

## **OBSERVATIONS**

**SUR LE PROJET DE LOI RELATIF À**

**LA GARDE À VUE**

DÉPOSÉ À L'ASSEMBLÉE NATIONALE LE 13 OCTOBRE 2010

**4 RÉDUIRE LE NOMBRE DE GARDES À VUE**4 **INSTAURER DES CONDITIONS POUR LE PLACEMENT EN GARDE À VUE**

- Le texte
- Observations

7 **DÉFINIR LES MODALITÉS D'UNE « AUDITION LIBRE »**

- Le texte
- Observations
  - Une dénomination critiquable
  - La durée de l'audition libre
  - L'interdiction de tout port des menottes et de toute rétention
  - L'avis à famille et à l'employeur
  - Le droit au silence
  - Le droit à l'avocat
  - Le passage de l'audition de suspect à la garde à vue
  - La question de l'accord du suspect

10 **INSTAURER UNE PROCÉDURE DE VALIDATION DE LA GARDE À VUE PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE****11 LIMITER LA DURÉE DE LA GARDE À VUE**11 **INTRODUIRE UN COMPTE RENDU TÉLÉPHONIQUE OBLIGATOIRE À L'AUTORITÉ JUDICIAIRE AU DÉBUT DE LA GARDE À VUE**12 **INSTAURER UN SEUIL EN DEÇÀ DUQUEL TOUTE PROLONGATION DE GARDE À VUE EST IMPOSSIBLE**12 **RENDRE OBLIGATOIRE LA PRÉSENTATION DE LA PERSONNE À UN MAGISTRAT EN CAS DE PROLONGATION DE LA GARDE À VUE****13 ACCROÎTRE DE FAÇON SIGNIFICATIVE LES DROITS ET GARANTIES ACCORDÉS AUX PERSONNES GARDÉES À VUE**13 **RÉAFFIRMER ET DÉVELOPPER LES DROITS « CLASSIQUES »**

- Information concernant la mesure
- Information concernant la nature de l'infraction
- Droit de faire prévenir un proche et l'employeur
- Droit à un examen médical

14 **NOTIFIER LE DROIT AU SILENCE**15 **INSTAURER UN DROIT À L'ASSISTANCE EFFECTIVE D'UN AVOCAT**

- La situation juridique
- Un projet insuffisant
  - L'entretien avec l'avocat
  - L'assistance de l'avocat aux auditions
    - Le projet de loi
    - De nombreuses carences
  - L'accès de l'avocat au dossier
    - Le projet de loi
- Observations

18 **OFFRIR AUX PERSONNES GARDÉES À VUE UN CONTRÔLE RÉEL ET IMPARTIAL SUR LA MESURE DONT ELLES FONT L'OBJET**19 **FAIRE ÉVOLUER LES RÉGIMES D'EXCEPTION**

- Aligner les régimes dérogatoires, à l'exception de celui concernant les mineurs, sur le droit commun
- À tout le moins, respecter les standards européens en matière d'intervention de l'avocat

20 **ÉTENDRE LE CHAMP DE L'ENREGISTREMENT AUDIOVISUEL DES GARDES À VUE**21 **ASSURER LE DÉROULEMENT DE LA GARDE À VUE DANS DES CONDITIONS PRÉSERVANT LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE**

- Les mesures de sécurité et les fouilles
- Les locaux

23 **DÉFINIR DANS LA LOI LE RÉGIME DES NULLITÉS EN GARDE À VUE**24 **ÉTENDRE À D'AUTRES MESURES DE RÉTENTION LES DROITS INHÉRENTS À LA GARDE À VUE**

## **Le régime français de garde à vue se trouve, depuis plus d'un an maintenant, au centre d'un débat démocratique particulièrement riche.**

Il a d'abord été condamné, indirectement mais très clairement, par la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment dans l'arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008.

En France, de nombreuses juridictions du fond ont ensuite pris acte de cette jurisprudence et en ont tiré les conséquences dans les affaires qui leur étaient soumises.

Dans le même temps, des journalistes, des avocats, des magistrats et de nombreux citoyens se sont emparés des questions posées par l'usage et la pratique de la garde à vue. Ils ont réalisé que le nombre de ces mesures avait cru de manière exponentielle pour atteindre 792 093 en 2009, et que ces gardes à vue étaient mises en oeuvre dans des conditions souvent indignes et parfois sans lien avec les exigences des enquêtes pénales.

Les syndicats de policiers eux-mêmes ont dénoncé la « *politique du chiffre* » sévissant au ministère de l'Intérieur.

C'est dans ce contexte que sont enfin intervenues des décisions qui ont rendu incontournable une réforme de la « *garde à vue à la française* ». Le 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel, saisi de questions prioritaires de constitutionnalité, a déclaré contraires à la Constitution les articles régissant la garde à vue de droit commun en ce qu'ils n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation de la garde à vue dans son acception actuelle et qu'ils ne concilient pas suffisamment l'équilibre entre les exigences de l'enquête et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Il a toutefois reporté au 1er juillet 2011 la date de l'abrogation des dispositions en cause pour laisser au législateur le temps de voter une nouvelle loi.

Parachevant cette contestation tous azimuts du régime français, la Cour de cassation, dans ses arrêts du 19 octobre dernier, a invalidé les régimes dérogatoires de garde à vue, et estimé que, pour être valide, une telle mesure devait respecter trois principes : la notification du droit au silence, la participation de l'avocat aux interrogatoires, intervention qui ne saurait être différée, notamment en matière de criminalité organisée, qu'en vertu de raisons impérieuses constatées par le magistrat.

\*\*\*\*\*

Il convient de relever d'emblée que le projet de loi sur la garde à vue n'a fait l'objet d'aucune concertation, qu'il présente comme des « *avancées particulièrement significatives pour les libertés individuelles et les droits de la défense* » des dispositions timides auxquelles il est presque toujours possible de déroger, et surtout qu'il est d'ores et déjà obsolète au regard des jurisprudences conjointes de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les régimes dérogatoires.

Le gouvernement, dans sa présentation du projet, revendique deux objectifs :

- « *maîtriser le nombre des gardes à vue, en constante augmentation depuis plusieurs années ;*
- *accroître de façon significative les droits des personnes gardées à vue, notamment le droit à l'assistance d'un avocat.*

L'engagement d'une dynamique de concertation n'aurait pourtant pas nui : le Syndicat de la magistrature partage en effet les objectifs affichés par la Chancellerie, sans toutefois être convaincu que les modalités de la réforme soient de nature à les atteindre (pages 4 et 13).

À ces deux buts recherchés s'en ajoute un troisième, curieusement absent des projets du ministère : la limitation de la durée des gardes à vue (page 11).

# RÉDUIRE

## LE NOMBRE DE GARDES À VUE

**P**rès de 800 000 gardes à vue prononcées chaque année : le chiffre, révélé début 2010 par un journaliste, tranche avec les statistiques officielles du ministère de l'Intérieur, qui présentaient opportunément à part les gardes à vue découlant d'infractions routières...

Il oblige à rompre avec la pratique qui, quoi qu'en dise le gouvernement, fait du nombre de gardes à vue prononcées un indicateur de la performance d'un service de police ou de gendarmerie.

Il contraint enfin le législateur à modifier l'état du droit afin de rendre effectif le caractère *exceptionnel* de la garde à vue.

---

## INSTAURER DES CONDITIONS POUR LE PLACEMENT EN GARDE À VUE

### ➤ LE TEXTE

**Aujourd'hui**, le Code de procédure pénale ne fixe aucune condition de fond au placement en garde à vue, qui est laissé à la pure appréciation de l'officier de police judiciaire, « *pour les nécessités de l'enquête* » (article 63 du CPP).

Ce pouvoir discrétionnaire, qui n'est limité par aucune condition légale, agit comme un facteur important de l'accroissement du nombre des gardes à vue.

À cela s'ajoutent les effets de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui impose à l'officier de police judiciaire de placer en garde à vue une personne qu'il souhaite entendre immédiatement lorsque celle-ci a fait l'objet préalablement d'une mesure de contrainte.

**Le projet** renverse totalement les perspectives : il fait de « *l'audition libre* » le principe et de la garde à vue l'exception. Celle-ci ne peut

être décidée que si plusieurs conditions sont réunies :

- que la personne soit « *soupçonnée d'avoir commis un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement* » (article 62-3) ;
- que la mesure réponde à l'un des objectifs suivants : permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République aux fins de mettre ce magistrat en mesure d'apprécier la suite à donner à l'enquête ; empêcher les pressions sur les tiers, la concertation, la modification des preuves ; faire cesser l'infraction (article 62-6) ;
- que la privation de liberté soit « *proportionnée à la gravité des faits dont la personne est soupçonnée* » (article 62-5).

