



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de droit pénal et sciences pénales
Dirigé par Monsieur Yves Mayaud
2011

Quel droit au silence en procédure pénale ?

Elsa Monceaux

Sous la direction de Monsieur Didier Rebut

Remerciements

Merci au Professeur Didier REBUT pour le sujet passionnant qu'il m'a proposé. Ses précieux conseils ainsi que sa disponibilité ont su guider l'avancée de mon travail.

Je suis également reconnaissante au Professeur Yves MAYAUD, pour l'attention qu'il nous a portée tout au long de cette année et sa volonté de nous enseigner une autre lecture des textes.

Je remercie M. l'Avocat général BOCCON-GIBOT, pour son accueil à la Chambre criminelle et son éclairage sur son fonctionnement. Il a rendu ce stage passionnant et m'a offert l'occasion d'échanger sur le droit au silence.

Merci à tous ceux qui m'ont aidée dans l'élaboration de ce mémoire.

Rien de ce qu'ils auront pu dire ne pourra être retenu contre eux...

Abréviations

AN	Assemblée nationale
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
C.cass	Cour de cassation
C.civ	Code civil
C. cons.	Conseil constitutionnel
CCPR	Centre for Civil and Political Rights (Comité des droits de l'homme de l'ONU)
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des communautés européenne (CJUE depuis le Traité de Lisbonne)
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNDS	Commission nationale de déontologie de la sécurité
Coll.	Collection
Conv.EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CP	Code pénal
CPI	Cour pénale internationale
CPP	Code de procédure pénale
D.	Recueil Dalloz
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JO	Journal officiel
ONU	Organisation des Nations Unies
OPJ	Officier de police judiciaire
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rev.	Revue
RPP	Règlement de procédure et de preuve (TPIY et TPIR)
T.corr.	Tribunal correctionnel
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda

Sommaire

Introduction.....	1
Partie 1 : Le droit au silence, composante essentielle du procès équitable.....	9
Chapitre 1 : Un droit affirmé avec force.....	10
Section 1 : La reconnaissance par les textes nationaux et internationaux.....	10
Section 2 : Un droit au cœur de la notion de procès équitable	21
Chapitre 2 : Un droit conservant néanmoins des contours flous.....	35
Section 1: L'admission conditionnelle de l'usage de moyens de coercition	35
Section 2 : La possibilité encadrée de tirer des conséquences du silence	43
Partie 2 : Le droit au silence, garantie indispensable de la procédure pénale française	49
Chapitre 1: Quand les juges montrent la voie.....	50
Section 1: La fermeté de la Cour européenne des droits de l'homme	50
Section 2: L'ambivalence des juridictions internes.....	55
Chapitre 2 : Quand le législateur l'entend : une réforme en marche	66
Section 1: Les différents projets	66
Section 2 : Des garanties à apporter.....	76
Conclusion.....	84

Introduction

« *Le silence doit se concevoir comme la liberté de la pensée intérieure, il n'est pas de valeur qui y soit supérieure* »¹, énonçait le Doyen CARBONNIER dès 1954.

D'une plume plus prosaïque, le Petit Robert décrit le silence comme étant « *l'état d'une personne qui s'abstient de parler ou de correspondre. Au figuré, cessation de tout bruit* »². Son homologue Larousse indique : « *Fait de se taire, de ne rien dire* »³. Le dictionnaire juridique de Gérard CORNU⁴ reprend la même définition épurée : « *Fait de se taire* ». S'y ajoute une seconde acception : « *Fait, pour une personne, de ne pas révéler ce qu'elle sait, contrairement, en général à ce qu'elle devrait* ». Si la connotation apparaît péjorative, elle confine plus au dol en droit des obligations qu'à la matière pénale.

Le Doyen CARBONNIER compare le silence à une « *liberté de pensée* » qui serait intérieure. Son symétrique, la liberté d'expression, est plus fréquemment revendiqué. Louis-Edmond PETTITI prolonge cette idée, en soulignant que si la parole est au cœur de la personnalité, sa contre-face est le silence, et le droit à garder celui-ci⁵. Le silence permet d'être maître de sa communication avec autrui et constitue une arme majeure du discours, à l'instar de ses doubles notoires que sont les libertés de pensée et d'expression. On peut être « réduit » au silence, comme on peut vouloir « l'observer ».

La délicate définition du droit au silence – Le silence revêt une acception particulière en droit, et spécialement en procédure pénale, où il peut y être revendiqué comme « *droit* » à part entière. Il n'apparaît plus comme le pendant de la liberté d'expression, mais comme celui du libre aveu. Rappelons que l'aveu réside dans les « *déclarations par lesquelles l'intéressé reconnaît, en totalité ou en partie, le bien-fondé des accusations portées contre lui* »⁶. Or, loin d'être clairement distingués, silence et aveu sont souvent assimilés en pratique.

D'un point de vue sociologique, pourtant, cette assimilation n'est pas immédiate. La tendance naturelle qui consiste à considérer que le refus de répondre aux questions portant sur les circonstances d'un délit équivaut à un aveu ne serait pas fondée logiquement. La règle sociologique de la « *pertinence préférentielle* »⁷ indique qu'une question, un silence ou une hésitation tendent à être interprétés dans le sens d'un refus de l'initiative engagée par la question. Ainsi, un silence après une offre s'oriente plutôt vers un refus de l'offre, après une demande vers le

1 CARBONNIER, Jean. Le silence et la gloire. *D.* 1951. Chron. p. 119

2 Définition du silence in Le Petit Robert de la langue française, Ed. 2011

3 Définition du silence in Petit Larousse illustré 2011, Coll. Larousse

4 Définition du silence in *Vocabulaire juridique*, sous la direction de CORNU, Gérard, PUF, 8^{ème} éd., 2007

5 In BOULOC, Bernard, de BECO Réginald, LEGROS Pierre. *Le droit au silence et la détention provisoire*. Brylant, 1997. p. 7

6 MERLE, Roger, VITU, André. *Traité de droit criminel*. Procédure pénale, 5^e éd., t. II, Paris, Cujas, 2001, p. 234

7 DULONG, Renaud. *Le silence comme aveu et le « droit au silence »*. Langage et société n° 92, juin 2000, p. 28

caractère problématique de la demande, après une quête d'information vers un aveu d'ignorance... L'interprétation du silence comme aveu, c'est-à-dire comme acceptation de l'accusation, apparaît donc comme une exception, ou un renversement du sens de la règle.

Le « droit au silence » est souvent paré de guillemets, pour tout ce qu'il dégage de doute et d'indéfinition. Un consensus se dégage toutefois pour le caractériser comme le fait, pour une personne suspecte ou mise en cause, de ne pas être tenue de répondre aux questions qui lui sont posées ou de faire des déclarations spontanées lors d'une audition ou d'un interrogatoire, spécialement si celles-ci seraient de nature à conforter des poursuites contre elle. Si *stricto sensu*, le droit de garder le silence se confond avec le droit de se taire, au sens large il peut aussi prendre la forme d'un refus de s'exprimer par écrit⁸.

Le droit au silence implique par conséquent le droit de ne pas parler sans encourir de responsabilité pénale directe. Il postule encore que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé.

Les multiples dénominations prêtées au droit au silence confirment l'ambiguïté de sa délimitation. Juge et législateur emploient alternativement les expressions « *droit de garder le silence* », « *droit de se taire* », ou encore « *droit au silence* ». Concernant le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, on peut lire : « *droit de ne pas témoigner contre soi-même* », « *droit de ne pas s'auto-incriminer* », ou « *droit de ne pas s'auto-accuser* ». Si les nuances paraissent infimes, elles révèlent un concept imprécis.

La même ambivalence s'observe dans les termes anglo-saxons. On substitue aisément au « *right of silence* » ou « *right to silence* »⁹, l'expression « *privilege against self-incrimination* ». Le terme « *privilege* » est particulièrement équivoque, car il implique une faveur. Le vocable « *droit* » désigne plutôt une liberté protégée.

On ne saurait s'étonner de cette similitude de langage, le droit français s'étant familiarisé avec le concept de droit au silence dans les années 1990, en s'inspirant directement des précédents anglo-saxons.

Plusieurs distinctions s'imposent, pour saisir avec plus de finesse la notion de droit au silence. Tout d'abord, ce droit doit être distingué de celui de ne pas s'auto-incriminer. En les citant cumulativement, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) montre en effet qu'il s'agit de concepts distincts¹⁰. Elle va plus loin, en précisant dans l'arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* que : « *Le droit de se taire et - l'une de ses composantes - le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues [...]* »¹¹. Aussi, pour une partie de la doctrine¹², le droit de ne pas s'auto-incriminer participe du droit au silence. En taisant les informations, l'accusé tairait entre autres les éléments de nature à l'impliquer. Cette conception n'est pas partagée par tous.

8 ROETS, Damien. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *AJ pénal* 2008, p. 119

Pour le droit au silence lato sensu, voir l'arrêt CEDH, Gr. ch., 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*. *Dr. pén.* 2008. Chron. 3, obs. Dreyer

9 On peut y voir la distinction entre un « droit de » (droit-liberté) et un « droit à » (droit-créance)

10 Dans l'arrêt CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*. Requête n° 1466/07, la Cour souligne que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme exige que l'avocat soit mis en mesure d'informer son client de son « *droit de garder silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire* »

11 CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*. Rec. 1996-VI, § 68

12 Notamment Louis-Edmond PETTITI, voir note 5

D'autres auteurs¹³ considèrent à l'inverse que le droit de garder le silence est un aspect du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Le droit de ne pas s'auto-incriminer, protéiforme, s'incarnerait au premier chef dans le droit de se taire, mais comprendrait également le refus de produire des documents contre soi-même¹⁴. Étonnamment, ces derniers auteurs s'appuient eux aussi sur l'arrêt *Saunders*, mais retiennent un autre passage : « *Toutefois, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence* »¹⁵. La position de la Cour européenne semble ici ambivalente. Aussi une dernière partie de la doctrine a-t-elle décidé d'assimiler pleinement les deux notions¹⁶.

L'interprétation selon laquelle le droit au silence est une composante du droit de ne pas s'auto-incriminer semble la plus pertinente. L'étude s'attachera donc prioritairement au droit au silence, mais s'élargira parfois au droit de ne pas s'auto-incriminer, à la manière de la jurisprudence qui oscille entre les deux concepts.

Il faut aussi distinguer le droit au silence proprement dit de sa notification. En effet, si l'on considère le droit au silence comme le droit de ne pas parler sans encourir de responsabilité pénale directe, ce dernier est alors consacré dans la plupart des démocraties, à l'instar de la France. Que le suspect s'exprime ou non n'empêche pas le juge de condamner ou d'innocenter. Le droit français, sans reconnaître le droit au silence, l'admet.

La notification du droit de se taire apparaît alors comme l'enjeu véritable. D'ailleurs, l'usage de l'expression « *droit au silence* » constitue souvent une facilité de langage pour désigner en réalité le droit de se voir notifier cette garantie.

L'effectivité du droit au silence n'apparaît que lorsqu'il existe un choix réel pour le suspect de se taire, c'est-à-dire quand il en a été informé. Charlotte GIRARD souligne à juste titre : « *C'est la conscience de détenir un droit qui donne vie à ce droit* »¹⁷. La notification du droit au silence apparaît inhérente au droit lui-même. Par conséquent, l'analyse portera plus particulièrement sur le droit de se voir notifier le droit au silence.

Fondements juridiques - La définition du droit au silence est fluctuante ; ses fondements le sont tout autant. Des auteurs¹⁸ relèvent que la CEDH s'est appuyée sur la présomption d'innocence pour déduire que l'accusé jouissait d'un droit au silence.

La présomption d'innocence est le principe selon lequel, dès qu'une personne est accusée et aussi longtemps que le juge ne s'est pas prononcé au terme d'un procès équitable, aucune accusation n'a valeur de vérité (quand bien même elle aurait fait des aveux). Ce principe fonctionne donc d'une façon paradoxale : c'est parce qu'elle est soupçonnée, poursuivie ou accusée que la personne est présumée innocente¹⁹. En l'absence de texte renversant la charge de la preuve, la présomption d'innocence²⁰ a pour effet normal de dispenser la personne suspecte d'établir son

13 Notamment Damien ROETS, voir note 8

Voir aussi DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUER Laurence. *Traité de procédure pénale*. Ed. Economica, 2009. p. 396

14 CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*. Série A n° 256-A et CEDH, 3 mai 2001, *J.B.c. Suisse*. Rec.2001-III

15 CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*. Rec. 1996-VI, § 69

16 Ainsi Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON associent « *droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer* » dans leur ouvrage *Procédure pénale*. Litec. 6^e éd., 2010. p. 473

17 GIRARD, Charlotte. *Culpabilité et silence en droit comparé*. L'Harmattan, 1997. p. 145

18 Notamment Michel FRANCHIMONT, Ann JACOBS et Adrien MASSET in *Manuel de procédure pénale*, 2^e éd. Larcier, 2006

19 COSTE, Jean-Louis. Statut de la parole et présomption d'innocence. *AJ pénal*, 2004. p. 402

20 Le principe de la présomption d'innocence réside (ordre interne) à l'art. préliminaire du CPP et art. 9 DDHC, (ordre international) à l'art. 6§2 Conv.EDH et art. 14 PIDCP

La formulation « *présomption d'innocence* » a pu être critiquée, car elle laisse à penser qu'il y a une sorte de

innocence. Elle ne doit rien prouver et peut se cantonner dans un rôle de contestation purement passive. Présomption d'innocence et droit au silence partagent un enjeu majeur : la charge de la preuve.

Louis-Edmond PETTITI²¹, tout en reconnaissant ce lien intime avec la présomption d'innocence, estime quant à lui que le fondement principal du droit au silence est d'ordre moral. Il serait alors un élément du respect dû à la dignité de la personne.

D'autres²² enfin rappellent que les parties privées, le suspect en premier lieu, ne sont plus astreintes au respect de la loyauté en procédure pénale. La personne poursuivie n'est donc pas tenue d'aider juges et enquêteurs contre ses propres intérêts. Elle bénéficierait même, sinon d'un droit, au moins d'une liberté de mentir.

Contraindre une personne à s'auto-accuser est enfin le comble de la violation des droits de la défense, puisque la personne mise en cause devient son propre accusateur.

Fondements historiques - Les origines historiques du droit au silence semblent plus aisées à établir. La question de la présence d'un droit au silence en France amène à examiner les différences notoires existant avec le Royaume-Uni. Pourquoi, alors que les deux pays sont réputés quant à leur action en faveur des droits de l'individu, le droit au silence peine à trouver une place en droit français ? Le lien entre l'histoire des droits de la défense et la forme des procédures criminelles (accusatoire *versus* inquisitoire) s'impose immédiatement.

La tradition inquisitoire - Le système inquisitoire trouve son origine dans les dernières institutions du droit romain impérial, mais resurgit surtout au Moyen-âge. Le Tribunal de l'Inquisition fut créé par le Concile de Latran, face à la montée des hérésies médiévales²³. De nombreux auteurs considèrent que cette instance a joué un rôle décisif dans l'émergence de nos institutions, en instaurant notamment une conception particulière de la vérité pénale.

Ce tribunal ecclésiastique imposait à ceux qu'il avait à entendre un serment préalable qui, transformant en parjure le mensonge, le rendait impossible pour des chrétiens²⁴. En visant la révélation des hérésies par des aveux volontaires ou forcés, l'Inquisition justifie l'emploi de moyens radicaux, qui diminuent d'autant les concepts de justice naturelle et d'humanité.

Au cours du Moyen-âge, la procédure inquisitoire outrepassa les juridictions ecclésiastiques pour se répandre à tous les tribunaux ordinaires des pays d'Europe, à l'exception notable de l'Angleterre²⁵.

La procédure inquisitoire se distingue par quatre principes majeurs : la poursuite des criminels intéresse la société en général (ce qui justifie que le pouvoir central procède d'office) ; le juge est délégué par le pouvoir central ; il est tenu de contribuer lui-même à la recherche de la vérité ; l'instruction est écrite, secrète et non-contradictoire.

La procédure employée devant les juridictions religieuses s'avère intrinsèquement incompatible avec tout refus de répondre : si l'individu se montre incapable de prouver son

vraisemblance de l'innocence de la personne poursuivie (ce qui est loin d'être avéré)

21 PETTITI, Louis-Edmond. Droit au silence. Documentação e Direito Comparado, n° 75/76. 1998

22 AMBROISE-CASTEROT, Coralie. Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité. *AJ pénal*, 2005, p. 261

23 L'Inquisition, qui visait en premier lieu la répression des excès du clergé, fut ensuite étendue aux hérétiques.

Les évêques avaient pour devoir de rechercher les hérétiques et de remettre les personnes reconnues coupables au bras séculier pour la punition

24 DULONG, Renaud. Voir note 7. p.40

25 L'influence moindre du droit pontifical en Angleterre s'explique par la résistance historique de cette dernière au droit de Rome

innocence, il est aussitôt soumis à un interrogatoire dont le but déclaré est d'obtenir de lui un aveu d'hérésie. De l'échec de la preuve de la foi découle immédiatement l'obligation de s'accuser soi-même. Une fois cet aveu acquis, une peine, plus ou moins lourde, est fixée. La « question » est de plus en plus identifiée comme un moyen de preuve supplémentaire en cas d'échec d'un interrogatoire simple. Le recours au serment de dire la vérité exclut donc le recours au silence, celui-ci étant assimilé à un aveu de culpabilité.

A la même époque, Philippe de BEAUMANOIRE²⁶ décrit l'aveu comme la preuve « *la meilleure, la plus claire et la moins coûteuse de toutes* ». Il est aujourd'hui encore considéré par certains comme la reine des preuves en matière pénale.

La voix de parlementaires, tel Jean-Christophe LAGARDE, s'élève pour souligner que « *Notre pays est l'un des rares, depuis des siècles, à pratiquer la culture de l'aveu plutôt que celle de la preuve, les indices servant surtout à obtenir le premier et non à établir la seconde : un dossier comportant un aveu est considéré comme définitivement bouclé* »²⁷. On relève que c'est en matière de violences sexuelles ou familiales, où les éléments matériels de preuve sont rares, que la recherche d'aveux demeure la plus prégnante. D'aucuns vont même jusqu'à tracer un parallèle, au regard des moyens de pression utilisés pour obtenir ces aveux, entre la torture ayant cours sous l'Ancien régime, et le placement en détention provisoire, pouvant être utilisé comme une forme de contrainte psychologique.

Ce « mythe de l'aveu » n'a pas cours dans les pays anglo-saxons. Herbert HALTON²⁸ traduit parfaitement la divergence philosophique entre procédures inquisitoire et accusatoire : « *les systèmes anglais et français visent au même but, mais ils y tendent et y parviennent par deux routes différentes, qui quelquefois même se trouvent très éloignées l'une de l'autre [...]. Ce qui semble être par dessus tout l'objet des préoccupations du législateur français, c'est de punir l'accusé, pour sauvegarder les intérêts de la société ; et il s'attache tellement à ce soin qu'il semble bien perdre parfois de vue l'autre côté de la question, c'est-à-dire les intérêts de l'accusé. En Angleterre, au contraire, une poursuite criminelle est considérée, d'abord, comme une atteinte à la liberté individuelle de l'accusé ; et celui-ci est, en conséquence, le premier objet de la sollicitude du législateur. De sorte que, dans les cas où il paraît impossible de concilier les deux intérêts de la société et de l'accusé, le législateur anglais n'hésite pas à sacrifier ceux de la société* ».

Matthieu ARON²⁹ ajoute qu'il est inexact d'opposer ce qui serait une culture française de l'aveu à une culture de la preuve en Common law. Il considère plutôt que la France entretient une culture de la vérité. C'est selon lui pour cette raison que la procédure pénale française donne des pouvoirs d'investigation à la police et au juge d'instruction.

L'intrusion d'éléments accusatoires - Bien que l'Ordonnance criminelle de 1670 considérait le refus de répondre comme « *extrêmement méprisant pour la justice* »³⁰ (la parole étant une faveur, un droit protégeant la personne poursuivie), la controverse est déjà vive à cette époque. Certains mettaient en lumière le dilemme dramatique auquel était confronté l'individu : d'une part le droit naturel pousse l'homme à conserver sa vie, et d'autre part la religion du serment l'engage à dire la vérité. Aussi, dès le XIX^e siècle, on observe un assouplissement du caractère inquisitorial de la

26 Philippe de BEAUMANOIRE, rédacteur des coutumes de Beauvaisis en 1283

27 Table ronde du 17 novembre 2010, organisée par la Commission des Lois sur les jurisprudences relatives à la garde à vue. Accessible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-cloi/10-11/c1011016.asp>

28 HALTON, Herbert. *Étude sur la procédure criminelle en Angleterre et en France*. Thèse, Paris, 1898

29 ARON, Matthieu. *Gardés à vue*. Les Arènes, 2010

30 GIRARD, Charlotte. Voir note 17. p. 60

procédure, par l'injection d'éléments accusatoires.

La procédure accusatoire se caractérise comme suit : l'accusation est librement exercée par tout citoyen (un fait peut donc rester impuni) ; le juge n'est qu'un simple arbitre ; l'instruction (qui a lieu devant le juge) est contradictoire, orale et publique.

Le Code d'instruction criminelle de 1808 apparaît comme une œuvre de compromis. Puisant aux deux sources de notre procédure pénale que sont l'Ordonnance de 1670 et les lois révolutionnaires, il crée un système mixte, alliant procédures inquisitoire et accusatoire. Progressivement, l'idée d'un droit au silence se fait jour au sein de la doctrine. La reconnaissance par le droit positif sera beaucoup plus tumultueuse.

Une brève apparition - L'institution du droit au silence s'intègre dans le cadre plus vaste des droits de la personne gardée à vue. La garde à vue se définit comme une mesure en vertu de laquelle sont retenues, dans certains locaux non pénitentiaires et pour une durée limitée (variable selon le type d'infractions) des personnes qui, tout en n'étant ni prévenues ni inculpées, doivent rester à la disposition des autorités de police ou de gendarmerie pour les nécessités de l'enquête³¹.

La loi n'indique pas clairement que la garde à vue tend à faciliter les investigations policières³² et fait seulement allusion aux « *nécessités de l'enquête* »³³.

Cette mesure coercitive s'accompagne de garanties procédurales : depuis la loi du 4 janvier 1993³⁴, la personne retenue doit être informée de ses droits, a la possibilité de prévenir un proche, de demander à voir un médecin et à être assistée d'un avocat³⁵.

Ce n'est qu'à la faveur d'une loi du 15 juin 2000³⁶ que le droit au silence fut inscrit pour la première fois au titre des droits de la personne gardée à vue³⁷. L'article 63-1 du Code de procédure pénale disposait alors : « *La personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs* ». Comme évoqué précédemment, dès avant la loi du 15 juin 2000 la personne gardée à vue possédait la faculté de ne pas répondre aux questions, son refus ne pouvant faire l'objet d'aucune sanction. L'apport de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes est donc de consacrer l'obligation pour la police de notifier ce droit.

Toutefois, le « droit d'être informé de son droit à garder le silence » a rapidement été édulcoré par une loi du 4 mars 2002³⁸, qui assouplit également les conditions de mise en œuvre de

31 Définition de la garde à vue in *Vocabulaire juridique*, sous la direction de CORNU, Gérard, PUF, 8^{ème} éd., 2007

32 BOULOC, Bernard. Voir note 5. p.5

33 Art. 63 CPP (enquête de flagrance) : « *L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un infraction* ».

Art. 77 CPP (enquête préliminaire) : « *L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, garder à sa disposition toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un infraction* »

34 L. n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

35 Art. 63-1 et s. CPP

36 L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes
La loi opère une harmonisation, puisqu'elle prévoit la notification du droit au silence quelle que soit la nature de la procédure (instruction préparatoire, enquête préliminaire ou de flagrance)

37 Le projet de loi initial ne contenait pas d'article faisant du droit au silence une obligation positive. Trois amendements identiques furent déposés sur ce sujet, l'un émanant de la gauche parlementaire, les deux autres de la droite, ce qui montre l'importance du consensus sur cette question

38 L. n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

la garde à vue³⁹. Celle-ci prévoit, s'inspirant de la formulation relative à l'interrogatoire de première comparution, que « *la personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire* ».

Le droit au silence reste reconnu, mais dans une expression plus souple, qui rappelle d'abord la faculté de parler⁴⁰. Estimant la dernière formule encore trop rigoureuse, la loi 18 mars 2003⁴¹ abroge toute obligation de notifier à la personne gardée à vue son droit de se taire.

La notification du droit de garder le silence en droit français a donc fait une brève apparition, laissant place au silence sur le droit au silence. L'histoire chaotique de ce droit semble finalement à l'image des hésitations de la doctrine et du législateur, longtemps écartelés entre l'impératif de préservation de l'efficacité enquête et la nécessaire protection de la présomption d'innocence et des droits de la défense. L'enquête se trouve soumise à une exigence d'efficacité - légitimée par la recherche de la vérité - que les droits de la défense ne sauraient entamer, selon les syndicats de police.

C'est sans doute cette logique qui a conduit le législateur en 2003 à supprimer l'obligation de notification. Le rapport d'évaluation de la loi du 15 juin 2000 mettait en exergue que l'obligation de notifier le droit de ne pas répondre aux questions posées était mal perçue par les enquêteurs, ressentant une perte d'autorité. Deux circulaires⁴² de la Chancellerie annoncèrent les prémices de cette suppression. La première rappelle qu'il est « *bien sûr* » inutile que les enquêteurs informent le gardé à vue qu'il a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées avant de commencer son audition, « *car cette information renouvelée, non exigée par la loi, constituerait une incitation à se taire, qui pourrait d'abord être préjudiciable à l'intéressé* ». Les rapports parlementaires relatifs à la loi du 18 mars 2003 révèlent encore que la notification « *affaiblit la position des policiers devant le délinquant gardé à vue* », et que la logique qui préside à la notification de ce droit devrait « *également conduire à notifier aux prévenus qu'ils ont le devoir de dire la vérité* »⁴³. A la veille d'échéances électorales décisives, certains parlementaires, comme M. DRAY, décidèrent de céder aux revendications des syndicats d'officiers de police judiciaire, en supprimant tout à fait la notification⁴⁴.

Cadre de l'étude - L'étude se limitera à l'hypothèse de la garde à vue. Il faut cependant souligner que la notification du droit au silence est de longue date consacrée au stade de l'instruction préparatoire, lors de l'interrogatoire de première comparution. L'article 116 alinéa 4 du Code de procédure pénale dispose en effet : « *Le juge d'instruction avertit ensuite la personne qu'elle a le*

39 Elle la subordonne à des « *raisons plausibles de soupçonner* » la commission d'une infraction (condition abstraite), là où l'ancien article exigeait l'existence d'« *indices faisant présumer* » cette commission (faits objectifs). Le législateur s'est directement inspiré de l'article 5 § 1c de la Conv.EDH.

40 La loi du 4 mars 2002 laisse sceptique : quelle est l'utilité d'une loi ouvrant une alternative entre parler et se taire ?

41 L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

Le contrôle de constitutionnalité effectué avant la promulgation de la loi ne portait pas sur cette modification terminologique

42 Circulaire du 4 décembre 2000 sur « la présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire », n° Crim-00-13/F1 – 04.12.00, SDPGI n° 1477-11-A, p. 21.

Circulaire du 10 janvier 2002 relative à « l'application des dispositions relatives à la garde à vue résultant de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° Crim-02-01/E8 – 10.01.02, SDPGI n° 01DP47, p. 10.

43 Christian ESTROSI, Rapp. AN n° 508, 18 déc. 2002. Le rapporteur condamne le droit au silence, « *véritable humiliation pour les forces de l'ordre et pour les OPJ. Avoir en face de soi le violeur d'un enfant et devoir lui notifier qu'il est en droit de se taire était insupportable pour ceux qui agissent au service de la sécurité publique* »

44 Julien DRAY proposait même d'ajouter à l'art. 63-1 que la personne gardée à vue : « *est avisée que son silence est susceptible de lui porter préjudice, dès lors qu'il existe une ou des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* »

*choix soit de se taire, soit de faire des déclarations, soit d'être interrogé. Mention de cet avertissement est faite au procès-verbal. L'accord pour être interrogé ne peut être donné qu'en présence d'un avocat »*⁴⁵. L'article 117 prévoit cependant certaines hypothèses où le juge d'instruction peut interroger l'intéressé dès la première comparution, même s'il n'y consent pas.

Par conséquent, les droits de la personne mise en cause sont mieux protégés au stade de l'instruction préparatoire que pendant la garde à vue, ce qui ne saurait étonner. Sachant que la première ne concerne qu'un nombre marginal d'affaires, la question de la réforme de l'instruction reste entière.

Ne seront pas non plus étudiées les conséquences du silence gardé par le prévenu ou l'accusé pendant l'audience, voire le jugement par défaut. Notons seulement qu'il est possible de déduire des articles 328 et 442 du Code de procédure pénale⁴⁶ que la personne mise en cause peut garder le silence, mais qu'elle agit à ses risques et périls.

--==--

Après s'être demandé si le droit au silence est effectivement un droit ou un simple effet de langage et après avoir observé que cette garantie pouvait difficilement être effective si elle n'était pas notifiée, il s'agit de déterminer en quoi la consécration d'un droit au silence effectif en France apparaît aujourd'hui incontournable.

En effet, il est désormais indéniable que le droit au silence constitue, aux côtés des autres droits de la défense, une composante essentielle du procès équitable (Partie 1). Son rétablissement au sein de la procédure pénale française apparaît donc aussi indispensable qu'imminent (Partie 2).

45 Cette disposition fut introduite originellement par une loi du 8 décembre 1897, puis remodelée notamment par la L. n° 2000-516 du 15 juin 2000

46 Art. 328 al. 1er : « *Le président interroge l'accusé et reçoit ses déclarations* »
Art. 442 al. 1er : « *Avant de procéder à l'audition des témoins, le président interroge le prévenu et reçoit ses déclarations* ». La déclaration peut en l'espèce être le refus de toute déclaration

Partie 1 :

Le droit au silence, composante essentielle du procès équitable

MONTESQUIEU affirmait avec justesse : « *Quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus* »⁴⁷.

Il a été vu précédemment que la présomption d'innocence impliquait, dès les premiers stades de la procédure, le droit pour la personne mise en cause de ne pas s'exprimer. Nombreux sont ceux, États comme groupements internationaux, ayant entendu l'appel de Montesquieu et dont la voix s'élève pour que soit mieux entendue celle du silence. De multiples textes consacrent ainsi l'importance du droit au silence, et l'obligation corrélative de le notifier.

On ne saurait s'arrêter à ce constat. Il s'agit par ailleurs d'étudier quelles sont les implications du droit au silence et dans quels cas il est possible de passer outre ce droit fondamental. Les divergences se font ici plus grandes.

L'affirmation d'un droit au silence, si ferme soit-elle (Chapitre 1), ne parvient pas totalement à éclipser l'incertitude de ses contours (Chapitre 2).

47 MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois, 1748

Chapitre 1 : Un droit affirmé avec force

L'adage selon lequel « *Nul n'est censé ignorer la loi* »⁴⁸ pourrait souvent être supplanté par la maxime « *Nul ne peut exercer un droit dont il ignore l'existence* »⁴⁹.

Des textes, nationaux comme internationaux ont alors souhaité briser le silence et informer le gardé à vue de son droit à le conserver (Section 1). Quand les textes eux-mêmes restent muets, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv.EDH), la jurisprudence peut à son tour clamer l'importance du droit au silence. La Cour européenne a rapidement comblé cette lacune par une jurisprudence ferme (Section 2). Ou comment reconnaissance textuelle et jurisprudentielle se complètent.

Section 1 : La reconnaissance par les textes nationaux et internationaux

Difficile de déterminer si les textes nationaux puisent leur inspiration dans les instruments supranationaux pour édicter leurs règles, ou si ce sont ces derniers qui s'abreuvent aux sources des législations nationales. Toujours est-il que le droit au silence est souvent consacré à un double niveau : national (I) comme international (II).

I - Une consécration nationale partagée

On note que l'« avertissement » consubstantiel au droit au silence, est consacré dans la quasi-totalité des législations étrangères⁵⁰. S'impose tout d'abord le modèle anglo-saxon, précurseur en la matière (A). De multiples États européens lui ont ensuite emboîté le pas (B).

A) La référence anglo-saxonne

Depuis longtemps, le droit au silence est un principe considéré comme essentiel à la protection de la liberté individuelle dans les États du Commonwealth. Le droit anglo-saxon est d'ailleurs le premier à offrir à ce concept une traduction légale. On le retrouve en Grande-Bretagne, aux États-Unis, en Australie ou encore au Canada, où il est inscrit dans la Charte des droits et libertés⁵¹. Ces pays partagent une conception particulièrement étendue du droit au silence, puisqu'elle comprend non seulement le droit de se taire, mais également celui de ne pas être interrogé.

Les exemples britannique (1) et américain (2) retiendront spécialement notre attention.

48 Du latin : « *Nemo censetur ignorare legem* »

49 CA Agen, 18 février 2010 : « (...) *la personne gardée à vue ne peut exercer un droit dont elle ignore l'existence, et ce, même si « nul n'est censé ignorer la loi », adage qui en l'espèce ne constitue qu'une fiction juridique et ne permet pas la protection concrète et effective de ce droit (...)* ».

50 PRADEL, Jean. Vers une métamorphose de la garde à vue après la « décision pilote » du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010. *D.* 2010, p. 2783

51 Section 13 de la Canadian Charter of Rights and Freedoms

1) Le Royaume-Uni

Sir Thomas More, lorsqu'on le mena de sa prison devant le Conseil en 1535, déclara : « *Guilt lies in words spoken or deed done, not in silence ; and neither your court nor any court in this world can hold me guilty of keeping silent* »⁵². Bien que ces paroles furent sans écho à l'époque, elles soulignent la conscience précoce de l'impossibilité de condamner sur le fondement du simple silence.

Déjà connu du droit romain, et notamment du digeste⁵³, le droit au silence n'est donc pas d'inspiration britannique. Sa formulation anglaise lui offrit cependant une consécration, en le faisant apparaître comme un élément majeur dans le déroulement du procès pénal.

On argue souvent que le droit au silence est né en Angleterre de l'effacement du justiciable derrière son conseil⁵⁴. L'avocat de la défense apparaît avec le Treason Act de 1696, souvent qualifié de « capture » du procès pénal par les avocats⁵⁵. La parole de l'accusée semble également avoir été capturée par son défenseur. Le silence aurait davantage été imposé par l'avocat que conquis par le justiciable.

Le droit au silence est un principe de Common law, repris dans des textes tels que le Code of practice C⁵⁶. Ce dernier prévoit que la personne placée en garde à vue doit être informée oralement de ses droits, et recevoir une note écrite les rappelant, mais aussi le dispositif permettant d'obtenir l'assistance d'un avocat, le droit d'obtenir une copie du dossier de garde à vue, ainsi que la formule selon laquelle elle a le droit de garder le silence et que ses propos pourront être retenus contre elle. En outre, lorsque la présomption de culpabilité est très forte ou que l'enquête a trait à la lutte contre le terrorisme, le suspect doit, avant d'être interrogé, recevoir l'avertissement oral solennel qu'il a le droit de garder le silence. On observe que l'accroissement des garanties va de pair avec celui des menaces pour les libertés. Par ailleurs, les procès pénaux anglais débutent par la demande faite à l'accusé de définir sa position, en se déclarant « coupable » ou « non coupable ». Par conséquent, la personne mise en cause est libre de garder le silence, mais elle devra nécessairement choisir un des termes de l'alternative.

