

**OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE LOI
TENDANT A LIMITER ET A ENCADRER LA GARDE A VUE**

PAR HENRI LECLERC

Le projet de loi relatif à la garde à vue, délibéré en Conseil des ministres le 14 octobre dernier, est la conséquence de la décision du Conseil Constitutionnel du 30 juillet 2010. Cependant, le texte du Gouvernement ne tient pas compte de la position de la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt du 14 octobre 2010 qui sanctionne la France. Le texte ne tient pas davantage compte, et ce pour cause de calendrier, des trois arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 19 octobre 2010, déclarant contraires à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme plusieurs dispositions de la loi actuellement en vigueur.

1. La question de la garde à vue

La garde à vue est une mesure de contrainte policière permettant de retenir des suspects pendant une période limitée pour les nécessités de l'enquête. A vrai dire, elle permet surtout de les interroger, ce qui faisait dire au professeur Merle qu'on aurait pu l'appeler la « garde à l'ouïe ».

1.1. Rappel succinct de l'origine et de l'évolution de la garde à vue

La garde à vue est ignorée au XIX^{ème} siècle. L'instruction préparatoire est conduite par le juge d'instruction sans que *l'inculpé* soit assisté d'un avocat et puisse prendre connaissance de son dossier. La loi du 8 décembre 1897 met fin à cette procédure presque totalement inquisitoire, en permettant à l'avocat d'assister aux interrogatoires et d'avoir connaissance du dossier. Afin de contourner ces nouvelles dispositions, se met aussitôt en place, de façon jugée illégale par la plupart des commentateurs juridiques, la pratique de *l'enquête officieuse* au cours de laquelle policiers et gendarmes retiennent dans leurs locaux et interrogent des personnes en secret, sans défense et sans communication des éléments à charge. Le décret du 20 mai 1903 sur la gendarmerie prévoit une rétention de 24 heures. Puis une circulaire de 1943 en définit mieux les contours.

C'est au moment de la promulgation du Code de procédure pénale (CPP) en 1958 que le débat sur le maintien ou la suppression de cette mesure de contrainte va être très vif, tant au sein la doctrine juridique que chez les praticiens ainsi que lors des débats au Parlement. Finalement, *l'enquête officieuse* entre dans le CPP, comme le recommandait la Commission présidée par le Procureur général Besson. La Commission avait en effet indiqué qu'il était préférable de légaliser la pratique « plutôt que de feindre d'en ignorer l'existence ».

Le Code de procédure pénale en 1958 limitait la garde à vue à une durée de 24 heures renouvelable une fois, et imposait le respect d'un certain nombre de conditions. Mais, en pleine période de la guerre d'Algérie, la Cour de Cassation décidait que les infractions aux prescriptions du CPP ne pouvaient annuler la procédure que s'il était prouvé par celui qui s'en prévalait que les irrégularités commises « avaient fondamentalement vicié la recherche de la vérité »¹. La tâche s'avérait pratiquement impossible.

Par ailleurs, la garde à vue était portée à l'époque à 15 jours devant les juridictions militaires ou d'exception pour les infractions en relation avec les événements. Par la suite, cette exception en matière politique persistera, avec des durées diverses, jusqu'à la suppression de la Cour de sûreté de l'Etat en 1981.

Différentes lois, notamment celles de 1970, 1986, 2004 et 2006, selon diverses modalités, portent le maintien en garde à vue à quatre jours en matière de stupéfiants et de criminalité organisée, et à six jours en matière de terrorisme.

¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 17 mars 1960 - Bull. n° 156.

Quant aux mineurs soupçonnés d'avoir commis une infraction passible d'au moins 5 ans de prison, ils peuvent être « retenus » 12 heures renouvelables lorsqu'ils sont âgés de 10 à 13 ans, et ils peuvent être placés en garde à vue pour 24 heures renouvelables quand ils sont âgés de 13 à 16 ans. Au-delà de 16 ans, ils sont pratiquement soumis au régime de droit commun.

Le débat n'a jamais cessé sur la justification de la garde à vue, d'autant plus que les conditions matérielles d'exécution, les atteintes à la dignité les mauvais traitements sont l'objet de mises en cause fréquentes et récurrentes² dont le paroxysme a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour européenne³. Ces arrêts de la juridiction européenne condamnent de façon très ferme la France pour des comportements policiers en garde à vue considérés comme des traitements inhumains ou dégradants, voire des tortures qui ne sont pas, bien entendu, la règle commune mais des actes avérés que les autorités et la justice françaises s'était refusées à reconnaître et à réprimer.

La Commission *Justice pénale et droits de l'Homme* présidée par madame Mireille Delmas-Marty en 1991 proposa une réforme en profondeur dont la mesure la plus emblématique - qui paraît aujourd'hui bien modeste - est de permettre à un avocat de s'entretenir avec la personne gardée à vue à la 20^{ème} heure, et ce pendant une demi-heure. Ces propositions soulevèrent un tollé considérable dans la police.

Néanmoins, la loi du 4 janvier 1993 va sérieusement encadrer la garde à vue et renforcer les droits de la personne retenue. Ainsi, la nouvelle loi prévoit en particulier que toutes ces dispositions sont édictées à peine de nullité automatique, et que l'avocat pourra s'entretenir pendant une demi-heure avec la personne gardée à vue au bout de vingt heures. La loi du 24 août 1993, quant à elle, abroge un certain nombre de dispositions et notamment fait disparaître les nullités textuelles, tout en maintenant la présence de l'avocat à la 20^{ème} heure, pour une demi-heure.

