



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

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

Le contrôle de la garde à vue

Olivia Berthet Pawlotsky

Sous la direction de Didier Rebut

UNIVERSITE DE PARIS-II (PANTHEON-ASSAS)

Droit – Economie – Sciences sociales

LE CONTROLE DE LA GARDE A VUE

Mémoire pour le Master 2 droit pénal et sciences pénales,

présenté par Olivia Berthet Pawlotsky

Année universitaire 2010 – 2011

Sous la direction de Monsieur Didier Rebut

Remerciements

Un grand merci à mon directeur de mémoire, Monsieur Didier Rebut, pour ce sujet passionnant et d'actualité, ainsi que pour ses précieux conseils et la grande autonomie accordée pour la rédaction de mon mémoire.

Tableau des abréviations

Actualité juridique Pénal	AJ Pénal
Alinéa	al.
Ancien	anc.
Article	art.
Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles	Bull. civ.
Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres criminelle	Bull. crim.
Chambre civile de la Cour de Cassation	Civ.
Chambre criminelle de la Cour de Cassation	Crim.
Circulaire	Circ.
Code pénal	C. pén.
Code de procédure pénale	C. pr . pén.
Comité européen pour la prévention de la torture	CPT
Commentaire	comm.
Commission européenne des droits de l'homme	Comm. EDH
Commission nationale de déontologie de la sécurité	CNDS
Conseil Constitutionnel	Cons. Const.
Contre	c/
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	Conv. EDH
Cour de Cassation	Cass.
Cour européenne des droits de l'homme	CEDH
Décision	déc.
Dernier	dern.
Journal officiel	JO
Jurisqueuse	Jcl
Numéro	n°

Page	p.
Précité	préc.
Question prioritaire de constitutionnalité	QPC
Recueil Dalloz	D.
Revue de droit pénal	Dr. Pén
Revue générale des procédures	RGDP
Revue pénitentiaire et de droit pénal	RPDP
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé	RSC

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LE CONTRÔLE DE LA MESURE DE GARDE À VUE PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

CHAPITRE 1 : La légitimité du contrôle assuré par le procureur de la République et le juge d'Instructions

CHAPITRE 2 : L'effectivité du contrôle à posteriori de la garde à vue par le juge de l'annulation

PARTIE 2 : LES DROITS GARANTIS À LA PERSONNE PLACÉE EN GARDE À VUE

CHAPITRE 1 : Les garanties tenant aux droits de la défense

CHAPITRE 2 : Les garanties tenant au respect de la dignité humaine et à la prohibition des atteintes à l'intégrité physique et psychique du gardé à vue

« Une telle atteinte à la liberté est en elle-même et à elle seule, suffisamment grave pour que l'organisation d'un contrôle de l'activité policière s'impose comme une nécessité fondamentale. Car si la détention d'un suspect, fût-elle de courte durée, est irrégulière, c'est l'ordre public qui est en jeu, et il appartient, par vocation traditionnelle, aux autorités judiciaires de protéger les citoyens contre les violations de leurs libertés publiques. Cette évidence est d'ailleurs solennellement rappelée à l'article 66 de la Constitution française : « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, assure le respect des principes dans les conditions prévues par la loi ». »¹.

¹ Roger Merle, « le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue », dans *Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel*, XII Journées Franco-Belgo-Luxembourgeoises de droit pénal, Presses universitaires de France 1971, p.155-164, préc. p. 158.

INTRODUCTION

« C'est un instant de l'enquête, un moment policier, l'heure d'un simple soupçon – celui de la garde à vue – qui mobilise aujourd'hui les plus hautes juridictions, unanimes pour condamner, non le principe mais le régime de la garde à vue tel que régi par le Code de procédure pénale »².

En vertu de l'article 62-2 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 14 avril 2011³, « la garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs ».

En tant que mesure privative de liberté, la garde à vue se distingue de la détention provisoire qui est une mesure d'instruction décidée par un juge et s'exécutant dans une maison d'arrêt. Elle doit également être différenciée de la rétention douanière prévue par l'article 323 du Code des douanes. Si la retenue douanière est proche d'une garde à vue, les deux procédures ne se confondent pas : la durée de la première s'impute sur celle de la seconde si elles sont consécutives mais ce sont bien deux procédures distinctes. Saisi le 29 juin 2010 par la Cour de Cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés constitutionnelles des dispositions régissant les retenues douanières, le Conseil Constitutionnel censure les dispositions de l'article 323. Il invoque les mêmes raisons que lors de la censure des dispositions régissant la garde à vue : l'absence d'assistance effective d'un avocat et de notification de son droit de garder le silence, autant de manquements qui violent les droits de la défense. Ainsi tant la question de la retenue douanière que celle de la garde à vue sont au cœur de l'actualité juridique. Néanmoins, l'objet de ce mémoire sera exclusivement consacré à la garde à vue. Ce choix est notamment justifié par le fait que cette mesure est au centre de tous les débats, attise de nombreuses critiques et fait couler beaucoup d'encre.

Ordonnée pour les besoins de l'enquête, la garde à vue permet de garder à la disposition des enquêteurs, au sein des locaux de la police ou de la gendarmerie, la personne sur laquelle pèsent les soupçons en s'assurant de sa présence par la privation de sa liberté d'aller et venir pendant une brève durée. Cette mesure peut avoir lieu en enquête de flagrance, en enquête

² Yvonne Muller, la réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française, Dr. pén. février 2011 n° 2, p. 6-11.

³ Loi n° 2011-392, JO 15 avril 2011.

préliminaire (art. 77 du C. pr. pén.) mais également pour l'exécution des commissions rogatoires (art. 154 du C. pr. pén.). Dans tous les cas, elle n'est désormais possible que pour des motifs énoncés dans l'article 62-2, tel que modifié par la loi de 2011. En outre, la garde à vue des mineurs fait l'objet de dispositions particulières, lesquelles sont plus protectrices en raison de leur vulnérabilité. Leur situation est régie par l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante⁴ dont l'article 4 énoncera, au 1^{er} juin 2011, que « le mineur de treize ans ne peut être placé en garde à vue. Toutefois, à titre exceptionnel, le mineur de dix à treize ans contre lequel il existe des indices graves ou concordants laissant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement peut, pour l'un des motifs prévus par l'article 62-2 du code de procédure pénale, être retenu à la disposition d'un officier de police judiciaire avec l'accord préalable et sous le contrôle d'un magistrat du ministère public ou d'un juge d'instruction spécialisés dans la protection de l'enfance ou d'un juge des enfants, pour une durée que ce magistrat détermine et qui ne saurait excéder douze heures ». Ainsi sous certaines circonstances, les mineurs de dix à treize ans peuvent faire l'objet d'une retenue. Le mineur de 13 à 16 ans peut être placé en garde à vue pour une durée initiale de 24 heures, s'il existe des indices faisant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction. En revanche, le régime des mineurs de seize à dix-huit ans tend à se rapprocher du régime applicable aux majeurs notamment en matière de prolongation de la garde à vue.

D'un point de vue terminologique, le contrôle se caractérise par « tout examen, pour surveiller ou vérifier » ou encore « une vérification d'actes, de droits, de documents » (Le Petit Robert). Ainsi, dans un sens premier, le terme « contrôle » signifie une vérification, une surveillance attentive. Selon une seconde acception, le contrôle est synonyme de maîtrise, du fait de garder la commande sur quelque chose. Appliquée à la garde à vue, la notion de « contrôle » passe essentiellement par un encadrement juridique étroit de la mesure. Cet encadrement doit être déterminé par la loi afin de circonscrire les pouvoirs de police judiciaire.

Historiquement, la garde à vue n'était pas prévue par le Code d'instruction criminelle de 1808. Néanmoins, dans les faits, cette mesure constituait une pratique courante. N'étant soumise à aucune réglementation, la garde à vue se révélait être une zone de « non-droit ». C'est pourquoi, en 1959, le choix fût fait de la légaliser en la consacrant dans le Code de procédure pénale. En choisissant de maintenir cette mesure plutôt que de l'ignorer, le Code l'a assorti d'un certain nombre d'exigences. De sa consécration légale à aujourd'hui, l'institution n'a cessé d'être modifiée, le plus souvent dans le sens de la sauvegarde des droits des individus. La loi du 4 janvier 1993 constitue une réforme importante dans le domaine du contrôle de la garde à vue. Sont instaurés des droits, qui, sur le fond, ne seront jamais remis en cause. À titre d'exemple, c'est la loi de 1993 qui marque l'entrée de l'avocat en garde à vue, et souligne la fonction de contrôle du procureur de la République. Jusqu'en 1993, la police judiciaire était autorisée à garder toute personne utile à l'enquête, c'est-à-dire que cette mesure

⁴ Ordonnance n°45-174.

de contrainte concernait aussi bien les témoins que les suspects. Mais les critiques émanant de la Cour européenne des droits de l'homme, qui prohibe toute privation de liberté d'une personne non suspectée, ont conduit le législateur à encadrer plus strictement le domaine personnel de la garde à vue, pour le limiter aux seuls suspects. Deux observations majeures en découlent : l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la réglementation de la garde à vue française ; et l'importance d'un encadrement légal de la mesure, afin d'en contrôler la mise en œuvre. La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 est venue renforcer les droits de la personne : elle supprime toutes les possibilités de placement en garde à vue du témoin et impose l'intervention de l'avocat dès la première heure de garde à vue. Enfin, l'article 14 de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, impose l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires au cours de certaines gardes à vue. Autant de lois tendant à concilier sauvegarde des droits et impératif de recherche des auteurs d'infractions ainsi que maintien de l'ordre public.

On le voit, le contrôle de la garde à vue et la sauvegarde des garanties ont toujours été au centre des débats, mais depuis plusieurs mois cette question essentielle est au cœur de toutes les préoccupations, et échauffe largement les esprits. Avocats, policiers, magistrats, journalistes, partisans de tous points de vue s'affrontent dans un véritable combat argumentaire. Utilisant la nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, les avocats ont porté des juges du fond au Conseil Constitutionnel les dispositions relatives à la garde à vue. Par une décision du 30 juillet 2010⁵, les sages de la rue de Montpensier ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de procéder à un nouvel examen de conformité à la Constitution des dispositions applicables en matière de criminalité et de délinquance organisées, puisqu'il n'y avait pas de changement de circonstances depuis sa décision du 2 mars 2004⁶, les déclarant conformes. En revanche, le régime de droit commun de la garde à vue est déclaré en grande partie contraire à la Constitution⁷ alors qu'il avait aussi été déclaré conforme par une décision du 11 août 1993⁸. Par cette décision, le Conseil Constitutionnel a réussi la prouesse d'exercer à nouveau son contrôle sur la garde à vue sans avoir à se démentir en revenant sur sa jurisprudence. Ensuite, il a réussi à exercer son contrôle en se préservant à la fois de griefs relatifs à un débordement sur le champ du pouvoir politique et aussi en se prémunissant contre une jurisprudence postérieure éventuelle de la Cour européenne. Mais quelles sont les raisons qui ont poussé le Conseil Constitutionnel à reconnaître un changement de circonstances ? Est mise en exergue l'évolution des règles suite aux incessantes modifications législatives, mais également l'évolution des pratiques. Il en résulte un recours accru à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures. En outre, la garde à vue est devenue une

⁵ Cons. Const. Déc. n° 2010-14/22 QPC : JO 31 juillet 2010.

⁶ Déc. n° 2004-492 DC.

⁷ Les articles 62, 63, 63-1 et 77 et les alinéas 1 à 6 de l'article 63-4 du C. pr. pén. sont déclarés contraires à la Constitution.

⁸ Déc. n° 93-326 DC.

phase majeure de la procédure pénale puisqu'elle est la phase principale de constitution du dossier en vue du jugement futur de la personne. En effet, la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire a nettement diminué et constitue désormais moins de trois pourcent des jugements et ordonnances rendues sur l'action publique. Ainsi la pratique du traitement dit « en temps réel » conduit fréquemment à juger des individus sur la base des seuls éléments de preuves recueillis avant l'expiration de la garde à vue, y compris pour des affaires complexes. Il en résulte que les droits reconnus à la personne gardée à vue doivent être plus forts afin d'assurer les droits de la défense dès cette mesure d'enquête. Le recours important à la garde à vue et sa place centrale dans l'enquête doivent, de ce fait, être compensés par des garanties renforcées. On le voit, au regard de la motivation du Conseil Constitutionnel, l'encadrement de la garde à vue, phase essentielle de la procédure pénale, doit être revu. C'est donc majoritairement l'évolution de la pratique qui permet de justifier un contrôle *a posteriori* du Conseil et qui justifie l'intérêt de l'étude du contrôle de la garde à vue. Ainsi pour le Conseil Constitutionnel, la garde à vue n'est pas en elle-même inconstitutionnelle mais elle demeure nécessaire et doit être accompagnée de garanties encadrant tant son recours que son déroulement. Est donc imposée au législateur une refonte du régime de la garde à vue. Mais le Conseil, animé par un souci de sécurité juridique, a différé dans le temps les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} juillet 2011. Les juges entendaient éviter l'annulation immédiate d'un nombre incommensurable de procédures en cours et laisser ainsi au législateur le temps d'élaborer un texte conforme aux directives du Conseil. La Cour de Cassation est intervenue dans le même sens par trois arrêts du 19 octobre 2010⁹. Statuant en formation plénière, elle juge que certaines règles actuelles de la garde à vue de droit commun et des régimes dérogatoires ne satisfont pas aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne. La Cour de Cassation va plus loin que le Conseil Constitutionnel en remettant en cause les régimes dérogatoires comme étant contraires à la Convention européenne. La Cour de Cassation contraint donc le législateur à modifier également les dispositions relatives aux gardes à vue en matière de délinquance et de criminalité organisée, ainsi qu'en matière de terrorisme.

Suite à ces décisions, le ministre de la Justice élaborait un projet de loi, en date du 16 octobre 2010, tendant à limiter et encadrer les gardes à vue. La loi portant modification du régime de la garde à vue qui vient finalement d'être votée le 14 avril 2011 (loi n° 2011-392) entrera en vigueur le 1^{er} juin 2011. Jusqu'à cette loi, la garde à vue ne faisait ni l'objet d'une définition légale, ni l'objet d'un encadrement précis quant aux motifs la rendant légale. Cependant dans quatre arrêts rendus le 15 avril 2011, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation après avoir rappelé que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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 », a

⁹ n° 10-82.902 ; n° 10-85.051, n° 10-82. 306 ; dossier spécial : La garde à vue sous contrôle judiciaire, Dr. pén. novembre 2010, n° 11, p. 6-16.

décidé d'une application immédiate du droit à l'assistance d'un avocat et de la notification du droit de se taire. 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.

Le législateur a donc été contraint, sous la pression de la Cour européenne, du Conseil Constitutionnel et de la Cour de Cassation, de reconstruire le droit de la garde à vue dans le sens de la conformité avec les droits fondamentaux reconnus aux individus. La réforme de la garde à vue permet ainsi de s'interroger sur son contrôle en mettant en parallèle le droit en vigueur avant la loi du 14 avril 2011 et les nouvelles dispositions prévues par cette dernière. Il apparaît alors un net progrès du point de vue des droits reconnus à la personne gardée à vue, dans le sillage des précédentes réformes.

En effet, l'introduction de la garde à vue dans le Code de procédure pénale et ses modifications ultérieures en ont fait une mesure créatrice de droit. À ce titre, la Cour de Cassation indique de façon constante : dès lors qu'il existe une suspicion, l'individu doit être entendu sous le régime de la garde à vue. Le non-respect de cet impératif entraîne l'invalidation de la procédure subséquente. C'est ainsi admettre que le régime de la garde à vue est protecteur de la personne suspectée. À ce titre, la question de l'audition libre doit être soulevée. Le projet de loi relatif à la garde à vue posait expressément le principe de l'audition libre d'une personne suspectée, présumée innocente, et du caractère subsidiaire du placement en garde à vue. La nécessité de l'entendre sur les faits dont elle est soupçonnée n'imposait pas son placement en garde à vue, dès lors qu'elle consentait expressément à être entendue librement et qu'elle n'avait pas été conduite dans les locaux de la police judiciaire sous la contrainte. Le problème essentiel de l'audition libre était l'absence de reconnaissance des droits du suspect entendu librement. En effet, le dispositif ne lui reconnaissait aucun droit, encore moins le droit à l'assistance d'un avocat. Ce dispositif a donc été abandonné, ce qui semble être la meilleure solution du point de vue du contrôle et des garanties des individus. En effet, l'instauration du régime de l'audition libre aurait conduit à ruiner toutes les améliorations du point de vue du contrôle de la mesure et de la sauvegarde des droits et libertés, dans la mesure où l'audition libre permettait d'échapper à l'application des garanties posées principalement par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, selon cette dernière, toute personne soupçonnée d'une infraction doit bénéficier de garanties. Or une personne pouvait être placée sous le régime de l'audition libre justement parce qu'elle était soupçonnée d'avoir commis une infraction. À cet égard, il est permis de douter de la bonne foi du projet de loi. L'audition libre résultait de la volonté de réduire le nombre de gardes à vue en limitant le champ d'application de celle-ci. Mais son résultat conduisait inévitablement à empêcher l'application des garanties reconnues par la loi aux personnes gardées à vue. En conséquence, l'audition libre aurait mis à mal le contrôle encadrant cette mesure de contrainte. Ce n'est donc pas le principe d'un éventuel aménagement de la garde à vue qui est

critiquable, mais le fait que la personne placée sous le régime de l'audition libre ne bénéficiait pas de la totalité des garanties, qui doivent pourtant être accordées à toute personne considérée par la Cour européenne comme étant soumise à une accusation.

En plus d'être créatrice de droit, la garde à vue est une mesure nécessaire. Son objet premier est de permettre l'audition, aux besoins prolongés, d'un individu sur lequel pèsent des soupçons. Il s'agit également de permettre l'exécution d'investigations, de garantir la présentation de la personne devant le magistrat du parquet, d'empêcher des pressions sur les victimes et témoins, les concertations entre malfaiteurs ou encore garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit. L'existence même de la garde à vue a longtemps été contestée et fait l'objet encore aujourd'hui de critiques. Pour les adversaires de la mesure, elle aboutie à l'obtention de preuves dans des conditions qui n'offrent aucune garantie, tant du point de vue de la défense, que des droits et liberté reconnus à tout individu.

On le voit même pour les opposants au principe même de la garde à vue, le problème majeur est celui de son contrôle. Bien que nécessaire, la garde à vue prête à la critique, car elle est considérée comme une procédure d'interrogatoire destinée à obtenir des aveux. Face à une telle mesure, par essence attentatoire aux libertés, la réglementation se doit d'être stricte. Au regard de ces développements, il apparaît que la garde à vue ne peut donc être envisagée indépendamment de son contrôle. La privation de liberté et les aveux recueillis durant celle-ci ne sont légitimes qu'au travers d'un encadrement étroit de la mesure. Seule une garde à vue respectueuse des droits et libertés aura une force probatoire. Sinon, comment donner de la valeur à des aveux obtenus sous la contrainte, en dehors de tout respect des droits de la défense ?

Chacune des réformes relatives à la garde à vue a modifié, dans un sens ou dans l'autre, l'équilibre devant exister entre deux impératifs antagonistes : les droits de la personne faisant l'objet d'une atteinte à sa liberté et l'efficacité des procédures. Il convient donc de se demander si le contrôle de la garde à vue respecte cet équilibre et notamment s'il est suffisamment protecteur de la personne ainsi privée de sa liberté ? La garde à vue, mesure de contrainte momentanée, bénéficie-t-elle d'un contrôle effectif et protecteur ? La réflexion sera menée à la lumière des nouvelles exigences imposées tant par les instances européennes que par les juridictions nationales mais également au regard de la loi du 14 avril 2011, dont l'entrée en vigueur est repoussée au 1^{er} juin 2011. Une fois de plus en matière de garde à vue, c'est la Cour européenne qui a inspiré les juridictions nationales, qui ont à leur tour influencé le législateur.

Même si les solutions retenues ne sont pas toujours à l'abri de la critique, la législation s'efforce de concilier « d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement

garanties ». On tente en vain de vouloir réduire le recours accru à cette détention avant jugement et d'en diminuer la durée. Mais, force est de constater le caractère souvent nécessaire de cette privation de liberté. À défaut de pouvoir faire abstraction de la garde à vue, la contrainte qu'elle représente doit être strictement encadrée ; encadrée quant à son champ d'application, quant à sa durée ... Pour chaque garde à vue, l'autorité judiciaire doit exercer, tant un contrôle a priori, qu'un contrôle a posteriori de la légalité de la mesure (partie 1). Pour chaque garde à vue, les enquêteurs doivent énoncer et rendre effectif les droits que la loi reconnaît aux personnes gardées à vue, c'est la question essentielle de l'effectivité des garanties légales offertes à la personne gardée à vue (partie 2). Voilà qui est bien plus efficace que l'affirmation solennelle, dans notre Code de procédure pénale, du caractère exceptionnel de la garde à vue.

Même si certaines modalités de contrôle contestables persistent, le contrôle de la garde à vue a évolué dans un sens protecteur des droits et libertés. En tout état de cause, il est satisfaisant, sur le plan juridique, qu'une mesure non encore réglementée il y a cinquante ans, fasse l'objet depuis son introduction dans la loi d'une évolution dans le sens d'une plus grande protection des personnes privées de leur liberté. Seuls un contrôle juridictionnel plus poussé et de meilleures garanties au profit des citoyens permettent de compenser l'atteinte ainsi portée à la liberté individuelle.

PARTIE 1. LE CONTRÔLE DE LA MESURE DE GARDE A VUE PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE.

En vertu de l'article 66 de la Constitution, « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, assure le respect des principes dans les conditions prévues par la loi ». Il en résulte que le droit à l'intervention d'un membre de l'autorité judiciaire, garantie des droits, est nécessaire. Encore faut-il que ce contrôle soit effectif et convenablement organisé même s'il ne se traduit pas toujours par le recours à un juge, à un tribunal. Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, en particulier la Convention européenne et le Pacte des droits civils et politiques de 1966, fixent une double garantie : d'une part, la traduction de la personne détenue devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires¹⁰, et d'autre part, le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue sur la légalité de la détention ou de l'arrestation dans un bref délai¹¹. En France, le paragraphe 4 de l'article 5 de la Convention européenne ne semble pas être respecté puisqu'il n'existe pas de recours judiciaire contre une garde à vue irrégulière ou de durée excessive, mais uniquement un contrôle au sens du paragraphe 3 de l'article 5, essentiellement assuré par le parquet ainsi qu'un contrôle a posteriori de la légalité de la garde à vue. Dès lors, deux questions essentielles irriguent le droit de la garde à vue : celle de la légitimité d'un contrôle assuré par le parquet (chapitre 1), et celle de l'effectivité du contrôle de la légalité a posteriori exercé par le juge de l'annulation (chapitre 2).

¹⁰ Art. 5 § 3 de la Conv. EDH.

¹¹ Art. 5 § 4 de la Conv. EDH.

CHAPITRE 1. LA LÉGITIMITÉ DU CONTRÔLE ASSURÉ PAR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE ET LE JUGE D'INSTRUCTION

En vertu de l'article 5 § 3 de la Convention européenne, « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». Cet article pose une garantie d'ordre juridictionnel, à savoir l'intervention d'un juge ou d'un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires. Il s'agit d'une garantie essentielle dont la Cour européenne a pu estimer, dans un arrêt *Lawless* du 1^{er} juillet 1961¹², qu'elle « est en parfaite harmonie avec le but de la Convention qui est de protéger la liberté et la sûreté de la personne contre des arrestations illégales ou arbitraires ». L'intervention de l'autorité judiciaire, manifestation de l'« habeas corpus », doit répondre à des garanties organiques, c'est-à-dire que l'autorité concernée doit offrir certaines qualités (section 1) qui répondent à des impératifs conventionnels. Pour parfaire la protection du droit à la sûreté, le contrôle lui-même doit offrir des garanties procédurales de nature à préserver son objectivité et son effectivité (section 2).

Section 1. Les garanties de l'autorité judiciaire tenant au critère organique

Il ressort du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme que ni le procureur de la République, ni le juge d'instruction ne présentent les qualités requises pour contrôler une mesure intéressant la liberté individuelle. Mais quelles sont ces qualités essentielles que doit revêtir le contrôleur de la garde à vue (paragraphe 1) ? Pour le moment, le contrôle apparaît toujours peu satisfaisant, et bien en deçà des propositions de réforme faites au gouvernement (paragraphe 2) d'instaurer un juge du siège privé de tout pouvoir de poursuites, et qui serait chargé du contrôle de la garde à vue actuellement confié au seul procureur de la République ou juge d'instruction.

Paragraphe 1. Les qualités essentielles de l'autorité de contrôle de la garde à vue

La Cour européenne a élaboré une notion autonome de l'« autorité judiciaire » dont elle élabore les contours de son intervention. Deux questions essentielles à l'examen de la conventionalité de notre système de contrôle de la garde à vue, découlent alors : celle du délai d'intervention du magistrat (II), et celle des qualités dont doit disposer ce magistrat (I).

¹² § 14.

I. L'indépendance et l'impartialité nécessaires au contrôle

L'autorité judiciaire peut être gardienne de la liberté individuelle et contrôler la garde à vue, mesure attentatoire aux libertés, mais encore faut-il qu'elle revête les qualités d'indépendance et d'impartialité nécessaires à un contrôle objectif. Des précisions doivent ainsi être apportées sur la conception des critères d'appartenance à l'autorité judiciaire dans la jurisprudence constitutionnelle et européenne (A), avant d'en examiner les implications sur deux magistrats français intervenant dans le contrôle de la garde à vue : le procureur de la République et le juge d'instruction. Sont-ils légitimes à exercer aujourd'hui un tel contrôle (B)?

A. La notion d' «autorité judiciaire» dans la jurisprudence constitutionnelle et européenne

Il semblerait que le Conseil Constitutionnel et la Cour européenne ne se rejoignent pas pour faire du critère de l'indépendance statutaire, la marque principale de l'autorité judiciaire. Alors que le Conseil Constitutionnel reconnaît aux membres du parquet cette qualité (1), la cour européenne la refuse par une acception beaucoup plus concrète de la notion d'indépendance (2).

1) La compatibilité entre le contrôle de la garde à vue et le statut constitutionnel du parquet

Saisi de la loi du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le Conseil a rendu une décision de conformité à la Constitution de l'actuel article 30 du Code de procédure pénale¹³. Rédigée en ses termes : « Le ministre de la Justice conduit la politique d'action publique déterminée par le gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes », l'article 30 définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce l'autorité du ministre de la Justice sur les magistrats du parquet. Le conseil conclut que « ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ».

Selon le professeur Yves Mayaud, « la conclusion s'impose. Le ministère public relève d'un statut constitutionnellement reconnu, ce qui est le soutien d'une légitimité indiscutable. En fait, le point fort de cette décision tient dans la compatibilité entre la qualité de « magistrats » des membres du parquet et les fonctions qu'ils exercent, « dépendantes » du pouvoir

¹³ Décision 2004-492 DC.

exécutif...»¹⁴. Dans ses décisions du 30 juillet 2010 et du 17 décembre 2010 concernant la garde à vue, il a réaffirmé que l'autorité judiciaire, au sens de l'article 66 de la Constitution, comprenait à la fois les magistrats du siège et du parquet.

On ne voit pas pourquoi les sages de la rue de Montpensier continuent à reconnaître la qualité d'autorité judiciaire aux membres du parquet, si ce n'est par une application conforme de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 22 décembre 1958¹⁵ portant loi organique relative au statut de la magistrature, et selon lequel le corps judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet. Pourtant, la différence majeure entre ces deux catégories de magistrats réside dans le fait que les uns sont indépendants, tandis que les autres, magistrats du parquet, se trouvent placés sous l'autorité du ministre de la Justice. La subordination au pouvoir exécutif devient l'argument principal militant contre la reconnaissance de la qualité d'autorité judiciaire au parquet. Au-delà de leur dépendance statutaire, nécessaire à la cohérence de la politique pénale, ce sont essentiellement les missions de garant des libertés que la Cour européenne semble contester, puisqu'il présente pas les garanties nécessaires pour protéger concrètement les personnes placées en garde à vue.

2) L'acception concrète de la notion d'indépendance dans la jurisprudence européenne

Dans un arrêt Schiesser rendu à l'encontre de la Suisse en date du 4 décembre 1979, la Cour européenne a précisé que la notion « d'autorité judiciaire » devait s'entendre d'un tribunal indépendant et impartial, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit au procès équitable. Il ne fait aucun doute que les magistrats du siège intègrent cette notion. En revanche, les magistrats du parquet, ou les juges d'instruction, semblent poser des difficultés ; et leur légitimité à exercer un contrôle de la garde à vue est de ce fait remise en cause. La Cour européenne n'exclut pas qu'un membre du parquet ou qu'un juge d'instruction exerce des fonctions judiciaires, mais encore faut-il qu'il réponde à certaines conditions, sans lesquelles il ne peut être l'autorité de contrôle de la garde à vue et garantir le droit à la liberté et à la sûreté. Droit garantissant que nul ne soit dépouillé arbitrairement de sa liberté. L'autorité de contrôle doit présenter une double qualité d'indépendance et d'impartialité, gage de protection contre l'arbitraire. Cela signifie que le magistrat doit être indépendant vis-à-vis du pouvoir exécutif, et impartial à l'égard des parties.

L'absence de parti pris s'apprécie à la fois d'un point de vue personnel - c'est-à-dire que le magistrat ne doit pas se laisser influencer par ses idées - mais également d'un point de vue fonctionnel, en réclamant qu'il ne statue pas sur une affaire pour laquelle il aurait déjà eu une perception du dossier. En d'autres termes, appliquer à la garde à vue l'exigence d'impartialité implique que l'autorité de contrôle ne puisse pas exercer des fonctions de poursuites à

¹⁴ Yves Mayaud, Revue de droit d'Assas n° 2 octobre 2010, p. 55-58.

¹⁵ Ord. n° 58-1270.

l'encontre de la personne concernée par la garde à vue, ni être elle-même partie dans la procédure¹⁶. La Cour appréciait l'impartialité de l'autorité selon une interprétation *in concreto*, c'est-à-dire que le contrôle pouvait être valablement effectué dès lors qu'elle n'avait pas joué le rôle d'autorité de poursuites à l'égard de la personne traduite devant elle, suite à un placement en garde à vue. Désormais, c'est sur la base d'une interprétation *in abstracto* que les juges européens apprécient l'exigence d'impartialité. La simple faculté d'exercer des fonctions de poursuites à l'égard de la personne présentée devant elle jette le doute quant à son impartialité. Est ainsi prohibé le cumul des fonctions d'instruction ou d'enquête et de poursuites. La Cour n'exige donc pas un cumul effectif, la seule possibilité méconnaît le principe d'impartialité. Qu'en est-il du procureur de la République français et du juge d'instruction? Garantissent-ils ces exigences ?

B. L'inaptitude des magistrats français à assurer le contrôle juridictionnel de la garde à vue

La situation française ne pouvait que poser problème dans tous les cas où la privation de liberté est contrôlée par un magistrat du parquet (1) dès lors que celui-ci souffre d'un double vice, n'étant ni indépendant ni impartial. Mais, la question se doit également d'être posée pour le juge d'instruction (2).

1) L'inaptitude du procureur de la République

La France avait échappé à la condamnation que l'arrêt Medvedyev du 10 juillet 2008 semblait annoncer. L'arrêt de grande chambre du 29 mars 2010 ne condamne donc pas le rattachement du parquet français au pouvoir exécutif¹⁷, mais apporte des précisions sur les caractères que doit revêtir l'autorité chargée du contrôle d'une arrestation ou d'une détention : il exclut que le contrôle de la garde à vue puisse être effectué par le ministère public, ce dernier étant susceptible d'exercer ensuite l'action publique. La réitération d'une jurisprudence constante¹⁸ de la Cour européenne en confirme l'importance. En revanche, la France n'a pu échapper à la condamnation de l'arrêt Moulin¹⁹. Un délai de plus de cinq jours avait séparé le placement en

¹⁶ CEDH, 23 octobre 1990, *Huber c/ Suisse*, § 43. Est affirmé « sans doute la Convention n'exclut-elle pas que le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions, mais son impartialité peut paraître sujette à caution s'il veut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante ».

¹⁷ « Que cette dernière formule ne soit pas reprise dans l'arrêt de la grande chambre dans cette même affaire n'est certes pas sans signification et montre à tout le moins le souci de la Cour de prendre en compte les équilibres historiques nationaux, peut être aussi, le fait qu'une réforme soit en cours, il reste que cette différence de rédaction ne semble pas permettre de considérer que l'intervention possible d'un magistrat indépendant pour veiller au respect des garanties attachées à toute privation de liberté, ne demeure pas comme une exigence conventionnelle, déjà affirmée dans des décisions antérieures de la Cour à propos d'autres systèmes nationaux » ; Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, mai 2010, p. 6.

¹⁸ CEDH, grande chambre, 3 octobre 2006, *Mc Kay c/ Royaume-Uni*, n° 543/03, § 32.

¹⁹ CEDH, 5^{ème} section, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, note François Fourment, Après l'affaire Moulin, encore du grain à moudre, D. n° 1, janvier 2011, p. 26-27.

garde à vue initial de la présentation devant un magistrat du siège. En l'espèce, la requérante avait seulement été traduite devant un membre du parquet durant ce délai. La condamnation sur le fondement de la violation de l'article 5 § 3 ne faisait aucun doute : non seulement parce que l'exigence de promptitude n'a pas été respectée, mais aussi parce que le magistrat du parquet n'est pas un juge au sens du présent article. Selon la Cour, ce dernier est placé sous l'autorité du ministre de la Justice, et ne bénéficie pas de l'inamovibilité reconnue au magistrat du siège. L'affaire *Moulin* énonce donc expressément ce qui avait été déduit de l'arrêt *Medvedyev*, à savoir que, du fait notamment de leur statut, les membres du ministère public français ne remplissent pas la condition d'indépendance à l'égard de l'exécutif.

Pour les juges de Strasbourg, les magistrats du parquet ne sont donc pas habilités à contrôler la garde à vue pour deux motifs : il leur manque tant l'indépendance organique à l'égard du pouvoir exécutif que l'impartialité, puisqu'ils peuvent être organe de poursuite à l'égard de la personne gardée à vue et soutenir l'accusation contre elle. Certains partisans de l'indépendance du ministère public s'appuient sur la jurisprudence européenne pour prétendre supprimer le rattachement du parquet au pouvoir exécutif. Cependant, selon le professeur Didier Rebut : « L'indépendance imposée par la Cour européenne n'implique cependant pas l'absence de lien entre le ministère public et le pouvoir exécutif. Pareille implication conduirait d'ailleurs à condamner l'ensemble des ministères publics européens à l'exception du parquet italien. Or, il ne fait pas de doute que ces ministères publics ne souffrent d'aucune contradiction fondamentale à la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'en va autrement qu'au cas où ils sont chargés de contrôler les arrestations et détentions. C'est cette mission qui est incompatible avec une absence d'indépendance à l'égard de l'exécutif »²⁰. La jurisprudence européenne est claire. Elle n'impose pas que la France modifie le statut du parquet. Mais, si son statut reste inchangé, il ne peut être valablement habilité à contrôler les gardes à vue. En revanche, si le statut du parquet était modifié au regard des deux impératifs précités, il pourrait les contrôler. Si les magistrats du parquet devenaient indépendants à l'égard de l'exécutif, le risque d'arbitraire serait supprimé, mais ils n'en seraient pas pour autant indépendants à l'égard des parties. Ainsi il apparaît que l'indépendance du ministère public ne soit pas une réponse suffisante, et qu'elle puisse être erronée²¹, la Cour nous invitait seulement à placer la garde à vue sous le contrôle d'un juge et non d'un procureur.

Il convient d'en conclure que le procureur de la République, du fait de sa nature de partie poursuivante, n'est pas à même d'exercer le contrôle juridictionnel de la garde à vue. Il ne peut en effet être à la fois l'autorité qui poursuit et celle qui juge, et il serait souhaitable que ces conclusions soient prises en compte dans le cadre du contrôle de la garde à vue, afin de préserver les libertés contre un risque de parti pris. Pour autant, tant le législateur que les juridictions françaises font preuve de résistance. La Cour de Cassation ne s'est alignée que

²⁰ Didier Rebut, L'arrêt *Medvedyev* et la réforme de la procédure pénale, D. n° 16, avril 2010, p. 970-971.

²¹ Préc. note François Fourment.

récemment sur la jurisprudence protectrice des juges de Strasbourg²², alors que le Conseil constitutionnel reste toujours en retrait. Quant au législateur, la loi du 14 avril 2011 vient de consacrer une nouvelle fois le pouvoir du procureur de contrôler la garde à vue sans ajouter de garanties supplémentaires.

Qu'en est-il de la légitimité du juge d'instruction dans l'exercice du contrôle juridictionnel de la garde à vue ?

2) L'inaptitude du juge d'instruction

L'article 154 du Code de procédure pénale habilite le juge d'instruction à contrôler les gardes à vue effectuées sur commissions rogatoires. Dans l'arrêt Medvedyev du 29 mars 2010, la Cour européenne a affirmé que le juge d'instruction français, qui est à la fois indépendant et impartial, remplissait les critères de l'autorité habilitée à effectuer le contrôle des gardes à vue.

S'il est vrai que le juge d'instruction est indépendant à l'égard de l'exécutif de par son statut, des doutes subsistent quant à son impartialité à l'égard des parties. En effet, ce juge est susceptible d'intervenir dans la procédure pénale postérieure à la garde à vue, et à ce titre, le critère de l'impartialité semble être mis à mal. Comment ne pas douter de son absence de qualité de partie poursuivante, « dès lors qu'il est l'autorité qui décide formellement et matériellement du renvoi devant les juridictions pénales »²³ ? En outre, la saisine du Tribunal correctionnel par le juge d'instruction qui peut faire suite à une garde à vue, n'est pas susceptible de recours par la personne qu'elle concerne. « Elle est même dénommée mise en accusation quand l'infraction retenue est un crime. La décision finale du juge d'instruction ne saurait donc être réduite à l'acte de saisine d'une juridiction de jugement. Elle constitue une véritable mise en accusation qui lui donne substantiellement la nature d'un acte de poursuite »²⁴. Il en résulte que si le juge d'instruction n'est pas formellement un organe de poursuite, il dispose d'un pouvoir d'enquête qui se rapproche de celui de la police judiciaire, et exerce certaines prérogatives assimilables à des actes de poursuites. À ce titre, et malgré son indépendance statutaire, il est légitime de remettre en cause son impartialité à l'égard de la personne placée en garde à vue, et par là même, la légitimité de son contrôle sur la mesure. Bien qu'aucune condamnation de la France n'implique à ce jour le juge d'instruction, sa position reste vulnérable au regard notamment de la jurisprudence Huber rendue à l'encontre de la Suisse. S'il est un magistrat du siège, du fait des fonctions qu'il exerce, il ne paraît pas présenter les garanties d'impartialité exigées.

²² Crim, 10 mars 1992, Bull. crim n° 105 : la chambre criminelle jugeait conformes à la Convention européenne, les dispositions des articles 63 et suivants du Code de procédure pénale, le procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, répondant aux qualités nécessaires pour contrôler la mesure de garde à vue.

²³ Préc. Didier Rebut.

²⁴ Préc. Didier Rebut.

Au regard de ces développements, le contrôle juridictionnel de la garde à vue est largement incompatible avec l'esprit de la Convention européenne. Pour autant, la France n'a été condamnée que récemment. Une raison réside dans l'interprétation compréhensive faite du terme « aussitôt » de l'article 5 § 3 de la Convention européenne.

II. La promptitude au soutien du contrôle

Afin que le contrôle puisse effectivement permettre de détecter les mauvais traitements et réduire les atteintes injustifiées à la liberté, celui-ci doit intervenir rapidement : C'est l'exigence de promptitude. Ainsi même pour les infractions les plus graves dont le régime de garde à vue est dérogatoire au droit commun, la limite de temps imposée par la Cour européenne ne laisse que peu de souplesse. La Cour sanctionne toutes les gardes à vue dont la présentation à une autorité judiciaire dépasse la période indiquée dans l'arrêt Brogan²⁵. Cette solution est satisfaisante s'agissant d'une garantie procédurale essentielle qui ne doit pas être mise à mal. Cependant, aux termes d'une acception compréhensive de la détermination du début du contrôle juridictionnel (A), l'intervention d'un magistrat indépendant n'est exigée qu'au-delà d'un certain délai. La mise en place d'un contrôle par un juge du siège au bout de quarante-huit heures de garde à vue prévue par la loi française semble donc suffisante. Mais ce critère temporel permet-il de sauver le système français de contrôle de la garde à vue ? Cette acception ne fait pas l'unanimité (B).

A. L'interprétation compréhensive de la condition de célérité

En vertu de l'article 5 § 3 de la Convention européenne « toute personne arrêtée ou détenue (...) doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». L'interprétation de l'adverbe « aussitôt » par les juges de Strasbourg est relativement floue. À la lecture des arrêts de la Cour, il est possible de déduire les durées de garde à vue sans présentation à un juge indépendant et impartial qui emportent violation de la Convention. À titre d'exemple, une garde à vue de quatre jours et six heures était contraire à la Convention y compris en matière de terrorisme²⁶. La Cour a encore considéré dans la récente affaire Moulin qu'une garde à vue, pour des faits relatifs à un trafic de stupéfiants, de cinq jours avant présentation au juge d'instruction portait atteinte au droit de l'intéressé. La personne doit être « aussitôt » traduite devant l'autorité judiciaire mais l'indétermination de la durée maximum que peut comprendre l'adverbe « aussitôt » pose aujourd'hui des difficultés. Cette jurisprudence est communément interprétée comme retenant un délai maximum de quatre jours. En France, la législation prévoit un contrôle par un juge du siège (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention) dans un délai antérieur à ces quatre jours puisqu'ils interviennent au bout de quarante-huit heures. La question du délai semble donc conforme aux exigences européennes.

²⁵ CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*.

²⁶ CEDH, affaire *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, § 68.

La Cour de Cassation, à l'occasion d'un revirement en date du 15 décembre 2010²⁷, s'est prononcée sur la question. La chambre criminelle était saisie du point de savoir si le parquet français devait être considéré comme présentant les garanties d'indépendance et d'impartialité lui permettant de contrôler la mesure de garde à vue et sa prolongation au-delà de la vingt-quatrième heure. Ce contrôle ne devait-il pas être assuré par un magistrat du siège ? La Cour estime que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne en ce qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises, à ce titre il ne peut valablement contrôler la garde à vue. Sur ce point, la Cour est en rupture avec sa jurisprudence antérieure²⁸ et avec les solutions adoptées par le Conseil Constitutionnel. En revanche, la nullité n'est pas prononcée en raison du fait que « le demandeur 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 ». Elle fait ainsi prévaloir le critère de promptitude pour affirmer que le délai entre le placement en garde à vue et la remise en liberté, de vingt-cinq heures et cinq minutes, était suffisamment bref pour ne pas emporter une violation de la Convention. La Cour de Cassation interprète la jurisprudence européenne de la façon suivante : toute garde à vue dont la durée est inférieure à trois ou quatre jours est conforme aux dispositions de la Convention même si le contrôle est assuré par un membre du parquet. Au-delà de ce délai pour que la garde à vue soit valable le contrôle doit être effectué par un magistrat du siège. C'est également l'interprétation choisie par le législateur dans le cadre de la loi du 14 avril 2011. En d'autres termes, en admettant que le contrôle soit confié durant les quarante-huit premières heures de garde à vue à un membre du parquet, le Code de procédure pénale ne méconnaît pas l'article 5 § 3. La France estime donc que l'adverbe « aussitôt » n'impose pas de retirer le pouvoir de contrôle du procureur durant les deux premiers jours de détention puisqu'il admettrait qu'un délai de plusieurs jours sépare l'arrestation de l'individu à sa présentation à un juge indépendant et impartial. La compatibilité avec la Convention ne se poserait donc que dans les cas où la garde à vue se prolonge au-delà de trois ou quatre jours c'est-à-dire dans le cadre des régimes dérogatoires de garde à vue. À ce titre, le droit français présenterait un seuil de garantie plus élevé que la Convention en imposant l'intervention d'un magistrat du siège pour prononcer une prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures. Certains donnent une acception différente²⁹ et critiquent cette interprétation erronée qui méconnaîtrait tant la jurisprudence de la Cour que l'esprit de la Convention.

²⁷ n° 10-83.674, note S. Lavric, Contrôle de la garde à vue : la chambre criminelle se prononce, Dalloz actualité.

²⁸ Crim, 10 mars 1992, Bull. crim. n° 105.

²⁹ Olivier Bachelet, La France, le parquet et les droits de l'homme : l'importune opiniâtreté de la Cour européenne, Gazette du palais, 8-9 décembre 2010, p. 6-9 ; Damien Roets, Le pouvoir du procureur de la République de prolonger la garde à vue à l'aune de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Gazette du palais 31 décembre 2010-4 janvier 2011, p. 21-22.

B. L'interprétation stricte de la condition de célérité

L'acception faite de la condition de célérité est contestable dans un premier temps d'un point de vue strictement sémantique. Un auteur relevait « le terme « aussitôt », utilisé dans la version française, signifie « dans le moment même » (Le Littré), « sans délai » (Le Robert). La version anglaise, par exemple, choisit le terme « promptly » qui renvoie à « immediately » (Collins Cobuild). La version polonaise, elle, s'est laissée tenter par un mot qui, traduit en français, veut dire « sans délai » (...) Il est bien tentant de raisonner par analogie et de se demander, si compte tenu de l'usage qui est fait de la garde à vue, la durée de vingt-quatre heures ne doit pas être un maximum pour la présentation du suspect à un juge »³⁰.

Dans un second temps, une interprétation moins compréhensive de l'exigence de promptitude semble opportune, afin de ne pas méconnaître la jurisprudence de Strasbourg et l'esprit de la Convention. Les juges européens, appréciant le respect de l'exigence de promptitude au regard des caractéristiques de chaque espèce, semblent admettre un retard dans la mise en œuvre de cette garantie mais uniquement en raison des circonstances particulières de l'espèce. Un tel retard ne saurait être systématique, mais seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier un délai plus long avant que l'individu ne soit traduit devant une autorité judiciaire³¹ digne de ce nom. Or le nouvel article 63 du Code de procédure pénale continu de confier le contrôle du placement et de la première prolongation de vingt-quatre heures de la garde à vue au parquet, et retarde de manière systématique l'intervention d'un juge du siège. Par ailleurs, la Cour a affirmé l'obligation faite au magistrat de « se penche[r] sur le bien-fondé de la détention »³². Or, examiner le bien-fondé d'une garde à vue, n'est-ce pas imposer au magistrat indépendant d'intervenir dans les plus brefs délais possible ?

En outre, l'esprit de la Convention européenne semble également être mis à mal par une acception trop compréhensive de l'exigence de célérité. Alors que les droits et libertés consacrés par celle-ci doivent être effectifs et concrets, l'interprétation faite dans le cadre de la réforme ruine la portée du droit à une garantie judiciaire. Si le terme « aussitôt » ne signifiait pas « immédiatement » mais tolérerait une relative rapidité cette garantie serait privée de sa portée. Or la Cour européenne adopte toujours une lecture des articles dans le sens d'une effectivité des droits. Elle affirmait d'ailleurs, « le contrôle juridictionnel lors de la première comparution de la personne arrêtée doit avant tout être rapide car il doit permettre de détecter tout mauvais traitement et de réduire au minimum toute atteinte injustifiée à la liberté individuelle. La stricte limite de temps imposée par cette exigence ne laisse guère de

³⁰ Jacques Leroy, Le parquet peut-il contrôler la garde à vue ? Oui, mais..., JCP G n° 8, février 2011, p. 379-382.