La dernière version de l'avertissement fut introduite par le Criminal Justice Public Order Act de 1994⁵⁷ : « *You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence* »⁵⁸. Elle encourage à parler de préférence à la police, ce qui ne fut jamais consacré en droit français, et semble marquer un recul face à une tradition britannique soucieuse des droits de

52 La culpabilité réside dans les paroles prononcées ou les actes réalisés, non dans le silence. Ni votre tribunal, ni aucun tribunal au monde ne peut me déclarer coupable de demeurer silencieux

53 La conception romaine du droit au silence est livrée par des maximes : *Expressa nocent non expressa nocent* (ce qui est exprimé nuit, ce qui est inexprimé ne nuit pas), *Qui tacet non utique fatetur : sed tamen verum est eum non negare* (celui qui se tait ne reconnaît pas, mais il ne dénie pas)

54 GIRARD, Charlotte. Voir note 17. p. 71

55 L'office de l'avocat sera ensuite généralisé

56 Code de bonnes pratiques pour la détention, le traitement et l'interrogatoire des personnes par les officiers de police

57 *Criminal Justice and Public Order Act 1994*. Accessible sur :

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/part/III/crossheading/inferences-from-accuseds-silence>

58 Code of practice C, §10 : « *Vous n'êtes pas obligé de vous exprimer. Mais votre défense pourrait souffrir du fait que vous n'avez pas mentionné, lors de votre interrogatoire, un élément que vous utiliserez à l'audience. Tout ce que vous direz pourra servir de preuve* »

la défense. Un même esprit préside à l'abolition concomitante de l'interdiction pour les magistrats et les jurés d'inférer d'un refus de répondre à un interrogatoire la culpabilité de l'accusé. Quelques années après la réforme, en 1997, on note un déclin manifeste de l'exercice du droit au silence en Grande-Bretagne. Celui-ci n'est plus invoqué que dans moins de 10 % des cas⁵⁹.

On peut d'ores et déjà remarquer que l'évolution de la législation britannique semble aller dans un sens diamétralement opposé à celle du droit français, qui s'acclimate progressivement à l'idée d'un droit au silence.

2) Les États-Unis

S'il est une image que chacun associe immédiatement au droit au silence, c'est celle du « spectacle nord américain », tant il est médiatisé. Rares sont en effet les séries policières qui résistent au fameux « *You have the right to remain silent* »⁶⁰ ou « *Je ne parlerai qu'en présence de mon avocat* », qui révèle la certitude du justiciable quant à son droit de se réfugier dans le silence jusqu'à ce qu'il examine avec un professionnel l'étendue de ses droits et obligations.

Le droit au silence est particulièrement bien protégé aux États-Unis car il bénéficie d'une assise constitutionnelle. Le 5^e Amendement à la Constitution des États-Unis proclame en effet : « *No person shall be [...] compelled in any criminal case to be a witness against himself* »⁶¹. Cet extrait du Bill of Rights énonce le droit constitutionnel de chaque citoyen américain à ne pas s'auto-incriminer.

Il faut toutefois le relativiser par l'importance du parjure aux États-Unis. Le droit au silence ne trouve pas son prolongement dans un droit au mensonge, puisque celui qui ment le fait à ses risques et périls.

Dans le célèbre arrêt *Miranda v. Arizona* du 13 juin 1966⁶², la Cour Suprême des États-Unis consacre le droit de conserver le silence. Elle s'appuie alors sur le 5^e Amendement de la Constitution précité, qui consacre le droit de ne pas témoigner contre soi-même. Si les « droits *Miranda* » sont des droits de la défense, ils ont aussi, au moins implicitement, pour fonction d'endiguer le risque de torture et de traitements inhumains ou dégradants infligés dans le but d'obtenir des aveux. La Cour européenne des droits de l'homme exprimera le même souci, dans l'arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*⁶³.

Dans l'affaire *Miranda*, la Cour Suprême décide que les déclarations faites par l'accusé en détention ne sont recevables au procès que si le ministère public peut apporter la preuve que l'accusé a été informé de son droit à consulter un avocat avant et pendant les interrogatoires, ainsi que de son droit à ne pas s'auto-incriminer. L'accusé ne doit pas seulement avoir compris ces droits, mais doit y avoir volontairement renoncé. Cet arrêt majeur donne naissance aux « *Miranda Warnings* »⁶⁴, que tout policier doit énoncer au suspect dès qu'apparaissent des indices de culpabilité. L'intéressé doit être informé en termes clairs et sans équivoque qu'il a le droit de rester silencieux, cet avertissement devant être accompagné de l'information selon laquelle tout ce qu'il dira pourra être retenu contre lui. Ce droit s'applique également au suspect détenu, la conception de la détention ne se limitant pas à la garde à vue.

59 GIRARD, Charlotte. Voir note 17

60 « Vous avez le droit de garder le silence »

61 « Aucune personne, mise en cause dans une affaire pénale, ne doit être forcée à témoigner contre elle-même »

62 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

63 CEDH, Gr. ch., 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*. Rec. 1996-I. RSC 1997 p. 476 obs. Koering-Joulin

64 Considérés en eux-mêmes comme symboliques du droit au silence

Le droit au silence bénéficie donc aux États-Unis d'une double reconnaissance, constitutionnelle comme jurisprudentielle.

Si l'on met à ce stade l'exemple anglo-saxon en perspective avec le système français, il en émerge deux conceptions radicalement différentes de la vérité pénale. Ceci a une influence certaine sur le droit au silence. Par exemple, à la question « Le silence est-il un aveu implicite de culpabilité ? », la Common law apporte une réponse négative, tandis que la tradition française tend à assimiler le silence à l'aveu.

Certains arguent cependant que la procédure américaine est trop éloignée du droit latin pour que la comparaison soit véritablement pertinente. Cet argument ne saurait avoir cours, face à l'exemple des multiples États continentaux ayant consacré le droit de se taire.

B) L'expérience européenne

La comparaison se fait encore plus pressante lorsque l'on réalise que, au delà des pays de Common law, nombreux sont les pays européens qui consacrent, sous une forme ou sous une autre, le droit au silence. La réticence face au droit de se taire ne va donc pas de pair avec le système juridique continental. Cette reconnaissance, constatée au niveau des États (1), traduit une conception européenne partagée (2).

1) L'exemple des États

Dans l'optique d'une réforme de la garde à vue française, le Sénat a réalisé une synthèse de législation comparée sur les approches procédurales de divers pays européens quant à cette mesure. Ce document de travail⁶⁵, publié en décembre 2009, s'avère très riche et évoque naturellement la question du droit au silence. Les pays étudiés sont : l'Allemagne, l'Angleterre et le Pays de Galles, la Belgique, le Danemark, l'Espagne et l'Italie.

Avant de s'appesantir sur chaque droit interne, le document relève trois singularités majeures de la législation française. Il s'agit de la possibilité de placer une personne en garde à vue pour une infraction mineure, de l'absence de dispositions constitutionnelles sur la garde à vue et du caractère limité de l'intervention de l'avocat pendant la garde à vue.

Un survol des législations étudiées permet de dresser un bilan de la consécration du droit au silence en Europe. En Allemagne, les principales dispositions relatives à la garde à vue sont prévues par le Code de procédure pénale et précisées par les lois des Länder relatives à la police. Ces dernières indiquent toutes que la police doit informer le plus rapidement possible le suspect du motif de sa garde à vue, puis de ses droits, notamment celui de garder le silence. Par ailleurs, les aveux obtenus par des moyens illégaux ne peuvent être utilisés dans la procédure pénale.

Le Code d'instruction criminelle belge dispose quant à lui que, avant tout interrogatoire, la police doit rappeler à l'intéressé que ses propos peuvent être utilisés contre lui. En revanche, le droit au silence n'est pas prévu explicitement⁶⁶, mais la jurisprudence considère qu'il fait partie des droits de la défense, qui doivent être garantis en tant que principe général du droit.

Le régime de la garde à vue est défini au Danemark par le Code de procédure judiciaire et la circulaire du 12 juin 2001 du ministre de la Justice. La police doit explicitement indiquer à l'intéressé les motifs de sa garde à vue, l'informer de son droit au silence ainsi que de la possibilité

⁶⁵ La garde à vue. *Les documents de travail du Sénat* : Série législation comparée. N° LC 204. Décembre 2009

⁶⁶ Par ailleurs, aucun texte ne prévoit que la personne puisse prévenir un proche ou un avocat. La législation belge s'avère peu protectrice des droits de la personne gardée à vue

de se faire assister par un avocat. Avant d'être interrogées, les personnes placées en garde à vue doivent à nouveau être informées qu'elles ont le droit de ne pas répondre aux questions posées. Sous peine d'amende, elles sont cependant obligées d'indiquer leur nom, adresse et date de naissance.

En Espagne, un article de la Constitution est consacré à la garde à vue et aux droits y étant attachés. C'est toutefois le Code de procédure pénale qui définit le régime de la garde à vue et précise que l'intéressé a le droit de garder le silence, de ne pas répondre à certaines questions, ou encore d'indiquer qu'il ne fera de déclarations que devant le juge. Il précise également que la personne placée en garde à vue bénéficie du droit de ne pas témoigner contre elle-même.

Le dernier exemple est celui de l'Italie, qui ne contraste pas par son originalité, le Code de procédure pénale indiquant que la personne placée en garde à vue doit être informée de son droit au silence (les seules questions auxquelles elle a obligation de répondre portent sur son identité).

La consécration du droit au silence semble donc largement partagée en Europe, même si en Belgique il n'est consacré que par la jurisprudence. Il prend ainsi la forme d'un droit naturel.

2) La synthèse de l'Union européenne

Association *sui generis* de vingt-sept États, l'Union européenne apparaît comme un système d'intégration particulièrement poussée, puisque des décisions contraignantes pour les États sont prises à un niveau supranational⁶⁷. Ces États ont décidé de coordonner leur politique en déléguant, par traité, l'exercice de certaines compétences à des organes communs. La Cour de justice de l'Union européenne assure la compétence judiciaire, et a été amenée à ce titre à prendre position sur le droit au silence.

Par un arrêt *Orkem*, en date du 18 octobre 1989⁶⁸, et relatif au droit de la concurrence, la Cour de justice des Communautés européennes⁶⁹ s'est ainsi prononcée : « *Si la Commission est en droit d'obliger une entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont elle peut avoir connaissance et de lui communiquer, au besoin, les documents y afférents qui sont en sa possession, même si ceux-ci peuvent servir à établir, à son encontre, l'existence d'un comportement anticoncurrentiel, elle ne saurait toutefois, par une décision de demande de renseignements, porter atteinte aux droits de la défense reconnus à l'entreprise ; Ainsi, la Commission ne saurait imposer à une entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* ». En l'espèce, il s'agissait de savoir si un questionnaire envoyé à la société Orkem, sur le fondement de l'article 11 § 5 du règlement 17/62⁷⁰ ne violait pas le droit au silence. Certaines questions étaient en effet de nature à obliger l'entreprise à avouer sa participation à des pratiques interdites et non pas seulement à informer la Commission des éléments de fait nécessaires à l'établissement de ces pratiques. Répondant par l'affirmative, la Cour de justice annule les questions litigieuses. De manière incidente, la Cour de justice confirme que les droits de la défense doivent également être reconnus aux entreprises⁷¹. Cet arrêt montre également que le

67 Tandis que les organisations internationales classiques fonctionnent sur le modèle de la coopération internationale

68 CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem*. Rec. 1989-9, p. 3343. aff. C-374/87, *Rec. C.J.C.E.*, p.3283 ; D.1990, somm. 113, obs. C. Gavalda

69 Devenue Cour de justice de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} déc. 2009

70 Règlement 17/62 du 6 févr. 1962 portant application des art. 85 et 86 (anciens) du Traité, JOCE, 13, du 21 févr. 1962

71 « *La Commission, en obligeant une entreprise, par une demande de renseignements, à avouer une infraction à l'art. 85 du Traité CEE, a porté atteinte aux droits de la défense de cette dernière* »

droit au silence, ou droit de ne pas s'auto-incriminer, comprend la faculté de refuser de fournir des renseignements ou documents.

Cette consécration du droit au silence ne saurait étonner. Constatant la reconnaissance d'un tel principe par la plupart des législations, la Cour de justice des Communautés européennes a classé le droit au silence parmi les droits de la défense, principe fondamental de l'ordre juridique communautaire, dont la garantie doit être assurée dès le stade de l'enquête préalable. Sans attendre une quelconque prise de position de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice se veut seulement le reflet de la position de la majorité des États membres⁷².

La portée de cette décision fut discutée. Se posait notamment la question de savoir si le droit au silence ainsi reconnu en droit communautaire avait cours en droit interne. La garantie donnée par la Cour de justice semblait propre aux enquêtes menées sur le fondement juridique du règlement 17/62, sans aller jusqu'à s'appliquer aux enquêtes menées dans l'ordre interne sur le fondement de l'article 47 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. L'idée prévalait à l'époque que tout effet direct de la norme communautaire dans l'ordre interne était exclu. La primauté du droit communautaire n'a toutefois pas cessé de s'affirmer depuis lors. Viviane REDING⁷³, a rappelé en 2010 que « *le droit européen était désormais du droit français interne* » et que France était contrainte de se plier aux décisions de la Cour de justice⁷⁴.

Un arrêt plus récent mérite d'être cité. La Cour de justice des Communautés européennes a rendu le 29 juin 2006 un arrêt *Commission c. SGL Carbon*⁷⁵. Revenant sur l'étendue du droit au silence tel que consacré par l'arrêt *Orkem*, la Cour de justice opère une distinction, suivant que la Commission a connaissance ou non des faits (puisque c'est sur elle que pèse la charge de la preuve). Si la Commission a connaissance des faits et demande en conséquence des renseignements aux entreprises, il n'y a pas coopération volontaire de ces dernières, mais tout simplement respect de l'obligation de coopération. Le champ d'application du droit au silence est en conséquence diminué.

Alors que la Cour de justice de l'Union européenne s'est fondée sur la législation des États membres pour consacrer par sa jurisprudence un droit au silence, certaines institutions internationales n'ont pas eu explicitement recours aux droits nationaux. Ces consécration ont été intégrées au sein de textes d'une valeur symbolique majeure.

72 « *Le principe général consacrant le droit de ne pas témoigner contre soi-même ferait partie du droit communautaire en tant que principe consacré par les droits des États membres [...]* », § 18 de l'arrêt

73 Vice-président et commissaire européen chargé de la Justice, des Droits fondamentaux et de la Citoyenneté

74 BOCCARA, Eve. Avocats et Chancellerie, fin de la lune miel. *Gaz. pal.* 2010, n° 290 à 292, p. 8

75 CJCE, 29 juin 2006, *Commission c. SGL Carbon*. aff. C-301/04 P, Europe, août-sept. 2006, comm. n° 250 ; *Concurrences* 2006/3. 85, obs. M. D.

II- Une reconnaissance internationale affirmée

Après avoir étudié la position de certains États, puis de l'Union européenne, face au droit de se taire, il faut s'intéresser à l'échelle mondiale, et particulièrement au cadre des Nations unies. L'ONU fut en effet le berceau du Pacte international sur les droits civils et politiques (A), ainsi que de nombreuses institutions relatives aux droits de l'homme (B). Tous contribuent, par leurs écrits ou leurs décisions, à ménager une place plus importante au droit au silence.

A) La place ménagée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Après avoir voté la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'Assemblée générale des Nations unies souhaitait l'adoption d'une Charte des droits de l'Homme qui aurait force obligatoire. Elle a créé à cette fin une Commission des droits de l'Homme, chargée de la rédiger. Le projet aboutit après de longues phases de négociations dans le contexte de la guerre froide, à deux textes complémentaires : le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Ce dernier fut adopté à New York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies, dans sa résolution 2200 A (XXI). Il est entré en vigueur après sa ratification par 35 États le 23 mars 1976, mais ne sera ratifié par la France qu'à l'issue de la loi du 25 juin 1980⁷⁶, entrant en vigueur le 4 février 1981.

L'article 14 § 3, *littera g* du PIDCP énonce : « *Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : [...] A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable* ». Voici l'affirmation expresse, à l'échelle internationale, du droit au silence de toute personne accusée. L'article 14 consacre les différents aspects du droit à un procès équitable, à la manière de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La disposition du Pacte paraît toutefois plus complète et mieux structurée. Elle comporte en effet sept paragraphes et le seul paragraphe 3, relatif aux droits des personnes accusées d'infractions pénales, énonce sept garanties minimales (alinéas a à g).

Le Pacte est en principe applicable directement par les juridictions des États signataires. De même que la Convention européenne des droits de l'homme, il jouit d'un effet direct en droit interne français.

Un protocole facultatif accompagnant le Pacte est entré en vigueur en même temps que ce dernier, le 23 mars 1976. Il permet aux particuliers de déposer des « communications » individuelles, alléguant la violation d'un des droits énoncés par le Pacte, par un État ayant ratifié ce protocole additionnel. Les particuliers doivent saisir à cette fin un organe international : le Comité des droits de l'homme. L'adhésion de la France à ce protocole fut finalement décidée⁷⁷. A cet effet, un projet de loi⁷⁸ autorisant cette adhésion fut soumis au Parlement en 1983, véhiculant l'idée que l'adhésion était surtout un geste à portée politique par lequel la France parachevait ses engagements antérieurs. Le Protocole est entré en vigueur à l'égard de la France le 17 mai 1984, permettant aux particuliers de saisir le Comité des droits de l'homme. Toutefois, dès avant l'adhésion à ce protocole, les justiciables pouvaient invoquer le PIDCP devant le juge interne, en

76 L. n° 80-460 du 25 juin 1980 autorisant l'adhésion de la République française au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ouvert à la signature le 19 déc. 1966 à New York, *JORF* du 26 juin 1980, p. 1569

77 A l'instar de plus de 100 pays

78 Document A.N., 7^e législature, n° 1725

raison de sa supériorité sur les lois (article 55 de la Constitution).

Bien que PIDCP et Convention européenne des droits de l'homme (voir infra) bénéficient tous deux d'un effet direct en droit interne, force est de reconnaître que le mécanisme issu du Pacte est moins efficace que celui adossé à la Convention. En premier lieu, le Comité des droits de l'homme n'est pas une juridiction, contrairement à la Cour européenne.

B) La reconnaissance par d'autres institutions internationales

Le PIDCP constitue la figure emblématique des textes consacrant le droit au silence. Des institutions internationales, mises en place sous l'égide de l'ONU se font plus discrètes, mais veillent elles aussi au respect du droit de se taire par les États. Seront étudiés le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (1), ainsi que les Tribunaux pénaux internationaux, qui rappellent par leurs Statuts l'importance de ce droit (2).

1) Le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies

Le Comité des droits de l'homme (CCPR⁷⁹), établi en application de l'article 28 du PIDCP, est un organe composé d'experts indépendants qui surveille l'application du Pacte, ci-dessus présenté, par les États parties. Tous les États parties sont tenus de lui présenter, à intervalles réguliers, des rapports sur la mise en œuvre des droits consacrés par le Pacte⁸⁰. Le Comité examine chaque rapport et fait part de ses préoccupations et recommandations à l'État partie sous la forme d'« observations finales ».

En vertu de l'article 41 du Pacte, le Comité peut aussi examiner des communications d'États parties concernant d'autres États, outre celles émanant de particuliers. Ces particuliers doivent avoir épuisé toutes les voies de recours interne disponibles. Le texte des décisions finales prises par le Comité au titre du Protocole facultatif est inclus dans son rapport annuel et une sélection des décisions du Comité fait également l'objet d'une publication périodique.

Le Comité se réunit à Genève ou à New York, pour trois sessions annuelles. Il publie également son interprétation des dispositions relatives aux droits de l'homme, sous la forme d'observations générales.

Lors de sa 21^e session, le Comité des droits de l'homme émet une observation générale relative à l'article 14⁸¹ du PIDCP. Le Comité relève à cette occasion que la présomption d'innocence, fondamentale à la protection des droits de l'homme, est parfois exprimée par les États en des termes très ambigus ou exige la réunion de conditions la rendant ineffective. Il rappelle également qu'en raison de la présomption d'innocence, la charge de la preuve repose sur la partie poursuivante et que le doute doit profiter à l'accusé. Les autorités publiques doivent donc s'abstenir de préjuger de l'issue d'un procès.

Concernant l'article 14 § 3, *littera g* en particulier, le Comité rappelle que cette disposition prévoit que l'accusé ne peut être contraint de témoigner contre lui-même, ni d'avouer sa culpabilité. Cette garantie doit être observée à l'aune des dispositions des articles 7 et 10 du même Pacte. Le premier article prévoit l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou

79 Centre for Civil and Political Rights

80 Ils doivent présenter un premier rapport un an après avoir adhéré au Pacte, puis à chaque fois que le Comité le leur demande (généralement tous les 4 ans)

81 Relatif à l'égalité devant les tribunaux et au droit à un jugement équitable et public par un tribunal indépendant établi par la loi

dégradants, tandis que le second exige que toute personne privée de sa liberté soit traitée avec humanité et que sa dignité soit respectée.

Le Comité remarque que, pour obliger l'accusé à s'auto-incriminer, des méthodes contrevenant à ces dispositions sont souvent utilisées. Il ajoute que la loi devrait exiger que les preuves obtenues à l'aide de telles méthodes, ou de tout autre moyen de contrainte, soient totalement prohibées⁸².

Par cette « observation générale », le Comité détaille sa conception du droit de ne pas s'auto-incriminer, qui ne semble pas également partagée à travers le monde. Il établit également un lien exprès avec les notions de torture et de dignité, qu'il érige en clés de lecture du droit au silence.

Par ailleurs, le Comité des droits de l'homme n'hésite pas à invoquer l'article 14 § 3 g du PIDCP dans ses décisions. Ainsi dans une décision *Glenford Campbell c. Jamaïque*, en date du 30 mars 1992⁸³, le requérant invoquait le bénéfice de cette disposition. Dans cette affaire, l'auteur de la communication avait été reconnu coupable d'un meurtre emportant la peine capitale, un témoin l'accusant d'avoir assassiné un gardien à la suite d'un vol à main armée. Le dossier de l'accusation reposait exclusivement sur la déposition de ce témoin.

Le Comité précise à cette occasion que le droit de ne pas s'auto-incriminer doit être entendu comme l'interdiction de toute pression de la part des autorités de poursuite, dans le but d'obtenir des aveux. En l'espèce, le requérant soutient qu'il a été battu durant l'interrogatoire et contraint à signer une feuille de déposition en blanc. Ces éléments n'étaient pas contestés par l'État.

Cependant, le Comité souligne qu'il est de son devoir de s'assurer que le requérant a suffisamment justifié son allégation, nonobstant le manquement de l'État. Après avoir attentivement étudié les éléments fournis, le Comité décide qu'il est dans l'impossibilité de déterminer si les enquêteurs ont forcé le requérant à s'auto-incriminer⁸⁴.

A contrario, cette décision sous-entend donc que si les preuves avaient été suffisantes, la Jamaïque aurait pu être condamnée sur le fondement du non respect du droit au silence⁸⁵.

La reconnaissance du droit au silence par des institutions telles que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, lui donne un poids important sur la scène internationale.

Ce poids est d'autant plus important que le CCPR a tendance à évoluer vers une judiciarisation accrue de son rôle, les tribunaux pénaux internationaux le qualifiant d'« *instance judiciaire internationale* ».

82 « *Subparagraph 3 (g) provides that the accused may not be compelled to testify against himself or to confess guilt. In considering this safeguard the provisions of art. 7 and art. 10, § 1, should be borne in mind. In order to compel the accused to confess or to testify against himself, frequently methods which violate these provisions are used. The law should require that evidence provided by means of such methods or any other form of compulsion is wholly unacceptable* »

83 30 mars 1992, *Glenford Campbell c. Jamaïque*, n° 248/1987, A/47/40, p. 30

84 « *As to the claim under art. 14, § 3 (g), the Committee notes that the wording of this provision must be understood in terms of the absence of any pressure from the investigating authorities on the accused, with a view to obtaining a confession of guilt. In the present case, the author's claim that he was beaten during interrogation and forced to sign a blank confession statement has not been contested by the State party. It remains the Committee's duty to ascertain whether the author has sufficiently substantiated his allegation, notwithstanding the State party's failure to address it. After careful consideration of the material before it, the Committee is unable to determine that the investigating officers used force to compel Mr. Campbell to confess his guilt, in violation of art. 14, § 3 (g), or that the judge erred in admitting the confessional evidence put forth by the prosecution* »

85 Le Comité relève néanmoins la violation des art. 6, 10 et 14 § 3 (c) du Pacte et enjoint l'État à procurer au requérant un recours utile (notamment une commutation de peine) ainsi qu'à fournir au Comité, dans un délai de 90 jours, des renseignements sur les mesures prises pour donner effet à ses constatations

2) Les tribunaux pénaux internationaux

Tandis que le Comité des droits de l'homme voit son rôle cantonné à la surveillance de l'application du PIDCP, les tribunaux pénaux internationaux ont une vocation juridictionnelle plus large. Deux juridictions furent constituées dans les années 1990 pour juger les crimes commis sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie et au Rwanda

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a été créé le 25 mai 1993, par la résolution 827 du Conseil de Sécurité, après la publication par la Commission des droits de l'Homme d'un rapport dénonçant les « *violations généralisées des droits de l'Homme* » dans l'ancienne Yougoslavie.

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a quant à lui été institué le 8 novembre 1994, par la résolution 955 du Conseil de sécurité pour « *juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations du droit humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994.* » Il siège à Arusha (Tanzanie) et fonctionne selon le modèle du TPIY.

Il s'agit de tribunaux *ad hoc*, c'est-à-dire dotés de compétences réduites dans le temps et dans l'espace. Ils visent à juger les personnes physiques (et non les États) présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire.

TPIY et TPIR sont essentiellement régis par leur Statut et leur Règlement de procédure et de preuve (RPP), qui consacrent une avancée notable en matière de droits de l'homme et de consolidation de la notion de procès équitable.

Par exemple, le Règlement de procédure et de preuve du TPIY⁸⁶ détaille les principes du Statut et établit un protocole pour le déroulement du procès, l'administration de la preuve, ou encore la protection des témoins. Loin d'ignorer la question du droit au silence, ce Règlement y fait deux fois référence. L'article 42, relatif aux droits du suspect pendant l'enquête dispose : « *Avant d'être interrogé par le Procureur, le suspect est informé de ses droits dans une langue qu'il comprend, à savoir : [...] son droit de garder le silence et d'être averti que chacune de ses déclarations sera enregistrée et pourra être utilisée comme moyen de preuve* »⁸⁷.

Par ailleurs, l'article 55, relatif à l'exécution des mandats d'arrêt, énonce : « *Le Greffier signale à la personne ou aux autorités auxquelles le mandat d'arrêt est transmis que, au moment de son arrestation, l'accusé doit avoir lecture dans une langue qu'il comprend de l'acte d'accusation et du rappel de ses droits et être prévenu dans cette même langue qu'il a le droit de conserver le silence et que toute déclaration de sa part est enregistrée et peut être utilisée comme élément preuve* »⁸⁸.

La notification du droit de se taire est donc expressément consacrée et doit être respectée, tant par le Procureur du Tribunal avant tout interrogatoire, que par les autorités d'un État requis, lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt.

Il faut attendre 1998⁸⁹ pour que soit adopté le Statut d'une Cour pénale internationale

86 RPP adopté le 11 fév. 1994 et modifié notamment les 4 oct. 1994, 3 mai 1995, 12 janv. 1996, 15 mai 1996, 4 juill. 1996, 5 juin 1997, 8 juin 1998, 4 juin 1999 et 22 juill. 2009.

Le RPP du TPIR, adopté le 5 juillet 1996, est directement calqué sur celui du TPIY

87 Cette prérogative n'était pas prévue dans la première version du RPP du TPIY, adoptée en 1994 (faute pour le droit au silence d'être reconnu dans de nombreuses législations pénales). L'art. 42 fut toutefois amendé dès 1995, afin d'introduire explicitement le droit au silence, reconnu comme primordial

88 Cette disposition fut révisée pour la dernière fois en 1997

89 La CPI, créée par le Statut de Rome signé le 17 juillet 1998 est entrée en vigueur le 1er juillet 2002, après la ratification de son Statut par un minimum de 60 États. L'un des principaux obstacles à son autorité demeure

(CPI), permanente et chargée de « *juger les crimes les plus graves ayant une portée internationale* », c'est-à-dire les crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et d'agression. Contrairement aux deux tribunaux pénaux internationaux, la CPI n'a pas primauté sur les juridictions étatiques, mais leur est subsidiaire.

La Cour pénale internationale s'est également intéressée au droit au silence. L'article 55 de son Statut, relatif aux droits des personnes dans le cadre d'une enquête, énonce dans son paragraphe 1er : « *Dans une enquête ouverte en vertu du présent Statut, une personne :*

a) N'est pas obligée de témoigner contre elle-même ni de s'avouer coupable ;

b) N'est soumise à aucune forme de coercition, de contrainte ou de menace, ni à la torture ni à aucune autre forme de peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant [...] ».

Le paragraphe 2 ajoute : « *Lorsqu'il y a des motifs de croire qu'une personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour et que cette personne doit être interrogée, soit par le Procureur soit par les autorités nationales en vertu d'une demande faite au titre du chapitre IX, cette personne a de plus les droits suivants, dont elle est informée avant d'être interrogée : [...]*

b) Garder le silence, sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence [...] ».

Le premier paragraphe traite du droit de ne pas s'auto-incriminer (a), ce qui s'inscrit dans un droit plus général de la personne de ne pas être soumise à des pressions pour s'avouer coupable (b).

Le paragraphe suivant accorde de surcroît à la personne contre laquelle il existe des soupçons de commission d'un crime, le droit de garder le silence. La CPI distingue donc expressément droit de ne pas s'auto-incriminer et droit de garder le silence, pour réserver le second aux seules personnes mises en cause.

Il faut souligner que le Statut adjoint au droit au silence l'expression « *sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence* ». Cette précision, inhérente au droit au silence lui-même, permet d'éviter toute ambiguïté.

Toutefois, le principe de la présomption d'innocence, intimement lié au droit au silence, n'est prévu que par les dispositions relatives à phase du procès. L'article 66 du Statut⁹⁰ dispose ainsi : « *Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable [...]* ». L'absence de ce principe au stade de l'enquête étonne, car si la présomption d'innocence est un droit de l'accusé, on voit mal pourquoi la personne suspectée pourrait en être privée⁹¹.

Par ailleurs, le Règlement de procédure et de preuve de la CPI⁹², dans sa règle 74 relative aux témoignages incriminant leur auteur, réitère l'affirmation du droit de ne pas s'auto-incriminer présente dans le Statut. Le paragraphe 3 (a) précise ainsi « *Un témoin peut refuser de faire toute déclaration qui risquerait de l'incriminer* ». Néanmoins, le paragraphe 3 (c) complète : « *Dans les autres cas, la Chambre peut ordonner au témoin de répondre aux questions après lui avoir garanti que les éléments de preuve contenus dans sa déposition :*

i) Resteront confidentiels et ne seront pas révélés au public ou à un État; et

ii) Ne seront pas utilisés directement ou indirectement contre lui dans le cadre de poursuites ultérieures devant la Cour ».

Le paragraphe 10 dispose enfin que « *Si la question de l'incrimination de soi-même se pose en*

toutefois le refus de ratification de nombreux États

90 Inclus dans le Chapitre VI : Le procès

91 CALVO-GOLLER, Karin. Aperçu de la procédure de la Cour pénale internationale de l'ouverture d'une enquête à la confirmation des charges. *AJ pénal* 2011, p. 23

92 RPP adopté par l'Assemblée des États Parties à New York, 3-10 septembre 2002 (ICC-ASP/1/3)

cours d'instance, la Chambre suspend l'audition du témoin et donne à celui-ci la possibilité d'obtenir, s'il le demande, un avis juridique aux fins de l'application de la présente règle ».

Le statut du témoin apparaît bien protégé par le « Règlement ». Si la chambre peut décider d'ordonner au témoin de répondre aux questions, cette règle ne trouve plus à s'appliquer dès que ses déclarations risqueraient de l'incriminer.

Les différents tribunaux pénaux internationaux, affirment donc expressément le droit de ne pas s'auto-incriminer. Le Comité des droits de l'homme, qui veille à l'application du PIDCP fait de même. L'impact de ce Pacte s'est même étendu à d'autres textes. Il a ainsi été utilisé pour découvrir des droits non contenus explicitement dans la Convention européenne des droits de l'homme. L'affirmation textuelle du droit de se taire par les textes internationaux a donc permis à la Cour européenne des droits de l'homme d'adopter une interprétation extensive de la Convention européenne.

Section 2 : Un droit au cœur de la notion de procès équitable

Contre-face de la liberté d'expression ou corollaire du libre aveu, le droit au silence apparaît avant tout comme un outil de défense passive. On peut d'ailleurs le situer à mi-chemin entre la préparation de la défense et son accomplissement même.

Ainsi étiqueté comme moyen de défense, le droit au silence acquiert tout naturellement la protection qui sied à de tels droits. Le droit de se taire occupe en effet une place au cœur de la notion de procès équitable, consacrée par l'article 6 de la Convention européenne.

Pour autant, le droit à garder le silence demeure une des libertés fondamentales les plus méconnues. L'absence de ce droit est notable au sein de la Convention européenne⁹³, qui se contente d'interdire la torture⁹⁴.

La CEDH a dû pallier cette insuffisance, en reconnaissant par sa jurisprudence un droit au silence (I). La proclamation de ce droit n'est pas sans emporter de conséquences pour les États (II).

I- Les arrêts « fondateurs » de la Cour européenne des droits de l'homme

Les institutions européennes ont progressivement été séduites par la culture anglo-saxonne et le système accusatoire⁹⁵. Les arrêts de la CEDH expriment ainsi l'application de principes jusqu'alors étrangers aux systèmes inquisitoires. Les traditions anglo-saxonne et romano-germanique semblent alors vouées à un rapprochement, sous l'action de la mécanique européenne de protection des droits de l'homme.

Des auteurs⁹⁶ vont même jusqu'à noter l'émergence d'un modèle européen de procès

93 L'arrêt *Orkem* de la CJCE (précité) le souligne : « les termes de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme [...] n'indiquent pas qu'il contienne le droit de ne pas témoigner contre soi-même »

94 Art. 3 : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »

95 HOUILLON, Philippe. La garde à vue, in *Magazine du Conseil National des Barreaux « Avocats et droit »* n° 36 – Décembre 2010/ Janvier Février 2011 », p. 22

96 MULLER, Yvonne. La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française. *Dr. pénal* n° 2, Février 2011, étude 2

équitable, transcendant la *summa divisio* inquisitoire/accusatoire. Celui-ci serait articulé autour de l'impératif d'égalité des armes, hérité du droit anglo-américain, et dont découle toute une série de droits tels que l'exigence de contradiction, de confrontation ou d'efficacité de la défense. Le droit au silence y trouve naturellement sa place. Ce modèle a moins pour finalité la recherche de la vérité que le déroulement loyal de la procédure.

Un tel « consensus » européen s'est dessiné, au gré des décisions de la Cour. Premiers, et non des moindres, les arrêts *Funke* (A), *Murray* (B) et *Saunders* (C), posent successivement les jalons d'un modèle européen de procès équitable.

