2006)13 du Comité des Ministres aux États membres concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus*⁷ définit des normes précises sur le droit de recours :

« 18. Toute personne placée ou maintenue en détention provisoire, ou soumise à une mesure alternative, doit avoir le droit de faire appel de cette décision et être informée de ce droit lorsque cette décision est prise.

19. [1] Tout prévenu doit avoir le droit, indépendamment de toute autre considération, de contester rapidement la légalité de sa détention devant une autorité judiciaire.

[2] Ce droit peut être exercé dans le cadre des réexamens périodiques de la détention provisoire, dès lors que ces derniers permettent de soulever toutes les questions relatives à la contestation précitée.

20. L'existence d'un état d'urgence, au sens de l'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, ne portera pas atteinte au droit d'un prévenu de contester la légalité de sa détention provisoire. »

Les paragraphes 34 et 44 ajoutent au droit de recours en appel d'autres voies, comme l'indemnisation et les procédures de plainte.

23. En prévoyant explicitement un « droit de faire appel », la Recommandation *Rec(2006)13* va plus loin que l'article 5, paragraphe 3, de la Convention, qui dispose 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 ».

VII. Dispositions nationales dans d'autres pays

24. En vertu de la législation et/ou des pratiques des juridictions constitutionnelles dans de nombreux pays européens, un prévenu dans une procédure pénale a le droit de faire appel séparément de la décision rendue par le tribunal en première instance concernant l'application de mesures préventives, y compris de mesures privatives de liberté.

25. En Autriche, les décisions ordonnant le placement ou le maintien en détention provisoire ne sont pas effectives au-delà d'une certaine période : 14 jours pour le placement en détention initial, un mois pour la première prolongation de la détention et deux mois pour chaque nouvelle prolongation⁸. Le Code de procédure pénale (ci-après StPO) établit un système d'audiences périodiques pour contrôler le maintien en détention provisoire, qui doivent avoir lieu d'office avant la fin de la période de détention, si le tribunal a lui-même des doutes sur ce maintien ou si la personne détenue demande sa libération et que le procureur s'oppose à mettre un terme à sa détention. La décision est prise par le tribunal qui a initialement ordonné le placement en détention⁹.

26. En Bosnie-Herzégovine, l'article 134 de la loi sur la procédure pénale dispose que le placement en détention (durée d'un mois au maximum) est ordonné par décision d'un tribunal (juge unique – article 24) à la demande du procureur. Le détenu peut faire appel de cette

⁷ Adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 2006, lors de la 974^e réunion des Délégués des Ministres

⁸ Paragraphe 175 du StPO

⁹ Paragraphe 176 du StPO ; voir aussi la Cour européenne des droits de l'homme, *Reinprecht c. Autriche*, Requête n° 67175/01, paragraphe 24, 15 novembre 2005

décision dans un délai de 24 heures devant un collège de trois juges, qui statue sous 48 heures. Il peut former un recours pendant un interrogatoire si celui-ci a lieu plus de 24 heures après son placement en détention. Cette détention peut être prolongée de deux mois ou, dans des cas exceptionnels (infraction pénale passible d'une peine de prison de longue durée), de trois mois.

27. En Croatie, l'article 24.1 de la Constitution et l'article 134 du Code de procédure pénale permettent au prévenu et à son avocat ainsi qu'au procureur de faire appel, dans un délai de trois jours, de la décision d'un tribunal ordonnant le placement ou le maintien en détention provisoire de cette personne, ou encore l'annulation de cette détention. Celle-ci est décidée par le juge d'instruction ; l'appel est porté devant un collège de juges (article 127 du Code de procédure pénale). En outre, en vertu de l'article 62 de la loi sur la Cour constitutionnelle, un recours constitutionnel peut être déposé devant la Cour constitutionnelle contre la décision de seconde instance ordonnant le placement ou le maintien en détention provisoire d'une personne dans le cadre d'une procédure pénale¹⁰.