³¹ CEDH, 12 janvier 1999, *Rigopoulos c/ Espagne*, n° 37388/97, p. 8.

³² CEDH, 29 avril 1999, *T.W. c/ Malte*, n° 26644/94, § 41.

souplesse dans l'interprétation, sinon on mutilerait, au détriment de l'individu, une garantie procédurale offerte par cet article et l'on aboutirait à des conséquences contraires à la substance même du droit protégé par lui »³³. Au regard de cette interprétation, la France est en deçà des exigences européennes. Bien que minoritaire, cette position apparaît la plus juste, car protectrice des libertés de la personne gardée à vue. Elle s'inscrit dans le sillage de l'esprit de la Convention, qui veut que les droits consacrés ne soient pas illusoire, mais effectifs et concrets.

Le doute subsiste pourtant quant à la portée de l'adverbe « aussitôt ». On aurait souhaité que la Cour de Cassation aille au-delà des exigences européennes et de l'interprétation communément faite de celle-ci et impose au législateur de prévoir l'intervention d'un juge réellement indépendant et impartial pour contrôler sans délai la garde à vue dans le cadre de la réforme des dispositions relatives à la garde à vue, à la lumière des propositions de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale. En prévoyant une intervention du juge des libertés et de la détention parallèle au parquet durant toute la garde à vue, cette dernière semblait également vouloir conférer la plus large portée possible à la garantie judiciaire.

Paragraphe 2. Le cumul des garanties lié à la distinction entre gestion et contrôle de la garde à vue

Deux solutions étaient envisageables : soit on donnait au parquet les qualités d'une autorité judiciaire au sens où l'entend la Cour européenne, soit le parquet devait cesser d'assurer le contrôle de la garde à vue, lequel devait dès lors être confié à un magistrat du siège. C'est cette seconde option, allant dans le sens d'un accroissement du contrôle et de la sauvegarde des droits, qui semblait ainsi avoir été trouvée au cours des études élaborées sur la réforme de la garde à vue (I). Pour autant, elle est pour l'instant restée lettre morte, la loi du 14 avril 2011 n'ayant malheureusement pas choisi ce chemin (II), qui se voulait respectueux du droit conventionnel et porteur d'un contrôle nouveau, effectif et protecteur.

I. Les espoirs suscités par la réforme

Le groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale souhaitait que l'apport principal de la réforme soit d'assurer une garantie systématique par un magistrat du siège, le juge de l'enquête et des libertés, dans le cadre du contrôle des mesures intrusives ou affectant la liberté individuelle. Il ne fait aucun doute que la garde à vue, mesure par définition privative de liberté au cours de laquelle le risque de mauvais traitements ou d'abus de la part des forces de l'ordre n'est pas négligeable, entraine

³³ CEDH, 3 octobre 2006, *Mc Kay c/ Royaume-Uni*, n° 543/03, § 33.

dans le champ de ces prévisions. L'étude a été menée dans le souci de se conformer tant aux exigences constitutionnelles que conventionnelles. Le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe énonçait notamment dans une recommandation du 6 octobre 2000, que « lorsque le ministère public est habilité à prendre des mesures qui entraînent des atteintes aux droits et aux libertés fondamentales du suspect, ces mesures doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire ». Des précisions se doivent d'être apportées tant sur l'étude menée par le groupe de travail (A), que sur le projet de loi élaboré par la Commission des lois (B) dont les propositions se sont avérées protectrices de la personne placée en garde à vue, et bénéfiques du point de vue de son contrôle.

A. Les propositions du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale

Les propositions du groupe de travail peuvent se résumer en ses termes : les garanties imposées dans le cadre de la garde à vue devraient être contrôlées par un magistrat du siège. En revanche est confirmé le rôle du parquet, en tant que directeur d'enquête, ce dernier resterait chargé de la direction de la garde à vue. C'est donc un cumul de contrôle que prône le rapport rendu en mai 2010. Seule une articulation entre pouvoir de direction de la garde à vue et obligation de contrôle des garanties, réparties entre deux autorités distinctes permet d'assurer une réelle protection des droits et libertés des personnes placées en garde à vue.

Le point d'orgue des débats fut donc la volonté de remédier à la solution selon laquelle aucun magistrat du siège, présentant les garanties d'indépendance requises, n'intervient dans le contrôle de la garde à vue, du moins durant les quarante-huit premières heures. La position du juge d'instruction en tant que contrôleur d'une mesure privative de liberté est vulnérable au regard des impératifs européens ; son cumul de fonctions jetant le doute quant à son impartialité au regard de la personne gardée à vue. De ce fait, est mis en exergue que « le juge de l'enquête et des libertés, juge du siège, constitue l'autorité judiciaire nécessaire, indépendante à l'égard de l'exécutif et des parties ; ce qui conduit à reconnaître son intervention possible pour faire respecter les garanties que doivent comporter les mesures de garde à vue ». Concernant la confirmation du rôle du parquet, le rapport préconise le maintien de son statut actuel, notamment concernant son autorité sur la police judiciaire. Le groupe de travail écrivait d'ailleurs « le parquet restera ainsi comme aujourd'hui – et selon la tradition française qui comporte en elle-même une garantie par l'intervention de magistrats ayant autorité sur l'activité de police judiciaire — le directeur de l'enquête, dès lors que toute mesure qu'il prend à ce titre et qui est susceptible de porter atteinte à un droit qui est protégé par la Convention européenne peut être soumise au contrôle effectif du juge de l'enquête et des libertés »³⁴.

³⁴ Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, mai 2010, p.8.

Par ailleurs, le rapport ne se contente pas d'énoncer un principe théorique, mais il définit de manière concrète la manière dont doivent s'articuler ces deux interventions protectrices. L'officier de police judiciaire bénéficierait toujours de l'opportunité du placement en garde à vue. Une fois sa décision prise, le parquet serait informé de la garde à vue et des actes effectués au cours de la mesure. Parallèlement, le juge de l'enquête et des libertés serait saisi à des fins de contrôle et de respect des garanties durant la garde à vue. À titre d'exemple, il aurait pu être envisagé, selon le professeur Frédéric Sudre, une information directe du placement en garde à vue au juge de l'enquête et des libertés à la place de l'information du procureur. « De la sorte est assuré un contrôle systématique par un magistrat du siège, conformément aux exigences conventionnelles, cependant qu'est maintenu le pouvoir de direction et de contrôle du parquet. Il s'agit de deux contrôles opérés à partir de paramètres différents ; la circonstance qu'il y ait des points de recoupement entre eux est d'autant moins critiquable qu'il n'y a pas de concurrence à craindre dans la mesure où celle-ci va dans le sens d'une forme d'émulation dans le contrôle des garanties et la préservation des libertés »³⁵.

Le principe d'un cumul des garanties assurait donc un réel contrôle dans le sens du meilleur respect des libertés, principe repris dans le cadre de l'élaboration du projet de loi établie par la Commission des lois.

B. Le projet de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République

La Commission des lois était donc également de cet avis, en préconisant que le procureur reste chargé du contrôle et de la conduite des opérations de gardes à vue, tout en confiant la vérification que l'atteinte portée à la liberté individuelle ne soit pas disproportionnée au regard des nécessités imposées par l'ordre public à un magistrat présentant toutes les qualités requises³⁶. La Commission des lois proposait un article 62-5 rédigé comme suit : « La garde à vue s'exerce sous le contrôle du juge des libertés et de la détention ou, à défaut, du président du Tribunal de grande instance ou de son délégué »³⁷. Ainsi le principe d'un cumul de garanties était repris mais confié au juge des libertés et de la détention et non au juge de l'enquête et des libertés. Le parquet, dont le rôle a été jugé essentiel, restait le directeur de la garde à vue. Le professeur Yves Mayaud, estimait d'ailleurs, « en tant que directeur d'enquête, le parquet joue un rôle de « régulation ». Plus encore, les actes du parquet sont des actes de police judiciaire soumis au contrôle du juge »³⁸. On le voit l'intervention du parquet en tant que directeur de la garde à vue participe des garanties mais il doit nécessairement

³⁵ Préc. p. 9.

³⁶ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Compte rendu n°16, 17 novembre 2010.

³⁷ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, rapport 3040 par M. Philippe Gosselin, 15 décembre 2010.

³⁸ préc. p. 67.

s'accompagner d'un contrôle par un juge du siège, juge des pouvoirs croissants du procureur de la République.

Des remèdes avaient ainsi été trouvés au cours des réflexions faites sur la réforme mais la loi du 14 avril 2011 a entériné une solution critiquable.

II. Des espoirs déçus par la nouvelle législation

Les députés ont refusé de suivre les propositions de la Commission puisque le nouvel article 62-3 est rédigé en ces termes : « La garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République, sans préjudice des prérogatives du juge des libertés et de la détention prévues aux articles 63-4-2 et 706-88 à 706-88-2 en matière de prolongation de la mesure au-delà de la quarante-huitième heure et de report de l'intervention de l'avocat (...) ». Sont mis en exergue des pouvoirs accrus du procureur de la République, compétent notamment pour sauvegarder les droits de la personne gardée à vue et apprécier la nécessité et la proportionnalité de la mesure, mais n'apparaît aucun contrôle parallèle d'un juge du siège indépendant avant les prolongations au-delà des quarante-huit premières heures de garde à vue. La réforme de la garde à vue ayant devancé une réforme globale de la procédure pénale, les grands équilibres de la réforme et notamment l'instauration d'un juge de l'enquête et des libertés auraient dû être arrêtés avant d'entreprendre la modification des règles spécifiques relatives à la garde à vue. Ainsi l'absence de consécration du cumul des contrôles est liée à la précipitation de la réforme des seules dispositions relatives à la garde à vue (A) mais s'explique également par un manque de moyens (B).

A. Une réforme précipitée

Dans le prolongement des préconisations du rapport Léger, le garde des Sceaux avait soumis à concertation un avant-projet de loi en mars 2010. À côté du renforcement des pouvoirs du parquet dans la direction de l'enquête, étaient instituées les juridictions de l'enquête et des libertés : juge et Tribunal de l'enquête et des libertés pour le premier degré, et chambre de l'enquête et des libertés pour l'appel. Un cadre unique d'enquête, l'enquête judiciaire pénale aurait été « conduite par le procureur de la République » et « effectuée sous le contrôle du juge de l'enquête et des libertés et du Tribunal de l'enquête et des libertés ». Le juge de l'enquête et des libertés devait en outre garantir le déroulement du contradictoire, équitable et impartial de la procédure ainsi que garantir le respect des libertés individuelles en statuant sur les demandes du procureur en matière d'investigations et en contrôlant leur mise en œuvre. Il aurait donc assuré le respect des droits au cours de la garde à vue. Mais le législateur n'a pas choisi cette voie de l'instauration d'un juge contrôleur de l'enquête, lequel aurait pu être l'acteur central du contrôle de la garde à vue.

Contraint par les impératifs européens et le délai butoir fixée par le Conseil Constitutionnel, la question de la garde à vue a fait l'objet d'un traitement prioritaire en dehors de tout accord sur l'économie générale de la réforme de la procédure pénale. En tout état de cause, l'intervention du seul procureur pour contrôler les gardes à vue ne suffit plus. Au-delà de la mise en place du juge de l'enquête et des libertés la loi du 14 avril 2011 aurait du pallier ce manque en prévoyant un contrôle des garanties par un juge du siège indépendant tel que le juge des libertés et de la détention dont la présence serait requise dans un délai qui ne saurait excéder vingt-quatre heures. Une redistribution des rôles dans le contrôle de la garde à vue était nécessaire même s'il est vrai que ni la Cour européenne ni le Conseil Constitutionnel, n'exigeaient de soumettre l'intégralité du contrôle de la garde à vue à un juge du siège. Pourquoi refuser cette voie qui aurait pourtant permis de se prémunir de condamnations futures des juges européens ?

B. Un manque de moyen humain et financier

L'actuel article 62-3 du Code de procédure pénale ne consacre donc pas la distinction entre autorités compétentes pour diriger la mesure et celle qui la contrôle. Ce refus s'explique peut-être par les craintes qu'un tel contrôle affecte le pouvoir du procureur d'apprécier l'opportunité des poursuites ou encore par le problème de faisabilité d'une telle réforme. Afin qu'il ait la maîtrise absolue de la garantie des droits reconnus pendant la garde à vue, des moyens tant matériels que juridiques nécessaires à l'accomplissement de sa mission auraient dû être accordés au magistrat du siège. L'expérience des pays étrangers montre que l'intervention d'un juge du contrôle « est parfois purement formelle et ne sert qu'à valider a posteriori l'accomplissement d'actes attentatoires aux libertés individuelles »³⁹. En effet si l'on souhaite que le contrôle par le juge des libertés et de la détention soit effectif cela suppose qu'il prenne connaissance du dossier or, à l'heure actuelle, il est permis de douter que ce juge dispose du temps et des moyens nécessaires pour effectuer un tel contrôle. Il est donc probable que ce soit des raisons budgétaires et un défaut de moyens humains qui aient freiné une réforme pourtant nécessaire.

L'instauration d'un juge du contrôle aurait en outre constitué un contrepoids utile et efficace face aux pouvoirs accrus confiés aux membres du parquet⁴⁰. La loi du 14 avril 2011 n'a pourtant pas choisi de les contrebalancer par l'intervention d'un juge arbitre, indépendant et

³⁹ Haritini Matsopoulou, « La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction », dans La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz 2009, p. 193-199.

⁴⁰ L'instauration d'une catégorie particulière d'officier de police judiciaire, dont l'intervention serait obligatoire pour les actes les plus graves de la garde à vue, figurait également au titre des propositions de réforme. Les garanties s'en seraient trouvées mieux respectées notamment lors du placement en garde à vue grâce à l'instauration de critères de compétence des agents habilités à garder un individu sous la contrainte, mais cette proposition resta également lettre morte.

offrant des garanties concrètes aux personnes privées momentanément de leur liberté. C'est la légitimité du parquet à contrôler seul une mesure attentatoire aux libertés qui est remise en cause mais non le rôle qu'il tient dans la garde à vue si celui-ci était par ailleurs contrôlé. Le critère organique, nous l'avons vu, engendre des doutes quant à l'aptitude du procureur de la République ou du juge d'instruction à contrôler la garde à vue. La conventionalité de notre droit ne doit pas cependant être envisagée au regard des seules exigences organiques, elle doit également prendre en considération les garanties procédurales.

Section 2. Les garanties procédurales tenant aux pouvoirs du parquet

Le projet de loi tel que modifié par la Commission des lois distinguait la gestion et le contrôle de la garde à vue. Ainsi le procureur de la République restait maître du déroulement de la garde à vue et dirigeait l'activité des enquêteurs. Il en ressort que le rôle assuré par le procureur est primordial et ne devait pas être supprimé mais simplement exercé sous le regard d'un juge protecteur des libertés. Il convient désormais d'examiner l'étendue de ses pouvoirs tant décisionnels (paragraphe 2) que relatifs au contrôle du placement en garde à vue (paragraphe 1). Seuls les pouvoirs du procureur seront étudiés, l'article 154, modifié par la récente loi, énonçant que le juge d'instruction dispose de prérogatives identiques en commission rogatoire.

Paragraphe 1. Les pouvoirs de contrôle sur le placement en garde à vue

Le procureur de la République contrôle les mesures de garde à vue en vertu de l'article 41 alinéa 3 du Code de procédure pénale. Ce pouvoir est explicitement rappelé et précisé à l'article 62-3 du Code de procédure pénale selon lequel : « La garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République (...). Le procureur de la République apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tentée de commettre. Il assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue. Il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ». Pour exercer ce contrôle le procureur doit nécessairement être informé du placement opéré par l'officier de police judiciaire, c'est la condition *sine qua non* de sa mise en œuvre (I). Par ailleurs, la condition *sine qua non* d'un contrôle de qualité réside dans une information concrète et précise. Seul un avis présentant ces qualités peut permettre un contrôle effectif (II).

I. L'obligation d'information du procureur : condition *sine qua non* de la mise en œuvre du contrôle

Afin de sauvegarder au mieux les droits des personnes placées en garde à vue, l'avis donné au procureur doit être effectué dans un délai le plus court possible, c'est pourquoi il est permis de dire que la condition nécessaire à la mise en œuvre de son contrôle réside dans une information immédiate (A). En revanche cette information n'apparaît plus constituer une condition suffisante (B) à l'exercice d'un contrôle protecteur des libertés lorsque le placement en garde à vue a lieu sur instructions du procureur de la République. Dans cette hypothèse le contrôle du placement en garde à vue apparaît affaibli.

A. Une condition nécessaire

Aux termes de l'article 63-I du Code de procédure pénale issu de la loi du 14 avril 2011 « Dès le début de la mesure, l'officier de police judiciaire informe le procureur de la République, par tout moyen, du placement de la personne en garde à vue. Il lui donne connaissance des motifs justifiant, en application de l'article 62-2, ce placement et l'avise de la qualification des faits qu'il a notifiée à la personne en application du 2° de l'article 63-1. Le procureur de la République peut modifier cette qualification ; dans ce cas, la nouvelle qualification est notifiée à la personne dans les conditions prévues au même article 63-1 ». Afin de préserver les garanties des personnes placées en garde à vue, le Code prévoit une information dès le début de la mesure pour que le procureur soit mis rapidement en mesure d'exercer son contrôle. Jusqu'à la loi du 15 juin 2000, le droit prévoyait une information « dans les meilleurs délais ». Sous l'empire du droit antérieur, le Conseil Constitutionnel avait développé une jurisprudence constante selon laquelle l'expression devait « s'entendre comme prescrivant une information qui, si elle n'est pas immédiate pour des raisons objectives tenant aux nécessités de l'enquête, doit s'effectuer dans le plus bref délai possible de nature à sauvegarder les droits reconnus à la personne gardée à vue ; (...) les mots « meilleurs délais » ne sauraient avoir pour portée de priver les magistrats concernés du pouvoir de contrôle qu'il leur appartient d'exercer »⁴¹. Désireuse de satisfaire aux exigences de l'article 5 § 3 de la Convention européenne la loi du 15 juin 2000 impose que l'officier de police judiciaire informe le procureur de la République « dès le début de la garde à vue ». Cette formulation a été conservée par la récente loi du 14 avril 2011 conformément à la jurisprudence constante de la chambre criminelle qui rappelle la nécessité d'un avis immédiat au parquet dès le placement en garde à vue⁴². Tout retard, non justifié par des circonstances insurmontables,

⁴¹ Décision 93-326 DC du 11 août 1993 relative à la garde à vue.

⁴² Crim, 7 janvier 2009, n° 08-83.428.

faisant nécessairement grief aux intérêts de la personne concernée, emporte en conséquence la nullité du placement en garde à vue.

En théorie l'information du procureur de la République permet d'exercer un droit de regard sur l'activité des forces de l'ordre et une protection des citoyens faisant l'objet d'une mesure de contrainte contre l'arbitraire. Yves Charpenel, avocat général à la Cour de Cassation rappelait « les procureurs de la République doivent vérifier si un placement en garde à vue est ou non légitime. L'officier de police judiciaire, dès qu'il place une personne en garde à vue, doit impérativement en informer le procureur. Il a un délai d'une heure pour le faire. C'est la loi. Si le magistrat considère que la mesure est inutile, il peut ordonner une remise en liberté immédiate. Ce délai d'une heure est un délai butoir : s'il n'est pas respecté, la garde à vue sera annulée. Le placement en cellule se déroule donc sous un double regard : celui du policier et celui du magistrat »⁴³. Ainsi, comme l'avait souligné le Conseil Constitutionnel, le magistrat du parquet doit donc être prévenu en temps utile du placement afin d'exercer un contrôle effectif.

Il apparaît que le contrôle du placement en garde à vue est affaibli par la confusion établie par la loi du 14 avril 2011 entre pouvoir de décider de l'opportunité du placement en garde à vue et pouvoir d'en contrôler la nécessité. En effet, lorsque la garde à vue est ordonnée sur instruction du procureur, l'information de ce dernier n'apparaît plus constituer une condition suffisante à l'exercice d'un contrôle effectif et impartial.

B. Une condition insuffisante

Aux termes du nouvel article 63-I nouveau du Code de procédure pénale le placement en garde à vue peut être décidé d'office par l'officier de police judiciaire ou sur instruction du procureur de la République. Il est légitime de se poser la question suivante : au regard du contrôle de la garde à vue était-il opportun d'étendre le pouvoir de décider d'une garde à vue au procureur de la République ? Aux termes d'une réponse spontanée, le procureur de la République détenant les pouvoirs et droits attachés à la qualité d'officier de police judiciaire, rien n'exclut qu'il bénéficie dès lors du pouvoir de placer en garde à vue. Mais une seconde réponse, quant à elle négative, apparaît. Bien qu'en pratique les enquêteurs sollicitent souvent l'avis du procureur et qu'il émane du parquet des instructions imposant le recours à la garde à vue afin que l'intéressé bénéficie des droits qui y sont attachés, il n'était pas souhaitable que la loi entérine un tel pouvoir. Il est en effet critiquable que le procureur de la République, autorité de contrôle et de direction de la garde à vue soit habilité à ordonner une telle mesure. Le contrôle du placement en garde à vue n'apparaît ni satisfaisant ni impartial lorsqu'il est exercé par l'autorité ayant décidé de ce placement, d'autant plus qu'aucun contrôle par un juge du siège n'est prévu. Jacques Leroy écrivait à ce titre que « ce mélange des pouvoirs est

⁴³ Matthieu Aron, *Gardés à vue*, éd. des arènes 2010, p. 160-161.

peu respectueux des libertés fondamentales »⁴⁴. Non seulement la loi issue de la réforme n'a pas choisi la voie de l'instauration d'un juge des garanties mais elle a affaibli le contrôle du placement par le procureur de la République dans l'hypothèse où il aurait donné instruction de placer une personne en garde à vue.

On constate qu'au-delà de cette question, l'information du parquet est nécessaire à l'exercice de son contrôle, encore faut-il que les circonstances d'une telle information soient propices à l'exercice d'un contrôle de qualité.

II. Les modalités d'information du procureur : condition *sine qua non* d'un contrôle de qualité

L'absence d'exigence quant à la forme de l'information a donné lieu à des pratiques décevantes, retirant au contrôle toute portée (A). La loi vient de consacrer expressément ce point critiquable du point de vue de la sauvegarde des libertés mais a, en revanche, permis un contrôle plus étendu en imposant une information plus concrète et précise dans son contenu (B).

A. L'absence d'exigence relative à la forme de l'information

Concernant le formalisme relatif à l'avis au procureur de la République, il ressort d'une lecture combinée de la jurisprudence de la Cour de Cassation et de l'article 63-1 nouveau que l'information n'est soumise à aucune forme particulière⁴⁵. Si cette solution facilite la validité des informations données au procureur, elle entérine une pratique désavantageuse sur le plan de la sauvegarde des droits des gardés à vue. En pratique, quand l'information sur le placement en garde à vue n'est pas faite par voie téléphonique, les parquets ont largement recours au fax ou aux télécopieurs. Il n'existe aucune garantie quant à la lecture de l'information et quand bien même elle serait lue, il est légitime de douter de l'effectivité d'un contrôle effectué sur la base d'un fax. Il est évident que l'envoi d'une télécopie en pleine nuit, à première vue conforme à la lettre de la loi qui exige une information dès le début de la mesure, ne permet évidemment pas un contrôle efficace du placement en garde à vue. Il apparaît en pratique que nombreux sont les procureurs ou substituts qui ne consultent les fax qu'une fois passé entre les mains d'un agent administratif. « En réalité, nous attendons le coup de fil du policier qui nous demande soit une prolongation, soit une levée de la garde à vue. C'est uniquement à ce moment là que nous intervenons. Si l'ont peut dire. Car quand le dossier est simple (défaut de permis, usage de stup, petites dégradations...) et quand le

⁴⁴ Jacques Leroy, « la garde à vue : des pistes pour une réformes », dans La réforme de la garde à vue et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz 2006, p. 179-192.

⁴⁵ Crim, 14 avril 2010, n° 10-80.562, note Caroline Duparc, forme et preuve de l'information du procureur de la République, AJ Pénal 2010 n° 9, p. 405-406 : La Cour valide un avis donné sous la forme d'un bulletin de garde à vue télécopié et joint ultérieurement à la procédure.

gardé à vue n'a pas de casier, notre conversation avec le policier dure entre 45 secondes et 2 minutes », tels étaient les propos tenus par Benoît Hurel, substitut du procureur à Créteil⁴⁶.

Les conditions d'un contrôle rigoureux ne sont donc pas remplies en pratique. La loi du 14 avril 2011 ne revient pas sur l'absence de forme de l'information du parquet mais au contraire valide la jurisprudence peu exigeante de la Chambre criminelle. L'obligation d'information n'implique donc aucun contact direct entre le parquet et l'officier de police judiciaire et ne permet pas de s'assurer que le procureur a effectivement exercé son contrôle. La nouvelle loi apporte néanmoins des précisions d'importance quant au contenu de cette information.

B. Les exigences relatives au contenu de l'information

La réforme des dispositions relatives à la garde à vue est à l'origine d'un progrès certain quant au contenu de l'information donnée au procureur de la République. L'ancienne rédaction n'apportant aucune précision, le parquet était informé des motifs du placement en garde à vue par l'intermédiaire de la qualification juridique donnée aux faits par l'officier de police judiciaire. Depuis la loi du 14 avril 2011, il est précisé que l'officier de police judiciaire « lui donne connaissance des motifs justifiant, en application de l'article 62-2, ce placement et l'avise de la qualification des faits qu'il a notifiée à la personne ». Deux observations en découlent : tout d'abord la nouvelle loi consacre la pratique relative à l'information sur la qualification juridique des faits. Ensuite, elle impose aux enquêteurs de justifier la garde à vue au regard d'un des six motifs énoncés par le nouvel article 62-2 du Code de procédure pénale selon lequel la garde à vue doit être l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs énumérés, comme permettre l'exécution des investigations, garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République, éviter les pressions ou la destruction des preuves... « Cette liste de critères, puisse-t-elle paraître longue, constitue un progrès dans la mesure où elle permettra au parquet d'exercer un contrôle juridique sur les raisons qui ont motivé la privation de liberté. La conséquence logique devrait être que les juridictions du fond et la Cour de Cassation contrôlent à leur tour la nécessité des gardes à vue contestées devant elles (...). En effet, la menace d'une annulation de la mesure par les juridictions inciterait les parquets à exercer un contrôle rigoureux »⁴⁷. L'article 63-I opère ainsi un renvoi explicite au nouvel encadrement de la mesure. L'information relative aux critères de placement en garde à vue confère « un contenu concret au contrôle que doit exercer le parquet »⁴⁸. Le procureur peut ainsi exercer un droit de regard sur les raisons ayant motivées la privation de liberté et sur sa nécessité afin d'éviter les détentions arbitraires. Il peut en outre modifier la qualification des faits établie par l'officier de police judiciaire or « si la loi précise que le

⁴⁶ Matthieu Aron, *Gardés à vue*, éd. des arènes 2010, p. 162.

⁴⁷ Juliette Lelieur, *L'accroissement du rôle du parquet dans la garde à vue*, AJ Pénal novembre 2010, n° 11, p. 483-487.

⁴⁸ Préc. Juliette Lelieur.

parquet peut modifier la qualification des faits, cela sous-entend qu'il est censé contrôler ladite qualification. Cette lecture du texte devrait être source d'inspiration pour la Cour de Cassation, qui pourrait exiger que le contrôle de la qualification juridique des faits soit effectif, sous peine de nullité de la garde à vue »⁴⁹.

Bien que le contenu de l'information soit désormais propice à un contrôle rigoureux de la nécessité et de la proportionnalité de la garde à vue ou de son maintien, ce dernier est souvent mis de côté en raison des relations de confiance entre le parquet et les services de police ou de gendarmerie. Au-delà de cette confiance, il est nécessaire pour les procureurs d'être en bon terme avec les membres de la police puisque leur travail et le bon déroulement de l'enquête dépend largement du bon vouloir de ces derniers. Les parquetiers limitent ainsi leur contrôle dans le souci de ne pas « froisser » les enquêteurs. Malgré des pratiques contestables, l'entrée en vigueur de la nouvelle loi étend les possibilités de contrôle par le parquet par le truchement d'une information plus concrète. Par ailleurs le procureur dispose de pouvoirs décisionnels au service du contrôle du déroulement de la garde à vue.

Paragraphe 2. Les pouvoirs décisionnels du procureur

Les pouvoirs décisionnels du procureur sont de deux ordres : ceux relatifs à la prolongation de la garde à vue sollicitée par l'officier de police judiciaire (II) et ceux qui relèvent des attributs dont le procureur doit nécessairement bénéficier afin d'exercer un réel contrôle sur l'issue de la garde à vue (I). À défaut de remplir ces critères, le contrôle exercé par le magistrat du parquet serait privé de toute effectivité. À côté de ces impératifs la loi française impose au procureur, comme il sera précisé dans des développements ultérieurs, une obligation de visiter les locaux de garde à vue chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par an. Ce magistrat consulte également les registres de garde à vue. En pratique, ce contrôle est plus que relatif en raison de l'importance du nombre de gardes à vue. Ces procédés permettent toutefois de surveiller les conditions de détention des personnes placées en garde à vue et de vérifier le respect de la dignité.

I. Les pouvoirs reconnus au procureur sur l'issue de la garde à vue

Le contrôle doit être automatique c'est-à-dire qu'il ne doit pas être tributaire d'une demande formulée par la personne gardée à vue. Ce caractère automatique figure au titre des garanties puisqu'il permet d'éviter que toute protection de la personne concernée par la mesure soit mutilée. En effet le contrôle de la légalité d'une garde à vue, pour être efficace, ne doit pas dépendre d'une quelconque demande, l'individu qui subit des mauvais traitements pouvant se

⁴⁹ Préc. Juliette Lelieur.

trouver dans l'impossibilité de saisir le juge d'une telle requête, il en va de même pour les personnes ne comprenant pas la langue française ou les personnes particulièrement vulnérables. Au-delà du caractère systématique du contrôle, la protection de la personne gardée à vue est tributaire de deux autres impératifs. Il s'agit de critères fonctionnels qui tiennent aux pouvoirs dont doit disposer l'autorité de contrôle de la garde à vue afin que celui-ci soit effectif : le pouvoir d'entendre personnellement le gardé à vue et de la faire déférer devant elle (A) ainsi que le pouvoir de prononcer la remise en liberté de l'intéressé (B).

A. Le pouvoir d'entendre personnellement la personne placée en garde à vue

Le procureur de la République, et plus généralement tout magistrat habilité à surveiller les mesures de garde à vue doit avoir la faculté d'entendre personnellement la personne gardée à vue et traduite devant lui⁵⁰. Le contrôle doit donc inclure une présentation personnelle au magistrat⁵¹ afin de réduire le risque de mauvais traitement et d'éviter les abus d'autorité. Cette exigence interdit donc toute pratique consistant à prolonger les gardes à vue par écrit sans présentation préalable de l'individu. Le nouvel article 62-3 du Code de procédure pénale énonce que le procureur « peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ». La consécration légale de cette pratique, en tant que pouvoir de contrôle du parquet, ne peut être accueillie qu'avec satisfaction.

L'arrêt *Moulin contre France* du 23 novembre 2010 a permis d'apporter des précisions relatives au droit d'être entendue personnellement. En l'espèce les juges d'instruction qui avaient décidé de la garde à vue avaient été présents lors d'une opération de perquisition ainsi que sur le lieu de détention de la requérante. Pour autant aucun échange entre les juges du siège et la mise en cause n'avait eu lieu. La Cour européenne estime que la simple présence des magistrats lors de la perquisition comme lors de la visite ne garantit pas un contrôle juridictionnel effectif de la garde à vue. Les juges retiennent donc une conception stricte du droit d'être entendu personnellement afin de ne pas mutiler les droits fondamentaux de l'individu. Cette obligation doit donc consister en une véritable audition personnelle par le magistrat lui permettant d'apprécier le bien-fondé de la garde à vue et de son maintien en examinant par exemple les circonstances qui militent pour ou contre la détention, les critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant. À ce titre, la possibilité de recourir à des mécanismes de télécommunication audiovisuelle pour satisfaire l'obligation de présentation avant toute prolongation de la mesure de contrainte apparaît directement contraire aux prescriptions de la Cour européenne. De plus le contrôle du parquet s'exerçant souvent par téléphone, la présentation de l'intéressé au procureur n'est qu'exceptionnelle et prive ce dernier d'un contrôle efficace alors que dans le même temps la Cour européenne a posé pour

⁵⁰ CEDH, 4 décembre 1979, *Schiesser c/ Suisse*.

⁵¹ CEDH, 23 juin 2009, *Oral et Attabay c/ Turquie*, n° 39686/02 ; CEDH, 20 octobre 2009, *Aktas et autres c/ Turquie*, n° 24744/03.

règle que « le magistrat doit entendre personnellement l'individu traduit devant lui ». Même si certaines réalités sont sujettes à critiques, le parquet dispose de la faculté d'entendre personnellement le gardé à vue mais également de prononcer sa libération.

B. Le pouvoir de libérer la personne placée en garde à vue

Le procureur doit ensuite examiner de manière concrète la régularité du placement et du déroulement de la garde à vue ainsi que l'existence de raisons plausibles de soupçonner que l'intéressé a commis ou tenter de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement. Si la décision de placement en garde à vue ne rentre pas dans les prévisions légales, le magistrat constatant une détention arbitraire ou illégale doit avoir la faculté de mettre un terme à la garde à vue. À défaut le contrôle ne serait pas effectif et n'éviterait aucunement les détentions arbitraires. Le procureur de la République doit donc disposer de la faculté de faire cesser la mesure de garde à vue et de remettre la personne en liberté⁵². « Il faut donc que le magistrat saisi puisse se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons justifiant ou non la privation de liberté. Il s'agit donc bien d'un contrôle juridictionnel de la légalité de l'arrestation ou de la détention. Il faut que le magistrat ait un pouvoir autonome de remise en liberté, un pouvoir consultatif, de simples avis ne suffisent pas, même s'ils sont toujours suivis »⁵³. En résumé le contrôle doit être effectif en permettant d'examiner les questions de régularité de la garde à vue et aux besoins accorder la remise en liberté. En théorie l'article 62-3, issu de la loi de 2011, confère cette prérogative au procureur, mais qu'en est-il en pratique ?

Les magistrats et leurs substituts sont trop peu nombreux pour exercer un réel contrôle face à l'inflation des gardes à vue. Une des conséquences négatives du sous-effectif des parquetiers est l'allongement de la durée de la garde à vue. En effet il manque de magistrats pour prononcer la levée de la garde à vue car si l'officier peut décider seul du placement en garde à vue seul l'autorité judiciaire peut décider d'y mettre fin. Ainsi pour des raisons purement administratives et non pour un motif lié aux nécessités de l'enquête un individu va être privé de sa liberté beaucoup plus longtemps que ce que la justice nécessite. On le voit en pratique le contrôle effectué par l'autorité judiciaire est loin d'être efficace mais il apparaît en outre qu'il peut être de nature à aggraver la situation de la personne placée en garde à vue notamment au regard des délais de placement en garde à vue. Le 21 janvier 2007, le sénateur François Zocchetto déclarait d'ailleurs « la durée de la garde à vue excède souvent celle strictement nécessaire à l'enquête : ces gardes à vue dites de « confort », souvent décidées la nuit ou pendant les weekends, se prolongent le temps nécessaire pour permettre au parquet de prendre

⁵² CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*.

⁵³ Serges Guinchard et Jacques Buisson, manuel de procédure pénale, Lite 6^{ème} éd. 2010, p. 344.

une décision sur l'action publique. En effet si l'initiative de la garde à vue relève de l'officier de police judiciaire, il appartient au ministère public d'y mettre un terme »⁵⁴.

Quels sont alors les remèdes à ces « gardes à vue de confort » ? Deux solutions pourraient être envisagées. La première consisterait à conférer à l'officier de police judiciaire le pouvoir de mettre lui-même un terme à la garde à vue. Cette faculté serait possible pour les infractions les moins graves pour lesquelles justement les délais de garde à vue dépassent le temps strictement nécessaire aux investigations ou interrogatoire. L'officier de police judiciaire en décidant de mettre fin à la garde à vue permettrait de pallier les manques d'effectif des parquets. Cette solution fût proposée par le sénateur François Zocchetto mais la proposition resta lettre morte. La seconde solution est celle, consistant à permettre une dématérialisation de la procédure et notamment des procès-verbaux. La loi du 14 avril 2011 prévoit, en son article 12, que les registres peuvent éventuellement être tenus sous forme dématérialisée. Pourquoi ne pas envisager de l'étendre aux procès-verbaux, les membres du parquet pourraient dès lors prendre connaissance des gardes à vue et de leur déroulement par internet. Il en résulterait : une procédure accessible en temps réel par les magistrats du parquet mais aussi une procédure allégée de la lourdeur de certaines formalités. Autant d'avantages dans le sens d'une levée des gardes à vue moins tardive et d'un contrôle effectif.

On le voit malgré le pouvoir de prononcer la remise en liberté, l'encadrement de la durée de la garde à vue est mis à mal par la pratique des gardes à vue dite de confort. Il convient à présent de s'intéresser au contrôle du maintien en garde à vue au-delà de la durée légale de vingt-quatre heures par le formalisme applicable aux prolongations.

II. Les pouvoirs reconnus au procureur sur la prolongation de la garde à vue

La première garantie reconnue aux individus tient à l'encadrement légal de la durée de la détention qui ne peut excéder les limites imposées par la loi sous peine de constituer une détention arbitraire. La durée initiale de la garde à vue est fixée à vingt-quatre heures quel que soit le cadre juridique dans lequel elle intervient. En revanche en vertu de l'article 4-I de l'ordonnance du 2 février 1945, la retenue des mineurs de dix à treize ans ne peut excéder douze heures. Cette ordonnance fixe un régime spécifique de prolongation au profit du mineur. La loi du 14 avril 2011, dispose que la possibilité de prolongation pour une même durée, décidée par le procureur de la République, est désormais limitée aux crimes ou aux délits punis d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à un an et subordonnée au fait que « la prolongation de la mesure est l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs mentionnés aux 1° à 6° de l'article 62-2 »⁵⁵. L'article 63-III précise : « l'heure du

⁵⁴ Matthieu Aron, Gardés à vue, éd. des arènes 2010, p. 166.

⁵⁵ Art. 63-II nouveau du C. pr. pén.

début de la mesure est fixée, le cas échéant, à l'heure à laquelle la personne a été appréhendée. Si une personne a déjà été placée en garde à vue pour les mêmes faits, la durée des précédentes périodes de garde à vue s'impute sur la durée de la mesure ». Il s'agit là de la consécration d'une jurisprudence constante. On le voit, la loi du 14 avril 2011, en encadrant strictement la durée de la garde à vue accroît la protection des personnes soumises à cette contrainte. Désormais, le magistrat chargé de prendre sa décision sur la prolongation de la garde à vue pourra en apprécier la nécessité au regard de motifs concrets et précis. Le contrôle du maintien en garde à vue apparaît alors satisfaisant.

Mais, la prolongation des gardes à vue n'est pas un événement rare, elle représentait déjà en 2003 vingt-cinq pourcent des gardes à vue. À ce titre la décision de prolongation, tout comme ses modalités, doivent être strictement encadrées et établies dans le respect des droits des individus. Deux garanties majeures doivent être étudiées : la gradation dans l'intervention de l'autorité judiciaire (A) ainsi que la présentation de la personne gardée à vue au magistrat décidant de la prolongation (B).

A. Le principe de la gradation dans l'intervention de l'autorité judiciaire

Les modalités de prolongation de la garde à vue font apparaître l'idée selon laquelle plus la privation de liberté est forte, plus l'intervention d'un magistrat présentant des garanties d'impartialité et d'indépendance est rendue nécessaire. Il apparaît alors que le procureur de la République est évincé au-delà de la première prolongation, ainsi que dans l'hypothèse d'une privation de liberté à l'issue de la garde à vue dans l'attente d'un déferrement.

Peut être alors mise en exergue, une gradation dans le contrôle des prolongations. Au bout de vingt-quatre heures, la contrainte est plus forte ainsi l'intervention de l'autorité judiciaire s'intensifie. La privation de liberté ne peut être décidée que par le procureur de la République (ou le juge d'instruction) à l'exclusion de l'officier de police judiciaire, à la différence du placement en garde à vue. Au-delà de vingt-quatre heures, l'intervention de l'autorité judiciaire s'intensifie à nouveau. Ainsi pour les procédures dérogatoires au droit commun c'est-à-dire pour les catégories d'infractions énumérées par l'article 706-73 du Code de procédure pénale, l'article 706-88⁵⁶ subordonne les prolongations à une autorisation écrite d'un magistrat du siège, c'est-à-dire le juge des libertés et de la détention ou le juge

⁵⁶ L'art. 706-88 modifié par la loi du 14 avril 2011 énonce : « pour l'application des articles 63, 77 et 154, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relatives à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, la garde à vue d'une personne peut, à titre exceptionnel, faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune (...). Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, si la durée prévisible des investigations restant à réaliser à l'issue des premières quarante-huit heures de garde à vue le justifie, (...) la garde à vue fera l'objet d'une seule prolongation supplémentaire de quarante-huit heures ». En matière de terrorisme la récente loi a introduit un article 706-88-1 selon lequel « s'il ressort des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement, le juge des libertés peut, à titre exceptionnel et selon les modalités prévues au deuxième alinéa de l'article 706-88, décider que la garde à vue en cours d'une personne, se fondant sur l'une des infractions visées au 11° de l'article 706-73, fera l'objet d'une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois ».

d'instruction. Le Conseil Constitutionnel a toujours exigé que les prolongations dans le cadre des régimes dérogatoires soient décidées par un magistrat du siège⁵⁷ mais sans imposer des exigences quant aux qualités que ce juge devait revêtir. Ainsi il apparaît que seules les prolongations décidées par le juge des libertés et de la détention permettent un contrôle effectif de la mesure, puisque seul ce magistrat présente les garanties d'indépendance et d'impartialité requises. En effet, comme il a pu être constaté, l'impératif d'impartialité à l'égard des parties fait défaut pour le juge d'instruction. De plus, dans le cadre d'une instruction, ce magistrat cumule des missions de gardien de la liberté individuelle et des fonctions de mise en l'état. Dans ce cas, le contrôle de la prolongation de la garde à vue n'apparaît pas satisfaisant, notamment au regard de l'article 5 § 3 de la Convention européenne. Afin d'exercer une réelle fonction de gardien des libertés et de protéger les personnes placées en garde à vue seul le juge des libertés et de la détention devrait être compétent pour contrôler, à l'occasion des prolongations et de tous les renouvellements de prolongations, toutes les gardes à vue.

La loi Perben II du 9 mars 2004 a réglé la question du délai de déferrement qui était jusque-là ignoré par le droit, et contribuait à rallonger la durée de la privation de liberté à l'issue de la garde à vue. L'article 803-2 dispose désormais que « toute personne ayant fait l'objet d'un déferrement à l'issue de sa garde à vue à la demande du procureur de la République comparait le jour même devant ce magistrat ou, en cas d'ouverture d'une information, devant le juge saisi de la procédure ». En cas de nécessité, la personne déférée peut, en vertu de l'article 803-3, comparaître le jour suivant mais au plus tard dans un délai de vingt heures à compter de la levée de la garde à vue. Saisi par la Cour de Cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'article 803-3 du Code de procédure pénale à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacrant le principe de la présomption d'innocence, et au principe de dignité contenu dans le préambule de la Constitution de 1946, le Conseil Constitutionnel a affirmé, par une décision du 17 décembre 2010, la conformité dudit article. Les sages de la rue de Montpensier ont cependant émis des réserves d'interprétation selon lesquelles, le magistrat devant lequel va comparaître l'intéressé doit « être informé sans délai de l'arrivée de la personne déférée dans les locaux de la juridiction » afin d'apprécier immédiatement l'opportunité de la rétention. En outre, « la privation de liberté intervenant à l'issue d'une mesure de garde à vue prolongée par le procureur de la République méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures prévu par cet article »⁵⁸. La loi du 14 avril 2011 a tenu compte des exigences constitutionnelles en évinçant le procureur puisque l'article dispose désormais que « lorsque la garde à vue a été prolongée mais que cette prolongation n'a pas été ordonnée par le juge des libertés et de la détention ou par un juge d'instruction, la

⁵⁷ En matière de terrorisme : Cons. Const. 3 septembre 1986, n° 86-213 DC, considérant n° 17 ; en matière de criminalité organisée : Cons. Const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 25.

⁵⁸ Cons. Const. 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC, note Procédures février 2011, p. 34.

personne retenue doit être effectivement présentée à la juridiction saisie ou, à défaut, au juge des libertés et de la détention avant l'expiration du délai de vingt heures ».

On le voit la prolongation d'une mesure privative de liberté doit être strictement contrôlée. Ce contrôle n'est alors réellement effectif que dans les cas où la prolongation est décidée par un magistrat du siège. Afin de sauvegarder les droits de la personne concernée, la loi impose outre l'obligation de notification de la prolongation à l'intéressé, sa présentation au magistrat qui décide du maintien ou non en garde à vue.

B. La présentation préalable de la personne gardée à vue

Depuis la loi de 2011 la présentation préalable de l'individu à l'autorité est le principe, la non-présentation l'exception. Outre l'article 77 du Code de procédure pénale qui imposait cette présentation préalable, sauf décision écrite et motivée, dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'ancienne rédaction formulait, pour l'enquête de flagrance, une simple faculté offerte au magistrat, de subordonner la prolongation à la présentation de la personne gardée à vue⁵⁹. En pratique les prolongations étaient accordées sans cette exigence dans la majorité des cas. Désormais, le procureur qui souhaite se départir, à titre exceptionnel, de cette obligation doit le motiver en enquête de flagrance comme en enquête préliminaire puisque la présentation préalable avant toute prolongation devient la règle.

Concernant les modalités de mise en œuvre de la rencontre du gardé à vue et du magistrat, certains parquets remplissaient cette obligation légale en ayant recours à des visioconférences, dispensant ainsi l'officier de police judiciaire de conduire la personne gardée à vue au palais de justice. L'économie de budget et de temps justifie-t-elle l'absence de présentation physique au magistrat ? Il est évident que l'obligation légale impose, pour être protectrice, un échange humain direct et non indirect, par le truchement d'appareils électroniques. Seule une telle présentation de l'individu permet un contrôle réel des conditions de déroulement de la garde à vue, de l'état psychologique et physique du suspect, et ainsi de l'opportunité d'une prolongation. «L'écran de visioconférence, quelle que soit la résolution de son image, ne saurait suppléer la relation humaine. Les nouvelles technologies ont leurs limites. Cette pratique devrait être prohibée»⁶⁰. Certains estiment même qu' «une autre solution est envisageable : prévoir que le procureur puisse se rendre sur les lieux même de la garde à vue afin d'en vérifier ses conditions d'exécution et d'autoriser ou non la prolongation»⁶¹. Il apparaît cependant que cette solution est difficilement applicable compte tenu du fait que les

⁵⁹ L'ordonnance du 2 février 1945 imposait déjà la présentation préalable pour les mineurs.

⁶⁰ Jacques Leroy, « la garde à vue : des pistes pour une réforme », dans La réforme de la garde à vue et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz 2006, p. 179-192.