A) L'arrêt *Funke*⁹⁷, première pierre de l'édifice

La Commission européenne des droits de l'homme⁹⁸ s'est exprimée dès 1992 pour déduire de l'article 10 de la Conv.EDH, relatif au droit à la liberté d'expression, un droit négatif de ne pas être forcé de s'exprimer⁹⁹.

Toutefois, c'est l'arrêt *Funke c. France*, rendu par la CEDH le 25 février 1993, qui marque véritablement la première affirmation du droit au silence au niveau européen.

En l'espèce, M. Funke avait refusé de fournir des informations aux officiers des douanes qui agissaient au vu de renseignements livrés par les services fiscaux, quant à ses avoirs à l'étranger. La visite domiciliaire et la saisie opérée par les douanes ne débouchèrent pas sur des poursuites pénales pour infraction à la réglementation sur les relations financières avec l'étranger. En revanche, elles donnèrent lieu, parallèlement, à des instances relatives à la production de documents et à l'adoption de mesures provisoires. Ainsi, il fut condamné au paiement d'une astreinte journalière jusqu'à la production des relevés de compte demandés. Devant la Cour de cassation, le demandeur contestait sa condamnation pour le délit d'opposition aux fonctions des agents de l'Administration. Il alléguait, sur le fondement des articles 6 § 1 et 2 de la Conv.EDH, l'existence d'un droit à ne pas témoigner contre soi-même. La Cour de cassation rejeta son pourvoi.

M. Funke saisit la Commission en 1984. Il soulevait plusieurs griefs : sa condamnation pénale pour refus de produire les documents demandés par les douanes aurait méconnu son droit à un procès équitable (art. 6 § 1 Conv.EDH) ainsi que le principe de la présomption d'innocence (art. 6 § 2) ; sa cause n'aurait pas été entendue dans un délai raisonnable (art. 6 § 1) ; la visite et la saisie opérées à son domicile par des agents des douanes auraient porté atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (art. 8). La Commission retient la requête mais conclut à l'absence de toute violation, invitant la Cour à rejeter l'ensemble des griefs.

Selon le requérant, l'administration aurait violé le droit de ne pas témoigner contre soi-

97 CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*. Requête n°10588/83. Série A n° 256-A

98 La Commission européenne des droits de l'homme était une émanation du Conseil de l'Europe et faisait partie, avec la CEDH, du système juridictionnel institué par la Conv.EDH. Elle « filtre » les requêtes émanant des États, organisations ou individus. Depuis que la CEDH a été rendue permanente, le 1^{er} novembre 1998, la Commission a été supprimée et tout requérant peut directement saisir la CEDH

99 Commission européenne des droits de l'homme, 13 octobre 1992, *Rev. trim. dr. h.* 1994, p. 243, note de O. Klees. La Commission décide que l'obligation de témoigner contre son gré, sous la pression d'une amende ou de la détention, constitue une ingérence dans l'aspect négatif du droit à la liberté d'expression, qui n'est pas nécessaire dans une société démocratique

même, principe général consacré tant dans les ordres juridiques des États contractants que par la Convention européenne et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le Gouvernement français soutient au contraire que le droit de l'État à la communication de certaines pièces n'impliquerait pas, pour les intéressés, une obligation de s'auto-incriminer. En l'espèce, les services des douanes n'auraient pas sommé M. Funke d'avouer une infraction ou d'en apporter lui-même la preuve ; ils l'auraient simplement invité à donner des précisions sur des éléments constatés par leurs agents et reconnus par lui, à savoir les relevés bancaires et chèquiers découverts lors de la visite domiciliaire. L'État français rappelle également qu'en contrepartie du système déclaratif qui caractérise le régime douanier et cambiaire français, chaque citoyen doit tenir à la disposition de l'Administration et pendant un temps déterminé certains documents susceptibles d'être contrôlés.

La CEDH ignore l'avis de la Commission et conclut à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention¹⁰⁰. Elle constate que « *les douanes provoquent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. Les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout «accusé» au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination* »¹⁰¹.

La Cour consacre, conformément à la charge de la preuve¹⁰², le droit à ne pas s'incriminer soi-même, malgré l'absence de disposition expresse au sein de l'article 6. Cette solution est d'autant plus remarquable qu'elle bénéficie d'une quasi-unanimité (huit voix contre une¹⁰³).

La France est par ailleurs condamnée pour violation de l'article 8 de la Conv.EDH. La Cour relève en effet qu'« *en l'absence d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le Gouvernement apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits du requérant fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché* »¹⁰⁴. Les conditions permettant de faire exception à l'article en cause ne sont donc pas réunies. La France est par conséquent condamnée à verser au requérant la somme de 50 000 francs pour dommage moral et 70 000 pour frais et dépens.

En revanche, la CEDH élude la question de la violation de l'article 6 § 2, invoquée par le requérant. Elle décide par une phrase lapidaire que la violation du droit de ne pas s'auto-incriminer admise sur le fondement de l'article 6 § 1 (procès équitable) la dispense d'examiner le second fondement (présomption d'innocence)¹⁰⁵. Cette première reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer est donc exclusivement fondée sur l'équité.

En préférant se fonder sur l'article 6 § 1, la Cour européenne choisit le champ d'application le plus large pour le droit nouvellement « découvert ». En effet, ce paragraphe a pour objet les

100 Art. 6§1 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)* »

101 § 44 de l'arrêt

102 Le même principe s'applique en droit pénal et en droit civil : la preuve incombe au demandeur (« *actori incumbit probatio* »)

103 L'opinion dissidente du juge Thor Vilhjalmsson reprend les raisons exposées par la Commission dans son rapport

104 § 57 de l'arrêt

105 § 45 de l'arrêt : « *La conclusion qui précède dispense la Cour de rechercher si la condamnation pénale de M. Funke a aussi méconnu le principe de la présomption d'innocence* »

« contestations sur des droits et obligations de caractère civil », ainsi que « toute accusation en matière pénale ».

Cet arrêt fut critiqué par certains auteurs¹⁰⁶, dans le sens où il remet en cause le droit de communication, un des piliers du droit douanier. Dans la pratique, c'est le moyen d'investigation le plus souvent mis en œuvre par les agents enquêteurs et en priver l'Administration des douanes équivaut à paralyser son action.

La Cour prend soin d'ajouter dans son dispositif - relativement bref en dépit de la complexité du sujet - « que les douanes provoquent la condamnation de Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude ».

Est-ce à dire que l'analyse de la CEDH eût été différente dans une hypothèse de certitude absolue ?

Par ailleurs, le contexte de l'arrêt est doublement particulier, puisque ce dernier a trait au droit douanier et au droit spécifique de ne pas produire de documents contre soi-même.

Concernant la matière douanière, la CEDH relève au préalable que « les dispositions répressives du droit douanier passent en France pour former un droit pénal spécial »¹⁰⁷. La question de l'assimilation du droit douanier au droit pénal est ainsi réglée.

L'arrêt confirme également que le droit de garder le silence, s'il comprend évidemment le droit de garder le silence oralement, s'étend au droit de ne pas produire de documents contre soi-même. Ceci sera confirmé en 2001 par l'arrêt *J.B. c. Suisse*¹⁰⁸, puis en 2007 avec l'arrêt *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, qui consacre le droit de ne pas s'exprimer par écrit¹⁰⁹.

En conséquence, le champ d'application du droit de ne pas s'auto-incriminer apparaît particulièrement large : il s'applique dès la phase douanière ou fiscale située en amont de la saisine de la juridiction pénale, et comprend notamment le droit de ne pas communiquer de documents contre soi-même.

B) L'arrêt Murray¹¹⁰, clé de voûte de l'édifice

L'arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*, rendu par la Cour européenne le 8 février 1996, est perçu comme l'arrêt majeur de la « trilogie » étudiée. L'affaire en cause porte sur l'application de la législation spéciale relative à la prévention du terrorisme en Irlande du Nord.

M. Murray fut arrêté par des policiers en 1990, en vertu de l'article 14 de la loi de 1989 portant dispositions provisoires sur la prévention du terrorisme¹¹¹. Conformément à l'article 3 de l'ordonnance de 1988 sur les preuves en matière pénale en Irlande du Nord¹¹², la police l'avertit en ces termes : « Vous n'êtes pas tenu de dire quoi que ce soit sauf si vous le souhaitez ; mais je dois vous avertir que si vous omettez de mentionner un fait quelconque que vous invoquerez pour votre défense devant le tribunal, cette omission peut être retenue par le tribunal comme corroborant un élément de preuve à charge. Si vous souhaitez dire quelque chose, votre déclaration pourra être produite comme preuve ».

L'intéressé, qui avait refusé de décliner son identité, avait par ailleurs demandé la possibilité de

106 PANNIER, Jean. La condamnation d'une personne pour refus de communication de documents en matière de réglementation des changes est-elle conforme à la Convention européenne des droits de l'homme ? *D.* 1993, p. 457

107 § 26 de l'arrêt

108 CEDH, 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*. Rec.2001-III. *JCP* 2001, I, 342, n° 13, obs. Sudre

109 CEDH, 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*. *JCP* 2008, I, 110, n° 6, obs. Sudre

110 CEDH, Gr. ch., 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, Rec. 1996-I. RSC 1997 p. 476, obs. Koering-Joulin

111 Prevention of Terrorism Temporary Provisions Act 1989

112 Criminal Evidence Northern Ireland Order 1988, § 27

consulter un avocat une demi-heure après son arrestation. Sa demande fut ajournée pour 48 h. Il est par la suite invité à expliquer sa présence dans la maison où il avait été arrêté. Étant précisé qu'en cas de silence, le juge pourrait en tirer toutes les conclusions légitimes. Malgré cet avertissement, l'intéressé conserve une attitude de mutisme, même après l'entretien avec son avocat.

Renvoyé devant le juge de jugement, il est reconnu coupable de complicité dans la séquestration d'un membre de l'IRA¹¹³ et condamné à 8 ans d'emprisonnement (décision confirmée par la cour d'appel).

Devant la Commission de Strasbourg, le requérant fait valoir que les dispositions de l'ordonnance de 1988 autorisant à tirer des conclusions défavorables à l'accusé du fait que celui-ci n'a pas répondu aux questions de la police ou n'a pas déposé, ainsi que l'utilisation de ces conclusions pour décider de sa culpabilité, sont contraires aux articles 6 § 1 et 6 § 2 de la Convention européenne. Il invoque par ailleurs une violation de l'article 6 § 3, en ce qu'il s'est vu refuser l'accès à un avocat pendant les premières 48 heures de sa garde à vue. Il reprend cette argumentation devant la CEDH.

Le Gouvernement soutient quant à lui qu'il ne s'agit pas de savoir si l'ordonnance de 1988 est en soi incompatible avec le droit de se taire, mais plutôt de savoir si, au vu des circonstances de l'espèce, le fait d'avoir tiré des conclusions conformément aux articles 4 et 6 de celle-ci a entaché d'iniquité la procédure pénale engagée contre le requérant. Et de répondre par la négative, puisque l'ordonnance ne modifie pas le fardeau de la preuve.

La CEDH examine attentivement la question, spécialement au regard du droit de la preuve. Elle réaffirme tout d'abord le principe du droit au silence et sa généralisation à l'ensemble du droit pénal. Selon elle, « *il ne fait aucun doute que, même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues, qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6. En mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6* »¹¹⁴.

Cette affirmation, plus développée que dans l'arrêt *Funke*, place le droit au silence « *au cœur de la notion de procès équitable* ».

La CEDH souligne que cette garantie n'est pas consacrée par la Convention, suggérant que point n'en est besoin, tant ce droit est essentiel et naturel. Cet attendu sera repris par la Cour dans de nombreux arrêts ultérieurs.

Toutefois, la CEDH pose également des limites à ce droit. Elle n'estime pas devoir rechercher dans l'abstrait l'étendue de « *l'immunité* », ni davantage la notion de « *coercition abusive* ». Elle s'attache seulement à déterminer si ces interdictions revêtent un caractère absolu, en ce sens que l'exercice par un prévenu du droit de garder le silence ne pourrait jamais servir en sa défaveur au procès ou, à titre subsidiaire, qu'il y a toujours lieu de tenir pour une « *coercition abusive* » le fait de l'informer au préalable que, sous certaines conditions, son silence pourra être ainsi utilisé.

A cet égard, la Cour vient préciser quelles peuvent être les conséquences, liées à l'exercice d'un tel droit, sur le prononcé de culpabilité : « *le Tribunal national ne peut conclure à la*

113 Irish Republican Army

114 § 45 de l'arrêt

*culpabilité du prévenu simplement parce que celui-ci choisit de garder le silence. C'est seulement si les preuves à charge « appellent » une explication que l'accusé devrait être en mesure de donner, que l'absence d'explication « peut permettre de conclure, par un simple raisonnement de bon sens, qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable »*¹¹⁵. Le bon sens et l'évidence interviennent une nouvelle fois, pour faire obstacle à une interprétation trop clémente de ce qui pourrait résulter de la volonté de se taire. On ne peut donc condamner une personne au vu de son seul silence, mais on peut tenir compte de ce silence pour des situations qui appellent une explication. Garder le silence du début à la fin de la procédure peut ainsi emporter des conséquences.

En l'espèce, l'intéressé ayant pu garder le silence sans être punissable, la Cour décide que le silence n'a pas été considéré comme un indice culpabilité, de sorte que le cas était différent de celui de l'arrêt *Funke* (où l'intéressé avait été contraint puisque condamné).

Finalement, la CEDH estime qu'elle n'a pas à spéculer sur ce qui se serait passé si le requérant avait effectué des déclarations à la police. Il avait été avisé et avait compris le sens de l'avertissement, de sorte qu'il n'était « *ni inique, ni déraisonnable* » de tirer des conclusions de son attitude.

La Cour conclut donc à l'absence de violation de l'article 6 § 1 et 2. Elle retiendra en revanche la violation de l'article 6 § 3, en ce qui concerne l'accès à un avocat.

Transparaît dans l'arrêt *Murray* le souci de la Cour européenne d'écartier toute tentation de recourir à la torture dans la recherche des preuves et de faire respecter l'article 3 de la Convention, tout autant que son article 6¹¹⁶.

Le champ d'application du droit au silence se fait également plus précis par ce second arrêt. Si l'arrêt *Funke* a affirmé son applicabilité aux procédures douanières, la jurisprudence *Murray* confirme qu'il s'étend aussi à la phase policière, c'est-à-dire en amont de la saisine d'une juridiction. La Cour relève en effet que l'article 6 de la Convention « *s'applique même au stade de l'instruction préliminaire menée par la police* »¹¹⁷.

Avec l'arrêt *Murray*, le droit au silence est fermement établi, et les limitations pouvant lui être apportées strictement déterminées. Reste que son fondement demeure incertain.

C) L'arrêt *Saunders*¹¹⁸, contrefort de l'édifice

Quelques mois après l'arrêt *Murray*, la CEDH s'intéresse de nouveau au droit au silence. Par l'arrêt *Saunders c. Royaume-Uni*, rendu par la Grande chambre le 17 décembre 1996, la Cour découvre un fondement inédit à ce droit.

L'affaire concerne un délit de corruption, à l'occasion d'une offre d'achat des titres d'une société. Selon la législation britannique, des témoins avaient été interrogés par des inspecteurs de l'administration. Au vu des premiers éléments, on laissa se poursuivre les investigations. Le dirigeant de Guinness, M. Saunders, fut entendu par des inspecteurs à différentes reprises, puis arrêté quelques mois plus tard, étant sous le coup de quinze chefs d'accusation parmi lesquels huit de faux en écritures comptables, deux de vol et plusieurs d'entente délictueuse.

Ce dernier fit valoir que l'emploi à son procès des réponses qu'il avait fournies aux

115 § 51 de l'arrêt

116 La CEDH l'exprime au premier chef par l'expression « *mettre le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités* »

117 § 62 de l'arrêt

118 CEDH, Gr. ch., 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*. Rec. 1996 – VI. RSC 1997 p. 478, obs. Koering-Joulin

inspecteurs du DTI¹¹⁹, en vertu de leurs pouvoirs contraignants (aux termes desquels le refus de coopérer équivalait à un outrage), privait automatiquement la procédure pénale de caractère équitable¹²⁰.

La Cour d'appel rejeta cet argument. Elle relevait que, dans la loi de 1985, le parlement avait disposé expressément et sans équivoque que les réponses données aux inspecteurs du DTI pouvaient être admises comme preuves lors d'une procédure pénale, même si cette admission transgressait le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Devant la Commission, le requérant dénonce le fait que les déclarations formulées par lui sous la contrainte aux inspecteurs désignés par le ministère du Commerce et de l'Industrie (DTI) au cours de leur enquête furent admises comme preuves à charge lors de son procès pénal ultérieur. Il affirme également que, comme la Cour l'a reconnu dans ses arrêts *Funke c. France* et *John Murray c. Royaume-Uni*, le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 englobe implicitement le droit d'un individu de ne pas contribuer à ce que des dépositions à sa charge soient utilisées dans le cadre de poursuites à son encontre¹²¹.

Le Gouvernement soutient quant à lui que seules les déclarations incriminant leur auteur peuvent relever du droit de ne pas s'auto-incriminer. Or les réponses qui disculpent leur auteur ou qui, si elles sont exactes, concordent avec la défense d'un accusé ou servent à la confirmer ne pourraient valablement passer pour incriminer leur auteur.

La Commission examine attentivement si les déclarations compromettantes ont été obtenues dans l'exercice du pouvoir de contrainte et rappelle que le droit au silence ne saurait être absolu. En revanche, est prohibé l'emploi de pressions ou de la contrainte, contre lesquelles le droit de ne pas s'auto-incriminer constitue un contrepoids.

Cette position illustre la volonté de la Commission de distinguer droit au silence et droit de ne pas s'auto-incriminer, le second apparaissant encore plus important. Si l'on peut parfois tirer des conséquences du silence conservé par l'intéressé, des aveux ne peuvent jamais être obtenus par la contrainte. Cette position peut sembler paradoxale, dans le sens où indiquer à l'intéressé que des conclusions pourront être déduites de son silence représente déjà une pression morale.

En l'espèce, la Commission relève que l'intéressé, en refusant de répondre, pouvait être sanctionné pour outrage. Il se trouvait donc contraint de répondre aux questions des inspecteurs. De plus, même si certains interrogatoires avaient été écartés, d'autres étaient demeurés dans la procédure et avaient joué un rôle déterminant.

Dans ces conditions, la Commission décide que l'utilisation de pièces à conviction obtenues par la contrainte a été abusive et a porté atteinte à la capacité de se défendre contre des accusations pénales portées contre l'intéressé. La Commission conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

La CEDH se prononce dans le même sens. Elle rappelle que, « *même si l'article 6 de la Convention ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et l'une de ses composantes - le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, sont des normes internationales généralement reconnues, qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par ledit article. Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de*

119 Department of Trade and Industry (Ministère du Commerce et de l'Industrie)

120 § 40 de l'arrêt

121 § 60 de l'arrêt

preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence, consacré à l'article 6 § 2 de la Convention »¹²².

La Cour retient que, compte tenu de la notion d'équité consacrée par l'article 6, le droit pour l'accusé de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques le mettant directement en cause. Un témoignage obtenu sous la contrainte, qui semble de prime abord dépourvu de caractère incriminatoire - telles des remarques disculpant leur auteur ou de simples informations sur des questions de fait - peut par la suite être utilisé dans une procédure pénale à l'appui de la thèse de l'accusation, par exemple pour contredire ou jeter le doute sur d'autres déclarations de l'accusé¹²³.

Un des apports majeurs de l'arrêt *Saunders* est le nouveau fondement reconnu au droit de se taire. La CEDH énonce en effet que « *ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence* ». S'ajoute alors au fondement plus large que constitue la notion de procès équitable, celui de la présomption d'innocence. Cette assise nouvelle semble plus naturelle.

Une chose est de reconnaître le droit de ne pas s'auto-incriminer, une autre est d'en tirer toutes les conséquences. Ceci fut parachevé par les arrêts ultérieurs de la Cour européenne des droits de l'homme.

II- Les implications du droit reconnu par la CEDH

Le droit au silence, dans la conception retenue par la CEDH, implique neuf propositions distinctes¹²⁴ :

- 1) Le droit au silence peut être invoqué par des personnes physiques ou morales ;
- 2) Le droit au silence peut être invoqué non seulement par la personne inculpée mais aussi par la personne subissant l'enquête préliminaire ;
- 3) Le droit au silence peut être invoqué non seulement au cours d'une procédure pénale mais aussi de toute procédure qui mènerait à une sanction pécuniaire quelconque ;
- 4) Le droit au silence peut être invoqué non seulement pour éviter l'auto-incrimination, mais aussi pour d'autres motifs tels que la protection d'autres personnes ;
- 5) Le droit au silence comprend le droit de refuser de fournir toute information, même sous forme de documents ;
- 6) Lorsque le suspect ou l'accusé a exercé son droit de demeurer silencieux, les autorités ne peuvent pas adopter des mesures le forçant à divulguer des informations ;
- 7) Le fait qu'un accusé ou un suspect choisisse de demeurer silencieux ne peut en lui-même donner lieu à une présomption de culpabilité ou *a fortiori* à une déclaration de culpabilité ;
- 8) L'accusé ou le suspect doit être informé le plus tôt possible par le procureur ou l'enquêteur de sa faculté de « garder le silence et de ne pas contribuer à s'incriminer » ;
- 9) L'accusé ou le suspect peut renoncer à son droit au silence.

Deux de ces propositions retiennent particulièrement l'attention, par le rôle majeur que

122 § 68 de l'arrêt

123 Le droit de ne pas s'auto-incriminer peut donc être violé, quand bien même la personne n'aurait pas livré d'aveux

124 GIRARD, Charlotte. Voir note 17

leur accorde la jurisprudence européenne. Il s'agit de la sixième, qui exclut le recours à des pouvoirs coercitifs dans le but d'obtenir des informations (A), ainsi que de la septième, interdisant le principe de condamnations fondées essentiellement sur l'exercice du droit au silence (B).

A) L'exclusion du recours à des pouvoirs coercitifs

Au préalable, il faut relever une des implications premières du droit au silence, étroitement liée à l'interdiction du recours à des pouvoirs coercitifs : l'intégralité du fardeau de la preuve repose sur la partie poursuivante. Puisque la personne en cause ne saurait être tenue de s'incriminer elle-même, il revient au Ministère public de rassembler les éléments de preuve permettant d'asseoir la culpabilité de celle-ci.

L'interdiction du recours à la force pour obtenir des aveux fut d'abord mise en exergue dans l'arrêt *Murray* (voir *supra*), par la formule « *En mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6* ». Le but avoué de la Cour européenne est bien d'éloigner la menace d'abus des autorités.

De plus, par la locution « *erreurs judiciaires* », la Cour met en lumière le doute légitime qui doit planer sur tout élément livré sous la contrainte. Il s'agit alors de considérations d'efficacité judiciaires autant que d'humanisme. Le risque d'errements judiciaires est d'autant plus important qu'« *en pratique, il suffit que l'aveu soit porté sur un procès-verbal d'interrogatoire pour qu'il soit ipso facto présumé avoir été librement et spontanément fait par le gardé à vue* »¹²⁵.

L'arrêt *J.B. c. Suisse*¹²⁶, en date du 3 mai 2001, confirme cette position. La CEDH affirme à cette occasion que « *l'on ne pouvait dès lors pas obtenir [les informations dont il s'agit] en recourant à des pouvoirs coercitifs, au mépris de la volonté de l'intéressé* »¹²⁷. Le terme « *coercition* » est à nouveau employé, pour souligner sa prohibition absolue. L'exercice du droit de garder le silence, par lequel le suspect exprime sa volonté, doit être respecté.

Notons que la contrainte « *indirecte* » est parfois retenue. Ainsi dans l'arrêt *Funke* (voir *supra*), la Cour décide que l'intéressé a été contraint de fournir des informations en sa défaveur. Quand bien même il n'a pas subi de pressions physiques, il était menacé de sanctions pénales s'il s'abstenait de livrer les documents exigés. La contrainte en cause peut donc être psychologique, voir comprendre l'usage de drogues.

La contrainte signifie, dans son expression la plus extrême, le recours à la torture, interdit spécifiquement par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. A la suite de la jurisprudence *Murray*, les arrêts *Jalloh c. Allemagne*¹²⁸ et *Göçmen c. Turquie*¹²⁹ reviennent sur cette question et révèlent le lien existant entre les articles 3 et 6 de la Convention.

Dans l'affaire *Jalloh*, le requérant, soupçonné de trafic de stupéfiants, s'était vu administrer par la force des substances émétiques et, sous l'effet de ce traitement, avait régurgité un sachet de cocaïne, ensuite utilisé dans la procédure pénale qui déboucha sur sa condamnation. Devant la Cour, le requérant invoquait à la fois les articles 3 et 6 de la Convention, estimant avoir été victime, d'une part, d'un traitement inhumain et dégradant et, d'autre part, d'une violation de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

125 GIRARD, Charlotte. Voir note 17, p 145

126 Voir note 108

127 § 68 de l'arrêt

128 CEDH, Gr. ch., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*. Requête n° 54810/00

129 CEDH, 17 janvier 2007, *Göçmen c. Turquie*. Requête n° 72000/01

Après avoir conclu à la violation de l'article 3, la Cour constate également une violation de l'article 6 § 1. Elle insiste tout d'abord sur « *la force employée en l'espèce* », relève que l'intervention pratiquée de force sur le requérant « *n'était pas dépourvue de risques pour la santé de l'intéressé* », observe encore qu'« *en l'occurrence, les preuves ont été recueillies au moyen d'une procédure contraire à l'article 3* », et estime enfin que « *l'intervention ayant consisté à faire régurgiter de force les stupéfiants au requérant a considérablement porté atteinte à l'intégrité physique et mentale de celui-ci* ».

La relation entre les articles 3 et 6 de la Convention européenne a été encore plus spectaculairement établie dans l'affaire *Göçmen*, à l'occasion de laquelle la Cour, après avoir constaté une violation de l'article 3 (en raison d'aveux extorqués brutalement durant une garde à vue) devait se prononcer sur l'équité de la procédure au regard de l'article 6 et en particulier, sur « *l'utilisation, dans le cadre d'une procédure pénale d'éléments de preuve recueillis au mépris de l'article 3 de la Convention* »¹³⁰.

La Cour conclut que les conditions dans lesquelles s'est déroulée la garde à vue ont emporté une violation de l'article 3, pour ensuite relever que « *tout au long du procès la défense a cherché en vain à contester la véracité des aveux* ». Elle « *est d'avis que les garanties procédurales offertes en l'espèce n'ont pas joué de manière à empêcher l'utilisation d'aveux [...] obtenus [en violation de l'article 3 de la Convention], en l'absence d'un avocat et en méconnaissance du droit de ne pas s'incriminer soi-même* ».

Les arrêts *Jalloh* et *Göçmen* révèlent que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'est pas seulement un droit procédural : il tend aussi, plus substantiellement, à faire obstacle à d'éventuelles violences policières, susceptibles d'être qualifiées de « torture » ou de « traitements inhumains ou dégradants ».

Franchissant un palier supplémentaire, la Cour européenne s'est récemment intéressée au cas de « simples » menaces de tortures, dans l'arrêt *Gäfgen c. Allemagne*¹³¹.

En l'espèce, M. Gäfgen fut condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour enlèvement d'enfant avec demande de rançon, suivi de la mort de la victime. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie par l'intéressé, a constaté qu'au cours de l'enquête de police, l'enquêteur avait menacé le requérant de souffrances intolérables s'il n'avouait pas où il avait caché l'enfant. Le requérant avait ainsi avoué, indiquant l'endroit où il avait caché le cadavre de l'enfant et fournissant des détails sur la mort de celui-ci.

La Cour en conclut que les menaces réelles et immédiates de mauvais traitements délibérés et imminents devaient passer pour avoir provoqué en lui une angoisse et des souffrances mentales considérables et que cette méthode d'interrogatoire était suffisamment grave pour être qualifiée de traitement inhumain prohibé par l'article 3 de la Convention¹³².

La Grande Chambre, en relevant que le requérant avait conservé la qualité de victime d'un traitement inhumain ou dégradant, dans la mesure où les policiers qui avaient porté atteinte à l'un de ses droits fondamentaux n'avaient été sanctionnés que par des amendes symboliques, infirme sur ce point la solution retenue par l'arrêt de chambre du 30 juin 2008¹³³.

130 § 68 de l'arrêt

131 CEDH, Gr. ch., 1er juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*. Requête n° 22978/05

132 § 103 et 108 de l'arrêt

133 MARGUENAUD, Jean-Pierre. L'influence relative de l'utilisation de preuves obtenues par un traitement contraire à l'article 3 sur l'équité d'un procès pénal. *RSC* 2010, p. 678

Se posait ensuite la question de savoir si la procédure avait perdu son caractère équitable du fait de la non-exclusion des preuves matérielles litigieuses, recueillies à la suite des déclarations extorquées au moyen d'un traitement inhumain.

La Cour relève que le requérant a eu le loisir, au cours de son procès, de contester ces preuves litigieuses et souligne que le tribunal a fondé son verdict sur les aveux livrés par le requérant au cours de son procès sans recourir aux éléments matériels litigieux et qu'il a écarté les preuves obtenues en violation du droit de ne pas s'auto-incriminer. Elle considère par conséquent que la menace de tortures formulée par un enquêteur, laquelle a provoqué les premiers aveux et la constatation de la réalité du crime, n'a pas porté atteinte à l'équité du procès.

On peut toutefois se demander si les aveux livrés lors du procès ne sont pas la conséquence directe de ceux datant de l'enquête.

Cette position apparaît de surcroît paradoxale, pour peu qu'on la mette en perspective avec l'arrêt *Brusco* (voir *infra*), rendu en 2010 par la même Cour¹³⁴. La hiérarchie des valeurs qui découle de ces deux décisions inspire une certaine perplexité : la menace de tortures proférée par un policier à l'égard d'une personne placée sous contrainte ne porte pas atteinte à l'équité du procès, contrairement à l'absence d'un avocat lors d'un interrogatoire.

L'interdiction des traitements inhumains, valeur fondamentale de toute société démocratique, garde-t-elle son caractère absolu après l'arrêt *Gäfgen* ?

La jurisprudence de la Cour européenne apparaît donc plus nuancée que monolithique sur la question de l'application des articles 3 et 6 de la Convention.

De ces deux décisions, on peut cependant tirer une conclusion commune : la préoccupation essentielle de la CEDH semble être de relever que la preuve fondant la condamnation d'une personne a été obtenue dans le respect des principes posés par la Convention. Pour déclarer que le procès de M. Gäfgen a été équitable, la Cour souligne ainsi que les aveux faits par le requérant le dernier jour de son procès ont été déterminants pour le verdict.

Le droit au silence n'exclut pas l'aveu comme mode de preuve, mais tend à éviter que des aveux soient extorqués. L'interdiction de la coercition trouve également à s'appliquer au stade de la renonciation à garder le silence, qui doit être strictement encadrée.

L'un des neuf axiomes présentés précédemment indique seulement : « *L'accusé ou le suspect peut renoncer à son droit au silence* ».

Pour être plus précis, la Cour européenne des droits de l'homme accepte que l'on puisse renoncer au droit de garder le silence, à la condition que la renonciation ne porte pas atteinte à l'essence même de ce droit¹³⁵ et qu'elle soit libre et exempte de toute coercition indue¹³⁶. La notion de coercition réapparaît donc ici.

L'exclusion de la coercition représente le corollaire du droit au silence, voire lui est consubstantielle. Et pour cause : nul ne saurait garder le silence si on le force à s'exprimer.

Alors que cette affirmation a trait à la phase préparatoire du procès pénal, la prohibition des condamnations fondées sur le silence intéresse la phase décisive.

B) L'interdiction des condamnations fondées essentiellement sur le silence

134 GUERIN, Didier. Flexibilité du droit européen : arrêts *Brusco* c. France et *Gäfgen* c. Allemagne . *D.* 2010, p. 2850

135 CEDH, 21 déc 2000, *Quinn c. Irlande*. Requête n° 36887/97

136 CEDH, 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*. Requêtes n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96

On peut affirmer que le droit de se taire serait vidé de sa substance si le silence gardé devait être systématiquement considéré comme un aveu implicite de culpabilité, ou interprété en défaveur de la personne mise en cause.

Aussi la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle reconnu par un arrêt *Averill c. Royaume-Uni*¹³⁷, qu'« *il serait incompatible avec le droit de garder le silence de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence de l'accusé ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer* »¹³⁸.

Le requérant alléguait en l'espèce avoir été privé d'un procès équitable en ce que le juge du fond avait tiré des conclusions défavorables de son silence pendant les interrogatoires de police.

Or la Cour constate que le fait que le requérant ait été averti que l'on pourrait tirer des conclusions défavorables de son silence comporte un certain degré de coercition indirecte. Toutefois, la CEDH souligne qu'il ressort clairement du jugement que le requérant n'a pas été condamné « exclusivement » ou « principalement » en raison de son silence. Par conséquent, elle conclut à l'absence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Le principe posé par la Cour à cette occasion n'en demeure pas moins essentiel.

On peut justifier ce refus des condamnations fondées essentiellement sur le silence par le fait que ce dernier peut être motivé par bien d'autres motifs que la culpabilité. Constituerait alors un raccourci dangereux le raisonnement selon lequel tout accusé taisant est de ce fait coupable.

L'adage *in dubio pro reo* - le doute doit profiter à l'accusé - conforte cette idée. Le seul silence, douteux par excellence, doit faire échec à une déduction directe de culpabilité, pour renfermer lui-même trop d'incertitude.

A la suite de la Cour européenne, la Cour de cassation a reconnu que le silence de la personne mise en cause ne pouvait à lui seul fonder sa condamnation. On peut citer notamment un arrêt de la Chambre criminelle, en date du 1er octobre 2008¹³⁹. Cassant partiellement l'arrêt de la cour d'appel (en ses seules dispositions relatives à la peine), la Cour de cassation décide que « *le fait que le prévenu ne reconnaisse pas sa culpabilité ne saurait constituer un motif de nature à justifier le prononcé d'une peine d'emprisonnement sans sursis* ». N'est pas tant en cause en l'espèce le principe même de la condamnation que la nature de la peine.

La Chambre criminelle prend le contre-pied des juges du fond, qui considéraient que « *la partie ferme de l'emprisonnement est justifiée pour empêcher le renouvellement de l'infraction sérieusement à craindre dès lors que le prévenu ne s'estime pas responsable de l'accident mortel, préférant en attribuer l'origine à la victime défunte* ». La Haute juridiction casse, se fondant sur le droit qu'a tout prévenu « *de ne pas contribuer à sa propre incrimination* ».

Notons que la Chambre criminelle censure au visa des articles 14 § 3 g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour de cassation assimile à cette hypothèse l'exercice d'une voie de recours par le prévenu, qui ne peut davantage constituer une preuve de culpabilité.

Dans un arrêt du 24 janvier 2007¹⁴⁰, la Chambre criminelle s'est prononcée sur la question de la motivation d'une peine par référence à l'attitude du prévenu, contestant le verdict.

