

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/1083/2012

ACPR/98/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 9 mars 2012

Entre

A _____, comparant par Me Pierre BAYENET, avocat, rue Verdaine 6, case postale 3215, 1211 Genève 3,

recourant,

contre le mandat d'enquête décerné le 5 février 2012 par le Ministère public,

Et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565 - 1211 Genève 3,

intimé.

Communiqué la décision aux parties en date du vendredi 9 mars 2012.

EN FAIT

- A. Par acte du 14 février 2012, déposé le même jour au greffe de la Chambre de céans, A_____ recourt contre la décision par laquelle, le 5 février 2012, le Ministère public a chargé la police de, notamment, procéder, hors la présence « *des* » prévenus, « *des plaignants* » et de leurs avocats, à l'audition de toxicomanes susceptibles de le reconnaître comme fournisseur de stupéfiants. Il conclut à l'annulation de cette décision, au rétablissement de son droit de participer aux actes d'instruction et à la constatation que les actes effectués hors sa présence ne pourront pas être exploités contre lui.
- B. Il résulte du dossier les faits pertinents suivants :
- a) A_____ , en détention provisoire depuis le 20 janvier 2012, est prévenu, pour l'essentiel, d'infraction à la loi fédérale sur les stupéfiants pour s'être livré à un trafic d'héroïne dans la région de _____. Mis en cause par deux toxicomanes, il conteste les faits. Les données relatives aux deux téléphones mobiles dont il était porteur sont en cours d'exploitation.
- b) Le 5 février 2012, le Ministère public a décerné le mandat d'enquête présentement querellé.
- C. a) À l'appui de son recours, dont la substance consiste essentiellement dans la citation *in extenso* des dispositions légales qu'il affirme violées par le Ministère public, A_____ estime que les investigations déléguées à la police ne pouvaient pas se fonder, en l'occurrence, sur l'art. 309 al. 2 CPP, comme indiqué en tête du mandat d'enquête, mais sur l'art. 312 al. 1 CPP. Or, une telle délégation était beaucoup trop large « *puisque elle n'indique pas l'identité des personnes à entendre* ». On ne voyait pas non plus ce qui justifiait d'exclure le prévenu ou son conseil de participer à l'audition de ces témoins.
- b) Dans ses observations, le Ministère public conclut principalement à l'irrecevabilité du recours, faute pour le mandat d'enquête d'être une décision ou un acte de procédure au sens de l'art. 393 al. 1 let. a CPP. Si le recours était jugé recevable, il restait néanmoins inconcevable de lier le déroulement de l'enquête « *sur la base d'une décision sur recours, rendue de manière purement abstraite* », de sorte que son rejet s'imposait de toute manière sur le fond. Le Ministère public concède qu'il eût été plus clair d'émettre deux mandats distincts, l'un fondé sur l'art. 309 al. 2 CPP, l'autre sur l'art. 312 CPP, dans la mesure où une partie des investigations confiées à la police portait sur les charges actuellement retenues contre A_____ , et l'autre sur la recherche d'éléments nouveaux, susceptibles d'aggraver la prévention. Sur ce second point, les preuves principales n'étaient pas encore administrées, et, s'agissant d'auditions de toxicomanes, c'était une pratique usuelle du Ministère public que de les réentendre ultérieurement, en présence du prévenu et de son défenseur.