28. Au Danemark, les tribunaux de district (le premier des trois niveaux de juridiction) sont compétents pour statuer sur les placements en détention. La personne détenue et son avocat ainsi que le ministère public (notamment pour demander un allongement de la période de détention) peuvent faire appel de cette décision devant la cour d'appel (niveau intermédiaire, sous la Cour suprême). Ce recours contre le volet du jugement relatif à la détention ne porte pas sur la décision sur le fond et est examiné immédiatement. Les demandes de mise en liberté – qui ne contestent pas l'ordonnance initiale de placement en détention – peuvent être déposées auprès du juge du tribunal de district qui a rendu cette première décision.

29. En Géorgie, le prévenu, son avocat ou le procureur peuvent faire appel, dans un délai de 48 heures, de la décision de justice ordonnant l'imposition, la prolongation, la modification ou l'annulation d'une mesure contraignante, que cette décision ait été prise par un juge d'instance, un juge d'instruction ou un tribunal de première instance¹¹. La cour d'appel doit examiner ce recours dans les 72 heures suivant sa réception¹².

30. En Allemagne, les décisions rendues par les tribunaux avant le jugement au fond ne font en général pas l'objet d'un recours distinct. Toutefois, il y a quelques exceptions concernant les décisions relatives à une arrestation, au placement provisoire, à l'imposition de mesures réglementaires ou coercitives, etc.¹³ Il en va de même devant les juridictions supérieures. Bien que les recours contre les ordonnances et les instructions rendues par les tribunaux régionaux supérieurs ne soient pas recevables¹⁴ lorsque ces derniers sont compétents en première instance, il doit être possible de former un recours contre les ordonnances et instructions relatives à une arrestation, au placement provisoire, au placement à des fins d'observation, etc.¹⁵ En outre, lorsqu'il s'agit notamment de statuer sur des questions d'arrestation ou de placement provisoire, les décisions rendues par le tribunal régional ou par le tribunal régional

¹⁰ Aux termes de l'article 62.1 de la loi sur la Cour constitutionnelle, toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle d'un recours constitutionnel si elle estime que l'acte individuel d'un organe de l'État, d'une collectivité locale ou régionale ou d'une personne morale détentrice de l'autorité publique qui a statué sur ses droits et obligations ou sur un soupçon ou une accusation relatifs un acte criminel, a entraîné dans son chef une violation des droits de l'homme ou des libertés fondamentales ou de son droit à disposer de collectivités locales et régionales garantis par la Constitution.

¹¹ Code de procédure pénale géorgien, articles 207(1) et 206(1)

¹² Ibid., article 207(4)

¹³ Code de procédure pénale allemand, article 305

¹⁴ Ibid., article 304(4)

¹⁵ Ibid., article 304(4)(1)

supérieur¹⁶ peuvent être contestées au moyen d'un « recours complémentaire », sur lequel statue un tribunal régional supérieur¹⁷.

31. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, qui est compétente pour connaître des recours constitutionnels formés par des personnes contre les décisions de justice les concernant, s'est montrée très vigilante en veillant à ce que les décisions contestées soient conformes aux normes constitutionnelles découlant notamment du droit à la liberté de la personne garanti par l'article 2(2), du droit à une protection juridictionnelle effective prévu par l'article 19(4) et du principe de l'Etat de droit consacré par l'article 20 (3) de la Loi fondamentale. D'après la Cour constitutionnelle, compte tenu de la présomption d'innocence, qui découle de ce même principe de l'Etat de prééminence du droit (article 20(3) de la Loi fondamentale) et de la garantie expresse qui figure à l'article 6 de la CEDH, le fait de soumettre à une peine privative de liberté une personne seulement soupçonnée mais non encore condamnée pour une infraction ne peut être admis que de façon exceptionnelle. Lorsque l'imposition d'une telle mesure à titre provisoire est jugée nécessaire et appropriée pour des raisons liées à la justice pénale, elle doit toujours être examinée au regard du droit à la liberté du prévenu qui n'a pas encore été reconnu coupable. La prise en compte de ces considérations permet de compenser une grave atteinte aux droits fondamentaux et il est impératif que le principe de proportionnalité soit respecté à cet égard¹⁸.