La Cour décide : « *L'exercice [du droit de faire examiner par une juridiction supérieure la condamnation] ne saurait constituer un motif d'aggravation de la peine prononcée par les premiers juges. Encourt la censure l'arrêt qui, pour condamner à quatre ans d'emprisonnement une*

137 CEDH, 6 juin 2000, *Averill c. Royaume-Uni*. Requête n° 36408/97

138 § 45 de l'arrêt

139 Crim. 1 oct. 2008, n° 08-81.338, Bull. crim. n° 201

140 Crim. 24 janv. 2007, n° 06-84.330 et 03-85.061, Bull. crim. n° 17

personne déclarée coupable d'agressions sexuelles aggravées, énonce que la gravité des faits est renforcée par l'attitude du prévenu qui a choisi d'imposer aux victimes un second procès non pour discuter de l'ampleur de la sanction mais du principe de sa culpabilité, qu'il sait pourtant indiscutable, et au-delà par le choix de son mode de défense ». La Cour de cassation confirme que le choix d'un système de défense ne peut en aucun cas être un motif d'aggravation d'une peine ferme¹⁴¹.

On peut déduire de ces différents arrêts que le silence ne peut servir qu'à corroborer différents éléments à charge : il ne peut à lui seul permettre de conclure à la culpabilité de la personne en cause¹⁴². Autrement dit, il faut apporter la preuve de sa culpabilité sans le concours du suspect, de plus en plus cantonné dans un rôle de spectateur passif.

La Cour européenne des droits de l'homme a ajouté qu'il incombait au juge professionnel de rappeler aux jurés qu'ils ne doivent pas tirer de conséquences négatives du silence gardé par le requérant lors de son interrogatoire par la police¹⁴³. En effet, la règle précitée resterait sans effet si, en présence d'un jury populaire, seul le juge professionnel en avait connaissance. Pire, si les jurés étaient incités à inférer du silence du mis en cause sa culpabilité.

Or, dans l'affaire *Condron c. Royaume-Uni*, il incombait au jury de décider de tirer ou non du silence des requérants des conclusions en leur défaveur. La Cour indique que, lorsque la juridiction de jugement comprend un jury, il est « plus que souhaitable d'indiquer à ce dernier qu'il peut tirer des conclusions en défaveur de l'accusé seulement s'il a la conviction que l'on peut raisonnablement attribuer le silence de celui-ci lors des interrogatoires de police au fait qu'il n'avait pas de réponse à fournir ou aucune qui résisterait à un contre-interrogatoire »¹⁴⁴. Le juge n'ayant pas indiqué au jury que le silence des intéressés ne pouvait constituer la base « essentielle » de leur condamnation, la Cour conclut que les requérants n'ont pas bénéficié d'un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention¹⁴⁵.

La Chancellerie française a franchi dernièrement une étape supplémentaire quant à l'exclusion des condamnations fondées essentiellement sur le silence. Par deux circulaires, émises les 17 novembre 2009 et 19 février 2010, elle invite les parquets à « asseoir l'accusation, comme c'est déjà le cas dans la très grande majorité des affaires, sur un faisceau de preuves convergentes et non pas uniquement sur les déclarations du mis en cause pendant la garde à vue ».

Non seulement la condamnation ne saurait reposer sur le seul silence conservé par le mis en cause, mais mieux encore, il n'est pas souhaitable qu'elle se fonde uniquement sur les déclarations de ce dernier. On peut y voir une volonté de la Chancellerie de se dégager de tout soupçon d'une coercition exercée en garde à vue, et de rendre les condamnations plus difficilement contestables.

Le droit au silence, fort des implications ci-dessus étudiées, pourrait devenir selon certains

141 La cour d'appel avait doublé la peine d'emprisonnement ferme prononcée par le tribunal

142 SUDRE, Frédéric. Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable, *J.-Cl. Europe*, fasc. 6526, n° 158

143 CEDH, 2 mai 2000, *Condron c. Royaume-Uni*. Requête n° 35718/97

144 § 62 de l'arrêt

145 Cette règle fut reprise dans l'arrêt CEDH, 8 octobre 2002, *Beckles c Royaume-Uni*. Requête n° 44652/98. *Journal des droits de l'homme*, supplément au n° 79 des Annonces de la Seine, 30 décembre 2002, p. 14, note B. Favreau § 64 : « *Having regard to the fact that it is impossible to ascertain the weight, if any, given by the jury to the applicant's silence, it was crucial that the jury was properly directed on this matter. It finds that in the instant case the jury's discretion on this question was not confined in a manner which was compatible with the exercise by the applicant of his right to silence at the police station* »

auteurs le nouveau partenaire de la loyauté, dans la recherche des preuves pénales.
Si le droit au silence est incontestablement un droit fondamental, il n'en est pas moins, à bien des égards, fragile. Ce serait ainsi pur artifice que d'affirmer qu'aucune conséquence ne saurait jamais être tirée du silence gardé par le mis en cause.

Chapitre 2 : Un droit conservant néanmoins des contours flous

A l'image de nombreux droits consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, tel le droit à la liberté d'expression ou de réunion, le droit au silence ne saurait être absolu. Cette restriction est directement issue de l'équilibre que doit établir la procédure pénale, en tentant de concilier l'inconciliable : sécurité et liberté.

La première restriction au droit de garder le silence a trait à son champ d'application. Si ce dernier concerne assez largement la matière pénale, il se limite à celle-ci. Dès lors, il a par exemple été reconnu qu'en matière de circulation routière, l'obligation sanctionnée pénalement faite au détenteur de l'immatriculation d'un véhicule de donner aux autorités l'identité du conducteur ne méconnaît pas son droit au silence, puisqu'il ne fait lui-même l'objet d'aucune accusation en matière pénale¹⁴⁶.

La fragilité du droit au silence s'exprime ensuite par le caractère facultatif de sa notification, selon la CEDH. On peut s'étonner que le juge européen des droits de l'homme ne considère pas le droit d'être informé de son droit de garder le silence comme, lui aussi, une garantie du procès équitable. D'autant que l'obligation de notification n'est plus aujourd'hui l'apanage des pays de *Common law*¹⁴⁷ et peut apparaître comme une exigence quasi-naturelle du droit à un procès équitable.

En tout état de cause, les restrictions apportées au droit au silence ne sont pas toujours clairement établies et contribuent à maintenir flous les contours d'un droit pourtant fondamental. L'analyse des deux éléments développés précédemment, à savoir l'usage de moyens de coercition (Section 1) et la possibilité de tirer des conséquences du silence (Section 2), montre que ceux-ci peuvent être admis, sous certaines conditions.

Section 1: L'admission conditionnelle de l'usage de moyens de coercition

Les limites au droit de ne pas s'auto-incriminer, bien que rarement évoquées par les textes, sont établies de manière constante en jurisprudence. Deux situations semblent singulièrement justifier l'usage de la « force » : lorsque l'intéressé dissimule, par son silence, des données existant en dehors de sa volonté (I) ou qu'on lui interdit de garder secrètes (II).

I- Des données existant en dehors de la volonté du suspect

146 CEDH, 8 avril 2004, *Weh c. Autriche*. *J.T.dr.eur.*, 2004, p.158 : la personne contre laquelle une procédure pénale n'est pas engagée, ni même simplement envisagée par les autorités, ne peut revendiquer à son bénéfice le droit au silence garanti par l'art. 6 Conv.EDH.

CEDH, 24 mars 2005, *Gerda Rieg c. Autriche*. Requête n° 63207/00

§ 54 : « *There is nothing to show that the applicant was “substantially affected” so as to consider him being “charged” with the offence of speeding within the autonomous meaning of Article 6 § 1. It was merely in his capacity as the registered car owner that he was required to give information. Moreover, he was only required to state a simple fact - namely who had been the driver of his car - which is not in itself incriminating* »

147 Une telle information est également obligatoire, par exemple, en Allemagne, en Italie et au Portugal

Étrange expression que celle de « *données existant en dehors de la volonté du suspect* », qui justifie à l'échelle européenne de recourir à la coercition (A), et à l'échelle nationale, d'appliquer le délit d'obstacle à fonctions (B).

A) La possibilité concédée de recourir à la coercition

Outre qu'il apporte un nouveau fondement au droit de se taire - la présomption d'innocence - l'arrêt *Saunders* rendu par la CEDH le 17 décembre 1996¹⁴⁸ précise les cas dans lesquels le recours à la coercition semble admis.

La Cour indique que « *tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN* »¹⁴⁹.

Ce type de données est donc clairement placé par la Cour européenne en dehors du champ du droit de ne pas s'auto-incriminer.

En ayant recours à des exemples, la Cour indique que les données en cause sont celles que l'on peut obtenir en ayant justement recours à des pouvoirs coercitifs. La coercition serait donc admise lorsqu'elle pourrait se révéler fructueuse ! La CEDH se fait plus précise, en signalant que ces données doivent de surcroît exister « *indépendamment de la volonté du suspect* ». Au vu des exemples fournis, cela concerne surtout des prélèvements biologiques, qui ne requièrent pas nécessairement l'accord de la personne prélevée.

Notons que cette limite se rapporte davantage au droit de ne pas s'incriminer soi-même qu'au droit au silence. En effet, tout acte de coercition portant atteinte au droit de se taire - forcer une personne à parler - s'apparenterait nécessairement à de la torture.

Toutefois, et malgré cette précision, la limite posée par l'arrêt *Saunders* n'est pas exempte de critique. Il s'agit en effet de forcer un individu à fournir des éléments permettant de le confondre.

Damien ROETS¹⁵⁰ relève à juste titre que cette jurisprudence entérine les dispositions du Code de procédure pénale qui imposent à un suspect des « *prélèvements externes* ». Les articles 55-1¹⁵¹, 76-2¹⁵² ou 154-1¹⁵³ ne contreviennent donc pas au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination¹⁵⁴. La distinction fondamentale semble par conséquent résider entre les

148 Voir note 118

149 § 69 de l'arrêt

150 Voir note 8

151 « *L'officier de police judiciaire peut procéder, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examen techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête. [...] Le refus [...] de se soumettre aux opérations de prélèvement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* »

152 « *Le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire peut faire procéder aux opérations de prélèvements externes prévues par l'article 55-1* »

153 « *Pour les nécessités de l'exécution de la commission rogatoire, l'officier de police judiciaire peut faire procéder aux opérations de prélèvements externes prévues par l'article 55-1* »

154 Le C.cons dégage la même solution dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 (Loi pour la sécurité intérieure) : ces prélèvements ne remettent pas en cause la présomption d'innocence puisqu'ils sont opérés dans le

prélèvements externes -admis- et « internes »¹⁵⁵ -proscrits.

Dans l'arrêt *Jalloh c. Allemagne*¹⁵⁶, rendu par la CEDH réunie en Grande Chambre en 2006, celle-ci opère néanmoins une nouvelle distinction. La Cour différencie entre les « *données qui existent indépendamment de la volonté du suspect* », pour lesquelles « *le prévenu doit endurer passivement une atteinte mineure à son intégrité physique même si sa participation active est requise* », de celles recueillies « *au mépris de sa volonté* »¹⁵⁷ à l'aide, comme en l'espèce, de moyens invasifs portant véritablement atteinte à l'intégrité physique ou psychique.

Alors que l'arrêt *Saunders* ne concernait que des éléments produits par le « fonctionnement organique normal », dans l'affaire *Jalloh* le requérant a été contraint à régurgiter les éléments recherchés, ce qui a nécessité l'introduction de force d'une sonde nasale et l'administration d'une substance destinée à provoquer une réaction pathologique dans son organisme. Le degré de coercition employé semble bien supérieur. Il s'ensuit que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination inclut le droit de ne pas se soumettre à des interventions constitutives d'atteintes graves à son intégrité physique ou psychique, effectuées pour recueillir des éléments de preuve. Toutefois, cette distinction apparaît dans de nombreux cas délicate.

Puisque « *toute mesure coercitive ne doit pas faire conclure à une atteinte injustifiée à ne pas s'incriminer soi-même* »¹⁵⁸, seule la « *coercition abusive* »¹⁵⁹ est interdite.

Il échoit à la CEDH de contrôler le degré de coercition exercé. Trois critères principaux permettent de caractériser la contrainte interdite : la nature et le degré de coercition ; l'existence de garanties appropriées dans la procédure (par exemple la présence d'un avocat lors de la garde à vue) et l'utilisation des déclarations des intéressés.

Si le degré de coercition ne s'avère pas trop élevé et que les données existent indépendamment de la volonté du suspect, l'usage de la coercition est admis. Le délit d'obstacle à fonctions en fournit un autre exemple, au niveau interne.

B) Le délit d'obstacle à fonctions

Il a été vu dans le paragraphe précédent que des mesures coercitives peuvent notamment être employées pour obtenir des documents en vertu d'un mandat.

On peut rapprocher de cette hypothèse le cas où des agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) demandent communication de divers écrits. En cas de refus de l'intéressé, celui-ci peut être poursuivi du chef d'opposition à l'exercice des fonctions d'enquêteurs habilités par le ministre chargé de l'économie, prévu par l'article L. 450-8 du Code de commerce¹⁶⁰.

La loi a ainsi voulu rendre effectifs les pouvoirs des agents de la DGCCRF, auxquels l'article 450-3 du même Code permet d'accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, de recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications, et enfin de demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels.

but d'établir la vérité et peuvent contribuer à innocenter celui qui en fait l'objet

155 En référence au for interne de l'individu, mis à mal par la quête d'aveux

156 Voir note 128. Pour mémoire, il s'agissait de faire régurgiter un sachet de cocaïne au prévenu

157 § 114 de l'arrêt

158 CEDH, 4 octobre 2005, *Shannon c. Royaume-Uni*. Requête n° 6563/03. § 36

159 CEDH, *Murray*. Voir note 110. § 45

160 « *Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés en application du présent livre* »

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt en date du 24 février 2009¹⁶¹, a posé le principe selon lequel le délit d'opposition à l'exercice des fonctions d'enquêteurs des agents de la DGCCRF ne portait pas atteinte au droit au silence¹⁶².

En l'espèce, des agents avaient convoqué M. G. dans les locaux administratifs et lui avaient demandé de leur communiquer divers documents professionnels afférents à son activité professionnelle. Ce dernier leur avait remis copie des documents contractuels sollicités après en avoir occulté diverses mentions, et notamment celles relatives aux coordonnées personnelles et bancaires de ses clients, démarcheurs ou livreurs. Pour avoir ainsi refusé de communiquer les documents demandés dans leur intégralité, M. G. fut poursuivi du chef d'opposition à fonctions.

Condamné par les juges du fond, le prévenu forme un pourvoi en cassation, soutenant que le délit en cause se caractérise par une attitude d'obstruction brutale et injustifiée. Ce qu'il n'a pas manifesté, en motivant son refus de communiquer les documents par le secret professionnel et la protection des libertés individuelles de ses clients.

D'autre part, il allègue que constitue une atteinte à la substance même du droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination le fait de condamner une personne qui refuse de communiquer des documents susceptibles de conduire à son incrimination.

Une telle législation est-elle compatible avec le droit au silence ?

La Chambre criminelle répond par l'affirmative et rejette le pourvoi : « *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, qui caractérisent le délit prévu et réprimé par l'article L. 450-8 du Code de commerce, lequel consiste en une obstruction, de quelque nature que ce soit, apportée aux demandes d'un fonctionnaire de contrôle tendant à l'empêcher de procéder aux enquêtes dont il est chargé, la cour d'appel a justifié sa décision, sans porter atteinte au droit au silence garanti par les dispositions conventionnelles visées au moyen* ». La communication de documents tronqués suffit donc à engager la responsabilité pénale du commerçant.

Par ailleurs, cette solution ne saurait surprendre, dès lors qu'il est de principe que l'infraction intentionnelle est constituée dès l'instant où y a intention criminelle, quel que soit le mobile de cette infraction. Elle a d'ailleurs déjà été retenue par le passé¹⁶³.

Bien que la Cour de cassation affirme que l'existence de ce délit n'est pas incompatible avec le droit au silence, elle y apporte indubitablement une restriction.

Des auteurs ont salué cette solution, qui évite il est vrai que les obstacles à l'action des fonctionnaires de contrôle se multiplient.

D'autres se sont montrés plus circonspects¹⁶⁴. Ils rappellent que, même si la relativité du droit au silence est désormais acquise, il reste qu'en principe le silence ne peut que corroborer différents éléments à charge. Or, en l'espèce, le silence conduit directement à la condamnation, les juges précisant que le refus de communiquer les documents dans leur intégralité constitue le délit poursuivi.

Par ailleurs, la CEDH avait jugé dans l'affaire *Funke* que l'obligation faite au requérant par l'administration des Douanes de produire des documents bancaires sous peine d'astreintes et de sanctions pénales était une tentative pour contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve de l'infraction qu'il aurait commise, ce qui est contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer. La

161 Crim. 24 février 2009, n° 08-84.410. Bull. crim. n° 46. D. 2009. 1017, obs. M. Léna

162 LASSERRE-CAPDEVILLE, Jérôme. Le délit d'opposition à l'exercice des fonctions d'enquêteurs des agents de la DGCCRF ne porte pas atteinte au droit au silence. *AJ pénal* 2009, p. 226

163 Crim. 14 nov. 2000, n° 00-81.084, inédit

164 RENUCCI, Jean-François. Délit d'obstacle à fonctions et droit au silence. *RSC* 2009, p. 923

présente affaire n'en semble pas si éloignée.

Bien qu'il soit difficile d'affirmer avec certitude que l'affaire en cause en 2009 conduirait à une condamnation européenne, on peut souligner que, dans un contexte général de renforcement des droits de la défense des personnes impliquées dans une procédure quasi-pénale¹⁶⁵, l'obligation faite aux parties de communiquer elles-mêmes des documents les incriminant semble contraire aux principes du procès équitable. L'impression se trouve encore renforcée lorsque, comme cela est le cas en l'espèce, l'intéressé se trouve par la suite poursuivi devant une juridiction répressive pour un délit d'entrave.

Au delà de cet exemple, c'est l'ensemble des procédés exposant une personne à une condamnation pour refus de déclaration qui semblent condamnés, à l'aune de la jurisprudence européenne.

La coercition peut encore être mise en œuvre lorsque la loi exclut catégoriquement que l'intéressé puisse s'enfermer dans le silence.

II- Le refus du silence dans certains cas

On peut relever deux situations dans la législation française, qui interdisent à l'intéressé d'exercer un quelconque droit au silence : lorsque la personne doit décliner son identité (A) ou qu'elle endosse le statut de témoin (B).

A) Les éléments d'identification

Le droit français, qui ne consacre pas expressément le droit au silence, proclame en revanche l'obligation de se soumettre aux contrôles d'identité.

L'article 78-2 du Code de procédure pénale prévoit plusieurs cas de contrôle d'identité : pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; les contrôles « Schengen » ; sur réquisitions du procureur de la République ou à l'initiative des officiers de police judiciaire, lorsqu'il existe des raisons de soupçonner qu'une personne est impliquée dans la commission d'une infraction¹⁶⁶. Ce dernier cas, intitulé « contrôle de police judiciaire » peut aisément rejoindre l'hypothèse d'une garde à vue.

Si l'intéressé refuse de révéler son identité, l'officier de police judiciaire « *le met en mesure de fournir par tout moyen les éléments permettant d'établir son identité et procède, s'il y a lieu, aux opérations de vérification nécessaires* »¹⁶⁷. De telles vérifications peuvent s'accompagner d'une rétention. La loi dispose encore : « *si la personne interpellée maintient son refus de justifier de son*

165 Droits fiscal, de la concurrence, de la consommation

166 « *Les officiers de police judiciaire [...] peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner :*

-qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ;

-ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit ;

-ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit ;

-ou qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire.

Sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat. [...]

L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée [...] pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens »

167 Art. 78-3 CPP

identité ou fournit des éléments d'identité manifestement inexacts, les opérations de vérification peuvent donner lieu, après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue l'unique moyen d'établir l'identité de l'intéressé ». Les personnes refusant de se prêter à la prise d'empreintes digitales ou de photographies sont punies de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende¹⁶⁸.

Une coercition « graduelle » est donc employée pour contraindre la personne à sortir du mutisme. Les officiers de police judiciaire peuvent procéder eux-mêmes à des vérifications, qui peuvent donner lieu à une rétention, voire à des poursuites pour délit.

Du reste, même dans les pays reconnaissant le droit au silence et le notifiant aux personnes mises en cause, cette restriction est largement partagée. Le Danemark et l'Italie en fournissent deux illustrations¹⁶⁹. La législation danoise, qui prévoit qu'avant d'être interrogées les personnes placées en garde à vue sont informées qu'elles ont le droit de ne pas répondre aux questions posées, précise que la seule question à laquelle elles sont obligées de faire droit (comme tout citoyen) porte sur leurs nom, adresse et date de naissance. Le Code de procédure pénale prévoit que le fait de refuser d'indiquer à la police l'un de ces éléments constitue une infraction pénale, punissable d'une amende.

La législation italienne prévoit également l'obligation d'information sur le droit au silence. De façon similaire, elle énonce que les seules questions emportant une obligation de répondre sont celles ayant trait à l'identité des personnes.

Il faut noter que la loi nouvelle relative à la garde à vue (voir *infra*) comprend elle aussi cette restriction. L'article 63-1 du Code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi du 14 avril 2011, dispose : « *La personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits : du fait qu'elle bénéficie du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire [...]* »¹⁷⁰.

Si la personne placée en garde à vue recouvre le droit de garder le silence, celui-ci ne peut être exercé qu'« *après avoir décliné son identité* ». Les travaux préparatoires précisent que le périmètre des informations relatives à l'identité du gardé à vue qui doivent être divulguées aux enquêteurs comprend : son nom, son prénom, sa date de naissance, son lieu de naissance, son domicile et, le cas échéant, sa résidence.

On conçoit en effet qu'il s'agisse des éléments d'identité indispensables aux forces de l'ordre pour pouvoir mener leurs premières investigations.

Ceci semble de plus cohérent avec la reconnaissance du droit au silence. En effet, si la charge de la preuve doit peser uniquement sur les autorités de poursuite, permettant à l'intéressé de rester passif, il est essentiel que ces autorités aient accès à des données minimales, pour pouvoir procéder à leurs recherches propres.

Néanmoins, certains auteurs¹⁷¹ relèvent que ces éléments d'identification, contrairement à ce que sous-entend la loi nouvelle, ne constituent pas seulement une indication purement formelle. L'identité peut dans certains cas représenter un véritable élément de fond.

Toutefois cette critique ne semble pas avoir un grand retentissement, et les débats ne font pas état de discussions sur ce point.

168 Art. 78-5 CPP

169 Source : document de travail du Sénat. Voir note 65

170 Art. 3 de la loi du 14 avril 2011

171 VLAMYNCK, Hervé. Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue. *AJ pénal*, 2010. p.474

Quittant le cas de la personne directement soupçonnée, et conséquemment placée en garde à vue, il faut s'intéresser à la situation du témoin, qui ne voit pas davantage son droit au silence reconnu.

B) Le statut de témoin

Bien que l'étude se concentre sur les droits du gardé à vue, il faut évoquer le cas du témoin, tant la frontière peut être étroite entre les deux statuts, et donc entre l'obligation de témoigner et le droit de se taire. Comme le souligne Jean PRADEL¹⁷², il faut se demander si le droit au silence s'applique à la personne ayant juridiquement la qualité de témoin, mais étant en fait l'auteur ou le complice de faits délictueux.

Il faut alors distinguer : si l'on se trouve dans le cadre d'une instruction et qu'il y a à l'encontre du témoin des indices graves et concordants de participation aux faits, le juge ne peut l'entendre en qualité de témoin, et doit le mettre en examen¹⁷³.

Par ailleurs, le fait de connaître la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit et de s'abstenir d'apporter un témoignage, certes répréhensible en temps normal, ne l'est plus lorsque le sachant refuse de déposer parce qu'il est auteur ou complice de l'infraction (ou son conjoint)¹⁷⁴.

Dans tous les autres cas, le témoin, que BENTHAM considère comme « *les yeux et les oreilles de la justice* », doit témoigner. Il est tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer. Ces différentes obligations visent à augmenter le crédit pouvant être accordé à sa déposition.

Aux termes de l'article 109 du Code de procédure pénale, le témoin qui refuse de comparaître peut y être contraint par la force publique et s'expose à une amende¹⁷⁵. Est exposé aux mêmes peines le témoin qui refuse de prêter le serment de « *dire toute la vérité, rien que la vérité* »¹⁷⁶.

Le témoin doit encore révéler ce qu'il sait. Il s'expose aux peines de faux témoignage en dissimulant la vérité (sauf s'il se rétracte avant la décision mettant fin à la procédure)¹⁷⁷.

La répression se trouve considérablement renforcée lorsque refuse de déposer une « *personne ayant déclaré publiquement connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit* »¹⁷⁸.

Des dispositions analogues sont prévues à l'encontre des témoins cités à comparaître en cour d'assises¹⁷⁹. La loi du 18 mars 2003 a de plus incriminé le refus des témoins de se soumettre à des prélèvements externes, à l'instar des suspects.

N'est pas considérée comme une excuse la dissimulation de la vérité par le témoin en vue d'échapper lui-même à des poursuites pénales. La jurisprudence française le refuse¹⁸⁰, tandis que certains droits considèrent cette excuse comme fondamentale.

172 PRADEL, Jean. *Procédure pénale*. 15e éd. Cujas, 2010. p. 379

173 Art. 105 al. 1 CPP

174 Art. 434-11 CP

175 Art. 434-15-1 CP

176 Art. 103 CPP

177 Art. 434-13 CP

178 Art. 434-12 CP

179 Art. 326 CPP

180 Crim. 11 avril 1964 (pourvoi n° 63-91601). *JCP* 1964. II. 13770, note Larguier

« *Attendu que les art. 361 et s. CP qui punissent le faux témoignage ne prévoient aucune exception ; que le témoin qui a prêté le serment prescrit par la loi ne peut être dispensé par aucune considération personnelle de remplir le devoir que ce serment lui impose ; que le contraire aurait pour effet de mettre en péril l'administration de la justice ; que le faux témoignage ne peut être excusé sous le prétexte que le témoin n'aurait pu dire la vérité sans s'exposer à un dommage grave et inévitable à sa liberté, ou à son honneur* »

Seul le respect du secret professionnel libère le témoin de cette obligation¹⁸¹. Toutefois, le domaine de cette exception ne doit pas être étendu de façon exagérée. Un arrêt de la Chambre criminelle du 6 juillet 1977 a ainsi précisé que la simple obligation de discrétion ne saurait justifier un refus de témoigner. La jurisprudence opère de ce fait une distinction entre les « confidents nécessaires » et les personnes devant toujours déposer.

Le second alinéa de l'article 109 CPP consacre une seconde exception : « *Tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine* ».

Bien que le droit de garder le silence ne soit notifié à aucun d'eux, la situation du témoin apparaît donc beaucoup plus contraignante que celle du suspect, qui ne prête pas serment et peut garder le silence¹⁸². C'est que, à la différence de certaines législations, le droit français considère que la personne mise en cause ne saurait être témoin dans son propre procès.

Une difficulté apparaît cependant lorsque de témoin, l'intéressé devient suspect. La plupart des personnes mises en cause sont en effet d'anciens témoins. On peut alors légitimement s'interroger sur l'utilisation ultérieure de leurs dépositions, faites sous la contrainte.

Dans la mesure où la CEDH souligne que ce n'est pas le caractère intrinsèquement incriminatoire des dépositions fournies par l'accusé qui doit être pris en compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit au silence mais « *l'utilisation qui sera faite, au cours du procès pénal, des dépositions recueillies sous la contrainte* »¹⁸³, on pourrait imaginer l'extension de la protection au témoin, pouvant potentiellement être accusé dans une affaire connexe.

Par l'arrêt *Serves c. France*¹⁸⁴, rendu en 1997, la CEDH prend position sur cette question. En l'espèce, le requérant redoutait que, par le biais de certains des propos qu'il avait été amené à tenir devant le juge d'instruction (qui l'avait convoqué comme témoin), il témoigne contre lui-même. Il invoquait le droit de refuser de répondre aux questions du juge qui étaient nature à le pousser dans cette direction.

La CEDH rejette cet argument et affirme que « *les condamnations du requérant à des amendes en raison de son refus de prêter serment et de déposer devant le juge d'instruction qui l'avait convoqué comme témoin ne s'analysent pas en une violation du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination* ». La Cour écarte toute violation de l'article 6 § 1 par l'article 109 CPP, en relevant que « *si l'obligation mise à la charge du témoin de prêter serment et les sanctions prononcées en cas de non-respect relèvent d'une certaine coercition, celle-ci vise ainsi à garantir la sincérité des déclarations faites, le cas échéant, au juge, et non à obliger l'intéressé à déposer. En d'autres termes, les condamnations de M. Serves aux amendes litigieuses ne s'analysent pas en une mesure de nature à contraindre celui-ci à contribuer à sa propre incrimination puisqu'elles furent prononcées avant même qu'un tel risque apparaisse* »¹⁸⁵.

La Cour semble indiquer que le témoin a l'obligation de prêter serment, mais s'il fait l'objet d'une accusation (au sens autonome de la CEDH), il peut ensuite user de son droit à garder le silence. La mise en œuvre de cette jurisprudence semble délicate.

181 Art. 109 al. 1er CPP

182 Notons que la Loi Perben II a mis fin à une incohérence : auparavant, les personnes mises en cause et entendues en garde à vue sur commission rogatoire étaient tenues de prêter serment (art. 153 al 3 CPP). Mais bien que cette obligation a été supprimée, le fait que les personnes gardées à vue aient été entendues après avoir prêté serment ne constitue toujours pas une cause de nullité de la procédure

183 Arrêt *Saunders*, voir note 118. § 71

184 CEDH, 20 octobre 1997, *Serves c. France*. Requête 82/1996/671/893. *JCP* 1998, I, 107, n° 23, obs. Sudre

185 § 47 de l'arrêt

C'est à ce type de difficultés que le statut de témoin assisté est censé répondre¹⁸⁶. Sans être mis en examen, ce dernier n'en est pas moins visé par un réquisitoire du procureur de la République, une plainte, un témoignage, ou des indices rendant vraisemblable sa participation à l'infraction. Sa qualité de personne mise en cause interdit qu'il soit convoqué comme simple témoin (soumis à l'obligation de répondre). C'est la raison pour laquelle le témoin assisté est, lui aussi, dispensé du serment¹⁸⁷. Dans quelle mesure ce témoin à fort potentiel de mise en examen peut-il s'abstenir de répondre ? La réponse à cette interrogation semble ici aussi malaisée.

En tout état de cause, certains auteurs¹⁸⁸ suggèrent, pour accorder une plus large place au droit de se taire dans la pratique judiciaire, d'annuler systématiquement les auditions abusives réalisées en qualité de simple témoin.

L'usage de la coercition n'est pas la seule restriction au droit de garder le silence communément admise : plus sournoise est la possibilité de laisser l'intéressé garder le silence, pour ensuite en tirer des conséquences.

Section 2 : La possibilité encadrée de tirer des conséquences du silence

Bien que le droit au silence s'arroe progressivement une place au sein des droits de la défense, sa relativité est régulièrement affirmée. Garder le silence ne saurait être tout à fait indolore.

Cette remarque amène à tracer un parallèle avec la matière civile. Dans le domaine de la filiation notamment, le fait de refuser de se soumettre à une expertise biologique ouvre au juge la faculté d'en tirer des conséquences. Or une telle résistance peut être rapprochée du droit de ne pas s'auto-incriminer.

La Première Chambre civile estime que le refus de se soumettre à une expertise n'est pas en lui-même déterminant, mais constitue un simple élément dont les juges du fond apprécient souverainement la valeur, au vu de l'ensemble des autres éléments de preuve qui leur sont soumis¹⁸⁹.

Toujours en droit civil, un silence « circonstancié » peut aussi entraîner des obligations. Il en est ainsi spécialement pour la tacite reconduction des baux à loyer ou pour l'autorisation maritale.

Le silence, admis, n'empêche donc pas la justice de trancher. Ne devrait-il pas en être autrement en droit pénal, lorsque les libertés individuelles sont en cause ?

Une comparaison propre à la matière pénale peut être établie : si le prévenu ou l'accusé est libre de garder le silence lors de l'audience de jugement, cette attitude aura nécessairement un retentissement sur l'appréciation des juges et jurés.

La CEDH a reconnu de longue date que des conséquences pouvaient valablement être déduites du silence conservé par le prévenu, particulièrement lorsqu'une situation appelle des

186 Le statut de témoin assisté, introduit par la loi du 4 janvier 1993, fut officialisé par celle du 15 juin 2000. Ce statut intermédiaire est devenu la règle, la mise en examen constituant l'exception. Les droits de la défense dont bénéficie le témoin assisté sont moindres, mais aucune mesure coercitive ne peut être prise à son encontre

187 Art. 113-7 CPP

188 SAINT-PIERRE, François. *Le guide de la défense pénale*. 4e éd. Dalloz, 2005

189 Pour une illustration : Civ. 1e, 18 septembre 2002, pourvoi n° 00-13.435 (accueille l'action en recherche de paternité naturelle)

explications (I). Toutefois, pour ne pas remettre en cause le principe même du droit au silence, cette faculté doit être encadrée (II).

I- Les situations appelant des explications

La restriction apportée par la Cour européenne au droit au silence (A) n'est pas sans susciter des interrogations quant à sa mise en œuvre (B).

A) La reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme

La possibilité de tirer des conséquences négatives de l'exercice par un suspect de son droit de garder le silence a été admise par la CEDH à l'occasion de l'arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* (voir *supra*). Pour le juge européen, s'appuyant sur la jurisprudence de la Chambre des Lords, « *il faut rechercher dans chaque cas si les charges de l'accusation sont suffisamment sérieuses pour appeler une réponse* »¹⁹⁰. C'est seulement si les preuves à charge « *appellent* » une explication que l'accusé devrait être en mesure de donner que l'absence d'explication « *peut permettre de conclure, par un simple raisonnement de bon sens, qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable* ».

A l'inverse, « *si le procureur n'a pas établi de charges suffisamment sérieuses pour appeler une réponse, l'absence d'explication ne saurait justifier de conclure à la culpabilité* ».

En d'autres termes, selon la Cour, s'il est incompatible avec le droit au silence de fonder une condamnation exclusivement sur le mutisme du prévenu, « *ces interdictions ne sauraient empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge* »¹⁹¹.

Dans l'arrêt *Murray*, la Cour souligne que les charges établies par l'accusation étaient "écrasantes" et en déduit que « *les conclusions tirées de son refus, lors de son arrestation, pendant l'interrogatoire de police et au procès, de donner une explication à sa présence dans la maison étaient dictées par le bon sens et ne sauraient passer pour iniques ou déraisonnables* ». Elle conclut à l'absence de violation de la Convention.

De plus, dans le contexte de liberté de la preuve, la Cour ne peut affirmer avec certitude que c'est sur le silence de l'accusé que la conviction des juges professionnels l'a emporté. En effet, dans un système reposant sur l'intime conviction (en France) ou sur l'absence de doute raisonnable (dans les pays anglo-saxons), il est impossible de déterminer avec exactitude sur quoi s'est fondé le sentiment certain, du juge ou des jurés, quant à la culpabilité de l'accusé.

La CEDH relève de surcroît que le requérant a librement choisi entre garder le silence ou parler, car il a conservé le silence tant devant la police que devant les magistrats, en dépit des informations fournies et des conseils de son avocat selon lesquels cette attitude pouvait lui être préjudiciable¹⁹².

La Cour européenne reconnaît par conséquent que le fait de se taire du début à la fin de la procédure ne peut pas ne pas avoir d'incidence sur la décision finale des juges fond, lorsqu'ils

190 § 51 de l'arrêt

191 CEDH, *Condron c. Royaume-Uni*, voir note 143. § 61

192 CHALUS, Delphine. *La dialectique « aveu – droit au silence » dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé*. (2009) 43 *R.J.T.* 321

examinent la valeur des éléments à charge. Elle fait ici preuve de réalisme.