⁶¹ Préc. Jacques Leroy.

membres du parquet sont déjà en sous-effectifs et dépassé par le nombre de gardes à vue à contrôler.

Pour autant, le nouvel article 63-II entérine cette pratique contestable en énonçant que « cette présentation peut être réalisée par l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle ». Bien que certains affirment que « ce progrès technique devrait faciliter la «rencontre» du gardé à vue et du magistrat et modifier la pratique actuelle des prolongations très souvent accordées sans aucune présentation de la personne, par une autorisation écrite », il n'était pas nécessaire de consacrer cette pratique regrettable au regard de l'efficacité du contrôle assuré par le procureur. Bien au contraire, il aurait été préférable que la loi prohibe ce genre de procédés, d'autant plus qu'ils sont contraires à l'interprétation faite par la Cour européenne du droit à être entendu personnellement. Mais ne valait-il pas mieux permettre un contact entre le procureur et la personne gardée à vue, aux besoins par le biais de moyens techniques, et éviter ainsi la pratique des prolongations sans présentation préalable liées à la lourdeur de cette obligation ? Le législateur a ainsi fait le choix d'imposer un contact entre le gardé à vue et le magistrat, mais peu importe que ce contact soit direct ou indirect.

Le rôle du procureur de la République dans le contrôle de la garde à vue est incontestable. Ainsi la loi du 14 avril 2011, en maintenant son pouvoir de direction, ne peut être remise en cause même si, d'un point de vue pratique, les moyens et les effectifs conférés au parquet doivent être accrus afin que son contrôle ne reste pas seulement théorique. En revanche, la réforme de la garde à vue est critiquable en ce qu'elle ne permet pas un contrôle en parallèle des garanties conférées par la loi par un juge du siège indépendant. Or le contrôle de l'opportunité de la mesure de contrainte est assuré par le procureur mais le contrôle de la légalité, tant du placement que du maintien en garde à vue, est largement oublié. Le suspect n'est pas safeguardé des atteintes à ses droits et libertés durant les deux premiers jours de garde à vue puisqu'il ne peut bénéficier de l'intervention d'un magistrat du siège. Cet oubli est d'autant plus regrettable en raison du fait qu'aucun contrôle a posteriori de la légalité par un juge de siège n'est possible. En effet, la Cour de Cassation se refuse d'effectuer un contrôle de la légalité matérielle de la garde à vue, réservant sa protection à la seule légalité formelle. Ainsi l'absence de contrôle sur ce point, tant a priori qu'à posteriori, semble constituer une des plus grandes lacunes du contrôle de la garde à vue.

CHAPITRE 2. L'EFFECTIVITÉ DU CONTRÔLE A POSTERIORI DE LA GARDE A VUE PAR LE JUGE JUDICIAIRE

La garantie des droits des personnes placées en garde à vue passe par le respect d'un formalisme procédural imposé aux forces de l'ordre par le Code de procédure pénale. Ce formalisme est un « rempart contre les abus » dans la mesure où il constitue la preuve du bon déroulement de la garde à vue et du respect des droits conférés aux individus (section 1) privés de leur liberté pour une durée limitée. Ce rempart n'est efficace qu'à la condition de la mise en œuvre *a posteriori* d'un contrôle poussé de la garde à vue par le juge de l'annulation, permettant de sauvegarder les libertés de la personne soumise à une telle mesure de contrainte (section 2).

Section 1. La preuve du respect des garanties

L'officier de police judiciaire doit confiner par écrit les conditions matérielles dans lesquelles s'est déroulée la garde à vue. Deux procédés d'une égale importance sont prévus à cet effet : la rédaction de procès-verbaux (paragraphe 1) et la tenue de registres (paragraphe 2). La question des formalités n'est pas seulement d'ordre procédural, elle est également essentielle dans le contrôle du respect des droits fondamentaux des personnes placées en garde à vue. L'examen des registres et procès verbaux constitue indéniablement un instrument majeur pour s'assurer du respect des droits des personnes privées de liberté.

Paragraphe 1. La rédaction de procès-verbaux

Des précisions doivent être apportées concernant les mentions exigées par le droit national, lesquelles constituent un moyen de preuve du bon déroulement de la garde à vue (I). Mais le contrôle ne peut être efficace que si le procès-verbal retrace avec exactitude les faits or la signature de l'officier de police judiciaire et de la personne gardée à vue constitue une garantie de la sincérité de l'acte. Malheureusement, il ne sera pas toujours aisé de s'assurer que l'émargement n'a pas été forcé, faute de quoi, la signature de la personne gardée à vue risque de se retourner contre elle en donnant force probante à l'acte. C'est pourquoi la question de la signature de l'intéressé (II) est essentielle et ne peut être écartée de l'étude des procès-verbaux.

I. Les mentions obligatoires : preuve du bon déroulement de la garde à vue

Des précisions doivent être apportées tant sur le contenu obligatoire du procès-verbal, (A) que sur son utilité probatoire dans le cadre d'une éventuelle action (B).

A. Le contenu du procès-verbal

L'article 64 du Code de procédure pénale énumère la liste des mentions qui doivent figurer au procès-verbal. Aux termes de cet article, ces mentions doivent être émargées par la personne gardée à vue. En cas de refus, il en est fait mention. Une interprétation a contrario de cet article, permet de déduire qu'il n'impose nullement la signature du document. La signature est une faculté que le gardé à vue exerce en toute liberté et non une obligation.

Le procès verbal d'audition indique ainsi :

- la mention du nom de l'officier de police judiciaire ayant procédé aux opérations de garde à vue et dressé le procès-verbal, afin de vérifier la compétence matérielle et territoriale du policier, selon les exigences énoncées par la Cour d'appel de Bordeaux dans une décision du 23 janvier 2004.
- Les motifs de la garde à vue au regard des nécessités de l'enquête ou des raisons plausibles de soupçonner que la personne gardée à vue a commis ou tenté de commettre une infraction mais également, depuis la loi du 14 avril 2011, conformément aux 1° à 6° de l'article 62-2 dans sa nouvelle rédaction⁶². Cette disposition doit être précise, il doit s'agir d'une réelle motivation et non une clause de style.
- L'avis donné au procureur de la République.
- La mention de la notification des droits et des demandes relatives aux droits dont la personne gardée à vue dispose ainsi que les suites qui leur ont été données. À titre d'exemple, devront figurer les diligences accomplies dès la demande de s'entretenir avec un avocat ou de bénéficier d'un examen médical. Ces formalités permettent de constater que les diligences n'ont pas été accomplies avec suffisamment de rigueur ou de manière tardive sans justifications.
- La mention des jours et heures du début et de la fin de la garde à vue permettant de contrôler si la durée légale de la garde à vue a été respectée.

⁶² Art. 62-2 du C. proc. pén. issu de la loi du 14 avril 2011 : « (...) Cette mesure doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants :

1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ;

2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ;

3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;

4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ;

5° Empêcher que la personne ne se concertent avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;

6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit ».

- La durée des interrogatoires et des périodes de repos ainsi que, depuis la loi du 15 juin 2000, les heures auxquelles la personne a pu s'alimenter mais non la nature des aliments donnés à l'intéressé. S'il lui est proposé de s'alimenter mais que celle-ci refuse, le procès-verbal devra le mentionner.
- L'information des parents et les diligences effectuées pour garantir le droit à être défendu lorsque la garde à vue concerne un mineur⁶³.
Depuis la loi du 14 avril 2011, l'article 64 prévoit deux types de mentions nouvelles :
- Le cas échéant, les auditions de la personne gardée à vue effectuées dans une autre procédure pendant la durée de la garde à vue⁶⁴.
- S'il a été procédé à une fouille intégrale ou à des investigations corporelles internes⁶⁵.

En pratique, l'officier de police judiciaire rédige plusieurs procès-verbaux, un pour le placement faisant état des motifs de la garde à vue ainsi qu'un procès-verbal de notification de fin de garde à vue qui reprend les conditions matérielles de déroulement de la mesure. En cas de prolongation un autre procès-verbal pourra être établi. Selon la circulaire générale du 1^{er} mars 1993, sont annexés, l'autorisation écrite de prolongation, les certificats médicaux et les observations de l'avocat. Mais qu'en est-il de la valeur des procès-verbaux en tant que preuve du déroulement de la garde à vue ?

B. L'utilité probatoire du procès verbal

Concernant la valeur probante des procès-verbaux rapportant des preuves recueillies, en matière criminelle et délictuelle, à l'occasion d'interrogatoires ; ceux-ci n'ont valeur que de simple renseignement. En pratique deux situations sont envisageables. Dans une première hypothèse, il résulte du procès-verbal que les formalités légales ont été respectées. Ce document, régulier en la forme, est de nature à laisser présumer que les interrogatoires et la garde à vue se sont déroulés conformément aux prescriptions du Code de procédure pénale et dans le respect des droits de la personne. En cas de contestation il semble que ce soit à l'intéressé de démontrer l'irrégularité de la garde à vue, preuve d'une grande difficulté à établir. En revanche, si le procès-verbal ne mentionne pas l'observation des formalités légales, et c'est la seconde hypothèse, la charge de la preuve pèse sur le ministère public. L'absence de mention laissant en quelque sorte présumer, soit de l'irrégularité de l'interrogatoire, soit du non-respect des droits que la loi accorde à l'individu privé de sa liberté.

Par ailleurs, l'accomplissement de cette formalité permet aux juridictions, qui auront à se prononcer sur la culpabilité de la personne suspectée, d'apprécier les circonstances dans lesquelles les déclarations de l'intéressé ont été faites. La preuve de l'absence de périodes de

⁶³ Circulaire générale C 64 du 1^{er} mars 1993, 9°.

⁶⁴ Art. 64 3° du C. proc. pén.

⁶⁵ Art. 64 5° du C. proc. pén.

repos suffisantes, d'une alimentation à des heures décalées ou du non-respect des diligences imposées aux enquêteurs permettra d'exercer un regard critique sur cette phase de la procédure. On le voit ces prescriptions sont imposées aux enquêteurs afin que les juridictions d'instructions et de jugements puissent exercer un contrôle concret sur la garde à vue dans l'hypothèse où un recours en nullité ou en réparation serait engagé. La signature du procès-verbal par l'intéressé, gage de sa sincérité, revêt à cet égard une importance particulière.

II. La signature ou le risque de la preuve viciée

La question de la signature des procès-verbaux doit faire l'objet d'une attention particulière, d'une part au regard de sa force probante, d'autre part au regard des risques qui lui sont liés (B). Nul doute que l'émargement de la personne gardée à vue exerce une influence sur l'intime conviction des magistrats (A).

A. L'influence de la signature sur l'intime conviction des juges

Il n'existe aucune obligation qui pèse sur la personne gardée à vue de signer les procès-verbaux relatant ses déclarations. En revanche une fois le pas franchi, la signature revête une importance particulière, tant en fait qu'en droit. La force probante attachée à celle-ci est considérable dans la mesure où la signature « marque le consentement de la partie à un acte, son accord intangible à tout ce qui a été écrit (...) la seule façon de renier un acte écrit que l'on a signé est de dire que l'on n'a pas signé l'acte, que cette signature est un faux »⁶⁶. Autant dire que contester les déclarations retranscrites dans un procès-verbal signé de la personne gardée à vue n'est pas chose aisée, voir relève de l'impossible. Les magistrats accordent énormément de crédit à ce qui est écrit dans ces procès-verbaux. D'autant plus lorsque ce dernier est signé. Ainsi par la signature la personne gardée à vue est engagée irrémédiablement dans la procédure. Comment soulever l'irrégularité des heures de repos ou du caractère tardif de la notification des droits si l'on signe un procès-verbal contenant des erreurs relatives à ces mentions ? Ainsi dans l'hypothèse où le procès-verbal n'est pas le reflet de la réalité, soit du fait de l'erreur des agents de police soit en raison d'une mauvaise foi avérée, l'absence de signature est encore la solution la plus sage. Mais le refus de signature est-il toujours judicieux ? Certes, en agissant ainsi, la personne gardée à vue entrave le travail des enquêteurs, lesquels y voient la marque d'une mauvaise volonté de la personne suspectée. Mais cette faculté offerte à la personne d'accepter ou non de signer les procès-verbaux figure au titre de ces droits essentiels. Il s'agit d'une mesure protectrice de la personne qui lui permettra éventuellement une action future en nullité devant l'autorité judiciaire. Certains souhaiteraient que la personne suspectée écrive elle-même le procès verbal⁶⁷ en raison des

⁶⁶ Laurent Schwartz, « L'exercice des droits de la défense pendant la garde à vue », dans La garde à vue dans tous ses états, Les cahiers du Conseil national des barreaux, 2005, p. 23.

⁶⁷ Préc. Laurent Schwartz.

risques dont peut être porteur la signature de procès-verbaux irréguliers.

B. Les risques liés à la force probante de la signature

La signature du procès-verbal retraçant le déroulement de l'interrogatoire est souvent effectuée en l'absence de toute lecture attentive. D'où l'importance de la présence de l'avocat qui rappelle que la signature n'est pas obligatoire ou qui vérifie la conformité avec les déclarations de la personne gardée à vue. En effet, même rédigés en toute bonne foi, les procès-verbaux peuvent receler des contradictions ou être inexacts en raison de la maladresse ou de l'erreur humaine. Il en va de même concernant le procès-verbal de notification de fin de garde à vue. Ce document retrace le déroulement de la garde à vue du début jusqu'à la fin de la mesure. Il revêt également une importance puisqu'il mentionne les heures de repos, d'alimentation, d'accomplissement des diligences pour joindre l'avocat et le médecin. Tout est retracé, d'où l'importance d'une relecture attentive avant la signature. Dans l'administration de la preuve des irrégularités la relecture des procès-verbaux est donc primordiale, elle permet de mettre l'accent sur des erreurs éventuelles ou de refuser de signer ce qui est faux. Cependant la personne gardée à vue n'est pas placée dans une situation favorable. Il est confronté à un vocabulaire juridique dont il ne maîtrise pas la portée Il est même arrivé que les enquêteurs usent du chantage pour le contraindre à signer.

La signature devient donc problématique à partir du moment où elle emporte nécessairement la conviction du juge sur la sincérité du procès-verbal alors qu'en pratique, on le voit, l'émargement est donné de manière automatique, sans discernement et sans une information éclairée de la personne gardée à vue sur sa signification. Au-delà des risques liés à la signature, le procès-verbal permet néanmoins un regard sur la garde à vue par le juge. Pour parfaire ce contrôle, la tenue d'un registre spécial de garde à vue est essentielle.

Paragraphe 2. La tenue de registres

La question des registres revêt une importance particulière, il est un instrument de contrôle essentiel au regard des instances européennes (I) mais encore trop peu exploité par les autorités françaises (II).

I. Un instrument de contrôle essentiel au regard des instances européennes

La tenue de registres répond à des impératifs internationaux et européens de contrôle du respect des droits des personnes placées en garde à vue. Au niveau international la Convention sur la prévention des disparitions forcées du 6 février 2007 précise que la tenue de registres des personnes privées de liberté constitue un instrument de prévention permettant

de lutter contre les disparitions forcées. En France, l'enregistrement permet essentiellement de prévenir des détentions arbitraires ou des traitements inhumains ou dégradants. Au niveau européen, tant le Comité de prévention de la torture du Conseil de l'Europe (A) que la Cour européenne (B) confèrent un rôle majeur aux registres.

A. Les exigences du Comité de prévention de la torture

Les registres doivent être fiables pour retracer les différents événements de la garde à vue. La formulation suivante, rendue à propos de la Moldavie, paraît faire la synthèse de ce que le Comité est en droit d'attendre des autorités nationales : « En conséquence, le Comité en appelle aux autorités pour qu'elles prennent des mesures afin de s'assurer que les registres de garde à vue soient bien tenus, qu'ils indiquent fidèlement les heures auxquelles ont lieu les privations de liberté, les remises en liberté ou les transferts, et qu'ils reflètent tous les autres aspects de la garde à vue (lieu précis où est détenu l'intéressé ; visites d'un avocat, d'un proche, d'un médecin ou d'un agent des services consulaires ; sortie pour interrogatoire, etc.) ». Il rappelle de façon constante que : « les garanties fondamentales des personnes détenues par la police seraient renforcées (et le travail des fonctionnaires de police très probablement facilité) par la tenue d'un dossier unique et complet de détention consignant tous les aspects et toutes les mesures prises au cours de celle-ci ». Lors de sa visite en France en 2003, l'organe du Conseil de l'Europe relevait une tenue non satisfaisante des registres. En 2006, il invite les autorités françaises à prendre acte des instructions ministérielles du 11 mars 2003 en donnant toute sa portée au rôle de « l'officier de garde à vue », chargé du suivi administratif de l'ensemble des personnes en garde à vue. Les juges de Strasbourg ont également précisé leur position sur la question des registres.

B. Les exigences de la Cour européenne

Pour la Cour européenne, la tenue des registres est l'un des critères essentiels du respect des dispositions de l'article 5 § 1 de la Convention européenne relative au droit à la liberté et à la sûreté. Selon la doctrine, la violation de l'article 5 est constituée non seulement en l'absence de registres, mais aussi lorsqu'ils ne sont pas suffisamment précis et fiables⁶⁸. Dans l'arrêt *Anguelova* contre Bulgarie du 13 juin 2002, la Cour estime que « la détention non reconnue d'un individu constitue une totale négation des garanties fondamentales consacrées par l'article 5 de la Convention et une violation extrêmement grave de cette disposition. Ne pas consigner des données telles que la date et l'heure de l'arrestation, le lieu de détention, le nom du détenu ainsi que les raisons de la détention et l'identité de la personne qui y a procédé doivent passer pour incompatibles avec l'exigence de régularité de la détention et avec l'objectif même de l'article 5 de la Convention (...) »⁶⁹. Cette formule atteste de l'importance

⁶⁸ CEDH, 2004, *Ahmet Ozkan et autres c/ Turquie* : « l'absence de registre de garde à vue en bonne et due forme contraire à l'interdiction de l'arbitraire énoncée implicitement à l'article 5 de la Convention » ; Florence Massias, RSC 2005, *Chronique internationale des droits de l'homme*, 2004, p. 630.

⁶⁹ Rapport annuel du contrôleur général des lieux de privation de liberté 2008, chapitre 3 Les registres de garde à vue, p. 50.

accordée par les juges européens à l'accomplissement de cette formalité car elle permet de vérifier le respect des autres droits que la loi confère à la personne faisant l'objet d'une garde à vue. À l'heure actuelle la France n'a pas fait l'objet de condamnation sur ce fondement. En revanche, la Cour se fonde sur les mentions inscrites aux registres pour assurer son contrôle et se convaincre de la véracité des allégations des requérants ou du gouvernement.

Malgré ces exigences, force est de constater, que les pratiques françaises sont encore en deçà des impératifs européens.

II. Un instrument de contrôle peu exploité par les autorités françaises

Aux termes de l'article 65 du Code de procédure pénale, les mentions relatives à la durée de la garde à vue, des interrogatoires et des repos ainsi que, depuis la réforme du régime de la garde à vue d'avril 2011, le recours à des fouilles intégrales ou des investigations corporelles internes doivent être reportées sur le registre spécial tenu dans les locaux de police ou de gendarmerie et éventuellement dans un carnet de déclarations dans les services où les officiers de police judiciaire sont astreints à leur tenue. La loi du 4 janvier 1993 avait allongé la liste des mentions obligatoires pour y faire figurer celles relatives à l'exercice des droits. Mais la loi du 24 août 1993 consacre le caractère restreint des mentions obligatoires. À des fins de célérité, certains députés avaient envisagé de supprimer les émargements des intéressés. Mais le Sénat a préféré réduire le nombre des mentions et maintenir l'émargement, analysé comme un gage de sincérité des mentions. Doivent également figurer sur le registre, ainsi que le prévoit l'article C.65 de la circulaire générale du 1^{er} mars 1993, toutes les indications relatives aux avis aux proches, à un examen médical et à l'entretien avec un avocat. Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des régimes de garde à vue y compris aux régimes dérogatoires.

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a réalisé une étude, à l'occasion de son rapport d'activité pour l'année 2008, sur la tenue des registres de garde à vue au sein des locaux de la police et de la gendarmerie⁷⁰. Cette autorité estime que « faute d'admettre dans notre droit, sauf à titre exceptionnel, des moyens exhaustifs d'enregistrement de l'ensemble de la phase d'enquête policière, le registre demeure l'outil central de contrôle du déroulement de la garde à vue »⁷¹. Mais deux faiblesses persistent : tout d'abord dans la tenue des registres (A), puis dans la fréquence des contrôles (B).

A. Une tenue variable des registres

Au cours de son enquête menée entre le 1^{er} septembre et le 31 décembre 2008, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a constaté une tenue variable des registres. Dans les

⁷⁰ Préc, p. 34-63.

⁷¹ Préc, p. 34.

commissariats où cette tâche fait l'objet d'une application soignée, les registres permettent de connaître « les heures auxquelles le médecin est avisé, la visite réellement effectuée, l'avocat avisé, et l'entretien effectivement mené. Figurent également des informations sur la décision du procureur de la République de différer l'avis à un proche en raison des nécessités de l'enquête. L'état des repas pris est indiqué »⁷². En revanche dans certains commissariats certaines omissions ont été constatées telles que l'absence de la mention de la prolongation, l'absence de l'heure de début et de fin de la mesure. Des imprécisions jettent également le trouble sur le point de savoir si l'appel d'un proche ou d'un avocat a été effectivement proposé. « Il arrive également que le registre ne porte aucune mention relative à des opérations effectuées durant le temps de la garde à vue. L'omission de l'inscription des auditions réalisées peut laisser craindre une durée de garde à vue excessive au regard des investigations nécessaires que seule une analyse ultérieure du procès-verbal sera en mesure de lever »⁷³. Ces manquements peuvent avoir pour origine, outre un certain désintérêt, la volonté de pallier une lourdeur procédurale. En effet, selon les officiers de police judiciaire la tenue des registres est une procédure fastidieuse et constitue une perte de temps en ce qu'elle retrace les mentions déjà consignées dans le procès-verbal. La loi du 14 avril 2011 prévoit que ces registres spéciaux pourront être tenus de façon dématérialisée, ce qui devrait permettre d'alléger la procédure pour les forces de l'ordre et donc d'améliorer l'état des registres. Si la charge de travail est moins importante les policiers tiendront les registres de manière plus rigoureuse.

Ce document, témoin de la qualité et du déroulement matériel de la garde à vue, permet un contrôle du respect des droits fondamentaux, tant par les autorités hiérarchiques que par des organismes indépendants comme le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou encore le Comité européen pour la prévention de la torture. Les registres de garde à vue constituent des mentions utiles au contrôle de cette mesure de contrainte, encore faut-il que ces contrôles soient effectivement exercés.

B. La fréquence des contrôles

Concernant le juge pénal force est de constater que son contrôle par le biais des registres est limité, même si la chambre criminelle a pu considérer, dans un arrêt du 10 mai 2001, que le registre s'inscrivait dans un faisceau d'indices permettant de corroborer d'autres éléments de preuve. Enfin la Cour d'appel de Paris a jugé que dans l'hypothèse où « ni les procès-verbaux, ni le registre de garde à vue ne mentionnent le nom de l'avocat contacté avant la vingtième heure de garde à vue, la cour est dans l'impossibilité d'exercer son contrôle et la procédure doit être annulée pour violation d'une formalité substantielle »⁷⁴.

⁷² Préc, p. 41.

⁷³ Préc, p. 42.

⁷⁴ CA Paris chambre 12, 2 janvier 1994.

Au-delà du juge pénal, il apparaît que le contrôle des registres de garde à vue est variable. Seul un nombre limité d'autorités ont accès aux registres. À titre d'exemple, afin de préserver le secret de l'enquête, l'article 11 du Code de procédure pénale s'oppose à la possibilité pour les parlementaires de prendre connaissance des registres lors de leurs visites. Quant au procureur de la République, la visite des locaux de garde à vue, déjà peu fréquente, ne s'accompagne pas toujours de leur examen. Or un contrôle régulier de la fidélité des registres serait opportun, comme le soulignait le Comité européen pour la prévention de la torture. À titre de comparaison, il est possible d'examiner la situation en Angleterre et au Pays de Galles : un code, « Code of practice for the detention, treatment and questioning of persons by police officers », détermine l'ensemble des informations devant faire l'objet d'un enregistrement. Ces informations sont en général consignées sur un registre informatisé. Des inspections régulières sont conduites et il apparaît que l'examen des registres constitue un élément fondamental du contrôle. Enfin, la conférence de consensus des 2 et 3 décembre 2004 sur l'intervention du médecin auprès des personnes placées en garde à vue indique que le médecin peut inscrire sur le registre ses observations relatives aux conditions de la garde à vue, notamment si celles-ci sont indignes. Les contrôles existent mais ils pourraient être utilement développés à la lumière des standards européens.

Ces règles de forme constituent, non seulement un moyen de connaissance de l'état des gardes à vue, mais aussi un instrument efficace permettant de retracer l'ensemble du déroulement de celles-ci. La consultation de ces documents facilite le contrôle des dispositions légales ainsi que la protection des enquêteurs dont les allégations sans fondement à leur encontre peuvent être réfutées. Autant de garanties nécessaires, s'agissant d'une mesure de privation de liberté. Pour autant le législateur n'a prévu aucune sanction de la méconnaissance de ses dispositions. Si ces formalités constituent des éléments de preuves et de contrôles indéniables, quelles sont par ailleurs les voies de droit ouvertes aux personnes gardées à vue permettant de parfaire le contrôle de cette mesure ?

Section 2. Les voies de droit ouvertes au gardé à vue

Le contrôle *a posteriori* de la garde à vue par le juge pénal est une nécessité fondamentale. Mais le caractère effectif du contrôle de la légalité de la détention est subordonné à deux exigences. D'une part, à la condition que la décision de placement en garde à vue elle-même fasse l'objet d'un contrôle étroit du juge judiciaire, or sur ce point la jurisprudence présente des lacunes certaines car elle se refuse d'exercer un contrôle de la légalité matérielle de la garde à vue (paragraphe 1). D'autre part, à la condition qu'il soit mis en place un mécanisme de sanctions dirigées tant contre les actes de procédures irrégulières accomplis au cours de la garde à vue qu'à l'encontre de leurs auteurs. C'est la question du contrôle de la légalité formelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'absence de contrôle de la légalité matérielle de la garde à vue

La lecture de la jurisprudence de la Cour de Cassation amène à un constat regrettable, celui de l'absence de contrôle juridictionnel de l'adéquation de la garde à vue aux nécessités de l'enquête, bien que posée par le Code de procédure pénale. Seule l'hostilité de la Cour à l'annulation des gardes à vue paraît justifier une telle position, à moins que ce soit pour des raisons tenant à la volonté de ne pas « froisser » les autorités de police. Ainsi faut-il examiner le principe de l'absence de contrôle pausé par la jurisprudence (I) avant d'étudier ces décevantes implications (II).

I. Le principe du refus de contrôle

Des précisions concernant les critères du placement en garde à vue doivent être apportées. Depuis la loi du 14 avril 2011, seule une personne suspectée contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenter de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement peut être placée en garde à vue. En effet depuis une loi de 1993 le témoin et la personne suspectée sont entendus selon des procédures différentes. Le témoin ne peut donc être placé en garde à vue même s'il peut être contraint à témoigner. De plus les motifs de la garde à vue doivent correspondre aux nécessités de l'enquête. En d'autres termes, les deux conditions pour placer un individu en garde à vue sont la suspicion et les nécessités de l'enquête. Il apparait que le critère de la nécessité, bien que consacré par des normes d'ordre interne et européen (A), reste incontrôlée par le juge pénal (B).

A. L'exigence de nécessité consacrée

La loi du 14 avril 2011 a modifié les critères légaux d'application de la garde à vue (1). Quant au critère de la nécessité s'il vient d'être supprimé des conditions de la garde à vue, il bénéficie d'une valeur constitutionnelle et conventionnelle (2).

1) La modification des conditions du placement en garde à vue

Avant la réforme, l'article 63 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale disposait que « 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 de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la mesure le procureur de la République ». Cette formulation était reprise selon des termes identiques pour l'enquête préliminaire à l'article 77 du même code. La loi ne limitait donc pas le domaine d'application de la garde à vue. Il ressort d'une étude menée par le Sénat⁷⁵, que dans certains

⁷⁵ Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 204, décembre 2009.

pays européens une telle mesure de contrainte est réservée à des infractions graves. À titre de comparaison, en Espagne la garde à vue est possible seulement en cas de flagrant délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans. Une exception est toutefois envisagée au cas où les antécédents du suspect laissent présumer que ce dernier ne se présentera pas. Dans cette hypothèse toute infraction punie d'une peine d'emprisonnement peut donner lieu à garde à vue. En Italie le Code pénal prévoit une peine minimale et une peine maximale. Ainsi l'«arresto» en flagrance est obligatoire pour les infractions pour lesquelles la loi édicte une peine d'emprisonnement à vie ou de réclusion comprise entre cinq et vingt ans. Elle est en revanche facultative pour les infractions volontaires punies d'une peine de réclusion de trois à cinq ans et pour les infractions involontaires punies d'une peine d'au moins cinq ans⁷⁶. De plus, la législation française prévoit qu'une personne peut être gardée à vue lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons de la soupçonner la commission d'une infraction alors que la Cour européenne impose DES raisons plausibles. En France une seule raison peut donc suffire. Sur ce point la loi du 14 avril 2011 n'apporte aucune modification. Quels sont en revanche les changements apportés par la nouvelle loi sur les conditions de placement ?

L'article 62-2 nouveau du Code de procédure pénale énonce désormais trois conditions de fond à l'application de la garde à vue. Outre la condition des soupçons déjà exigée par l'article 63 du Code de procédure pénale, deux conditions nouvelles ont été introduites : la première condition tient au quantum de la peine encourue c'est-à-dire que la garde à vue n'est autorisée que lorsque la personne est soupçonnée d'un crime ou d'un délit passible d'une peine d'emprisonnement. Cette exigence figurait déjà à l'article 67 relatif à l'enquête de flagrance. En revanche cette condition n'était pas prévue ni en enquête préliminaire ni dans le cadre d'une commission rogatoire. La garde à vue pouvait concerner n'importe quelle infraction y compris les contraventions même si le principe de proportionnalité semble s'y opposer. La seconde condition tient à la transformation de l'exigence de nécessité au regard de l'enquête à une liste de motifs limitativement énumérés. L'impératif de nécessité n'en est pas pour autant supprimé.

2) La valeur constitutionnelle et conventionnelle du critère de la nécessité

La jurisprudence prohibant le contrôle de la nécessité de la mesure de contrainte a été établie sous l'empire de l'ancien article 63 alinéa 1^{er}. Mais l'exigence de nécessité à une valeur supérieure à celle de simple principe contenu dans le Code de procédure pénale. La valeur constitutionnelle du principe de nécessité et de proportionnalité de toute mesure de contrainte a été rappelée par le Conseil Constitutionnel dans de nombreuses décisions, notamment dans une décision du 11 août 1993⁷⁷, pour ce qui est de la garde à vue. Principes également affirmés à l'article préliminaire III alinéa 3 du Code de procédure pénale qui énonce que « les

⁷⁶ Nicolas Chaignot, « L'arresto en flagrance et le fermo dans le droit italien », dans La garde à vue dans tous ses états, Les cahiers du Conseil national des barreaux, 2005, p. 99-103. Hors la flagrance l'arrestation (« fermo ») relève de l'appréciation du ministère public et non de la police et est subordonnée à l'existence d'indices lourds et de risques de fuite.

⁷⁷ Décision n° 93-326 DC.

mesures de contrainte (...) doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure » mais également « proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée ». Sous cette formule générale, il ne fait aucun doute que la garde à vue, mesure de contrainte, est concernée. Ces exigences figurent donc tant parmi les principes constitutionnels que conventionnels et sa place à l'article préliminaire révèle l'importance de l'exigence de nécessité et de proportionnalité dont on est en droit d'attendre un contrôle juridictionnel étroit. Or il n'en est rien. Il semble que ce soit là une des lacunes majeures du contrôle de la garde à vue.

B. L'exigence de nécessité incontrôlée

Aux termes d'une jurisprudence constante (1) dont les fondements sont contestables (2) la Cour de Cassation interdit aux juges du fond d'apprécier l'adéquation de la garde à vue aux nécessités de l'enquête. Sur la question du placement en garde à vue, tout contrôle échappe ainsi à l'emprise des magistrats.

1) Une jurisprudence constante

Cette solution de la Cour de Cassation apparaissait déjà en filigrane de certaines espèces. Dans un arrêt rendu le 22 mai 2001, la Cour d'appel confirmait le jugement du Tribunal correctionnel ayant prononcé l'annulation du placement en garde à vue et des actes subséquents au motif qu'aucune investigation n'avait été effectuée durant la mesure. Ainsi la garde à vue n'était pas justifiée par les nécessités de l'enquête mais avait pour seule finalité le maintien de l'intéressé à la disposition des autorités. La chambre criminelle cassa l'arrêt selon les termes suivants : « Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que le déferrement au procureur de la République avait pour objet de permettre à ce magistrat dans l'exercice de ses pouvoirs de direction de la police judiciaire d'apprécier les suites à donner aux investigations des enquêteurs, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Implicitement la Cour refusait déjà aux juges du fond de porter un regard sur la nécessité du placement en garde à vue, pouvoir pouvant être exercé par le parquet.

Par un arrêt du 7 juillet 2000,⁷⁸ la Cour de Cassation réunie en chambre mixte a affirmé qu'une garde à vue était régulière dès lors que n'a pas été dépassé le délai légal de vingt-quatre heures, alors que les juges du fond avaient prononcé la nullité de la mesure en raison de sa durée excessive au regard de l'absence d'acte diligenté par la police entre l'interrogatoire de l'individu et sa libération c'est-à-dire pendant plusieurs heures. La Cour suprême était appelée à effectuer un contrôle, non de la nécessité du placement en garde à vue, mais de la nécessité du maintien en garde à vue. La Cour aurait dû s'assurer que la garde à vue n'était pas disproportionnée ni d'une durée trop longue au regard de l'objectif de

⁷⁸ Pourvoi n° 98-50.008 ; Bull. civ. 2000, ch. mixte, n° 257 ; solution réaffirmée par Crim, 14 juin 2006.

manifestation de la vérité. Ainsi pour les juges de la Cour suprême, si la garde à vue est justifiée au regard des soupçons, la durée qui ne dépasse pas le délai légal ne peut être qualifiée d'excessive, même en l'absence de réalisation d'actes d'enquête. Une fois de plus le contrôle de la nécessité de la garde à vue et de son maintien est abandonné au procureur. La consécration à l'article préliminaire du principe de nécessité, par la loi du 15 juin 2000, n'aura rien changé à cette jurisprudence, cette dernière se refusant toujours l'exercice d'un contrôle de la proportionnalité de la mesure. Un tel contrôle paraît souhaitable et à la mesure de la gravité de la privation de liberté bien qu'il ne manquerait pas d'ouvrir la porte à un large contentieux⁷⁹.

Dans un arrêt du 4 janvier 2005⁸⁰, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a, une fois de plus, refusé de contrôler la nécessité du placement en garde à vue estimant que « la décision de placement en garde à vue (...) relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction ». Dans cette affaire la Cour de Cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 18 juin 2004, laquelle avait prononcé la nullité de la procédure, au motif notamment, que la garde à vue n'était pas nécessaire et que l'état de l'intéressée ne constituait pas une circonstance insurmontable justifiant un retard de cinq heures dans la notification des droits, compte tenu du faible taux d'alcoolémie de l'intéressé. Le placement en garde à vue n'étant pas nécessaire à l'enquête, il était dès lors sans fondement légal. En l'espèce, la requérante avait été placée en garde à vue pour outrage, infraction simple, la privation de liberté avait dès lors été imposée inutilement. Une convocation au commissariat aurait sans doute été suffisante. L'arrêt de la chambre criminelle a eu notamment pour effet de réduire le contrôle des juges du fond sur le principe de la garde à vue. La Cour de Cassation, en interdisant toute forme de contrôle de l'appréciation de la nécessité du placement, prive ainsi les juges du fond de leur pouvoir souverain d'appréciation et prive de portée l'exigence de nécessité.

Cette série d'arrêts traduit une résistance des juges du fond qu'il serait sage que la Cour de Cassation prenne en considération. Certes, l'opportunité d'un placement en garde à vue relève de l'appréciation exclusive de l'officier de police judiciaire⁸¹ ou, depuis la loi du 14 avril 2011, du procureur de la République⁸² mais pourquoi refuser un contrôle juridictionnel *a posteriori* de la décision de la police ?

⁷⁹ O. Guérin, JCP G 2000, II, 10418, p. 2036. L'auteur estime en outre que ce contrôle serait délicat en raison des disparités qui naitraient nécessairement entre les juridictions pénales.

⁸⁰ Crim, 4 janvier 2005, n° 04-84.876 ; Bull. crim. 2005, n° 3 ; note Philippe Conte, JCP G 2005 n°50, II, 10176.

⁸¹ Crim, 13 novembre 1996, Bull. crim. n° 401.

⁸² Art. 63.-I du C. proc. pén. : Seul un officier de police judiciaire peut, d'office ou sur instruction du procureur de la République, placer une personne en garde à vue.

2) Des fondements contestables

Le seul critère contrôlable est l'existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenter de commettre une infraction à l'exclusion donc de la nécessité de la garde à vue. Pourquoi interdire au juge de la régularité de la garde à vue une partie de son contrôle ?

Aucune disposition du Code de procédure pénale n'imposait une telle restriction, bien au contraire. Il s'agit d'un choix arbitraire de la Cour de Cassation, traduisant son hostilité au prononcé de nullité et son souci de sauver au maximum les procédures à des fins répressives. Certains commentateurs justifiaient la position de la Cour de Cassation comme étant le reflet de la distinction entre le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité du placement en garde à vue. Au juge pénal reviendrait l'appréciation de l'existence des soupçons, lesquels relèvent du contrôle de la légalité. Au procureur reviendrait le soin d'apprécier les nécessités de la mesure, procédant du contrôle de l'opportunité. La prérogative reconnue à l'officier de police judiciaire serait donc encadrée par le contrôle exercé par l'autorité judiciaire. Cette opinion n'est pas partagée par Philippe Conte selon lequel, « lorsque l'article 63 du Code de procédure pénale précise les conditions dans lesquelles une garde à vue peut être décidée, il vise, sur un pied d'égalité, les soupçons devant peser à l'encontre de l'intéressé et les nécessités de l'enquête. Il ne s'agit donc pas, pour le législateur, de formuler un truisme (contre la personne qu'il soupçonne selon les prévisions de la loi, l'officier de police judiciaire recourt à la garde à vue s'il le juge opportun), mais de poser une exigence qui, loin d'être étrangère à la légalité, est absorbée par elle : la garde à vue, mesure gravement attentatoire à la liberté individuelle, n'est possible que lorsqu'elle correspond aux nécessités de l'enquête. (...) Ainsi encadrée par le texte dans un sens restrictif, l'opportunité, formalisée, devient une composante de la légalité »⁸³.

Enfin, pour sauver la procédure et ménager les forces de l'ordre, la chambre criminelle n'hésite pas à être en contradiction avec sa propre jurisprudence. Elle a en effet dans certaines hypothèses imposée aux juges du fond le contrôle de la nécessité d'une opération opérée par les forces de l'ordre en dehors de toutes prévisions légales. Or pourquoi permettre un contrôle de l'opportunité, à titre d'exemple, d'une perquisition⁸⁴, mais le refuser lorsqu'il s'agit d'un placement en garde à vue, mesure relevant pourtant d'un seuil élevé de gravité et d'atteinte à la liberté ? Rien ne justifie de façon pertinente ce refus de contrôler l'exigence de nécessité du placement ou du maintien en garde à vue ; refus dont les implications sont alarmantes.

⁸³ JCP G 2005 n°50, II, 10176.

⁸⁴ Crim, 5 décembre 2000 : JCP G 2001, II, 10615 : concernant une perquisition dans un organe de presse.

II. Les implications du refus de contrôle

Le professeur Herzog-Evans, affirmait que « dans son transparent enthousiasme répressif et sa volonté de sauvegarder coûte que coûte les procédures, la Cour de Cassation franchit une étape de plus. S'il est naturel de laisser aux OPJ une importante liberté d'appréciation, sur le terrain, au moment de décider de placer une personne en garde à vue, il n'est pas admissible de faire disparaître tout contrôle *a posteriori* par le juge judiciaire, garant, faut-il le rappeler, des libertés individuelles »⁸⁵. Parce que cette position est alarmante du point de vue de ces conséquences (A), un besoin criant d'évolution vers un réel contrôle du placement en garde à vue se fait sentir (B).

A. Des conséquences alarmantes pour la protection de la liberté individuelle

L'absence de contrôle juridictionnel de la nécessité du placement en garde à vue est regrettable, d'autant plus face à une telle mesure privative de liberté. Ce refus constitue une menace pour la liberté individuelle, en ouvrant la voie à l'utilisation abusive de la garde à vue par les policiers ou les gendarmes, qui ne sont plus inquiétés de voir toute la procédure annulée. Seule reste à craindre une éventuelle action en responsabilité disciplinaire ou pénale, du chef de détention arbitraire, par exemple. Philippe Conte, commentant l'arrêt du 4 janvier 2005, relevait ainsi « en la détournant de ses finalités : alors qu'elle est destinée à favoriser la découverte de la vérité, elle peut leur servir à punir l'intéressé de son comportement à leur égard (comme on a tout lieu de penser que ce fut le cas en l'occurrence). Voilà une singulière utilisation par des agents publics d'un pouvoir qui ne leur est concédé que dans l'intérêt général : le confisquant à leur profit, ils l'érigent en une peine privée, avec la compréhension de la plus haute autorité judiciaire »⁸⁶.

Par ailleurs, le contrôle du procureur de la République sur le principe même du placement en garde à vue apparaît quasi-inexistant pour différentes raisons. La charge de travail et la confiance dans les officiers de police judiciaire en sont les principales. Le procureur ne pouvant recevoir tous les gardés à vue, l'accord se fait le plus souvent par téléphone, fax ou transmission informatique à destination du substitut de permanence lorsque le placement a lieu de nuit. Ces conditions permettent-elles au magistrat de prendre réellement connaissance de la mesure ? Il est légitime d'en douter. De plus il ne faut pas négliger le fait que ce dernier souhaite conserver de bonnes relations avec les officiers de police judiciaire avec lesquels il travaille au quotidien. Enfin, le pouvoir du procureur ou du juge d'instruction est limité à la possibilité de faire cesser la mesure de garde à vue qui ne serait pas nécessaire, mais ils n'ont pas le pouvoir de prononcer la nullité des heures injustifiées de garde à vue. Dès lors

⁸⁵ Martine Herzog-Evans, *Garde à vue : de l'interprétation souveraine des juges du fond à l'interprétation exclusive des officiers de police judiciaire*, AJ Pénal 2005, p. 409.

⁸⁶ JCP G 2005 n°50, II, 10176.

l'absence de contrôle par la juridiction de jugement est d'autant plus critiquable. Le contrôle de la nécessité de la garde à vue est abandonné à l'autorité judiciaire intervenant au cours de la garde à vue et dont l'effet est rendu illusoire par la pratique.

Cette jurisprudence semble enfin contraire tant aux exigences conventionnelles que constitutionnelles. En effet la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en son article 9, énonce « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Quant à la Cour européenne, celle-ci n'a pas hésité à contrôler la nécessité du placement et du maintien en garde à vue dans un arrêt Ipek et autres contre Turquie du 3 avril 2009⁸⁷. Il est en effet permis de douter de la compatibilité de cette jurisprudence avec l'article 5 § 4 de la Convention européenne, destiné à protéger l'individu contre les détentions arbitraires. Aux termes de cet article « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». La Cour de Cassation prive les personnes gardées à vue de recours devant le juge et s'expose à une éventuelle condamnation par les juges de Strasbourg. Peut-être une telle sanction imposerait à la Cour un revirement de jurisprudence dans le sens d'une meilleure protection de la liberté individuelle.

B. Un besoin criant d'évolution pour une réelle protection de la liberté individuelle

Un revirement de jurisprudence est devenu nécessaire afin d'assurer un contrôle plein et entier du placement en garde à vue. La Cour de Cassation se saisira-t-elle de l'opportunité qui s'offre à elle par le truchement de la réforme (1) ? Des doutes persistent notamment en raison d'un arrêt récent aggravant plus encore la situation de la liberté individuelle (2).

1) L'opportunité de la réforme

L'article 62-3 prévoit désormais que le procureur de la République exerce un contrôle sur la nécessité et la proportionnalité de la mesure et, le cas échéant, de sa prolongation. Ce qui était implicitement admis est aujourd'hui expressément énoncé. Le risque est que la Cour de Cassation sur le fondement de cette nouvelle rédaction continue à abandonner tout contrôle de la nécessité du placement au procureur de la République. En revanche le nouvel article 62-2 du Code de procédure pénale engage la jurisprudence sur la voie d'un contrôle des motifs. Est désormais énoncé que la garde à vue « doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants :

- Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne

⁸⁷ Requête n° 17019/02 et 30070/02. Durant deux jours aucun acte d'enquête n'avait été réalisé, la garde à vue n'était donc pas nécessaire et le délai de présentation à l'autorité judiciaire excessive.

- garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête,
- empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels
- Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches
- Empêcher que la personne ne se concerta avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices
- Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit ».

Concernant le régime des prolongations, l'article 63-II issu de la nouvelle loi, énonce que « la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, si l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an et si la prolongation de la mesure est l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs mentionnés aux 1° à 6° de l'article 62-2 ».

L'exigence de nécessité même si elle est toujours contrôlée par le procureur devient une liste de motifs limitativement énumérés. La garde à vue ou sa prolongation, pour être légale, doit être désormais le seul moyen de parvenir à au moins une des six finalités visées par le Code de procédure pénale. Elle doit désormais être justifiée par des motifs strictement limités. Ainsi il est possible d'envisager un contrôle de ces motifs par les juges du fond. Il participe du contrôle du champ d'application de la mesure et non plus d'un contrôle de l'opportunité du placement en garde à vue. Rien ne semble à présent justifier le maintien du refus de la Cour de Cassation. L'exigence de motivation de la garde à vue, par référence à des éléments précis et circonstanciés, au regard d'objectifs expressément énumérés, ouvre la voie à un contrôle du juge de l'annulation dont on espère qu'il se saisira.

De plus selon le professeur Didier Rebut, la loi, en envisageant que seules certaines infractions puissent donner lieu à garde à vue, aurait imposé aux juges de constater que la nature de l'infraction s'opposait à tous placement en garde à vue. En effet il semble que limiter la garde à vue à certaines infractions soit un critère de contrôle porteur et accessible. Tout placement pour une infraction pour laquelle la loi ne permet pas la garde à vue serait illégal et devrait être déclaré nul par la jurisprudence. Mais le nouvel article 62-2 subordonne seulement la garde à vue à l'existence de soupçons de commission ou de tentative de commission d'un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement. La différence avec le droit antérieur est quasi-inexistante puisque l'exigence de proportionnalité interdisait de recourir à des gardes à vue pour des infractions d'une faible gravité. Les juges seront tout de même contraints à annuler les gardes à vue ordonnées pour des infractions non punies d'une peine d'emprisonnement et les prolongations accordées alors que le crime ou le délit est puni d'une peine inférieure à un an.