32. L'article 67 de la Constitution Islandaise intègre l'article 5 de la CEDH. À titre d'exception aux critères conventionnels de l'article 95 de la loi sur la procédure pénale (ci-après LPP), une personne peut être placée en détention si elle est fortement soupçonnée d'avoir commis une infraction passible d'une peine de 10 ans d'emprisonnement, cette détention étant nécessaire dans l'intérêt public. À la suite d'une audience en présence du prévenu, (article 105 de la LPP), un juge (de première instance) doit rendre une décision motivée (article 181 de la LPP) sur son placement en détention pour une durée maximale de quatre semaines (article 97 de la LPP). Selon l'article 67.3 de la Constitution et l'article 192.1-I de la LPP, le détenu peut faire appel devant la Cour d'appel récemment créée (*Landsréttur*), qui doit statuer dans les 2 à 3 jours. Ce recours n'est jamais joint au recours formé contre la décision sur le fond.

33. En Italie, la personne placée en détention peut introduire devant le tribunal de révision (*Tribunale del riesame*), dans un délai de dix jours, une demande de réexamen (*riesame*, article 309 du Code de procédure pénale) de la légalité et du bien-fondé de la décision du juge des investigations préliminaires ordonnant son placement en détention provisoire. Le tribunal de révision est le tribunal territorialement compétent, siégeant en formation plénière (le président et deux juges). Le tribunal de révision statue dans un délai de dix jours ; il peut confirmer, modifier ou annuler le placement en détention en examinant d'office tous les aspects juridiques et toutes les circonstances de fait, indépendamment de ce que fait valoir la personne détenue. Si le tribunal de révision ne se prononce pas dans un délai de dix jours, le placement en détention initialement ordonné prend fin. Il est possible de former un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation pour contester les décisions du tribunal de révision. La personne concernée peut également saisir directement la Cour de cassation pour contester la mesure de détention, mais le recours en appel qui peut être formé parallèlement devient alors irrecevable.

34. Si les conditions justifiant la détention provisoire ne sont plus réunies, le juge doit immédiatement ordonner la remise en liberté de la personne concernée. Celle-ci peut à tout

¹⁶ Les tribunaux régionaux supérieurs sont compétents en première instance pour certaines affaires, par exemple en cas de haute trahison (article 120 de la *Gerichtsverfassungsgesetz*)

¹⁷ Ibid., article 310(1), alinéas (1) et (2)

¹⁸ Voir BVerfGE 19, 342 <347> ; 20, 45 <49 et 50>7 ; 36, 264 <270>8 ; 53, 152 <158 et 159> ; récemment, Cour constitutionnelle fédérale, décision rendue par la première chambre du deuxième Senat le 20 décembre 2017 – 2 BvR 2552/17 –, paragraphe 159 ; décision rendue par la première chambre le 11 juin 2018 – 2 BvR 819/18 –, paragraphe 2710

moment demander la révocation de l'ordonnance de placement en détention et sa libération (*istanza di revoca*, article 299 du Code de procédure pénale). Cette demande doit être adressée au juge compétent pour examiner le fond de l'affaire, qui doit statuer dans les cinq jours. Si cette demande est rejetée, la personne peut alors faire appel devant le tribunal de révision, qui doit rendre sa décision dans un délai de vingt jours (*appello*, article 310 du CPP). Cette décision peut à son tour faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

35. En Lettonie, les juges d'instruction rendent des décisions sur le placement en détention et d'autres mesures préventives pendant la phase d'instruction, qui sont susceptibles d'appel. En ce qui concerne le stade du procès, l'article 473, alinéa 7, du Code de procédure pénale dispose que les décisions provisoires adoptées par le tribunal de première instance ne peuvent faire l'objet d'un recours en appel que si elles accompagnent un recours formé sur le fond, sauf si la loi en dispose autrement. Aucun recours n'est possible contre une demande d'évaluation du maintien en détention au titre de l'article 81(2) si la décision relative à la détention provisoire a été adoptée avant le jugement de l'affaire. Si la décision de placer le prévenu en détention a été adoptée pendant le jugement de l'affaire, il n'y a pas non plus de recours possible, à moins que l'audience suivante du tribunal de première instance n'ait pas été prévue dans les 14 jours suivant la date de l'audience au cours de laquelle le placement en détention a été décidé.