Il faut noter qu'au Royaume-Uni, une évolution critiquable fut introduite par le *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994. Ce texte autorise que des conclusions puissent être tirées du silence de l'accusé dans quatre cas : omission de mentionner un fait à la police lors de l'interrogatoire ou de l'arrestation ; omission d'expliquer à la police sa présence sur les lieux du crime ou celle d'éléments matériels liés au crime en sa possession ; omission de préciser à la police où la personne se trouvait au moment du crime ; lors du procès, refus de témoigner ou de répondre aux questions. La lecture de ces différentes situations permet de constater qu'ils recouvrent quasiment toutes les circonstances dans lesquelles une personne peut être amenée à garder le silence. Le principe du droit au silence apparaît vidé de sa substance.

La restriction admise par la CEDH dans l'arrêt *Murray* contribue largement à l'imprécision des contours du droit au silence.

B) Une délimitation délicate

Si le principe selon lequel des conséquences peuvent être tirées du silence dans le seul cas où les preuves à charge appellent une explication peut être justifiable, ses applications semblent l'être passablement moins.

Comment déterminer qu'une situation « appelle une explication » ? Il semble en effet que ce soit le propre de toute situation sur laquelle portent les interrogatoires des enquêteurs.

La CEDH a alors recours au caractère « suffisamment sérieux » des charges présentées par l'accusation. La même interrogation apparaît : où placer la limite entre des charges suffisamment sérieuses et celles qui ne le sont pas ? La Cour en appelle au « *bon sens* ». Même si cette qualité est censée être communément partagée, on peut difficilement faire état d'un critère d'appréciation plus flou. Cette jurisprudence malléable permet-elle une appréciation arbitraire des juges du fond ?

Enfin, si la charge de la preuve repose entièrement sur les autorités de poursuites, on peut se demander en quoi l'intervention du prévenu serait nécessaire pour « *apprécier la force de persuasion des éléments à charge* » ? Ces derniers devraient se suffire à eux-mêmes.

Cependant, force est de constater que la Cour fait preuve d'un pragmatisme certain lorsqu'elle reconnaît que le fait de se taire tout au long de la procédure ne saurait ne pas avoir d'impact sur l'appréciation des juges. On peut néanmoins se demander si cet état de fait méritait d'être élevé au rang de principe.

A tout le moins, la CEDH exerce un contrôle sur cette restriction.

II – Une faculté appelant un contrôle

La possibilité de tirer des conséquences du silence, pour ce qu'elle comporte de danger pour le droit de ne pas s'auto-incriminer, se doit d'être encadrée. Par le juge qui prend lui-même en compte le silence (A), voire le cas échéant par la Cour européenne, instigatrice de cette exception (B).

A) Le contrôle effectué directement par le juge

Il s'agit de ne pas accorder une importance démesurée aux conclusions tirées par le juge du silence gardé par l'intéressé, lors de la phase préparatoire ou de jugement. En effet, le silence conservé n'est qu'un élément d'appréciation, venant alimenter l'intime conviction des juges du fond.

Selon le principe de l'intime conviction, sur lequel repose le système continental, le juge n'est tenu par aucune preuve particulière¹⁹³. Les faits participent « *de son pouvoir souverain d'appréciation* » et « *sa conviction [...] relève exclusivement de sa conscience, échappant de ce fait au contrôle de la Cour de cassation* ». La conséquence première de ce principe est que le juge n'est pas lié par l'aveu¹⁹⁴. L'aveu étant de surcroît divisible, le juge peut ne le retenir que partiellement. Le magistrat apprécie de la même manière la valeur des témoignages et peut choisir, s'ils sont contradictoires, ceux qui lui semblent les plus sincères.

Surtout, le juge accorde le poids qu'il désire au refus du prévenu ou de l'accusé de s'exprimer. Et s'il possède parfois la faculté de tirer des conséquences du silence de l'intéressé, il n'est nullement tenu de le faire. En pratique toutefois, on ne peut contester que le silence observé face à des charges très importantes incite le juge à la condamnation.

Différentes limites sont apportées au principe de l'intime conviction, parmi lesquelles on relève l'obligation de motivation des décisions et le respect des droits de la défense.

Plusieurs auteurs¹⁹⁵ rappellent que lorsque le silence est appelé à produire des effets, par le biais de présomptions de fait, il doit être soumis à une procédure spécifique, destinée à garantir les droits de la défense. On peut songer à la possibilité offerte au suspect de se défendre sur la prise en compte de son silence, au moyen d'observations ou encore à l'assistance d'un avocat.

La personne mise en cause peut également former un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, si les conditions en sont remplies.

B) Le contrôle marginal de la Cour européenne des droits de l'homme

La CEDH, tout en admettant que l'on puisse déduire certaines inférences négatives du silence, exige que celles-ci soient utilisées de manière raisonnable. Elle exerce à cet égard un contrôle marginal. Deux illustrations en jurisprudence apparaissent particulièrement intéressantes.

Le premier arrêt, rendu par la Cour européenne le 20 mars 2001, concerne l'affaire *Telfner c. Autriche*¹⁹⁶. En l'espèce, un homme est renversé par une voiture et subit une légère blessure au bras. Il porte plainte auprès de la police et désigne la plaque d'immatriculation du véhicule en cause. Il admet néanmoins avoir été dans l'impossibilité d'identifier le conducteur.

Les policiers retrouvent la voiture, enregistrée sous le nom de la mère du requérant. Celle-ci nie avoir conduit le véhicule et déclare que son fils était absent du domicile familial pendant la nuit. Elle précise ensuite que la voiture est régulièrement utilisée par différents membres de la famille. Le requérant, considéré par les officiers de police comme l'utilisateur principal du véhicule, est renvoyé devant le tribunal du chef de violences involontaires. Plaidant « non coupable », il indique ne pas avoir conduit la voiture à l'heure correspondante et refuse de faire d'autres déclarations. La mère comme la sœur du requérant exercent leur droit de ne pas témoigner, en vertu de leur lien de famille avec le prévenu.

Le tribunal, puis la Cour d'appel, condamnent le prévenu, en s'appuyant sur le fait qu'il était, de notoriété publique, le principal conducteur du véhicule et qu'il ne se trouvait pas chez lui

193 Crim. 24 janvier 1973, Bull. crim. n° 33 et 34

194 L'art. 428 CPP dispose : « *L'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges* »

195 Notamment Fabrice DEFFERRARD in *Le suspect dans le procès pénal*. LGDJ, 2005. 297 p

196 CEDH, 20 mars 2001, *Telfner c. Autriche*. Requête 33501/96

au moment de l'accident.

La Cour européenne, après avoir rappelé le principe consacré dans l'arrêt *Murray*, constate que la faculté de tirer des conséquences du silence est également prévue par le droit autrichien, fondé sur la liberté de la preuve. A condition toutefois que les charges alléguées soient telles qu'un simple raisonnement de bon sens amène à déduire du silence du prévenu qu'il n'a rien à répondre à l'accusation¹⁹⁷.

Cependant, la Cour considère que les éléments de preuve précités ne constituent pas une accusation appelant des explications de la part du prévenu. En demandant au requérant de fournir des explications, alors que les autorités de poursuites ne détenaient pas d'accusation apparemment fondée contre lui, le tribunal a renversé la charge de la preuve, des autorités de poursuites vers la défense¹⁹⁸. Par conséquent, elle conclut à la violation de l'article 6 § 2 de la Convention, relatif à la présomption d'innocence.

La CEDH opère donc un contrôle rapproché de la possibilité offerte au juge de tirer des conséquences du silence, qui ne saurait être utilisée trop largement.

L'arrêt *Beckles c. Royaume-Uni*¹⁹⁹, rendu par la Cour européenne le 8 octobre 2002, en fournit un autre exemple. Cette affaire concerne particulièrement les conséquences que le jury peut déduire du silence.

En l'espèce, le requérant est condamné pour vol, séquestration et tentative de meurtre à 15 ans de réclusion. La victime, après avoir été volée et séquestrée, avait été jetée par une fenêtre, du quatrième étage. Elle survécut mais resta paraplégique.

Sur les conseils de son avocat, le requérant refuse de répondre aux questions des policiers. Condamné par le tribunal, le requérant interjette appel, en invoquant le fait que le juge a mal orienté le jury quant aux inférences qui pouvaient être tirées de son silence lors des interrogatoires. La Cour d'appel, considérant que l'affaire ne soulève pas un point d'importance majeure, refuse de la transmettre à la Chambre des Lords.

Devant la Cour européenne, le requérant invoque une violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et soutient qu'on lui a dénié le droit à un procès équitable. La Cour reprend son argumentation, pour décider que le juge professionnel a manqué à son devoir²⁰⁰. On aurait dû rappeler au jury les différents éléments du contexte et lui indiquer que s'il considérait que le silence observé par le requérant lors de l'interrogatoire ne devait pas être attribué à une quelconque culpabilité, il pouvait s'abstenir d'en déduire des conséquences. Considérant enfin qu'il est impossible d'établir le poids, s'il en est, donné par le jury au silence de

197 "The Court considers that the drawing of inferences from an accused's silence may also be permissible in a system like the Austrian one where the courts freely evaluate the evidence before them, provided that the evidence adduced is such that the only common-sense inference to be drawn from the accused's silence is that he had no answer to the case against him"

198 "The Court cannot find that these elements of evidence, which were moreover not corroborated by evidence taken at the trial in an adversarial manner, constituted a case against the applicant which would have called for an explanation from his part. [...] In requiring the applicant to provide an explanation although they had not been able to establish a convincing prima facie case against him, the courts shifted the burden of proof from the prosecution to the defence"

199 CEDH, 8 octobre 2002, *Beckles c. Royaume-Uni*. Requête 44652/98. *Journal des droits de l'homme*, supplément au n° 79 des *Annonces de la Seine*, p. 14, note Favreau

200 "Nevertheless, the Court considers that the trial judge failed to give appropriate weight in his direction to the applicant's explanation for his silence at the police interview and left the jury at liberty to draw an adverse inference from the applicant's silence notwithstanding that it may have been satisfied as to the plausibility of the explanation given by him"

l'accusé, il est d'autant plus important qu'il soit correctement informé sur ce point²⁰¹. Ceci n'ayant pas été respecté, la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

La position pragmatique de la CEDH l'amène donc tantôt à valider, tantôt à sanctionner les inférences déduites du silence.

On peut en déduire que l'exercice du droit au silence par la personne mise en cause peut parfois jouer concrètement en sa défaveur. L'absence d'explication peut ainsi priver les enquêteurs de certains éléments à décharge, ou allonger la durée de la détention provisoire dans le cas d'une mise en examen. A cet égard, il ne faut pas oublier que l'interrogatoire n'est pas nécessairement conçu comme un acte défavorable. Dès l'ordonnance de 1670 on a d'ailleurs considéré qu'il était protecteur des droits de l'accusé et que ce dernier ne pouvait être puni sans avoir été entendu.

A fortiori si des conséquences peuvent être tirées du silence, il importe que la personne suspectée exerce son choix en pleine connaissance de cause, et donc que son droit de se taire lui soit notifié. La France ne saurait échapper à cette exigence.

201 *“Having regard to the fact that it is impossible to ascertain the weight, if any, given by the jury to the applicant’s silence, it was crucial that the jury was properly directed on this matter. It finds that in the instant case the jury’s discretion on this question was not confined in a manner which was compatible with the exercise by the applicant of his right to silence at the police station”*

Partie 2 :

Le droit au silence, garantie indispensable de la procédure pénale française

La garde à vue constitue plus que jamais un « *temps fondamental* » de la procédure pénale, « *ce moment où tout bascule* »²⁰². La CEDH a elle-même relevé que « *les preuves obtenues durant phase préliminaire déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès* »²⁰³.

Le Conseil constitutionnel, à sa suite, affirme que « *la garde à vue est souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause (...) y compris pour des faits complexes ou particulièrement graves* »²⁰⁴.

Il s'avère par conséquent très difficile de revenir sur des aveux livrés en garde à vue, alors même qu'ils ont été obtenus sous la pression ou dans des conditions contestables. Henri LECLERC remarque à cet égard que « *l'aveu, bien que ce ne soit ni écrit, ni dit, renverse en quelque sorte la charge de la preuve et celui qui l'a fait, de présumé innocent, devient présumé coupable. Cette pratique n'est que le reflet archaïque dans l'inconscient de notre procédure, du souvenir de ses origines* »²⁰⁵.

Apparaît avec plus d'acuité l'importance de la notification du droit au silence à ce stade. De surcroît, la Cour européenne a martelé à plusieurs reprises que, pour que le droit au silence puisse être garanti, les autorités se doivent d'en informer les personnes suspectées d'avoir commis une infraction²⁰⁶. Elle a récemment repris cette idée dans l'arrêt *Adamkiewicz c. Pologne*²⁰⁷. Puis dans un arrêt visant directement la législation française.

Le système français, condamné par le juge européen comme interne (Chapitre 1), n'eut d'autre alternative que d'envisager la réintroduction du droit au silence (Chapitre 2).

202 TULKENS, Françoise. L'encadrement du procès pénal par la Cour européenne des droits de l'homme, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz-Sirey, 2006. p. 151

203 CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*. Requête n° 36391/02

204 Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010

205 LECLERC, Henri. Les limites de la liberté de la preuve - Aspects actuels en France. *RSC* 1992. p. 26

206 CEDH, 2 août 2005, *Kolu c. Turquie*. Requête n° 35811/97. § 54 : « *Si la cour d'assises a conclu que le requérant était passé aux aveux de son plein gré, de sérieux doutes persistent néanmoins sur l'attitude adoptée par les policiers au cours des interrogatoires, d'abord parce qu'il n'a pas été démontré qu'ils aient avisé l'intéressé de son droit de se taire* »

207 CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*. Requête n° 54729/00. § 88 : « *Il n'apparaît pas que les autorités aient elles-mêmes, avant de l'interroger, informé d'une manière quelconque le requérant de son droit de garder le silence et de consulter un avocat avant toute déclaration* »

Chapitre 1: Quand les juges montrent la voie

La procédure pénale française, fortement imprégnée de sa tradition inquisitoire, avait déjà connu des difficultés pour assimiler le principe de la présomption d'innocence. Ce dernier semble désormais ancré. Or il a été vu que le droit au silence était intimement lié à la présomption d'innocence. On peut donc envisager sa consécration comme incontournable et à l'avenir, immuable.

L'impulsion vers cette consécration nouvelle a incontestablement été donnée par les tribunaux. Juges de la Cour européenne (Section 1) comme juges internes (Section 2) condamnent à l'unisson la procédure pénale française.

Section 1: La fermeté de la Cour européenne des droits de l'homme

Salduz, Dayanan, Yesilkaya, Boz, Yoldas, Medvedyev, Sahraoui, Tisset, Boniffet, Gäfgen, sans oublier *Cadder et X*, décline un auteur²⁰⁸ pour désigner « les stations qui ponctuent le chemin de croix de ce qu'il est convenu d'appeler la garde à vue à la Française ». On constate ainsi le « bain permanent » de la jurisprudence européenne qui, lentement mais sûrement, irrigue par ses décisions la législation interne et incite à des changements réguliers.

Jusqu'ici le gouvernement français se défendait en soutenant qu'il n'était pas visé par les arrêts de la Cour européenne sanctionnant des États étrangers eu égard à leur garde à vue. Jusqu'à ce que la politique de l'autruche soit rendue impossible, suite à l'arrêt *Brusco*.

Il s'agit d'étudier cette décision (I), pour en saisir toutes les implications (II).

I- L'arrêt *Brusco* contre France

Rendu le 14 octobre 2010 par la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Brusco*²⁰⁹ condamne expressément la France pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, au regard du droit à l'assistance d'un avocat et du droit de garder le silence. Ce second aspect retiendra plus particulièrement notre attention.

L'espèce ne concernant pas directement la garde à vue, mais un régime d'audition aujourd'hui supprimé, il faut s'interroger successivement sur la question de l'applicabilité des droits conventionnels (A), puis de leur respect (B).

A) La question préalable de l'applicabilité des droits conventionnels

Pour résumer brièvement les faits, un individu est agressé par deux personnes cagoulées. Il dépose plainte contre son épouse et le requérant, qu'il soupçonne d'entretenir une relation intime et d'avoir commandité son agression. Un individu, soupçonné d'avoir commis les violences est

208 MIKOWSKI, Alain. La garde à vue in *Magazine du Conseil National des Barreaux* « Avocats et droit n° 36 – Décembre 2010/ Janvier Février 2011 ». p. 25

209 CEDH, 5e Sect. 14 octobre 2010, *Brusco c. France*. Requête n° 1466/07

placé en garde à vue puis mis en examen. Il met en cause le requérant, en tant que commanditaire de l'agression. Ce dernier se trouve lui aussi placé en garde à vue.

Après avoir prêté le serment prévu par l'ancien article 153 CPP, il est interrogé par les forces de police. Au cours de cette audition, le requérant, non assisté par un avocat²¹⁰, admet avoir remis 100 000 francs pour « faire peur » au mari mais nie avoir donné pour instruction de commettre contre lui des violences physiques.

A la suite de sa garde à vue, il est mis en examen du chef de complicité de tentative d'assassinat, placé en détention provisoire, puis renvoyé devant le tribunal correctionnel. Le tribunal déclare irrecevables les exceptions de nullité de procédure soulevées par le requérant, dont celle qui concerne son audition faite sous serment. Après avoir notamment relevé les aveux partiels du requérant au cours de l'instruction, il le déclare coupable et le condamne à la peine de cinq ans d'emprisonnement. La cour d'appel confirme le jugement en toutes ses dispositions.

La Cour de cassation rejette également le pourvoi. Selon elle, il résultait des dispositions combinées des articles 105, 153 et 154 du CPP qu'une personne placée en garde à vue sur commission rogatoire pouvait être entendue par l'officier de police judiciaire après avoir prêté serment, dès lors qu'il n'existait pas à son encontre d'indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction était saisi²¹¹. Tout en remarquant que l'article 104 de la loi du 9 mars 2004, modifiant l'article 153 du CPP, a supprimé l'obligation pour la personne gardée à vue dans le cadre d'une commission rogatoire de prêter serment et de déposer, elle relève que cette disposition n'était pas applicable aux actes régulièrement accomplis antérieurement à son entrée en vigueur et qu'elle prévoyait également que le fait d'avoir été entendu sous serment ne constituait pas une cause de nullité de la procédure.

Devant la CEDH, le Gouvernement fait valoir que l'article 6 § 1 de la Convention européenne n'est pas applicable, car il suppose l'existence d'une « accusation en matière pénale »²¹². Ce ne serait pas le cas en l'espèce car le requérant ne s'est vu signifier aucun grief lors de son interpellation par la police et n'a été auditionné qu'en raison de son signalement par d'autres témoins.

Il s'agissait donc de savoir si le requérant pouvait bénéficier du droit au silence, conventionnellement garanti, nonobstant son statut officiel de témoin.

La Cour européenne répond par l'affirmative. Elle considère que « *dès son interpellation et son placement en garde à vue, les autorités avaient des raisons plausibles de soupçonner que le requérant était impliqué dans la commission de l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête ouverte par le juge d'instruction. L'argument selon lequel le requérant n'a été entendu que comme témoin est inopérant, comme étant purement formel, dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction* »²¹³.

La Cour, en admettant l'applicabilité de l'article 6 Conv.EDH rejette donc la distinction pour le moins byzantine établie par le Gouvernement et la Cour de cassation, entre la garde à vue justifiée par des soupçons ou par les nécessités de l'exécution de la commission rogatoire.

La CEDH observe qu'il est très difficile de déterminer le moment où commence la contrainte, et a

210 Le régime du « témoin assisté » n'existait pas encore

211 Dès 2003, la Chambre criminelle avait affirmé que les dispositions des art. 105, 153 et 154 CPP n'étaient pas contraires à l'art. 6 Conv.EDH et permettaient d'entendre, en l'absence d'indices graves et concordants, toute personne placée en garde à vue sous serment, en tant que témoin (Crim. 14 janv. 2003. D. 2003, p. 808)

212 Définition fournie par l'arrêt CEDH, 27 févr. 1980, *Deweert c. Belgique* (§ 42, série A n° 35) : « *notification officielle émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale, susceptible d'avoir des répercussions importantes sur la situation de l'intéressé* »

213 § 47 de l'arrêt

fortiori le sentiment de contrainte, pour la personne entendue. Comme en l'espèce, l'audition risque ensuite d'être utilisée dans le cas où il existe d'ores et déjà des éléments à charge et donc où la personne est de fait déjà « accusée ».

Le requérant soulevait lui-même cette incohérence. Il rappelait que le Gouvernement était malvenu à se fonder sur cet argument. Il a en effet formellement reconnu que la possibilité d'entendre des gardés à vue sous serment était contraire aux dispositions conventionnelles, en modifiant, par une loi du 9 mars 2004, l'article 153 CPP.

On peut donc en conclure que la CEDH admet l'applicabilité des garanties du procès équitable au regard non pas du statut ou des motifs formellement mis en avant par les autorités, mais des raisons véritables de la garde à vue. Il s'agit d'une notion de fait, peu important la dénomination choisie au niveau interne. Dès lors que des éléments à charge existent, toute audition est en pratique un interrogatoire et doit donc se dérouler dans le respect des garanties de la garde à vue (même si la contrainte n'est pas nécessaire), notamment le droit au silence.

La situation en cause dans l'arrêt ne pourrait se reproduire aujourd'hui, du fait de la modification opérée par la loi Perben II. La question conserve néanmoins toute sa pertinence au regard de la notification du droit au silence à la personne gardée à vue.

B) Une remarque incidente à l'importance majeure

La Cour européenne juge que les droits fondamentaux ainsi applicables n'ont pas été respectés. Elle commence par rappeler que « *la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire* »²¹⁴. Elle invoque à l'appui de cette affirmation les arrêts *Salduz c. Turquie*, *Dayanan c. Turquie* ou encore *Adamkiewicz c. Pologne* (voir *infra*).

L'adjonction d'« *a fortiori* » permet de conférer une place particulière au droit de se taire. Bien que l'observation sur le droit au silence apparaisse de manière incidente, elle revêt une importance majeure. Le droit à l'assistance d'un avocat voit ainsi son importance renforcée lorsque l'intéressé n'a pas été informé de son droit de garder le silence. La Cour semble insinuer que le droit au silence peut parfois se substituer, ou au moins pallier l'absence d'avocat, et inversement. Elle confirme cette position plus loin dans l'arrêt : « *en outre, le requérant n'a pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue[...]. L'avocat n'a donc pas été en mesure de l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire* ».

Un autre pan de l'arrêt se consacre en effet au droit à l'assistance (et non à une simple présence) de l'avocat dès le début de la garde à vue, ainsi que pendant les interrogatoires. Ce dernier a notamment pour rôle, selon la CEDH, d'informer son client qu'il a le droit de garder le silence.

La Cour européenne applique à la France un principe consacré de longue date : nul ne peut être tenu de répondre à des questions si ses réponses sont, par la suite, de nature à apporter des preuves à l'accusation. La motivation de l'arrêt *Brusco* est sur ce point parfaitement claire : « *La Cour rappelle que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable. Ils ont notamment pour finalité de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et ainsi d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de*

214 § 45 de l'arrêt

l'article 6 de la Convention»²¹⁵.

La CEDH constate ensuite que l'obligation de prêter serment et de dire la vérité revient en pratique à nier le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer, entendu comme un rempart contre les abus et les erreurs judiciaires. La Cour pose ainsi la question de la notification de ce droit : non seulement le requérant n'avait pas été informé de son droit de ne pas répondre²¹⁶, mais il avait pu se sentir obligé de répondre du fait du serment²¹⁷. L'exigence même de prestation de serment, en lien avec le contexte de la garde à vue, est directement critiquée par les juges européens, comme contradictoire avec le droit de garder le silence.

Si l'exigence litigieuse de prestation de serment a disparu, la seconde critique portée par la CEDH conserve toute son acuité : « *le requérant [n'a pas] été informé au début de son interrogatoire du droit de se taire, de ne pas répondre aux questions posées, ou encore de ne répondre qu'aux questions qu'il souhaitait* ». En conséquence, la Cour européenne constate l'« *atteinte portée en l'espèce au droit du requérant de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence* » et condamne la France à l'unanimité pour violation du droit à un procès équitable²¹⁸.

Le couperet tombe pour la législation française, qui ne peut plus arguer de l'absence de condamnation à son encontre.

II- Les incidences de l'arrêt *Brusco*

L'arrêt *Brusco* va constituer un véritable élément déclencheur de l'ouragan de réforme observé en France au sujet de la garde à vue.

En effet, malgré l'autorité toute relative de l'arrêt (A), ses retombées sur la législation française sont essentielles (B).

A) Des retombées minimales sur l'espèce

Didier GUERIN²¹⁹ souligne que les conséquences pratiques de la décision pour le requérant sont réduites, la voie du réexamen ne semblant pas ouverte.

Il relève en effet que l'article 626-1 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité du réexamen d'une décision pénale définitive dans le seul cas où la violation de la Convention européenne constatée par la CEDH entraîne pour le condamné, par sa nature et sa gravité, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme.

Or, les conséquences des violations de la Convention européenne constatées sont limitées en l'espèce, puisque la régularité de la procédure de jugement est admise. La CEDH a en effet observé

215 § 44 de l'arrêt. Cette motivation apparaît dès l'arrêt *Funke*

216 § 54 : « *Il ne ressort ni du dossier ni des procès-verbaux des dépositions que le requérant ait été informé au début de son interrogatoire du droit de se taire, de ne pas répondre aux questions posées, ou encore de ne répondre qu'aux questions qu'il souhaitait* »

217 § 52 : « *La Cour estime que le fait d'avoir dû prêter serment avant de déposer a constitué pour le requérant - qui faisait déjà depuis la veille l'objet d'une mesure coercitive, la garde à vue - une forme de pression, et que le risque de poursuites pénales en cas de témoignage mensonger a assurément rendu la prestation de serment plus contraignante* »

218 Violation de l'article 6 §§ 1 et 3

219 Voir note 134

que « le tribunal a rendu une décision dûment motivée, le requérant a bénéficié d'une procédure contradictoire et il a pu, aux différents stades de la procédure, présenter les arguments qu'il jugeait pertinents pour la défense de sa cause. La Cour ne décèle donc aucune atteinte à l'équité de la procédure garantie par l'article 6 de la Convention »²²⁰.

En l'espèce, la Cour a accordé au requérant, qui a subi un tort moral insuffisamment réparé par le constat de la violation, la somme de 5 000 euros.

Cet avis n'est pas unanimement partagé parmi les auteurs, certains²²¹ considérant ouverte la voie du réexamen.

Concernant l'autorité de la chose jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, il est constant que les décisions rendues par la CEDH ont une valeur déclaratoire. La Cour se contente en effet de déclarer qu'il y a eu violation de la Convention et d'accorder, s'il y a lieu, une « satisfaction équitable »²²², comme en l'espèce.

Ses décisions ne s'imposent pas de plein droit aux autorités nationales et ne bénéficient que d'une autorité relative de la chose jugée. Il en résulte que l'exécution de l'arrêt *stricto sensu* n'exige pas directement une action législative, mais porte sur la situation individuelle du requérant lésé dans ses droits. Il s'agit alors soit de lui verser l'indemnité fixée par la CEDH, soit de prendre les mesures particulières propres à mettre fin à la violation de ses droits lorsque le droit interne le permet, soit encore de faire l'un et l'autre. La CEDH ne peut en aucun cas déclarer nulle la décision judiciaire interne critiquée.

L'absence d'autorité de la chose interprétée a quant à elle pour corollaire que les interprétations de la Convention par la CEDH ne lient pas les autorités nationales, spécialement les juridictions. Autrement dit, la Cour européenne ne rend pas de décision de principe, mais uniquement des décisions d'espèce.

L'État est, aux termes de l'article 46 § 1 de la Convention européenne, tenu de « se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels il est partie » ; il devra donc effacer autant que possible, à l'égard de l'individu, les conséquences de l'acte illicite et éventuellement adopter des mesures générales, dépourvues d'effet rétroactif, pour respecter l'obligation qui lui incombe de faire cesser la violation des normes européennes et de ne pas réitérer un comportement illicite.

A défaut, il s'exposera, à l'occasion d'un autre litige, à une nouvelle condamnation. En l'espèce, la France était donc menacée par des condamnations en chaîne, si elle laissait sa législation en l'état.

Par ailleurs, la condamnation de la France pour violation du droit à un procès équitable, si elle est de nature à avoir un important retentissement dans le contexte français, est tout sauf surprenante. Elle n'est finalement que l'application à la France d'exigences jurisprudentielles bien établies et au demeurant fort prévisibles. L'arrêt *Brusco*, contrairement à l'avis de la Chancellerie²²³, montre que les principes dégagés par la CEDH s'appliquent à tous les États parties au Conseil de l'Europe, quand bien même ils ne sont pas désignés dans des affaires particulières.

B) Des retombées majeures sur la réforme

220 § 59 de l'arrêt

221 BOUGAIN, Michel. Garde à vue : piqure de rappel de la CEDH. *Gaz. Pal.* n° 290. p.18

222 Sur le fondement de l'art. 41 Conv.EDH

223 Le Gouvernement français a feint d'ignorer depuis des années ces exigences du droit au procès équitable, au motif que les condamnations de la CEDH concernaient essentiellement la Turquie
Voir note DACG-SDJPG-BPJ du 17 novembre 2009 « Argumentaire sur l'absence de l'avocat en garde à vue : conséquences procédurales »

L'arrêt *Brusco c. France* intervient alors même que le contexte français est déjà marqué par d'intenses débats au sujet de l'évolution du régime de la garde à vue.

Il a été vu précédemment que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme revêtaient un caractère relatif et déclaratoire. Cependant, leur portée morale et politique est depuis longtemps bien plus profonde. Lentement mais sûrement les décisions de la Cour inspirent juges et législateurs internes.

À première vue, l'arrêt semble d'abord avoir une portée pédagogique : cette affaire pourra être citée parmi d'autres comme une illustration des résistances opposées par des juridictions internes à l'emprise de la Convention européenne. La Cour de cassation affirmait en effet que n'étaient pas contraires à l'article 6 de la Convention les dispositions du Code de procédure pénale qui permettaient d'entendre, en l'absence d'indices graves et concordants, toute personne placée en garde à vue sous serment, en tant que témoin.

Par ailleurs, cette décision a une portée politique importante, en ce qu'elle confirme l'opportunité de la réforme opérée en 2004 par le législateur français à l'encontre de cette jurisprudence bien établie de la Cour de cassation.

Surtout, elle confirme la nécessité d'une réforme relativement à la notification du droit au silence (et à l'assistance de l'avocat), dont la France ne peut plus faire l'économie.

Une lecture encore plus attentive de l'arrêt semble également remettre en cause les solutions envisagées par le Gouvernement pour réformer la garde à vue.

Ainsi, un des apports de l'arrêt a trait à la délimitation des contours de la garde à vue. Dès que l'on peut relever des éléments à charge, les garanties de l'article 6 doivent s'appliquer. Au delà de l'article 153 (ancien) du CPP, l'arrêt semble interroger la légitimité du régime de l'audition libre envisagé dans le cadre de la réforme. Exempt d'avocat, de notification du droit au silence et concernant une personne à l'encontre de laquelle il existe des éléments à charge, ce régime est implicitement condamné par la Cour européenne.

Plus largement encore, cet arrêt devrait inciter les autorités françaises à prendre très au sérieux d'autres menaces qui continuent de peser sur certains pans de la procédure pénale, en particulier le statut du procureur de la République et son rôle dans les privations de liberté²²⁴.

Dès lors la coupe était pleine, ne manquait plus qu'à la faire déborder. Ce qu'accomplirent différentes juridictions internes, reprenant le credo européen.

Bien que la décision du Conseil constitutionnel soit intervenue quelques mois avant que la CEDH ne rende l'arrêt *Brusco*, il est évident que le Conseil a anticipé la solution européenne.

Section 2: L'ambivalence des juridictions internes

D'apparence spectaculaire, les récentes décisions des juridictions internes ne sont en réalité que la marque d'un mouvement inscrit depuis quelques années dans un processus prévisible, sous l'impulsion de la Cour européenne²²⁵. En revanche, l'accélération sur un temps très court du rejet des dispositions françaises est notable.

224 Voir l'arrêt CEDH, Gr. ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*. Requête n° 3394/03. ADL du 29 mars 2010

225 MAYAUD, Yves. La garde à vue « à la française » aux oubliettes ? *D.* 2010. p. 2696

Il faut distinguer à cet égard la position des hautes juridictions (I) – Conseil constitutionnel et Cour de cassation – de celle des juridictions du fond (II).

I- La prise de position des Hautes juridictions

Comme le souligne Didier REBUT²²⁶, « *Ni la Cour de cassation ni le Conseil constitutionnel n'ont joué un rôle moteur dans l'évolution de la jurisprudence relative à la garde à vue. Ces deux juridictions n'ont agi que sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme* ». On ne saurait donc parler d'audace quant à ces deux instances, qui se sont contentées d'accompagner le mouvement européen. Toutefois, leurs décisions se sont avérées déterminantes en vue de la réforme.

La décision rendue par le Conseil constitutionnel en juillet (A), doit être étudiée préalablement aux arrêts de la Cour de cassation, datant d'octobre (B).

A) La décision du Conseil constitutionnel

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC), nouveau mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, est issue de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008²²⁷, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. Dès lors, nul ne doutait que la garde à vue allait faire l'objet, via cette possibilité inédite, d'une saisine du Conseil constitutionnel. Des espoirs forts entouraient cette perspective depuis que le Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis DEBRE avait clairement affiché son impatience d'en découdre avec la garde à vue²²⁸.

Ainsi, dès l'entrée en vigueur de la QPC, les avocats déposèrent de multiples exceptions d'inconstitutionnalité au sujet de la garde à vue. La plupart de ces QPC furent transmises à la Cour de cassation. Puis, par deux arrêts des 31 mai et 4 juin 2010, la Cour de cassation saisit le Conseil constitutionnel, en les joignant, des 36 QPC portant sur les articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du Code de procédure pénale.

Concernant le droit au silence, l'avocat général BOCCON-GIBOD soulevait dans son avis une question pertinente : le contrôle *a posteriori* exercé par biais de la QPC peut-il permettre de critiquer, non pas une disposition positive de la loi, mais le silence de cette dernière ? La contestation visait en effet une lacune de la loi, puisque celle-ci omet de prévoir la notification à la personne gardée à vue de son droit de garder le silence²²⁹.

Jean-Claude COLLIARD affirme à ce sujet : « *J'ai du mal à imaginer que soit adressée au juge une demande de censure d'une loi qui n'existe pas* ». Toutefois, cette lacune portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, en l'espèce les droits de la défense, il n'y avait pas lieu d'écarter la question.

Par une décision majeure, en date du 30 juillet 2010, le Conseil déclare non conformes aux

226 À l'occasion de la table ronde organisée par la Commission des Lois sur les jurisprudences relatives à la garde à vue (17 novembre 2010). Accessible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-cloi/10-11/c1011016.asp>

227 Ainsi que d'une loi organique du 10 décembre 2009

228 Invité d'honneur du Barreau Paris lors de la rentrée 2009, il avait prononcé en présence du garde des Sceaux quelques phrases révélatrices

229 Avis de l'avocat général BOCCON-GIBOD du 11 mai 2010 sur la QPC n° J 10 90 047

droits et libertés garantis par la Constitution les règles de la garde à vue de droit commun²³⁰.