La solution adoptée jusqu'à présent par la Cour était dictée par l'ancienne rédaction de

l'article 63 du Code de procédure pénale. La modification des règles relatives à la garde à vue par la loi du 14 avril 2011 est l'occasion pour la Cour de Cassation de faire évoluer sa jurisprudence sans avoir à se déjuger. Pourtant une jurisprudence récente, rendue sous l'empire de l'ancienne législation, ne va pas dans le sens d'une plus grande protection de la liberté individuelle, bien au contraire elle affaiblit davantage le contrôle de la garde à vue au regard des nécessités de l'enquête.

2) La persistance de doutes

La Cour de Cassation est loin d'exercer un réel contrôle des conditions du placement en garde à vue. L'espoir d'un éventuel revirement de jurisprudence est mis à mal par une décision de la première chambre civile, en date du 9 juin 2010. En l'espèce, un individu s'était vu notifier un arrêté de reconduite à la frontière et de placement en rétention administrative à l'issue de sa garde à vue. La rétention avait fait l'objet d'une prolongation sur décision du juge des libertés et de la détention. La Cour de Cassation estime « que, pour infirmer cette décision et refuser de prolonger la rétention, l'ordonnance retient qu'à 11h55 la magistrate du parquet a prescrit de mettre un terme à la garde à vue à l'issue des actes de procédure et que cette mesure n'a été levée qu'à 16h55 sans qu'il soit justifié que ce magistrat ait donné d'autres instructions ni qu'il soit versé des actes de procédure pendant ce laps de temps ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la garde à vue, décidée sur le fondement de l'article 63 du Code de procédure pénale, n'avait pas dépassé le délai légal de vingt-quatre heures, l'ordonnance attaquée a violé ce texte ».

Cette jurisprudence semble réduire à néant le contrôle du placement en garde à vue effectué par le parquet ou le juge d'instruction. Pourtant l'information du procureur de la République du placement en garde à vue a bien pour objet le contrôle de la nécessité de celui-ci. « La Cour de Cassation supprime tout contrôle de l'opportunité de la garde à vue, y compris par le procureur de la République ou par le juge d'instruction »⁸⁸. Or le Code de procédure pénale prévoit formellement un contrôle par le procureur. En effet, le procureur de la République (ou le juge d'instruction) estimant qu'un individu a été placé en garde à vue au-delà des nécessités de l'enquête, devra ordonner la mise en liberté de la personne. Si le non-respect de sa décision de mettre fin à la mesure de garde à vue n'est pas sanctionné par les juges, cela revient à priver de toute portée le contrôle du procureur et à conférer à l'officier de police judiciaire un pouvoir discrétionnaire. La liberté d'aller et venir est ainsi mise en danger. Il est permis de conclure que la première garantie de la personne gardée à vue ne fait pas l'objet d'un contrôle effectif.

Seule l'absence de soupçons de commission d'une infraction peut donc être cause d'annulation de la garde à vue, mais non le défaut de nécessité de celle-ci. Pour l'heure, la Chambre criminelle se refuse à faire évoluer sa jurisprudence. La réforme de la garde à vue

⁸⁸ Crim, 1^{re} civ, 9 juin 2010, n° 09-13.168, note Albert Maron et Marion Haas, Dr. pén. septembre 2010, p. 56-58, comm. n° 100.

va-t-elle contraindre la Cour à exercer ce contrôle auquel elle se refuse ? Le juge va sans doute être poussé à constater, le cas échéant, que la garde à vue ne rentrait pas dans le champ d'application de l'article 62-2. Il serait ainsi contraint de déclarer illégal une garde à vue qui ne répondrait pas à un des motifs fixés par la loi. Un possible contrôle de la légalité matérielle semble à présent concevable et, par la même occasion, un contrôle effectif du placement en garde à vue serait enfin atteint. La surveillance du respect des critères de l'article 62-2 est donc attendue des juges de l'annulation.

Cette réticence au prononcé de nullité s'est également traduite pendant longtemps par la subordination de l'annulation d'un acte vicié à la démonstration que l'irrégularité affectait fondamentalement « la recherche et l'établissement de la vérité »⁸⁹, preuve d'une difficulté sans nom. Mais aujourd'hui la protection des droits offerts aux gardés à vue passe par le prononcé fréquent de nullité. Il serait bon d'ouvrir le contentieux de l'annulation au contrôle de la légalité matérielle de la garde à vue à la lumière de ce qui a été fait pour la légalité formelle.

Paragraphe 2. La sanction des irrégularités de la garde à vue

La sanction des violations des dispositions de fond ou de formes régissant la garde à vue peut aussi bien affecter la procédure elle-même que les auteurs des irrégularités. Dans le premier cas la sanction prononcée sera la nullité de l'acte vicié et éventuellement des actes subséquents ce qui garantit le respect des droits de la personne et assure une bonne administration de la justice. À ce titre, la nullité est une sanction de la procédure à la hauteur de la gravité de la garde à vue (I). Dans le second, l'officier de police judiciaire ou l'État pourront engager leur responsabilité respective (II). En effet si l'intéressé s'estime victime d'un préjudice une action en responsabilité à l'encontre de l'État pourra être engagée devant les juridictions judiciaires.

I. Une sanction à la mesure de la gravité de la garde à vue : la nullité affectant la procédure

Classiquement la jurisprudence se montrait hostile à la nullité. Celui qui l'invoquait devait prouver un grief, une atteinte à ses intérêts en raison de la méconnaissance de la formalité en cause. La loi du 4 janvier 1993, établissant de nombreux droits au profit de la personne placée en garde à vue, avait instauré à cette occasion un système de nullités textuelles automatique attaché à la violation de ces droits. Ce mécanisme de sanction automatique, bien qu'avantageux pour la défense, fut abrogé par la loi du 24 août 1993 en raison des risques qu'il faisait peser sur l'enquête, pour énoncer la règle « pas de nullité sans grief » aux articles 171 et 802 du Code de procédure pénale. Cet adage, bien que peu protecteur des garanties

⁸⁹ Crim, 17 mars 1960, note Chambon, JCP G 1960, II, 11641.

offertes à la personne gardée à vue, n'a été modifié par aucun texte ultérieur. Ainsi la nullité n'est prévue par aucun article du Code de procédure pénale. Mais la chambre criminelle de la Cour de Cassation, par le développement d'une jurisprudence plus souple, a permis d'instaurer un système de sanction des irrégularités commises pendant une mesure de garde à vue tout à fait efficace (A). Pour autant sa jurisprudence traduit également le souci de cantonner la portée de cette sanction aux seules pièces de la procédure dont l'acte annulé est le support nécessaire (B).

A. Une conception large des causes de nullité

C'est par le truchement de présomption de grief que la Cour a développé un contrôle étroit des formalités devant être respectées à l'occasion d'une telle mesure de contrainte. Les juges, confrontés à une option qui se résume en ces termes, ont choisi l'hypothèse la plus favorable à l'intéressé : « ou bien estimer que, à supposer l'une des prescriptions du code de procédure pénale relative à la sphère protectrice du gardé à vue méconnue, il appartenait néanmoins à celui-ci de démontrer en quoi cette méconnaissance avait pu lui être défavorable ; ou bien considérer que le seul constat du non-respect de ces mêmes dispositions du code de procédure pénale suffisait à présumer que la personne gardée à vue en avait subi un grief, et, ainsi, opérer un renversement de la charge de la preuve de la défense vers la partie poursuivante »⁹⁰. La jurisprudence a en effet opté en faveur de cette seconde hypothèse en admettant de façon systématique que le défaut d'accomplissement d'une formalité ou de l'exercice d'un droit « porte nécessairement atteinte aux intérêts » de la personne privée de sa liberté. De ce fait, un certain nombre de formalités légales doivent être respectées, à peine de nullité, sans que l'individu concerné ait à justifier un grief. Est mis en exergue, une volonté de contrôler le respect des formalités imposées par le Code de procédure pénale mais également un souci de protection de la personne placée en garde à vue qui se trouve dans une situation plus délicate que les autorités d'enquêtes et de poursuites. Ce constat est renforcé par une pratique de la Cour par laquelle elle n'hésite pas à relever d'office les irrégularités entachant la garde à vue.

Quelles sont les causes de nullité ? Porte nécessairement atteinte aux droits du gardé à vue, sous réserve de la justification tirée des circonstances insurmontables : le défaut d'information ou l'information tardive du placement en garde à vue au magistrat chargé du contrôle de la mesure⁹¹, le défaut de motivation de la prolongation de la garde à vue sans présentation préalable de l'individu au magistrat compétent, le défaut de notification de la prolongation de la garde à vue et de la notification de ses droits à l'intéressé⁹², le fait pour un enquêteur de ne

⁹⁰ Pierre-Jérôme Delage, Vers une harmonisation jurisprudentielle en matière de nullités de la garde à vue, D. 2010, p. 245.

⁹¹ Crim, 10 mai 2001, Bull. Crim. n° 119.

⁹² Crim, 24 novembre 1998, Bull. crim. n° 314 (absence de notification des droits); Crim, 24 juin 2009, Bull. Crim. n° 136n° (notification tardive des droits).

pas mettre en mesure le suspect de s'entretenir avec un avocat⁹³ ou encore le dépassement de la durée légale de la mesure de contrainte. Seule une exception isolée relative au droit à l'examen médical rompait l'harmonie de cette jurisprudence. La Cour de cassation estimait curieusement que le non-respect du certificat médical constatant l'incompatibilité de l'état de santé de la personne examinée avec le maintien en garde à vue ne pouvait entraîner la nullité qu'en présence de la démonstration d'un grief subi par cette personne⁹⁴. Mais dans un arrêt du 27 octobre 2009 les juges ont abandonné cette singulière sévérité, en affirmant le principe suivant lequel « la poursuite de la garde à vue d'une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts »⁹⁵.

Certains estiment que par « cette décision, s'amorce une véritable tendance jurisprudentielle à l'harmonisation du régime des nullités de la garde à vue. Aussi peut-on espérer, pour l'avenir, que soit encore consacrée par la Cour de cassation (qui, ici également, ne ferait alors que suivre l'exemple donné par les juges du fond) une présomption de grief en cas de méconnaissance des dispositions légales prévoyant le droit du suspect de faire prévenir un proche ou son employeur de la mesure de détention dont il est l'objet ou de celles obligeant, en matière criminelle, à l'enregistrement audiovisuel de ses interrogatoires »⁹⁶. C'est chose faite en matière d'enregistrement audiovisuel, la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 2010⁹⁷ a estimé qu'il s'agissait d'une formalité substantielle. À défaut d'enregistrement, la nullité s'impose, sans qu'il soit nécessaire pour la personne placée en garde à vue de rapporter la preuve d'un grief. Une fois de plus, en l'absence de prévision par la loi d'une nullité textuelle, la jurisprudence a étendu la présomption de grief. Ainsi, la nullité pour défaut d'enregistrement de l'interrogatoire des majeurs s'aligne à la jurisprudence relative aux interrogatoires des mineurs. En effet cette solution était admise depuis 2007 pour les mineurs⁹⁸. Une harmonisation du régime des nullités serait totale si la Cour de Cassation venait affirmer, de façon explicite, une présomption de grief au bénéfice de la personne suspectée en cas de retard ou d'absence de bénéfice du droit de faire prévenir un tiers⁹⁹.

La Cour de Cassation a consacré une nullité à mi-chemin entre les nullités d'ordre privé et les

⁹³ Crim, 10 mai 2001, Bull. crim. n° 118 ; Civ. 1, 6 déc. 2005, Bull. Civ. I n° 473.

⁹⁴ Crim, 25 février 2003, Bull. Crim. n° 50.

⁹⁵ Bull. crim. n° 176 ; C. Ambroise-Castérot, Intervention du médecin pendant la garde à vue et nullité de procédure, RPDP 2010 n° 1, p. 137-138.

⁹⁶ Pierre-Jérôme Delage, Vers une harmonisation jurisprudentielle en matière de nullités de la garde à vue, D. 2010, p. 245.

⁹⁷ Crim, 3 avril 2007, Chavent-Leclere, Procédures 2010, n° 247 ; Crim, 12 juin 2007, Bull. crim. n° 155.

⁹⁸ Bull. crim. n° 104 ;

⁹⁹ En revanche la méconnaissance des règles de pure forme, telles que les mentions obligatoires au procès-verbal de la notification des droits, de la durée des interrogatoires et des repos, leur absence ne se traduit pas nécessairement par la nullité s'il est établi par ailleurs que la notification a bien été effectuée ou que les temps de repos ont été respectés.

nullités d'ordre public¹⁰⁰ : ce sont les nullités soumises à un régime de présomption simple de grief¹⁰¹. Certains estiment que les nullités de garde à vue sont d'ordre public notamment en raison du caractère quasi irréfragable de la présomption de grief. En effet, un retard dans l'accomplissement des formalités imposées par la loi ne pourra être justifié que par la démonstration de l'existence de « circonstance insurmontable »¹⁰².

La chambre criminelle apparaît favorable aux prononcés de nullités. Mais cette première tendance s'accompagne d'une volonté de cantonner les conséquences d'une telle sanction, afin de sauver le reste de la procédure. La seconde question qu'il convient alors de se poser est celle de la portée de l'annulation.

B. Une conception stricte de l'étendue de la nullité

Il convient de rappeler, même s'il en va d'une évidence, que le ou les actes viciés doivent être annulés. Par ailleurs, la déclaration en nullité est sans effet sur les actes réguliers antérieurement accomplis¹⁰³. À titre d'exemple, n'est pas affectée la régularité des procès-verbaux d'interpellation et de dépôt de plainte en cas de nullité prononcée pour absence de notification de ses droits à la personne placée en garde à vue¹⁰⁴. Cette solution n'est pas critiquable dans la mesure où, une sanction agissant de manière rétroactive sur les actes accomplis avant l'irrégularité, serait disproportionnée. Concernant les actes accomplis ultérieurement ou concomitamment, ils ne peuvent être annulés que si les actes irréguliers en constituent le « support nécessaire ».

L'amplitude de la sanction est laissée à l'appréciation des juges, lesquels doivent décider si l'annulation doit être limitée à l'acte irrégulier ou au contraire s'étendre à l'intégralité de la procédure. L'étendue de la nullité dépend donc de deux éléments : la gravité de l'irrégularité et le lien de causalité entre l'acte vicié et l'acte subséquent. Il apparaît alors que les juges circonscrivent l'étendue de l'annulation par le truchement du critère du « support nécessaire ». En effet, en vertu d'une jurisprudence constante, « seules doivent être annulées, en conséquence de la nullité de la garde à vue, les pièces de la procédure dont cette mesure est le support nécessaire »¹⁰⁵. Les juges ont, sur ce fondement, refusé d'étendre l'annulation des procès-verbaux à l'interrogatoire de première comparution et à d'autres pièces de la procédure

¹⁰⁰ Les nullités d'ordre public instaurent une présomption irréfragable d'atteinte aux intérêts de la personne invoquant la méconnaissance d'une formalité.

¹⁰¹ Anne Teissier, Garde à vue et droits de la défense, RPDP 2001, p. 30-63.

¹⁰² Pierre-Jérôme Delage, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la « sanction parquetière » », Archives de politique criminelle n° 28, éd. A. Pedone 2006, p. 135-152.

¹⁰³ Crim, 6 mars 2001, Dr. Pén. 2001, commentaire n° 80.

¹⁰⁴ Crim, 4 janvier 2005, Bull. crim. n° 3, p. 9.

¹⁰⁵ Crim, 22 juin 2000, Bull. crim. n° 242.

au motif que les procès-verbaux annulés n'étaient pas le support des actes subséquents de la procédure¹⁰⁶. De même, la garde à vue n'est pas le support nécessaire de la saisine d'une juridiction par comparution immédiate¹⁰⁷, d'une mise en examen ou encore d'un placement en détention. Enfin la nullité est également circonscrite par un critère personnel : l'irrégularité de la garde à vue d'un individu n'affecte pas l'audition de la victime ou d'un témoin même si leur audition a eu lieu au cours de la garde à vue¹⁰⁸. Pierre-Jérôme Delage écrivait que cette solution devrait sans doute être identique en cas de pluralité de personnes gardées à vue pour la même infraction, la nullité de la garde à vue d'un des auteurs présumés n'affecte pas celles des autres.

Il existe des divergences de portée selon les actes annulés. On trouve ainsi des nullités partielles de la garde à vue notamment en cas de notification tardive des droits du gardé à vue, seuls les actes effectués avant la notification pourront être annulés. Ceux intervenus postérieurement seront valables puisqu'à partir de la notification, la personne a bénéficié de ses droits. La Cour de Cassation limite une fois encore les conséquences de la nullité. À l'opposé existent des nullités absolues comme l'hypothèse d'une information tardive, ou de l'absence d'information, de l'autorité judiciaire sur le placement en garde à vue. C'est toute la garde à vue qui sera annulée dans ce cas. Le défaut ou le retard dans l'accomplissement de cette formalité ne peut être régularisé, et la nullité retrouve ainsi toute sa portée. Certains souhaitent voir disparaître ces divergences au profit d'une harmonisation de l'étendue de la nullité car rien ne semble justifier de façon légitime une dualité des effets de la nullité d'une garde à vue. Selon Pierre-Jérôme Delage, « c'est vers la généralisation de cette seconde solution, autrement plus favorable à la défense, que devraient s'orienter les juges de cassation ». En effet tant la notification des droits que l'information au procureur de la République participent de la protection de la personne gardée à vue. À ce titre l'effectivité de ces deux formalités doit être identique et bénéficier de la même sanction, à savoir une nullité étendue.

La Cour de Cassation semble donc être favorable aux présomptions de grief puisqu'elle considère que la plupart des règles relatives au placement et au déroulement de la garde à vue sont des formalités substantielles dont la violation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue. Pour autant, sa sanction est moins sévère pour ce qui concerne les conséquences des actes irréguliers sur la suite de la procédure. Néanmoins, les juges n'hésitent plus à sanctionner les actes réalisés au cours de la garde à vue et dont les règles fondamentales ont été violées. « Cette attitude a semble-t-il sa cause dans la gravité de la mesure de garde à vue dont l'effet attentatoire à la liberté individuelle justifie qu'elle soit

¹⁰⁶ Crim, 19 avril 2000, Bull. crim. n°160, p. 467.

¹⁰⁷ Crim, 18 mars 2009, n°08-83.172 ; Vincent Lesclous, un an de droit de la garde à vue, Dr. pén. Septembre 2010, p. 36-43, préc. p. 43.

¹⁰⁸ Crim, 19 avril 2000, Bull. crim. n° 160 ; Crim, 6 mai 2003, Bull. crim. n° 93.

toujours contrôlée. Il n'était en effet pas admissible que la garde à vue fasse l'objet d'un contrôle nullement à la mesure de sa gravité »¹⁰⁹. Une seconde cause peut-être trouvée dans l'accroissement des droits de la défense durant cette phase de l'enquête pénale. Cette jurisprudence est protectrice des intérêts de la personne gardée à vue et de la bonne administration de la justice. Elle est également préventive en ce qu'elle oblige les officiers de police judiciaire à énormément de rigueur dans le respect des exigences légales. Toutefois, leur responsabilité peut être engagée s'ils méconnaissent les obligations qui pèsent sur eux. Il convient alors d'apporter des précisions sur le régime de responsabilité des auteurs des irrégularités.

II. Les sanctions visant les auteurs des irrégularités

La garantie des citoyens contre les irrégularités et abus commis en garde à vue passe par trois voies de sanctions qui lui sont ouvertes : tout d'abord les sanctions pénales et disciplinaires prononcées essentiellement par l'autorité judiciaire (A). Ensuite des sanctions pécuniaires permettent de parfaire la protection des victimes d'abus (B).

A. Le pouvoir de sanction de l'autorité judiciaire

À côté du contrôle juridictionnel de la légalité de l'acte, l'autorité judiciaire a été dotée d'un pouvoir de sanction d'ordre disciplinaire, qualifié de « quasi-disciplinaire » par le doyen Decocq, afin de renforcer la protection des personnes gardées à vue et plus généralement de tous individus. Le juge judiciaire a donc la faculté de prononcer, outre des sanctions pénales (1), des sanctions disciplinaires (2). Ainsi, la menace de telles sanctions contraint les enquêteurs à agir conformément aux prescriptions légales.

1) La faculté d'engager la responsabilité pénale

Les membres des forces de l'ordre peuvent engager leur responsabilité pénale. Les fondements des poursuites peuvent être divers. Il s'agira d'infractions spéciales, correspondant à la qualité d'officier de police judiciaire¹¹⁰ telle que la détention arbitraire (art. 432-4 du C. pén.), l'accomplissement d'actes attentatoires à la liberté individuelle, les violences illégitimes. Quelle que soit la situation dans laquelle l'infraction a été commise la responsabilité pénale reste personnelle. « Nul ne concevrait qu'il en fût autrement dans un État de droit »¹¹¹. En outre, l'ordre d'un supérieur hiérarchique n'a pu être invoqué par un

¹⁰⁹ Didier Rebut, Revue générale des procédures 1998 n°1, p.103-106.

¹¹⁰ André Decocq, Jean Montreuil et Jacques Buisson, Le droit de la police, Litec 2^{ème} édition 1998, p. 752.

¹¹¹ André Decocq, Jean Montreuil et Jacques Buisson, Le droit de la police, Litec 2^{ème} édition 1998, p. 751.

fonctionnaire de police pour être relaxé du chef d'acte attentatoire à la liberté individuelle¹¹². On le voit, les juges exercent un contrôle de l'activité des policiers en garde à vue cependant le prononcé de culpabilité reste marginal. La réparation civile incombe souvent à l'administration. En revanche, elle n'assume pas la répression pénale de l'agent même si l'infraction est constitutive d'une erreur professionnelle. La sanction est nécessaire lorsqu'un membre des forces de l'ordre commet une infraction dans l'accomplissement de la garde à vue, comme des violences au cours d'un interrogatoire.

Selon le doyen Decocq, « l'effectivité de la garantie, offerte au citoyen qui s'estime victime d'un acte de police, repose sur la facilité de sa mise en œuvre »¹¹³. La loi du 4 janvier 1993 a abrogé l'article 687 du Code de procédure pénale qui permettait à l'agent ou l'officier de police judiciaire d'être jugé devant un tribunal correctionnel autre que celui où il exerce, évitant ainsi une éventuelle partialité des juges à l'égard des officiers de police judiciaire avec lesquelles ils travaillent au quotidien. Le privilège de juridiction a disparu au profit de la compétence des juridictions applicable à tout citoyen. Bien que justifiée par un souci d'impartialité, cette disposition rompait l'égalité entre les citoyens et pouvait être perçue comme une faveur injustifiée à l'égard des policiers. En effet elle constituait pour la personne gardée à vue un obstacle à la saisine des juridictions, à tout le moins un facteur d'allongement des délais de traitement de l'affaire pénale. Par cette abrogation l'action publique n'est soumise désormais qu'à un seul obstacle, celui de l'article 6-1 du Code de procédure pénale instaurant « une exception préjudicielle à la mise en mouvement de l'action publique »¹¹⁴. Cet article interdit toute poursuite tant que n'a pas été constatée, par une décision devenue définitive de la juridiction saisie, l'illégalité de l'acte à l'origine des faits reprochés à l'officier de police judiciaire lorsque ceux-ci impliquent la violation d'une disposition de procédure pénale¹¹⁵. Mais, l'obstacle à la poursuite ne peut être soulevé lorsque l'infraction reprochée est constitutive de violences commises au cours de la garde à vue puisqu'il ne s'agit pas de la violation d'une disposition susceptible de nullité. Les membres des forces de l'ordre sont également passibles de sanctions disciplinaires.

2) La faculté d'engager la responsabilité disciplinaire

La police judiciaire est contrôlée par la chambre de l'instruction et placée sous la surveillance du procureur général aux termes de l'article 13 du Code de procédure pénale. Cette surveillance par le procureur général passe par une notation mais également par la faculté de

¹¹² Crim, 12 oct. 1993.

¹¹³ Préc. Le droit de la police, p. 755.

¹¹⁴ Préc. Le droit de la police, p. 758.

¹¹⁵ Tel est le cas lorsqu'un policier altère frauduleusement, dans un procès-verbal de notification de garde à vue, la vérité relative à l'heure et au lieu de l'établissement de la mesure. La disposition de procédure pénale violée étant l'article 63-1 : Crim, 7 décembre 2005, Bull. crim. n° 325.

sanctionner ces agents. En outre une loi du 6 juin 2000¹¹⁶ a porté création de la Commission nationale de déontologie de la sécurité laquelle veille au respect de la déontologie par les forces de l'ordre dans le cadre de leur activité et notamment durant la garde à vue.

En application de l'article 16 du Code de procédure pénale le procureur général peut retirer à l'officier de police judiciaire l'habilitation qu'il lui avait accordée. Cette sanction administrative ne fait pas obstacle au prononcé d'une sanction d'ordre judiciaire. En vertu de l'article 224 du Code de procédure pénale, « la chambre de l'instruction exerce un contrôle sur l'activité des fonctionnaires civils et militaires, officiers et agents de police judiciaire, pris en cette qualité ». Il en résulte qu'elle contrôle nécessairement leur mission durant la phase de garde à vue. Lorsqu'elle n'est pas saisie par le procureur général ou par son président, la chambre de l'instruction peut se saisir d'office. Mais la personne ayant fait l'objet de la garde à vue, qui s'estime victime, ne dispose pas de la faculté de saisir la chambre. L'article 227 quant à lui précise que « la chambre de l'instruction peut, sans préjudice des sanctions disciplinaires qui pourraient être infligées à l'officier ou agent de police judiciaire par ses supérieurs hiérarchiques, lui adresser des observations ou décider qu'il ne pourra, temporairement ou définitivement, exercer, soit dans le ressort de la cour d'appel, soit sur tout l'ensemble du territoire, ses fonctions d'officier de police judiciaire et de délégué du juge d'instruction ou ses fonctions d'agent de police judiciaire ». La loi du 15 juin 2000 ayant précisé que cette décision prend effet immédiatement. Cette compétence dévolue à la chambre de l'instruction concerne également les membres de la gendarmerie comme le rappelle l'article 117 du décret du 20 mai 1903. La chambre de l'instruction peut enfin transmettre le dossier au procureur général dans l'hypothèse où elle estime qu'a été commise une infraction pénale.

On le voit le juge judiciaire exerce un contrôle des mesures de garde à vue par le biais de son contrôle sur la police judiciaire. Les membres de la police judiciaire subiront parfois pour une même faute, un cumul de peines disciplinaires, celles infligées par le supérieur hiérarchique et celles infligées par l'autorité judiciaire.

Au-delà de la sanction de l'auteur de l'irrégularité ou de l'infraction, la garantie des citoyens ayant fait l'objet de garde à vue irrégulière passe par la réparation du préjudice qui lui a été causé.

B. La réparation du préjudice

La réparation du préjudice peut être prise en charge par l'État (1) afin d'assurer une garantie de paiement des dommages et intérêts à la personne qui a subi un préjudice à l'occasion d'une garde à vue. Mais l'État peut également être déclaré responsable et condamné à payer des dommages et intérêts à raison de brutalités commises en garde à vue (2).

¹¹⁶ Loi n° 2000-494.

1) L'État, garantie de la réparation

La personne ayant fait l'objet d'une garde à vue, qui s'estime victime d'abus, peut se constituer partie civile devant le juge pénal et obtenir la réparation de son dommage. Si le fait ne constitue pas une infraction seule la voie civile lui sera ouverte. Sera engagée la responsabilité civile du fonctionnaire fautif sur la base du droit commun de l'article 1382 du Code civil mais seulement dans le cas où il est établi une faute lourde. L'État est alors "garant" des condamnations prononcées. L'effectivité de l'indemnisation étant tributaire de la solvabilité de l'agent, à certaines conditions l'État prend en charge le paiement des dommages et intérêts afin que soit assurée la garantie financière. Il dispose ensuite d'une action récursoire contre l'agent auteur d'une faute personnelle. Si le préjudice a été causé par un magistrat, soit l'État est responsable directement en cas de faute lourde, soit l'État se substitue au magistrat fautif afin de réparer le préjudice causé durant la mesure de garde à vue. Dans ce dernier cas l'État pourra engager une action récursoire¹¹⁷. Ce système assure une indemnisation effective du citoyen tout en responsabilisant l'auteur de la faute, en cela il est protecteur des personnes pouvant faire l'objet des mesures de contrainte même s'il revêt une certaine complexité d'un point de vue procédural.

2) L'État, responsable pour brutalités policières

Afin d'apporter une réparation à la personne victime d'une infraction ou d'une faute de la police ou de la gendarmerie au cours de sa garde à vue la responsabilité de l'État peut être également mise en cause. Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, « l'État est responsable de toute personne placée en garde à vue car cette dernière est entièrement aux mains des fonctionnaires de police »¹¹⁸. La France a en effet souvent fait l'objet de condamnation par le juge européen sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne, prohibant la torture ainsi que les traitements inhumains ou dégradants¹¹⁹. La sanction des actes de violences policières est aujourd'hui garantie par le renversement de la charge de la preuve opéré par la Cour de Strasbourg. Ce renversement est spécifique au cas de la garde à vue en raison du fait que l'individu est privé de liberté et est aux seules mains des policiers. La preuve des mauvais traitements est établie notamment par les certificats médicaux. Reste alors la preuve de leur origine. Sauf preuve contraire apportée par les autorités étatiques, les lésions constatées médicalement sur la victime sont le résultat

¹¹⁷ Art. L. 781-1, al. 2 et 3 du COJ ; Ord. du 22 déc. 1958, art. L. 11-1 al. 3.

¹¹⁸ Sophie Bouretz, *La garde à vue*, L'Harmattan 2005, p59 ; CEDH, 4 décembre 1995, *Ribitsh c/ Autriche*.

¹¹⁹ CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, note Jean-François Renucci, *Violation de la Convention européenne des droits de l'homme : coups portés pendant la garde à vue et durée excessive de la détention provisoire et de l'instruction*, Recueil Dalloz 1993, p. 383 ; CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, note Florence Massias, RSC 1999, p. 891 ; Jean-François Renucci, *Violences policières à l'occasion d'une garde à vue et d'une détention*, Recueil Dalloz 2000, p. 179 ; CEDH, 1^{er} avril 2004, *Rivas c/ France*.

de la garde à vue. En conséquence, il incombe à l'État de ramener la preuve de l'origine des blessures et de démontrer qu'elles ne sont pas le fait des forces de l'ordre. Ce n'est donc plus à l'individu placé en garde à vue, alors qu'il était en bonne santé, de démontrer que les blessures dont il est fait état à la fin de sa détention lui ont été infligées par les policiers ou gendarmes. Un tel renversement de la charge de la preuve apparaît légitime, compte tenu de la situation d'infériorité dans laquelle se trouve l'individu. Enfin l'applicabilité de l'article 3 est tributaire d'un seuil minimal de gravité des faits en cause. Or dans le cadre de la garde à vue la Cour a posé une présomption « Lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 »¹²⁰.

On le voit, par une application spécifique de l'article 3 au cas de la garde à vue en matière de preuve et de seuil d'applicabilité, la Cour permet d'engager la responsabilité de l'État français et de réparer le préjudice subi par la personne ayant fait l'objet de sévices en garde à vue. La Cour européenne se veut protectrice mais cette jurisprudence a été rendue à l'occasion de violences d'une gravité extrême. À titre d'exemple dans l'arrêt Selmouni, le requérant, suspecté de trafic de stupéfiants, s'estimait victime de coups et blessures avec arme, en l'espèce une batte de « base-ball » ayant entraîné une infirmité permanente (la perte d'un œil), attentat à la pudeur et viol commis par deux ou plusieurs complices.

« L'ensemble de ce dispositif révèle la volonté du législateur de soumettre la police judiciaire à un contrôle strict de la part de l'autorité judiciaire, à un moment où il lui a accordé un accroissement sensible de ses pouvoirs, qui ont encore tendance à l'extension »¹²¹. Contrôle qui se doit d'être d'autant plus stricte en matière de garde à vue puisqu'il s'agit d'une mesure par nature attentatoire aux libertés et dans laquelle la personne est placée dans une situation d'infériorité et de vulnérabilité. Également parce que la mesure de garde à vue est souvent déterminante pour les policiers et gendarmes, car révélatrice de la vérité, leur pouvoir doit faire l'objet de surveillance puisque tout sera mis en œuvre pour obtenir des aveux ou des renseignements. Afin de protéger les droits et libertés des individus, la procédure pénale actuelle semble être influencée par deux tendances : d'une part la mise en place de dispositif de sanction *a posteriori* afin de contraindre la police judiciaire à agir conformément à la loi et ainsi permettre un contrôle de son action. D'autre part, l'accroissement des droits reconnus à la personne gardée à vue et sa protection contre les atteintes.

¹²⁰ Ribitsch, préc. § 53.

¹²¹ André Decocq, Jean Montreuil et Jacques Buisson, Le droit de la police, Litec 2^{ème} édition 1998, p. 774.

PARTIE 2. LES DROITS GARANTIS À LA PERSONNE PLACÉE EN GARDE À VUE

La personne placée en garde à vue bénéficie, en vertu du Code de procédure pénale, de certains droits ou garanties, qui viennent en quelque sorte contrebalancer les pouvoirs importants des enquêteurs. Il s'agit donc d'un mode de contrôle supplémentaire de la garde à vue permettant de préserver les droits essentiels et les libertés fondamentales reconnues aux individus tant concernant les droits de la défense (chapitre 1) que le respect de la dignité humaine (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES GARANTIES TENANT AUX DROITS DE LA DÉFENSE

Ni le législateur ni la jurisprudence n'ont défini la notion de « droits de la défense » sauf à ériger certains droits énumérés par le Code de procédure pénale au rang de droits de la défense. Pour la doctrine il s'agit de « l'ensemble des prérogatives accordées à une personne pour lui permettre d'assurer la protection de ses intérêts tout au long du procès ». Pour sa part la Convention européenne des droits de l'homme explicite cette notion en son article 6 § 3. Le bénéfice des droits de la défense concerne la phase du procès pénal, mais doivent-ils être étendus à la phase de recherche des preuves, c'est-à-dire durant l'enquête policière ? La jurisprudence de la Cour européenne a répondu par l'affirmative dans les arrêts Huvig et Kruslin¹²² rendus à l'encontre de la France.

Ainsi, une lecture combinée des dispositions de la Convention et du Code de procédure pénale, permet de déduire que le droit d'être informé de la nature des poursuites, le droit au respect du contradictoire, le droit à un interprète procèdent tous des droits de la défense (section 1). Mais parmi les droits dont est titulaire le suspect, c'est le droit à un avocat qui se trouve au centre des débats (section 2).

Section 1. Les garanties légales accordées à la personne placée en garde à vue

Les droits reconnus à la personne placée en garde à vue furent l'apport essentiel de la réforme du 4 janvier 1993. Il convient de distinguer le contenu de ses droits (paragraphe 1) de leur effectivité qui passe par une nécessaire notification (paragraphe 2) à la personne placée en garde à vue.

Paragraphe 1. Le contenu des droits reconnus à la personne gardée à vue

Des précisions doivent être apportées sur le droit d'informer un tiers par téléphone (I), ainsi que sur le droit au silence (II)

I. Le droit d'informer un tiers par téléphone

Aux termes de l'article 63-2 du Code de procédure pénale, la personne gardée à vue a le droit de faire prévenir par téléphone de la mesure dont elle fait l'objet, une personne avec laquelle

¹²² CEDH 24 avril 1990, Huvig et Kruslin c / France.

elle vit habituellement, l'un de ses parents en ligne directe, ou l'un de ses frères et sœurs, ou encore son employeur. Il convient de relever que ce droit n'est pas absolu (A) mais qu'il a fait l'objet d'évolutions depuis la réforme dans le sens d'un renforcement des garanties (B).

A. Un droit relatif

Le détail de la procédure figure dans la Circulaire générale C. 63-2 du 1^{er} mars 1993. C'est à la personne suspectée d'en faire la demande, il ne s'agit en aucun cas d'un devoir à la charge de la police judiciaire mais d'un droit reconnu à l'intéressé. Cette dernière est réalisée par un officier de police judiciaire ou par un agent délégué par lui et se limite à prévenir le tiers de l'existence du placement en garde à vue. Un entretien direct entre la personne gardée à vue et un tiers ne saurait être autorisé car il y aurait un risque que le premier ordonne au second de prendre des mesures faisant obstacle à la manifestation de la vérité. Enfin, depuis la loi n°2002-307 du 4 mars 2002, l'information doit avoir lieu dans le délai prévu au dernier alinéa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, soit dans un délai de trois heures¹²³. Sauf circonstances insurmontables, ce délai doit être strictement respecté¹²⁴.

La garde à vue des mineurs de plus de treize ans fait l'objet de dispositions particulières. Selon l'article 4 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, dont la rédaction est issue de l'article 109 de la loi du 4 janvier 1993, l'officier de police judiciaire doit informer les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié le mineur, de la mesure dont ce dernier est l'objet. Ces dernières hypothèses visent le cas où l'enfant fait l'objet d'une mesure de protection administrative de l'enfance ou d'un placement ordonné par une juridiction. Une dérogation est possible sur décision du procureur de la République ou du juge chargé de l'information, et pour la durée que ce magistrat détermine, laquelle ne peut excéder vingt-quatre heures ou douze heures lorsque la garde à vue ne peut faire l'objet de prolongations.

La liste des personnes susceptibles d'être prévenues présente quelques difficultés. En effet, la notion de « personne avec laquelle [l'intéressé] vit habituellement » peut poser des problèmes. En pratique cet élément est invérifiable par les policiers dans le bref délai qui leur est imparti. « Seule une dénomination par des liens de parenté ou d'alliance pourrait donner un minimum de certitude »¹²⁵. Le choix offert à l'intéressé entre ces différentes personnes peut donner lieu à des fuites d'informations. C'est pourquoi l'officier de police judiciaire, lorsqu'il l'estime nécessaire à l'efficacité de l'enquête, peut ne pas faire droit à la demande. Par exemple, si le tiers est susceptible d'être impliqué dans l'affaire, si la police judiciaire peut avoir des doutes sur la qualité même de la personne dont le gardée à vue demande l'information ou encore

¹²³ Dans l'ancienne rédaction l'information du tiers devait, à la demande de l'intéressé, avoir lieu « sans délai ».

¹²⁴ Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007 ; Lesclous, Dr. Pénal 2007, chron. 44.

¹²⁵ Michèle Laure Rassat, Traité de procédure pénale, PUF collection droits fondamentaux, 1^{ère} éd. 2001, p. 556, n° 350.

lorsque l'exercice de ce droit implique un dépérissement des preuves. Dans ce cas il en réfère au procureur de la République qui peut prendre une décision en ce sens. En pratique, l'hypothèse la plus fréquente dans laquelle l'individu se verra refuser ce droit concerne les gardes à vue relatives à des faits relevant de la criminalité organisée. Certains estiment qu'il vaudrait mieux prévoir une liste de personnes à prévenir, ne laissant plus le choix à l'intéressé de choisir parmi cette liste afin d'éviter que cet avertissement ne donne lieu à l'établissement de « code » susceptible de donner des informations¹²⁶.

L'article 63-2 du Code de procédure pénale concilie cette volonté légitime de lutter contre l'isolement avec des limites nécessaires à l'efficacité de l'enquête. Ce droit n'est donc pas absolu mais ces restrictions doivent faire l'objet d'une décision d'un magistrat et ne relèvent donc pas d'un pouvoir discrétionnaire des officiers de police judiciaire mais qu'en est-il depuis la réforme de la garde à vue ?

B. Un droit renforcé

Il ressort du compte rendu intégral des débats de la séance du 3 mars 2011 au sénat que la commission comme le gouvernement avaient émis un avis défavorable à l'égard d'un amendement n°77 selon lequel la restriction au droit de faire prévenir un tiers devrait résulter non du procureur de la République mais du juge des libertés et de la détention. Pour le rapporteur de la commission, Monsieur François Zocchetto, durant les premières quarante-huit heures de la garde à vue le procureur de la République est le mieux à même d'assurer ce contrôle. Quant au garde des Sceaux Michel Mercier, « aucune exigence constitutionnelle ni conventionnelle n'impose que l'autorisation donnée aux enquêteurs de reporter l'avis à un proche ou à un employeur soit délivrée par un juge », il estime ainsi que les modalités de cette restriction introduite par la loi Sapin-Vauzelle du 4 janvier 1993 n'ont pas à être modifiées.

Pour autant, le droit de faire prévenir un tiers paraît être renforcé par la loi issue de la réforme, en effet elle prévoit que l'individu pourra désormais faire prévenir à la fois un proche et l'employeur. En outre, est précisé, que le majeur incapable pourra faire aviser son curateur ou son tuteur et la personne de nationalité étrangère pourra faire contacter les autorités consulaires. Enfin, sous l'empire du droit antérieur, le délai de trois heures courrait « à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue » alors que sous la nouvelle rédaction, ce dernier court à compter du moment où la personne a formulé sa demande. Si pour certains cette disposition est vue comme un accroissement de la possibilité pour l'officier de police judiciaire de retarder la satisfaction de ce droit¹²⁷, il semble que cette modification soit plutôt pertinente. En effet l'information du tiers n'est faite qu'à la demande de la personne gardée à vue. Si elle doit être immédiatement informée de ce droit, « elle peut ne pas faire valoir ce droit au début de la mesure de garde à vue et souhaiter par la suite

¹²⁶ Note préc.

¹²⁷ Olivier Bachelet, « La réforme de la garde à vue ou l'art du faux-semblant », Gazette du palais du 12 au 14 décembre 2010, p. 5, étude 12931.

revenir sur sa décision »¹²⁸ ; il doit alors être fait droit à sa demande sauf s'il apparait une volonté de compromettre le bon déroulement de l'enquête. Dès lors un individu qui demanderait d'informer un tiers trois heures après son placement en garde à vue, dans l'hypothèse où le délai pour y faire droit court à compter du placement en garde à vue, il y aura nécessairement méconnaissance de l'article 63-2 du Code de procédure pénale, même en l'absence de mauvaise volonté de la part de l'officier de police judiciaire. Ainsi faire courir le délai à compter de la demande semble éclaircir la disposition en cause et éviter des vices de procédures intempestifs. Il semble logique que le délai imparti à l'officier coure à compter de la demande. Il ne s'agit donc plus d'une alternative. Ainsi il semble donc qu'au regard de ce droit un équilibre entre les nécessités de l'enquête et les garanties individuelles ait été trouvé. Qu'en est-il du droit au silence ?

II. Le droit au silence

Le droit pour tout accusé de garder le silence n'est pas un droit expressément garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pourtant le juge européen a déduit de ce dernier une garantie implicite de l'équité procédurale et un instrument de protection contre une coercition abusive des autorités de police (A). La législation française est sur ce point conforme aux exigences européennes en garantissant à la personne gardée à vue le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination (B).

A. L'économie générale du droit de se taire dégagée au plan international

Le Pacte international de l'Organisation des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1966 proclame en son article 14 (3°) le droit de toute personne accusée « à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». La Convention européenne des droits de l'homme ne proclame pas expressément ce droit pour un accusé de garder le silence mais la Cour européenne néanmoins le dégage du droit à la présomption d'innocence.

Depuis l'arrêt Funke de 1993¹²⁹, « le droit de se taire » ou « de ne pas contribuer à sa propre incrimination » est consacré par le juge européen selon lequel il constitue une garantie de la présomption d'innocence et interdit de déduire du silence un indice de culpabilité. L'arrêt John Murray rendu à l'encontre du Royaume-Uni illustre la démarche interprétative du juge lui permettant de déduire de l'article 6 de la Convention européenne le droit, pour tout accusé, de garder le silence. En l'espèce est affirmé qu'« 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

¹²⁸ Circulaire générale C. 63-2 du 1^{er} mars 1993, point 6.

¹²⁹ CEDH 25 février 1993, *Funke c / France* ; J. Pannier, D. 1993, P.457 ; CEDH 2 mai 2000, *Condron c / Royaume Uni*.

équitable consacré par l'article 6 »¹³⁰. Dans un arrêt récent du 14 octobre 2010, affaire Brusco¹³¹, la Cour européenne 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 ». Ainsi cette démarche prétorienne du juge européen est motivée par le souci de préserver l'équité de la procédure par l'octroi à tout accusé de la liberté de parler ou de garder le silence mais également de protéger les personnes privées de leur liberté contre les éventuelles pressions abusives des autorités¹³².

Ce droit, implicitement contenu au sein de l'article 6, n'est cependant pas absolu puisque le silence de la personne poursuivie peut être utilisé comme un élément d'appréciation participant de l'intime conviction du juge. Dans l'affaire John Murray relative à une affaire de terrorisme, elle affirme que, face à des indices sérieux de culpabilité, le juge peut tirer toutes les conséquences du silence gardé par l'accusé au cours de la procédure. Plus précisément, le fait d'en tirer des déductions qui paraissent raisonnables eu égard aux autres éléments de preuve ne porte pas atteinte aux exigences du procès équitable, du moment que la condamnation n'est pas fondée exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu. Quant à la France est-elle sur ce point conforme à la jurisprudence européenne ?

B. L'impact sur la garde à vue française

La législation française semble présenter des garanties suffisantes au regard des exigences internationales et notamment européennes. La personne placée en garde à vue jouit du droit de se taire malgré les débats qui ont pu avoir lieu autour de la notification de ce droit à l'intéressé. L'individu n'est, à aucun moment, contraint de répondre aux questions de la police judiciaire sous la menace de sanction. De plus le droit français n'assimile pas le silence à un aveu de culpabilité. Ainsi les dispositions du Code de procédure pénale semblent répondre à l'exigence selon laquelle la personne placée en garde à vue dispose d'une liberté, ou se taire ou parler. En reconnaissant ce droit, le juge européen comme le législateur français entendent donc conférer au droit à un procès équitable une application effective. Toutefois il convient d'envisager également la question sous l'angle de la notification de ce droit, en effet nul ne peut exercer effectivement un droit dont il ignore l'existence.

¹³⁰ CEDH 8 février 1996, *John Murray c / Royaume Uni*, § 45.

¹³¹ CEDH 14 oct. 2010, *Brusco c / France*, n° 1466/07, § 44 ; F. Rome, D. 2010. 2425, ibid entretien Y. Mayaud, 2696 ; F. Sudre, JCP G n°43, 25 octobre 2010, p. 2006, comm. 1064.

¹³² Béatrice Belda, Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme, thèses dirigée par Frédéric Sudre, Bruylant 2010.

Paragraphe 2. La notification des droits, garantie de leur effectivité

La garantie des droits reconnus à la personne privée de sa liberté passe par le respect d'un formalisme procédural imposé aux enquêteurs par la rédaction de procès-verbaux et la tenue de registre tel qu'étudié au chapitre 2 de la première partie. Mais elle réside avant tout dans la notification de ses droits à la personne concernée. Aux termes de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, toute 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 de son droit de faire prévenir un proche, de son droit à être examiné par un médecin et de s'entretenir avec un avocat. Elle est en outre immédiatement informée de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête et des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63. Cette notification est soumise à un certain formalisme (I) et répond à certaines exigences quant à son contenu (II).

I. Les règles tenant aux formalismes de la notification des droits

Les exigences procédurales tiennent au moment de la notification des droits (A), et à la forme de la notification (B).

A. Le moment de la notification des droits

Le principe est le suivant : l'information doit intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue (art. 63-1, dern. al. C. pr. pén.).

Il existe une exception relative au droit de connaître les suites de la garde à vue. En effet depuis la loi du 4 mars 2002 le droit invoqué à l'article 77-2 du Code de procédure pénale ne doit être porté à la connaissance de l'intéressé que s'il est remis en liberté à l'issue de cette mesure sans qu'une décision n'ait été prise par le procureur de la République sur l'action publique. Il s'avérerait en effet inutile de notifier ce droit au moment du placement en garde à vue, le parquet pouvant décider d'engager des poursuites, de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites ou une composition pénale et d'ainsi mettre un terme à l'enquête¹³³.