36. Aux Pays-Bas, l'article 445 du Code de procédure pénale est rédigé comme suit : « Les décisions rendues en chambre ne peuvent faire l'objet d'un recours en appel ni d'un pourvoi en cassation et il n'est pas possible d'émettre un avis d'opposition, sauf dans les cas prévus par le présent Code. »¹⁹. Cependant, les décisions ordonnant un placement en détention provisoire font régulièrement l'objet d'un examen. Toutes les ordonnances de ce type sont soumises à une durée précise. Une fois cette limite atteinte, le tribunal de district réexamine l'ordonnance de placement en détention provisoire (en supposant que le procureur souhaite maintenir le suspect en détention provisoire). Il est également possible qu'un suspect ou son avocat demande au tribunal de district de statuer sur le maintien en détention provisoire s'il estime que les conditions de la détention provisoire ne sont plus réunies ou s'il souhaite demander une suspension de cette détention²⁰. Si une affaire n'est pas prête à être jugée, mais que le suspect est en détention provisoire depuis 104 jours, un procès *pro forma* est tenu dans le but d'évaluer les progrès de l'enquête et de déterminer si le suspect doit être maintenu en détention. Ces procès ont lieu tous les trois mois jusqu'à ce que le procès au fond ait lieu ou que le suspect soit libéré (sous conditions)²¹.

37. En Macédoine du Nord, bien qu'il n'existe pas de règle de procédure expressément prévue pour interjeter appel des décisions des tribunaux en matière de détention provisoire, la Cour constitutionnelle du pays a indiqué que les décisions relatives à la détention provisoire ne sauraient être inscrites au nombre des décisions de justice qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours distinct²².

38. En Roumanie, l'arrestation préventive, qui constitue une des mesures préventives applicables, peut être ordonnée par un juge ou un tribunal pendant l'enquête pénale ou le procès. Elle peut être ordonnée ou prolongée pour une durée maximale de 30 jours, la durée totale de l'arrestation préventive au cours de l'instruction ne pouvant dépasser 180 jours. Conformément à l'article 203.3 du Code de procédure pénale (ci-après CPP), les mesures préventives sont prises par : a) le juge des droits et des libertés, au cours de l'enquête pénale ; b) le juge de la chambre préliminaire, pendant la procédure préliminaire ; et c) le tribunal de première instance. Une décision rendue au cours de l'enquête pénale (a) peut être contestée

¹⁹ <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/12/Netherlands/show>

²⁰ Code de procédure pénale néerlandais, article 69

²¹ J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw et H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands: legal principles versus practical reality*, Rapport de recherche, La Haye, 2016, p. 9

²² Décision U. n° 209/1998 de la Cour constitutionnelle de Macédoine du Nord, rendue le 24.02.1999

par le prévenu devant le juge des droits et des libertés, qui transmet ce recours à la juridiction supérieure dans les 48 heures (article 204.1 du CPP). Elle statue dans les cinq jours qui suivent. Une décision rendue au cours de la procédure préliminaire (b) peut être contestée par le prévenu et par le procureur dans un délai de 48 heures. Ce recours est déposé auprès du juge de première instance qui a rendu la décision initiale et qui le transmet au juge de la chambre préliminaire de la juridiction supérieure, qui doit l'examiner sous cinq jours. Une décision rendue en première instance (c) peut être contestée par le prévenu et par le procureur. Le recours est déposé auprès du tribunal de première instance, qui le transmet à la juridiction supérieure, qui statue dans les cinq jours (articles 206.5 et 6 du CPP). Le recours est distinct de l'appel interjeté contre le jugement sur le fond parce qu'aucune mesure d'arrestation préventive ne peut excéder 30 jours. En outre, les tribunaux ont l'obligation d'examiner d'office les mesures préventives, y compris celles qui portent sur un placement en détention (articles 207.1 et 208.1 du CPP).