- c) A_____ n'a pas répliqué.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté dans la forme prévue par la loi (art. 385 al.1 et 390 al. 1 CPP) et émane du prévenu, qui, en qualité de partie à la procédure (art. 104 al. 1 lit. a CPP), a un intérêt juridiquement protégé à en obtenir l'annulation (art. 382 al. 1 CPP). Le délai légal (art. 396 al. 1 CPP) a été observé, dans la mesure où, indépendamment de toute notification ou communication, l'acte de recours a été déposé dans les dix jours suivant la date de la décision attaquée.
2. Encore faut-il qu'il soit dirigé contre une décision du Ministère public sujette à recours (art. 393 al. 1 lit. a CPP). Le recourant prétend que oui, dans la mesure où la décision attaquée impose une restriction des droits de la défense. Le Ministère public soutient le contraire, la délégation d'actes à la police n'étant qu'un acte interne, non attaquant. La question à résoudre ne se présente toutefois pas en ces termes. En effet, le recourant a, certes, remis en cause la justesse de la base légale citée en tête du mandat querellé ; mais il s'en prend, en réalité, à la partie de cette décision qui porte sur l'identification et l'audition d'autres toxicomanes que ceux déjà identifiés et entendus, au motif qu'il s'agirait d'un mandat trop général, et à la partie qu'il affirme l'exclure des dites auditions, au motif que son droit d'y participer s'appliquait aussi lorsqu'elles avaient été déléguées à la police. Chacun de ces moyens doit être examiné séparément.
3. **3.1.** Selon l'art. 309 al. 2 CPP, le ministère public peut renvoyer à la police, pour complément d'enquête, les rapports et dénonciations qui n'établissent pas clairement les soupçons retenus ; il s'agit de mettre le ministère public en situation d'apprécier s'il dispose d'éléments suffisants pour ouvrir l'instruction, ce qu'il ne pourra décider qu'une fois éclairé par le rapport complémentaire attendu (N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, Zurich 2009, n. 8 ad art. 309). La référence à l'art. 309 al. 2 CPP n'est donc pas pertinente en l'espèce, puisqu'une instruction a été ouverte. Dès lors – et le statut de prévenu étant davantage une notion matérielle, liée au constat qu'une procédure pénale est dirigée contre une personne déterminée, plutôt qu'une notion formelle dépendant d'une « mise en prévention », ou d'une notification de charges, préalable (cf. ACPR/230/2011 ; ACPR/358/2011) –, la recherche d'éventuelles nouvelles infractions à imputer à un prévenu ne peut que se fonder sur l'art. 312 CPP. Au surplus, il est admis qu'en présence d'infractions telles qu'un trafic de stupéfiants, une extension formelle de l'instruction, au sens de l'art. 311 al. 2 CPP, n'est en principe pas nécessaire (N. SCHMID, *op. cit.*, n. 6 ad art. 311). Selon l'art. 312 al. 1 CPP, le ministère public peut, même après l'ouverture de l'instruction, charger la police d'investigations complémentaires, pourvu qu'il lui donne des directives écrites, limitées à des actes d'enquête précisément définis. De tels mandats, tout comme ceux qui sont fondés sur l'art. 309 al. 2 CPP, ne sont pas sujets à recours, au sens de l'art. 393 al. 1 lit. a CPP (N. SCHMID, *op. cit.*, n. 2 ad art. 393). Par conséquent, en tant qu'il s'en prend au fait d'avoir chargé la police d'investigations complémentaires – que celles-ci portent sur la découverte de nouvelles infractions ou sur l'approfondissement et le détail de celles déjà imputées au prévenu –, le recours est irrecevable.
- 3.2.** Le grief d'une formulation trop générale du mandat décerné serait, de toute façon, manifestement mal fondé en l'espèce. On ne voit pas comment il pourrait être exigé du