Par ailleurs, le placement en garde à vue est nécessaire, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur les conditions de l'article 62-6, en cas d'interpellation sur mandat de recherche et « *lorsque la personne a été conduite par la force publique dans les locaux de la police judiciaire* » (article 62-4, I).

En revanche, le placement en garde à vue ne sera pas indispensable si « *ayant été appréhendée, la personne a accepté expressément de suivre l'officier et l'agent de police judiciaire* » (article 62-4, III).

## ➤ OBSERVATIONS

**Sur la nature des soupçons justifiant la garde à vue**, elle a évolué depuis une décennie. En effet, antérieurement à la loi du 4 mars 2002, les forces de l'ordre devaient justifier « *d'un ou plusieurs indices laissant présumer la commission d'une infraction* ». Cette formule avait le mérite de se référer à la notion d'indice, qui est une notion objective. La loi du 4 mars 2002 a modifié la formule en subordonnant le placement en garde à vue à l'existence « *d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* » que

la personne a commis une infraction. La notion de « *raison plausible* », davantage subjective et bien moins précise que la précédente, a contribué, entre autres facteurs, à la banalisation de cette mesure privative de liberté.

La garde à vue doit être subordonnée à des conditions précises et lisibles. Le projet de loi, en continuant de se référer à des « *raisons plausibles* », ne met pas un terme à la subjectivité qui peut présider au placement, ce qui n'est pas admissible. Aussi conviendrait-il d'en revenir au minimum à la formule antérieure au 4 mars 2002.

**S'agissant de la condition définie à l'article 62-3** du projet, elle a été présentée comme une avancée notable visant à limiter considérablement le nombre de mesures de garde à vue. Force est de constater qu'il n'en sera rien. En effet, seules 7% des condamnations délictuelles prononcées le sont pour des infractions qui ne sont pas punies d'une peine d'emprisonnement (par exemple les outrages les moins graves, et surtout le défaut d'assurance). Le nombre de procédures concernées est donc minime.

Mais surtout, cette disposition était déjà de fait appliquée de manière quasiment systématique par les officiers de police judiciaire, dans un souci de proportionnalité. Cette pratique est même enseignée dans les écoles de police comme ressortissant du droit positif...

L'enjeu, on le voit, suppose de relever considérablement le seuil en deçà duquel il est impossible de placer une personne en garde à vue, par exemple en le fixant à une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement encourue. Toutefois, il pourrait alors être envisagé d'instaurer, à titre exceptionnel, une dérogation à ce seuil – afin d'en limiter les effets pervers – sur décision du procureur de la République prise immédiatement et motivée par la stricte nécessité de ménager, en fonction des circonstances de l'espèce, la possibilité d'un défèrement de l'intéressé.

À tout le moins, il pourrait être envisagé de distinguer selon le type d'enquête, et de restreindre le champ des infractions susceptibles

de permettre un placement en garde à vue en matière préliminaire. Il conviendrait alors de réserver une exception à l'interdiction de principe, et de permettre, sur autorisation d'un magistrat, l'interpellation et le placement en garde à vue d'une personne soupçonnée d'avoir commis un délit, quelle que soit la peine encourue, si celle-ci ne défère pas aux convocations des enquêteurs.

Il est certain que l'instauration de seuils génère presque nécessairement des effets pervers (impossibilité pour les magistrats et enquêteurs d'apprécier l'opportunité d'un placement en garde à vue pour des faits qui, bien que n'atteignant pas le seuil, justifieraient une telle mesure, rehaussement à terme des peines encourues pour les infractions afin de les faire échapper au seuil prévu...) ; elle est toutefois le moyen le plus sûr d'obtenir une diminution notable du nombre de gardes à vue prononcées.

**S'agissant des conditions des articles 62-5 et 62-6**, le Syndicat de la magistrature ne peut que se féliciter qu'elles soient introduites dans le droit positif, pour peu qu'elles soient effectivement vérifiées par le magistrat chargé du contrôle de la garde à vue, et soumises ensuite à l'appréciation du tribunal qui jugera l'affaire. Il convient toutefois de faire sur ces conditions deux observations :

- Le premier objectif (« *permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne* ») apparaît tautologique et, *in fine*, excessivement extensif. En effet, si doit figurer au nombre de ces investigations l'audition de la personne soupçonnée, il est certain que toute infraction pourra – et devra – permettre un placement en garde à vue, ce qui réduirait à néant l'ambition du projet de limiter leur nombre. Il semblerait opportun de préciser les investigations en question, à savoir une perquisition, une confrontation, un tapissage, éventuellement une reconstitution...
- En revanche, un objectif semble devoir être ajouté, qui peut s'avérer essentiel pour les magistrats et les enquêteurs, à savoir « *permettre plusieurs auditions justifiées par*

*la complexité de l'enquête* ». En effet, pour prendre l'exemple des infractions financières, il est indispensable que des enquêteurs, ayant rassemblé de nombreuses preuves, puissent entendre longuement et à plusieurs reprises un mis en cause. Un placement en garde à vue est alors indispensable, même s'il n'entre pas dans les conditions fixées dans l'article 62-6 du projet.

Enfin, il y a lieu de s'inquiéter de **l'exception prévue à l'article 62-4** en ce qu'elle concerne les personnes « *conduites par la force publique dans les locaux des services de police judiciaire* ». En effet, ce cas de figure correspond peu ou prou à l'ensemble des interpellations effectuées dans le cadre de la flagrance : contraindre l'OPJ, dans ces situations, à un placement en garde à vue aura pour effet d'empêcher toute baisse significative du nombre de gardes à vue prononcées.

Cette exception ne figurait nullement dans l'avant-projet de mars 2010 qui prévoyait, en son article 327-7, que « *la personne appréhendée et ramenée par la contrainte pouvait être entendue librement si le délit est puni d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans* ».

Le projet introduit toutefois une distinction tout à fait nouvelle entre deux types d'interpellations. Celles qui engendreront une « *conduite par la force publique dans les locaux des services* » – et qui devront générer une garde à vue – et celles où « *la personne a accepté expressément de suivre l'officier ou l'agent de police judiciaire* » – qui n'imposeront pas ce placement.

La distinction, à l'évidence, est extrêmement aléatoire et difficile à manier – encore davantage à contrôler *a posteriori* (il convient à cet égard de préciser que ce sera à l'officier de police judiciaire d'apprécier ce point, alors qu'il ne participe que rarement à l'opération d'interpellation). Du reste, il n'est pas certain que le régime juridique d'audition doive davantage dépendre des conditions de l'interpellation que d'autres considérations (nature de l'infraction, complexité des investigations, conditions de l'article 62-6...).

En fonction de ces éléments, l'exception de l'article 62-4 I apparaît comme une réserve forte à la limitation du nombre des gardes à vue, et elle ne paraît pas devoir prospérer.

Enfin, si l'article 62-4 dispose à juste titre que la délivrance d'un mandat de recherche pourra justifier un placement en garde à vue, il

convient d'ajouter que la délivrance d'un article 78 par le procureur de la République pourra avoir les mêmes effets. Cet ajout est d'importance car il permet de trouver une parade à l'échec de « *l'audition libre* », soit lorsque la personne aura refusé de rester dans les locaux de la police, soit lorsqu'elle n'aura pas déféré à une convocation.

## DÉFINIR LES MODALITÉS D'UNE « AUDITION LIBRE »

Le corollaire du caractère subsidiaire de la garde à vue est la création d'un régime d'audition alternatif pour les personnes mises en cause.

Ce régime, dont le projet fait désormais le principe, est incontestablement de nature à permettre une baisse du nombre de gardes à vue.

Mais encore faudrait-il, afin que l'évolution corresponde à un progrès, que « *l'audition libre* » soit très précisément encadrée par le texte, ce qui est loin d'être le cas : trois paragraphes seulement sont consacrés à ce régime dans le projet de loi.

### ➤ LE TEXTE

Les garanties prévues par le projet de loi sont en effet seulement de deux ordres :

- La personne doit être informée de la nature et de la date présumée de l'infraction dont elle est soupçonnée, et du fait qu'elle peut à tout moment mettre un terme à son audition ;
- Il faut ensuite que la personne « *consente à son audition* », consentement qui doit être recueilli à chaque reprise de son audition.