39. En vertu du Code de procédure pénale de la Serbie, le placement en détention ne peut être ordonné que si le but visé ne peut être atteint par l'exécution d'une autre mesure. Le tribunal peut ordonner le placement en détention sur demande du ministère public et une fois que l'inculpation est confirmée, également de sa propre initiative. Il est possible d'ordonner le placement ou le maintien en détention, ou encore l'annulation de cette détention, au cours de l'enquête par décision du juge chargé de l'audience préliminaire ou d'un collège de trois juges. Une décision sur la prolongation ou l'annulation de la détention est rendue d'office ou sur demande des parties. Celles-ci peuvent faire appel de la décision sur la détention devant un collège de trois juges. Ce recours, examiné dans les 48 heures, n'est pas suspensif. Dès la mise en accusation, la détention peut être ordonnée, prolongée ou annulée d'office ou sur demande des parties par une décision du tribunal de première instance. Même sans qu'une requête soit déposée, le tribunal vérifie si les motifs de la détention sont toujours d'actualité (tous les 30 jours jusqu'à ce que l'inculpation soit confirmée, tous les 60 jours après la confirmation de l'inculpation et jusqu'au prononcé du jugement de première instance). Les parties et l'avocat de la défense peuvent interjeter appel de cette décision. Une personne détenue peut également introduire une demande de contrôle de la constitutionnalité de sa détention devant la Cour constitutionnelle.

40. En Slovaquie, les résolutions (*uznesenie*) adoptées par les tribunaux de première instance peuvent faire l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure²³. En outre, les mandats d'arrêt peuvent être contestés devant la Cour constitutionnelle²⁴.

41. Dans le cadre de l'article 17 de la Constitution espagnole, le Code de procédure pénale prévoit que les individus peuvent être placés en détention si un mandat est décerné par un juge d'instruction ou un tribunal de première instance dans une procédure contradictoire (article 505, LECrim). Il n'est pas prévu qu'un contrôle soit effectué d'office, mais le détenu peut faire appel de ce mandat devant la Cour d'appel (article 507, LECrim). Ce recours est indépendant du jugement sur le fond. La Cour d'appel statue également en décernant un mandat qui n'est pas susceptible de recours (article 848, LECrim).

42. En Suisse, toute personne placée en détention provisoire peut présenter en tout temps, par écrit ou oralement, une demande d'examen de la légalité de sa détention au ministère public (article 228 I Code de procédure pénale suisse). Si celui-ci ne répond pas favorablement à la demande, il la transmet au tribunal des mesures de contrainte au plus tard dans les trois jours à compter de sa réception, en y joignant une prise de position motivée. La personne détenue peut aussi introduire un recours pour que la légalité de sa détention soit examinée par une cour d'appel (ou une autorité judiciaire) en vertu de l'article 31 IV de la Constitution fédérale, l'article 233 du Code de procédure pénale suisse et/ou l'article 80 V de la loi sur les

²³ Article 83(1) du Code de procédure pénale slovaque

²⁴ Constitution de la Slovaquie, article 127

étrangers, le cas échéant. Une demande d'examen de la légalité de la détention peut être déposée indépendamment d'un recours en appel contre le jugement au fond. Une juridiction supérieure doit statuer sur cette demande immédiatement (en général dans un délai de cinq jours – article 80 V de la loi sur les étrangers et articles 228 V et 233 du Code de procédure pénale suisse). À l'exception de la réclusion à perpétuité (« internement à vie »), il n'existe pas de contrôle automatique de la légalité d'une détention.

43. De la même manière, le droit de former des recours en appel distincts contre des décisions de justice relatives à l'exécution de mesures restrictives est expressément prévu dans la législation relative à la procédure pénale en France²⁵, en Grèce²⁶, en Norvège²⁷, en Pologne²⁸, en République de Moldova²⁹ et en Fédération de Russie³⁰.