Selon une jurisprudence constante de la chambre criminelle, « tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation (de notification des droits) porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne¹³⁴ » même s'il n'a été procédé à aucune audition entre le placement en garde à vue et la notification des droits¹³⁵. Ainsi pour la Cour de

¹³³ Sophie Bouretz, La garde à vue, p.50, l'Harmattan, 2005.

¹³⁴ Crim, 14 décembre 1999, Bull. crim. n°301, p. 929 ; Dr. Pén. 2000, comm. n°39.

¹³⁵ Crim, 10 mai 2000, Bull. crim. n°192, p. 531.

Cassation cela constitue une nullité substantielle indépendante de tout grief causé au gardé à vue¹³⁶.

La Cour estime néanmoins que le retard peut être justifié par une circonstance insurmontable. Au titre des circonstances insurmontables on peut évoquer l'état d'ébriété de l'intéressé. Dans ce cas le report de la notification des droits se justifie par le fait que son état l'empêche de comprendre la portée des droits qui lui seraient notifiés ainsi que de les exercer utilement¹³⁷. La Cour de Cassation a rappelé la règle selon laquelle la notification des droits « ne peut intervenir qu'à partir du moment où la personne gardée à vue est en mesure d'en comprendre la portée » en validant la garde à vue d'un individu interpellé avec une alcoolémie de 1,24 mg par litre d'air expiré à dix-huit heures et dont la notification des droits est intervenue seulement le lendemain à neuf heures, alors que celui-ci invoquait qu'à quatre heures vingt il ne présentait qu'un taux de 30 mg par litre d'air expiré, ce qui montrait « son état de conscience et d'ébriété légère »¹³⁸. Constitue également des circonstances insurmontables le fait qu'un commissariat soit assiégé par des manifestants empêchant la présentation de la personne retenue à un officier de police judiciaire¹³⁹ ou encore de la difficulté de trouver un interprète¹⁴⁰. En revanche, selon la chambre criminelle, le fait que l'interprète requis par les policiers ait déclaré ne pouvoir se présenter avant le lendemain, ne constitue pas une circonstance insurmontable¹⁴¹.

En outre la notification des droits n'est pas tardive si elle est effectuée dès le placement effectif en garde à vue « peu important, à cet égard, que, dans son intérêt même, le délai de garde à vue ait été calculé à compter, non pas de ce placement, mais de son arrivée plusieurs heures auparavant dans les services de police »¹⁴². Il s'agit de l'hypothèse où un individu se présente volontairement dans les services de police ou accepte sans contraintes de suivre les policiers mais ses déclarations l'ont fait suspecter. Son placement en garde à vue intervient de ce fait après le début de son audition « de sorte que la notification des droits exigée par l'article 63-1 du Code de procédure pénale est inévitablement faite en contradiction de ce même article, qui impose une notification immédiate ». La chambre criminelle a refusé à plusieurs reprises de constater une atteinte aux droits de la personne gardée à vue. Dans un arrêt du 4 mars 1998¹⁴³ elle affirme expressément qu'« une personne qui se présente sans

¹³⁶ Crim, 19 décembre 2007, pourvoi n°07-83.340.

¹³⁷ Crim, 4 janvier 2005

¹³⁸ Crim, 19 mai 2009, pourvoi n°08-86.466 ; Jacques Buisson, RSC octobre/décembre 2009, p.893.

¹³⁹ Crim, 10 avril 1996, Procédures 1996, comm. n°229.

¹⁴⁰ Crim, 26 mai 1999, Bull. crim. n°105, p.280 ; Civ.2^e, 7 octobre 2004.

¹⁴¹ Crim, 3 décembre 1996, Bull. crim. n°443, p. 1297.

¹⁴² Crim, 13 novembre 1996, Bull. crim. n°401 ; Didier Rebut, RGDP. n°3, 1998, p. 466.

¹⁴³ Bull. Crim. n° 84, p. 231 ; note préc.

contrainte aux services de police, peut, au cours d'une enquête préliminaire, être entendue sur les faits qui lui sont imputés, avant d'être placée en garde à vue » ainsi cette audition ne constitue pas une mesure de garde à vue soumise aux formalités prévues pour celle-ci. Qu'en est-il des exigences de forme relatives à la notification des droits ?

B. Les exigences de forme

Cette notification doit répondre à des exigences procédurales énoncées à l'article 63-1 du Code de procédure pénale afin que celle-ci soit la plus efficiente possible et garantisse au mieux l'exercice effectif des droits de la défense du gardé à vue. La notification doit tout d'abord être écrite (1) même si cet impératif n'est pas absolu. Elle doit ensuite également être donnée de manière à être accessible à tous c'est-à-dire de manière à être comprise par des personnes ne comprenant pas la langue française mais également par les personnes atteintes de surdité (2).

1) Le caractère écrit de la notification

La notification des droits doit être écrite. Elle doit, selon l'article 63-1 al 2 du Code de procédure pénale, faire l'objet d'un procès verbal qui doit être en principe rédigé sur le champ (art. 66 du C. pr. pén.). Toutefois selon la Cour de Cassation, l'irrégularité consistant à ne consigner cette notification qu'ultérieurement, lors de l'audition de la personne concernée, voir lors de la fin de la garde à vue, ne peut entraîner la nullité des actes effectués pendant la mesure lorsqu'il est établi que cette personne a eu effectivement connaissance de ses droits dès le début de la mesure¹⁴⁴. En d'autres termes, afin d'assurer l'effectivité de la notification lorsque le placement en garde à vue est décidé hors des locaux du commissariat ou de la gendarmerie (par exemple sur les lieux de l'interpellation ou d'une perquisition), la jurisprudence admet la notification verbale des droits sous certaines réserves, celles-ci sont rappelées par la circulaire du 4 décembre 2000¹⁴⁵. La notification doit être effective, dictée par les nécessités de l'enquête, ainsi qu'être suivie d'une notification ultérieure par procès verbal dès le retour des enquêteurs dans les services de police. Elle doit en outre est comprise et accessible à la personne placée en garde à vue.

2) Caractère tenant à la langue

En vertu de l'article 63-1 al.3 du Code de procédure pénale, la personne gardée à vue doit être informée de ses droits dans une langue qu'elle comprend et notamment dans le langage des signes s'il s'agit d'une personne atteinte de surdité (art. 63-1 al.4 du C. pr. pén.).

¹⁴⁴ Crim, 21 mars 2000, Bull. crim. n°127, p. 381 ; Crim, 19 décembre 2000, Procédures 2001, comm. n°113.

¹⁴⁵ Circulaire CRIM 00-13 F1 du 4 décembre 2000, présentant les 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 ; sous art. 63-1 C. pr. pén.

En ce qui concerne les personnes ne comprenant pas la langue française, la loi n'exige pas que la notification de ses droits lui soit faite dans sa langue natale ou nationale, il suffit qu'elle soit faite dans une langue qu'elle comprend. À titre d'exemple, dans un arrêt du 11 février 1998¹⁴⁶, la chambre criminelle a estimé régulière une notification faite en langue française à une personne de nationalité tunisienne dès lors qu'elle résidait en France depuis 1973 et qu'elle avait déclaré avoir compris la nature et la portée de la notification.

La notification des droits dans la langue que la personne gardée à vue comprend n'est soumise à aucun formalisme particulier. La Cour de Cassation décide notamment qu'il n'est pas nécessaire de recourir à un interprète assermenté. Elle a même admis qu'un gendarme ait pu servir d'interprète ce qui peut paraître discutable. Elle a par ailleurs jugé que la notification des droits pouvait être traduite au téléphone par un interprète ne pouvant se déplacer dès lors qu'il résulte de l'article 706-71 du Code de procédure pénale qu'en cas de nécessité résultant de l'impossibilité pour un interprète de se déplacer, l'assistance d'un interprète au cours d'une audition peut également se faire par l'intermédiaire des moyens de télécommunication¹⁴⁷. Le recours au truchement téléphonique d'un interprète, contrairement à la notification au moyen de formulaire rédigée dans une langue que comprend l'intéressé, n'a pas la même vertu de confidentialité. Aussi est-il légitime qu'il n'y soit recouru qu'en cas d'impossibilité effective de présence dudit interprète.

De son côté, la loi du 9 mars 2004, a prévu à l'article 63-1 alinéa 3 du Code de procédure pénale que la notification des droits dans une langue comprise de la personne gardée à vue pouvait être réalisée, le cas échéant, au moyen de formulaires écrits. Elle a ainsi entériné à la fois la pratique selon laquelle la chancellerie avait élaboré des formulaires de notification des droits en plusieurs langues ainsi qu'une jurisprudence des juges du fond qui admettait cette notification au moyen de formulaires¹⁴⁸. Dans le cadre de la réforme de la garde à vue l'article 63-1 du Code de procédure pénale fait l'objet de modification dans le sens d'une rédaction plus claire et plus précise. En effet il ressort du rapport n° 315 du 16 février 2011, réalisé par le sénateur François Zocchetto, que les députés ont adopté un amendement indiquant que le formulaire écrit auquel il peut être recouru pour les besoins d'une information immédiate ne doit pas conduire à faire l'économie de l'intervention ultérieure d'un interprète et d'une nouvelle notification des droits.

Concernant les personnes atteintes de surdité, la loi du 15 juin 2000 a ajouté à l'article 63-1 du Code de procédure pénale un alinéa 4 aux termes duquel la personne gardée à vue atteinte de surdité doit, si elle ne sait ni lire ni écrire, être assistée d'un interprète en langue des signes

¹⁴⁶ Bull. crim. n°55, p. 148.

¹⁴⁷ Civ 1^{ère}, 12 mai 2010 ; Albert Maron et Marion Haas, Dr. pén., septembre 2010, p.58.

¹⁴⁸ Douai, 17 septembre 1997. Il a ainsi été jugé qu'était régulier un procès-verbal de notification des droits à une personne gardée à vue de nationalité chinoise mentionnant expressément qu'il a été remis à cette dernière une notice, laquelle était la traduction en langue chinoise des droits de la personne gardée vue.

ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec les sourds. Le texte précise qu'il peut être également recourut à tout dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité. La circulaire d'application de la loi du 15 juin 2000 ajoute que les enquêteurs peuvent faire appel à des proches de la personne gardée à vue qui maîtrisent le langage des signes dans la mesure où un tel recours est compatible avec les nécessités de l'enquête en cours.

Si la personne atteinte de surdité sait lire et écrire, il lui est remis un formulaire type mentionnant ses droits.

À côté de ses règles formelles, la notification doit répondre à des exigences de fond, elle doit porter sur des informations relatives à la mesure de contrainte elle-même mais également aux droits dont bénéficie la personne (droit de faire prévenir un proche et l'employeur, droit d'être examinée par un médecin et droit à l'assistance d'un avocat). Ainsi il convient d'analyser le contenu de la notification imposé par l'article 63-1 du Code de procédure pénale.

II. Les règles tenant au contenu de la notification

L'ancienne législation prévoyait que l'intéressé était avisé de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête ainsi que de la durée de la garde à vue. La nouvelle rédaction issue de la réforme fait preuve d'une plus grande précision : la personne doit être informée qu'elle est placée en garde à vue, même si tel est déjà le cas en pratique. Elle est ensuite informée non seulement de la nature mais également de la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée avoir commise ou tenté de commettre. Si la notification de la nature de l'infraction retenue est admise au plan national et international depuis plusieurs années (A), tel n'est pas le cas de la notification du droit au silence (B), lequel après avoir fait débat depuis les années 2000, vient seulement d'être consacré par la réforme du régime de la garde à vue.

A. Notification de la nature de l'infraction retenue

En vertu de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 15 juin 2000, les enquêteurs ont l'obligation de porter à la connaissance de la personne gardée à vue la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête. Il s'agissait de mettre en conformité le droit français avec l'article 5-2 de la Convention européenne, selon lequel « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». La Cour européenne a récemment confirmé sa jurisprudence antérieure dans 2 arrêts rendus contre la Turquie¹⁴⁹. Elle rappelle que « cette garantie oblige à signaler à la personne concernée dans un langage simple et accessible pour elle les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté afin qu'elle

¹⁴⁹ CEDH, 30 juin 2009, n°16234/04, Füsün Erdogan et autres c/ Turquie ; CEDH, 16 juin 2009, n°43526/02, Aytan et Ömer Polat c/ Turquie ; Vincent Lesclous, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pén. Septembre 2010, p.38.

puisse en discuter la légalité devant un tribunal. Elle doit bénéficier de ses renseignements dans le plus court délai mais le policier qui l'arrête peut ne pas les lui fournir intégralement sur le champ ». Elle fait preuve d'une relative souplesse puisqu'elle admet, dans l'affaire Füsün Erdogan et autres contre Turquie, que la signature des procès-verbaux de perquisition et du registre de garde à vue suffisent à cette information.

Sur le plan interne la circulaire d'application de cette loi précise que la personne gardée à vue n'a pas à être informée du détail des faits qu'elle est soupçonnée d'avoir commis, mais doit seulement être avisée de la nature des infractions qui lui sont reprochées, c'est-à-dire de leurs qualifications juridiques. La nature précise de l'infraction doit être déterminée. Selon la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation¹⁵⁰, est naturellement insuffisante la seule mention suivant laquelle il existerait à l'encontre de la personne gardée à vue des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. La jurisprudence française se montre donc compréhensive.

Une question se pose : doit-il y avoir renouvellement de la notification lorsque la garde à vue fait apparaître d'autres infractions que celle qui la motivait initialement ? Il apparaît qu'aucun texte n'impose une notification complémentaire relative aux infractions qui se seraient révélées au cours de la garde à vue de l'intéressé dès lors que ces infractions n'entraînent aucun nouveau placement en garde à vue¹⁵¹. Il en serait autrement dans le cas où l'infraction nouvellement retenue déboucherait sur un régime de garde à vue dérogatoire.

Cependant concernant le contenu de la notification le point qui a le plus alimenté les débats est celui de l'information du droit au silence.

B. La consécration tardive de la notification du droit au silence

L'article 8 de la loi du 15 juin 2000 avait complété l'article 63-1 du Code de procédure pénale par un alinéa ainsi rédigé : « 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 ». Cette réforme avait été diversement accueillie par la doctrine. Certains y voyant une véritable révolution juridique en déduisant un droit au silence par imitation au 5^e amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique¹⁵² selon lequel « nul ne sera tenu de répondre à l'accusation de crime capital ou autrement infamant, si ce n'est sur la dénonciation ou sur la poursuite émanant d'un grand jury ». D'autres y portant un regard beaucoup plus critique, tel était le cas de Bernard Bouloc pour qui « la loi a une curieuse conception de l'interrogatoire qui doit être accepté par la personne »¹⁵³. Quant à Michèle Laure Rassat, elle concevait cette information comme une « absurdité ». Selon cette dernière « dès lors que la personne

¹⁵⁰ Civ 2^e, 22 mai 2003, Bull. crim. n°152, p. 128 ; Dr. Pén. 2003, comm. n°104.

¹⁵¹ Civ 2^e, 5 février 2004, Bull. civ. II. n°44, p. 36 ; Dr. Pén. 2004, comm. n°135 ; Crim, 10 novembre 2009, n°09-84.702.

¹⁵² S. Guinchard et J. Buisson, Procédures pénales, Dalloz 2^{ème} éd. 2002, n°477 et 532-4.

¹⁵³ B. Bouloc, « la durée des procédures : un délai enfin raisonnable ? », RSC 2001, p.62.

convoquée peut toujours être contrainte de venir et qu'on définit la garde à vue comme un procédé d'interrogatoire, donner au gardé à vue l'avertissement qu'il peut se taire est incohérent avec l'architecture générale de la mesure et au surplus inutile (...). Le rappeler ici est une formule de bonne conscience »¹⁵⁴.

Cette consécration a également soulevé de nombreuses critiques parmi les membres de la police pour lesquels cette information constitue une entrave aux nécessités de l'enquête, laquelle a, dans la pratique, pour objet majeur d'obtenir des aveux. Il semble qu'il puisse y avoir contradiction à faire coexister l'exercice d'un droit de rester muet et une mesure dont l'enquêteur espère justement qu'elle permettra d'obtenir des déclarations¹⁵⁵.

Le texte fut finalement reformulé par la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 afin de ne plus mettre l'accent sur une obligation considérée par les enquêteurs comme une incitation à se taire. La nouvelle formule devenait « la personne gardée à vue est immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire ». Mais cette formulation laissait sceptique quant à l'utilité même d'un tel texte, de ce fait il fut abrogé par la loi n° 2003-495 du 18 mars 2003. L'objet de la suppression était l'obligation de notifier le droit de se taire et non le droit lui-même. Cependant peut-on se poser la question de l'effectivité de ce droit consacré par une norme internationale mais sur lequel la personne gardée à vue ne bénéficie d'aucune information. En effet comment un individu pourrait exercer pleinement un droit qui lui est offert alors qu'il n'en a pas connaissance ?

La Cour consacre ainsi le droit au silence, en tant qu'exigence élémentaire du procès équitable, mais pas expressément le devoir de l'enquêteur de notifier au gardé à vue ce droit. On ne peut cependant qu'approuver l'introduction dans notre droit de cet avertissement qui est consacré presque partout à l'étranger. À titre d'exemple la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis fait obligation, sur le fondement du 5^{ème} amendement, à la police d'informer le suspect en termes clairs et sans équivoque qu'il a le droit de rester silencieux¹⁵⁶. En France, des décisions des juges du fond avaient déjà annulé des procédures où l'intéressé n'avait pas été averti du droit de se taire, c'est notamment le cas de la Cour d'Appel d'Agen¹⁵⁷. Confirmant le jugement du Tribunal correctionnel d'Agen du 6 janvier 2010, elle estime que l'absence de notification à la personne gardée à vue de son droit de garder le silence constitue une violation de l'article 6 de la Convention européenne, en conséquence le procès-verbal de garde à vue et les actes subséquents doivent être annulés. Les juges du fond soutiennent donc

¹⁵⁴ Michèle Laure Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF collection droits fondamentaux, 1^{ère} éd. 2001. p.555, n° 349.

¹⁵⁵ Jacques Leroy, *JCI Procédure pénale*, fasc. 20, art 53 à 73, cote 01. 2007.

¹⁵⁶ Par la suite cette dernière, consciente de mettre en péril la bonne fin de nombreuses enquêtes, a réduit la portée de cette obligation à l'hypothèse où un véritable interrogatoire serait envisager par l'enquêteur. Ainsi, selon un arrêt *Miranda c / Arizona* du 13 juin 1966, les déclarations spontanées de la personne impliquées n'auraient donc pas à être précédées par cette avertissement.

¹⁵⁷ CA Agen, 18 févr. 2010, F. Fournié, *Faut-il garder le silence ?*, D. 2010. p.1850.

ici que le droit au silence fait partie des droits de la défense et est au cœur du procès équitable. Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010 (cons. 28 *in fine*) relève que certaines dispositions du régime de la garde à vue son contraire aux articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen notamment en raison du fait que l'intéressé ne dispose pas de l'assistance effective d'un avocat alors que, au demeurant, l'intéressé ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence. Il semblait donc inviter le gouvernement à tenir compte de ce droit dans le cadre de la réforme de la garde à vue. Par trois arrêts du 19 octobre 2010 la Cour de Cassation apporte sa pierre à l'édifice en affirmant que « sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce (...) 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 (...) »¹⁵⁸. On peut se demander s'il ne faudrait pas élever ce droit au silence au rang de principe directeur et le faire figurer à l'article préliminaire de Code de procédure pénale. Ce n'est pas le chemin qui semble avoir été choisi dans le cadre de la réforme. Le futur article 63-1 du Code de procédure pénale, dans une rédaction proche de celle de la loi de mars 2002, prévoit donc qu'après avoir décliné son identité, l'intéressé a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

Sur ce point la loi du 14 avril 2011 se conforme aux exigences constitutionnelles et semble même aller au-delà des garanties posées par la Cour européenne. En effet, si la notification participe bien de l'effectivité du droit de garder le silence, car nul ne peut exercer un droit dont il ignore l'existence, la Cour européenne n'en fait pas pour autant une condition nécessaire, le droit au silence n'est pas inefficace du seul fait qu'il n'est pas notifié. Cette dernière lie étroitement ce droit à l'article 6§2 de la Convention relative à la présomption d'innocence mais il n'implique nullement l'obligation pour tous les États partis de faire de sa notification un principe à partir du moment où la procédure est, par ailleurs, équitable dans son ensemble. Le droit de se taire présuppose que l'accusation doit fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions. Selon la Cour, le droit au silence peut être concret, même en l'absence de notification obligatoire, si par ailleurs la législation en vigueur n'impose aucune obligation de répondre aux questions en garde à vue sous peine de sanction, n'assimile pas le silence à un aveu de culpabilité et prévoit, en outre la possibilité de s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure. De plus, il ne semble pas que la Cour européenne exige que le droit au silence soit formulé en tant que tel et systématiquement. Il est certain qu'il doit être énoncé lorsque l'individu a été entendu en tout ou parti sans avoir pu s'entretenir au préalable avec un avocat. En conséquence, le droit au silence apparaît être plus un droit complémentaire qui permet à certaines conditions de pallier l'absence d'assistance d'un avocat. En revanche lorsque l'assistance d'un avocat existe le droit au silence devient secondaire car l'avocat va informer la personne gardée à vue de ce droit. Ainsi le droit au silence joue un rôle essentiellement

¹⁵⁸ Crim, 19 octobre 2010, n°1082.902.

dans le cadre des régimes dérogatoires. Mais il convient de se réjouir du projet de loi sur ce point qui donne au droit au silence la plus large portée possible.

Ainsi le choix a été fait d'inscrire dans la loi au profit du gardé à vue un droit au silence mais quel rôle la réforme va-t-elle reconnaître à l'avocat durant la garde à vue ?

Section 2. Le contrôle de la garde à vue par le truchement du droit à l'assistance d'un avocat

Jusqu'à la loi du 4 janvier 1993, le principe du respect des droits de la défense ne trouvait pas d'application au cours de l'enquête policière. Le Conseil Constitutionnel a finalement considéré que « le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue constitue un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale »¹⁵⁹. Le droit à l'entretien avec un avocat est donc indirectement constitutionnalisé dès lors que le Conseil Constitutionnel en fait une composante des droits de la défense, lesquels ont eux-mêmes une valeur constitutionnelle. Mais la Cour européenne a élaboré une jurisprudence, relativement à la présence de l'avocat, à l'origine de nombreux débats dans le cadre de la réforme de la garde à vue. Ce débat par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité a gagné le terrain de la conformité à la constitution. Dans sa décision du 30 juillet 2010¹⁶⁰ le Conseil Constitutionnel a considéré que l'article 63-4 du code de procédure pénale relatif au droit à un entretien avec un avocat était contraire à la Constitution et à par la même imposée une évolution des modalités d'intervention de l'avocat avant le 1^{er} juillet 2011 (paragraphe 2). Cette modification des textes était rendue nécessaire par l'évolution des exigences elles-mêmes (paragraphe 1).

Paragraphe 1. La présence de l'avocat : une garantie fondamentale en nécessaire évolution

Les réticences à l'égard de la présence de l'avocat lors de la phase d'enquête ont toujours été présentes¹⁶¹. Mais à l'heure où des impératifs sont fixés clairement en la matière afin que les droits de la défense soient effectifs (I), les protestations contre une présence plus importante de l'avocat en garde à vue rejaillissent (II).

¹⁵⁹ Déc. n° 93-326 DC, 11 août 1993, relative à la garde à vue, cons. n° 12.

¹⁶⁰ Déc. n° 2010-14/22, QPC ; Cass. 31 mai 2010, n° 12030.

¹⁶¹ A titre d'exemple, le développement de l'enquête officieuse n'est autre qu'une réaction à l'introduction par la loi Constans du 8 décembre 1897 de la présence de l'avocat aux interrogatoires du juge d'instruction.

I. Défendre en garde à vue, les nouvelles exigences

Les modalités d'intervention du conseil en garde à vue ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence au niveau européen (A). Forts des impératifs imposés par la Cour européenne, les juridictions françaises n'hésitent plus à déclarer le régime des gardes à vue contraires aux principes énoncés tant par la Constitution que par la Convention européenne (B).

A. Les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme

L'article 6 § 3 c) de la Convention européenne consacre le droit pour tout accusé à l'assistance d'un défenseur. La Cour européenne des droits de l'Homme a précisé sa position sur la question particulière de l'assistance de l'avocat lors de la garde à vue. En premier lieu, reprenant un principe déjà affirmé dans un arrêt *Murray c/ Royaume-Uni* du 8 février 1996, l'arrêt *Salduz*¹⁶² du 27 novembre 2008 reconnaît sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne, le droit pour toute personne placée en garde à vue de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat et ceci dès « les premiers stades de l'interrogatoire de la police ». La Cour en déduit qu'« 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 ».

Par la suite le juge européen a dû préciser cette notion d'assistance effective. L'arrêt *Dayanan*¹⁶³ énonce que « l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. À cet égard la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer ». Dans une troisième décision rendue à l'encontre de la France, la Cour a précisé que le droit à l'assistance par un avocat devait pouvoir s'exercer pendant les interrogatoires¹⁶⁴. Cette décision met fin à un débat sur le point de savoir si la jurisprudence de la cour européenne reconnaissait le droit d'être assisté pendant les interrogatoires.

Le terme « assistance » utilisé par la Cour européenne dans ses arrêts souligne le rôle substantiel de l'avocat et induit nécessairement des missions plus importantes que celles qui lui étaient dévolues par notre Code de procédure pénale. En effet l'article 63-4 prévoyait un

¹⁶² CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*, n° 36391/02.

¹⁶³ CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, n° 7377/03, § 32.

¹⁶⁴ CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c/ France* ; Cristina Mauro, *Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France* de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010, *Dr. pén.* Décembre 2010, p. 6-9. En l'espèce un individu avait été entendu comme témoin puis placé en garde à vue. Des aveux sont prononcés sous serment sans que son droit au silence ne lui soit notifié et en l'absence d'avocat. A l'occasion de cette décision le juge européen a précisé le moment de l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat et insiste sur la nécessité de sa présence pendant les interrogatoires.

simple entretien de trente minutes et non une véritable assistance. Certains juristes¹⁶⁵ estimaient que « la mission d'assistance emporte naturellement le droit pour l'avocat d'assister aux interrogatoires du suspect retenu par la police », droit déjà consacré dans de nombreux pays européens. Il ressort, en effet, d'une étude comparative des détentions policières des différents États européens¹⁶⁶ publiée par le Sénat, que dans tous les pays soumis à l'étude, à l'exception de la Belgique, les personnes placées en garde à vue peuvent bénéficier de l'assistance effective d'un avocat. À l'exception de l'Allemagne, l'avocat peut être présent lors des interrogatoires. Néanmoins, dans ce pays l'interruption de l'interrogatoire est possible à la demande du suspect lorsque celui-ci souhaite consulter son avocat. À l'exception de la Belgique, où aucun texte légal ne prévoit l'assistance d'un avocat durant la garde à vue, il apparaît que la législation française était singulière parmi les États d'Europe puisque le droit à l'intervention de l'avocat était limité¹⁶⁷.

Il résulte de la jurisprudence européenne que le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat garantit l'équité du procès pénal au sens de l'article 6 de la Convention mais vise également à rendre effectif le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. On le voit selon le juge européen l'avocat doit exercer un réel contrôle sur la mesure de garde à vue. La France, forte des impératifs européens, semble avoir voulu donner à l'avocat le rôle qui est le sien.

B. Les exigences des juridictions nationales

Au niveau national les décisions du Conseil Constitutionnel et de la Cour de Cassation impliquaient également une réforme du droit à un conseil. L'abondance de jurisprudence provenant de la Cour européenne ne pouvait qu'influencer le Conseil Constitutionnel. Dans la perspective d'éviter de nouvelles condamnations et de ne pas être moins protecteur que le droit européen, la décision du 30 juillet 2010 ne pouvait que déclarer contraire à la constitution les modalités d'intervention de l'avocat en garde à vue. Elle exprime l'idée que l'impossibilité de bénéficier de la présence du défenseur durant les interrogatoires ne peut être une règle générale mais ne peut être justifiée que par certaines considérations telles que le rassemblement ou la conservation des preuves ou encore la protection des personnes.

Quant à la Chambre criminelle, celle-ci a jugé que « pour prononcer l'annulation des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, les juges énoncent que M. S a bénéficié de la présence d'un avocat mais non de son assistance dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet

¹⁶⁵ Damien Roets, Du droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue : *bis repetita placent...*, RSC 3010, p. 231.

¹⁶⁶ Sénat, Documents de travail, Série législation comparée, LC n° 204, décembre 2009. L'étude concernait les pays suivants : Allemagne, Pays de Galles, Belgique, Danemark, Espagne et Italie.

¹⁶⁷ A titre d'exemple, le droit anglais selon le « Police and Criminal Evidence Act » de 1984 permet un entretien avec un solicitor dès le début de la garde à vue mais également sa présence lors des interrogatoires de la police ; Andrew West, « la garde à vue en droit anglais », dans La garde à vue dans tous ses états, les cahiers du Conseil national des barreaux, 2005, p. 93-97.

avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer » et « qu'en se prononçant ainsi, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme »¹⁶⁸. La Chambre criminelle opère une distinction entre présence et assistance effectives. Elle se situe désormais dans le sillage tant de la jurisprudence européenne que constitutionnelle. Enfin par un arrêt du 4 janvier 2011, la chambre criminelle approuve le fait que les éléments recueillis pendant la garde à vue et hors la présence de l'avocat n'ont pu constituer des éléments de preuves valables permettant de fonder la culpabilité de la personne placée en garde à vue. Il en résulte que les juges du fond doivent écarter des preuves recevables les gardes à vue ou les aveux obtenus sans l'assistance d'un avocat¹⁶⁹.

Le Conseil Constitutionnel et la Cour européenne exigent donc au minimum la présence du conseil lors des interrogatoires et un accès de ce dernier à certaines pièces du dossier pour que son contrôle soit effectif. Si de notables avancées sont à relever dans la conception qu'ont les juridictions du rôle dévolu à l'avocat, nombreuses sont les réticences parmi les membres des forces de l'ordre et du gouvernement.

II. Défendre en garde à vue, les éternelles réticences

La réforme actuelle, achevant une évolution débutée en 1993, permettrait enfin un réel contrôle de la garde à vue par le biais de l'avocat. Outre la garantie de l'exercice d'une défense digne de ce nom, la présence de l'avocat lors des interrogatoires va permettre un contrôle efficace de la garde à vue. Elle est la « seule garantie qui permette de mettre un terme à tous les abus et à tous les soupçons » et « exclut les risques de pressions psychologiques ou de bavures sous toutes leurs formes, rend inutiles les enregistrements audiovisuels » selon les propos tenus par Robert Badinter au sénat le 9 février 2010. La présence de l'avocat paraît d'autant plus nécessaire en matière délictuelle ou pour les crimes dont l'interrogatoire n'est pas soumis à enregistrement audiovisuel. La garde à vue retrouverait ainsi toute sa légitimité, les forces de l'ordre seraient protégées des fausses accusations et les aveux gagneraient en force probante. C'est donc toute la procédure pénale au stade de l'enquête qui en ressortirait meilleure. Pourquoi dans ses conditions avoir montré tant de résistance à l'évolution du droit ? Certains arguments selon lesquels l'avocat constituerait une entrave à l'enquête s'élèvent parmi les voix des enquêteurs (A) alors que du côté du Gouvernement il semble que ce soit essentiellement une question de faisabilité tant financière que matérielle qui soit à l'origine de toutes les réticences (B).

¹⁶⁸ Crim, 19 octobre 2010, n° 10-82.306

¹⁶⁹ Crim, 4 janvier 2011 n° 10-85.520 ; Crim, 18 janvier 2011 n° 10-83.750 ; Garde à vue : l'assistance effective de l'avocat ... immédiatement effective ! , La lettre omnidroit, article publié le 17 janvier 2011 ; Jean Danet, Garde à vue : précision d'importance ! , AJ Pénal février 2011, p. 83-84.

A. Les réticences liées à l'efficacité de l'enquête

Outre le fait que l'avocat est vu comme une suspicion générale à l'égard des forces de l'ordre, les policiers estiment que sa présence, telle que définie par la Cour européenne, constitue à la fois une ingérence et une entrave au bon déroulement de l'enquête. Les enquêteurs voient dans l'avocat un obstacle à l'obtention d'aveux et un moyen d'obstruction des interrogatoires. La personne placée en garde à vue attendrait l'arrivée de son avocat pour parler, lequel lui conseillera dans la majorité des cas de se taire. Pour les enquêteurs, les chances d'obtenir des aveux s'en trouveraient donc réduites puisque la présence de l'avocat durant la garde à vue et notamment pendant les interrogatoires conduirait la personne suspectée dans un mutisme profond. L'avocat constituerait également un frein aux investigations puisque selon le Ministre de l'Intérieur Claude Guéant « l'obligation d'attendre l'avocat pendant deux heures avant la première audition obligera à retarder les investigations ». Cette crainte avait été formulée dans le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale. Certains membres s'opposaient à la présence de l'avocat lors des interrogatoires car ils considéraient « qu'il convient de préserver l'efficacité de l'enquête et que les premières investigations s'avèrent souvent déterminantes pour la manifestation de la vérité »¹⁷⁰. C'est donc la peur de la baisse du taux d'affaires élucidées qui s'oppose dans l'esprit des forces de police à la présence de l'avocat.

Certes le rôle de l'avocat est d'établir l'innocence de son client et de défendre ses intérêts ce qui semble se concilier difficilement avec le travail des enquêteurs. Mais il est une recherche d'équilibre essentiel à la garde à vue comme à l'intégralité de la phase d'enquête entre l'efficacité de la procédure et la protection des droits des personnes. Les craintes formulées traduisent une conception dépassée de la procédure pénale « selon laquelle l'efficacité de la répression nécessite une altération, plus ou moins marquée, des garanties fondamentales du justiciable »¹⁷¹. Or ces deux impératifs sont parfaitement conciliables comme le montre la consécration du droit à la sûreté en tant que pivot de notre justice pénale par la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen.

Est également invoqué le risque de fuite d'informations mais un tel raisonnement ne semble pas recevable en raison du fait que les avocats sont soumis à des règles de déontologie et au secret professionnel. En vertu de l'article 63-4 du Code de procédure pénale, l'avocat ne peut faire état auprès de quiconque ni de l'existence de l'entretien qu'il a eu avec la personne gardée à vue ni de son contenu. Méconnaître cette disposition est constitutif du délit de violation du secret professionnel ou d'entrave à la justice. Le nouvel article issu de la réforme

¹⁷⁰ Rapport Léger 2009, p. 17-18.

¹⁷¹ Vincent Sizaïre, Garde à vue : risques et faux semblant d'une réforme annoncée, AJ Pénal novembre 2010 n° 11, p. 480-483.

étend cette obligation aux renseignements recueillis en assistant aux interrogatoires et en consultant les procès-verbaux. Ainsi la violation de ces dispositions expose l'avocat à des sanctions pénales mais également disciplinaires aux termes de l'article 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

Du côté du gouvernement les réticences s'expliquent moins par une volonté liberticide que par des soucis d'ordre financiers et matériels.

B. Les réticences liées au coût et aux difficultés de mise en œuvre

L'une des préoccupations majeures concerne la mise en place des moyens suffisants tant humains que sur le plan matériel. L'effectivité de la réforme est donc conditionnée aux moyens de sa mise en œuvre. Le droit à l'assistance d'un avocat ne peut être garanti que si des moyens humains sont assurés. Certains estiment que la mise en place de permanences au sein des locaux de police ou de gendarmerie n'est pas souhaitable. La présence permanente des avocats ne pourrait se justifier que là où le nombre de gardes à vue est élevé et non dans des zones où le placement d'un individu en garde à vue n'est qu'exceptionnel. Il pourrait être plus raisonnablement envisagé la mise en place, comme actuellement dans certains barreaux, de « systèmes de permanences pénales » au sein des barreaux, laquelle serait assortie d'une rémunération forfaitaire ou encore un système de salariat¹⁷². Il ressort d'une étude menée par le Conseil National des Barreaux en 2005¹⁷³ que 53,33 % des barreaux organisent une permanence sur le principe du volontariat et 45,83 % assurent cette permanence par tous leurs avocats. À l'exception d'un seul barreau, la permanence est assurée la journée comme la nuit ainsi que tous les jours de la semaine y compris le weekend. En revanche se pose la question de la formation de ces avocats aux spécificités de la garde à vue, la majorité ne bénéficie d'aucune formation spécifique.

Par ailleurs, il ne doit pas résulter de la réforme, des inégalités entre les personnes placées en garde à vue qui n'ont pas les moyens de payer un avocat de leur choix et les autres. C'est pourquoi l'État doit prendre en charge le coût de l'intervention de l'avocat dans l'hypothèse où la personne placée en garde à vue ne disposerait pas des revenus suffisants. La réforme de la garde à vue induit nécessairement une réforme de l'aide juridictionnelle pour permettre à tous les justiciables une égalité devant le nouveau droit à l'assistance d'un avocat, ce qui implique des coûts supplémentaires. En effet l'État accordait un budget de quinze millions d'euros à l'aide juridictionnel, avec l'instauration des nouvelles règles de la garde à vue, ce budget doit être porté à cent millions. Il apparaît que les propositions de la chancellerie sont

¹⁷² Claire Saas, Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ?, AJ Pénal 2010 n°1, p. 27-30.

¹⁷³ La garde à vue dans tous ses états, Les cahiers du Conseil National des barreaux, 2005, p. 140.

en deçà des exigences du Conseil national des Barreaux ne permettant pas une véritable rémunération et donc d'exercer leur mission de façon convenable¹⁷⁴.

Au-delà de ces considérations, des moyens devront être également déployés au sein des commissariats de police et de la gendarmerie. Ainsi l'ampleur budgétaire et matérielle de la réforme est une des raisons expliquant la réticence de l'augmentation de l'intervention de l'avocat en garde à vue. Pourtant, le 14 avril 2011, les députés ont adopté sans modifications le texte arrêté par les sénateurs même si le Ministre de l'Intérieur Claude Guéant exprime de nombreuses réserves notamment quant aux conséquences de la mise en œuvre de cette loi sur l'efficacité de l'enquête. On le voit, malgré de vives oppositions, la nécessaire évolution du régime d'intervention de l'avocat s'impose.

Paragraphe 2. La présence de l'avocat, la nécessaire évolution des textes

L'abondante jurisprudence et les nombreuses critiques à l'égard du régime juridique français de la garde à vue imposaient une évolution de notre législation en la matière tant concernant le rôle dévolu à l'avocat (I) que concernant ces régimes dérogatoires (II).

I. le rôle de l'avocat en garde à vue : de la présence à l'assistance

Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne que l'avocat exerce un contrôle essentiel sur la garde à vue. Par sa présence, il prévient les risques d'erreurs judiciaires et permet que soit rétablie l'égalité des armes entre les enquêteurs et la personne suspectée, objectif majeur de l'article 6 de la Convention européenne¹⁷⁵. Ce rôle dévolu à l'avocat concerne l'ensemble de la procédure pénale mais il apparaît que son effectivité est essentielle face à une mesure qui par essence concerne des individus placés dans une situation de vulnérabilité. D'autant plus que la phase d'enquête est par définition la phase de préparation du procès. L'avocat contrôle notamment, outre le bon déroulement de la garde à vue, que le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de ne pas subir de mauvais traitements sont garantis.

Il est évident que le seul entretien de trente minutes prévu jusqu'à présent sans la possibilité d'assister aux interrogatoires ni d'accéder à certaines pièces du dossier ne permet en aucun cas à l'avocat de remplir une telle mission de contrôle et n'aboutit pas à rétablir un équilibre entre les différents protagonistes. Or cette recherche d'une meilleure égalité des armes paraît

¹⁷⁴ Etait déjà proposée dans un rapport sur la réforme de la procédure pénale et sur la garde à vue, adopté par l'assemblée générale du CNB le 25 avril 1998, une rémunération « fixée par tranches horaires et non par intervention, compte tenu du fait que l'avocat pourra être amené à assister à tous les interrogatoires et confrontations durant la garde à vue » ; Brigitte Marsigny, Le financement de la nouvelle garde à vue, mythe ou réalité, Avocat & droits n° 36, décembre 2010 / janvier-février 2011, p. 30.

¹⁷⁵ CEDH, 27 novembre 2008, Salduz c/ Turquie, n° 36391/02, §53.

être nécessaire dans le cadre de la garde à vue mesure, par nature, où tout est fait pour obtenir des déclarations en plaçant la personne gardée à vue dans une situation de pressions. C'est pourquoi dans le cadre de la réforme on a souhaité abandonner le caractère limité du rôle de l'avocat (A) pour une assistance effective (B).

A. le rôle limité de l'avocat avant la réforme

Aux termes de la loi du 15 juin 2000 modifiée par la loi du 9 mars 2004, la personne placée en garde à vue avait le droit à un entretien avec un avocat, choisi ou commis d'office, dès le début de la garde à vue¹⁷⁶. En cas de prolongation, l'article 63-4 alinéa 6 du Code de procédure pénale permettait un second entretien dès le début de celle-ci. Dans tous les cas l'entretien ne durait que trente minutes. On voit mal comment il est possible d'organiser une défense dans un délai aussi bref. Mais sa présence dans les locaux de garde à vue n'en reste pas moins essentielle pour veiller au bon déroulement de la mesure et vérifier que celle-ci s'opère dans le respect des droits.

Concernant l'exercice du droit à l'entretien avec un avocat, l'officier de police judiciaire est simplement tenu d'une obligation de moyen et non de résultat. Il doit donc prévenir l'avocat ou le bâtonnier sans avoir l'obligation de rendre effectif l'entretien sollicité¹⁷⁷ même s'il s'agit d'un mineur. Ainsi, si l'officier de police judiciaire a fait toutes les diligences utiles, sans réussir à joindre l'avocat ou le bâtonnier ou si l'avocat joint ne se présente pas, la procédure ne sera pas annulée. Or, selon les principes constants de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la protection des droits de l'Homme doit être « effective et concrète ». La loi n'imposait donc pas d'attendre l'arrivée de l'avocat pour procéder à des investigations ou entendre la personne gardée à vue même si certains proposaient déjà dans le cadre d'un projet de loi de 1998 qu'aucun interrogatoire ne puisse avoir lieu dans un délai de deux heures à compter de sa désignation, comme c'était déjà le cas au Canada en vertu de l'article 10 b. de la Charte canadienne des droits et libertés de 1982¹⁷⁸.

En vertu de l'article 63-4 alinéa 3 du Code de procédure pénale, l'avocat devait être informé, lors de sa première intervention, de la nature de l'infraction ainsi que de la date présumée de l'infraction¹⁷⁹. En revanche la communication du dossier n'a pas été envisagée dans la réforme du 15 juin 2000 alors que le Conseil National des Barreaux souhaitait déjà une

¹⁷⁶ Art. 63-4 al. 1 et al. 7, art. 77 dernier al. et art. 154 dernier al. du C. pr. pén. Avant la loi du 9 mars 2004, l'entretien avec le conseil intervenait à l'issue de la vingtième heure de garde à vue.

¹⁷⁷ Crim, 13 février 1995, Bull. Crim. n° 73 ; note Didier Rebut, *Justices* 1997, n° 315.

¹⁷⁸ Projet de loi, Sénat n° 291, 1998-1999, débats, 2^{ème} séance du 23 mars 1999.

¹⁷⁹ Serge Guinchard et Jacques Buisson, manuel de procédure pénale, Litec 2010, 6^{ème} éd, p. 629, n° 767 : Cette information devrait porter tant sur la qualification légale de l'infraction que sur le contenu des faits eux-mêmes afin de donner toute leur portée aux droits de la défense.

modification législative sur ce point afin de permettre une défense effective au stade de la garde à vue. Mais l'intervention de l'avocat en est restée à une assistance plus psychologique qu'à une réelle défense pénale. Par ailleurs, l'avocat pouvait formuler des observations écrites, jointes au dossier. Il peut s'agir d'observations relatives au non-respect de la procédure ou concernant la personne gardée à vue elle-même. L'avocat pouvait ainsi constater si la personne gardée à vue avait subi des violences ou si elle présentait des problèmes d'ordre psychologique. En pratique l'avocat ne pouvait se prononcer véritablement sur le fond de l'affaire mais informait la gardée à vue de ses droits et vérifiait si l'information à laquelle est tenue la police avait été à la fois transmise et comprise. L'avocat pouvait donner des explications procédurales sur les suites éventuelles de la garde à vue ou donner des conseils à l'intéressé tel que garder le silence ou de relire avec attention le procès-verbal avant de le signer. Mais il ne pouvait en aucun cas avoir accès au dossier de la procédure.

Ces observations permettent de souligner que dans l'esprit du législateur l'entretien avec l'avocat était destiné à s'assurer du bon déroulement de la procédure. Il ne pouvait que contrôler formellement la garde à vue. Ainsi, si la présence de l'avocat constituait à la fois un soutien moral ou psychologique pour la personne ainsi qu'un élément de contrôle de la mesure, elle ne permettait pas, en revanche, d'organiser une véritable défense : l'avocat n'avait pas accès au dossier, n'assistait pas aux interrogatoires et ne pouvait prendre aucune initiative tant que la garde à vue est en cours, sinon déposer des observations écrites. Alors que dans de nombreux pays européens l'intervention de l'avocat en garde à vue ne se conçoit pas sans sa présence aux interrogatoires la législation française éprouvait toujours des réticences à l'admettre. Mais la réforme a permis de faire de l'intervention de l'avocat un véritable « droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale »¹⁸⁰.

B. La consécration du droit à l'assistance effective

Dans le cadre de la réforme, on est passé d'un entretien avec un avocat à l'assistance d'un avocat. La loi du 14 avril 2011¹⁸¹, accroît les droits de la défense à travers deux innovations majeures : la consultation de certaines pièces du dossier (2) ainsi que le droit pour la personne gardée à vue d'être assistée par son avocat lors des interrogatoires (1) tel que prévu par le nouvel article 63-4-2 du Code de procédure pénale.

1) L'assistance pendant les interrogatoires

¹⁸⁰ Cons. Const. 11 août 1993, Déc. n° 93 326 DC.

¹⁸¹ Par quatre arrêts du 15 avril 2011 l'assemblée plénière a rendu immédiatement applicable le droit à l'assistance par un avocat dès le début de la garde à vue et pendant les interrogatoires faute de quoi la mesure devrait être annulée, sans attendre l'entrée en vigueur de la loi au 1^{er} juin 2011.

Est donc consacrée la possibilité pour l'avocat d'assister aux interrogatoires et confrontations de la personne gardée à vue dès le début de la mesure mais également un droit à l'assistance d'un avocat pour la victime si elle est confrontée à une personne gardée à vue elle-même bénéficiant du soutien d'un avocat¹⁸². Il était inconcevable que le suspect bénéficie d'un avocat et non la victime au regard de l'exigence d'équilibre entre les parties énoncé par l'article préliminaire du code de procédure pénale.