Après avoir observé que les articles 63-4 alinéa 7 et 706-73 du CPP ont déjà été déclarés conformes à la Constitution par une décision du 2 mars 2004 et qu'aucun changement des circonstances n'est intervenu, le Conseil juge qu'il n'y a pas lieu de procéder à un nouvel examen de ces dispositions.

En revanche, il s'appuie sur le fait que, depuis sa décision du 11 août 1993, « *certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le Code de procédure pénale* », pour décider que cette modification des circonstances de droit et de fait justifie un réexamen de la constitutionnalité des articles 63, 63 1, 63-4 et 77 du CPP.

Après avoir écarté le grief tiré de l'atteinte portée à la dignité de la personne, le Conseil constitutionnel retient celui fondé sur la méconnaissance des articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789. Il relève au préalable que le placement en garde à vue, tout comme sa prolongation, ne sont pas subordonnés à une quelconque exigence de gravité des faits.

Surtout, en ce qui concerne les droits de la personne gardée à vue, les juges de la rue de Montpensier notent que « *l'article 63-4 ne permet pas à la personne interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence* »²³¹.

Le Conseil censure donc l'aspect automatique de la durée de la garde à vue comme de la privation de l'assistance d'un avocat et considère que les articles en cause n'assurent plus une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties.

Le droit au silence est invoqué de manière incidente²³², comme le montre l'expression « *au demeurant* », ainsi que sa place à la fin du considérant.

Deux lectures peuvent être faites de cette dernière proposition. La formule « *au demeurant* », que l'on pourrait remplacer par « *alors même que* », peut dénoter une importance moindre de cette exigence, ou au contraire situer la notification du droit au silence comme un préalable nécessaire aux autres droits.

Jean PRADEL²³³, semble ainsi hésiter. Il assigne dans un premier temps à l'expression en cause le sens de « *d'ailleurs* », ce qui confère à la règle un caractère accessoire, pour ensuite lui reconnaître la signification de « *en outre* », qui place cette fois le droit au silence sur le même plan que le droit à l'assistance d'un avocat. Il semble que cette dernière interprétation soit la plus appropriée.

En tout état de cause, de nombreux auteurs n'hésitent pas à parler d'une « *décision pilote* », à l'instar des « *arrêts pilotes* » de la Cour européenne des droits de l'homme, qui donnent des directives au législateur national²³⁴. Le Conseil constitutionnel a en effet joint de multiples QPC

230 Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010

231 Considérant 28

232 La CEDH, dans l'arrêt *Brusco* fera de même : « *la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire* »

233 Voir note 50

234 Procédure des arrêts pilotes : lorsque la CEDH est saisie d'un nombre important de requêtes découlant de la même cause, elle peut décider d'en choisir une ou plusieurs afin de les traiter par priorité. Lorsqu'elle traite la ou les

à cette occasion et pourrait être amené à en traiter de nombreuses autres.

Il faut s'attarder quelque peu sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, pour le moins originaux. Le Conseil constitutionnel décide que la déclaration d'inconstitutionnalité ne prendra effet qu'au 1er juillet 2011²³⁵. Il justifie ainsi ce report : « *le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; d'autre part,[...] l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives* ».

Le législateur dispose donc d'un certain délai pour remédier à cette inconstitutionnalité et jouit de la liberté de choisir les modifications de la procédure de nature à le réaliser. Le Conseil précise encore que les mesures prises avant cette date, en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution, ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. S'ouvre donc une période au cours de laquelle des gardes à vue inconstitutionnelles auront lieu chaque jour, sans qu'il soit possible de soulever leur illégitimité.

Ce report, qui amène à des déclarations aussi paradoxales que celle qui précède, a incité certains auteurs à évoquer un droit français maintenu « sous perfusion ».

On peut se demander si de telles considérations pratiques, au demeurant fondées, doivent être prises en compte lorsque les droits fondamentaux des justiciables sont en cause.

Il est indéniable, de surcroît, que l'impératif de notification du droit au silence aurait particulièrement pu être appliqué immédiatement. Il ne requiert en effet aucun moyen technique spécifique, comme le prouve sa mise en place temporaire entre 2001 et 2003.

D'aucuns évoquent encore la prohibition des arrêts de règlement²³⁶, pour critiquer le maintien transitoire d'une législation pourtant déclarée inconstitutionnelle.

Yvonne MULLER souligne que, « *Née dans l'illégalité*²³⁷, la garde à vue se meurt dans l'illégalité »²³⁸. Elle craint notamment que cette situation singulière fasse courir le risque, par des initiatives éparses, d'une application désordonnée du régime de la garde à vue.

On relève donc une certaine frilosité du Conseil constitutionnel, doublé d'un goût d'inachevé. La Chambre criminelle, va aller plus loin dans la censure. Tandis que le Conseil se prononce seulement sur la garde à vue de droit commun, la Cour de cassation met en cause les régimes spéciaux.

B) L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

affaire(s) sélectionnée(s), la Cour s'efforce de parvenir à une solution qui aille au-delà de ce(s) cas particuliers et qui s'applique à toutes les affaires similaires soulevant la même question. L'arrêt rendu est dit « pilote »

235 Cette pratique de diffusion dans le temps des décisions est connue de nombreuses cours constitutionnelles européennes

236 Lire la plume acerbe de Félix ROME, in *Garde à vue à la française : c'est la chute finale ! D.* 2010. p. 2425 : « *Mince alors, j'ai dû rater un épisode législatif de taille, à savoir l'abrogation de l'article 5 du code civil qui interdit aux juges de tous poils de statuer à la manière du législateur. Je me précipite sur la dernière édition du code Dalloz et, là, surprise, le texte y est toujours...* »

Art. 5 C.civ : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* »

237 Ignorée du Code d'instruction criminelle, la garde à vue est née de la pratique, à la fin du XIX^e siècle, avant d'être consacrée par le Code de procédure pénale de 1959

238 Voir note 96

Après avoir renvoyé les QPC précitées devant le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation s'est elle-même prononcée sur la question de la garde à vue. Alors que la Chambre criminelle, dans un arrêt en date du 20 juin 2007²³⁹, avait affirmé que l'absence de notification du droit de se taire ne portait pas atteinte aux droits de la défense, dès lors qu'avaient été respectées les formalités de l'art 63-1 CPP qui ne prévoit plus la notification de ce droit, elle se prononce en sens contraire 3 ans plus tard.

Par trois arrêts, rendus le 19 octobre 2010²⁴⁰, la Chambre criminelle, statuant en formation plénière, a jugé que certaines règles de la garde à vue ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme telles qu'interprétées par la Cour européenne. La Cour de cassation censure, à l'instar du Conseil constitutionnel, le défaut d'assistance du prévenu par un avocat « *dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui ses interrogatoires, auxquels l'avocat doit pouvoir participer* ».

Elle martèle à son tour que « *la personne gardée à vue doit être informée de son droit de garder le silence* ». Dans l'un des trois arrêts, la Chambre criminelle relève ainsi que « *pour rejeter la requête aux fins d'annulation d'actes de la procédure, l'arrêt se borne à relever l'absence, dans la Convention européenne des droits de l'homme, de mention expresse portant obligation de notification d'un droit de se taire [...]. Attendu qu'en prononçant ainsi, la chambre de l'instruction a méconnu le texte conventionnel susvisé, d'où il résulte que, sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat* ».

Dans un autre arrêt la Cour souligne : « *Les juges ajoutent, après avoir vérifié le contenu des déclarations faites par le mis en examen, en particulier celles par lesquelles il s'est incriminé lui-même, que l'intéressé, à l'occasion de ses interrogatoires réalisés, pour l'essentiel, avant l'intervention de son conseil et, en conséquence, sans préparation avec celui-ci ni information sur son droit de garder le silence, a été privé d'un procès équitable. Attendu qu'en prononçant par ces motifs, exempts d'insuffisance comme de contradiction, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* ». L'exigence de notification du droit au silence est clairement affirmée.

La Cour de cassation reprend les acquis posés par le juge constitutionnel, pour ensuite les dépasser. Elle considère en effet que les exigences du procès équitable doivent également s'appliquer aux gardes à vue dérogatoires. Le Conseil constitutionnel avait, on l'a vu, refusé de se prononcer en la matière²⁴¹, estimant que les dispositions en cause avaient été validées à l'occasion du contrôle de la loi du 9 mars 2004.

La Haute juridiction décide à cet égard que la restriction au droit à l'assistance d'un avocat posée par l'article 706-88 du CPP doit répondre à l'exigence d'une raison impérieuse, laquelle ne peut découler de la seule nature de l'infraction. La Cour de cassation, qui devait étudier la conventionnalité de ces dispositions, n'était pas liée par l'appréciation rendue sur leur constitutionnalité. Jean-Yves LE BORGNE l'exprime en ces termes : « *La Cour de cassation, le 19*

239 Crim. 20 juin 2007. n° 07-80.024

240 Arrêts du 19 octobre 2010 n° 5699 (10-82.902) FP-P+B+I+R ; n° 5700 (10-82.306) ; n° 5701 (10-85.051)

Ces trois arrêts ont été rendus une semaine après le dépôt du projet de loi de réforme de la garde à vue au Parlement

241 A l'occasion de ses décisions QPC des 30 juillet et 22 septembre 2010 (n° 2010-31)

octobre 2010, est venue compléter l'ouvrage que les sages du Palais-Royal avaient laissé inachevé. Ce que l'inconstitutionnalité n'avait pu atteindre est remis d'aplomb par l'inconventionnalité »²⁴².

Cependant, la Chambre criminelle s'aligne sur le Conseil constitutionnel quant au report des effets. Dans son communiqué²⁴³, la Cour indique qu'elle s'est trouvée face à une « *situation juridique inédite* ». Elle invoque la nécessité « *d'adaptations pratiques importantes* », la sécurité juridique ou encore la bonne administration de la justice.

Ceci l'amène à conclure en exacte opposition avec les principes qu'elle énonce. Ainsi, elle annule deux arrêts de chambres de l'instruction ayant fait pleine application des droits conventionnellement reconnus et rejette un pourvoi fondé sur la méconnaissance de ces droits²⁴⁴.

Cette solution, consistant à reconnaître l'existence de droits fondamentaux et à en refuser l'application, contraste singulièrement avec la jurisprudence de la Cour européenne, selon laquelle la Convention garantit des droits effectifs et concrets²⁴⁵.

Olivier BACHELET²⁴⁶, qui désapprouve particulièrement la position adoptée par la Cour de cassation, invoque de nombreux arguments. On relève parmi eux le principe d'application immédiate des lois de procédure ou la contradiction avec l'arrêt *Jacques Vabres*²⁴⁷, puisque la Chambre criminelle conditionne la mise en œuvre de la Convention à la survenance d'une loi (ou à défaut, d'un terme). Par ailleurs, l'interdiction faite aux justiciables de contester l'application qui leur est faite de dispositions dont la non-conformité aux droits et libertés fondamentaux a été reconnue apparaît contraire aux articles 13²⁴⁸ et 6 § 1²⁴⁹ de la Convention européenne.

Selon cet auteur, ni l'impératif de « *bonne administration* », ni le « *principe de sécurité juridique* » ne s'opposaient à l'application immédiate des droits nouvellement reconnus au gardé à vue.

La justification implicite mais réelle semble être la sécurité publique. Il s'agit de maintenir les procédures en cours et de prévenir la libération d'individus supposés dangereux. Or ce risque est en réalité très limité. Il est rare en effet que des détentions provisoires soient exclusivement fondées sur des aveux obtenus en garde à vue²⁵⁰.

La France s'expose, par une telle attitude, à de nombreuses condamnations émanant de la Cour européenne. D'autant plus qu'en statuant de la sorte, la Haute juridiction permet une saisine immédiate de la CEDH. En effet, l'article 35 § 1 de la Conv.EDH, qui prévoit l'épuisement des recours internes préalablement à la saisine de la Cour, est traditionnellement écarté dès lors que

242 LE BORGNE, Jean-Yves. *La garde à vue, un résidu de barbarie*. Ed. du Cherche-midi, 2011

243 Communiqué relatif aux arrêts rendus le 19 octobre 2010 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Accessible sur http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/arrets_rendus_17837.html

244 Exemple d'attendu : « *Attendu que, toutefois, l'arrêt encourt l'annulation dès lors que les règles qu'il énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ; que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011* »

245 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*. Requête n° 6289/73

246 BACHELET, Olivier. L'inconventionnalité de la garde à vue : le quai de l'Horloge frappé par le syndrome du lac. *Gaz. Pal.* 2010, n° 290 à 292

247 Chambre mixte, 24 mai 1975 : affirme la supériorité du traité sur la loi interne, même postérieure

248 Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale

249 Droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal

250 De plus, une application immédiate des règles nouvelles n'aurait aucune incidence sur les condamnations définitives et pour les procédures en cours la méconnaissance de ces droits doit être invoquée *in limine litis* devant le Tribunal correctionnel, dans le cadre de l'information judiciaire ou dans les 6 mois suivant l'interrogatoire de première comparution

l'insuccès de la voie de recours est probable²⁵¹.

On peut d'ailleurs remarquer que la Cour Suprême du Royaume-Uni n'a pas cette pudeur. Par une décision en date du 26 octobre 2010²⁵², elle consacre à l'unanimité le droit à un avocat dès le début de la garde à vue et indique, sur la question de l'application immédiate de la règle, qu'« *il ne fait aucun doute que cette décision aura de profondes conséquences, mais il n'y a pas de place dans la situation à laquelle se trouve confrontée la Cour pour une décision qui favoriserait le statu quo simplement sur des bases d'opportunité. Il y a là une question de droit, à laquelle il faut faire face quelles qu'en soient les conséquences* ».

La solution adoptée par la Chambre criminelle n'était donc pas inévitable. Ces différentes considérations ont vraisemblablement incité l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, quelques mois plus tard, à revenir sur cette position (voir *infra*).

Toutefois, les juges du fond n'ont pas attendu que la Cour de cassation se prononce à nouveau pour satisfaire aux exigences européennes.

II- L'audace des juges du fond

Un mouvement d'ampleur s'est dessiné parmi les juridictions du fond, avant même la réforme, pour condamner l'absence de notification du droit au silence. Des gardes à vue ont ainsi été immédiatement annulées, malgré le report institué par le Conseil constitutionnel (A). La Cour de cassation semble y apporter un soutien masqué (B).

A) Les annulations immédiates de gardes à vue

Pour éviter une « *application erratique des nouvelles règles de procédure* », la Chancellerie a, par deux dépêches de la direction des affaires criminelles et des grâces, entendu tirer les conséquences, sur les procédures judiciaires diligentées, des décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation.

Les dépêches des 30 juillet²⁵³ et 19 octobre 2010 rappellent que jusqu'à la date du 1er juillet 2011, les procédures devront être réalisées conformément aux dispositions du Code de procédure pénale en vigueur jusqu'à cette date, les procès-verbaux d'audition établis conformément à ces dispositions ne pouvant être annulés du fait des décisions rendues. Confirmant sa position, elle demande aux procureurs généraux et procureurs de la République, dans une circulaire du 4 novembre 2010²⁵⁴, d'organiser rapidement des réunions entre les magistrats du parquet et les responsables des services d'enquêtes afin d'assurer la stricte application des dispositions, toujours en vigueur, du Code de procédure pénale relatives à la garde à vue. La dépêche - peu soucieuse de l'indépendance des juges - souligne l'avantage à ce que les magistrats du siège soient invités à participer à ces réunions afin d'éviter que des initiatives éparses ne conduisent à de multiples régimes de garde à vue.

Ces dépêches n'ont pas empêché que soient présentées de nombreuses requêtes en nullité

251 CEDH, 20 mai 1998, *Gautrin et a. c. France*. Requête n° 21257/93 à 21260/93

252 Supreme court, 26 octobre 2010, *Cadder v. Her Majesty's Advocate* [2010] UKSC 43

253 Circ. crim-PJ n° 10-871-H11, 30 juill. 2010

254 Circ. crim-PJ n° 09-519-H11, 4 nov. 2011

des auditions de garde à vue. La Conférence des avocats du Barreau de Paris a ainsi diffusé dès décembre 2009 des conclusions type²⁵⁵ à l'attention des avocats, pour soulever *in limine litis* la contradiction des dispositions françaises avec les exigences européennes, notamment eu égard à l'absence de l'avocat lors des auditions.

Conclusions auxquelles ont fait droit un certain nombre de juges du fond, qui devaient décider si les procédures qui leur étaient soumises étaient ou non entachées de nullité.

A commencer par la cour d'appel d'Agen, dans un arrêt en date du 18 février 2010²⁵⁶. Le Tribunal correctionnel d'Agen, par un jugement du 6 janvier 2010, constate l'absence de notification du droit de garder le silence, en violation des dispositions de l'article 6 de la Conv.EDH, et annule en conséquence, outre le procès-verbal de garde à vue, l'ensemble des actes subséquents. En revanche, l'acte de saisine de la juridiction de jugement est maintenu, le tribunal considérant qu'il ne s'agissait pas d'un acte subséquent. Sur appel du Ministère public, la Chambre des appels correctionnels examine à son tour la question et confirme le jugement déféré. Elle se fonde notamment sur l'article 55 de la Constitution, qui prévoit que les conventions internationales, telles que la Convention européenne des droits de l'homme, ont une autorité supérieure à celle des lois. Elle rappelle par ailleurs que les arrêts de la CEDH ont vocation à s'appliquer à tous les États signataires.

Cette affaire met également en lumière la question cruciale des actes subséquents, sur laquelle les juridictions du fond divergent parfois.

La cour d'appel de Nancy²⁵⁷ a ainsi écarté les procès-verbaux des déclarations des prévenus, sans pour autant prononcer leur invalidation procédurale. Elle affirme en effet que ces déclarations faites en l'absence d'avocat ne leur portaient aucun préjudice, puisque d'autres éléments suffisaient à les déclarer coupables. On peut cependant s'étonner de ce que les procès-verbaux étaient suffisamment douteux pour être mis à l'écart mais suffisamment réguliers pour être conservés au dossier.

Le droit anglo-saxon a une approche distincte de cette question. La sanction du non-respect des droits garantis conduit au rejet des preuves en cause. La situation est différente en France, où elle se manifeste par la nullité des procédures irrégulières.

Au vu de la situation particulière engendrée par les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, qui refusent d'annuler immédiatement les procédures irrégulières, certains proposent une solution tout aussi particulière. Il s'agirait d'indemniser les justiciables lésés par des dommages-intérêts. Reste qu'il est douteux que l'on puisse réparer une violation de droits fondamentaux par une compensation financière, alors que ces droits pourraient être effectivement mis en œuvre.

Si des recours en nullité apparaissent avant même les décisions de la Cour européenne et du Conseil constitutionnel, ils sont encore plus nombreux ensuite.

Le Tribunal correctionnel de Charleville-Mézières a ainsi annulé des procès-verbaux d'audition, par un jugement en date du 2 décembre 2010²⁵⁸. Le prévenu excipait de la nullité de la garde à vue et des actes subséquents, au visa de l'article 55 de la Constitution, 6 de la Conv.EDH et la jurisprudence y afférente, tandis que le Ministère public invoquait le bénéfice des dispositions

255 Accessibles sur :

<http://laconference.typepad.fr/conf2/2009/12/garde-%C3%A0-vue-conclusions-de-nullit%C3%A9.html#more>

256 CA Agen, Ch. corr., 18 février 2010. n° 10/00009-A. D. 2010. p. 1850. obs. Fournier

257 CA Nancy, Ch. corr., 19 janvier 2010. n° 72/2010

258 T. corr. Charleville-Mézières, 2 déc. 2010, n° parquet 10259000011 : *JurisData* n° 2010-025670

Voir NIORE, Vincent. De l'effet immédiat de l'annulation des procès-verbaux de garde à vue. *Le Bulletin du Barreau de Paris* n° 41, 14 décembre 2010, p. 539

strictes du Code de procédure pénale.

La décision consacre tout d'abord le droit de ne pas s'auto-incriminer par la notification du droit silence, qui « *n'est d'ailleurs pas simplement un droit de résistance à l'interrogatoire* » mais « *le droit de le refuser, le droit de renoncer à prendre part au procès* ».

Elle souligne ensuite que « *la personne qui subit l'interrogatoire ne peut croire qu'elle reste libre de ses réponses ou de son silence. Si on ne lui dit rien, le droit de ne pas s'auto-incriminer n'existe pour elle concrètement pas* » et poursuit « *une notification préalable est indispensable pour ne pas tromper le mis en cause, pour ne pas le conduire de manière déloyale, par une forme d'interrogatoire forcé, à reconnaître les faits dont on l'accuse* ».

Le tribunal ajoute que « *le différé de l'obligation de notifier le droit au silence* » ne s'impose nullement, ni par la nécessité de préserver la sécurité juridique, ni par celle d'assurer une bonne administration de la justice et ce, en contradiction avec les récentes décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, qu'il « *pense ne pas devoir suivre* ». Le tribunal correctionnel souligne notamment que la CEDH n'utilise pas le concept de sécurité juridique en matière pénale pour limiter les prérogatives de la défense. De même, il précise que la bonne administration de la justice s'entend ici comme jouant au bénéfice exclusif de l'accusation.

Cette prise de position marque l'indépendance et l'audace du Président du tribunal, qui annule les procès-verbaux d'audition de la garde à vue réalisée sans notification préalable au gardé à vue de son droit de garder le silence, alors même que la loi n'impose pas la notification de ce droit. Il fonde sa décision sur le respect instantané de la Convention européenne et le droit immédiat à une interprétation de la loi interne conforme aux arrêts de la CEDH.

On peut encore citer le Tribunal correctionnel de Créteil qui, dans un jugement du 11 janvier 2011, a annulé les poursuites au motif que le droit au silence n'avait pas été notifié au prévenu lors de sa garde à vue, contrairement à ce que prévoit la jurisprudence européenne²⁵⁹. A la fin de l'année 2010, cinq procédures avaient également été annulées pour non-notification du droit au silence devant le Tribunal correctionnel de Bobigny²⁶⁰.

Ceci amène les auteurs à mentionner une véritable « vague de fond » avant la réforme²⁶¹. Jean-Yves LE BORGNE²⁶² souligne à son tour que les décisions d'annulation de gardes à vue émanent de la France entière et doivent être considérées comme l'expression d'un mouvement d'ampleur.

Quelle est la réaction de la Cour de cassation face à cette situation ?

B) Un soutien masqué de la Cour de cassation ?

Les jugements précités parviennent par le jeu des recours devant la Cour de cassation. Or celle-ci ne se montre pas aussi catégorique que ses arrêts du 19 octobre auraient pu le laisser penser.

Ainsi, dans un arrêt du 4 janvier 2011²⁶³, la Chambre criminelle a dû se prononcer sur la validité de

259 Le parquet de Créteil a fait appel de cette décision

260 TGI de Bobigny, 17e ch., 30 déc. 2009, n° 0936405033

On peut également citer : TGI Paris 28 janv. 2010, 12e ch., n° 0815530244, *Jurisdata* : 2010-000447 ; CA Paris, pôle 7, ch. 5, 9 févr. 2010, *Jurisdata* n° 2010-000451, *D.* 2010. 505, obs. S. Lavric et 868, obs. G. Roujou de Boubée ; TGI Paris 1er mars 2010, 23e ch.

261 GIUDICELLI, André. Garde à vue : vagues du fond avant la réforme. *RSC* 2010, p. 183

262 Voir note 242. p 97

263 Crim. 4 janv. 2011, n° 10-85.520. *JurisData* n° 2011-000033

telles annulations de gardes à vue. Elle décide en l'espèce que « *si c'est à tort que la cour d'appel a prononcé la nullité de la garde à vue avant l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue ou, en l'absence de cette loi, avant le 1^{er} juillet 2011, l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors qu'il a eu pour seule conséquence que les actes annulés n'ont pas constitué des éléments de preuve fondant la décision de culpabilité du prévenu* ».

L'arrêt de cour d'appel avait en effet confirmé le jugement du tribunal correctionnel, en ce qu'il avait prononcé la nullité de la garde à vue en raison de la méconnaissance des garanties conventionnelles. Les juges du fond refusent cependant d'étendre les effets de cette annulation à l'ensemble de la procédure, et notamment à la saisine du tribunal, en relevant que « *la garde à vue et les procès-verbaux d'audition et de perquisition annulés ne sont pas le support nécessaire des poursuites* ».

La Chambre criminelle confirme donc de manière synthétique la jurisprudence des arrêts rendus le 19 octobre (la cour d'appel ne peut prononcer une telle annulation avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle).

C'est toutefois sur les conséquences qu'en tire la Chambre criminelle que l'arrêt est intéressant. Il expose en effet l'une des techniques désormais utilisée par la Cour de cassation dans le cadre de sa nouvelle orientation s'agissant du contrôle de compatibilité de la procédure pénale française aux exigences de la Convention européenne.

En l'espèce, l'arrêt de la cour d'appel, qui en toute rigueur aurait dû être censuré, ne l'est pas car il a eu pour seule conséquence d'écarter des éléments de preuve, superflus pour fonder la culpabilité du prévenu. Le moyen du pourvoi est en quelque sorte reconnu comme inopérant, ce qui n'empêche pas la Cour de cassation d'y répondre et de le juger fondé. Pour autant, il n'entraîne pas la censure²⁶⁴.

Un autre exemple de cette technique nous est donné par l'arrêt rendu antérieurement par la Chambre criminelle, le 15 décembre 2010²⁶⁵. Dans cette espèce, les juges du fond sont censurés pour avoir considéré que le Ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante.

Pour autant, l'arrêt n'est cassé, dès lors que le demandeur au pourvoi a été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par le texte conventionnel.

La Cour de cassation, si elle censure l'interprétation adoptée par la cour d'appel, n'en rejette pas moins le pourvoi.

Cet arrêt semble aller plus loin que ceux d'octobre 2010. Alors qu'à cette époque, la Chambre criminelle affirmait qu'un arrêt ayant méconnu les exigences résultant de la Convention européenne des droits de l'homme n'encourait pas la censure dès lors que les règles de procédure devant découler de la Convention ne pouvaient s'appliquer immédiatement, elle nuance sa position deux mois plus tard. En l'espèce, la censure n'est évitée que parce que la privation de liberté est restée d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par la Convention. En d'autres termes, une censure eût été envisageable (et donc les garanties conventionnelles applicables immédiatement) si la durée de la privation de liberté avait été excessive.

264 MARON, Albert, HAAS, Marion. Du bon usage des moyens inopérants. *Dr. pén.* 2011, comm. 27

265 *Crim.* 15 déc. 2010. *Dr. pén.* 2011, comm. 26, 2^e esp.

Revenons à l'arrêt du 4 janvier 2011. En indiquant que l'arrêt de la cour d'appel n'encourt pas la censure dès lors qu'il a eu pour seule conséquence que les actes annulés n'ont pas constitué des éléments de preuve fondant la décision de culpabilité du prévenu, il semble que la Cour de cassation signifie par transparence que c'est à juste titre que les juges du fond ont écarté, comme moyen de preuve, les éléments recueillis pendant la garde à vue. Il s'agit seulement d'une interprétation possible de cet arrêt²⁶⁶. Toutefois, celle-ci semble confortée par l'arrêt rendu le 15 avril 2011 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (voir *infra*).

Au vu de ces différentes décisions, Félix ROME n'hésite pas à entonner un requiem « *en mémoire de la garde à vue tricolore, foudroyée par trois missiles tirés successivement par les artificiers de la rue de Montpensier, de Strasbourg et du quai de l'Horloge* ». C'est donc dans un contexte de révolte que vont s'esquisser les contours du droit nouveau.

266 D'autres auteurs soutiennent au contraire que s'il n'y avait pas eu d'autres éléments de preuve justifiant la condamnation du prévenu, la Cour de cassation aurait pu considérer que l'annulation de la garde à vue « *faisait grief* » et devait donc être censurée.

Voir BACHELET, Olivier. Avocat et garde à vue : le voyage dans le temps. *Gaz. Pal.* 2011. n° 107 à 109, p. 10

Chapitre 2 : Quand le législateur l'entend : une réforme en marche

Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose²⁶⁷. Prévue de longue date, la réforme de la garde à vue devient inévitable et urgente, par les différentes condamnations prononcées, comme par le nombre toujours croissant de mesures.

Il s'agit toutefois de préserver l'équilibre fragile que doit instituer la procédure pénale entre l'efficacité et les libertés : efficacité dans la recherche des preuves de l'infraction et libertés du justiciable présumé innocent. Le droit au silence se situe à un point crucial de cet équilibre.

On ne peut contester que la réintroduction d'un tel droit pourrait amener des difficultés pour les acteurs de la garde à vue, qui devront se plier à plus de contradiction, voire à moins d'intimidation. Ceci est surtout vrai dans les affaires de mœurs, où l'aveu continue à jouer un rôle majeur, en l'absence d'autre preuve tangible.

C'est d'ailleurs la perception de l'aveu lui-même qui va être modifiée par une telle réforme. Rappeler à la personne gardée à vue qu'elle a le droit de garder le silence, c'est admettre qu'elle peut décider de taire la vérité. Ce faisant, la procédure s'éloigne de la recherche de l'aveu - et des pressions que cela légitime - au profit de la recherche d'une confrontation équilibrée des parties, d'où émanera une vérité procédurale. Ceci participe d'une évolution plus globale de la procédure pénale, tendant à reléguer la vérité au second plan, au profit d'une efficacité répressive²⁶⁸.

D'aucuns soulignent à l'occasion de cette réforme qu'« *il faudrait avoir la demi-audace de ne pas se limiter à ce qui était inévitable* »²⁶⁹. Une étude des différents projets ainsi que de la loi adoptée (Section 1) montrera en effet que la réintroduction de l'obligation de notification du droit au silence, si elle est indispensable, doit aussi s'accompagner des garanties suffisantes (Section 2).

Section 1: Les différents projets

Dès 2006, la Conférence des bâtonniers proposait d'« *informer la personne placée en garde à vue qu'elle a le droit de conserver le silence* »²⁷⁰. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), dans un avis de mars 2010²⁷¹, formule une série de recommandations relatives à la garde à vue, parmi lesquelles figure la notification du droit au silence. De même, le Comité contre la torture²⁷² et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) exhortèrent la France à modifier les conditions de garde à vue.

267 MARON, Albert, HAAS, Marion. Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose. *Dr. pén.* 2010, Comm. 10

268 On peut également observer ce mouvement à travers la mise en place des procédures dites « simplifiées »

269 LE BORGNE, Jean-Yves. Garde à vue : une réticence dans la réforme. Interview pour le JDD. Accessible sur : <http://www.lejdd.fr/Societe/Justice/Actualite/Reforme-de-la-Garde-a-vue-Le-point-de-vue-de-Jean-Yves-Le-Borgne-avant-le-vote-du-texte-258405/>

270 Les propositions de la Conférence des Bâtonniers. *AJ pénal* 2006, p. 347

Le Conseil National des Barreaux, dès 1997, avait même adopté un rapport en guise de contribution à la Commission de réforme de la justice (dite Commission Truche), dans lequel il demandait que « *le gardé à vue ait droit au silence* »

271 CNCDH, Avis sur la réforme de la procédure pénale, 10 juin 2010. Accessible sur : <http://www.cncdh.fr/>

272 Le Comité contre la torture est un organe de l'ONU, composé d'experts indépendants, qui surveille l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants par les États parties

De recommandations en injonctions, le législateur n'eut d'autre choix que de remodeler certains aspects de la procédure pénale. La réforme, qui se voulait globale, fut ensuite circonscrite à la seule garde à vue (I), pour finalement voir sa mise en place précipitée (II).

I- De l'avant-projet de réforme du Code au projet de loi relatif à la garde à vue

Alors qu'était engagée une œuvre globale de refonte du Code de procédure pénale (A), l'offensive des Hautes juridictions a amené le Parlement à se concentrer sur le point décisif de la garde à vue (B).

A) L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale

Signe de la nécessité pressante d'une réforme, les propositions de loi fleurirent ces dernières années, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, afin de conformer le régime de la garde à vue à la jurisprudence de la Cour européenne²⁷³. On dénombre pas moins de douze propositions de loi entre le dernier trimestre 2009 et le printemps 2010, émanant de la majorité comme de l'opposition. Le droit au silence et sa notification au suspect sont très fréquemment évoqués.

On peut citer pour exemple la proposition déposée par le groupe parlementaire de la Gauche démocrate et républicaine, qui prévoyait de rendre obligatoire la présence de l'avocat dès la première heure ainsi que la notification du droit au silence.

Toutes ces propositions ont été rejetées, au motif qu'un projet de refonte plus globale de la procédure pénale était en cours.

Il s'agit de retracer rapidement la genèse de cette réforme. Celle-ci a débuté le 9 février 2010, avec l'annonce par le garde des Sceaux de la plus grande réforme de la procédure pénale depuis que le Code de procédure pénale a succédé au Code d'instruction criminelle.

Dès mars 2010, un avant-projet (concernant essentiellement la phase préliminaire du procès pénal) est rendu public et soumis à consultation. La réforme annoncée allait consacrer une révolution du système procédural français. Au delà de changements terminologiques à l'utilité discutable²⁷⁴, la principale caractéristique du projet est d'hypertrophier le rôle et donc les pouvoirs du parquet, dont, par ailleurs, la subordination hiérarchique à l'égard du pouvoir exécutif serait intégralement maintenue²⁷⁵.

La garde à vue occupe une place essentielle dans ce projet de réforme, avec deux objectifs affichés : maîtriser le nombre de mesures (en constante augmentation depuis plusieurs années) et accroître sensiblement les droits de la défense, notamment le droit à l'assistance d'un avocat. On peut d'ailleurs s'étonner, en dépit de la dimension philosophique du débat, de l'intrusion de l'objectif pragmatique de « maîtrise du nombre des gardes à vue ».

Les changements procéduraux émanant du projet de réforme ont été fortement inspirés

273 Prop. de loi AN n° 2181, 21 déc. 2009, n° 2193, 21 déc. 2009, n° 2191, 21 déc. 2009, n° 2295, 10 févr. 2010. – Voir aussi A. Vallini, rapport AN n° 2372, 24 févr. 2010. – Prop. de loi AN n° 2364, 24 févr. 2010, n° 2356, 24 févr. 2010, n° 2406, 1er avr. 2010, n° 2410, 1er avr. 2010, n° 2952, 18 nov. 2010.

274 L'« action publique » devenant par exemple l'« action pénale »

275 LARGUIER, Jean, CONTE, Philippe. *Procédure pénale*. Memento Dalloz. 22e éd., 2010

par les travaux de la Commission Léger²⁷⁶. Fin 2008, le Président de la République avait en effet confié à une commission d'experts le soin de proposer un nouveau modèle de procédure pénale. Cette commission, qui devait examiner l'ensemble du déroulement procédural d'une affaire pénale, fit à ce titre des propositions pour instaurer un nouveau régime de garde à vue. Le groupe de travail remit un rapport au Président de la République le 1^{er} septembre 2009²⁷⁷.

L'avant-projet du futur Code de procédure pénale, présenté par le Gouvernement au printemps 2010²⁷⁸, s'en inspire largement. L'un comme l'autre de ces visages nouveaux de la garde à vue se caractérisent par la volonté de ne pas bouleverser les choses, tout en faisant un pas dans le sens de la modernité. Le rapport Léger aboutit donc à une formule de compromis. En effet, l'idée ne disparaît pas tout à fait que les droits de la défense sont antinomiques du surgissement de la vérité²⁷⁹.