44. Étant donné que tous les pays examinés sont liés par l'article 5, paragraphe 4, de la Convention, ils appliquent tous un système de contrôle de la détention, qu'il s'agisse d'un contrôle périodique automatique ou de la possibilité de demander une remise en liberté. La décision relative à ce contrôle peut être rendue par le même juge (juge d'instruction ou tribunal) ou par un autre juge (juge différent au sein de la même instance ou composition différente). Dans tous les pays examinés, un recours est possible, mais dans certains d'entre eux (en Lettonie mais aussi en Ukraine), le recours n'est pas « distinct », en ce sens qu'il ne peut être introduit immédiatement mais uniquement dans le cadre d'un recours portant sur le jugement au fond.

VIII. Analyse

45. Les droits fondamentaux des suspects ou des personnes faisant l'objet de poursuites dans le cadre de procédures pénales sont garantis par l'article 5 de la CEDH (droit à la liberté et à la sûreté des personnes), qui est la *lex specialis* en matière de détention par rapport à l'article 6 (droit à un procès équitable) et à l'article 13 (droit à un recours effectif) de la Convention. Ces droits ont été évalués et ont pris un caractère concret grâce à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et aux recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, en tant que normes qui reposent sur plusieurs principes : la détention provisoire ne peut être obligatoire ni régulière pendant l'instruction ni pendant le procès (principe du caractère exceptionnel de la détention) ; les décisions relatives à la détention provisoire ne peuvent être prises que par un tribunal (principe d'*habeas corpus*) ; la personne concernée par la détention provisoire doit disposer d'informations suffisantes et de possibilités pour assurer sa défense (principe du procès équitable) ; le droit de recours en appel (ou d'une autre voie de recours ayant le même effet) doit être assuré ; la durée de la détention provisoire doit être surveillée, non seulement à la demande du prévenu mais également *ex officio* (principe du contrôle régulier) ; si la détention provisoire n'a pas été suivie d'une condamnation ou si la condamnation a été par la suite changée en acquittement par une juridiction supérieure, une indemnisation doit être accordée à la personne concernée (principe d'indemnisation).

46. La Convention européenne des droits de l'homme exige un contrôle judiciaire de la légalité de la détention provisoire. Cela ne signifie pas en soi que le contrôle judiciaire périodique des personnes placées en détention provisoire devrait être effectué par un juge différent de celui

²⁵ Code de procédure pénale français, articles 185 et suiv.

²⁶ Code de procédure pénale grec, article 285, voir Georgios Pyromallis, *Pre-trial detention rules in Europe, with emphasis on EAW*,

http://www.ecba.org/extdocserv/conferences/madrid2009/Pyromallis_pretrialdetention.pdf

²⁷ Code de procédure pénale norvégien, article 378(2)

²⁸ Code de procédure pénale polonais, article 252, paragraphes (1) et (3)

²⁹ Code de procédure pénale moldave, article 196(2)

³⁰ Code de procédure pénale russe, article 389.2

qui a ordonné le placement en détention. Dans l'arrêt *Kučera c. Slovaquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu la conclusion suivante :

« L'article 5 § 4 n'astreint pas les États contractants à instaurer un double degré de juridiction pour l'examen de la légalité de la détention ni pour statuer sur les demandes de remise en liberté. »³¹

47. Le droit interne peut également garantir ce contrôle judiciaire en première instance, par exemple en obligeant le tribunal de première instance à procéder à un contrôle (d'office) de la légalité de la privation de liberté à intervalles raisonnables.

48. D'après les normes européennes, il est donc impératif que le droit national prévoie qu'une décision de justice soit rendue pour imposer un placement en détention en vertu de l'article 5, paragraphe 3, et qu'il soit possible d'introduire un recours devant les tribunaux pour examiner la légalité de cette détention (et non de la première décision) conformément à l'article 5, paragraphe 4. La CEDH n'exige pas qu'un recours en appel soit disponible contre ces décisions.