### ➤ OBSERVATIONS

Le Syndicat de la magistrature ne conteste nullement la création – ou plutôt la consécration législative – d'une audition de la personne mise en cause. Il convient à cet égard de noter que, dans l'état actuel des textes, l'audition,

hors garde à vue, d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction suit exactement le même régime que l'audition d'un simple témoin, ce qui n'apparaît nullement conforme aux standards européens : une évolution était donc souhaitable, et elle doit consister à encadrer strictement cette audition.

Les enquêteurs sont susceptibles de procéder à une « *audition libre* » dans deux situations : après une interpellation ou sur convocation.

Il s'agit donc de dégager un corpus des droits qui devraient nécessairement découler d'une telle audition.

### ▣ UNE DÉNOMINATION CRITIQUABLE

Le terme d'« *audition libre* » a été, à juste titre, contesté par la quasi-totalité de la doctrine, qui a fustigé que le terme « *libre* » puisse être accolé à une audition qui serait parfois conduite après une interpellation, et concernerait des personnes qui, malgré les explications qui leurs seraient données, n'auraient nullement l'impression de se trouver dans une situation de liberté.

Du reste, l'audition d'une personne mise en cause ne peut jamais être considérée comme parfaitement libre, dès lors qu'un refus de celle-ci est susceptible de générer des mesures coercitives (délivrance d'un article 78 par le procureur de la République, placement en garde à vue...).

Aussi convient-il de trouver une autre dénomination à cette audition qui a peu à voir avec la liberté. Le terme « *d'audition de suspect* » apparaît plus neutre et plus pertinent, de nature en tout cas à éviter toute ambiguïté.

Il a enfin le mérite de donner un statut à une audition qui, pour l'heure et malgré son extrême fréquence, n'en possède pas dans le droit positif.

#### ▣ LA DURÉE DE L'AUDITION LIBRE

Le projet de loi, tel que présenté en Conseil des ministres, ne fixe plus de durée maximale à l'audition libre. Cette absence constitue une scorie majeure, qui a pour effet de vicier radicalement l'architecture même du texte présenté.

Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler que l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale du 1<sup>er</sup> mars 2010 fixait la durée maximale de l'audition libre à quatre heures à compter de l'interpellation de la personne.

Une limitation est primordiale pour les personnes mises en cause : lorsqu'elles ne sont pas placées en garde à vue, elles doivent savoir que la durée de leur présence dans les locaux du service enquêteur est strictement limitée.

Plus généralement, il n'est pas concevable de laisser la durée d'une rétention à l'appréciation d'un officier de police judiciaire. La prétendue liberté dont disposeraient les personnes entendues sous ce régime ne doit pas conduire à abdiquer toute fixation de limites dans la loi.

Ajoutons que la Cour de cassation, par sa jurisprudence constante, a toujours entendu limiter à quatre heures la durée d'une audition pour les témoins (dont font partie, à l'heure actuelle, les personnes mises en cause) : il convient que la loi vienne consacrer cette opportune limitation, sans quoi elle avaliserait un recul très important des droits des suspects.

#### ▣ L'INTERDICTION DE TOUT PORT DES MENOTTES ET DE TOUTE RÉTENTION

Le projet de loi ne le précise pas comme s'il s'agissait d'une évidence, mais il importe qu'il prévoie expressément que le régime de l'audition de suspect est exclusif de tout port d'entraves et de tout placement en geôle.

Ces deux moyens de contention doivent évidemment être réservés à la garde à vue. De la même façon, il devrait être précisé dans la loi que cette audition de suspect est exclusive de tout défèrement.

#### ▣ L'AVIS À FAMILLE ET À L'EMPLOYEUR

L'audition de suspect, même limitée dans le temps, est de nature à inquiéter l'entourage de la personne ou à causer des contretemps professionnels.

Pourtant, le projet de loi ne prévoit nullement que la personne entendue bénéficie de la possibilité de prévenir sa famille ou son employeur.

Puisqu'elle demeure (théoriquement) libre de ses mouvements, il lui est certes loisible de téléphoner à qui bon lui semble. Toutefois, si elle ne dispose pas d'un téléphone, il importe qu'il soit fait obligation à l'officier de police judiciaire de la mettre en mesure de prévenir sa famille et son employeur.

Ce droit doit être garanti tant pour l'audition après interpellation que pour l'audition sur convocation, la personne convoquée dans un service d'enquête ne sachant pas nécessairement, au moment de s'y rendre, qu'elle va peut-être y rester plusieurs heures.

#### ▣ LE DROIT AU SILENCE

Dans la mesure où « *l'audition libre* » concerne des personnes suspectées de la commission d'une infraction, elles doivent nécessairement bénéficier du droit de ne pas s'auto-incriminer, que la Cour européenne des droits de l'Homme ne fait nullement découler de la garde à vue, mais bien de la position du suspect.

La Cour de Strasbourg, dans l'arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre dernier, rappelle en effet que « *le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable. Ils ont notamment pour finalité de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention* ».

La traduction concrète de ce droit consiste dans la notification à la personne soupçonnée, par l'officier de police judiciaire, du droit de garder le silence pendant tout ou partie de son audition.

Cette notification doit donc découler directement de toute audition de suspect.

#### ▣ LE DROIT À L'AVOCAT

Il en va de même du droit à l'assistance par un avocat : ce droit ne peut pas, aux termes de la jurisprudence européenne, être vu uniquement comme la contrepartie de la privation de liberté générée par la garde à vue. Il est bien davantage la conséquence directe de la position de suspect de la personne entendue.

Il n'existe donc aucune raison juridiquement légitime pour empêcher une personne entendue dans le cadre de « *l'audition libre* » de bénéficier de la présence et de l'assistance d'un avocat. Ce droit doit donc lui être notifié dès le début de la mesure.

Ce régime apparaît en conformité avec les arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme (cf. en particulier l'arrêt *Brusco c. France*).

Les conditions pratiques de la mise en œuvre de ce droit sont évidemment complexes, dans le cadre d'une mesure où l'enquêteur doit avoir terminé son audition dans un délai de quelques heures (quatre dans l'avant projet du 1<sup>er</sup> mars 2010), délai dont le point de départ est l'interpellation de la personne ou, en cas de convocation, son

arrivée dans les locaux du service enquêteur...

Afin de concilier cette mise en œuvre, la brève durée de la mesure et le minimum de temps nécessaire à un avocat pour venir dans le service et s'entretenir avec son client, il peut être envisagé une adaptation de la durée de la mesure. D'une durée de principe de quatre heures, celle-ci pourrait être portée à six si la personne souhaite être assistée par un avocat.

#### ▣ LE PASSAGE DE L'AUDITION DE SUSPECT À LA GARDE À VUE

Sauf à ce que « *l'audition libre* » ne soit que l'antichambre de la garde à vue, voire que le basculement en garde à vue ne devienne un mode de chantage aux aveux sur la personne soupçonnée, la loi doit encadrer avec précision les possibilités de passage d'une audition de suspect à la garde à vue.

Or, le projet de loi reste taiseux sur cette possibilité et sur ces conditions.

Il n'est pas douteux qu'une audition de suspect doit pouvoir, dans certaines circonstances, se transformer en garde à vue. Ainsi, lorsque l'audition de la personne révélera des faits d'une autre nature et d'une autre ampleur que ceux pour lesquels elle était entendue, ou si des éléments nouveaux sont apparus durant cette audition. Pour autant, l'officier de police judiciaire ne saurait être seul juge de l'opportunité de ce passage, et ce pour prévenir tout risque de dévoiement ou de chantage.

Aussi le passage à la garde à vue doit-il être encadré selon les modalités suivantes :

- Il ne peut être motivé que par la survenance, dans ou durant l'audition, d'un élément nouveau ;
- Il ne peut intervenir qu'après accord du procureur de la République ;
- Il ne peut avoir lieu que si les conditions de la garde à vue, telles que définies aux articles 62-3, 62-5, 62-6 du CPP, sont réunies.

## □ LA QUESTION DE L'ACCORD DU SUSPECT

Ainsi devenue presque autant génératrice de droits que la garde à vue, mais plus brève qu'elle, l'audition de suspect sera conforme aux standards européens.

Elle ne nécessitera donc plus, pour être décidée, l'accord de la personne soupçonnée.

Cet accord apparaissait d'ailleurs juridiquement et philosophiquement paradoxal. Juridiquement, comment expliquer en effet qu'une personne soupçonnée soit tenue d'acquiescer à son audition sous un régime dont la loi

fait pourtant le principe ? Philosophiquement, parce que le refus de la personne soupçonnée d'être entendue sous ce régime avait pour conséquence de la faire basculer en garde à vue – régime autrement coercitif, et beaucoup plus long... L'alternative laissée à la personne soupçonnée relevait réellement d'un faux choix, d'une fausse liberté.