Parmi les propositions du rapport Léger, on peut citer la création d'une garde à vue à durée réduite (« retenue judiciaire »)²⁸⁰ et exempte d'avocat.

On décèle parfois des disparités entre les propositions de la Commission et l'avant-projet de réforme. Ainsi, alors que la Commission Léger suggère l'enregistrement audiovisuel de toutes les gardes à vue, l'avant-projet gouvernemental marque un recul, en subordonnant cet enregistrement à une décision des officiers de police judiciaire (OPJ), du procureur de la République, ou une demande du suspect et en l'excluant pour les affaires les plus graves.

Le rapport Léger comme l'avant-projet gouvernemental tracent donc les contours d'une législation nouvelle en progrès, mais en timide progrès.

On peut se demander pourquoi il apparaît si difficile de renoncer à l'aveu et à sa place centrale dans l'enquête. En effet, le projet de nouveau Code de procédure pénale ne consacre pas la notification du droit au silence. Il est dès lors permis de penser que l'absence d'une telle notification poserait des difficultés de compatibilité avec la jurisprudence de la Cour européenne, sauf à considérer que l'intervention de l'avocat est synonyme d'information de la personne gardée à vue quant à ce droit.

Il était prévu que le projet de loi soit déposé devant le Parlement au début de l'été 2010, mais l'évolution rapide du contexte jurisprudentiel européen et national a conduit le Gouvernement à retarder la présentation d'un projet de loi global concernant la phase préliminaire du procès pénal et à proposer, sans attendre, un texte plus circonscrit, afin de remédier à cette inconstitutionnalité. Selon un auteur : « Comme souvent, les grands événements résultent de la conjonction imprévue de forces et d'influences diverses qui tout à coup, par l'effet du hasard, concourent à la même fin »²⁸¹.

B) Le projet de loi relatif à la garde à vue

Réagissant au coup d'accélérateur donné à la réforme, le Ministère de la Justice rédige rapidement un projet de loi « *tendant à limiter et à encadrer les gardes à vue* », qu'il transmet dès

276 Philippe LEGER, haut magistrat français, fut avocat général à la CJCE.

Aussi appelé « Comité de réflexion sur la justice pénale »

277 Rapport accessible sur : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf

278 Avant-projet du futur Code de procédure pénale, 1^{er} mars 2010

279 Le rapport Léger refuse par exemple l'assistance de l'avocat aux interrogatoires

280 D'une durée de 6h. Devient l'« audition libre », d'une durée de 4h, dans l'avant-projet de réforme

281 LE BORGNE, Jean-Yves. Voir note 242. p. 119

le 7 septembre 2010 au Conseil d'État pour avis. Le projet de loi modifié « *relatif à la garde à vue* »²⁸² est déposé le 13 octobre 2010 sur le bureau de l'Assemblée nationale. Il remanie très sensiblement le visage de la garde à vue. Pour l'anecdote, c'est la première fois que l'Assemblée nationale est saisie d'un projet de loi faisant suite à une QPC.

Le projet de loi ne bouleverse pas l'économie générale de l'avant-projet (voir *supra*). Il en reprend les dispositions s'agissant de la consécration du principe de dignité de la personne gardée à vue, des personnes susceptibles de faire l'objet d'une garde à vue, des critères de placement, de la durée, des conditions de prolongation de la mesure et de ses modalités de contrôle.

Toutefois, il comporte des modifications substantielles, pour tenir compte des exigences posées par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Le Gouvernement a ainsi déposé plusieurs amendements le 9 décembre 2010.

Le projet gouvernemental introduit d'abord le régime d'« audition libre »²⁸³ de la personne suspectée. Cette nouvelle mesure vise à réduire le nombre de gardes à vue, en permettant à une personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, de demeurer libre lors de son audition par les enquêteurs. Ce statut, qui ne permet pas la présence d'un conseil, ne prévoit pas plus la notification du droit au silence. En contrepartie, il est prévu que l'intéressé puisse mettre fin à tout moment à l'interrogatoire, bien que cette faculté semble toute théorique. L'audition libre apparaît alors comme une garde à vue qui se dissimule et permet d'écarter les droits qu'imposent les hautes juridictions, nationales et internationales.

Un auteur²⁸⁴ remarque cependant que, de ce point de vue, l'actuel projet de loi valide l'existant. L'examen des chiffres produits par le ministère de l'Intérieur²⁸⁵ révèle selon lui que la pratique de l'audition libre existe d'ores et déjà dans les faits et qu'elle est même majoritaire²⁸⁶.

Est ensuite opéré un remaniement du droit à l'assistance d'un avocat, notamment lors des auditions.

Enfin, le projet de loi prévoit le rétablissement du droit au silence. Le Conseil constitutionnel, en en faisant une exigence à valeur constitutionnelle, avait imposé ce revirement législatif. Dès lors, le projet de loi rétablit naturellement ce droit, absent de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale.

L'article 63-1 du CPP dispose alors : « *La personne placée en garde à vue est informée dès le début de son audition qu'elle a le choix, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ».

La CNCDH, dans son avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue, adopté par l'Assemblée plénière du 6 janvier 2011²⁸⁷, souligne qu'il s'agit, « *malgré une formulation inutilement complexe, d'un retour à la situation créée par loi du 15 juin 2000* ». Cet énoncé rappelle plutôt la disposition résultant de la loi modificative du 4 mars 2002 (voir *supra*).

M. MERCIER, garde des Sceaux, a été entendu par la Commission des lois de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2010 au sujet du projet de loi relatif à la garde à vue.

282 Projet de loi AN n° 2855, 13 oct. 2010

283 Le régime de l'audition libre découle directement de la « retenue judiciaire » précitée

284 VLAMYNCK, Hervé. Voir note 171

285 *La criminalité et la délinquance constatées en France en 2009*, La documentation française

286 Moins d'un mis en cause sur deux aurait été mis en garde à vue en France, en 2009. La pratique révèle qu'au nom du principe de liberté reconnu aux OPJ de (non-)placement en garde à vue, certains ordonnent une audition libre même en cas d'interpellation

287 Accessible sur : http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/11.01.06_Avis_Garde_a_vue.pdf

Le Ministre affirme à cette occasion que la personne placée en garde à vue doit être informée de son droit à conserver le silence : « *Cette exigence, rappelée par le Conseil constitutionnel en juillet dernier, est, dans la plupart des pays occidentaux, une norme, parfois même de niveau constitutionnel. Notre législation se devait de prévoir expressément cette disposition* ».

Il reconnaît également que le Parlement se doit de prendre en compte la jurisprudence postérieure au projet de loi : « *la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, toujours en évolution, conforte l'ambition initiale du Gouvernement et nous pousse à aller plus loin* ». Des parlementaires soulignent : « *nous avons la chance d'aborder une matière clairement balisée* ».

M. MERCIER tempère ainsi la position adoptée par Mme ALLIOT-MARIE, qui, par un communiqué de la Chancellerie en date du 19 octobre 2010, avait déclaré que les arrêts rendus par la Chambre criminelle le même jour « *[confortaient] le nouveau dispositif de la garde à vue* ». A l'inverse, un communiqué du Conseil national des Barreaux indiquait que le projet « *adopté par le Conseil des ministres le 13 octobre [devait] être complètement revu* ». L'Ordre des avocats du Barreau de Paris a poursuivi son mouvement, en appelant notamment à une grève des audiences le 15 décembre 2010, estimant que « *le projet de loi gouvernemental, rédigé à la hâte, suggère une réforme minimale de la garde à vue* ».

Après avoir examiné le projet de loi relatif à la garde à vue sur la base du rapport du député GOSSELIN²⁸⁸, la Commission des lois de l'Assemblée nationale a adopté le projet le 15 décembre 2010 ajoutant, toutefois, d'importants amendements²⁸⁹ dont certains contre l'avis du Gouvernement. Le texte devait ensuite être examiné par les députés en séance publique, à partir du 18 janvier 2011.

II – Une mise en place éclair

Alors que M. MERCIER affirmait son intention d'« *éviter le recours à la procédure accélérée* », la mise en place de la loi réformant la garde à vue sera bel et bien précipitée. Par l'adoption quasi-conforme du texte par le Sénat (A), puis le dernier rebondissement jurisprudentiel de la Cour de cassation (B).

A) L'adoption du texte amendé

Le texte amendé est donc adopté par la Commission des lois de l'Assemblée nationale le 15 décembre 2010. Outre la réintroduction du droit au silence, il faut noter la suppression de la procédure d'audition libre (qui ne prévoyait pas le droit au silence) par la Commission.

Cet abandon répond notamment aux revendications des avocats. Thierry WICKERS, président du Conseil national des Barreaux avait déclaré : « *L'audition libre apparaît comme le dernier avatar d'une stratégie qui compense chaque avancée par un nouvel espace de non-droit* »²⁹⁰. Ceci au moment même où l'équité s'insinue dans la garde à vue. On peut en effet voir dans l'instauration de l'audition libre la même réaction que celle provoquée en 1897 par l'entrée de l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction, avec pour effet de déplacer partiellement le lieu

288 Rapp. Assemblée nationale n° 3040 relatif à la garde à vue

289 64 amendements ont été adoptés

290 Voir note 74

de l'interrogatoire. Quand un temps de procédure se judiciaire, lorsque le contradictoire et l'avocat apparaissent dans une période de la poursuite pénale dont ils étaient absents, il faut créer un nouvel espace, sans droits, où l'enquêteur pourra plus facilement mener les interrogatoires.

De nombreux parlementaires, à l'instar de Dominique PERBEN, se sont ralliés à cette position : « *Je ne vois pas l'intérêt d'introduire l'audition libre dans notre système législatif* ».

Un tel hybride est de plus difficilement justifiable sur le plan constitutionnel, puisqu'il exclut pour la personne retenue les garanties normalement prévues pour le gardé à vue. Bien que la rétention prévue soit volontaire, elle comporterait un interrogatoire et l'accord de la personne serait suspendu à la menace implicite d'une garde à vue. Félix ROME²⁹¹ envisage même de décerner au Ministère de la Justice « *la palme de l'obstination* », pour avoir créé, en guise de réplique à la mise à mort de la garde à vue, un régime « *libéré* » des droits fondamentaux que sont l'assistance d'un avocat et le droit de garder le silence.

La CNCDH²⁹² présente un avis plus nuancé, en considérant que l'audition hors garde à vue doit être la règle, à la condition d'être impérativement encadrée par la loi : celle-ci doit prévoir la notification à l'intéressé du droit à tout instant d'interrompre l'audition et de quitter les locaux de police, de garder le silence, de prévenir un proche et son employeur, de solliciter la présence d'un avocat et de connaître la durée maximale de cette audition.

Le régime tel que proposé par le Gouvernement apparaît donc unanimement condamné. La Commission des lois de l'Assemblée nationale entérine ce rejet, en votant le projet de loi le 15 décembre 2010²⁹³.

D'ailleurs, un tel régime, s'il avait été conservé, aurait vraisemblablement été condamné par la CEDH. Celle-ci n'aurait pas établi de distinction entre la garde à vue et l'audition libre, les droits fondamentaux devant s'appliquer dès qu'une personne est de fait soupçonnée.

L'arrêt *Brusco* (voir *supra*) condamne la France dans une hypothèse où une personne avait été entendue comme témoin. Or, pour la Cour européenne, cette personne aurait dû être considérée comme accusée, au sens de la Convention européenne, dès lors qu'il existait des raisons plausibles de la soupçonner, et aurait dû bénéficier des garanties afférentes au procès équitable. Cet arrêt condamne donc implicitement le projet d'audition libre.

Néanmoins, bien que la mention de l'audition libre soit formellement supprimée, son principe ne disparaît pas totalement avec le vote de la Commission des lois. En effet, l'article 73 du CPP est ainsi complété : « *Lorsque la personne est présentée devant l'officier de police judiciaire, son placement en garde à vue, lorsque les conditions de cette mesure prévues par le présent code sont réunies, n'est pas obligatoire dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable si la personne a été conduite par la force publique devant l'officier de police judiciaire* ». Le caractère facultatif du placement en garde à vue - si la personne n'est pas retenue sous la contrainte - ouvre donc la voie à des auditions de suspects qui seront privés de tout droit. Ceci fut clairement condamné par une

291 Voir note 236

292 Voir note 287

293 Rapport n° 3040 fait au nom de la Commission des lois : « *La Commission a supprimé le dispositif de l'audition libre tel que mis en place par l'article 1^{er} du projet de loi. Le problème essentiel de ce dispositif était l'absence de reconnaissance des droits du suspect entendu librement. Le dispositif ne prévoit pas de notification des droits de la personne librement entendue, notamment de son droit de se taire, si bien qu'il pourrait être abusé de l'ignorance de la personne des droits auxquels elle renonce en évitant la garde à vue* ».

Accessible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3040.asp>

motion du Conseil de l'Ordre des avocats de Paris²⁹⁴.

Un garde-fou a toutefois été prévu, par le biais de l'introduction d'un nouvel alinéa à l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Désormais, celui-ci dispose : « *En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* ». Une personne se présentant spontanément dans les locaux de police ne pourra donc pas se voir condamnée uniquement sur ses déclarations, alors même que son droit au silence ne lui a pas été notifié.

Toutefois, la rédaction de cette disposition révèle la volonté du législateur de ne pas respecter fidèlement les prescriptions de la CEDH, précisées dans l'arrêt *Salduz*²⁹⁵. Il eut fallu écarter totalement l'usage des déclarations obtenues, plutôt que d'exiger qu'elles soient corroborées par d'autres éléments de preuve.

Le 19 janvier 2011, au cours de la discussion du projet de loi en séance publique, M. MERCIER a déclaré : « *Avant d'en venir au texte lui-même, je veux dire à nouveau à l'Assemblée nationale que, lors du débat qui s'ouvre devant elle, le Gouvernement ne cherchera pas à rétablir l'audition libre* ». Le Gouvernement renonce donc clairement à son projet. Le droit au silence en sort renforcé. L'examen du texte en première lecture à l'Assemblée nationale a par ailleurs permis d'introduire un délai de carence, interdisant de débiter les auditions de la personne gardée à vue hors la présence d'un avocat pendant les deux heures suivant le placement en garde à vue.

Le 25 janvier 2011, l'Assemblée nationale adopte²⁹⁶ en première lecture le projet de loi relatif à la garde à vue, profondément amendé par la Commission des lois.

Le Sénat adopte le projet de loi quasiment sans aucune modification, le 8 mars dernier. Seuls quelques amendements²⁹⁷ mineurs ont été adoptés en Commission des lois, qui visent principalement à conforter les droits de la personne gardée à vue et à clarifier les conditions dans lesquelles intervient la mesure privative de liberté. Les sénateurs ont également précisé les modalités d'intervention de l'avocat.

L'objectif affiché est d'éviter une nouvelle navette, pour permettre une entrée en vigueur la plus rapide possible de ces nouvelles dispositions voire même, selon les débats, au 1^{er} juin 2011 au lieu de la date butoir du 1^{er} juillet posée par le Conseil constitutionnel.

L'Assemblée nationale adopte ensuite en Commission le projet de loi, le 30 mars dernier. Après son examen en séance publique pour la deuxième lecture, le texte est définitivement adopté par l'Assemblée le 12 avril 2011.

Voilà consacré le principe de l'assistance de l'avocat dès le début de la privation de liberté et pendant les interrogatoires, à laquelle il n'existe désormais plus de restriction de principe, fondée sur une catégorie d'infractions. On peut encore citer l'introduction, à l'article 63-5 du CPP d'une

294 Motion du Conseil de l'Ordre du 25 janvier 2011. Accessible sur :

<http://www.avocatparis.org/Actualite/Communiqués/Communiqué.aspx?p=20110126092337>

295 « *Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat, sont utilisées pour fonder une condamnation* »

296 Il s'agit d'une adoption large, seuls 32 députés ayant voté contre

297 Les sénateurs ont notamment adopté un amendement du rapporteur François ZOCCHETTO, précisant qu'est « *exceptionnel* » le report de 12 heures de la présence de l'avocat, en cas de « *raisons impérieuses* » (circonstances particulières de l'enquête, bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, prévention d'une atteinte imminente aux personnes)

exigence de dignité : « *La garde à vue doit s'exécuter dans des conditions assurant le respect de la dignité de la personne* ». Ce nouvel impératif conforte indirectement le droit au silence, qui constitue un élément du respect dû à la dignité de la personne.

A peine voté, le texte a généré des polémiques et le premier ministre a annoncé la mise en place d'une mission d'audit et de suivi de la réforme, à la suite d'inquiétudes exprimées par les policiers. A peine voté, le texte sera également appliqué, malgré une entrée en vigueur prévue le 1^{er} juin 2011²⁹⁸.

B) Une mise en œuvre précipitée

Le Parlement a donc adopté définitivement la réforme de la garde à vue, le 12 avril 2011²⁹⁹, par un ultime vote de l'Assemblée. La majorité fut beaucoup moins large qu'en première lecture³⁰⁰. Le texte promulgué comprend vingt-six articles, réunis en deux chapitres. L'entrée en vigueur de la loi nouvelle est prévue le 1^{er} juin, soit un mois avant l'échéance posée par le Conseil constitutionnel. Cette anticipation était toutefois conditionnée à l'absence de saisine du Conseil constitutionnel. On peut s'étonner qu'une telle saisine n'ait pas eu lieu, *a fortiori* au vu du vote serré en deuxième lecture. En tout état de cause, on peut gager que de nombreuses QPC seront déposées, sitôt le texte entré en vigueur.

Heureux hasard ou simple coïncidence de calendrier, le jour de la publication de la loi l'Assemblée plénière de la Cour de cassation devait se prononcer sur le droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue, dans le cadre de quatre affaires relatives au droit des étrangers³⁰¹. La Première Chambre civile de la Cour de cassation était compétente, mais a préféré saisir l'Assemblée plénière, compte tenu d'une divergence entre les juges du fond. La Chambre criminelle en octobre n'avait pas pris cette précaution.

En l'espèce, quatre personnes de nationalité étrangère en situation irrégulière ont été interpellées puis placées en garde à vue. A l'issue de ces gardes à vue, un arrêté de reconduite à la frontière puis une décision de placement en rétention ont été pris à leur encontre. Le préfet ayant saisi le juge des libertés et de la détention d'une demande de prolongation de la rétention, les personnes retenues ont contesté la régularité de la procédure en soutenant qu'elles n'avaient pas bénéficié de l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue et durant leur interrogatoire. Statuant sur l'appel interjeté contre les décisions du juge qui avaient soit ordonné, soit refusé la prolongation de ces mesures de rétention, le premier président de la cour d'appel de Lyon a considéré la procédure régulière, tandis que le Premier Président de la cour d'appel de Rennes a jugé le contraire³⁰².

Les pourvois formés ont amené l'Assemblée plénière à se prononcer sur la régularité de mesures de garde à vue au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, qui consacre le droit à l'assistance effective d'un avocat. Il faut distinguer deux questions : la conventionnalité des

298 L'art. 26 de la loi nouvelle dispose : « *La présente loi entre en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant sa publication au Journal officiel et au plus tard le 1^{er} juillet 2011* »

299 La loi n° 2011-392 relative à la garde à vue fut publiée au Journal officiel du 15 avril 2011

300 294 voix contre 221. Les députés PS qui s'étaient abstenus en 1^{er} lecture ont décidé d'émettre un vote final négatif, tout comme le groupe GDR (communistes, Parti de gauche, Verts)

301 Ass. plén., 15 avril 2011, arrêt n° 589 (10-17.049) ; arrêt n° 590 (10-30.242) ; arrêt n° 591 (10-30.313) ; arrêt n° 592 (10-30.316)

302 Communiqué de la Première présidence relatif aux arrêts 589, 590, 591 et 592 du 15 avril 2011 rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur la régularité de mesures de garde à vue

dispositions régissant la garde à vue et, le cas échéant, l'effet immédiat ou non de cette inconvencionnalité.

Sans surprise, la plus haute formation de la Cour de cassation a confirmé l'inconvencionnalité des dispositions de l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, en indiquant : « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires* »³⁰³.

En revanche, sur la question de l'effet immédiat ou différé de la décision constatant la non-conformité de la législation française aux exigences issues de la Convention européenne, l'Assemblée plénière se distingue de la Chambre criminelle.

Elle déclare nulles les gardes à vue s'étant déroulées sans l'assistance effective d'un avocat, considérant que les États adhérents à la Convention « *sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* ». L'Assemblée plénière répond ici directement à l'argument de la cour d'appel de Lyon, selon lequel : « *les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ne lient que les États directement concernés par les recours sur lesquels elle statue, que ceux invoqués par l'appelante ne concernent pas l'État français* »³⁰⁴. Le Président de la cour d'appel considérait encore que la Convention européenne n'obligeait pas les États signataires à ce que toute « *personne interpellée ne puisse être entendue qu'en présence de son avocat* ».

En censurant la décision ayant admis la régularité de la procédure et en rejetant le pourvoi formé contre les trois autres qui avaient retenu son irrégularité, « *la plus haute formation de la Cour de cassation (...) a décidé une application immédiate* » des droits de la défense garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, écrit la Cour de cassation dans son communiqué. Elle explique encore : « *les droits garantis par la Convention devant être effectifs et concrets, le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable* ». Elle balaie ainsi les deux arguments invoqués par la Chambre criminelle en octobre 2010.

La décision du Conseil constitutionnel n'est donc, du point de vue conventionnel et comme l'on pouvait s'en douter, aucunement un obstacle à l'application immédiate des droits fondamentaux.

Si le Conseil constitutionnel a le pouvoir de renvoyer sa copie au législateur et de différer l'application d'une décision, la Cour de cassation ne peut suspendre l'application de la Convention européenne pour des raisons pratiques. Face à l'anachronisme de la solution dégagée par la Chambre criminelle, l'Assemblée plénière opère un retour à l'orthodoxie.

La Cour de cassation n'a pas davantage suivi l'avis du parquet général. Ce dernier soutenait que l'article 6 de la Convention européenne ne s'appliquait pas au contentieux des étrangers, et que le débat était donc clos.

La Chancellerie et le Ministère de l'Intérieur ont aussitôt donné pour consigne d'exécuter la décision. Plus précisément, une circulaire³⁰⁵ envoyée par le Ministère de la Justice aux

303 La Cour de cassation reprend en cela les 3 arrêts Crim. 19 oct. 2010

304 Sont invoqués par l'appelante les arrêts *Salduz c. Turquie* et *Dayanan c. Turquie*, rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009 par la Cour européenne

305 Circulaire accessible sur : <http://www.scribd.com/doc/53079312/Garde-a-vue-la-circulaire-envoyee-par-le-ministere-de-la-Justice-aux-commissariats>

D'aucuns remarquent que des instructions précises sont arrivées dès 16 heures le jour de la décision, ce qui tend à

commissariats indique que seuls deux points de la réforme, la notification du droit au silence et la présence de l'avocat lors des interrogatoires, sont d'application immédiate³⁰⁶. Concrètement, cela signifie que toutes les procédures dans lesquelles le droit au silence et le droit à l'avocat ne seraient pas respectés tomberont sous le coup de la nullité. L'esprit de la loi sera donc appliqué avant même que celle-ci ne soit effectivement applicable.

Alors que les policiers apparaissent unanimement affligés par cet arrêt, les avocats sont divisés. L'Ordre des avocats de Paris admet dans un communiqué : « *l'application immédiate d'une garde à vue modernisée et plus respectueuse des libertés est à la fois un progrès, dont il faut se féliciter, et une difficulté technique que les barreaux doivent assumer dans l'urgence* »³⁰⁷. Le vice-bâtonnier parisien Me Jean-Yves LE BORGNE s'est toutefois voulu rassurant en déclarant que cette hypothèse avait été anticipée. Après quelques semaines de mise en œuvre, on peut conclure que, dans l'ensemble, le basculement vers le nouveau régime de garde à vue s'est fait sans incident majeur³⁰⁸.

D'autres avocats dénoncent un climat d'improvisation totale. Certains bâtonniers³⁰⁹ vont même jusqu'à demander aux avocats de ne pas appliquer le nouveau régime, arguant notamment du principe de la « séparation des pouvoirs »³¹⁰. Me DI RAIMONDO, bâtonnier des Deux-Sèvres explique : « *on ne peut pas laisser au pouvoir judiciaire le soin de détricoter ce que le pouvoir législatif a tricoté* ». Henri GAINO, conseiller spécial du Président de la République, corrobore : « *S'il ne faut pas parler tout à fait de 'gouvernement des juges', on n'en est parfois pas loin* »³¹¹. La situation est en effet paradoxale : d'un côté, la loi nouvelle n'est pas applicable avant plusieurs semaines, et de l'autre, la décision de la Cour de cassation prescrit une application immédiate.

Toutefois, la critique d'un gouvernement des juges ne semble pas devoir prospérer. Une lecture attentive des arrêts du 15 avril montre en effet que l'Assemblée plénière n'a pas décidé de l'entrée en vigueur anticipée de la loi. Elle n'en a pas le pouvoir et, au moment où ces affaires ont été plaidées, la loi n'était même pas encore votée³¹². La Cour se contente de dire que l'article 6 Conv.EDH s'applique immédiatement au droit national. C'est le Gouvernement qui, face à l'urgence, a donné pour instruction de se référer à la future loi pour avoir un cadre juridique, bien qu'elle ne soit pas encore entrée en vigueur.

Nombre de questions restent néanmoins en suspens. Des avocats tentent par exemple de contester les gardes à vue antérieures à la décision de l'Assemblée plénière. Un avis partagé par l'Union syndicale des magistrats qui mentionne : « *les risques d'annulation qui pèsent désormais sur l'ensemble des gardes à vue, dans les affaires non encore définitivement jugées* ». Autrement dit, tout suspect dans une procédure en cours, qui aurait notamment fait l'objet d'une garde à vue sans être informé de son droit à garder le silence, serait fondé à demander l'annulation des procès-

montrer que l'arrêt de la Cour de cassation n'était pas une surprise totale

306 « *Ainsi, la notification du droit au silence à toute personne placée en garde à vue, ainsi que son droit d'être assistée d'un avocat durant les auditions, est désormais impérative dans les gardes à vue en cours et à venir* »

307 Le communiqué énonce encore : « *On ne peut qu'approuver que la Cour de cassation perçoive aujourd'hui les libertés individuelles comme ne pouvant attendre* »

308 La préfecture de police de Paris a annoncé le 17 avril que les avocats de Paris et de la petite couronne s'étaient déplacés dans environ 20 % des cas pour assister aux interrogatoires de leurs clients

309 Ce fut le cas dans les Deux-Sèvres, à Créteil et à Vannes

310 La question de la rémunération des avocats est également discutée

311 Lors de l'émission *Dimanche* + du 17 avril

312 D'ailleurs, lorsque l'Assemblée plénière casse l'ordonnance au visa de l'art. 6 § 1 Conv.EDH, elle l'affuble de l'art. 63-4 CPP, toujours en vigueur jusqu'à ce que la loi du 14 avril prenne effet

verbaux qui en ont résulté³¹³. On peut y voir un risque d'insécurité juridique, qui reste toutefois limité.

Une autre incertitude concerne la conventionnalité et la constitutionnalité de la loi nouvelle. Selon certains, l'absence d'accès au dossier, de possibilité de poser des questions durant l'interrogatoire ou encore les cas de report de la présence de l'avocat empêchent la loi du 14 avril 2011 de répondre aux impératifs européens³¹⁴.

Ces quelques interrogations montrent que l'entrée en vigueur de la loi ne sera pas une fin en soi. D'autres pans de la procédure pénale méritent d'être remodelés. Le droit au silence n'échappe pas à ce constat. La réforme qui marque sa réintroduction doit s'accompagner de garanties.

Section 2 : Des garanties à apporter

Contre toute attente, la notification du droit au silence n'est pas la panacée. Il a notamment été vu que l'audition libre, excluant toute notification du droit au silence, était implicitement réintroduite par la loi nouvelle. Au sujet de cette « zone grise », Jean-Yves LE BORGNE ironise : « *On aura peut-être fait baisser la statistique mais on n'aura en tout cas pas fait avancer les droits de l'Homme* »³¹⁵.

Des propositions doivent encore être étudiées, pour améliorer l'effectivité du droit de se taire. On songe à un contrôle plus strict des méthodes d'interrogatoire utilisées par les forces de police, grâce à l'enregistrement intégral des auditions de suspects. L'article 64-1³¹⁶ du CPP prévoit aujourd'hui cet enregistrement, mais son champ d'application est limité. Il est réservé aux mineurs et à la matière criminelle³¹⁷. De plus, n'est pas enregistré ce qui précède ou suit l'interrogatoire. Des pressions policières pour obtenir des aveux peuvent alors être exercées.

L'enregistrement audiovisuel ne saurait se substituer à la notification du droit au silence. On ne peut inciter une personne à parler, sous couvert d'enregistrer ce qu'elle dira. Ces deux garanties sont plutôt complémentaires, et visent le même objectif d'un plus grand respect des droits de la défense.

L'information sur le droit de se taire ne peut être considérée isolément. Il faut l'assortir

313 La 23^e chambre du TGI de Paris a ainsi annulé, dès le 15 avril, des procès-verbaux d'interrogatoire de garde à vue, pour défaut d'assistance d'un avocat (pour autant le prévenu fut condamné, le reste de la procédure étant valable). La garde à vue était en l'espèce antérieure à la décision de l'Assemblée plénière

Les premières demandes d'annulation ont été plaidées le 4 mai devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Dans deux affaires de stupéfiants, les CA de Rennes et Bordeaux avaient refusé d'annuler des gardes à vue. L'avocat de la défense a demandé à la Cour une décision qui puisse "*servir de grille, de guide, pour les juridictions du fond*".
Décision le 31 mai

314 Le Tribunal correctionnel de Charleville-Mézières a déjà fait droit, le 21 avril dernier, à une requête en nullité de la garde à vue, l'avocat ayant été privé de l'accès à l'entier dossier

315 Voir note 269

316 Créé par la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 - art. 14 JORF 6 mars 2007 en vigueur le 1er juin 2008

317 L'enregistrement n'est cependant pas applicable pour les crimes les plus graves (art. 706-73 CPP). Faut-il en conclure qu'en matière de crime organisé on accepte que soient menés des interrogatoires qu'il serait délicat d'enregistrer ?

L'enregistrement est également réduit lorsque de nombreux suspects doivent être interrogés simultanément, ou en présence d'une impossibilité technique

d'accessoires indispensables (I). Elle doit particulièrement être mise en perspective avec le droit à l'assistance d'un avocat (II).

I- La notification, condition indispensable mais pas toujours suffisante

Il résulte de l'arrêt *Salduz c. Turquie*³¹⁸ que la seule notification du droit au silence ne suffit pas à garantir que l'intéressé y a renoncé en conscience et intelligence. En d'autres termes, si la notification participe bien à l'effectivité du droit de garder le silence, elle n'en est pas pour autant une condition suffisante³¹⁹. A l'inverse, il est possible d'imaginer un système où le droit au silence resterait purement théorique, quand bien même il serait notifié. C'est notamment le cas si le silence conservé par le suspect est ensuite utilisé comme preuve de sa culpabilité. En définitive, il importe surtout que le droit au silence soit effectif en pratique.

Cette effectivité passe par une notification elle-même efficace (A) et par une nouvelle appréhension du silence par les magistrats (B).

A) Le moment de la notification

Seule une notification efficiente du droit au silence est à même de garantir les droits de la défense. En premier lieu, elle doit être effectuée dans une langue compréhensible par l'intéressé, sous peine d'être inutile. A titre d'exemple, l'article 42 des Règlements de procédure et de preuve du TPIY et du TPIR requiert d'informer le suspect de ses droits dans une langue qu'il parle et comprend.

En droit interne, cette exigence est remplie par l'article 63-1 du Code de procédure pénale. A l'issue de la loi du 14 avril 2011 il dispose : « *Si la personne ne comprend pas le français, ses droits doivent lui être notifiés par un interprète, le cas échéant après qu'un formulaire lui a été remis pour son information immédiate* »³²⁰.

L'article poursuit : « *Mention de l'information donnée en application du présent article est portée au procès-verbal de déroulement de la garde à vue et émargée par la personne gardée à vue. En cas de refus d'émargement, il en est fait mention* ». Il s'agit ici d'une garantie supplémentaire, permettant de s'assurer que le suspect a bien saisi les droits qui lui ont été oralement notifiés, dont celui de garder le silence.

Par ailleurs, le moment même de la notification du droit au silence est crucial.

Dans son avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue³²¹, la CNCDH exige que la notification du droit au silence soit entourée des garanties nécessaires, telles que la notification dès le début de la garde à vue, en même temps que celle des autres droits, avec mention en procédure et émargement de l'intéressé. Selon la Commission, l'inscription du principe dans la loi ne suffit pas et doit s'accompagner de certaines précautions, sous peine de rester lettre morte.

La loi du 15 juin 2000 respectait d'ailleurs cette prescription : « *La personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui*

318 Voir note 203

319 FOURNIE, François. Faut-il garder le silence ? *D.* 2010. p. 1850

320 La version issue de la loi du 9 mars 2004 indiquait : « *Les informations mentionnées au premier alinéa doivent être communiquées à la personne gardée à vue dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits* ». La substance du droit n'est donc pas modifiée

321 Voir note 287

seront posées par les enquêteurs ». La loi nouvelle s'inscrit dans la même logique, en prévoyant que la personne « *est immédiatement informée* » de ses droits, dont celui de conserver le silence. Le droit au silence est par exemple vidé de toute substance s'il n'est notifié qu'une fois que l'interrogatoire a commencé.

En rendant de nouveau obligatoire la notification du droit de garder le silence, la loi du 14 avril 2011 a également permis de fixer le moment de l'énonciation de ce droit (en l'espèce, dès le début de la mesure). Bien que le droit au silence existât en substance auparavant, le moment de son énonciation était libre, puisqu'elle demeurait facultative.

Se pose une question supplémentaire : la notification du droit de se taire doit-elle être répétée avant chaque interrogatoire³²² ? Ce n'est pas la voie empruntée par la loi relative à la garde à vue.

B) Le moment pour un changement des mentalités

Le droit au silence doit désormais être notifié. Mais dans quelle mesure la présomption d'innocence subsiste-t-elle dans l'esprit du juge dès l'instant où le suspect se réfugie dans le silence ? Il serait naïf de se figurer que de la simple promulgation d'une loi, les magistrats développeront une conception inédite des raisons qui poussent l'intéressé à exercer le droit qui lui est reconnu.

Le contexte a bien changé depuis l'époque où l'aveu était considéré comme une preuve à la fois suffisante et indispensable de culpabilité, recelant une salutaire confession de l'âme. Les mentalités doivent aujourd'hui évoluer au regard de l'aveu, et de son antipode, le silence.

Il semble indispensable que les forces de police s'habituent à traiter différemment les personnes retenues. Les mentalités doivent changer, pour intégrer que la garde à vue est déjà un temps du procès judiciaire, et doit pouvoir bénéficier de ses garanties.

La loi du 15 juin 2000 avait en son temps heurté habitudes et conventions. Il n'y a guère d'autre illustration de rejet d'une disposition de procédure pénale, adoptée, modifiée puis abrogée sous la pression des syndicats de policiers, en l'espace de moins de 3 ans, alors même qu'étaient en jeu les droits de la défense.