Le premier interrogatoire ne pourra débiter qu'à l'expiration d'un « délai de carence » de deux heures. Pour rendre ce droit d'autant plus effectif le législateur fait le choix de tenir compte des obstacles susceptibles de retarder l'arrivée de l'avocat dans les locaux de garde à vue tels que l'éloignement géographique ou l'insuffisance d'effectif dans les barreaux. Il s'agit donc de tenir compte des réalités pratiques de l'intervention de l'avocat en garde à vue. Il semble qu'un équilibre ait été trouvé entre les exigences de l'enquête et le droit effectif à un avocat. Il est tenu compte du délai de déplacement de l'avocat mais également des impératifs des enquêteurs qui ne peuvent repousser éternellement l'interrogatoire de la personne suspectée. Lorsque l'avocat arrive au commissariat après ce délai de carence, l'interrogatoire peut être interrompu pour permettre l'entretien de trente minutes avec l'avocat. Mais si la personne placée en garde à vue ne demande pas cet entretien l'avocat peut assister immédiatement à son audition. Selon les syndicats de la police nationale le délai de carence de deux heures ne devrait pas entraver le déroulement de l'enquête car il permet l'accomplissement des formalités liées au placement en garde à vue. Par ailleurs, les députés semblaient retenir une conception étroite de la notion d'assistance en permettant seulement à l'avocat de présenter des observations écrites à l'issue de chaque audition sans qu'il ait la possibilité de formuler des questions. Mais la rédaction finale de l'article 63-4-3 dispose qu'il est permis à l'avocat de formuler des questions à la fin de l'interrogatoire. Les questions de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête ou à porter atteinte à la dignité de la personne justifient le refus de réponse des forces de police.

Sans remettre en cause le droit à s'entretenir avec l'avocat, on peut recenser trois exceptions à la présence de l'avocat durant les interrogatoires. À titre exceptionnel, pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances de l'espèce (soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes¹⁸³) et à la demande de l'officier de police judiciaire, le procureur de la République peut autoriser de façon écrite et motivée le commencement des interrogatoires sans la présence de l'avocat ou de reporter la présence de l'avocat à la douzième heure. Par ailleurs, pour les infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement, un deuxième report est possible, sur décision du juge des libertés et de la

¹⁸² Art. 63-4-5 du C. pr. pén issu de la loi du 14 avril 2011.

¹⁸³ Selon Juliette Lelieur : « A l'exception de l'hypothèse de l'avocat complice, on comprend mal en quoi la présence d'un avocat nuirait au bon déroulement d'investigations urgentes ou empêcherait la protection des personnes », AJ pénal 2010 n° 11, p. 483.

détention à la demande du procureur. La présence de l'avocat lors des interrogatoires est reportée de la douzième heure à la vingt-quatrième heure. Le juge des libertés et de la détention statue par décision écrite et motivée. Ce report ne peut être autorisé que pour des conditions exceptionnelles similaires à la première dérogation invoquée. En pratique il faut espérer que ces hypothèses de report de l'assistance de l'avocat ne soient pas utilisées de façon abusive par les enquêteurs et les procureurs. Ce report doit toujours être exceptionnel et non systématique. Soit il a vocation à être exercé que dans des cas extrêmement limités soit il sert à justifier la réduction du champ d'application d'un droit nouveau, ce qui est nettement plus contestable.

Ce report aura des conséquences sur le fond. Afin de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne l'article préliminaire du Code de procédure pénale a également été modifié et affirmera désormais qu'en matière criminelle et correctionnelle une décision de condamnation ne pourra avoir pour seul fondement des aveux recueillis par les enquêteurs hors la présence de l'avocat (article 1er A). Cette disposition introduite parmi les principes directeurs de notre procédure pénale donne son plein effet au droit à l'assistance à un avocat. L'intervention de l'avocat répondra désormais aux exigences tant conventionnelles que constitutionnelles et permet d'exercer un réel contrôle sur la garde à vue en garantissant que des déclarations obtenues hors la présence de ce dernier ne soient pas le seul fondement d'une décision de condamnation. Les effets que pourraient produire des aveux éventuellement obtenus sous la pression sont donc limités.

Il ressort du projet de loi que la question du conflit d'intérêts tend à être résolue. Il est en effet envisageable qu'un avocat soit désigné pour assurer la défense de plusieurs personnes placées en garde à vue dans une même affaire et dont l'interrogatoire peut être simultané. La solution actuellement proposée consiste à laisser à l'avocat la faculté d'apprécier l'existence d'un conflit d'intérêts, conformément au code de déontologie de cette profession. En revanche, en cas de divergence il revient à l'officier de police judiciaire ou au procureur de la République de saisir le bâtonnier lequel devra désigner un autre défenseur¹⁸⁴. L'hypothèse dans laquelle l'avocat perturberait le déroulement de l'enquête et de l'interrogatoire fait l'objet d'une solution similaire. Le procureur pourra saisir le bâtonnier aux fins d'une nouvelle désignation.

La présence de l'avocat lors des interrogatoires constitue une des avancées majeures de la réforme en permettant de limiter les risques de violence et de pression. En outre, les déclarations obtenues lors de la garde à vue auront des incidences sur les poursuites et le jugement, c'est donc bien la défense de la personne suspectée qui est en cause. Dès lors la présence de l'avocat est essentielle. L'avocat doit en outre pouvoir exercer toutes les fonctions propres au conseil. Or il semble que cela soit tributaire de la communication de certaines informations.

¹⁸⁴ Art. 63-3-1 du C. pr. pén.

2) L'accès à certaines pièces du dossier

Comment réaliser l'intégralité des missions propres au conseil lorsqu'on est seulement informé de la nature de l'infraction et de la date présumée ? Il semble que dans ce cas le rôle de l'avocat se limite à celui d'un « contrôleur de régularité des auditions et assistant moral »¹⁸⁵. Or le juge européen insiste sur le fait que l'assistance doit être effective afin de compenser la vulnérabilité de l'accusé. Le nouvel article 63-4-1 permet désormais à l'avocat de consulter de nombreuses pièces telles que le procès-verbal de notification du placement en garde à vue et de notification des droits, les procès-verbaux des interrogatoires déjà réalisés et le certificat médical. Certains¹⁸⁶ estiment encore que la communication des pièces prévues par la réforme est encore insuffisante et prône un accès à l'ensemble de la procédure et des éléments présents au dossier. Mais l'avocat n'a qu'un accès limité au dossier compte tenu du fait qu'à ce stade de la procédure le dossier est par hypothèse entrain de se constituer. M. Robert Badinter relevait d'ailleurs lors du débat sur la question orale présentée par M. Jacques Mézard sur les droits des personnes placées en garde à vue, au Sénat, le 10 février 2010 que « l'obligation de communiquer la totalité du dossier ne vaut qu'au stade de la mise en examen, quand des charges suffisantes, et non une raison plausible de soupçonner qu'il ait commis une infraction, ont été réunies contre celui qui n'était jusque-là qu'en garde à vue. Il s'agit alors d'un degré de gravité tout à fait différent et l'avocat, qui devient dans ce cas le défendeur à l'action publique, doit évidemment avoir accès à toutes les pièces du dossier en vertu du principe du contradictoire ».

Cet accès trouve toutefois une limite. Selon le nouvel article 63-4-2 du Code de procédure pénale, à la demande de l'officier de police judiciaire, le procureur peut autoriser à ce qu'il ne soit pas fait droit aux demandes de consultation de procès-verbal et d'assistance aux interrogatoires pendant un délai de douze heures au plus. Cette dérogation ne peut être qu'exceptionnelle, c'est-à-dire exclusivement en cas de raisons impérieuses tenant aux circonstances de l'enquête c'est-à-dire permettre le bon déroulement des investigations urgentes tenant au recueil ou à la conservation des preuves ou prévenir une atteinte immédiate aux personnes.

Sur la communication de certaines informations au conseil, la législation française issue de la loi de 2011 paraît aller au-delà des impératifs explicites dégagés par les juges de Strasbourg. Il résulte en effet de sa jurisprudence que l'accès au dossier par le défenseur constitue un élément du procès équitable devant la juridiction de jugement or rien de tel n'a été explicitement consacré s'agissant de la garde à vue. Toutefois l'extension du champ des

¹⁸⁵ Jean Pradel, 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.

¹⁸⁶ Denis Fayolle et Jean-Baptiste Perrier, Regards croisés sur la réforme de la garde à vue : un projet insuffisant et des attentes insatisfaisantes, Gazette du palais février 2011, n° 37, p. 8-10.

informations conférées à l'avocat actuellement envisagée au niveau national semble nécessaire face à une jurisprudence qui impose que l'assistance du conseil comprenne la discussion de l'affaire ou encore la préparation des interrogatoires. Le conseil ne saurait assurer cette mission sans un minimum d'information à sa disposition. La communication de certaines pièces est donc indispensable afin que les droits de la défense soient assurés de façon effective. La législation antérieure en refusant l'accès au dossier rendait son intervention peu efficace en pratique.

Il ressort de ces développements une nouvelle conception du rôle de l'avocat. Le conseil n'est plus seulement un soutien moral qui rappellerait ces droits au gardé à vue et surveillerait les atteintes à son intégrité mais il doit également exercer effectivement ses fonctions de conseiller. Dès lors, afin que l'assistance de l'avocat soit effective quelque soit l'affaire en cause, devraient être également réformées les restrictions au droit à l'assistance d'un avocat.

II. Les restrictions à la présence de l'avocat dans le cadre des régimes dérogatoires

Le droit pour la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat peut-il faire l'objet de restrictions ? À la lecture des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, force est de constater que rien ne s'oppose à certaines limites. Cependant le caractère systématique et abstrait du report dans la législation française ont conduit à faire des régimes dérogatoires un dispositif condamné (A) mais qui vient tout juste d'être réformé (B).

A. Un dispositif condamné

Dans l'arrêt *Salduz*, où est affirmé le principe du droit à l'assistance d'un avocat, le juge européen ouvre droit à l'hypothèse de report de son intervention en affirmant que ce droit vaut d'une manière générale « sauf à démontrer à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit »¹⁸⁷.

En France, l'entretien avec un conseil pouvait être repoussé à la quarante huitième heure pour certaines infractions comme l'association de malfaiteurs, la séquestration et l'enlèvement commis en bande organisée ou encore en matière de proxénétisme, voire à la soixante douzième heure en cas de terrorisme et de trafic de stupéfiants¹⁸⁸. Un nouvel entretien était possible à l'expiration de la quatre-vingt-seizième heure et de la cent-vingtième heure. La référence, par le juge européen, aux « circonstances particulières de l'espèce » rendait ainsi notre législation condamnable. En effet était prévu un système de report abstrait selon des infractions prédéterminées et non au regard des circonstances de chaque espèce en cause. Or pour la Cour européenne, la personne gardée à vue doit bénéficier des mêmes droits quelque

¹⁸⁷ § 55.

¹⁸⁸ Art. 63-4 al. 7 du C. pr. pén. Ce régime résulte des lois du 9 mars 2004 (n° 2004-204) portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et du 23 janvier 2006 (n° 2006-64) relative à la lutte contre le terrorisme.

soit la gravité de l'infraction. La loi turque prévoyait l'absence générale de l'avocat. Ainsi l'arrêt Dayanan, énonce « qu'en soi, une telle restriction systématique sur la base des dispositions légales pertinentes suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 Convention européenne des droits de l'homme, nonobstant le fait que le requérant a gardé le silence au cours de sa garde à vue »¹⁸⁹. Quant à la chambre criminelle de la Cour de Cassation dans ses arrêts du 19 octobre 2010¹⁹⁰, elle déclare contraire à l'article 6 de la Convention européenne les régimes dérogatoires relatifs au report de l'entretien avec l'avocat puisque, selon elle, la restriction du droit à un conseil n'est possible qu'en cas de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce. Ces raisons impérieuses doivent être appréciées *in concreto* selon chaque espèce et non *in abstracto*. Elle condamne ainsi le système de report systématique découlant de la seule nature de l'infraction et adopte donc une position similaire à celle des juges de Strasbourg.

Les deux instances admettent donc le principe du report mais il doit répondre tant à des conditions de fait liées à l'espèce elle-même qu'à des conditions de nécessités. Il en résulte que le dispositif français est doublement condamné au regard de la Convention européenne, tant au niveau européen, qu'au niveau national. Alors que le projet de loi initial, de façon contestable, n'entendait pas modifier les dispositions relatives aux régimes dérogatoires, ces deux jurisprudences ont finalement eu une portée significative et ont incité le législateur à modifier la législation sur ce point.

B. Un dispositif réformé

La nouvelle loi semble donc sur ce point apporter une certaine satisfaction et ne pas tenir compte de l'absence de déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil Constitutionnel. En effet, dans sa décision du 30 juillet 2010, ce dernier s'était refusé à invalider les articles 63-4, alinéa 7, et 706-73 du code de procédure pénale relatif aux dispositions dérogatoires en matière de criminalité et délinquances organisées¹⁹¹. Il avait déjà énoncé en 2004, qu'aucune discrimination injustifiée dans les droits de la défense ne permettait de déclarer ces dérogations contraires à la Constitution puisque cette différence de traitement était liée à des différences de situation notamment quant à la nature de l'infraction. Le Conseil constitutionnel a plus particulièrement jugé que seules étaient remises en cause les modalités d'exercice et non le principe des droits de la défense. Ainsi le droit de s'entretenir avec un

¹⁸⁹ § 34.

¹⁹⁰ Crim, 19 oct. 2010, n° 10-82.902 et n° 10-85.051.

¹⁹¹ Il invoquait que les dispositions en cause, déclarées conformes à la Constitution à l'occasion de l'examen de la loi du 9 mars 2004¹⁹¹, ne pouvait être réexaminées en l'absence de changement circonstances. (Déc. du 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, Adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO 10 mars, p. 4637).

avocat peut être retardé même à la soixante douzième heure mais il ne peut être purement et simplement supprimé dans son principe¹⁹².

¹⁹² Cela romprait en effet l'égalité entre les justiciables « alors que ce droit est reconnue à d'autres personnes dans le cadre d'enquêtes sur des infractions différentes punies de peines aussi graves et dont les éléments de fait peuvent se révéler aussi complexes ». Cette jurisprudence doit être approuvée car l'exclusion de l'avocat serait excessive et conduirait à priver ce dernier de tout contrôle des gardes à vue en matière de délinquance et de criminalité organisée.

Cependant le législateur français, poussé par les impératifs européens a remis en cause ce dispositif dérogatoire relatif au droit à l'intervention d'un avocat. Pour les infractions relevant de l'article 706-73 du Code de procédure pénale le report de l'intervention de l'avocat n'est possible qu'en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction. Seuls deux motifs seront désormais pris en considérations : le recueil ou la conservation des preuves ainsi que la prévention d'une atteinte aux personnes. C'est donc un report non plus systématique et abstrait qui est mis en place mais un report circonstancié. Les reports restent cependant inchangés quant à leurs délais et doivent faire l'objet d'une décision écrite et motivée d'un magistrat. En enquête de flagrance ou préliminaire, l'autorité compétente pour autoriser un tel report sera le procureur de la République d'office ou à la demande de l'officier de police judiciaire jusqu'à la fin de la vingt-quatrième heure, au-delà le juge des libertés et de la détention sera compétent. Sur commission rogatoire cette prérogative relèvera du juge d'instruction. Les règles particulières applicables en matière terrorisme figurent désormais dans un article 706-88-1 du Code de procédure pénale. Enfin la personne gardée à vue pourra se voir refuser la faculté de choisir librement son conseil lequel serait désigné par le bâtonnier.

On le voit, la réforme tire les conséquences de ces jurisprudences sans pour autant remettre en cause les régimes dérogatoires de garde à vue, qui paraissent nécessaires à la prévention et à la poursuite de ces infractions considérées comme particulièrement graves et complexes et exigent des investigations plus approfondies qu'en droit commun. Au-delà de la spécificité des infractions concernées, le fondement des régimes dérogatoires est la volonté d'obtenir des renseignements utiles. Garder à vue un individu pendant plusieurs jours, sans la possibilité de s'entretenir avec un conseil c'est une manière de faire pression pour obtenir des aveux face à une criminalité qui menace gravement l'ordre public. En outre on ne peut nier, même s'il est marginal, le risque de fuite d'information par certains avocats qui interviennent habituellement dans les affaires de grand banditisme. En repoussant l'intervention de l'avocat on permet que les investigations à venir ne soient pas compromises. Mais ce report doit être envisagé de façon exceptionnelle et circonstanciée et non de manière systématique pour une catégorie d'infraction. Les régimes dérogatoires semblent être enfin conformes au droit conventionnel même si certains prônent depuis de nombreuses années une unification avec le régime de droit commun invoquant « que le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense ne saurait connaître une application à géométrie variable »¹⁹³. En effet il peut paraître contestable que plus le régime est sévère, moins le gardé à vue se trouve en capacité de se défendre.

Même si la défiance à l'égard de l'avocat reste marquée dans le cadre de la délinquance et de

¹⁹³ Projet de loi au sénat n°291, 1998-1999, amendements déposés par MM. Tourret et Houillon ; Anne Tessier, garde à vue et droits de la défense, RPDP 2001, p. 30-63.

la criminalité organisée, il semble qu'un équilibre ait été trouvé par la réforme puisque les différences de régime sont mieux encadrées, ne tenant plus au seul critère de la nature de l'infraction mais aux circonstances particulières de l'espèce.

Au-delà des textes, des obstacles d'ordre pratique auxquels la réforme n'apporte pas de solutions freinent le contrôle par l'avocat. Tout d'abord, le délit d'outrage-rébellion, utilisé de façon abusive par les forces de l'ordre, est un instrument de dissuasion. Certains policiers ou gendarmes l'utilisent pour se défendre de toutes accusations de violences ou encore pour évincer des avocats un peu trop gênants pour le déroulement de l'enquête entravant ainsi le libre exercice de la mission de leur mission¹⁹⁴. Ensuite l'entretien doit être effectué dans des conditions garantissant la confidentialité inhérente aux droits de la défense. L'officier de police judiciaire doit mettre à la disposition de l'avocat une pièce où il peut s'entretenir seul avec la personne gardée à vue mais cette exigence est souvent mise à mal¹⁹⁵. Malgré ces obstacles pratiques, la défense de la personne placée en garde à vue est améliorée par la réforme. Mais l'apport essentiel de celle-ci est de permettre un contrôle plus approfondi du déroulement de la garde à vue. La présence lors des interrogatoires garantit notamment que ceux-ci se sont déroulés sans pression ni brutalité. Dans le cadre d'une mesure dont la finalité première est de faire pression sur l'individu pour le faire parler, la présence effective de l'avocat apparaît donc d'autant plus essentielle pour contrôler le bon fonctionnement du système répressif et protéger son client.

Le rôle de l'avocat permet de déduire que le respect des droits de la défense et le respect de la dignité humaine de la personne gardée à vue sont intimement liés notamment sous l'effet du développement des procédures alternatives aux poursuites visant à accélérer le traitement des affaires. Ainsi apparaissent, comme issues beaucoup plus fréquentes des gardes à vue, la comparution immédiate devant le juge et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité devant le magistrat du parquet. Il est légitime de penser que des gardes à vue se déroulant dans des conditions contraires à la dignité humaine ne facilitent pas, voir entravent, la préparation de sa défense par la personne interpellée. En effet après une nuit de garde à vue, l'intéressé n'est ni reposé ni lavé, on peut s'interroger dans ses conditions sur l'équilibre qui s'établit entre les parties au procès. C'est pourquoi après avoir étudié les droits de la défense accordée à la personne placée en garde à vue il convient d'examiner si ces dernières bénéficient des garanties nécessaires à la protection de sa dignité et de son intégrité physique.

¹⁹⁴ Laurent Schwartz, « l'exercice des droits de la défense pendant la garde à vue », dans La garde à vue dans tous ses états, les cahiers du Conseil National des Barreaux, 2005, p. 19-25, préc. p. 24-25. L'auteur prône pour une immunité de l'avocat en garde à vue.

¹⁹⁵ La confidentialité est nécessairement entravée lorsque les deux protagonistes se voient obligés de crier pour dialoguer. L'usage de parois vitrées quasiment hermétiques et uniquement équipées de petites ouvertures nuit à l'exercice des droits de la défense puisque les propos tenus sont parfaitement audibles des forces de l'ordre se trouvant à l'extérieur. Nombreux sont les avocats qui revendiquent une meilleure confidentialité et ne voient dans ces procédés qu'une forme supplémentaire de défiance à leur égard. Pour beaucoup force est de constater qu'il constitue davantage un obstacle à l'exercice des droits de la défense qu'un moyen de garantir la sécurité des avocats appelés en garde à vue¹⁹⁵. Cyril Malgras, « vous m'entendez ? ! Le principe de confidentialité pendant la garde à vue, dans La garde à vue dans tous ses états, les cahiers du Conseil National des Barreaux, 2005, p. 27-30.

CHAPITRE 2. LES GARANTIES TENANT AU RESPECT DE LA DIGNITÉ HUMAINE ET À LA PROHIBITION DES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE ET PSYCHIQUE DU GARDÉ À VUE

Au niveau international deux normes majeures protègent la personne humaine contre les atteintes à sa dignité, son intégrité mais également contre les tortures. En effet l'article 3 de la Convention européenne et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptés par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 10 décembre 1984 consacrent une norme de *jus cogens*. La question des conditions de détention dans les locaux de garde à vue alimente le droit pénal national et transnational depuis de nombreuses années. En effet dès le 19 janvier 1993, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, instance du Conseil de l'Europe, publiait un rapport sur les conditions de détention dans les établissements de police et de gendarmerie français. Constatant qu'une "personne privée de sa liberté par les forces de l'ordre court un risque non négligeable d'être maltraitée", le rapport demandait à la France de se conformer aux principes fondateurs du Conseil de l'Europe.

À l'exclusion de leur liberté d'aller et venir, les personnes placées en garde à vue demeurent titulaires des droits fondamentaux tels que définis par les textes internationaux et nationaux. Certains de ces droits inhérents à la dignité humaine sont intangibles et ne souffrent d'aucunes limites, c'est le cas notamment du droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants ainsi que de la protection de l'intégrité physique et psychique du gardé à vue. La France, poussée par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme et ses nombreuses condamnations¹⁹⁶, a mis en place des mécanismes de prévention et de contrôle des atteintes à la dignité et à l'intégrité physique ou morale durant la garde à vue (section 1). Malgré les progrès en la matière certaines pratiques persistent, nécessaire d'un point de vue sécuritaire mais devant pourtant être conciliée avec le respect des droits fondamentaux de l'individu (section 2). La réforme actuelle de la procédure pénale tendait à modifier l'article 63-5 du Code de procédure pénale afin de poser le principe du respect de la dignité de la personne lors du déroulement de la garde à vue.

Section 1. Les moyens de prévention des atteintes à la dignité et à l'intégrité

Le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales a conduit le législateur français à modifier son arsenal de protection. Aujourd'hui la loi permet à différents intervenants un droit de regard sur les conditions de

¹⁹⁶ CEDH, 27 août 1992, Tomasi c/ France ; CEDH, 28 juillet 1999, Selmouni c/ France, note Sudre Frédéric, JCP G 1999, II 10193.

garde à vue (paragraphe 1). Afin de parfaire cette transparence un moyen technique, l'enregistrement audiovisuel, a été mis en place pour éviter les excès durant les interrogatoires (paragraphe 2). Ces moyens tant humains que techniques permettent d'exercer une pression sur les enquêteurs afin de limiter leur abus mais seront également des preuves utiles en cas de plainte de la personne gardée à vue.

Paragraphe 1. Les moyens humains de prévention des atteintes

Deux types d'interventions permettent de s'assurer que les droits intangibles inhérents à la dignité humaine sont respectés mais également de prévenir toute violation de leurs droits fondamentaux. Il s'agit tout d'abord des visites périodiques ou ponctuelles des locaux par différents protagonistes (I) et ensuite du droit à examen effectué par un médecin (II). Le rôle du médecin est double. Il se prononce sur l'aptitude de la personne au maintien en garde à vue et délivre un certificat médical qui pourra servir de preuve en cas de mauvais traitement mais constitue également un témoin supplémentaire des conditions de détention en garde à vue.

I. Les visites des locaux de garde à vue

Les conditions matérielles de la garde à vue sont critiquées et la législation en la matière est muette sur ces conditions. Il convient de ne pas laisser la garde à vue s'exécuter sous le seul arbitraire des enquêteurs et permettre un regard extérieur pour évaluer les conditions matérielles notamment en termes d'hygiène, de sécurité et de dignité dans lesquelles se déroule la privation momentanée de liberté. Outre les visites du Comité européen¹⁹⁷, au niveau interne les locaux de garde à vue sont contrôlés principalement par le procureur de la République et accessoirement par les parlementaires (A) mais ces déplacements restent peu fréquents du fait de la charge de travail. Depuis une loi du 30 octobre 2007 une autorité administrative indépendante a été mise en place afin de compléter ce contrôle des conditions de détention des personnes placées en garde à vue et le rendre plus effectif (B). La France essaye donc de rattraper son retard en la matière. Au Royaume-Uni un inspecteur en chef des prisons¹⁹⁸ existe en effet depuis 1981.

¹⁹⁷ Le Comité européen pour la prévention de la torture ou traitements inhumains ou dégradants effectue des visites, lesquelles donnent lieu à des recommandations afin de renforcer la protection des personnes privées de liberté. Son rapport pour les visites effectuées en 2006¹⁹⁷, a été l'occasion de vérifier la mise en œuvre des instructions ministérielles du 11 mars 2003 relatives à la garantie de la dignité des personnes placées en garde à vue. Globalement, les instructions en question avaient commencé à porter leurs fruits dans de nombreux établissements. Il relève pourtant que des efforts conséquents restent encore à fournir avant que ces instructions puissent produire leur plein effet sur tout le territoire de la République. Ainsi des améliorations notables doivent être constatées en matière d'hygiène, de prise en charge matérielle des personnes gardées à vue mais également la diminution des coups et blessures.

¹⁹⁸ "Her Majesty's Chief Inspector of prisons".

A. Le contrôle discret du procureur de la République et des parlementaires

En vertu de l'article 41 al. 3 du Code de procédure pénale, le procureur de la République dispose du pouvoir de contrôler les conditions de déroulement des mesures de garde à vue décidées dans son ressort. Cette faculté, expressément prévue par la loi du 4 janvier 1993 demeurait largement théorique. Afin que ce contrôle soit effectif, la loi du 15 juin 2000 a prévu que ce magistrat visiterait les locaux de garde à vue chaque fois qu'il l'estimerait nécessaire et au moins une fois par trimestre. Pour des considérations d'ordres pratiques, la loi du 4 mars 2002 a espacé cette visite périodique obligatoire puisqu'elle exige qu'elle soit effectuée « au moins une fois par an » seulement. Le procureur de la République tient un registre répertoriant le nombre et la fréquence des visites effectuées dans les différents locaux se trouvant sous son contrôle. Ce contrôle a pour objet de vérifier si les conditions de détention sont compatibles avec le respect de la dignité humaine. La circulaire d'application de la loi du 15 juin 2000 précise qu'en cas de constat négatif sur ce point le procureur de la République doit le faire savoir par écrit au chef de police ou de gendarmerie et en informer la Chancellerie afin d'apporter rapidement les solutions matérielles qui s'imposent. Depuis la loi du 5 mars 2007 « il adresse au procureur général un rapport concernant les mesures de garde à vue et l'état des locaux de garde à vue de son ressort ; ce rapport est transmis au garde des Sceaux. Le garde des Sceaux rend compte de l'ensemble des informations ainsi recueillies dans un rapport annuel rendu public »¹⁹⁹.

En pratique rare sont les magistrats qui se préoccupent des conditions matérielles de la garde à vue et visitent les cellules. L'absence de caractère effectif de ce contrôle est donc criante. À titre d'exemple un jeune substitut s'est vu sévèrement rappelé à l'ordre par son procureur pour avoir osé se rendre dans l'ensemble des locaux de garde à vue de son ressort. Quant aux services de gendarmerie, ceux-ci s'étaient empressés de signer une pétition contre cette ingérence. Les arguments des parquetiers tiennent au manque de temps mais également à « la nécessaire confiance dans les services de police et de gendarmerie avec lesquels ils ont l'habitude de travailler »²⁰⁰. Ainsi les parquetiers ressentent l'exercice de cette prérogative comme la marque d'une défiance à l'égard des forces de l'ordre or les magistrats ont un intérêt à rester en bons termes avec ces derniers afin de conserver une collaboration efficace. En 2001, un auteur relevait qu'il existait environ cinq mille locaux de garde à vue en France alors que l'article 41 du Code de procédure pénale suppose une centaine de visites par an²⁰¹.

¹⁹⁹ Art. 41 al. 3 *in fine* du C. proc. pén.

²⁰⁰ Herzog Agnès, « La garde à vue : une zone de non droit », dans la garde à vue dans tous ses états, les cahiers du Conseil national des barreaux, p. 66.

²⁰¹ Carol Vuillemin-Gonzales, La protection de la liberté pendant la phase préparatoire, RPDP n° 1 avril 2001, p. 101-119, préc. p. 114.

En dépit de ces constatations, on ne peut que reconnaître l'opportunité d'un regard extérieur même si ces déplacements sur les lieux représentent un accroissement de la charge de travail des parquets.

Afin de parfaire ce contrôle périodique, le législateur a instauré, pour les députés et les sénateurs, une faculté qu'ils devront exercer seuls. La loi du 15 juin 2000 les autorise en effet à visiter à tout moment les locaux de garde à vue. Depuis la loi du 9 mars 2004 cette mention figure à l'article 719 du Code de procédure pénale. Selon la circulaire d'application aucune limite n'est apportée à l'exercice de cette faculté, les visites peuvent donc être effectuées de nuit ou les jours fériés et le parlementaire n'a pas à prévenir à l'avance de son arrivée. Le caractère secret de l'enquête et de l'instruction posé à l'article 11 du Code de procédure pénale fait toutefois obstacle à ce que les parlementaires entrent en contact avec les personnes gardées à vue, assistent à leur audition ou prennent connaissance des procès-verbaux relatifs aux mesures de garde à vue. Le secret de l'enquête et de l'instruction est donc la seule réserve à ce pouvoir qui s'exerce sans limites de temps ni de lieux.

Afin de rendre plus efficace la visite des locaux de garde à vue, la loi a mis en place une autorité administrative indépendante.

B. Un contrôle renforcé par l'instauration du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Des précisions doivent être apportées tant sur l'institution elle-même (1) que sur le bilan de ses visites (2).

1) L'institution

La loi n°2007- 1545 du 30 octobre 2007 a porté création d'un Contrôleur général des lieux de privation de liberté et lui a conféré le statut d'autorité administrative indépendante²⁰². Il s'agissait pour le législateur français de prendre acte de la ratification du protocole facultatif de la Convention contre la torture et autres peines et traitement cruels, inhumains et dégradants adopté par l'assemblée générale des Nations-Unis le 18 décembre 2002²⁰³. La loi confère au Contrôleur général la faculté de visiter à tout moment, sur l'ensemble du territoire

²⁰² Dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif au Défenseurs des droits, la Commission des lois de l'Assemblée Nationale et le Sénat ont renoncé à intégrer la mission du Contrôleur général dans le champ de compétence de ce dernier en raison de la spécificité de sa mission de prévention des atteintes aux droits fondamentaux des personnes privées de liberté. Roumier William, Droit pénal n°3, mars 2011, p.4.

²⁰³ Les articles 17 à 23 du protocole ont pour objet la mise en place de mécanismes nationaux de prévention indépendants « en vue de prévenir la torture à l'échelon national ».

français, tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté²⁰⁴, en particulier les locaux de garde à vue des services de police et de gendarmerie. Sa mission première étant de s'assurer que les personnes placées en garde à vue sont traitées avec humanité et dans le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Le contrôleur général bénéficie de garanties d'indépendance nécessaire afin d'assurer un réel contrôle qui tiennent aux conditions de son mandat ainsi qu'au fait qu'il ne reçoit d'instructions d'aucune autorité et qu'il ne peut être poursuivi à raison des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions.

Selon l'article 12 du règlement de service du contrôleur général des lieux de privation de liberté, le contrôleur général choisit en toute liberté les lieux qu'il entend visiter. Les visites peuvent soit être inopinées, soit être programmées, mais les locaux de garde à vue étant des lieux de taille réduite une pratique s'est instaurée de ne jamais effectuer de préavis. Les autorités concernées ne peuvent s'opposer à une visite sauf motifs graves et impérieux liés à la défense nationale, à la sécurité publique, à des catastrophes naturelles ou à des troubles sérieux dans le lieu visité. L'article 8 de la loi du 30 octobre 2007 confère au Contrôleur général et à ses services un pouvoir assez large pour mener ses investigations et toute latitude dans l'organisation de la visite. Comme les parlementaires, il peut avoir accès à toute heure du jour et de la nuit à toutes les parties de l'établissement sans aucune restriction possible, tester ou faire tester les équipements de la vie quotidienne des personnes privées de liberté. Mais à la différence de ces derniers, le Contrôleur général peut s'entretenir avec toute personne de son choix sans limites de temps et dans des conditions assurant la confidentialité des échanges. Il peut également obtenir toute information et toute pièce utiles à l'exercice de sa mission²⁰⁵. Toutefois certains auteurs, comme Jacques Delga²⁰⁶, subordonnent l'effectivité de son contrôle à trois conditions. Tout d'abord l'absence d'opposition du secret professionnel, ensuite la possibilité de prononcer de réelles injonctions et non de simples recommandations. Enfin l'octroi de moyens financiers comparable à l'inspecteur en chef des prisons britanniques lequel dispose d'une équipe de plus de quarante personnes pour procéder à ces contrôles.

Selon le droit de suite, un rapport est adressé au chef d'établissement, et peut être l'occasion pour ce dernier de fournir la réponse qu'il a lui-même apportée pour remédier au dysfonctionnement. Les chefs d'établissement peuvent fonder une demande de travaux ou d'investissement sur ces constats auprès de leur hiérarchie. Il s'agit donc d'un « levier non négligeable que constitue l'intervention d'une institution tierce pour l'établissement visité qui est soumis aux contraintes budgétaires de son administration ». Afin de rendre le contrôle

²⁰⁴ A titre d'exemple, il visite les établissements pénitentiaires, établissements de santé, les locaux de rétention douanière, les centres éducatifs fermés et même les véhicules permettant le transfèrement des personnes privées de liberté. <http://www.cglpl.fr/missions-et-actions/sa-mission/>.

²⁰⁵ Sauf si leur divulgation est susceptible de porter atteinte au secret de la défense nationale, à la sûreté de l'Etat, au secret de l'enquête et de l'instruction, au secret médical ou au secret professionnel applicable au relation entre un avocat et son client.

²⁰⁶ Jacques Delga, Manuel de l'innocent, de l'atteinte à la présomption d'innocence, ed. ESKA 2008, p.75.

pleinement effectif, se sont également développées des visites de suivi c'est-à-dire qu'est réalisé un nouveau contrôle d'un local de garde à vue précédemment visité. Ces dernières permettent de vérifier que les fonctionnaires de police ou de la gendarmerie se sont conformés aux recommandations. En outre, un rapport de visite est envoyé par le Contrôleur général aux ministres ayant compétence ainsi que des recommandations qu'il peut rendre publiques²⁰⁷. Il remet également chaque année un rapport d'activité rendu public au Président de la République et au Parlement. Ces rapports ont été l'occasion de mettre en exergue un certain nombre de difficultés rencontrées dans les locaux de garde à vue telles que des conditions matérielles incompatibles avec la dignité humaine de sorte qu'il considère que « faute d'amélioration immédiate, les cellules ne sauraient être utilisées »²⁰⁸.

2) Le bilan des visites

Malgré des efforts incontestables, le rapport annuel relève que « les cellules de garde à vue (et aussi de dégrisement) sont les lieux les plus médiocres des locaux administratifs les plus médiocres ». En effet dans beaucoup de cas les conditions minimales d'hygiène et de salubrité ne sont pas assurées, les cellules sont mal aérées, sans lumière autre qu'artificielle et les installations sanitaires lorsqu'elles existent sont le plus souvent en très mauvais état, les odeurs y sont souvent intolérables. Les personnes gardées à vue doivent dans la majorité des cas demander l'autorisation pour aller aux toilettes ou accéder à un point d'eau mais le rapport relève qu'il est même parfois difficile d'attirer l'attention des agents chargés de la garde, en l'absence de dispositif d'appel et en dépit des systèmes de vidéosurveillance fréquents. De plus les cellules sont le plus souvent dégradées par les individus placés en garde à vue et peu nettoyées en raison notamment d'un manque de moyen des commissariats de police. Enfin la promiscuité est courante au sein des cellules de garde à vue ou des geôles des palais de justice, leur taille réduite interdit dans bien des cas aux personnes gardées de s'allonger si ce n'est par terre. À titre d'exemple un endroit visité comportait ainsi des cellules de 2,5 mètres carrés privant les personnes gardées à vue de s'allonger simultanément.

Dans ces conditions, il est porté atteinte au respect de la dignité de la personne humaine. C'est pourquoi, au titre des recommandations du Contrôleur général, figure la mise en œuvre d'un plan de rénovation important des locaux de garde à vue²⁰⁹. L'action de ce dernier révèle certaines limites, tout d'abord de septembre 2008 à septembre 2009, cent cinquante-huit visites ont été effectuées, les locaux de garde à vue représentant un tiers des visites or il en existe plus de trois milles en France. Ces chiffres permettent de relativiser le rôle du

²⁰⁷ Art. 9 de la loi 2007-1545 du 30 octobre 2007.

²⁰⁸ Recommandations relatives aux locaux de garde à vue du commissariat central de Boulogne-Billancourt, 3 juin 2009.

²⁰⁹ Il recommande également la formation des agents chargés de la garde des suspects car la gestion d'une personne en garde à vue ou la manière de régler un conflit est actuellement laissée à la seule appréciation des fonctionnaires alors qu'il s'agit d'une opération délicate mais essentielle que de trouver un équilibre entre la fermeté nécessaire et le respect des droits de la personne dont le respect de la dignité humaine.

Contrôleur général et soulignent l'importance d'augmenter les moyens financiers et humains de cette autorité administrative indépendante. Enfin, en raison du fait que cette institution est relativement récente (2007), il est encore trop tôt pour mesurer toute l'amplitude des effets de ses recommandations et rapports publics, mais elle est un instrument d'ingérence au sein des locaux de garde à vue porteurs d'espoir.

Outre la possibilité de visiter les locaux de détention pour le procureur, les parlementaires et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, la présence du médecin est perçue comme un contrôle supplémentaire. Les réactions opposées de la doctrine au lendemain de la consécration du droit à l'examen médical mettent en exergue son rôle majeur de protection de la personne privée de liberté tant des atteintes à sa dignité qu'à son intégrité. En effet certains y ont vu une suspicion systématique « frappant d'une présomption légale de brutalité la police et la gendarmerie ». D'autres la marque d'un code civilisé²¹⁰. Mais il semble que le législateur par l'introduction de ce droit est voulu faciliter la constatation des brutalités policières et ainsi parfaire le contrôle par un nouveau regard humain sur les conditions de garde à vue.

II. L'intervention du médecin

L'intervention d'un médecin dans le cadre spécifique de la garde à vue rappelle l'exigence de tout État de droit qui respecte les droits de l'homme d'assurer à toute personne le respect de sa dignité, son intégrité et sa santé indépendamment du lieu où elle est soignée et de la gravité des faits qui lui sont reprochés. L'intervention du médecin n'a, depuis les réformes de 1993, plus fait véritablement débat. Tant son rôle que sa légitimité d'intervention ne sont plus discutés, il dispose d'un arsenal juridique important (A) et permet à un œil extérieur une ingérence utile dans la garde à vue (B).

A. L'arsenal juridique relatif au droit à un examen médical

Les conditions de mise en œuvre de l'examen médical (1) permettent-elles un contrôle efficace (2) ?

1) Les conditions de mise en œuvre de l'examen médical

Parmi les droits dont bénéficie la personne gardée à vue depuis la loi du 4 janvier 1993, figure le droit d'être examinée par un médecin, prévu par l'article 63-3 du code de procédure pénale. Il existe trois situations dans lesquelles le médecin intervient, dans tous les cas il est tenu d'obéir puisque le médecin est considéré comme un auxiliaire de justice de fait et peut engager sa responsabilité tant civile que pénale. Par ailleurs, l'injonction faite au médecin est une réquisition, elle a donc un caractère obligatoire²¹¹. Toutefois un certain

²¹⁰ Matsopoulou Haritini, Les enquêtes de police, thèse 1994, tome II, p. 830 n°798.

²¹¹ Le médecin défaillant commet une contravention réprimée à l'article R 642-1 du Code pénal.

nombre de circonstances sont des motifs légitimes de non-intervention du médecin requis comme le fait que les conditions de l'examen sont de nature à compromettre la qualité des actes ou la confidentialité de la consultation.

En premier lieu l'examen médical peut être prescrit dans l'intérêt de la personne placée en garde à vue. Aux termes du premier alinéa de l'article 63-3 du Code de procédure pénale, « toute personne placée en garde à vue peut, à sa demande, être examinée par un médecin désigné par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire. En cas de prolongation, elle peut demander à être examinée une seconde fois ». La demande ne peut lui être refusée. Pour autant le gardé à vue ne peut exiger plus d'un examen par période de vingt-quatre heures²¹². À titre subsidiaire, l'alinéa 3 confère la possibilité à la famille de la personne gardée à vue de demander un examen médical. En second lieu l'appel à un médecin peut être décidé d'office par le procureur ou l'officier de police judiciaire à tout moment de la garde à vue. En pratique le recours à un médecin sera motivé dans ce cas par un état de souffrance physique, un état de santé déficient ou encore si la personne suspectée présente des troubles mentaux, des blessures ou des traces de coups. Enfin l'examen médical peut être prescrit afin qu'il réalise des investigations corporelles internes.

Dans tous les cas, le médecin, choisi par le procureur ou l'officier de police judiciaire, doit examiner sans délai la personne gardée à vue et « le certificat médical par lequel il doit notamment se prononcer sur l'aptitude au maintien en garde à vue est versé au dossier ». Depuis la loi du 14 avril 2011, le point de départ du délai de trois heures dans lequel l'examen médical doit être accompli est, sauf circonstances insurmontables, la demande de la personne gardée à vue, et non plus le moment du placement en garde à vue, la demande d'être examinée par un médecin pouvant être formulée plus tardivement²¹³. En outre il existe des règles spéciales. Si la personne retenue est un mineur de seize ans, l'examen médical est obligatoire dès le début de la garde à vue²¹⁴. En matière de criminalité organisée et de terrorisme l'intervention du médecin est règlementée aux articles 706-88 alinéa 4 et 9 du Code de procédure pénale. En pratique le médecin peut être éloigné ou difficilement joignable. Dans l'attente de l'arrivée du médecin, l'audition peut-elle se poursuivre ? Selon la circulaire du 1^{er} mars 2003²¹⁵, la Chancellerie y est favorable, la demande n'ayant pas pour effet de suspendre l'enquête.

Selon une étude menée par le Conseil National des barreaux soixante-neuf pourcent des barreaux estiment que l'examen médical se déroule dans des conditions satisfaisantes et plus

²¹² Circ. 1er mars 1993, art. C. 63-3.

²¹³ Art. 63-3 C. pr. pén.

²¹⁴ Article 4 III de l'ordonnance du 2 février 1945.

²¹⁵ Art. C. 63-3.

de soixante-dix pourcent indiquent que le médecin intervient dans des délais raisonnables²¹⁶. Il semble donc que selon une majorité des avocats le droit à l'entretien avec un médecin soit plutôt bien respecté. Il est cependant relevé que cet examen est souvent très superficiel. Quelles sont les garanties qui permettent de souligner que l'intervention du médecin assure un contrôle effectif dans le déroulement la garde à vue ?

2) L'effectivité du contrôle par le médecin

L'exercice du droit à un examen médical est sans incidence financière pour la personne gardée à vue. Les honoraires du médecin sont pris en charge par l'État. Il en résulte une égalité entre les individus devant la loi. Toute personne placée en garde à vue pourra bénéficier de l'intervention médicale quelque soit ses moyens financiers, ce droit n'est donc pas tributaire du niveau de vie des individus.

Concernant la conciliation entre l'obligation de soins et les délais de garde à vue, la jurisprudence a rendu des solutions protectrices de l'intégrité physique et psychique de la personne placée en garde à vue. Ainsi il a été jugé que la prise en charge médicale momentanée d'une personne placée en garde à vue n'avait pas pour conséquence de suspendre le cours du délai de la garde à vue. Par conséquent si l'état de la personne privée de liberté nécessite une hospitalisation, cela n'a pas pour effet de suspendre le délai de garde à vue. Si les délais sont incompatibles la seule solution étant la levée de la garde à vue.

Outre ces deux constats positifs il est possible de douter de l'effectivité totale de la présence du médecin tant au regard des recommandations de la Commission nationale de déontologie de la sécurité laquelle souligne notamment le problème du respect des avis médicaux (a) qu'au regard des conditions de déroulement de l'examen qui peuvent porter atteinte à la dignité de la personne (b).

a) Les zones d'ombres relevées par la Commission nationale de déontologie de la sécurité

La Commission nationale de déontologie de la sécurité a relevé des zones d'ombres concernant l'intervention du médecin en garde à vue qui soulève la question de son effectivité et du caractère contraignant de ce droit. Tout d'abord est une cause de nullité le délai excessif de notification des droits mais tel n'est pas le cas pour le délai d'intervention du médecin. La Commission met l'accent sur deux dysfonctionnements : le caractère tardif des examens médicaux et le non-respect des certificats médicaux.

Le fait que les examens médicaux interviennent de façon tardive peut être lié aux difficultés d'organisation ainsi qu'au manque de moyens et de disponibilité des médecins. Un tel retard est inquiétant car il fait peser des risques sur la santé et l'intégrité physique des personnes gardées à vue. Il est important que l'intervention du médecin intervienne dans un délai rapide puisqu'il se prononce sur l'aptitude au maintien en garde à vue, qu'il peut procéder à des

²¹⁶ Danet Jean, Les cahiers du Conseil National des Barreaux, la garde à vue dans tous ses états, mai 2005, p.81.

soins ou poursuivre un traitement que l'état de santé du gardé à vue nécessite et enfin qu'il constate des éventuelles traces de coups et blessures. Face à ce constat, la Commission recommande de généraliser une organisation de même type que celle existant dans les Hauts-de-Seine ou en Seine-Saint-Denis, c'est-à-dire que se déplacent dans les commissariats des médecins dépendant d'une structure médico-légale.

Par ailleurs, la poursuite de la garde à vue malgré un état de santé incompatible avec celle-ci et l'avis contraire du certificat délivré par le médecin constitue un manquement tant au Code de procédure pénale qu'aux prescriptions déontologiques qui pèsent sur la police. En effet il résulte de l'article 10 du Code de déontologie de la police nationale que « le fonctionnaire de police ayant la garde d'une personne dont l'état nécessite des soins spéciaux doit faire appel au personnel médical et, le cas échéant, prendre des mesures pour protéger la vie et la santé de cette personne ». Ainsi lorsque le certificat médical fait apparaître une incompatibilité entre l'état de santé de la personne privée de liberté et le maintien de sa garde à vue, les fonctionnaires de police doivent prendre les mesures nécessaires à la protection de sa santé. En pratique ils doivent procéder à une remise en liberté ou à une prise en charge hospitalière. Concernant la sanction de la violation des prescriptions relatives à l'examen médical, par un revirement de jurisprudence du 27 octobre 2009²¹⁷, la cour affirme que « la poursuite de la garde à vue d'une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatible avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts ». En cas d'incompatibilité la mesure doit immédiatement s'achever et tout acte de procédure réalisé après ce certificat est nul. La solution rendue par la Cour de Cassation est protectrice en ce qu'elle consacre une nouvelle nullité impérative qui devrait pousser les enquêteurs à un meilleur respect des avis des médecins. Désormais il est possible de reconnaître une véritable autorité à l'avis du médecin mais il serait opportun que la loi consacre expressément leur caractère impératif. Pour autant, cette voie n'a pas été suivie dans le cadre de la réforme de la garde à vue²¹⁸.