Du reste, la question de l'accord posait d'autres problèmes non moins épineux : par exemple, comment demander à la personne de procéder à un tel choix sans qu'elle ait pu s'en entretenir avec un avocat seul en mesure de lui en expliquer les enjeux ?

## **INSTAURER UNE PROCÉDURE DE VALIDATION DE LA GARDE À VUE PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE**

Troisième voie susceptible de contribuer à une limitation sensible du recours à la garde à vue : l'instauration d'une procédure de validation de celle-ci par le procureur de la République.

L'enjeu, on le comprend, consiste à remettre l'autorité judiciaire au centre de la garde à vue, et de cesser d'en faire un alibi inefficace.

L'avis de garde à vue, tel qu'il se pratique actuellement, procède d'une certaine hypocrisie. Il est le plus souvent réalisé par télécopie et le magistrat du parquet n'en prend connaissance que plusieurs heures après sa réception. Le fax ne permet d'ailleurs pas au parquetier d'apprécier l'utilité de la mesure : seules la nature de l'infraction et l'identité de la personne lui sont ainsi communiquées...

Le projet, une nouvelle fois, entend ne rien changer à la situation actuelle qui a pourtant largement montré ses limites. Ainsi l'article 63 I alinéa 2 dispose-t-il que l'officier de police judiciaire informe le procureur de la mesure « *par tous moyens* ».

La loi doit, au contraire, instaurer une procédure de validation explicite de la mesure par le procureur de la République, dans les trois heures de l'interpellation, validation résultant nécessairement d'un avis téléphonique acté en procédure :

- Validation *a posteriori* en flagrance, dans un délai de trois heures à compter de l'interpellation ;
- Validation *a priori* en préliminaire.

Cette procédure permettra de soumettre la question de l'opportunité du placement en garde à vue à l'autorité judiciaire elle-même, ce qui apparaît logique dans la mesure où la garde à vue sera désormais conditionnée à des conditions précisément définies : il appartient aux magistrats d'apprécier la légalité d'un placement au plus près de ce placement. La situation actuelle, dans laquelle un magistrat n'a souvent de fait connaissance d'une garde à vue que lorsque l'enquêteur lui téléphone pour en solliciter la prolongation, ne doit pas perdurer.

# LIMITER

## LA DURÉE DE LA GARDE À VUE

**D**euxième enjeu majeur : la limitation de la durée des gardes à vue. En effet, non seulement le nombre de gardes à vue a crû de façon exponentielle, mais surtout – et ceci n’est en définitive qu’une conséquence de cela – la durée moyenne des gardes à vue ne cesse d’augmenter. La surcharge de travail des enquêteurs affectés à la gestion des flagrants délits, causée par l’accroissement des gardes à vue, génère nécessairement un accroissement de la durée des enquêtes.

Le projet de loi, pourtant, reste quasiment muet sur les mesures qui permettraient de limiter efficacement la durée des gardes à vue.

---

## INTRODUIRE UN COMPTE RENDU TÉLÉPHONIQUE OBLIGATOIRE À L’AUTORITÉ JUDICIAIRE AU DÉBUT DE LA GARDE À VUE

En premier lieu, l’introduction d’un premier compte rendu téléphonique d’étape entre la huitième et la douzième heure de la garde à vue serait de nature à inciter les enquêteurs à terminer dans ce délai les enquêtes les plus simples.

Si le moment de ce compte rendu d’étape tombait en dehors des heures ouvrables, il devrait alors avoir lieu entre 9 heures et 11 heures du matin, afin de conserver toute sa pertinence.

## **INSTAURER UN SEUIL EN DEÇÀ DUQUEL TOUTE PROLONGATION DE GARDE À VUE EST IMPOSSIBLE**

Le projet de loi pose le principe suivant lequel « *la durée de la garde à vue ne peut excéder vingt-quatre heures* ». Cependant, la prolongation demeure possible dès lors que les motifs initiaux du placement en garde à vue perdurent et que la peine encourue est supérieure ou égale à un an (article 63 II).

L'effet de seuil censé limiter le nombre de prolongations ne jouera qu'à la marge. En effet, les infractions pour lesquelles la peine encourue est inférieure à un an sont rares : il s'agit pour l'essentiel des outrages à personnes dépositaires de l'autorité publique, des filouteries et des menaces de commettre un crime ou un délit contre les

personnes sans circonstances aggravantes.

Or, dans sa décision du 30 juillet dernier, le Conseil constitutionnel a déclaré la garde à vue inconstitutionnelle, notamment du fait qu'elle peut être prolongée « *sans que cette faculté soit réservée à des infractions présentant une certaine gravité* ».

Il paraîtrait équilibré, si le placement en garde à vue était réservé, dans les conditions explicitées plus haut, aux infractions punies de trois années ou plus d'emprisonnement, de ne permettre la prolongation de la mesure que pour les infractions punies au moins de la même peine, sans aucune exception cette fois.

## **RENDRE OBLIGATOIRE LA PRÉSENTATION DE LA PERSONNE À UN MAGISTRAT EN CAS DE PROLONGATION DE LA GARDE À VUE**

Le texte prévoit, par principe, la présentation de la personne gardée à vue au magistrat en cas de prolongation. Cependant, il dispose explicitement que cette présentation peut être réalisée par visioconférence. Le principe perd ainsi en grande partie de sa portée puisque cette pratique est peu compatible avec un entretien judiciaire de qualité, permettant à la personne de s'exprimer librement sur les conditions de la garde à vue, alors qu'elle sera physiquement dans les locaux de police et de gendarmerie, et entourée par les enquêteurs.

Au surplus, il est possible de déroger, « *à titre exceptionnel* », au principe de la présentation. Cette disposition existe déjà actuellement en matière d'enquête préliminaire, ce qui

permet d'avoir une vision claire des pratiques qu'elle engendre.

Or, de fait, la quasi-totalité des gardes à vue sont actuellement prolongées en matière d'enquête préliminaire *sans présentation de la personne au magistrat*, et ce en raison de l'importante charge de travail des magistrats de permanence.

La Cour de cassation n'a jamais censuré ces prolongations effectuées sans présentation préalable visant la « *charge de la permanence* ».

Aussi la loi doit-elle prendre le contre-pied d'une pratique et d'une jurisprudence défailtantes, *en imposant la présentation à un magistrat de toute personne dont la prolongation de garde à vue est envisagée*.

# ACCROÎTRE

## DE FAÇON SIGNIFICATIVE LES DROITS ET GARANTIES ACCORDÉS AUX PERSONNES GARDÉES À VUE

**T**roisième axe – sans doute le plus significatif – de la réforme de la garde à vue : la question des droits et garanties accordés aux personnes qui font l’objet de cette mesure.

Sur ce point, le projet de loi valide les droits acquis et leur ajoute la notification de celui de garder le silence. Il introduit par ailleurs l’innovation majeure que constitue l’intervention de l’avocat durant les interrogatoires.

Mais, au-delà de ces évolutions rendues nécessaires par les décisions conjointes de la Cour européenne des droits de l’Homme, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, des pans entiers du régime de la garde à vue se devaient d’être remis en cause. Ils ne l’ont pas été : le Parlement doit, désormais, s’en saisir.

---

## RÉAFFIRMER ET DÉVELOPPER LES DROITS ”CLASSIQUES“

La personne gardée à vue dispose pour l’essentiel des droits qui lui étaient reconnus antérieurement (article 63-1), le texte prévoyant cependant quelques nouveautés.

### ➤ INFORMATION CONCERNANT LA MESURE

Le texte reprend le droit pour la personne gardée à vue d’être informée de la mesure, de sa durée et des prolongations dont elle peut faire

l’objet. Il prévoit sans changement que l’information de la personne doit être faite dans une langue qu’elle comprend, « *le cas échéant au moyen de formulaires écrits* ».

Cependant, compte tenu de la difficulté que constitue, pour une personne ne parlant pas le français, l’obstacle de la langue, il paraît indispensable qu’il soit précisé que le recours au formulaire ne peut avoir lieu que pour l’information immédiate de la personne en l’absence de disponibilité de l’interprète. Il convient de

prévoir que ses droits lui seront ensuite de nouveau notifiés par l'interprète, afin qu'elle puisse alors demander toute précision sur les dispositions qui ne seraient pas claires pour elle.