On peut toutefois espérer qu'une décennie a permis d'affermir les droits de la défense. De l'avis de Philippe GOSSELIN, le droit au silence est désormais « *un principe inscrit dans les mentalités* »³²³.

Or, dans la réalité du débat judiciaire, ses acteurs continuent à faire de l'interrogatoire une formalité essentielle de la procédure, quand bien même la loi n'oblige plus le suspect à s'accuser. Le droit au silence demeure illusoire si, psychologiquement, le refus d'explication acquiert valeur d'aveu ou au moins de volonté de cacher une vérité.

On ne peut nier que l'exercice du droit au silence ne permet pas au prévenu de se présenter très favorablement devant la juridiction de jugement. Il peut toutefois être relaxé si les juges estiment que les preuves rapportées contre lui, hors de toute explication de sa part, sont insuffisantes pour entraîner leur conviction.

Mal vu judiciairement, le droit au silence l'est aussi socialement. Dans la pratique, rares sont les personnes qui choisissent d'user de leur droit de se taire face aux policiers, hormis certains

322 C'est notamment le cas au Royaume-Uni

323 Compte rendu n° 25 de la séance de la Commission des lois de l'Assemblée nationale du 9 décembre 2010

« grands criminels », qui décident d'adopter un mutisme total et qu'il n'est donc pas nécessaire de conseiller à cet égard.

Selon François SAINT-PIERRE, « *cette adhésion collective à l'interrogatoire policier procède certainement d'une soumission contrainte, mais aussi d'un comportement social consenti* »³²⁴. Le refus de répondre au policier est interprété de façon générale comme une attitude rebelle, contraire aux conventions sociales. Les avocats se trouvent souvent confrontés à une situation paradoxale : conseiller à la plupart de leurs clients de s'expliquer plutôt que de se taire. Bien que cette option suspende tout droit de défense durant la garde à vue, elle sera considérée comme judiciairement correcte. Le droit de se taire serait en France davantage une affaire de culture juridique que de technique procédurale.

Il échoit également à l'avocat de rappeler le principe de la présomption d'innocence et de guider ce changement de mentalité. Parmi les divers droits du gardé à vue, celui de l'assistance d'un avocat apparaît étroitement lié avec le droit au silence.

II- Le nécessaire lien avec l'assistance de l'avocat

« *Le droit de garder le silence, comme le droit à un avocat, constituent sans nul doute, et ensemble, l'alpha et l'oméga de la défense* »³²⁵. S'agit-il d'assurer la présence de l'avocat, pour qu'il puisse à son tour garantir le droit au silence ? Ces deux droits sont-ils interchangeable ou bien complémentaires ?

Un parallèle peut être tracé entre ces deux droits fondamentaux : à l'image de l'avocat qui s'est d'abord introduit dans le bureau du juge d'instruction, puis au commissariat, le droit au silence, d'abord reconnu pendant l'instruction, sera demain un droit naturel de la garde à vue. Notons qu'au stade de l'instruction, l'accord pour être interrogé - sortir du silence - ne peut être donné qu'en présence de l'avocat³²⁶. La loi relative à la garde à vue n'est pas allée aussi loin, mais renforce d'un même élan droit au silence et droit à l'avocat.

Comment la Cour européenne conçoit-elle l'interaction entre ces deux garanties (A) ; le législateur français a-t-il emprunté la même voie (B) ?

A) La place de l'avocat selon la Cour européenne des droits de l'homme

Au Royaume-Uni, où prévaut une conception accusatoire de la justice, l'avocat est naturellement partout ; en Allemagne et en Espagne, le droit au silence est combiné avec celui d'être assisté d'un avocat lors des interrogatoires, pour permettre à la personne gardée à vue d'être informée par son conseil.

La Cour européenne confirme ces expériences nationales. Elle a très tôt affirmé le lien entre droit de se taire et droit à l'assistance d'un défenseur.

Dans l'arrêt *Averill c. Royaume-Uni*³²⁷, un suspect est averti qu'il n'a pas l'obligation de répondre aux questions, mais que s'il s'appuie devant le tribunal sur un fait qu'il n'a pas mentionné, ce

324 Voir note 188

325 DEFFERRARD, Fabrice. Voir note 195

326 Art. 116 al. 4 CPP

327 CEDH, 6 juin 2000, *Averill c. Royaume-Uni*. *Journal des droits de l'homme*, supplément aux Annonces de la Seine, 31 juillet 2000. - P. Tavernier, Faut-il réviser l'article 6, CEDH, Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, 707

dernier pourrait considérer cette attitude comme corroborant les éventuelles preuves à charge. La CEDH juge que les termes de cet avertissement placent l'intéressé devant un dilemme quant à la manière de conduire sa défense : parler et risquer subir un préjudice ou garder le silence et risquer, là aussi, de se nuire. L'intéressé s'étant vu refuser l'assistance d'un avocat pendant les vingt-quatre premières heures de sa garde à vue, la CEDH estime que « *dans ces conditions, la notion d'équité exigeait que le requérant se vît accorder le bénéfice de l'assistance par un avocat* ». La Cour montre ici que, si le droit au silence peut subir des restrictions, l'assistance de l'avocat doit en « compenser » les effets.

L'arrêt *Salduz c. Turquie*³²⁸ illustre que le rôle de l'avocat comprend, en tout premier lieu, la garantie du droit au silence : « *dans la plupart des cas, la vulnérabilité particulière dans laquelle se trouve un accusé ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même* »³²⁹. A ce stade, en réalité, il n'est pas question de l'assistance comprenant « la vaste gamme d'interventions qui sont propres aux conseils ». L'avocat doit essentiellement révéler à son client qu'il dispose de la faculté de se taire et que les déclarations qu'il fera pourront être retenues contre lui.

Cette idée est directement reprise dans l'arrêt *Adamkiewicz c. Pologne*³³⁰. La CEDH impose au minimum que le gardé à vue soit informé de l'existence du principe de non-incrimination, de son droit au silence, et de son droit à ne faire aucune déclaration avant de rencontrer un avocat : « *La Cour relève que le premier interrogatoire du requérant par la police, au cours duquel il avait avoué être l'auteur des faits, tout comme ses deux auditions subséquentes par le juge aux affaires familiales, ont été conduits sans que le requérant ait pu s'entretenir au préalable avec son avocat. Ainsi, les autorités sont entrées en possession de ses aveux incriminants avant même que le requérant, censé bénéficier de la présomption d'innocence, ait pu être informé de son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. La Cour observe en effet qu'en l'espèce, il n'apparaît pas que les autorités aient elles-mêmes, avant de l'interroger, informé d'une manière quelconque le requérant de son droit de garder le silence et de consulter un avocat avant toute déclaration* »³³¹. Puisque le suspect n'avait pas eu le loisir de s'entretenir avec un avocat, il n'avait pu être informé de son droit de ne pas s'auto-incriminer. Au surplus, ce droit ne lui avait pas été notifié par les agents de police.

Dans l'arrêt *Brusco c. France*³³², l'atteinte portée au droit de garder le silence tient également au fait que le requérant n'a pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue, « *l'avocat n'a donc été en mesure ni de l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire* »³³³.

Il se dégage de ces décisions que la Cour européenne exige plus strictement la notification du droit au silence lorsque l'assistance de l'avocat fait défaut, ou avant qu'elle n'intervienne. Le droit au silence apparaît ainsi davantage comme une garantie du droit à l'assistance d'un avocat que comme un droit autonome. Au premier plan lorsqu'il permet de pallier l'absence de l'avocat, le droit au silence s'efface en présence d'un défenseur, censé lui-même garantir ce droit. Par conséquent, la notification du droit au silence devient primordiale dans le cadre des régimes

328 Voir note 203

329 § 54 de l'arrêt

330 Voir note 207

331 § 88 de l'arrêt

332 Voir note 209

333 § 54 de l'arrêt

dérogatoires de garde à vue. La présence de l'avocat y est souvent retardée.

A l'inverse, la notification du droit de se taire ne saurait remplacer l'assistance d'un défenseur. La CEDH a ainsi décidé dans l'affaire *Dayanan c. Turquie*³³⁴ que, bien que le suspect ait exercé son droit au silence, l'assistance de l'avocat restait nécessaire, notamment pour conseiller son client.

La loi relative à la garde à vue visait à conformer la procédure pénale française aux exigences européennes, spécialement quant au rôle de l'avocat. Y parvient-elle ?

B) La place de l'avocat selon la loi nouvelle

Le rôle de l'avocat dans le nouveau régime de garde à vue repose sur l'existant. Sont maintenus le principe de l'entretien confidentiel de trente minutes au début de la mesure et de la prolongation, l'information de l'avocat sur la nature et la date présumée de l'infraction.

Le défenseur n'a pas accès à l'intégralité de la procédure, mais seulement au procès-verbal constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, ainsi que les procès-verbaux d'audition³³⁵.

L'innovation majeure réside dans l'assistance aux auditions³³⁶. L'interrogatoire pourra cependant être effectué sans avocat, passé le délai de carence de deux heures ou à la demande du gardé à vue. À l'issue de chaque audition, l'avocat peut présenter des observations écrites, jointes à la procédure³³⁷. Il n'est pas prévu qu'il pose de questions³³⁸.

Par ailleurs, le procureur de la République peut retarder l'accès aux procès-verbaux et la présence de l'avocat aux interrogatoires pendant une durée de douze (voire vingt-quatre) heures, lorsque cette mesure apparaît indispensable, au regard des circonstances particulières de l'enquête.

Bien que la loi ne réserve que des prérogatives restreintes aux avocats lors de la garde à vue, elle marque le commencement d'une ère nouvelle et il semble que celles-ci se développeront inéluctablement.

L'article préliminaire du Code de procédure pénale prévoit désormais qu'une condamnation ne peut reposer sur les seules déclarations effectuées par le suspect, hors de la présence de son avocat³³⁹. Cet ajout constitue pour certains l'article le plus simple, et le plus marquant de la loi. Il réduit considérablement la valeur des aveux obtenus hors de la présence d'un défenseur.

L'avocat, qui sort grandi de cette réforme, pourra au premier chef conseiller à son client de garder le silence. *A fortiori* puisqu'il ne peut préparer la confrontation (comme il en a actuellement la faculté devant le juge d'instruction), faute d'avoir accès à l'entier dossier. Cette « tactique » peut spécialement être utilisée quand l'avocat estime qu'il y a un vrai parti pris de la part des policiers. Il ne faut pas occulter qu'au cours d'une garde à vue, le droit de garder le silence est la seule arme du gardé à vue. S'installe une forme de rapport de force puisque le temps joue pour lui, la garde à vue étant limitée dans le temps.

334 Voir note 304

335 Art. 63-4-1 nouveau CPP

Cette situation ne pourra concerner que l'hypothèse où la personne a déjà été entendue à l'occasion d'auditions libres ou de précédentes mesures de garde à vue pour les mêmes faits

336 Art. 63-4-2 nouveau CPP

337 Art. 63-4-3 nouveau CPP

338 Contrairement à l'article 327-17 du projet de nouveau Code de procédure pénale, qui prévoyait que l'avocat posât des questions

339 Cette adjonction fut directement dictée par l'arrêt *Salduz*. Voir note 295

Le défenseur peut également rappeler à son client qu'il a le droit de ne pas signer les procès-verbaux qu'il n'approuve pas, ce qui participe du droit de ne pas s'auto-incriminer.

Pour certains auteurs³⁴⁰, comme pour la CEDH, l'assistance de l'avocat semble pouvoir pallier l'absence de notification du droit au silence. Il semblerait plutôt que ces deux droits soient complémentaires. Le choix délicat entre parler et se taire requiert l'aide d'un défenseur (exercice du droit), mais il faut en tout état de cause que le suspect soit informé de ce droit dès le début de la mesure (notification). D'autant plus qu'il n'existe aucune obligation à la charge de l'avocat de notifier à son client son droit de se taire.

François SAINT-PIERRE³⁴¹ considère quant à lui que le droit de se taire constitue la condition *sine qua non* de l'exercice plein et entier du droit d'assistance et de conseil par un avocat. Il suggère que si le suspect est déjà passé aux aveux, ou pressé de le faire, l'assistance de l'avocat devient sans effet.

A l'inverse, le droit au silence ne semble être effectif que s'il s'accompagne de l'assistance d'un conseil. Il est inopportun pour l'intéressé de se taire si personne ne pourra assurer sa défense à sa place.

Grâce à la loi nouvelle, la personne gardée à vue se voit immédiatement notifié son droit de garder le silence et peut ainsi refuser de s'exprimer jusqu'à ce qu'un avocat arrive, pour « prendre le relai ». Il s'agit alors d'un droit au silence « dans l'attente de l'assistance d'un l'avocat ».

L'avocat pourra aussi jouer un rôle complémentaire de celui des OPJ, la loi nouvelle mettant fin au face-à-face parfois agressif entre policiers et gardés à vue³⁴². Il peut permettre d'éviter des réflexes de fermeture et de mensonge, en confirmant que l'affaire est peu grave et que reconnaître les faits est la meilleure solution.

Néanmoins, le rôle de l'avocat tel qu'il résulte de la loi du 14 avril 2011 semble en deçà des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. De ce point de vue, le texte actuel n'est sans doute pas à l'abri d'une censure.

L'avocat demeure un spectateur passif dont la présence donnera une force supplémentaire aux éventuels aveux passés lors des interrogatoires et rendra plus difficile une contestation ultérieure de ceux-ci. La présence de l'avocat peut donc s'avérer dans certains cas défavorable au suspect.

De plus, si le conseil assiste son client lors de ses auditions, il n'est pas associé à l'intégralité des actes de police judiciaire qui le concernent. Il n'est pas davantage prévu qu'il demande l'accomplissement d'actes. La CNCDH confirme cette critique, en regrettant que l'assistance de l'avocat soit entendue comme une simple présence³⁴³.

Le bâtonnier des avocats de Paris a communiqué une lettre à ses confrères dès le 18 avril, soulignant que « *la référence européenne à l'assistance effective d'un avocat paraît beaucoup plus large que celle que permet la loi du 14 avril 2011* ». Il enjoint ainsi les avocats, après avoir vérifié la notification au suspect de son droit au silence, à demander l'accès au dossier, la présence aux perquisitions ou encore à exercer leur droit de poser des questions à l'issue de chaque acte de procédure, en exigeant en cas de refus qu'elles soient actées au dossier.

340 Pour Charlotte GIRARD, « *il est sensible que le système pénal français ne fasse pas de distinction entre le droit au silence qui n'est prévu nulle part en ce qui concerne la garde à vue et le droit à l'assistance d'un avocat* ». voir note 17. p.135

341 Voir note 188

342 Me Eolas va même jusqu'à soutenir que « *la réforme de la garde à vue simplifiera le travail des enquêteurs* »

343 Voir note 287

Un accès plus large au dossier permettrait notamment à l'avocat de conseiller à son client de conserver ou non le silence en connaissance de cause. A défaut, il est aujourd'hui incité à recommander de se taire dans la majeure partie des cas, ce qui semble éloigner le droit au silence de son rôle originel.

Conclusion

Le temps de l'écriture a permis au vœu exprimé en introduction, d'une réintroduction du droit au silence, de se réaliser. La procédure pénale française est maintenant au diapason du Pacte international sur les droits civils et politiques et des prescriptions de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'instar de nombreux États européens. Il faut noter qu'au delà des textes et des modèles, ce sont surtout les juges, européen comme interne, qui ont incité à cette évolution.

Garantie essentielle du droit à un procès équitable, le droit au silence fait cependant l'objet de diverses dérogations, qui en rendent les contours assez flous. Sa réception dans les pays de tradition romano-germanique, telle la France, demeure parfois délicate, du fait de la crainte de paralyser la recherche de la vérité. D'une certaine façon, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination illustre le fait qu'en procédure pénale l'acculturation se heurte, aujourd'hui encore, à certaines limites. Le « right to silence », d'essence anglo-saxonne, aurait-il été transposé dans un système inapte à le mettre véritablement en œuvre ? Il apparaît en tout cas indispensable de renouer avec la réforme plus globale de la procédure pénale ayant été engagée³⁴⁴. C'est tout l'esprit de la procédure pénale française qui doit être révisé, à l'aune de l'harmonisation européenne.

Le droit au silence se heurte également à une « dictature contemporaine de la transparence ». Le secret professionnel, le secret de l'instruction ou encore le secret des sources s'opposent aussi à cette tendance lourde. Guy CARCASSONNE souligne : « *Au siècle de la communication et de la transparence il n'est pas surprenant que toute référence au secret [et donc au silence] soit critiquée, combattue, vilipendée* »³⁴⁵.

On observe, y compris en droit anglo-saxon, des obstacles à l'épanouissement du droit au silence. Ainsi le « *plea bargaining* »³⁴⁶, qui consacre la promotion de l'aveu et l'inscrit dans une logique de négociation, semble mettre à mal le droit au silence. Le suspect conservant le silence se voit en effet appliquer une peine plus sévère.

La mort récente de Ben Laden en fournit un autre exemple. L'information décisive qui a permis de remonter jusqu'à lui fut fournie par Khalid Sheikh Mohammed, qui a subi 183 fois la pratique du « waterboarding »³⁴⁷. Si pour certains, et spécialement en matière de terrorisme, la fin semble justifier les moyens, il est indéniable que de telles pratiques portent frontalement atteinte à l'interdiction de la torture et au droit de garder le silence.

344 M. DELMAS-MARTY dénonçait déjà en 1990 les effets pervers des réformes partielles de la procédure pénale, ajoutant des règles qui n'ont été que trop rarement accompagnées des moyens adéquats et d'une réflexion d'ensemble sur la cohérence du système pénal : « *Ce rapiécage, parfois même ce bégaiement législatif, paraît irréaliste et néfaste* » écrivait-elle dans le Rapport de la Commission justice pénale et droits de l'Homme

345 CARCASSONNE, Guy. Le trouble de la transparence, *in* Transparence et secret. *Pouvoirs* 1997. p. 17

346 Qui a inspiré la procédure française de Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), bien que des différences majeures continuent de les distinguer

347 Forme de simulation de noyade

L'évolution du droit de se taire semble donc s'inscrire dans le phénomène d'uniformisation de la procédure pénale, pas toujours linéaire, voire parfois très chaotique, qui transcende la distinction classique entre les systèmes accusatoire et inquisitoire.

Uniformisation chaotique comme l'illustre la toute fraîche loi du 14 avril 2011. Plutôt que de saisir l'opportunité d'une révision de la garde à vue, le législateur semble avoir opté dans l'urgence pour une réforme *a minima*. La procédure pénale française continue à mettre en balance libertés individuelles et efficacité de l'enquête, comme s'il s'agissait de notions de valeur équivalente. Or il faudra un jour choisir entre la fin et les moyens. Pour que droit à l'avocat et droit au silence s'épanouissent pleinement, et que l'on puisse dire, avec Confucius que « *le silence est un ami qui ne trahit jamais* ».

Bibliographie

I- Ouvrages

- Ouvrages généraux :
 - BOULOC, Bernard. *Procédure pénale*. 22^e éd. Précis Dalloz, 2010
 - CORNU, Gérard [sous la direction de]. *Vocabulaire juridique*. PUF, 8^e éd., 2007
 - DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUER Laurence. *Traité de procédure pénale*. Ed. Economica, 2009
 - FRANCHIMONT, Michel, JACOBS, Ann et MASSET, Adrien. *Manuel de procédure pénale*. 2^e éd. Larcier, 2006. (Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège)
 - GUINCHARD, Serge, BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*. 6^e éd. Litec, 2010
 - LARGUIER, Jean, CONTE, Philippe. *Procédure pénale*. Memento Dalloz. 22^e éd., 2010
 - MERLE, Roger, VITU, André. *Traité de droit criminel*. Procédure pénale, 5^e éd., t. II, Paris, Cujas, 2001
 - PRADEL, Jean. *Procédure pénale*. 15^e éd. Cujas, 2010
- Ouvrages spéciaux & thèses :
 - ARON, Matthieu. *Gardés à vue*. Les Arènes, 2010. 280 p.
 - BOULOC Bernard, de BECO Réginald, LEGROS Pierre. *Le droit au silence et la détention provisoire*. Brylant, 1997. 136 p. (Coll. Droit et justice)
 - DEFFERRARD, Fabrice. *Le suspect dans le procès pénal*. LGDJ, 2005. 297 p
 - GIRARD, Charlotte. *Culpabilité et silence en droit comparé*. L'Harmattan, 1997. 222 p (Coll. logiques juridiques)
 - HALTON, Herbert. *Étude sur la procédure criminelle en Angleterre et en France*, Thèse, Paris, 1898
 - LE BORGNE, Jean-Yves. *La garde à vue, un résidu de barbarie*. Ed. du Cherche-midi, 2011. 225 p
 - PETTITI, Louis-Edmond. *Droit au silence*. Documentação e Direito Comparado, n° 75/76, 1998
 - SAINT-PIERRE, François. *Le guide de la défense pénale*. 4^e éd. Dalloz, 2005
 - TULKENS, Françoise. L'encadrement du procès pénal par la Cour européenne des droits de l'homme, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz-Sirey, 2006. p. 151

II- Articles de doctrine

- AMBROISE-CASTEROT, Coralie. Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité. *AJ pénal* 2005, p. 261
- BACHELET, Olivier. L'inconventionnalité de la garde à vue : le quai de l'Horloge frappé par le syndrome du lac. *Gaz. Pal.* 2010 n° 290 à 292
- BACHELET, Olivier. Avocat et garde à vue : le voyage dans le temps. *Gaz. Pal.* 2011. n° 107 à 109. p. 10
- BOCCARA, Eve. Avocats et Chancellerie, fin de la lune miel. *Gaz. Pal.* 2010. n° 290 à 292, p. 8
- BOUGAIN, Michel. Garde à vue : piqûre de rappel de la CEDH. *Gaz. Pal.* 2010. n° 290 à 292. p.18
- CALVO-GOLLER, Karin. Aperçu de la procédure de la Cour pénale internationale de l'ouverture d'une enquête à la confirmation des charges. *AJ pénal* 2011, p. 23
- CARBONNIER, Jean. Le silence et la gloire. *D.* 1951. Chron. p. 119
- CARCASSONNE, Guy. Le trouble de la transparence, in *Transparence et secret*. *Pouvoirs* 1997, p. 17
- CHALUS, Delphine. *La dialectique « aveu – droit au silence » dans la manifestation de la vérité*

- judiciaire en droit pénal comparé.* (2009) 43 *R.J.T.* 321
- COSTE, Jean-Louis. Statut de la parole et présomption d'innocence. *AJ pénal* 2004, p. 402
 - DULONG, Renaud. *Le silence comme aveu et le « droit au silence ».* *Langage et société* n° 92, juin 2000
 - FOURNIE, François. Faut-il garder le silence ? *D.* 2010, p. 1850
 - GIUDICELLI, André. Garde à vue : vagues du fond avant la réforme. *RSC* 2010, p. 183
 - GUERIN, Didier. Flexibilité du droit européen : arrêts Brusco c. France et Gäfgen c. Allemagne . *D.* 2010, p. 2850
 - HOUILLON, Philippe. La garde à vue in *Magazine du Conseil National des Barreaux « Avocats et droit* n° 36 – Décembre 2010/ Janvier Février 2011 », note 87
 - LASSERRE-CAPDEVILLE, Jérôme. Le délit d'opposition à l'exercice des fonctions d'enquêteurs des agents de la DGCCRF ne porte pas atteinte au droit au silence. *AJ pénal* 2009, p. 226
 - LECLERC, Henri. Les limites de la liberté de la preuve - Aspects actuels en France. *RSC* 1992, p. 26
 - MARGUENAUD, Jean-Pierre. L'influence relative de l'utilisation de preuves obtenues par un traitement contraire à l'article 3 sur l'équité d'un procès pénal. *RSC* 2010, p. 678
 - MARON, Albert, HAAS, Marion. Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose. *Dr. pén.* 2010, comm. 10
 - MARON, Albert, HAAS, Marion. Du bon usage des moyens inopérants. *Dr. pén.* 2011, comm. 27
 - MAYAUD, Yves. La garde à vue « à la française » aux oubliettes ? *D.* 2010, p. 2696
 - MIKOWSKI, Alain. La garde à vue in *Magazine du Conseil National des Barreaux « Avocats et droit* n° 36 – Décembre 2010/ Janvier Février 2011 », p. 25
 - MULLER, Yvonne. La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française. *Dr. pén.* 2011, étude 2
 - NIORE, Vincent. De l'effet immédiat de l'annulation des procès-verbaux de garde à vue. *Le Bulletin du Barreau de Paris* n° 41, p. 539
 - PANNIER, Jean. La condamnation d'une personne pour refus de communication de documents en matière de réglementation des changes est-elle conforme à la Convention européenne des droits de l'homme ? *D.* 1993, p. 457
 - PRADEL, Jean. Vers une métamorphose de la garde à vue après la « décision pilote » du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010. *D.* 2010, p. 2783
 - RENUCCI, Jean-François. Délit d'obstacle à fonctions et droit au silence. *RSC* 2009, p. 923
 - ROETS, Damien. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *AJ pénal* 2008, p. 119
 - ROME, Félix. Garde à vue à la française : c'est la chute finale ! *D.* 2010, p. 2425
 - SUDRE, Frédéric. Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable, *J.-Cl. Europe*, fasc. 6526, n° 158
 - VLAMYNCK, Hervé. Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue. *AJ pénal* 2010, p.474

III – Documents de travail

- Lois :
 - L. n° 80-460 du 25 juin 1980 *autorisant l'adhésion de la République française au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, JORF du 26 juin 1980 p. 1569
 - L. n° 93-2 du 4 janvier 1993 *portant réforme de la procédure pénale*
 - L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*
 - Loi n°2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la*

protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

- L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure*
- L. constit. n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la V^e République* (entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010)
- L. n° 2011-392 du 14 avril 2011 *relative à la garde à vue*, JORF du 15 avril 2011

- Circulaires :
 - Circulaire du 4 décembre 2000 sur « *la présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire* », n° Crim-00-13/F1 – 04.12.00, SDPGI n° 1477-11-A, p. 21
 - Circulaire du 10 janvier 2002 relative à « *l'application des dispositions relatives à la garde à vue résultant de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* », n° Crim-02-01/E8 – 10.01.02, SDPGI n° 01DP47, p. 10.
 - Circulaires de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 30 juillet 2010 (Circ. crim-PJ n° 10-871-H11) et du 4 novembre 2011 (Circ. crim-PJ n° 09-519-H11)

- Travaux divers :
 - Règlement de procédure et de preuve du TPIY, adopté le 11 fév. 1994
 - Statut de Rome de la CPI, 17 juill. 1998 (entré en vigueur le 1^{er} juill. 2002)
 - Règlement de procédure et de preuve de la CPI, adopté par l'Assemblée des États Parties à New York, 3-10 septembre 2002 (ICC-ASP/1/3)
 - La garde à vue. Les documents de travail du Sénat : Série législation comparée. N° LC 204. Décembre 2009
 - Débats AN, 2^e séance du 24 mars 1999, J.O. 25 mars 1999, p. 2809
 - Projet de loi AN n° 2855, 13 oct. 2010
 - Avis de l'avocat général BOCCON-GIBOD du 11 mai 2010 sur la QPC n° J 10 90 047

- Droit étranger :
 - (*Royaume-Uni*) Code of practice C : Code de bonnes pratiques pour la détention, le traitement et l'interrogatoire des personnes par les officiers de police
 - Criminal justice and Public Order Act 1994
 - (*Etats-Unis*) Constitution

IV- Webographie

- Conseil supérieur de la magistrature, Rapport annuel d'activité 2007, « Les français et leur justice » : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/>
- Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale (Léger) : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf
- Rapport n° 3040 fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3040.asp>
- Table ronde du 17 novembre 2010, organisée par la Commission des lois, sur les jurisprudences relatives à la garde à vue :

- <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-cloi/10-11/c1011016.asp>
- Comité des droits de l'homme :
<http://www2.ohchr.org/french/bodies/hrc/>
- Avis de la CNCDH sur le projet de loi relatif à la garde à vue :
http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/11.01.06_Avis_Garde_a_vue.pdf
- Circulaire du Ministère de la Justice du 15 avril 2011 :
<http://www.scribd.com/doc/53079312/Garde-a-vue-la-circulaire-envoyee-par-le-ministere-de-la-Justice-aux-commissariats>
- Conclusions type, Conférence des avocats du Barreau de Paris :
<http://laconference.typepad.fr/conf2/2009/12/garde-%C3%A0-vue-conclusions-de-nullit-%C3%A9.html#more>

V- Film

- *Délits flagrants*, documentaire de Raymond Depardon (1994), sur l'itinéraire procédural des personnes arrêtées en flagrant délit par la police, de leur arrivée au dépôt jusqu'à l'entretien avec l'avocat

V- Jurisprudence

- Jurisprudence européenne (arrêts principaux) :
 - CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*. Requête n°10588/83. Série A n° 256-A. D. 1993 p 457 obs. J. Pannier
 - CEDH, Gr. ch., 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*. Rec. 1996-I. RSC 1997 p. 476 obs. Koering-Joulin
 - CEDH, Gr. ch., 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*. Rec. 1996-VI. RSC 1997 p. 478 obs. Koering-Joulin
 - CEDH, 20 octobre 1997, *Serves c. France*. Requête 82/1996/671/893. JCP 1998, I, 107, n° 23, obs. Sudre
 - CEDH, 2 mai 2000, *Condron c. Royaume-Uni*, Requête n° 35718/97
 - CEDH, 6 juin 2000, *Averill c. Royaume-Uni*, Requête n° 36408/97
 - CEDH, 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*. Rec.2001-III. JCP 2001, I, 342, n° 13, obs. Sudre
 - CEDH, 8 octobre 2002, *Beckles c. Royaume-Uni*, Requête n° 44652/98. *Journal des droits de l'homme*, supplément au n° 79 des *Annonces de la Seine*, p. 14, note Favreau
 - CEDH, Gr. ch., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, Requête n° 54810/00
 - CEDH, 17 janvier 2007, *Göçmen c. Turquie*, Requête n° 72000/01
 - CEDH, Gr. ch., 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*. *Dr. pén.* 2008, Chron. 3, obs. Dreyer
 - CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*. Requête n° 36391/02
 - CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*. Requête n° 54729/00
 - CEDH, Gr. ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*. Requête n° 3394/03. *ADL* du 29 mars 2010
 - CEDH, Gr. ch., 1er juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, Requête n° 22978/05
 - CEDH, 5e Sect. 14 octobre 2010, *Brusco c. France*. Requête n° 1466/07
- Jurisprudence de l'Union européenne :
 - CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem*. Rec. 1989-9, p. 3343. aff. C-374/87, *Rec. C.J.C.E.*, p.3283 ; D.1990,

somm. 113, obs. C. Gavalda

- Jurisprudence américaine :
 - *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

- Jurisprudence interne :
 - Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010
 - Crim.19 octobre 2010 n° 5699 (10-82.902) ; n° 5700 (10-82.306) ; n° 5701 (10-85.051)
 - Crim. 4 janv. 2011, n° 10-85.520. *Dr. pén.* 2011, comm. N°27, obs. A. Maron et M. Haas
 - Ass. plén., 15 avril 2011, arrêt n° 589 (10-17.049) ; arrêt n° 590 (10-30.242) ; arrêt n° 591 (10-30.313) ; Arrêt n° 592 (10-30.316)

Table des matières

Introduction.....	1
-------------------	---

Partie 1 : Le droit au silence, composante essentielle du procès équitable.....	9
--	----------

Chapitre 1 : Un droit affirmé avec force.....	10
---	----

Section 1 : La reconnaissance par les textes nationaux et internationaux.....	10
---	----

I - Une consécration nationale partagée.....	10
--	----

A) La référence anglo-saxonne	10
-------------------------------------	----

1) Le Royaume-Uni.....	11
------------------------	----

2) Les États-Unis.....	12
------------------------	----

B) L'expérience européenne	13
----------------------------------	----

1) L'exemple des États.....	13
-----------------------------	----

2) La synthèse de l'Union européenne.....	14
---	----

II- Une reconnaissance internationale affirmée.....	16
---	----

A) La place ménagée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.....	16
---	----

B) La reconnaissance par d'autres institutions internationales	17
--	----

1) Le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies.....	17
---	----

2) Les tribunaux pénaux internationaux.....	19
---	----

Section 2 : Un droit au cœur de la notion de procès équitable	21
---	----

I- Les arrêts « fondateurs » de la Cour européenne des droits de l'homme.....	21
---	----

A) L'arrêt <i>Funke</i> , première pierre de l'édifice	22
--	----

B) L'arrêt <i>Murray</i> , clé de voûte de l'édifice	24
--	----

C) L'arrêt <i>Saunders</i> , contrefort de l'édifice.....	26
---	----

II- Les implications du droit reconnu par la CEDH.....	28
--	----

A) L'exclusion du recours à des pouvoirs coercitifs.....	29
--	----

B) L'interdiction des condamnations fondées essentiellement sur le silence.....	32
---	----

Chapitre 2 : Un droit conservant néanmoins des contours flous.....	35
--	----

Section 1: L'admission conditionnelle de l'usage de moyens de coercition	35
--	----

I- Des données existant en dehors de la volonté du suspect.....	36
---	----

A) La possibilité concédée de recourir à la coercition	36
--	----

B) Le délit d'obstacle à fonctions	37
--	----

II- Le refus du silence dans certains cas.....	39
--	----

A) Les éléments d'identification	39
--	----

B) Le statut de témoin	41
Section 2 : La possibilité encadrée de tirer des conséquences du silence	43
I- Les situations appelant des explications.....	44
A) La reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme	44
B) Une délimitation délicate	45
II – Une faculté appelant un contrôle.....	46
A) Le contrôle effectué directement par le juge.....	46
B) Le contrôle marginal de la Cour européenne des droits de l'homme	46
Partie 2 : Le droit au silence, garantie indispensable de la procédure pénale française	49
Chapitre 1: Quand les juges montrent la voie.....	50
Section 1: La fermeté de la Cour européenne des droits de l'homme	50
I- L'arrêt Brusco contre France.....	50
A) La question préalable de l'applicabilité des droits conventionnels.....	50
B) Une remarque incidente à l'importance majeure.....	52
II- Les incidences de l'arrêt Brusco.....	53
A) Des retombées minimales sur l'espèce.....	53
B) Des retombées majeures sur la réforme.....	55
Section 2: L'ambivalence des juridictions internes.....	55
I- La prise de position des Hautes juridictions.....	56
A) La décision du Conseil constitutionnel	56
B) L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation	59
II- L'audace des juges du fond.....	61
A) Les annulations immédiates de gardes à vue.....	61
B) Un soutien masqué de la Cour de cassation ?	64
Chapitre 2 : Quand le législateur l'entend : une réforme en marche	66
Section 1: Les différents projets	66
I- De l'avant-projet de réforme du Code au projet de loi relatif à la garde à vue	67
A) L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale	67
B) Le projet de loi relatif à la garde à vue	68
II – Une mise en place éclair.....	70
A) L'adoption du texte amendé	70
B) Une mise en œuvre précipitée	73

Section 2 : Des garanties à apporter.....	76
I- La notification, condition indispensable mais pas toujours suffisante.....	77
A) Le moment de la notification	77
B) Le moment pour un changement des mentalités.....	78
II- Le nécessaire lien avec l'assistance de l'avocat.....	79
A) La place de l'avocat selon la Cour européenne des droits de l'homme	79
B) La place de l'avocat selon la loi nouvelle	81
Conclusion.....	84