49. Cela dit, la CEDH n'énonce que des normes minimales. De toute évidence, un législateur national (constitutionnel) est autorisé à prévoir la possibilité de faire appel de mesures provisoires, comme un placement en détention provisoire, ordonnées par un tribunal de première instance et de confier l'examen de ce recours à une instance d'appel (voir les exemples ci-dessus). Il s'agit de déterminer si ce recours doit être examiné immédiatement ou s'il peut être suspendu, pour des raisons d'efficacité de la procédure, jusqu'à ce que le jugement sur le fond soit rendu.

50. De l'avis de la Commission de Venise, il est préférable d'instituer un recours en appel distinct qui sera examiné immédiatement, pour les raisons suivantes :

- Contrairement aux décisions portant sur les demandes de mise en liberté formulées par la suite, un recours en appel – sur lequel statue un juge différent qui n'a pas participé à la décision initiale et qui n'a donc pas de parti pris en faveur de la détention – permet de corriger les erreurs susceptibles d'avoir été commises lorsque la décision de placer ou de maintenir le suspect en détention a été prise et donc d'éviter les détentions illégales.
- Sur un sujet aussi important que la privation de liberté, un contrôle supplémentaire en temps utile est préférable à un contrôle *a posteriori*, qui pourrait intervenir alors que la libération n'est plus possible et qui ne déboucherait que sur une indemnisation.

La pratique dominante dans les États européens examinés confirme cette conclusion.

51. On peut répondre à l'argument selon lequel de tels recours entraîneraient des retards et donc une inefficacité de la procédure par l'instauration de délais stricts pour introduire ces recours.

52. Même si l'article 5, paragraphe 4, de la Convention n'exige pas en tant que tel que la loi ukrainienne prévoie des procédures permettant d'introduire des recours distincts contre une décision du tribunal de première instance relative à un placement en détention, l'adoption de dispositions de ce type constituerait une avancée importante pour garantir la liberté des personnes.

³¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Kučera c. Slovaquie*, Requête n° 48666/99, paragraphe 107, 17 juillet 2007

IX. Conclusion

53. Le président de la Cour constitutionnelle d'Ukraine a demandé à la Commission de Venise de lui remettre un mémoire d'*amicus curiae* sur la question suivante : « l'absence de procédure juridique dans le droit national ukrainien permettant à un individu de former un recours contre une décision de justice concernant le choix ou l'extension d'une mesure préventive, adoptée avant qu'un jugement ne soit rendu sur le fond de l'affaire, est-elle conforme aux normes européennes dans le domaine des droits de l'homme et de l'État de droit ? »

54. Le présent mémoire d'*amicus curiae* a établi que l'article 5, paragraphe 4, de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas à lui seul qu'un recours en appel soit institué. Un contrôle (automatique) de la détention est suffisant au regard de cette disposition.

55. La Recommandation Rec(2006)13 du Comité des Ministres va cependant plus loin que l'article 5, paragraphe 4, et prévoit un « droit de faire appel » contre une décision relative à une détention.

56. En tout état de cause, l'instauration de la possibilité de former un recours en appel serait une mesure importante pour garantir la liberté des personnes. Le fait qu'une décision soit rendue en appel par un juge différent de celui qui a ordonné la détention – et qui pourrait avoir un parti pris en faveur de sa première décision – permet de corriger les erreurs susceptibles d'avoir été commises dans cette décision. Un recours distinct – assorti de délais stricts – est préférable à une demande de contrôle a posteriori qui pourrait intervenir trop tard pour que soit prononcée une remise en liberté et qui ne donnerait lieu qu'à une indemnisation. Les pratiques établies dans un certain nombre d'autres pays européens confirment cette conclusion.

57. Il appartient à la Cour constitutionnelle d'Ukraine de décider si ces arguments doivent la conduire à conclure à l'inconstitutionnalité des dispositions du Code de procédure pénale en cause.

58. La Commission de Venise reste à la disposition de la Cour constitutionnelle d'Ukraine pour toute assistance complémentaire sur cette question.