## ➤ INFORMATION CONCERNANT LA NATURE DE L'INFRACTION

Le texte conserve le droit pour la personne gardée à vue d'être avisée de la nature de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre, et prévoit une disposition nouvelle, à savoir que l'information porte aussi sur la date présumée de l'infraction.

Cette disposition permettant à la personne de mieux appréhender le motif de sa garde à vue va dans le sens d'un meilleur respect des droits de la défense et ne peut qu'être favorablement accueillie. Dans le prolongement de cette idée, il paraît opportun d'aviser aussi la personne, du ou des lieux de l'infraction lorsqu'il(s) est(sont) connu(s).

## ➤ DROIT DE FAIRE PRÉVENIR UN PROCHE ET L'EMPLOYEUR

Le texte prévoit le droit pour la personne gardée à vue de faire prévenir un proche et son employeur par téléphone dans un délai de trois heures « à compter du moment où elle a formulé sa demande ». Il introduit ainsi deux changements :

- Il permet de faire prévenir l'employeur et un proche alors que le gardé à vue devait jusqu'à présent choisir entre ces deux personnes.

Ce progrès doit être salué.

- En revanche, le point de départ du délai pour l'accomplissement des diligences n'est plus le placement en garde à vue mais le moment où la demande est formulée. Le texte prévoit que ce droit est notifié « *immédiatement* », la jurisprudence actuelle fixant le délai à une heure pour l'accomplissement de cette formalité. Ainsi, si la personne se voit notifier ses droits au bout d'une heure de garde à vue et demande à faire prévenir sa famille, celle-ci pourra n'être avisée qu'après un délai de quatre heures depuis le début de la garde à vue. Il convient donc de prévoir un délai de deux heures maximum pour que cette modification textuelle ne se traduise pas par un recul des droits de la personne gardée à vue. Le fait de calculer le délai à compter de la demande de la personne et non du début de la mesure paraît – à cette réserve près – utile, notamment dans le cas où la personne ne fait pas cette demande immédiatement, par exemple si elle a été dans un premier temps en cellule de dégrisement.

## ➤ DROIT À UN EXAMEN MÉDICAL

Le point de départ du délai de trois heures donné à l'OPJ pour accomplir les diligences relatives à l'examen médical du gardé à vue a été modifié de la même manière que pour le droit de faire prévenir un proche et son employeur. Pour le reste, le texte ne modifie pas l'exercice de ce droit. Les mêmes observations doivent donc être faites que précédemment.

## NOTIFIER LE DROIT AU SILENCE

Le projet rétablit heureusement, dans un article 63-1 II du Code de procédure pénale, le droit « de se taire ».

Il s'agit en réalité d'une réminiscence. En effet, l'article 6 de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 avait prévu que « 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* ». Il s'agissait alors d'une formulation sans ambiguïté, qui avait d'ailleurs suscité une vive opposition de nombreux enquêteurs, à tel point qu'elle avait été abrogée deux ans plus tard.

Cette fois, la rédaction paraît davantage alambiquée : « elle [la personne gardée à vue] a le choix, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ».

Où l'on voit que l'obligation demeure de donner son identité et que pour le reste, il s'agit d'un choix et non d'un droit dont seule la troisième alternative concerne celui de se taire...

## INSTAURER UN DROIT À L'ASSISTANCE EFFECTIVE D'UN AVOCAT

Il s'agit de la question sur laquelle se sont principalement portées les exigences constitutionnelles et conventionnelles et, par conséquent, du point central de la réforme annoncée.

### LA SITUATION JURIDIQUE

**Dans le droit actuel**, en application de l'article 63-4 du Code de procédure pénale, le gardé à vue a le droit de s'entretenir dès le début de la mesure et pendant trente minutes avec un avocat choisi par lui ou désigné par le bâtonnier. Le conseil est avisé de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête et il peut, le cas échéant, présenter des observations écrites qui sont jointes à la procédure. Le même droit s'exerce en cas de prolongation de la garde à vue.

**La Cour européenne des droits de l'Homme**, dans de nombreux arrêts, a stigmatisé une conception aussi restrictive des droits de la défense en garde à vue. Le 13 octobre 2009, dans un arrêt *Dayanan c. Turquie*, elle a répertorié la gamme des interventions propres au conseil dont le gardé à vue peut bénéficier et a défini la notion d'assistance effective par un avocat au cours de la garde à vue. Ainsi édicte-t-elle que « 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 ».

Plus récemment, le 14 octobre 2010, dans un arrêt *Brusco c. France*, la Cour de Strasbourg a rappelé, s'il en était besoin, « que la personne

*placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire (voir les principes dégagés notamment dans les affaires Salduz c. Turquie, 27 novembre 2008, Dayanan c. Turquie, 13 octobre 2009, Boz c. Turquie, 9 février 2010 et Adamkiewicz c. Pologne, 2 mars 2010) ».*

**Le Conseil constitutionnel**, dans sa décision du 30 juillet dernier, a souligné que l'absence d'assistance effective de la personne gardée à vue résultait de l'absence de l'avocat au cours des auditions.

Enfin, dans l'arrêt *Sahraoui* rendu le 19 octobre dernier, **la Cour de cassation** a ainsi consacré l'interprétation d'une chambre de l'instruction :

- « Attendu que, pour prononcer l'annulation des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, les juges énoncent que M. Sahraoui 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 avocat n'a pu, en l'état de la législation française, **participer** ;
- Attendu qu'en 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 ».

Une (r)évolution de la notion d'assistance de l'avocat en garde à vue était donc indispensable. Pour l'heure, elle n'a pas eu lieu...

## UN PROJET INSUFFISANT

### L'ENTRETIEN AVEC L'AVOCAT

Le projet de loi, dans le futur article 63-3-1 du Code de procédure pénale, maintient l'entretien avec l'avocat, pendant une demi-heure, au début de la garde à vue de droit commun.

Si le principe même de cet entretien n'est pas à remettre en cause, sa durée, confrontée aux exigences d'une véritable défense posées par la Cour de Strasbourg, pourrait être augmentée à *une heure*. En effet, des pièces du dossier seront communiquées à l'avocat, il importe qu'il ait le temps d'en discuter avec son client.

De la même façon, il doit devenir possible pour l'avocat de s'entretenir avec son client entre deux auditions, afin de faire le bilan de celles-ci : ce point, pourtant crucial, n'est pas évoqué dans le projet de loi.

### L'ASSISTANCE DE L'AVOCAT AUX AUDITIONS

#### Le projet de loi

Le futur article 63-4-2 du Code de procédure pénale instaure la possibilité pour le gardé à vue de demander que l'avocat assiste à ses auditions, sans préciser cependant quel pourra être le délai d'attente imposé au conseil, délai pourtant évoqué dans l'étude d'impact à l'occasion de la mise à disposition pour les avocats de « *salles d'attente et de travail* ».

Toutefois, saisi par l'officier de police judiciaire qui souhaitera ne pas faire droit à cette demande, le procureur de la République pourra, par décision écrite et motivée, « *lorsque cette mesure apparaît indispensable, en considération des circonstances particulières de l'enquête, 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 personnes* », décider de différer pendant douze heures la présence de l'avocat aux auditions.

Le magistrat pourra alors également interdire la consultation des procès-verbaux d'audition par l'avocat pendant ce laps de temps.

L'ensemble des interventions de l'avocat peut comme aujourd'hui, donner lieu à la rédaction d'observations écrites qui seront jointes à la procédure.

#### De nombreuses carences

Plusieurs critiques peuvent être adressées au projet dans ce domaine.

En premier lieu, le report de l'intervention de l'avocat ne paraît pouvoir se justifier que lorsqu'une audition ou une perquisition doit être réalisée dans une urgence telle que l'arrivée matérielle de l'avocat n'est pas possible dans ce délai. Toute autre dérogation doit être explicitement proscrite, sauf à jeter une suspicion inacceptable sur les avocats, dont il n'est pas inutile de rappeler qu'ils sont responsables disciplinairement et pénalement.

S'agissant d'une décision portant directement atteinte aux droits de la défense, il importe qu'elle ne puisse être prise que par un magistrat du siège.

En deuxième lieu, il est regrettable que le texte n'ait pas envisagé, dans cette hypothèse exceptionnelle où il aurait été décidé de reporter l'intervention de l'avocat, que les auditions fassent l'objet d'un enregistrement audiovisuel, y compris pour les majeurs en matière délictuelle. Cette précaution permettrait au moins un contrôle *a posteriori* de cette phase de l'enquête.