Ministère public qu'il désignât déjà les personnes à entendre, alors que son intention est, précisément, de les identifier si elles existent, ce qui est la nature même de recherches complémentaires. Lui imposer de se faire, dans un premier temps, communiquer le résultat de ces recherches avant d'être autorisé, dans un second temps, à charger formellement la police des auditions, nominatives, qu'elles rendraient nécessaires serait source de perte de temps injustifiée, en particulier dans les procédures soumises, comme en l'espèce, à une exigence accrue de célérité en raison de la détention du prévenu (art. 5 al. 2 CPP).

4. **4.1.** Dans le contexte d'auditions, régies par l'art. 146 CPP, la police peut être chargée d'interrogatoires, y compris de témoins sur délégation du ministère public, si le droit cantonal le prévoit (art. 142 al. 2, 2^e phrase, CPP) ; ce qui est le cas à Genève (art. 23 LaCP). Les participants à la procédure jouissent alors des droits accordés dans le cadre des auditions effectuées par le ministère public (art. 312 al. 2 CPP). Il s'agit de garantir le droit de participation, au sens de l'art. 147 CPP (N. SCHMID, *op. cit.*, n. 13 ad art. 312). À ce stade, la question n'est donc pas de savoir si le ministère public conduira lui-même, comme il se l'est d'ailleurs réservé à juste titre en l'espèce (cf. N. SCHMID, *op. cit.*, n. 8 ad art. 146), les confrontations que le résultat de ces auditions ferait apparaître comme essentielles ou décisives : la question est de savoir si et à quelles conditions le prévenu peut être privé des droits réservés par l'art. 312 al. 2 CPP. Or, le recours est ouvert contre les restrictions du droit d'être entendu (N. SCHMID, *op. cit.*, n. 4 ad art. 108). En tant qu'il exclut le prévenu ou son défenseur des auditions de témoins confiées à la police, le mandat d'enquête du 5 février 2012 peut, par conséquent, être attaqué par-devant la Chambre de céans.

4.2 Selon l'art. 147 CPP, les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves par le ministère public (al. 1), faute de quoi ces preuves risqueraient de ne pas être exploitables à la charge de la partie absente (al. 4). Toutefois, s'il s'agit de recueillir la déposition d'autres prévenus – lesquels doivent être entendus séparément (art. 146 al. 1 CPP) – , le prévenu ne peut qu'obtenir une confrontation ultérieure devant le ministère public, en présence de toutes les parties, comme l'a déjà jugé la Chambre de céans (ACPR/93/2011) ; cette solution est, au demeurant, également consacrée par la jurisprudence zurichoise (ZR 110 [2011] n° 39). En revanche, même si l'art. 146 CPP ne distingue pas les qualités des personnes à entendre, puisqu'il s'étend à toute « personne » ou « comparant », il n'est pas sûr qu'elle s'applique lorsque, comme en l'espèce, la police a été chargée d'auditionner des *témoins*, fussent-ils encore à identifier. En effet, si le droit de participer aux actes délégués à la police peut être suffisamment satisfait par la présence de l'avocat du prévenu (N. SCHMID, *op. cit.*, n. 5 ad art. 147), il n'en reste pas moins que – sauf restriction fondée sur une base légale expresse, comme par exemple les art. 108 al. 2 et 149 CPP – ce défenseur doit au moins s'être vu offrir la possibilité d'être présent (N. SCHMID, *op. cit.*, n. 6 ad art. 147) et, le cas échéant, physiquement admis dans la pièce où se déroulera l'audition envisagée (N. SCHMID, *op. cit.*, n. 7 ad art. 147). Sur ces questions, la décision querellée retient à tort que les « preuves principales » n'auraient pas été administrées. En effet, ce motif de restriction du droit d'être entendu s'applique à la consultation du dossier (cf. art. 101 al. 1 CPP), non aux auditions. Dans ses observations, le Ministère public ajoute qu'il s'agirait, pour lui, du mode « *usuel* » d'entendre des toxicomanes. Toutefois, autant il pourrait s'avérer justifié de ne pas mettre en présence le

toxicomane et son fournisseur, autant il ne saurait se présumer que le conseil de ce dernier doit être exclu par principe de telles auditions. Il s'ensuit que le recourant se plaint à juste titre de l'absence de « *justification factuelle* » à la décision entreprise, en tant qu'elle exclut, pour des motifs erronés, le droit de son défenseur de participer aux auditions de toxicomanes qu'il aurait approvisionnés. Sur ce point, le recours est fondé, et la cause sera renvoyée au Ministère public pour qu'il statue à nouveau (art. 397 al. 2 CPP).

5. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis, dans la mesure où il est recevable. Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause, ne sera pas astreint à supporter les frais envers l'État. Ayant sollicité du Ministère public le bénéfice de l'assistance judiciaire, il ne saurait être indemnisé, non plus que son conseil (ACPR/58/2012).

* * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

Admet, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté par A_____ contre le mandat d'enquête décerné le 5 février 2012 par le Ministère public.

Cela fait, annule partiellement ce mandat, au sens des considérants, et renvoie la cause au Ministère public pour nouvelle décision.

Laisse les frais de la procédure à la charge de l'État.

Siégeant :

Messieurs Christian COQUOZ, président ; Louis PEILA et Christian MURBACH, juges ; Julien CASEYS, greffier.

Le Greffier :

Julien CASEYS

Le Président :

Christian COQUOZ

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.