Au-delà de la question du respect des certificats médicaux, se pose également la question du respect de la dignité humaine et du droit à l'intimité lorsque l'examen se déroule dans des conditions peu conformes à la déontologie médicale.

b) Le problème des conditions de déroulement de l'examen médical

Le respect des droits des personnes placées en garde à vue dépend également des conditions de réalisation de l'examen médical. En vertu de l'article 15 du code de déontologie médicale

²¹⁷ Crim, 27 oct. 2009, n° 09-82.505 ; chronique de C. Ambroise-Castérot, RPDP n°1, janvier/mars 2010, p.137-138. Avant la Cour considérait que l'annulation de la garde à vue ne pouvait être prononcée qu'en cas de démonstration d'une atteinte aux droits de la personne concernée. Crim, 25 février 2003, Bull. Crim. n°50.

²¹⁸ Il a été rejeté un amendement visant à introduire dans le Code de procédure pénale que le certificat médical attestant l'incompatibilité de l'état de santé de la personne avec la garde à vue doit avoir un caractère impératif au motif qu'il existait déjà une circulaire prévoyant ce caractère impératif et qu'en pratique aucune garde à vue n'est réalisée lorsque l'aptitude est constatée par le médecin.

« le médecin doit disposer, au lieu de son exercice professionnel, d'une installation convenable et de moyens techniques suffisants. En aucun cas, le médecin ne doit exercer sa profession dans des conditions qui puissent compromettre la qualité des soins et des actes médicaux ». Ainsi le respect de l'intégrité physique de la personne se trouve en filigrane de cette disposition et des obligations déontologique s'imposant aux médecins. Ces exigences sont parfois difficilement conciliables avec les nécessités policières (surveillance durant l'examen) et les circonstances de déroulement des examens dans les commissariats.

Une conférence nationale de consensus des 2 et 3 décembre 2004 relative à l'intervention du médecin en garde à vue a abouti à de nombreuses recommandations notamment concernant les conditions de l'examen médical²¹⁹. Au titre de ces recommandations l'exigence de confidentialité s'avère essentielle. L'examen devrait être pratiqué à l'abri du regard et de toute écoute extérieure afin de permettre le respect tant de la dignité humaine que du secret professionnel. Cette formule est depuis la réforme formulée à l'article 63-3 du Code de procédure pénale mais le médecin pourrait toujours, en particulier pour des motifs tenant à sa sécurité personnelle, souhaiter être accompagné de l'agent ou de l'officier de police judiciaire.

En outre le respect de l'intégrité physique et morale de l'individu doit être concilié avec les impératifs de sécurité inhérents au placement en garde à vue. Depuis quelques années les conditions d'interventions des médecins montrent une évolution positive. De nombreux travaux de réfection ont permis de construire des locaux à part destinés à l'usage exclusif des médecins et des avocats. Les exigences d'intimité et de confidentialité sont garanties alors qu'auparavant l'examen médical se déroulait dans une cellule²²⁰. Les impératifs de sécurité sont également satisfaits puisqu'un policier reste à portée de voix mais sans assister à l'examen médical. Il arrive encore cependant que les examens médicaux se déroulent au sein d'une cellule de garde à vue ou derrière des rideaux ou des placards métalliques disposés en carré lorsqu'aucune pièce n'est aménagée à cet effet, pire encore dans les toilettes du commissariat. Parfois, les locaux ne permettent même pas d'allonger le patient. Les circonstances de tels examens médicaux ne peuvent que méconnaître la dignité et l'intimité des personnes gardée à vue. Pourtant nombreux sont les textes qui rappellent le souci de protéger la dignité et la pudeur des gardés à vue lors des opérations diligentées par le médecin.

Le fait que l'examen médical se déroule au sein des locaux de la police ou de la gendarmerie a mis en exergue un exercice de la médecine dans des conditions techniques souvent insatisfaisantes risque de méconnaître la dignité humaine mais il permet d'apporter un regard extérieur et objectif sur les conditions de rétention et tend à faire du médecin un témoin des conditions de garde à vue souvent incompatibles avec le respect de la dignité humaine.

²¹⁹ Patrick Chariot, Conférence de consensus : l'intervention du médecin en garde à vue, Dalloz 2006 ; Patrick Chariot et Cyril Boraud, L'intervention du médecin en garde à vue : le chemin sinueux vers une harmonisation des pratiques, AJ Pénal 2008, p. 265.

²²⁰ Fabien Jobard, « Le droit de l'intervention du médecin en garde à vue », dans Conférence de consensus : l'intervention du médecin en garde à vue, Dalloz 2006, p.539 à 556.

B. Le médecin, témoin des atteintes aux droits fondamentaux durant la garde à vue

Les constatations du médecin peuvent porter tant sur les éventuels sévices infligés à la personne placée en garde à vue (1) mais également sur les conditions de détention (2).

1) Le regard du médecin, preuve d'éventuelles atteintes à l'intégrité physique de la personne gardée à vue

L'intervention du médecin est étroitement liée au contrôle du respect de l'intégrité physique de la personne gardée à vue. Aux termes de la circulaire générale du 1^{er} mars 1993, l'examen médical est requis d'office lorsqu'une personne présente des traces de coups, de violences ou des blessures. Dans ces hypothèses les constatations du médecin sont essentielles et pourront être utilisées en cas de plainte pour mauvais traitements de la part d'une personne en garde à vue. Même lorsque la description des blessures n'est pas demandée par l'autorité requérante, le médecin se doit de décrire avec précisions les lésions dont il peut avoir connaissance au cours de l'examen. Ces dispositions ont donc pour objectif majeur de faire constater des sévices dont l'intéressé aurait éventuellement pu être victime mais également d'apprécier la compatibilité de l'exécution de la garde à vue avec l'état de santé du gardée à vue. Lorsque l'incapacité est consacrée, le médecin doit en informer l'officier de police judiciaire. Dans le cas contraire, le délit de non-assistance à personne en péril pourrait être retenu contre lui. Le médecin doit informer l'autorité judiciaire s'il suspecte que la personne placée en garde à vue a fait l'objet de sévices ou de mauvais traitements²²¹. Cette prescription de conscience est toutefois toujours subordonnée au consentement de la personne concernée. Le médecin a donc un rôle majeur.

La présence du médecin permet ainsi d'attester ou de couper court aux allégations de sévices lorsque celles-ci sont infondées. Le certificat joue ainsi un rôle préventif par la menace qu'il fait peser sur les enquêteurs, tout en mettant ces derniers à l'abri d'allégations calomnieuses. Par conséquence, les forces de police se trouvent également être les bénéficiaires de l'intervention du médecin puisque sa présence accroît la crédibilité des actes d'enquête et des aveux obtenus durant la garde à vue²²². Ainsi même si l'intervention du médecin peut constituer une gêne pour les enquêteurs dont l'interrogatoire est interrompu, il les protège contre tous moyens de défense consistant en une imputation injustifiée de sévices. Il ne faut donc pas voir dans ces dispositions, la traduction d'une méfiance systématique à l'égard de la police ou de la gendarmerie sur lesquels pèserait une présomption de brutalité. Les violences policières certes existent, lors de l'interpellation ou

²²¹ Art. 10 du Code de déontologie médicale ; L'article 226-14 du Code pénal permet au médecin de se taire ou de porter ces constatations à la connaissance du procureur de la République. Lorsqu'il s'agit d'un mineur le consentement de ce dernier n'est pas nécessaire.

²²² Haritini Matsopoulou, Les enquêtes de police, thèse 1994, p. 831, n°799.

pendant la garde à vue, mais les violences auto-infligées, voire préexistantes à l'intervention des forces de l'ordre, sont parfois utilisées par certaines personnes habituées de la garde à vue pour influencer la décision du médecin.

Le contrôle médical présente donc de nombreux avantages, protecteur de l'individu mais également des agents de la force publique, le médecin est aux premières loges pour apprécier si les conditions de détention de la personne dans les locaux de police ou de gendarmerie sont conformes avec la sauvegarde de la dignité humaine.

2) Le regard du médecin sur les conditions de rétention contraire à la dignité

Par ailleurs, ce transport au sein des commissariats est un instrument non négligeable de surveillance des abus des enquêteurs. Il est possible au médecin d'apprécier les conditions matérielles de rétention, l'état des locaux de garde à vue ainsi que la nature des relations entre la personne en garde à vue et ceux qui assurent sa surveillance. Le transport à l'hôpital rend impossible ces différentes constatations ainsi le déplacement du médecin dans les commissariats paraît la solution la plus satisfaisante en pratique même si cela suppose une organisation colossale des équipes médicales. À titre d'exemple, on ne peut accepter que les hommes et les femmes fassent l'objet de garde à vue dans des cellules communes, le médecin qui aurait un doute quant au respect de cet impératif, peut visualiser les locaux toutes les 24 heures²²³.

Cependant, une question se pose : le médecin doit-il ou peut-il prendre en considération l'ensemble des conditions de la garde à vue au titre de son examen médical ? Son rôle peut-il aller au-delà d'un avis sur l'aptitude du maintien en garde à vue et est-il pertinent qu'il le fasse ? L'opportunité que le médecin fasse état des conditions concrètes de la garde à vue lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir des conséquences sur la santé et le comportement du gardé à vue ne fait aucun doute. En effet elles peuvent avoir une incidence sur la manifestation de la vérité et permettent de comprendre dans quelles conditions la personne a fait des aveux. À titre d'exemple, l'impossibilité de prendre une douche pendant parfois quarante-huit ou quatre-vingt-seize heures accroît nécessairement le sentiment d'infériorité et d'isolement de l'individu et aura des conséquences sur son comportement. L'association du manque d'hygiène, d'une alimentation insuffisante ou irrégulière et du manque de repos conduit parfois le gardé à vue à faire des aveux pour quitter cet environnement hostile. C'est « la conjonction de conditions inacceptables » qui affaiblissent la personne gardée à vue et conduisent « non pas à faciliter la justice mais à la rendre plus incertaine, plus aléatoire, victime de faux aveux ou de fausses accusations »²²⁴. Le certificat médical semble être un des

²²³ Finkelstein Alain, « Les femmes en garde à vue : problèmes spécifiques », dans Conférence de consensus : l'intervention du médecin en garde à vue, Dalloz 2006, p. 413 à 421.

²²⁴ Danet Jean, Les cahiers du Conseil National des Barreaux, La garde à vue dans tous ses états, mai 2005, p.84.

moyens de mettre en exergue les conditions dans lesquelles la vérité a été établie à ce stade de l'enquête. Le juge de la juridiction de jugement aura de ce fait la possibilité de se forger une opinion sur des affirmations relatives à d'éventuelles extorsions d'aveux par la force. La réforme semble avoir défini l'objet de l'examen médical de façon plus précise. L'article 63-3 alinéa 3 énonce désormais, qu'il vise en premier lieu à établir l'aptitude de la personne au maintien en garde à vue, et, en second lieu, à permettre la réalisation de toutes autres constatations utiles sur l'état de santé de la personne gardée à vue. Bien que n'apportant pas de modifications substantielles, le texte est plus explicite et implique que l'une des finalités de l'examen peut également être la constatation d'éventuels sévices dont la personne aurait été victime²²⁵. Cependant il faut espérer qu'il ne ferme pas la porte à ce que le médecin relève dans son certificat, outre les constatations utiles sur l'état de santé, les conditions de garde à vue pouvant avoir une influence sur la santé tant physique que morale de la personne gardée à vue.

La présence de ces différents intervenants au sein des locaux de garde à vue permet d'assurer une meilleure transparence et souligne que les conditions intrinsèques de la garde à vue sont contraires à la dignité humaine dans bien des cas. Pour parfaire cette transparence, l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires permet de garder un œil sur la garde à vue et de contrôler les abus de pouvoir des enquêteurs.

Paragraphe 2. Un moyen technique de prévention des atteintes, l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires

Les interrogatoires peuvent souvent être l'occasion pour la police d'exercer des pressions si ce n'est physiques du moins psychologiques ou morales dans le but d'extorquer des aveux ou la dénonciation des autres membres de l'organisation criminelle²²⁶. Certains justiciables sont poussés à reconnaître ce qui semble être la vérité pour l'enquêteur et qui n'est pas « la » vérité. Même si l'aveu peut faire l'objet de rétractation, le crédit attaché à ce revirement est relativement mince. De ce fait, ces interrogatoires doivent faire l'objet d'une surveillance soit humaine par la présence de l'avocat soit matérielle par l'instauration de procédé technique afin d'enregistrer leur déroulement et d'en garder une trace. L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires permet donc de prévenir les atteintes à l'intégrité physique ou psychique et constitue une garantie contre « les abus de pouvoir ». Il convient ainsi d'en examiner le principe (I) mais également les limites, lesquelles montrent que la législation en la matière est à certains égards encore insuffisamment protectrice (II).

²²⁵ L'ancienne rédaction énonçait que « le certificat médical par lequel il doit notamment se prononcer sur l'aptitude au maintien en garde à vue est versé au dossier ». L'examen avait pour but de vérifier l'aptitude au maintien de la garde à vue mais en raison de l'adverbe « notamment » cette liste n'était pas exhaustive. Or les autres finalités de l'examen n'étaient précisées par aucun texte.

²²⁶ La provocation à la dénonciation intervient souvent dans le cadre du trafic de stupéfiants car il est difficile de pénétrer les réseaux de délinquants.

I. La consécration de l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires

Le principe de l'enregistrement audiovisuel a tout d'abord été consacré pour les mineurs puis étendu aux majeurs, mais d'une manière plus restrictive, il s'agit donc d'un principe à double vitesse (A). Par ailleurs, la jurisprudence a permis de sanctionner le non-respect de ces exigences légales (B).

A. Un principe à double vitesse

La loi du 15 juin 2000 a introduit une exigence d'enregistrement audiovisuel des interrogatoires des mineurs pour éviter toute contestation sur le contenu des déclarations des mineurs et les protéger des éventuels abus de la part des enquêteurs²²⁷. Cet impératif permet de rétablir un équilibre des droits de la défense nécessaire, car il y a « un intérêt tout particulier à protéger ces délinquants particulièrement vulnérables. La garde à vue n'est pas quelque chose de facile pour les adultes. A fortiori, elle l'est encore moins pour les mineurs »²²⁸.

Il s'agissait donc d'une disposition transitoire devant aboutir à une généralisation de ce dispositif aux gardes à vue des majeurs, cependant cette extension n'aura lieu sept ans plus tard. Suite à l'affaire Outreau et afin d'améliorer l'objectivité et l'efficacité des interrogatoires, le principe de l'enregistrement a été étendu à certains majeurs par la loi du 5 mars 2007²²⁹. Aux termes de l'article 64-1 du Code de procédure pénale « les interrogatoires des personnes placées en garde à vue pour crime, réalisés dans les locaux d'un service ou d'une unité de police judiciaire, font l'objet d'un enregistrement audiovisuel ». Cette modalité a été mise en place afin d'éviter les pressions policières pour obtenir des aveux, dans la mesure où l'avocat n'était pas présent lors des auditions du gardé à vue. L'extension du dispositif à la matière criminelle est donc une bonne chose car elle permet un regard extérieur pour exercer un contrôle de l'équilibre des forces.

Des dispositions soulignent que la réglementation en la matière est soucieuse de protéger les droits de la personne gardée à vue et notamment le respect de la vie privée. À cet égard, la consultation de l'enregistrement n'est possible qu'au cours de l'instruction ou devant la juridiction de jugement et ne peut avoir lieu qu'en cas de contestation du contenu du procès-verbal d'interrogatoire, sur décision du juge d'instruction ou du juge des enfants saisi par

²²⁷ Art. 4 VI de l'ordonnance du 2 février 1945.

²²⁸ Sylvie Garde-Lebreton, L'enregistrement des interrogatoires : un rééquilibrage des forces pendant la garde à vue, AJ Pénal 2007, p. 462.

²²⁹ L'article 64-1 du Code de procédure pénale est entré en vigueur le 1^{er} juin 2008 mais cette disposition pouvait être d'application immédiate si l'officier de police judiciaire, le juge ou le procureur le décident.

l'une des parties à la procédure. En revanche, la communication de l'enregistrement reste impossible. Selon la circulaire du 9 mai 2001²³⁰ la personne mise en examen, la partie civile et le ministère public, à l'exclusion des représentants légaux du mineur peuvent seuls demander à ce que l'enregistrement soit visionné. Malgré la possibilité de bénéficier de la protection de l'article 11 du code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction, le législateur a créé un délit spécifique de diffusion de l'enregistrement puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. De plus l'original de l'enregistrement, placé sous scellés ainsi que sa copie versée au dossier doivent être détruits dans un délai d'un mois à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'extinction de l'action publique. La diffusion de l'enregistrement est donc sanctionnée, mais qu'en est-il de la sanction du défaut d'enregistrement ?

B. La sanction du défaut d'enregistrement

Le législateur n'a assorti la violation de cette exigence d'aucune nullité textuelle. Aux termes de la circulaire du 9 mai 2001 relative à l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire des mineurs en garde à vue²³¹, seule une cause insurmontable peut justifier le défaut d'enregistrement de l'interrogatoire d'un mineur²³². La circulaire retenait la nécessaire interprétation stricte de la notion de « cause insurmontable ». Il en résulte que l'oubli de l'enquêteur ou une défectuosité de l'appareil destiné à l'enregistrement et non détectée peuvent constituer des causes insurmontables. En revanche, cette dernière ne pourra être invoquée s'il était possible de recourir à d'autres supports d'enregistrement comme l'utilisation d'un caméscope. À défaut de causes insurmontables, l'article 171 du Code de procédure pénale s'applique. La jurisprudence s'est alignée à la conception de la circulaire en estimant que l'existence d'une « cause insurmontable » constitue bien un motif légitime de l'absence d'enregistrement. Cependant, la divergence entre la circulaire et la jurisprudence se cristallise sur la nature de la nullité. Au regard de la circulaire, la nullité pour défaut d'enregistrement n'est pas de plein droit, mais il doit être démontré que ce dernier porte atteinte aux intérêts de l'intéressé. La chambre criminelle est quant à elle favorable à une nullité avec présomption de grief. Le défaut d'enregistrement est donc considéré comme faisant automatiquement grief à la personne gardée à vue. On peut ainsi estimer que la Cour de Cassation voit dans l'enregistrement une formalité substantielle dans le déroulement de la garde à vue et essentielle à la protection de la personne contre les atteintes à son intégrité tant physique que morale. Sa sanction se place « entre les nullités d'intérêt privé soumises à grief et les nullités d'ordre public dispensées de grief pour répondre à une présomption de grief en faveur de la personne mise en cause »²³³. C'est pourquoi le seul défaut d'enregistrement d'un interrogatoire, non justifié, porte atteinte aux droits de la personne gardée à vue. Elle est ainsi

²³⁰ Circulaire CRIM 01-5 E 6.

²³¹ Circulaire CREH, n° 01-5 E6 du 9 mai 2001.

²³² Le bris de matériel par le mineur par exemple.

²³³ Christine Courtin, L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires du suspect, AJ Pénal 2010 p. 490.

dégagée de la preuve d'atteinte à ses intérêts puisque cette atteinte résulte automatiquement de l'absence d'enregistrement, cette formalité étant tellement importante²³⁴.

Dans l'arrêt du 3 avril 2007²³⁵, la Cour de Cassation précise que ne constitue pas une cause insurmontable et ne justifie donc pas le défaut d'enregistrement, la seule mention d'un « problème informatique » dans le procès-verbal, en l'absence de toute autre précision. Cette jurisprudence était protectrice des droits de la personne gardée à vue en raison de la difficulté à remplir les conditions de la cause insurmontable qui ne pouvait s'induire d'un dysfonctionnement informatique. De ce fait, la loi du 5 mars 2007 a modifié l'article 4 VI de l'ordonnance du 2 février 1945 lequel est désormais rédigé en ses termes : « lorsque l'enregistrement ne peut être effectué en raison d'une impossibilité technique, il en est fait mention dans le procès-verbal d'interrogatoire qui précise la nature de cette impossibilité. Le procureur de la République ou le juge d'instruction en est immédiatement avisé ». Il semble que cette disposition vise à contraindre une jurisprudence considérée comme trop protectrice des droits de la personne gardée à vue. En effet, le défaut d'enregistrement peut désormais être justifié non seulement par une cause insurmontable, mais également par « une impossibilité technique » or une telle impossibilité semble beaucoup plus facilement acquise à la différence de la cause insurmontable.

Une jurisprudence récente, accroît encore les exceptions à l'obligation d'enregistrement des interrogatoires. Rendu à propos de l'interrogatoire d'une personne mise en examen dans le cabinet d'un juge d'instruction, cet arrêt est aisément transposable aux interrogatoires de garde à vue. En l'espèce, l'enregistrement n'avait pu être réalisé, car la touche « marche/arrêt » de l'enregistrement avait été pressée deux fois par erreur. Mais le dysfonctionnement n'avait pas été relevé sur le champ. La chambre de l'instruction fit droit à la demande en nullité du mis en examen en énonçant « qu'une maladresse ou une omission de l'homme ne saurait constituer une impossibilité technique et que le défaut d'enregistrement [avait] nécessairement porté atteinte aux droits du mis en examen ». Mais par un arrêt en date du 4 novembre 2010²³⁶, la Cour de Cassation censure la position de la chambre de l'instruction. Au regard de la motivation des juges du fond, il semble qu'elle admette de façon implicite que l'impossibilité technique peut résulter d'une maladresse ou d'une omission de l'homme. Or on voit difficilement en quoi une omission de l'homme constitue une impossibilité technique. En admettant cette assimilation, le simple oubli de mettre en marche l'appareil destiné à

²³⁴ A titre d'exemple : Crim, 22 juin 2010, n° 10-81.275 : La Cour de Cassation censure une décision de la chambre de l'instruction qui avait rejeté l'exception de nullité tenant à l'absence d'enregistrement d'un interrogatoire en ce que le demandeur ne rapportait pas la preuve d'une atteinte à ses intérêts. Sur le fondement de l'article 64-1 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle rappelle que le non respect de ces prescriptions porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue. En l'espèce le défaut d'enregistrement, lié à l'absence de plusieurs caméras à la disposition de l'officier de police judiciaire, n'avait pas été référé au procureur de la République.

²³⁵ Crim. 3 avril 2007, Bull. Crim. n° 104.

²³⁶ Crim. 4 novembre 2010, pourvoi n° 10-85.279 ; note M. Léna, l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires : nouvelles précisions Dalloz actualité du 17 décembre 2010 ; La lettre Omnidroit du 17 décembre 2010.

l'enregistrement serait de nature à faire obstacle au prononcé de la nullité. Or il se peut que l'oubli soit dicté par la mauvaise foi des enquêteurs.

En conséquence par l'effet du législateur (qui admet l'impossibilité technique comme exception à l'obligation d'enregistrement) et de la jurisprudence qui semble assimilé la maladresse de l'homme à une impossibilité technique, la nullité pour défaut d'enregistrement est acquise de façon beaucoup plus restrictive. Nécessairement, le contrôle du déroulement des interrogatoires par le truchement de l'enregistrement audiovisuel se trouve limité dans sa portée. On le voit la jurisprudence n'est que relativement protectrice. Cette garantie est également limitée notamment quant à son champ d'application.

II. Une garantie limitée

Selon certains courants doctrinaux²³⁷, il convient de relativiser les effets de la réforme de 2007 dont le champ d'application est réduit (A). De plus, la réforme récente du régime de la garde à vue ne semble pas y avoir remédié (B).

A. Un champ d'application limité

Ne sont visés que les majeurs suspectés de crime et à la condition qu'il ne s'agisse ni de criminalité organisée²³⁸ ni d'infractions prévues par les titres I et II du livre IV du Code pénal consacrés d'une part, aux atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation et d'autre part, au terrorisme, même si le procureur peut en demander l'enregistrement. Par conséquent, des formes de criminalité importantes sont exclues sans aucune autre motivation que le souci de confidentialité. Est-il légitime que les droits de la défense ne soient pas les mêmes pour tous et qu'ils soient dépendants de la gravité de la suspicion ? Pourquoi avoir exclu la matière délictuelle alors que les délits représentent quantitativement la majorité des gardes à vue ? La même question se pose pour les crimes les plus graves dont la garde à vue peut atteindre six jours. Il semble que ce soit des raisons financières et matérielles qui aient motivé de telles restrictions. L'enregistrement systématique de tous les interrogatoires représente un coût important et implique que les services de police disposent de moyens considérables. Cependant, au regard du contrôle de la garde à vue l'enregistrement devrait être une garantie tant dans les procédures de droit commun que dans les procédures relevant de la criminalité organisée. En tant que garantie essentielle des droits de la personne gardée à vue, ce procédé mériterait une application généralisée²³⁹.

²³⁷ Jacques Delga, Manuel de l'innocent, de l'atteinte à la présomption d'innocence, 2008, p 72.

²³⁸ Art. 706-73 C. pr. pén.

²³⁹ Lorsque le nombre des personnes devant être simultanément entendues fait obstacle à l'enregistrement de tous les interrogatoires, le procureur de la République peut, par décision écrite versée au dossier, désigner la ou les personnes dont les interrogatoires ne seront pas enregistrés, au regard des nécessités de l'enquête. Ainsi cela revient à ne pas traiter de manière égale les individus impliqués dans une même affaire pénale.

Se pose également la question du champ d'application de l'obligation. À cet égard, la loi du 5 mars 2007 par son extension a nourri un important contentieux. Une lecture combinée des articles 64-1 et 67 du Code de procédure pénale avait abouti à un certain nombre d'annulations de procédures par les juges. L'article 67 prévoit que « les dispositions des articles 54 à 66 sont applicables, au cas de délit flagrant, dans tous les cas où la loi prévoit une peine d'emprisonnement ». Certains juges du fond avaient ainsi estimé que l'article 67 étendait le champ d'application de l'article 64-1 aux procédures délictuelles, en raison du fait que la réforme de 2007 n'avait pas modifié l'article 67. La multiplication des réformes a jeté le flou sur la matière. Dans l'attente de l'issue de plusieurs pourvois en cassation, la chancellerie a adopté une dépêche ministérielle du 2 février 2009²⁴⁰ dans laquelle elle rejette une telle interprétation. Selon la chancellerie, il serait inopportun de rendre obligatoire l'enregistrement des interrogatoires de garde à vue en matière correctionnelle qui conduiraient à « alourdir indûment la charge de travail des services enquêteurs, au-delà des obligations fixées par le législateur ». Même si ces considérations ne sont pas négligeables, l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires relatifs aux délits aurait permis d'assurer une meilleure protection de l'intégrité physique et psychique des personnes gardées à vue dans une matière qui représente la grande majorité des gardes à vue en France. Il s'agirait également d'un moyen de redonner du crédit à l'action de la police en permettant d'apporter la preuve que les aveux ne sont pas extorqués et que les personnes placées sous la garde de la police judiciaire ne font pas l'objet d'abus de pouvoir. En effet quelle preuve plus sûre que la possibilité de visionner ce qui s'est réellement passé dans l'univers clôt de la cellule de garde à vue ? La loi du 12 mai 2009²⁴¹ a finalement donné raison aux arguments de la chancellerie en modifiant l'article 67 qui énonce désormais que les dispositions des articles 54 à 66 « à l'exception de celles de l'article 64-1 » sont applicables, au cas de délit flagrant, dans tous les cas où la loi prévoit une peine d'emprisonnement.

B. Une réforme limitée

L'avant-projet du futur code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 en son article 327-18 faisant suite au rapport Leger du 1^{er} septembre 2009, prévoyait la possibilité d'une extension de l'enregistrement audiovisuel des gardes à vue en matière délictuelle « sur décision de l'officier de police judiciaire ou du procureur de la République ou sur demande de la personne gardée à vue » même si la solution de principe restait l'enregistrement limité à la matière criminelle. L'article 327-17 de cet avant-projet permettait également que l'avocat, à la demande de la personne soupçonnée, assiste aux auditions en cas de prolongation de la garde

²⁴⁰ Sabrina Lavric, Obligation d'enregistrement des gardes à vue : quelle étendue ?, Recueil Dalloz 2009, p.620.

²⁴¹ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO 13 mai 2009, p. 7920.

à vue. Cette hypothèse, prohibait l'enregistrement audiovisuel des auditions, sauf instruction expresse du procureur de la République. Cette articulation entre la présence de l'avocat et l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire souligne implicitement que la présence de l'avocat peut « utilement remplacer l'œil de la caméra »²⁴².

Quant à loi du 14 avril 2011, celle-ci ne reprend pas ce dispositif à l'exception de la présence de l'avocat aux auditions. Rien n'est prévu concernant l'articulation de ce nouveau droit avec l'enregistrement audiovisuel des auditions. Ainsi on est en droit de penser qu'il s'agit « d'un oubli regrettable »²⁴³ de la réforme. Dans la mesure où la présence de l'avocat lors des interrogatoires ne pourra pas toujours être assurée ou pourra être repoussée, il aurait été préférable d'étendre la garantie liée à cet enregistrement au délit, mais encore à des formes de criminalités graves telles que la criminalité organisée ou le terrorisme lesquels restent exclus du champ d'application de ce dispositif.

Même si la loi du 5 mars 2007 a permis une avancée certaine, l'enregistrement audiovisuel n'est pas nécessairement objectif. Il peut, par exemple, modifier les émotions ou la réalité des faits en fonction du cadrage. De plus, il apparaît que le visionnage des enregistrements est peu fréquent en raison de la lourdeur qu'il représente²⁴⁴. Ce moyen technique ne pourra donc jamais pallier un contrôle humain réalisé par la présence de l'avocat aux interrogatoires²⁴⁵. C'est pourquoi on peut se féliciter de la consécration actuelle de la présence de l'avocat durant les interrogatoires qui permet de pallier soit l'absence d'enregistrement de certains interrogatoires soit les faiblesses de ce moyen technique.

La visite des locaux de garde à vue, l'intervention du médecin et l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires sont autant de procédés visant à prévenir les atteintes dont pourraient faire l'objet les personnes gardées à vue, notamment au regard des conditions de détention et du déroulement des auditions. Mais certaines mesures liées à la sécurité peuvent également méconnaître la dignité des suspects, c'est pourquoi un équilibre doit toujours être recherché entre sécurité et respect de la dignité.

²⁴² Christine Courtin, L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires du suspect, AJ Pénal 2010 p. 490 ; également en ce sens J.-Y. Maréchal, JCP 2007. II. 10131, note sous Crim. 3 avril 2007; Bull. crim. n° 104.

²⁴³ Ibid. Christine Courtin.

²⁴⁴ Les enregistrements durent des heures, leur décryptage nécessite de s'arrêter et de visionner plusieurs fois la même séquence. De plus l'enregistrement ne dispense pas de la rédaction d'un procès verbal d'interrogatoire, d'autant plus que la volonté du législateur était de permettre que soit éventuellement vérifiée la concordance entre les mentions du procès verbal et l'enregistrement.

²⁴⁵ La définition de l'image doit permettre, par exemple, de déceler la détresse d'une personne ou de lever le doute quant à l'identité de l'auteur des coups ou pressions. La qualité de l'éclairage, l'obstruction du champ de vision de certaines caméras sont autant d'incident technique dont est tributaire l'efficacité de cette surveillance de la garde à vue. C'est pourquoi la caméra ne peut remplacer l'agent tout comme l'enregistrement des interrogatoires est sans communes mesures avec la présence de l'avocat au cours de leur déroulement.

Section 2. La conciliation entre les impératifs de sécurité et la sauvegarde de la dignité humaine

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté avait relevé, dans ses rapports d'activité pour 2008²⁴⁶ et 2009 le fait que la garde à vue est une mesure durant laquelle l'intimité des personnes est malmenée. Les mesures de sécurité et les fouilles, nécessaires au maintien de la sécurité, peuvent être vécues comme une véritable humiliation par les personnes gardées à vue. Selon les instructions du ministère de l'Intérieur du 11 mars 2003 relatives à la garantie de la dignité des personnes placées en garde à vue il convient de distinguer les mesures de sécurité de nature administrative dont la finalité est la protection du gardé à vue, des personnels et des tiers (paragraphe 1), des fouilles assimilées à des perquisitions (paragraphe 2). Bien que relevant d'une exigence générale de protection qui se traduit pour les forces de l'ordre par un devoir de surveillance permanente de la personne, le respect de la dignité et de l'intégrité de la personne doit toujours primer.

Paragraphe 1. Les mesures de sécurité attentatoires à la dignité

Pour assurer la sécurité, les contrôles sont omniprésents. La conception des cellules de garde à vue conduit à avoir une vue directe et permanente à l'intérieur, au moyen de grilles ou de façades vitrées. Mais la dimension sécuritaire de la garde à vue passe essentiellement par le truchement de deux types de mesures pouvant être attentatoires à l'intimité, le port des menottes et les confiscations. La montée en puissance du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine se traduit par une humanisation de la procédure pénale. Dès lors, au regard de la garde à vue, ces prérogatives et pratiques policières font l'objet d'une moindre tolérance. C'est le cas tant du port des menottes (I) que de la confiscation de certains effets intimes (II) qui sont jugés comme attentatoire à la dignité inhérente à la personne placée en garde à vue.

I. Le port des menottes

Au-delà d'une législation respectueuse de l'équilibre entre sécurité et libertés (A), l'interprétation et la pratique qui en résulte entravent la protection offerte par les textes (B).

A. La législation respectueuse de l'équilibre entre maintien de la sécurité et protection de la dignité

Le port des menottes est un moyen de contrainte inhérent à toute privation de liberté et en particulier lorsque l'individu n'a pas fait l'objet d'un procès pénal. En garde à vue, ce procédé peut constituer un traitement contraire à la dignité. Le poids des exigences sécuritaires rend

²⁴⁶ p. 81.

nécessaire une telle contrainte, cependant la Cour européenne des droits de l'homme, consciente que cette pratique peut constituer une atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne, a posé les conditions de la compatibilité du port des menottes à l'article 3 de la Convention européenne. Selon le juge européen « le port des menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une arrestation ou à une détention légale, n'entraîne pas l'usage de la force, ni d'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire dans les circonstances de l'espèce. À cet égard, il importe par exemple de savoir s'il y a lieu de penser que l'intéressé opposera une résistance à l'arrestation ou tentera de fuir, de provoquer blessure ou dommage, ou de supprimer des preuves »²⁴⁷. Ainsi pour le juge européen le principe est la conformité de cette mesure de sécurité à l'article 3 de la Convention. Elle ne devient incompatible qu'en l'absence de nécessité. L'appréciation de la Cour se fait *in concreto* par rapport aux circonstances de l'espèce. On le voit, le port des menottes ne constitue pas un mauvais traitement dans la mesure où il est dicté par un souci de protéger la personne elle-même ou les forces de police, mais également par la volonté de préserver les preuves ou d'éviter la fuite de la personne gardée à vue. De plus, cet attendu souligne une exigence de protection de la présomption d'innocence de la personne gardée à vue puisque sont prohibées les expositions publiques. Ainsi outre la sauvegarde de la dignité c'est le droit fondamental à la présomption d'innocence qui est protégé par l'interdiction du port des menottes au-delà de la nécessité.

La législation nationale est-elle conforme aux exigences européennes ? L'article 803 alinéa 1 du Code de procédure pénale, introduit par la loi du 4 janvier 1993, tel que modifié par la loi du 15 juin 2000, énonce que « nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite ». En théorie, l'usage des menottes est illégal s'il ne répond pas à l'un des deux motifs précités : dangerosité de l'individu ou risque de fuite. De plus, la circulaire du 1^{er} mars 1993 interdit le recours aux menottes lorsque la personne gardée à vue s'est constituée volontairement prisonnière ou lorsque son âge ou son état de santé réduit la capacité de ses mouvements.

En outre des dispositions ont été adoptées afin de préserver la présomption d'innocence. C'est le cas de l'alinéa 2 de l'article 803 introduit par la loi du 15 juin 2000, selon lequel « toutes mesures utiles doivent être prises, dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel ». Cette même loi a également inséré un article 35 ter-I dans la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse. Cet article sanctionne la diffusion sans l'accord de l'intéressé de l'image d'une personne identifiée ou identifiable et faisant apparaître qu'elle porte des menottes alors que cette personne est mise en cause dans le cadre d'une procédure pénale, mais n'a pas encore été jugée.

²⁴⁷ CEDH, 16 décembre 1997, *Raninen c/ Finlande*, §56.

Le législateur français tient compte de la protection de l'intégrité physique de la personne et de sa présomption d'innocence, mais ces considérations sont mises en balance avec la dangerosité de l'individu ou les risques de fuites. Ainsi un équilibre tend à être assuré avec les impératifs de sécurité et souligne que la législation française est en adéquation avec les prescriptions de la Cour européenne. Cependant, certains auteurs soulignent que la pratique révèle le caractère souvent ineffectif de l'article 803 alinéa 1.

B. L'équilibre malmené

« L'imprécision des critères proposés et les difficultés relatives à la sanction de l'usage illégal des menottes ou entraves ne pouvaient que conduire à la déception »²⁴⁸. L'appréciation de la dangerosité de la personne est délicate. La seule violence verbale suffit-elle ou faut-il une violence physique ? Toutes violences physiques justifient-elles le recours aux procédés d'immobilisation ou doivent-elles revêtir une certaine intensité ? Quant au critère du risque de fuite, il est tout aussi incertain. Or il semble que la seule interprétation permettant de donner à l'article 803 alinéa 1 toute sa portée protectrice soit la suivante : il y a risque de fuite seulement s'il est matérialisé par un ou plusieurs éléments objectifs. L'article C. 803 de la circulaire du 1^{er} mars 1993 invite les agents publics à prendre en considération les circonstances de l'espèce, l'âge, la personnalité de l'individu ainsi que la réalité des risques. De plus, la sanction de l'usage illicite des menottes ou entraves apparaît relativement illusoire notamment en raison de la difficulté de la preuve et de l'appréciation des faits *a posteriori*. En outre, la loi ne prévoit aucune sanction même si est envisageable une action en réparation ou des poursuites sur le fondement de l'article 432-4 du Code pénal, incriminant le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique de se livrer arbitrairement dans l'exercice de ses fonctions à un acte attentatoire à la liberté individuelle²⁴⁹.

Quant à la pratique, la Commission nationale de déontologie a pu observer que le port des menottes des personnes interpellées reste une mesure systématique, en contradiction complète avec les prescriptions de l'article 803 du Code de procédure pénale. La Commission²⁵⁰ de déontologie de la sécurité s'est prononcée sur l'emploi des moyens d'immobilisation sur un gardé à vue. Selon les cas et les circonstances, il peut s'agir de menottes métalliques, de liens textiles, de bandes de type « Velcro », on encore des ceintures de contention. Dans une espèce, le fait qu'un individu ait été maintenu en garde à vue pendant trois heures et vingt minutes avec un casque de moto, une ceinture et des chevillères de contention alors qu'il hurlait et se tapait la tête contre les murs a été considéré comme constitutif d'un manquement à la déontologie de la police nationale²⁵¹.

²⁴⁸ Damien Roets, Menottes, entraves et dignité de la personne, RPDP 2001 n°3, p.607 à 614.

²⁴⁹ Ibid Damien Roets

²⁵⁰ Rapport 2006 de la CNDS, p. 25-26.

²⁵¹ Saisine 2005-101 de la CNDS.

Ainsi l'efficacité de l'article 803 du Code de procédure pénale semble largement tributaire de la bonne volonté des enquêteurs. Il faudrait donc que les pratiques se conforment aux législations protectrices. Concernant le retrait des objets intimes de la personne gardée à vue, la sécurité à long terme prît le pas sur la préservation de la dignité, mais un rééquilibrage semble avoir été trouvé par le biais de la réforme.

II. La confiscation des effets intimes

Selon les instructions données par la police nationale une personne interpellée par les services de police et placée en garde à vue par l'officier de police judiciaire doit se défaire de tout élément mettant en péril sa propre sécurité et celle d'autrui. Tel est le cas des lacets, de la ceinture et éventuellement des chaussures. Parmi les objets ainsi classés comme dangereux, figurent également le soutien-gorge et les lunettes, lesquels ne seront restitués qu'en cas de libération. Il ressort du rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté de 2008 qu'un équilibre doit être assuré entre l'exigence de sécurité des personnes et le respect de la dignité humaine. Cette pratique attentatoire à la dignité (A) devrait donc être abandonnée lorsqu'aucun impératif sécuritaire ne la justifie. Or la mise en balance de ces deux intérêts fait défaut et révèle l'utilisation systématique de cette mesure de sécurité (B).

A. Une pratique attentatoire à la dignité humaine

Concernant le retrait des lunettes, le Contrôleur général estime que « le maintien dans le flou de dizaines de milliers de personnes n'est pas proportionné aux dix automutilations ou agressions qu'on veut éviter. La rupture est, là encore, consommée »²⁵². Il estime donc que le risque encouru est faible et qu'il ne justifie pas une atteinte générale à la dignité de la personne humaine. Robert Badinter soutenait le même point de vue lors d'un débat au Sénat du 9 février 2010²⁵³ en affirmant que « lorsqu'on prive de ses lunettes une personne atteinte d'une déficience visuelle, elle flotte dans une espèce de brume, elle ne peut plus lire, ou difficilement, et elle se trouve placée dans une situation d'infériorité criante face à son interlocuteur ». L'atteinte à la dignité de la personne paraît tout autant réalisée lorsqu'une femme est obligée de retirer son soutien-gorge. Dans son rapport de 2009²⁵⁴, rendu public lors d'une conférence de presse du 10 mars 2010 le Contrôleur revient sur la question de la nécessité de contraindre les femmes (soit de 55 000 à 60 000 personnes en 2008) à enlever leur soutien-gorge. Beaucoup de ces femmes rencontrées avaient fait part de leur humiliation de demeurer, voir de comparaître devant un juge ainsi vêtues, sans compter les sarcasmes éventuels et la salacité de quelques regards. Cette mesure de sécurité est donc attentatoire à la

²⁵² Rapport d'activité 2008 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, p 90 et s.

²⁵³ www.badinter.com.

²⁵⁴ Rapport d'activité 2009, p. 132-133.

dignité, d'autant plus qu'elle fait l'objet d'une application automatique, en dehors de toute appréciation sur les risques liés à la conservation des effets intimes.

B. Une pratique d'application indiscriminée

L'argument à l'appui de cette pratique est le risque de violences envers autrui ou soi-même c'est-à-dire le risque de suicide. Même si cet argument reste opportun, les autorités ne sont pas en mesure de fournir des données permettant d'attester que des suicides ou des tentatives par ce moyen ont eu lieu. Le Contrôleur général relève qu'une circulaire²⁵⁵, signée par le sous-directeur des polices urbaines, du 29 novembre 1963, énonce à propos de la fouille des personnes placées en garde à vue, la nécessité de les déposséder « des armes, instruments et objets divers (briquets, allumettes, soporifiques, ceintures, bretelles, lacets, ficelles, etc.) susceptibles soit de constituer une preuve de culpabilité, soit de permettre au détenu d'attenter à sa vie et à celle d'autrui, ou encore de s'évader ou d'incendier les locaux ». Le texte ne dresse à aucun moment la liste de ce qui doit être ôté de manière systématique, mais se contente d'affirmer le principe selon lequel tout vêtement dangereux ne peut être laissé à la personne placée en garde à vue. Par conséquent, la circulaire laisse libre l'officier de police judiciaire le soin de décider, dans chaque cas d'espèce, quel vêtement doit être remis ou peut être conservé. « Autrement dit, il lui revient de porter une appréciation sur la sécurité qui est en jeu ». L'observation de la pratique montre que les commissariats font le choix soit d'ordonner aux femmes d'enlever leur soutien-gorge, sans examen particulier de leur situation et du risque d'un suicide potentiel, soit de ne pas leur demander, mais de manière tout aussi automatique. Pourtant pour le Contrôleur général un tel examen s'avère nécessaire.

C'est donc le caractère indiscriminé du retrait des lunettes et du soutien-gorge qui pose problème. Seule la menace à l'ordre public devrait justifier un tel procédé. La réforme a donné un cadre légal à ces pratiques de confiscations des effets intimes afin d'assurer un encadrement protecteur de la dignité de la personne privée de sa liberté. Sans remédier au caractère systématique de la confiscation, elle permet néanmoins de restreindre l'atteinte à la dignité en permettant la remise à la personne de ces objets pour les interrogatoires. Le nouvel article 63-6 rappelle l'exigence d'un cadre réglementaire pour définir ces mesures de sécurité et énonce le principe selon lequel ces mesures ne peuvent consister en une fouille intégrale (à nu). Par l'effet de la loi du 14 avril 2011, la personne pourra disposer de ses effets intimes, nécessaires au respect de sa dignité, au cours de son audition. L'intéressé pourra de plein droit les conserver et n'a donc pas à en faire la demande²⁵⁶.

²⁵⁵ Circulaire SN/PU/n° 3630.

²⁵⁶ Les députés avaient adopté un amendement subordonnant la conservation des objets intimes à une demande de la personne gardée à vue en ce sens. La possibilité d'exonération de toutes responsabilités au profit des officiers ou agents de police judiciaires n'a pas été retenue par la nouvelle loi. Les députés ont estimé que le caractère général d'une telle décharge en cas de suicide ou d'atteinte à l'intégrité physique de la personne placée en garde à vue « s'accordait mal en effet avec les missions de surveillance mais aussi d'assistance qui leur incombent en matière de garde à vue ».

La réforme constitue donc une légère avancée vers une prise en compte du respect de la dignité de la personne humaine pendant la garde à vue. Mais son intégrité est-elle respectée au stade des fouilles intégrales et investigations corporelles internes ?

Paragraphe 2. La réglementation des fouilles

Les fouilles qui font généralement suite aux palpations de sécurité relèvent d'une exigence générale de protection et de sécurité. Ces mesures préventives bien que nécessaires doivent faire l'objet d'un encadrement juridique précis afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée à la dignité de la personne fouillée. Or seules les investigations corporelles internes, réalisées exclusivement par un médecin, sont régies par la loi. La récente loi relative à la garde à vue tend à rétablir un équilibre entre exigences de sécurité et respect de l'intégrité physique et morale de la personne placée en garde à vue. Elle distingue trois catégories de fouilles qui obéissent à des conditions différentes. Tout d'abord, les mesures destinées à s'assurer que la personne gardée à vue ne détient aucun objet dangereux sont régies par l'article 63-6 du Code de procédure pénale. Puis l'article 63-7 en son alinéa premier réglemente la pratique des fouilles intégrales alors que le deuxième alinéa est consacré aux investigations corporelles internes. Il convient tout d'abord d'examiner les exigences issues du droit européen (I) puis d'y confronter la législation française (II).