En troisième lieu, le texte ne précise pas comment l'avocat doit être mis en mesure d'être effectivement présent lors des auditions de son client. Un planning précis du déroulement de la garde à vue déterminé *a priori* paraît difficile à concevoir. En revanche, il est parfaitement possible et souhaitable de prévoir que l'OPJ devra prévenir téléphoniquement l'avocat avant chaque acte auquel il pourra participer et, sauf meilleur accord, ne commencer l'audition qu'à l'expiration d'un délai déterminé par le magistrat directeur d'enquête et que l'OPJ aura communiqué à l'avocat.

Si l'avocat ne répond pas au téléphone, le message laissé sur son répondeur vaudra avertissement et point de départ du délai ; à défaut de

répondeur, l'OPJ pourra débiter l'audition sans délai.

En quatrième lieu, le texte ne prévoit pas que l'avocat puisse poser des questions ni formuler des observations orales pendant les auditions de son client. Il est à cet égard en retrait de l'avant-projet de réforme de la procédure pénale rendu public le 1<sup>er</sup> mars 2010, lequel transposait aux auditions de gardes à vue les règles régissant aujourd'hui les interrogatoires du mis en examen par le juge d'instruction.

Il s'agit-là d'une régression importante, qui vise à réduire les avocats au silence. Outre qu'elle n'est pas acceptable au regard de la nature du métier d'avocat et des avantages qu'il y aurait au contraire à laisser l'avocat s'exprimer afin qu'il puisse contribuer activement à la défense de son client et ainsi à la manifestation de la vérité, elle ne semble pas conforme aux prescriptions des arrêts rendus le 19 octobre par la Cour de cassation, dont il résulte que l'avocat doit pouvoir « *participer* » à ces auditions. Une simple présence ne saurait être considérée comme une réelle participation et ne répond pas davantage à plusieurs notions consacrées par la Cour européenne des droits de l'Homme au titre du droit à « *l'assistance effective* » par un avocat : « *la discussion de l'affaire* », « *l'organisation de la défense* », « *la recherche des preuves favorables à l'accusé* » ou encore « *le soutien de l'accusé en détresse* » (cf. en particulier l'arrêt *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009).

Il conviendrait donc d'appliquer aux auditions du gardé à vue les règles prévues par l'article 120 du Code de procédure pénale s'agissant des interrogatoires et confrontations pratiqués par le juge d'instruction : possibilité pour l'avocat de poser des questions ou présenter de brèves observations ; possibilité pour l'OPJ de s'opposer aux questions de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête ou à la dignité de la personne ; mention de ce refus au procès-verbal ; possibilité pour l'avocat de faire annexer au procès-verbal des conclusions afin de demander acte d'un désaccord.

En cinquième lieu, le texte limite l'assistance de l'avocat aux seules auditions de la personne gardée à vue, à l'exclusion de tout autre acte.

Or, il peut être retenu de la jurisprudence européenne, comme l'a fait l'avocat général près la Cour de cassation Marc Robert en se fondant sur de nombreux arrêts de la Cour de Strasbourg, que « *le droit à l'assistance effective par avocat concerne, outre les interrogatoires, l'ensemble des actes d'enquête auxquels participe activement le gardé à vue, notamment la confrontation et la reconstitution des faits* » (voir en particulier les arrêts *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, *Ibrahim Öztürk c. Turquie* du 17 février 2009, *Karabil c. Turquie* du 16 juin 2009, *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009, *Güvelinir c. Turquie* du 13 octobre 2009, *Yunus Aktas et autres c. Turquie* du 20 octobre 2009, *Mehmet Ali Ayhan c. Turquie* du 3 novembre 2009, *Kolesnik c. Ukraine* du 19 novembre 2009, *Savas c. Turquie* du 8 décembre 2009, *Boz c. Turquie* du 9 février 2010, *Adamkiewicz c. Pologne* du 2 mars 2010, *Soykan c. Turquie* du 21 avril 2010 et *Karadag c. Turquie* du 29 juin 2010).

Il conviendrait donc à tout le moins que le texte prévoie la participation de l'avocat aux confrontations et reconstitutions auxquelles participe son client, dans les mêmes conditions que pour les auditions.

En dernier lieu, le projet de loi ne prévoit pas l'hypothèse d'une contrariété d'intérêts pour l'avocat. Il faut pourtant envisager cette perspective, en particulier si un avocat veut défendre plusieurs personnes dans une même affaire. Il importe de prévoir expressément la faculté pour le procureur de la République de saisir le bâtonnier en urgence afin qu'il tranche la question.

## ▣ L'ACCÈS DE L'AVOCAT AU DOSSIER

### Le projet de loi

L'article 64-4-1 du projet de loi prévoit qu'« à sa demande, l'avocat peut consulter le procès-verbal établi en application de l'article 63-1 constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés ainsi que les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste ».

Le procureur de la République pourra toutefois

s'opposer à une telle demande, par décision écrite et motivée, « *lorsque cette mesure apparaît indispensable, en considération des circonstances particulières de l'enquête, 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 personnes* ».

Par ailleurs, une disposition particulière ajoute à l'article 803-3 une phrase qui permet à l'avocat d'avoir accès à l'entier dossier de la procédure lorsqu'une personne est déférée et placée dans l'un des dépôts des tribunaux de la région parisienne.

### **Observations**

Sur ce point, le projet de loi est une nouvelle fois très insuffisant.

D'abord, c'est à l'entier dossier de la procédure que l'avocat doit pouvoir avoir accès, et non seulement à certains procès-verbaux, pour les mêmes raisons que celles tenant à sa nécessaire participation active aux auditions, confrontations et reconstitutions. En particulier, les termes de l'arrêt *Dayanan c. Turquie* de la Cour européenne des droits de l'Homme relatifs à la « *vaste gamme des interventions propres au conseil* », s'agissant en particulier de « *l'organisation de la défense* », de « *la recherche des preuves favorables à l'accusé* » et de « *la préparation des interrogatoires* », militent en faveur d'un droit d'accès intégral.

Ensuite, le texte ne règle pas la question des modalités d'accès aux pièces par l'avocat.

En pratique, certains procès-verbaux (interpellation, perquisition...) ne sont pas toujours immédiatement formalisés. La loi devrait prévoir que tous les procès-verbaux seront rédigés et signés dans le temps de leur accomplissement. Ainsi, l'avocat pourra ensuite y avoir accès.

S'agissant des dossiers d'instruction, les pièces autres que celles établies par le service enquêteur (procès-verbaux des actes réalisés par le juge d'instruction, rapports d'expertise...) ne se trouvent pas toujours dans les locaux dudit service. Il importe donc de préciser dans la loi que l'ensemble de la « *cote fond* » du dossier d'instruction devra se trouver en possession de l'OPJ en charge de la mesure de garde à vue au plus tard dès l'arrivée de l'avocat.

Il convient également de prohiber expressément la pratique – observée dans certaines unités de gendarmerie – consistant à n'établir qu'un procès-verbal relatant plusieurs auditions successives, afin que ne puisse être opposée à l'avocat l'absence de clôture du procès-verbal pour lui refuser la possibilité d'y accéder, qu'il s'agisse d'ailleurs des auditions de son client ou de celles d'un autre gardé à vue.

Ces dispositions visent à garantir l'effectivité du droit d'accès accordé à l'avocat, lequel doit être mis en mesure d'assurer une défense efficace.

Enfin, la possibilité de ne pas faire droit à la demande de consultation des procès-verbaux par la défense est injustifiable. Elle procède d'une défiance pour le moins douteuse à l'égard de la profession d'avocat et doit donc disparaître.

## **OFFRIR AUX PERSONNES GARDÉES À VUE UN CONTRÔLE RÉEL ET IMPARTIAL SUR LA MESURE DONT ELLES FONT L'OBJET**

Le projet de loi ne propose aucune évolution de l'autorité chargée de contrôler la garde à vue. Il est pourtant difficilement contestable que le ministère public, actuellement chargé

du contrôle de la garde à vue, a en partie failli dans cette mission (incapacité à endiguer le flot montant des gardes à vue, absence de volonté réelle d'en limiter la durée *via* une politique

malthusienne en matière de prolongations...).

Mais surtout, la Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *Medvedyev c. France* du 29 mars 2010 semble clairement disqualifier le ministère public pour la mission de contrôle des gardes à vue. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg indique en effet que l'autorité de contrôle de la garde à vue doit présenter « *des garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'elle puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public* ».

Ce dernier arrêt impose à l'évidence une évolution que la seule considération de la pratique actuelle rendait de toute façon indispensable.

Comme autorité de poursuite, le procureur de la République est parfaitement qualifié pour décider du placement en garde à vue, pour être avisé de ce placement, pour être destinataire des comptes-rendus d'audition et pour mettre fin à cette mesure lorsqu'il l'estime utile.

En revanche, parce qu'il est la partie

poursuivante, il n'est manifestement pas en mesure, avec l'impartialité et l'apparence d'impartialité nécessaires, de décider du report de l'avis à famille, du report de l'intervention de l'avocat ou de la prolongation de la garde à vue.

C'est donc à un magistrat du siège, avec l'impartialité qui convient, de décider de ces événements qui font directement grief aux personnes gardées à vue et qui constituent en vérité le cœur du contrôle judiciaire de la garde à vue.

Il faut d'ailleurs souligner que cette solution présente un important mérite, celui de soumettre ce type de décision à un contrôle juridictionnel *a priori*, ce qui vaut singulièrement mieux qu'un contrôle *a posteriori* qui aurait nécessairement pour conséquence l'annulation de la garde à vue.

En tout état de cause, la situation actuelle, s'agissant du report de l'avis à famille, n'est manifestement pas satisfaisante : il s'agit d'un des seuls cas où le ministère public prend des décisions attentatoires aux libertés individuelles sans qu'elles ne puissent être soumises au contrôle juridictionnel du juge du siège.

## FAIRE ÉVOLUER LES RÉGIMES D'EXCEPTION

Il n'est pas inintéressant de constater que, fin août 2010, alors que tous les clignotants étaient au rouge et affichaient clairement la nécessité de réformer radicalement les régimes dérogatoires, la Chancellerie présentait un projet de loi dans lequel il n'était nullement question de la moindre évolution en la matière.

Le ministère de la justice n'hésitait d'ailleurs pas à affirmer, par incompetence ou par manque de courage politique, que le Conseil constitutionnel avait validé ces régimes dérogatoires, alors qu'il n'avait fait qu'estimer, sur ce point, sa saisine irrecevable !

Les arrêts de la Cour de cassation en date du 19 octobre dernier ont rendu nécessaire une évolution de la communication ministérielle

– des amendements devraient être présentés au sujet des régimes dérogatoires. Il n'en demeure pas moins que le projet, tel qu'il a été présenté au Conseil des ministres, ne modifie en rien ces régimes, en contradiction évidente avec la jurisprudence...

### ➤ ALIGNER LES RÉGIMES DÉROGATOIRES, À L'EXCEPTION DE CELUI CONCERNANT LES MINEURS, SUR LE DROIT COMMUN

Le Syndicat de la magistrature porte depuis longtemps une critique radicale des régimes d'exception, qui n'apportent que peu de

progrès dans la conduite des enquêtes sans offrir les mêmes garanties que le régime de droit commun.

Aussi, il demande qu'en matière de garde à vue, l'ensemble des régimes dérogatoires soient supprimés et confondus avec le régime général, tant du point de vue de leur durée que des droits qui leur sont attachés.

## ➤ À TOUT LE MOINS, RESPECTER LES STANDARDS EUROPÉENS EN MATIÈRE D'INTERVENTION DE L'AVOCAT

Le régime de garde à vue institué par l'article 706-88 du Code de procédure pénale est évoqué de manière incidente par le projet dans un chapitre II qui traite des « *dispositions diverses* ». Ce choix traduit le refus de la Chancellerie de réformer les régimes dérogatoires en restant sourde aux préconisations de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Dans l'arrêt *Salduz* du 27 novembre 2008, la Cour de Strasbourg jugeait en effet sans ambiguïté que la limitation systématique et générale des droits de la défense au regard d'une catégorie d'infractions était contraire à l'article 6 de la Convention, seules les circonstances particulières de l'affaire pouvant justifier qu'il soit porté atteinte à ces droits.

Pourtant, la Chancellerie a tiré argument du refus du Conseil constitutionnel de réexaminer, dans sa décision du 30 juillet 2010, la constitutionnalité des gardes à vue dérogatoires pour les maintenir. Dans une circulaire rédigée et diffusée le jour même, elle a estimé que le Conseil avait confirmé « *le principe de l'accès différé à un avocat, de 48 heures ou de 72 heures, pour les personnes placées en garde à vue pour l'une des infractions visées au dernier alinéa de l'article 63-4 du Code de procédure pénale, relevant de la délinquance ou de la criminalité organisée* ».

Le 19 octobre 2010, la Cour de cassation, dans le droit fil de la jurisprudence européenne, a précisé que la restriction au droit, pour une personne gardée à vue, d'être assistée dès le début de la mesure par un avocat, en application de l'article 706-88 du Code de procédure pénale instituant un régime spécial pour certaines infractions, doit répondre à l'exigence d'une raison impérieuse, laquelle ne peut découler de la seule nature de l'infraction.

Le principe doit donc devenir, en matière de régimes dérogatoires, une intervention de l'avocat dès la première heure de la garde à vue. À titre exceptionnel, une restriction à ce droit pourrait être fondée sur des raisons impérieuses tirées des circonstances de l'espèce, constatées et motivées par un juge.

## ÉTENDRE LE CHAMP DE L'ENREGISTREMENT AUDIOVISUEL DES GARDES À VUE

L'actuel article 64-1 du Code de procédure pénale impose l'enregistrement audiovisuel des gardes à vue réalisées en matière criminelle, mais il ne le prévoit pas en matière délictuelle.

L'avant-projet de réforme de la procédure pénale du 1<sup>er</sup> mars 2010 étendait les possibilités d'enregistrement des gardes à vue « *sur décision de l'officier de police judiciaire ou du*

*procureur de la République ou sur demande de la personne gardée à vue, en matière délictuelle* » (article 327-18).

Le projet de loi ne prévoit plus rien de tel.

Pourtant, l'intervention de l'avocat en garde à vue est susceptible de faire naître des conflits, des divergences d'interprétation sur ce qui a

été dit ou non durant les auditions de garde à vue, et il apparaît judicieux de ménager, dans certains dossiers délictuels, une possibilité d'enregistrement afin de limiter les risques de contentieux. Il est probable que l'enregistrement de certaines gardes à vue aura un effet pacificateur sur le déroulement de celles-ci.

Aussi doit-il devenir possible, par exception, de faire procéder à l'enregistrement audiovisuel des gardes à vue prises en matière délictuelle, soit d'office par l'officier de police judiciaire, soit sur décision du procureur de la République, soit à la demande de la personne gardée à vue ou de son avocat.

## **ASSURER LE DÉROULEMENT DE LA GARDE À VUE DANS DES CONDITIONS PRÉSERVANT LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE**

Un des principaux griefs faits à la garde à vue concerne les atteintes à la dignité qui en découlent presque automatiquement. Ces atteintes ont trait aux mesures de sécurité et aux fouilles qui y sont pratiquées, ainsi qu'à la mauvaise tenue des locaux.

Si le projet de loi tente de réglementer les premières, il reste extrêmement taiseur sur la seconde.

### **▶ LES MESURES DE SÉCURITÉ ET LES FOUILLES**

Le projet vient mettre un terme au vide juridique concernant les mesures de sécurité et fouilles en garde à vue, notamment en posant le principe de l'interdiction des fouilles à corps intégrales comme mesure de sécurité. Il s'agit d'une évolution importante puisque cette mesure, particulièrement attentatoire à la dignité de la personne, était pratiquée de manière quasi-systématique, sans qu'il soit besoin de la motiver ou de la justifier par des circonstances particulières.

Il est cependant regrettable que le texte de l'article 63-6 se contente d'exclure une fouille à corps intégrale et de renvoyer pour le régime des fouilles et palpations de sécurité à un arrêté ministériel. Il s'agit pourtant bien de mesures attentatoires à la liberté des personnes, qui

devraient à ce titre être encadrées par la loi. Ainsi, la privation systématique des lunettes et des soutiens-gorge pour les personnes gardées à vue doit absolument être proscrite.

Le projet prévoit logiquement la possibilité d'une fouille à corps intégrale ou d'investigations corporelles internes pour les nécessités de l'enquête décidées par l'OPJ, et réalisées par un médecin pour les secondes. En pratique, il s'agira notamment de rechercher des produits stupéfiants transportés *in corpore*.