I. Le cadre européen

Selon une étude élaborée par le Sénat²⁵⁷ beaucoup d'États européens pratiquent ce type de fouilles. La législation allemande est relativement similaire à la réglementation française en la matière. En effet, les fouilles ne peuvent être pratiquées que par des personnes du même sexe ou par un médecin. La plupart des lois des Länder contiennent des dispositions qui subordonnent les fouilles à la condition que la police puisse légitimement présumer, compte tenu des faits, que la personne détient des objets qui doivent être saisis et confisqués (afin d'éviter un danger ou d'empêcher la commission d'une infraction). En revanche, la législation allemande précise que sauf extrême urgence, il ne peut pas s'agir d'une fouille corporelle intime. Lorsqu'une telle mesure est ordonnée, elle doit être pratiquée par un médecin. Les fonctionnaires de police peuvent procéder à des fouilles vestimentaires et corporelles des personnes placées en garde à vue au Danemark, en Italie ainsi qu'en Espagne. Sauf urgence, l'Espagne exige qu'elle soit réalisée par une personne du même sexe. Le Tribunal constitutionnel espagnol permet également la fouille à corps, mais son utilisation doit être proportionnée au but recherché. Par ailleurs, en Belgique, la loi sur la fonction de police permet largement le recours à des fouilles²⁵⁸. L'étude du sénat souligne que la plupart des

²⁵⁷ Les documents de travail du sénat, série législation comparée relative à la garde à vue, n°LC 204, décembre 2009.

²⁵⁸ Il existe des fouilles dites « judiciaires », c'est-à-dire fouilles avec déshabillage partiel ou total, des fouilles de sécurité (palpation du corps, des vêtements et contrôle des bagages), des fouilles à corps et l'exploration corporelle pratiquée que par un médecin avec l'autorisation d'un magistrat.

États d'Europe prévoient des procédures de fouilles afin de prévenir la sécurité tant des personnes placées en garde à vue que des tiers. Dès lors, on comprend que les organes européens de protection des droits de l'homme soient venus apporter des précisions en termes de sauvegarde de la dignité de la personne humaine²⁵⁹. Se sont notamment les fouilles corporelles qui peuvent soulever des difficultés sous l'angle de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁶⁰ eu égard, en particulier au principe de respect de la dignité humaine. Les fouilles corporelles sont légales (A), mais elles ne doivent ni être systématiques ni injustifiées (B).

A. La légalité des fouilles corporelles nécessaires au maintien de la sécurité

Une jurisprudence européenne s'est développée en la matière concernant les personnes privées de liberté de manière provisoire ou définitive. La Cour européenne n'a jamais condamné le principe même des fouilles, un tel traitement n'est pas en soi illégitime, mais elle veille à un équilibre entre respect de l'intégrité de la personne et maintien de la sécurité. Pour la Commission européenne, il n'y a pas d'atteinte à l'article 3 si les souffrances tant physiques que morales ont été minimales²⁶¹. De même si les fouilles n'atteignent pas le degré de gravité minimum que suppose l'article 3. Pour apprécier le seuil de gravité des souffrances et l'atteinte à l'intégrité de l'individu, le juge européen aura égard à la fois au contexte dans lequel ont été réalisées les fouilles, mais également aux exigences liées à la sécurité. C'est-à-dire plus les impératifs sécuritaires seront élevés, plus les fouilles corporelles se justifieront.

B. L'interdiction des fouilles systématiques et injustifiées

À la lecture des arrêts, il ressort que, si en théorie la Cour admet que les fouilles sont nécessaires pour assurer la sécurité, en pratique elle accorde une dimension particulière à la protection de l'intégrité morale de la personne faisant l'objet de la fouille. Le lien entre les recommandations de la Commission nationale de déontologie de la sécurité et les exigences européennes peut être fait. Les deux organes estiment en effet que le caractère systématique des fouilles porte atteinte à la dignité de la personne placée en garde à vue. Dans un arrêt du 4 février 2003, la Cour européenne énonce que « la pratique de la fouille corporelle, même selon des modalités “normales”, avait un effet dégradant et s'analysait en une violation de l'article 3 de la Convention dès lors qu'elle avait lieu chaque semaine, de manière systématique, routinière et sans justification précise tenant au comportement du requérant »²⁶². De même pour le juge européen une fouille même isolée peut s'analyser

²⁵⁹ Belda Béatrice, Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme, thèses dirigées par Frédéric Sudre, Bruylant 2010, p. 252 à 257, n°310 et s.

²⁶⁰ Article 3 Conv. EDH : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

²⁶¹ Comm. EDH, 15 mai 1980, *Mc fellej et autres c/ Royaume-Uni*. Les fouilles intégrales en cause n'était pas contraire à l'article 3 car « dans les circonstances de l'espèce le niveau de souffrance morale ou physique n'est pas tel qu'il constitue un traitement inhumain », (§ 61).

²⁶² CEDH, 4 février 2003, *Van Der Ven c/ Pays-Bas*, § 110.

comme une atteinte à l'intégrité physique et morale eu égard à la manière dont elle est pratiquée c'est-à-dire si elle est injustifiée et qu'elle poursuit des « objectifs d'humiliation et d'avilissement »²⁶³.

On le voit au regard de la jurisprudence européenne les fouilles corporelles ne doivent être pratiquées ni de façon systématique ni être injustifiée. Les condamnations sont également souvent prononcées à raison des modalités même de la fouille soit au regard de sa répétition²⁶⁴. Cependant, elle admet qu'il soit procédé à de telles fouilles pour des motifs sécuritaires et c'est précisément ce que prohibe l'article 63-7 de loi du 14 avril 2011. Le législateur français semble donc sur ce point dépasser les exigences européennes.

II. La législation française

Jusqu'à aujourd'hui, la licéité des fouilles ne pouvait être appréciée au regard des dispositions du Code de procédure pénale, silencieuse sur ce point, seules les investigations corporelles internes étaient évoquées à l'article 63-5 du Code de procédure pénale. Leur régime juridique, totalement disparate et incohérent, a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la Commission nationale de déontologie de la sécurité car ces fouilles peuvent porter gravement atteinte au corps et à la dignité de l'homme. Malgré les textes règlementaires, on constate une banalisation de ce dispositif (A), c'est pourquoi le législateur a souhaité reconstruire son régime juridique autour du concept de dignité comme le préconisait Martine Herzog-Evans²⁶⁵. La réforme du régime de la garde à vue semble donc avoir apporté un cadre légal aux différents types de fouilles (B).

A. La banalisation des fouilles

La Commission nationale de déontologie de la sécurité, autorité administrative indépendante créée par la loi n°2000-494 du 6 juin 2000, est chargée de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant, sur le territoire de la République, des missions de sécurité publique ou privée. Ainsi les membres des services de police et de la gendarmerie en charge des gardes à vue entrent dans le champ de son contrôle. Elle a en effet fait état de certains manquements notamment au regard de la fouille à nu. Ces dernières sont autorisées par la circulaire du ministre de l'Intérieur du 11 mars 2003 relative à la dignité des personnes gardées à vue et les instructions du directeur général de la police nationale du 9 juin 2008 pour la police nationale. Les instructions du 11 mars 2003 avaient déjà pour finalité de mieux

²⁶³ CEDH, 11 décembre 2003, *Yankov c/ Bulgarie*, § 110.

²⁶⁴ On peut invoquer une condamnation récente de la France sur le fondement de l'article 3. En l'espèce le requérant avait fait l'objet durant sa détention de fouilles intégrales répétées plusieurs fois par jour par des agents cagoulés. Selon la Cour le degré d'humiliation dépassait ce qui est tolérable. CEDH, 20 janvier 2011, *El Shennawy c/ France*, n° 51246/08 ; Herzog-Evans Martine, *Prisons : la France à nouveau condamnée par deux fois par la Cour européenne des droits de l'homme*, AJ pénal février 2011, p. 88 à 93.

²⁶⁵ Herzog-Evans Martine, *Fouilles corporelles et dignité de l'homme*, RSC 1998, p. 735 à 747.

garantir la dignité des personnes placées en garde à vue. Au titre des mesures de sécurité, le ministre de l'Intérieur distingue les palpations de sécurité et les fouilles de sécurité régies par l'article C. 117 de l'instruction générale du 27 février 1959. La palpation de sécurité, pratiquée par une personne du même sexe permet de vérifier l'absence d'objet dangereux aux mains de la personne gardée à vue. Alors qu'elle s'effectue au travers des vêtements, la fouille de sécurité suppose le déshabillage de la personne. L'atteinte à la dignité franchit donc un degré supplémentaire. Par conséquent, la circulaire énonce expressément que le principe est celui du recours à la palpation de sécurité et que « toute instruction rendant les fouilles systématiques doit être abrogée ». En conséquence, le recours à la fouille à nu, qui est l'exception, doit satisfaire à des exigences de nécessités et de proportionnalité et être apprécié au regard de certains critères comme les conditions de l'interpellation, la nature et la gravité des faits reprochés, les antécédents judiciaires de la personne, le résultat de la palpation de sécurité. Une telle fouille impliquant le déshabillage de la personne, ne peut avoir lieu que si la personne concernée est susceptible de dissimuler dans son intimité des objets dangereux pour elle-même ou pour autrui. En revanche, aucun texte ne précise les modalités de leur mise en œuvre. De plus, il s'avère que ces instructions ne sont pas toujours respectées.

En ce qui concerne la gendarmerie nationale, la matière est réglementée par le décret du 20 mai 1903. L'article 307 alinéa 1 indique quels doivent être les objectifs des fouilles. Il s'agit d'une part de la sécurité des gendarmes et de la personne et, d'autre part, l'investigation c'est-à-dire la découverte d'objets liés à l'infraction. En revanche, le décret est muet quant aux modalités d'exécution des fouilles. S'agit-il de palpation ? De fouilles avec dénudation ? Il paraît regrettable que les différentes fouilles ne fassent pas l'objet de régimes distincts au regard du degré d'atteinte à la dignité.

Malgré ces textes, la Commission constate dans son rapport de 2009²⁶⁶, la banalisation et le caractère quasi systématique de la pratique des fouilles à nu et qui dénote que ni la circulaire du 11 mars 2003 ni l'instruction du 9 juin 2008 ne sont respectées²⁶⁷. La Commission a rappelé qu'elle ne pouvait avoir lieu dans les seuls cas où il existe des circonstances laissant sérieusement penser que l'intéressé dissimule des objets illicites ou dangereux insusceptibles d'être détectés par un autre moyen tel que la palpation ou l'usage d'un détecteur de métaux. Les conditions de réalisation de ces fouilles augmentent leur caractère attentatoire à la dignité humaine et constituent des manquements aux règles déontologiques. À titre d'exemple, il n'est pas rare que les fouilles se déroulent en présence de plusieurs membres de la police ou de la gendarmerie ou qu'elles soient effectuées de façon simultanée c'est-à-dire que plusieurs individus font l'objet de fouilles dans le même local au même moment. Au titre de ces

²⁶⁶ Rapport 2009 remis au Président de la République et au Parlement, www.cnds.fr ; Samantha Enderlin, Les recommandations de la CNDS concernant la garde à vue, dossier Quelle réforme pour la garde à vue ? AJ Pénal n°11, novembre 2010, p. 473-474.

²⁶⁷ Le caractère automatique des fouilles peut être illustré par la saisine 2008-83 de la Commission. En l'espèce un individu, interpellé pour défaut de permis de conduire, a été fouillé à nu trois fois : une à l'arrivée au commissariat, une à l'arrivée au dépôt du palais de justice et une dernière avant d'être présenté au parquet.

recommandations, figure donc la prohibition des fouilles simultanées de plusieurs personnes placées en garde à vue et la subordination à l'existence de circonstances exceptionnelles des fouilles réalisées par plusieurs fonctionnaires. Ensuite doit être limitée la répétition des fouilles au cours d'une même journée. Concernant le choix effectué par les fonctionnaires de recourir à une telle fouille, leur responsabilité ne devrait pas être engagée en cas de survenance d'un incident imprévisible alors que ce procédé n'a pas été mis en œuvre. En revanche, des poursuites et sanctions disciplinaires sont nécessaires si les fouilles sont réalisées de façon abusive c'est-à-dire sans motif sérieux.

Cependant, la première des recommandations de la Commission est relative à la nécessité d'un encadrement de la pratique des fouilles par un texte législatif et d'un contrôle par l'autorité judiciaire grâce à une mention de la fouille et des raisons qui l'ont justifiée dans la procédure transmise au parquet. Ces recommandations recourent les exigences de Martine Herzog-Evans selon lesquelles « l'urgence est à créer un régime de droit commun (...) Nul n' imagine plus de gardes à vue sans texte ; il devrait en être de même des fouilles corporelles »²⁶⁸. Il n'est donc pas acceptable que la possibilité de fouiller un individu y compris de manière intégrale ne figure que dans des textes réglementaires²⁶⁹. C'est précisément un cadre légal qu'entendent confier les dispositions issues de la réforme de la garde à vue.

B. L'instauration d'un cadre légal

L'article 63-5 du Code de procédure pénale issu de la réforme affirme désormais le principe de respect de la dignité humaine lors du déroulement de la garde à vue. Ce principe était affirmé d'une façon générale à l'article préliminaire du Code de procédure pénale depuis la loi du 15 juin 2000, mais ce rappel dans les dispositions spécifiques à la garde à vue est une bonne chose. Quant aux articles 63-6 et 63-7 insérés dans le Code de procédure pénale par la loi du 14 avril 2011, ils précisent les conditions auxquelles doit répondre la fouille de la personne gardée à vue. En introduisant dans la loi les conditions claires et précises des fouilles le législateur se conforme tant aux recommandations de la Commission nationale de déontologie de la sécurité qu'aux exigences énoncées par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010 en matière de sauvegarde de la dignité selon lequel les mesures nécessaires au maintien de la sécurité doivent toujours être mises en œuvre dans le respect de la personne par les autorités compétentes.

Outre la précision selon laquelle la fouille intégrale « doit être décidée par un officier de police judiciaire et réalisée dans un espace fermé par une personne de même sexe que la

²⁶⁸ Herzog-Evans Martine, Fouilles corporelles et dignité de l'homme, RSC 1998, p. 735 à 747.

²⁶⁹ A l'exception de l'ancien article 63-5 du Code de procédure pénale.

personne faisant l'objet de la fouille »²⁷⁰, la loi encadre strictement la possibilité de recourir à une fouille à deux égards, en premier lieu une fouille intégrale ou des investigations corporelles internes ne seront possibles que lorsqu'elles sont indispensables pour l'enquête c'est à dire à la recherche d'objets ou de substances dont le gardée à vue pourrait être en possession. Dans cette hypothèse, la fouille est assimilée à une perquisition, l'accord de l'intéressé sera donc nécessaire dans le cadre d'une enquête préliminaire. Le principe est clair : sont prohibées les fouilles intégrales pour des motifs de sécurité. En pratique, la distinction entre les motifs de sécurité et ceux tenant aux nécessités de l'enquête s'avère plus que délicate. À titre d'exemple la recherche d'objets dangereux tels qu'une arme peut servir les deux finalités, une arme constitue à la fois une preuve essentielle à la manifestation de la vérité, mais constitue également un objet pouvant mettre en danger la sécurité tant de la personne gardée à vue que des tiers. En second lieu, l'article énonce que « la fouille intégrale n'est possible que si la fouille par palpation ou l'utilisation des moyens de détection électronique ne peuvent être réalisées ». Le législateur à travers cette disposition a donc voulu que ces fouilles soient pratiquées de façon subsidiaire. Il en résulte que si le recours à l'un des deux procédés précités était possible et que les services de police ou de gendarmerie ont tout de même décidé de recourir à de telles fouilles, celles-ci seraient illégales. La loi ne fait que reprendre les exigences posées par les instructions du 11 mars 2003. Le dernier alinéa de l'article 63-7 reprend les dispositions actuelles de l'article 63-5 relatives aux investigations corporelles internes selon lesquelles seul un médecin requis à cet effet peut procéder à de telles fouilles. Une telle exigence va de soi dans un État de droit qui se veut respectueux de la dignité de la personne humaine.

²⁷⁰ Nouvel art. 63-7 du C. pr. pén.

CONCLUSION

Parmi tous les actes de recherche de preuves effectués par la police judiciaire, la garde à vue est celle qui a fait l'objet de plus de modifications. 1993, 2000, 2011, autant de lois qui ont marqué un accroissement des garanties au cours de la garde à vue. Il résulte de la loi du 14 avril 2011 et de la jurisprudence en vigueur, une nette amélioration des droits de la défense et des dispositifs de prévention des atteintes à la dignité des personnes gardées à vue. Au-delà de ces avancées majeures, le contrôle de la garde à vue fait preuve de lacunes par l'absence de consécration tant d'un contrôle juridictionnel exercée par un juge du siège indépendant et impartial que par les réticences de la Cour de Cassation à contrôler les nécessités d'un placement ou du maintien en garde à vue. En outre, la question de la légitimité des membres du parquet à contrôler les gardes à vue et à être gardien de la liberté individuelle s'étend au-delà de la seule question de cette mesure de contrainte. Ce qui est également remis en cause c'est la question du rattachement du parquet au siège et donc, de l'organisation du système judiciaire français. La réforme des dispositions de la garde à vue vient ainsi ébranler l'entier édifice de la procédure pénale française et ravive le projet de réforme mis de côté. Les débats à l'occasion de la réforme de la garde à vue relatifs d'une part à l'équilibre entre sauvegarde des libertés et maintien de la sécurité et d'autre part à la notion d'autorité judiciaire imposent une réforme d'ampleur de la part du législateur.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A) Ouvrages généraux

Decocq André, Jean Montreuil et Jacques Buisson, *Le droit de la police*, Litec 2^{ème} édition 1998.

Guinchard Serges et Jacques Buisson, *Manuel de procédure pénale*, Litec 6^{ème} éd. 2010.

Guinchard Serges et Jacques Buisson, *Procédures pénales*, Dalloz 2^{ème} éd. 2002.

Merle Roger et Vitu André, *Traité de droit criminel*, Cujas, 5^{ème} éd. 2001, vol. 2.

Rassat Michèle Laure, *Traité de procédure pénale*, PUF collection droits fondamentaux, 1^{ère} éd. 2001.

Renault-Brahinsky Corinne, *Procédure pénale*, Gualino Lextenso édition, 2^{ème} éd 2008.

Vlamynck Hervé, *Droit de la police*, Vuibert, 3^{ème} éd, 2010.

B) Ouvrages spéciaux, thèses et mémoires

Aron Matthieu, *Gardés à vue*, éd. des arènes 2010.

Belda Béatrice, « *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme* », thèses dirigées par Frédéric Sudre, Bruylant 2010.

Bouretz Sophie, *La garde à vue*, L'Harmattan 2005.

Chariot Patrick, *Conférence de consensus : l'intervention du médecin en garde à vue*, Dalloz 2006.

Delga Jacques, *Manuel de l'innocent, de l'atteinte à la présomption d'innocence*, édition. ESKA 2008.

Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel, XII Journées Franco-Belgo-Luxembourgeoises de droit pénal, Presses universitaires de France 1971.

Guedon Jean-Philippe, *Criminalité organisée et droit pénal*, thèse 2002 (Paris I).

Inchauspé Dominique, *L'innocence judiciaire. Dans un procès, on n'est pas innocent, on le devient*, Litec, 2001.

Kuniji Shibahara, *La garde à vue et son contrôle en droit comparée*, thèse de 1974 (Paris II).

Les cahiers du Conseil national des barreaux, *La garde à vue dans tous ses états*, 2005

Malabat valérie, De Lamy Bertrand et Giacomelli Muriel, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009.

Matsopoulou Haritini, *Les enquêtes de police*, thèse 1994.

Pradel Jean, Rapport de synthèse, « *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé* », travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 11/1992.

II. ARTICLES

A) Chroniques et notes de jurisprudence

Ambroise-Castérot.C, « *Intervention du médecin pendant la garde à vue et nullité de procédure* », RPDP 2010 n° 1, p. 137-138.

Bachelet Olivier, « *La France, le parquet et les droits de l'homme : l'importune opiniâtreté de la Cour européenne* », Gazette du palais, 8-9 décembre 2010, p. 6-9.

Bachelet Olivier, « *La réforme de la garde à vue ou l'art du faux-semblant* », Gazette du palais 12-14 décembre 2010, p. 5-7, étude 12931.

Bougain Michel, « *Garde à vue : la Cour de cassation semble nuancer* », Gazette du palais n° 30-32, 30 janvier-1^{er} février 2011, p. 19-21.

Bouloc Bernard, « *la durée des procédures : un délai enfin raisonnable ?* », RSC 2001, p.62.

Buisson Jacques, « *Garde à vue – moment de la notification des droits* », RSC octobre/décembre 2009, p.893.

Capdepon Yannick, « *La régularité d'une garde à vue à la lumière du droit européen* », JCl n°10, octobre 2010, p.12-15.

Cassia Paul, « *Les gardes à vue « particulières » ne sont plus conformes à la Constitution* », D. 2010, p. 1949.

Cassia Paul, « *La garde à vue inconstitutionnelle ?* », D. 2010, p. 590.

Chaignot Nicolas, « *L'arresto en flagrance et le fermo dans le droit italien* », dans *La garde à vue dans tous ses états*, Les cahiers du Conseil national des barreaux, 2005, p. 99-103.

Chaltiel Florence, « *Le régime français de la garde à vue triplement censuré (à propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation)* », Petites affiches, 28 janvier 2011, n° 20, p. 5-10.

Chariot Patrick, « *l'intervention du médecin en garde à vue* », AJ Pénal 2004, p. 279.

Chariot Patrick, « *Garde à vue, examen médical et confidentialité* », AJ Pénal 2006, p. 35.

Chariot Patrick et Boraud Cyril, « *L'intervention du médecin en garde à vue : le chemin sinueux vers une harmonisation des pratiques* », AJ Pénal 2008, p. 265.

Chavent-Leclere Anne-Sophie, « *Le parquet n'a pas l'indépendance requise pour assurer le contrôle de la garde à vue* », Procédures n°1, janvier 2011, comm. n° 30, p. 26-28.

Chavent-Leclere Anne-Sophie, « *La présence effective de l'avocat se rapproche...* », Procédures n°3, mars 2011, comm. n° 110, p. 54-55.

Chavent-Leclere Anne-Sophie, « *La promptitude au secours de l'indépendance du parquet !* », Procédures n°2, février 2011, comm. n° 67, p. 31-32.

Chemla Denis, « *Réforme de la garde à vue : de qui se moque-t-on ?* », Gazette du palais n°30-32, février 2011, p15-18.

Conte Philippe, « *Une juridiction de jugement n'a pas à vérifier si la garde à vue a bien été décidé « pour les nécessités de l'enquête »* », JCP G n° 50, 14 décembre 2005, II 10176.

Courtin Christine, « *L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires du suspect* », dans dossier : « *Quelle réforme pour la garde à vue ?* », AJ Pénal 2010 n°11, p. 490.

Danet Jean, Les cahiers du Conseil National des Barreaux, *La garde à vue dans tous ses états*, mai 2005, p.81, p.84.

Danet Jean, « *Garde à vue : précision d'importance !* », AJ Pénal n°2, février 2011, p. 83-84.

Daoud Emmanuel et Mercinier Emmanuel, « *Garde à vue : La french touch* », AJ Pénal 2008, p. 269.

Delage Pierre-Jérôme, « *La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la « sanction parquetière »* », Archives de politique criminelle n° 28, éd. A. Pedone 2006, p. 135-152.

Delage Pierre-Jérôme, « *Vers une harmonisation jurisprudentielle en matière de nullités de la garde à vue* », D. 2010, p. 245.

Dintilhac M, « *Le contrôle de la garde à vue par la Cour de cassation* », p.87-97.

Dufour Olivia, « *Garde à vue : Michel Mercier campe sur ses positions* », Petites affiches, 7 février 2011 n° 26, p. 4-5.

Duparc Caroline, « *forme et preuve de l'information du procureur de la République* », AJ Pénal 2010 n° 9, p. 405-406.

Enderlin Samantha, « *Les recommandations de la CNDS concernant la garde à vue* », dans dossier « *Quelle réforme pour la garde à vue ?* », AJ Pénal n°11, novembre 2010, p. 473 – 474.

Fayolle Denis et Perrier Jean-Baptiste, « *Regards croisés sur la réforme de la garde à vue : un projet insuffisant et des attentes insatisfaisantes* », Gazette du palais février 2011, n° 37-39, p. 8-10.

Finkelstein Alain, « *Les femmes en garde à vue : problèmes spécifiques* », dans *Conférence de consensus : l'intervention du médecin en garde à vue*, Dalloz 2006, p. 413 à 421.

Foll Oliver, Casorla Francis, Saint-Pierre François et S. Renoux Thierry, dossier garde à vue, « *La décision du Conseil Constitutionnel du 30 juillet 2010* », RPDP n° 3, juillet-septembre 2010, p. 599-638.

Fourment François, « *Après l'affaire Moulin, encore du grain à moudre* », D. n° 1, janvier 2011, p. 26-27.

Fournié F, « *Faut-il garder le silence ?* », D. 2010. p.1850.

Gagnoud Pierre, « *Les nullités de la garde à vue : essai d'un bilan* », Gazette du palais, novembre-décembre 2000, p.2175-2183.

Gagnoud Pierre, « *Le délai de présentation devant le procureur de la République à l'issue de la garde à vue : la pratique du petit dépôt de nuit enfin légalisée* », Gazette du palais, mai-juin 2004, doctrine p.1683-1684.

Garde-Lebreton Sylvie, « *L'enregistrement des interrogatoires : un rééquilibrage des forces pendant la garde à vue* », AJ Pénal 2007, p.462

Girault Carole, « *Les nullités de la Garde à vue* », AJ Pénal 2005, p. 140.

Giudicelli André, « *Garde à vue et rétention administrative* », RSC 2001, p. 189.

Guérin Didier, JCP G 2000, II, 10418, p. 2036.

- Guerrin Muriel, *Nullités de procédure*, répertoire pénal Dalloz, octobre 2005, p. 1-38.
- Guéry Christian, *Commission rogatoire*, répertoire pénal Dalloz, février 2005, p. 1-35.
- Haas Marion et Maron Albert, « *Procédure Pénale, l'article 61-1 de la Constitution efface les articles 62 et suivants du code de procédure pénale* », JurisClasseur n°10, 10/2010, p.37-42, p.58.
- Herzog-Evans Martine, « *Fouilles corporelles et dignité de l'homme* », RSC 1998, p. 735 à 747.
- Herzog Agnès, « *La garde à vue : une zone de non droit* », dans *La garde à vue dans tous ses états*, les cahiers du Conseil national des barreaux, 2005, p. 65-66.
- Herzog-Evans Martine, « *Garde à vue : de l'interprétation souveraine des juges du fond à l'interprétation exclusive des officiers de police judiciaire* », AJ Pénal 2005, p. 409.
- Herzog-Evans Martine, « *Prisons : la France à nouveau condamnée par deux fois par la Cour européenne des droits de l'homme* », AJ pénal février 2011, p. 88 à 93.
- Jobard Fabien, « *Le droit de l'intervention du médecin en garde à vue* », dans *Conférence de consensus : l'intervention du médecin en garde à vue*, Dalloz 2006, p.539 à 556.
- Keita Jean-Louis, « *Garde à vue : le désarroi des juges... Et des justiciables* », Gazette du palais n° 23-25, 23-25 janvier 2011, p. 15-16.
- Lavric Sabrina, « *Obligation d'enregistrement des gardes à vue : quelle étendue ?* », D.2009, p.620.
- Lavric Sabrina, « *Limiter et encadrer les gardes à vue : présentation de l'avant-projet de loi* », D. 16/09/2010, n°31.
- Lavric Sabrina, « *Contrôle du parquet sur la garde à vue : la chambre criminelle se prononce* », D. 2011, p. 338.
- Lazerges C, « *Les désordres de la garde à vue* », RSC 2010, p.275.
- Lelieur Juliette, « *L'accroissement du rôle du parquet dans la garde à vue* », AJ Pénal novembre 2010, n° 11, p. 483-487.
- Lesclous Vincent, « *un an de droit de la garde à vue* », Dr. Pén. n° 9. Septembre 2007, chronique 3.
- Lesclous Vincent, Dr. Pénal 2007, chron. 44.
- Lesclous Vincent, « *un an de droit de la garde à vue* », Dr. Pén. Septembre 2010, p. 36-44.

- Lesclous Vincent, « *Comparaison internationale* », Focus n° 4, juillet 2010, p.71-77.
- Leroy Jacques, « *la garde à vue : des pistes pour une réformes* », dans *La réforme de la garde à vue et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz 2006, p. 179-192.
- Leroy Jacques, JCI Procédure pénale, fasc. 20, art 53 à 73, cote 01. 2007.
- Leroy Jacques, « *Le parquet peut-il contrôler la garde à vue ? Oui, mais...* », JCP G n° 8, février 2011, p. 379-382.
- Malgras Cyril, « *vous m'entendez ? ! Le principe de confidentialité pendant la garde à vue* », dans *La garde à vue dans tous ses états*, les cahiers du Conseil National des Barreaux, 2005, p. 27-30.
- Maron Albert et Marion Haas, Dr. Pén. septembre 2010, p. 56-58, n° 100.
- Marsigny Brigitte, « *Le financement de la nouvelle garde à vue, mythe ou réalité* », Avocat & droits n° 36, décembre 2010 / janvier-février 2011, p. 30.
- Massias Florence, RSC 1999, « *Condamnation de la France pour torture* », p. 891.
- Massias Florence, RSC 2005, « *Chronique internationale des droits de l'homme* », p. 630.
- Matsopoulou Haritini, « *La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction* », dans *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz 2009, p. 193-199.
- Mauro Cristina, « *Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la cour européenne des droits de l'homme du 14/10/2010* », Dr. pén. n°12 décembre 2010, p. 6-9.
- Mayaud Yves, « *La garde à vue « à la françaises » aux oubliettes ?* », D. 2006, p. 2696.
- Mayaud Yves, « *Le parquet entre le juge et l'avocat* », D. 2010, p. 773.
- Mayaud Yves, Revue de droit d'Assas n° 2 octobre 2010, p. 55-58.
- Merle Roger, « *Le rôle de la défense en procédure pénale comparée* », RSC 1970, p.1.
- Merle Roger, « *le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue* », dans *Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel*, XII Journées Franco-Belgo-Luxembourgeoises de droit pénal, Presses universitaires de France 1971.

Muller yvonne, « *La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française* », Dr. pén. n°2, novembre 2010, p.6-11.

Ollard Romain, « *Le régime juridique de la garde à vue est déclaré contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme...mais n'en doit pas moins d'être appliqué* », LEXBASE HEBDO n°52, p.1-5.

Pannier J, D. 1993, P.457.

Pereira et Porteron, RPDP, 2002, p.190-202.

Perrier Jean-Baptiste, « *Une décision empreinte de pragmatisme* », dans dossier : « *Quelle réforme pour la garde à vue ?* », AJ Pénal n° 11, novembre 2010, p. 470.

Poncela Pierrette, « *Le temps des contrôleurs, Premier rapport annuel d'activité du contrôleur général des lieux de privation de liberté* », RSC 2009, p. 911.

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.

Pradel Jean, « *Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation* », D. 2011, p. 338.

Rebut Didier, Revue générale des procédures 1998 n°1, p.103-106, p. 466.

Rebut Didier, Justices 1997, n° 315.

Rebut Didier, « *L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale* », D. n° 16, avril 2010, p. 970-971.

Renucci Jean-François, « *Violation de la Convention européenne des droits de l'homme : coups portés pendant la garde à vue et durée excessive de la détention provisoire et de l'instruction* », D. 1993, p. 383.

Renucci Jean-François, « *Violences policières à l'occasion d'une garde à vue et d'une détention* », D. 2000, p. 179.

Renucci Jean-François, « *L'avocat et la garde à vue : exigences européennes et réalités nationales* », D. 2009, p. 2897

Robert Marc, Maron Albert et Georget Valérie, Dossier spécial, « *La garde à vue sous contrôle judiciaire* », Dr. pén. n°11, novembre 2010, p. 6-16.

Robert Marc, « *L'avenir du ministère public français* », AJ pénal 2011, p. 115.

Roets Damien, « *Menottes, entraves et dignité de la personne* », RPDP 2001 n°3, p. 607-614.

Roets Damien, « *L'usage des menottes et des entraves dans le collimateur européen* », D. 2004, p. 1196.

Roets Damien, « *Du droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue : bis repetita placent...* », RSC 2010, p. 231.

Roets Damien, « *Le pouvoir du procureur de la République de prolonger la garde à vue à l'aune de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* », Gazette du palais 31 décembre 2010-4 janvier 2011, p. 21-22.

Roujou de Boubée Gabriel, « *Garde à vue et exigences européennes* » D. 2001, n°1, p.72.

Roujou de Boubée Gabriel, « *L'assistance de l'avocat pendant la garde à vue* », D. 2010, p. 868.

Saas Claire, « *Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ?* », AJ Pénal 2010 n°1, p. 27-30.

Schwartz Laurent, « *L'exercice des droits de la défense pendant la garde à vue* », dans *La garde à vue dans tous ses états*, Les cahiers du Conseil national des barreaux, 2005, p. 23-25.

Senna Eric, « *Le contrôle général des lieux privatifs de liberté : premier bilan d'activité* », AJ Pénal 2009, p. 219.

Senna Eric, « *Le contrôle général des lieux privatifs de liberté : acte II* », AJ Pénal 2010, p. 229.

Sizaire Vincent, « *Garde à vue : risques et faux semblant d'une réforme annoncée* », AJ Pénal novembre 2010 n° 11, p. 480-483.

Sudre Frédéric, JCP G n°43, 25 octobre 2010, p. 2006, comm. 1064.

Sudre Frédéric, JCP G 1999, II 10193.

Teissier Anne, « *Garde à vue et droits de la défense* », RPDP 2001, p. 30-63.

Vlamynck Hervé, « *Le policier et la garde à vue : remarques et interrogations* », AJ Pénal 2004, p. 269.

Vlamynck Hervé, « *La garde à vue du code d'instruction criminelle à nos jours* », AJ Pénal 2008, p. 257.

Vlamynck Hervé, « *Approche policière de la garde à vue* », AJ pénal 2008, p. 262.

Vlamynck Hervé, « *La garde à vue de la personne sous l'emprise de boisson alcoolique* », AJ Pénal 2009, p. 121.

Vlamynck Hervé, « *Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue* », dans dossier : « *Quelle réforme pour la garde à vue ?* », AJ Pénal 2010 n° 11, p. 474.

Vuillemin-Gonzales Carol, « *La protection de la liberté pendant la phase préparatoire* », RPDP n° 1 avril 2001, p. 101-119, préc. p. 114.

JCPG 2010, n°37, « *Avant-projet de loi portant réforme de la garde à vue* », p.1660.

RPDP n°1, janvier-mars 2010, Ch III, p.137-138, p.259-260.

B) Articles de presse

De Senneville Valérie, « *Garde à vue : cadeaux empoisonné pour le Conseil Constitutionnel* », les échos 3 juin 2010.

Johannès Franck, « *Lourde facture pour la réforme de la garde à vue* », Le Monde, 12 août 2010, p. 8.

Johannès Franck, « *La Cour de cassation juge la garde à vue non conforme au droit européen* », Le Monde, 21 octobre 2010, p. 15.

Ploquin Frédéric, « *Garde à vue. La France, trop bonne élève de l'Europe ?* », Marianne, 23-29 avril 2011, p. 42-43.

Robert-Diard Pascale et Seelow Soren, « *La Cour de cassation précipite l'application de la Réforme de la garde à vue* », Le Monde, 17-18 avril 2011, p. 10.

« *Le Conseil constitutionnel impose une profonde réforme de la garde à vue* » Le Monde, 1^{er}-2 août 2010, p. 7-9.

III. RAPPORTS, ÉTUDES ET DOCUMENTS ASSIMILÉS

Conférence de Leborgne sur la garde à vue, à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Décembre 2010.

Gosselin Philippe, *Rapport de l'Assemblée Nationale fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, n°3040, 15 décembre 2010.

Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 204, décembre 2009, La garde à vue.

Projet de loi de l'Assemblée Nationale relatif à la garde à vue, n° 316, 16 février 2011.

Projet de loi du Sénat relatif à la garde à vue, n° 78, 8 mars 2011.

Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, présidé par Philippe Léger, rendu le 1er septembre 2009.

Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, mai 2010.

Rapport d'activité 2008 du contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Rapport d'activité 2009 du contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Rapport CPT/Inf (2007) 44, 10 décembre 2007.

Rapport CPT/Inf (2009) 32, 10 décembre 2009.

Rapport 2006 et 2009 de la CNDS.

Sénat, service des affaires européennes, cellule de législation comparée, *élément de procédure pénale relatifs a la garde a vue et a l'instruction*, octobre 1992-n°40.

Warsmann Jean-Luc, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Compte rendu n° 16, 17 novembre 2010.

Zocchetto François, Rapport du Sénat rendu au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, n° 315, 16 février 2011.

IV. SITES INTERNET

www.assemblée-nationale.fr

www.cglpl.fr

www.cnb.avocat.fr

www.cnds.fr

www.conseil-constitutionnel.fr

www.courdecassation.fr

www.echr.coe.int

www.has-sante.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.lemonde.fr

www.senat.fr

Table des matières

<i>INTRODUCTION</i>	2
<i>PARTIE 1. LE CONTRÔLE DE LA MESURE DE GARDE A VUE PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE</i>	9
CHAPITRE 1. LA LÉGITIMITÉ DU CONTRÔLE ASSURÉ PAR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE ET LE JUGE D'INSTRUCTION	10
<i>Section 1. Les garanties de l'autorité judiciaire tenant au critère organique</i>	10
<i>Paragraphe 1. Les qualités essentielles de l'autorité de contrôle de la garde à vue</i>	10
<i>I. L'indépendance et l'impartialité nécessaires au contrôle</i>	11
<i>A. La notion d' «autorité judiciaire» dans la jurisprudence constitutionnelle et européenne</i>	11
1) La compatibilité entre le contrôle de la garde à vue et le statut constitutionnel du parquet.....	11
2) L'acception concrète de la notion d'indépendance dans la jurisprudence européenne	12
<i>B. L'inaptitude des magistrats français à assurer le contrôle juridictionnel de la garde à vue</i>	13
L'inaptitude du procureur de la République	13
L'inaptitude du juge d'instruction.....	15
<i>II. La promptitude au soutien du contrôle</i>	16
<i>A. L'interprétation compréhensive de la condition de célérité</i>	16
<i>B. L'interprétation stricte de la condition de célérité</i>	18
<i>Paragraphe 2. Le cumul des garanties lié à la distinction entre gestion et contrôle de la garde à vue</i>	19
<i>I. Les espoirs suscités par la réforme</i>	19
<i>A. Les propositions du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale</i>	20
<i>B. Le projet de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République</i>	21
<i>II. Des espoirs déçus par la nouvelle législation</i>	22
<i>A. Une réforme précipitée</i>	22
<i>B. Un manque de moyen humain et financier</i>	23
<i>Section 2. Les garanties procédurales tenant aux pouvoirs du parquet</i>	24

<i>Paragraphe 1. Les pouvoirs de contrôle sur le placement en garde à vue.....</i>	<i>24</i>
<i>I. L'obligation d'information du procureur : condition sine qua non de la mise en œuvre du contrôle</i>	<i>25</i>
<i>A. Une condition nécessaire.....</i>	<i>25</i>
<i>B. Une condition insuffisante</i>	<i>26</i>
<i>II. Les modalités d'information du procureur : condition sine qua non d'un contrôle de qualité</i>	<i>27</i>
<i>A. L'absence d'exigence relative à la forme de l'information.....</i>	<i>27</i>
<i>B. Les exigences relatives au contenu de l'information.....</i>	<i>28</i>
<i>Paragraphe 2. Les pouvoirs décisionnels du procureur.....</i>	<i>29</i>
<i>I. Les pouvoirs reconnus au procureur sur l'issue de la garde à vue.....</i>	<i>29</i>
<i>A. Le pouvoir d'entendre personnellement la personne placée en garde à vue</i>	<i>30</i>
<i>B. Le pouvoir de libérer la personne placée en garde à vue</i>	<i>31</i>
<i>II. Les pouvoirs reconnus au procureur sur la prolongation de la garde à vue</i>	<i>32</i>
<i>A. Le principe de la gradation dans l'intervention de l'autorité judiciaire</i>	<i>33</i>
<i>B. La présentation préalable de la personne gardée à vue</i>	<i>35</i>
CHAPITRE 2. L'EFFECTIVITÉ DU CONTRÔLE A POSTERIORI DE LA GARDE A VUE PAR LE JUGE JUDICIAIRE	37
<i>Section 1. La preuve du respect des garanties</i>	<i>37</i>
<i>Paragraphe 1. La rédaction de procès-verbaux.....</i>	<i>37</i>
<i>I. Les mentions obligatoires : preuve du bon déroulement de la garde à vue</i>	<i>38</i>
<i>A. Le contenu du procès-verbal</i>	<i>38</i>
<i>B. L'utilité probatoire du procès verbal</i>	<i>39</i>
<i>II. La signature ou le risque de la preuve viciée.....</i>	<i>40</i>
<i>A. L'influence de la signature sur l'intime conviction des juges.....</i>	<i>40</i>
<i>B. Les risques liés à la force probante de la signature.....</i>	<i>41</i>
<i>Paragraphe 2. La tenue de registres.....</i>	<i>41</i>
<i>I. Un instrument de contrôle essentiel au regard des instances européennes</i>	<i>41</i>
<i>A. Les exigences du Comité de prévention de la torture.....</i>	<i>42</i>

<i>B. Les exigences de la Cour européenne</i>	42
<i>II. Un instrument de contrôle peu exploité par les autorités françaises</i>	43
<i>A. Une tenue variable des registres</i>	43
<i>B. La fréquence des contrôles</i>	44
<i>Section 2. Les voies de droit ouvertes au gardé à vue</i>	45
<i>Paragraphe 1. L'absence de contrôle de la légalité matérielle de la garde à vue</i>	46
<i>I. Le principe du refus de contrôle</i>	46
<i>A. L'exigence de nécessité consacrée</i>	46
La modification des conditions du placement en garde à vue.....	46
La valeur constitutionnelle et conventionnelle du critère de la nécessité	47
<i>B. L'exigence de nécessité incontrôlée</i>	48
Une jurisprudence constante.....	48
Des fondements contestables.....	51
<i>II. Les implications du refus de contrôle</i>	52
<i>A. Des conséquences alarmantes pour la protection de la liberté individuelle</i>	52
<i>B. Un besoin criant d'évolution pour une réelle protection de la liberté individuelle</i>	53
L'opportunité de la réforme.....	53
La persistance de doutes.....	55
<i>Paragraphe 2. La sanction des irrégularités de la garde à vue</i>	56
<i>I. Une sanction à la mesure de la gravité de la garde à vue : la nullité affectant la</i> <i>procédure</i>	56
<i>A. Une conception large des causes de nullité</i>	57
<i>B. Une conception stricte de l'étendue de la nullité</i>	59
<i>II. Les sanctions visant les auteurs des irrégularités</i>	61
<i>A. Le pouvoir de sanction de l'autorité judiciaire</i>	61
La faculté d'engager la responsabilité pénale	61
La faculté d'engager la responsabilité disciplinaire	62
<i>B. La réparation du préjudice</i>	63

1) L'État, garantie de la réparation.....	65
L'État, responsable pour brutalités policières.....	65

PARTIE 2. LES DROITS GARANTIS À LA PERSONNE PLACÉE EN GARDE À VUE.....67

CHAPITRE 1. LES GARANTIES TENANT AUX DROITS DE LA DÉFENSE.....68

Section 1. Les garanties légales accordées à la personne placée en garde à vue68

Paragraphe 1. Le contenu des droits reconnus à la personne gardée à vue68

I. Le droit d'informer un tiers par téléphone68

A. Un droit relatif.....69

B. Un droit renforcé70

II. Le droit au silence.....71

A. L'économie générale du droit de se taire dégagée au plan international.....71

B. L'impact sur la garde à vue française72

Paragraphe 2. La notification des droits, garantie de leur effectivité73

I. Les règles tenant aux formalismes de la notification des droits.....73

A. Le moment de la notification des droits.....73

B. Les exigences de forme75

Le caractère écrit de la notification.....75

Caractère tenant à la langue.....75

Les règles tenant au contenu de la notification.....77

A. Notification de la nature de l'infraction retenue77

B. La consécration tardive de la notification du droit au silence.....78

Section 2. Le contrôle de la garde à vue par le truchement du droit à l'assistance d'un avocat.....81

Paragraphe 1. La présence de l'avocat : une garantie fondamentale en nécessaire évolution81

I. Défendre en garde à vue, les nouvelles exigences82

A. Les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme	82
B. Les exigences des juridictions nationales	83
II. Défendre en garde à vue, les éternelles réticences	84
A. Les réticences liées à l'efficacité de l'enquête	85
B. Les réticences liées au coût et aux difficultés de mise en œuvre	86
Paragraphe 2. La présence de l'avocat, la nécessaire évolution des textes	87
I. le rôle de l'avocat en garde à vue : de la présence à l'assistance	87
A. le rôle limité de l'avocat avant la réforme	88
B. La consécration du droit à l'assistance effective	89
L'assistance pendant les interrogatoires	89
L'accès à certaines pièces du dossier	92
II. Les restrictions à la présence de l'avocat dans le cadre des régimes dérogatoires	93
A. Un dispositif condamné	93
B. Un dispositif réformé	94

CHAPITRE 2. LES GARANTIES TENANT AU RESPECT DE LA DIGNITÉ HUMAINE ET À LA PROHIBITION DES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE ET PSYCHIQUE DU GARDÉ À VUE.....98

Section 1. Les moyens de prévention des atteintes à la dignité et à l'intégrité .98

Paragraphe 1. Les moyens humains de prévention des atteintes	99
I. Les visites des locaux de garde à vue	99
A. Le contrôle discret du procureur de la République et des parlementaires	100
B. Un contrôle renforcé par l'instauration du Contrôleur général des lieux de privation de liberté	101
1) L'institution	101
Le bilan des visites	103
II. L'intervention du médecin	104
A. L'arsenal juridique relatif au droit à un examen médical	104
Les conditions de mise en œuvre de l'examen médical	104
L'effectivité du contrôle par le médecin	106

<i>B. Le médecin, témoin des atteintes aux droits fondamentaux durant la garde à vue</i>	109
1) Le regard du médecin, preuve d'éventuelles atteintes à l'intégrité physique de la personne gardée à vue	109
Le regard du médecin sur les conditions de rétention contraire à la dignité	110
<i>Paragraphe 2. Un moyen technique de prévention des atteintes, l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires</i>	111
<i>I. La consécration de l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires</i>	112
<i>A. Un principe à double vitesse</i>	112
<i>B. La sanction du défaut d'enregistrement</i>	113
<i>II. Une garantie limitée</i>	115
<i>A. Un champ d'application limité</i>	115
<i>B. Une réforme limitée</i>	116
<i>Section 2. La conciliation entre les impératifs de sécurité et la sauvegarde de la dignité humaine</i>	118
<i>Paragraphe 1. Les mesures de sécurité attentatoires à la dignité</i>	118
<i>I. Le port des menottes</i>	118
<i>A. La législation respectueuse de l'équilibre entre maintien de la sécurité et protection de la dignité</i>	118
<i>B. L'équilibre malmené</i>	120
<i>II. La confiscation des effets intimes</i>	121
<i>A. Une pratique attentatoire à la dignité humaine</i>	121
<i>B. Une pratique d'application indiscriminée</i>	122
<i>Paragraphe 2. La réglementation des fouilles</i>	123
<i>I. Le cadre européen</i>	123
<i>A. La légalité des fouilles corporelles nécessaires au maintien de la sécurité</i>	124
<i>B. L'interdiction des fouilles systématiques et injustifiées</i>	124
<i>II. La législation française</i>	125
<i>A. La banalisation des fouilles</i>	125
<i>B. L'instauration d'un cadre légal</i>	127
CONCLUSION	129

BIBLIOGRAPHIE130