Toutefois, afin de passer de la proclamation de principe à l'effectivité des droits, il importe que la loi prévoie la sanction de fouilles à corps qui seraient pratiquées de façon abusive : il conviendrait alors de prévoir, dans l'article 63-7, que la pratique de telles fouilles doit figurer au procès-verbal, être justifiée en fonction des circonstances impérieuses de l'espèce et au regard d'un objectif précis, et que le tribunal chargé d'examiner l'affaire pourra annuler une garde à vue dans laquelle une fouille à corps aura été réalisée de façon disproportionnée.

Une autre solution pourrait consister, s'agissant des fouilles à corps et des investigations *in corpore*, à les subordonner à l'autorisation préalable du magistrat du siège chargé de contrôler la garde à vue.

## ➤ LES LOCAUX

Le texte est totalement taisant sur les conditions matérielles de la garde à vue résultant de l'état des locaux, conditions bien souvent indignes dans les faits.

Pour être précis, un recul assez significatif est à noter. En effet, l'article 73-7 du projet de loi tel qu'il se présentait avant sa transmission au Conseil d'État consacrait le principe selon lequel « *la garde à vue doit se dérouler dans des conditions matérielles assurant le respect de la dignité de la personne* ».

Désormais, il s'agit, dans l'article 63-5 du projet, de simples « *conditions assurant le respect de la dignité de la personne* ». Mutation significative... qui doit absolument être revue.

En n'évoquant plus les conditions « *matérielles* », le projet prend en effet le risque d'une excessive généralité qui lui fait perdre beaucoup de force.

De plus, compte tenu de la réalité de ces circonstances matérielles – maintes fois dénoncées notamment par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté – il est particulièrement regrettable qu'aucune procédure de sanction de leur indignité n'ait été envisagée.

Les possibilités d'évolution sont pourtant multiples.

En premier lieu, il aurait été judicieux de conférer au juge chargé de contrôler la garde à vue un pouvoir de se rendre sur place, en fonction d'éléments objectifs rapportés à lui par la personne gardée à vue (au moment de la prolongation par exemple) ou par son avocat, afin de constater d'éventuelles contrariétés entre les conditions de rétention et les principes dégagés par la Convention européenne des droits de l'Homme. Le juge chargé du contrôle aurait, en fonction de ses constatations dont il devrait dresser rapport,

le pouvoir de remettre la personne en liberté.

Par ailleurs, le texte devrait prévoir un régime de nullité de la garde à vue, au cas où le tribunal correctionnel constaterait que les conditions matérielles de la garde à vue ne sont pas conformes aux prescriptions minimales de la Convention européenne des droits de l'Homme.

À défaut d'une telle sanction, on sait bien qu'il sera toujours pris prétexte de manque de moyens pour ne pas réformer en profondeur les conditions matérielles de la garde à vue.

En second lieu, la nécessité pour les magistrats du parquet de procéder à une visite systématique des locaux de garde à vue une fois par an – telle que déjà prévue par l'article 41 du Code de procédure pénale – est seulement maintenue. Il aurait été essentiel, si l'on souhaitait réellement poursuivre les objectifs affichés, de prévoir une sanction procédurale au défaut de ces visites (qui étaient trimestrielles sous l'empire de la loi du 15 juin 2000) et de donner aux magistrats un pouvoir d'injonction à l'administration en termes de salubrité et de sécurité des locaux.

Cette question n'est à l'évidence pas une priorité pour le gouvernement qui ne prévoit, dans l'étude d'impact, aucun financement pour mettre les locaux de garde à vue en conformité avec les exigences de dignité des personnes brandies par le projet.

Pourtant, dans sa décision du 30 juillet dernier, le Conseil constitutionnel a entendu rappeler « *qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire compétentes de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne* ». Le législateur ne peut rester sourd à cette injonction, et doit donner aux institutions judiciaires des moyens juridiques afin qu'ils puissent accomplir cette mission essentielle.

# DÉFINIR DANS LA LOI LE RÉGIME DES NULLITÉS EN GARDE À VUE

Le régime des nullités est défini à l'article 802 du Code de procédure pénale, qui dispose qu'« *en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ».

La Cour de cassation a bâti une jurisprudence sur les nullités en garde à vue, qui a pour effet de relativiser considérablement la portée de celles-ci. Cette jurisprudence peut être caractérisée à partir des lignes de force suivantes :

- Seules les nullités d'ordre public peuvent être soulevées d'office par le tribunal correctionnel ;
- L'annulation d'une garde à vue n'a pas d'effet sur les actes subséquents, et particulièrement sur le défèrement, dont elle ne serait pas le support nécessaire.

Pour que le contrôle exercé par l'autorité judiciaire soit efficient, plusieurs solutions – cumulatives – s'offrent au législateur.

La première de ces solutions consiste à prévoir un examen obligatoire par la juridiction de jugement des conditions du placement en garde à vue et de son déroulement. Cela signifierait que l'ensemble des vices susceptibles d'affecter une garde à vue pourraient être soulevés d'office par le tribunal correctionnel, sans que soit nécessaire que telle ou telle nullité soit soulevée.

La seconde consiste, pour le législateur, à donner sa cohérence au système, en précisant que la garde à vue est, de façon indubitable, le support nécessaire d'un défèrement. À cet égard, la jurisprudence de la Cour de cassation ne se justifie que par le souci du juge d'éviter de trop grandes conséquences à une nullité. Si le législateur souhaite, à l'inverse,

donner du sens à ces nullités, il convient qu'il prenne le contre-pied de cette accommodante jurisprudence.

La troisième piste consiste à étendre le champ des « *nullités faisant nécessairement grief* ». La Cour de cassation a ainsi déterminé, notamment dans un arrêt du 2 février 2005, que faisait « *nécessairement grief à l'intéressé tout retard non justifié par une circonstance insurmontable dans l'information donnée au juge d'instruction du placement en garde à vue* ».

Sur ce modèle, il appartient au législateur de dégager un corpus de nullités qui feraient « *nécessairement grief* » et justifieraient l'annulation d'une garde à vue. Il conviendrait de relever, au titre de ces nullités :

- Le non-respect des conditions du placement en garde à vue, et l'absence de proportionnalité de cette mesure (articles 62-3, 62-5, 62-6 du Code de procédure pénale) ;
- Le retard ou l'absence de notification des droits en garde à vue ;
- Le retard ou l'absence de la mise en œuvre des droits en garde à vue ;
- La disproportion dans la mise en œuvre des fouilles et des mesures de sécurité ;
- Le non-respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme relatives à la dignité des personnes gardées à vue – et crucialement les mauvaises conditions matérielles dans lesquelles se déroulent parfois les gardes à vue.

Le régime des nullités est très stratégique parce que c'est lui qui permet de passer des « *droits formels* » aux « *droits réels* ». Sans lui, rien n'incite vraiment les magistrats et enquêteurs à se conformer strictement à la loi.

Il est pour le moins regrettable que le projet n'en fasse aucun cas.

## ÉTENDRE À D'AUTRES MESURES DE RÉTENTION LES DROITS INHÉRENTS À LA GARDE À VUE

Le projet de loi ne propose de réformer que la garde à vue – et, il est vrai, de créer un nouveau régime « *d'audition libre* ».

Or, une réforme conséquente supposerait au minimum que la rétention douanière soit aussi modifiée en cohérence avec ce qu'il adviendra de la garde à vue.

La décision du Conseil constitutionnel du 22 septembre dernier a en effet clairement invalidé ce régime, conformément à ce qu'il avait fait pour la garde à vue.

Les sages de la rue de Montpensier ont, pour les mêmes raisons que pour la garde à vue, reporté les effets de leur décision au 1<sup>er</sup> juillet 2011.

Il est donc incohérent de prétendre réformer la garde à vue, pour en limiter le nombre notamment, si restent à la disposition des enquêteurs des régimes permettant de retenir un individu

sous la contrainte sans se soumettre aux nouvelles dispositions concernant la garde à vue.

À cet égard, et contrairement à l'avant-projet, le texte est désormais muet sur les effets des autres mesures de privation de liberté – que sont la rétention douanière, le dégrisement, la procédure de vérification d'identité – quant à la computation des délais : cela doit évoluer.

Enfin, un autre régime devra figurer dans la réforme en raison de son étroite imbrication avec la garde à vue : le placement en chambre de sûreté pour ivresse (dont le nombre est évalué à 70 000 rien que pour l'année 2008). Des droits doivent être prévus pour les personnes qui en font l'objet, nonobstant leur état d'ivresse : ils doivent être systématiques dès lors que la personne n'est pas en état d'en décider. En effet, ces personnes sont, de fait, les plus faibles : il n'est, pour cette raison, pas possible de surseoir à la mise en œuvre de leurs droits.