La loi du 15 juin 2000 prévoit un entretien avec l'avocat pendant une demi-heure dès la première heure de garde à vue, et limite au suspect la possibilité d'être placé en garde à vue. Depuis cette date, la matière a été révisée à de nombreuses reprises.

1.2. Raisons et place de la garde à vue

Le Code de procédure pénale actuel ne donne pas ses raisons mais il est évident que la garde à vue se rattache directement à la vieille conception inquisitoire de notre système de procédure pénale qui privilégie l'interrogatoire et la recherche de la preuve dans la parole même du suspect.

Rappelons que, sauf entre 1993 et 2003, notre droit ne formalise pas le principe récurrent des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme qui affirme le droit de ne pas s'incriminer soi-même, même si formellement, il ne fait plus de l'aveu la reine des preuves (*Probatio probatissima*). En effet, l'article 428 du Code de procédure pénale énonce que l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges.

Il est classique de rappeler le propos d'un manuel de police, certes ancien mais qui a servi pendant des années d'instrument de formation dans les écoles de commissaires, dans lequel le commissaire Lambert précise : « *il faut bien se convaincre de l'importance capitale de l'aveu. S'il est une peine qui a sa récompense, c'est bien celle que le commissaire a prise pour obtenir l'aveu du coupable* ». Puis il explique les techniques par lesquelles on peut acculer celui qu'on interroge « *au vertige mental dont procède l'aveu* »⁴.

² Rapport de Jean-Marie Delarue, Contrôleur général des lieux de privation de liberté qui en 2008 relève que les locaux de garde à vue sont « *dans un état indigne pour les personnes qui y séjournent, qu'elles soient interpellées ou qu'elles y exercent leurs fonctions* » ; Rapports de la Commission nationale de déontologie de la sécurité ; Rapport de messieurs Alvaro Gil-Roblès et Thomas Hammarberg, Commissaires aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe.

³ CEDH Tomasi c/ France, 27.08.1992 ; Salmoni c/ France, 8.07.1999 ; Rivas c./ France, 01.04.2004.

⁴ Lambert, *Traité théorique et pratique de la police judiciaire*, Lyon Desvignes, 1947.

En fait, la garde à vue reste au cœur de notre système procédural, comme le remarque dans sa décision du 30 juillet 2010 le Conseil constitutionnel. Celui-ci constate que les procédures soumises à instruction préparatoire représentent moins de 3% des jugements, que la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales - depuis la loi du 24 août 1993 - a été généralisée, et que « *même dans les procédures portant sur des faits complexes et particulièrement graves, une personne et désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de la constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause* ». ⁵

1.3. Inflation du nombre de gardes à vue annuelles

A s'en tenir aux chiffres des dix dernières années, on peut constater que le nombre de garde à vue était de 364.000 en 2000, 500.000 en 2005, et 770.000 en 2009 [792 593 précisément, selon l'étude d'impact du projet de loi].

Quelle est la cause de cette inflation constante ? Plusieurs raisons ont été invoquées :

- Les syndicats de policiers ont pour habitude d'en rejeter la responsabilité sur la Cour de Cassation, invoquant un arrêt⁶ qui précise que la personne contre laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction doit être placée en garde à vue et recevoir notification de ses droits. En un mot, les policiers interprètent cet arrêt comme imposant la garde à vue de tout suspect, pour pouvoir lui reconnaître les droits énoncés par le Code de procédure pénale. Nous verrons que cette conception est au cœur du nouveau système que l'on nous propose.
- Selon les statistiques publiées par l'Observatoire national de la délinquance, le nombre de gardes à vue réalisées tous les mois étant publié par le ministère de l'intérieur, constitue un important indicateur de l'activité des unités de police, et sert même en partie de fondement à l'attribution de primes diverses, ce qui inciterait les policiers à faire ainsi du chiffre⁷.
- Le Conseil Constitutionnel pour sa part donne une autre explication⁸ : un certain nombre de dispositions législatives ont conduit à une inflation considérable du nombre des officiers de police judiciaire, passant de 25.000 à 53.000 entre 1993 et 2009, il estime que cela a contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour les infractions mineures.

1.4. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme

Une série d'arrêts de la Cour européenne est intervenue depuis 1996. Tous préconisent de façon claire la présence de l'avocat durant toute la durée de la garde à vue⁹. Ces arrêts, interprétés de façon très restrictive par les autorités françaises, ont provoqué une prise de position ferme de la part de l'Ordre des avocats de Paris, puis du Conseil national des Barreaux, et un certain nombre de décisions françaises ont été rendues allant dans ce sens. Nous examinerons plus loin les dernières évolutions capitales de la jurisprudence.

⁵ Conseil constitutionnel, Décision n°2010-14/22, QPC du 30 juillet 2010, *in* paragraphe 16 - Site : www.conseil-constitutionnel.fr

⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, n°02-87567, 6 mai 2003.

⁷ Voir à ce sujet le livre très complet de Mathieu Aron, *Gardé à vue*, ed. Les Arènes, 2010 - *in* p.145 et s.

⁸ Conseil constitutionnel, Décision n°2010-14/22, QPC du 30 juillet 2010, *in* paragraphes 17 et 18 - Site : www.conseil-constitutionnel.fr

⁹ *Salduz c / Turquie*, 27 nov. 2008 ; *Savas c / Turquie*, 8 déc. 2009 ; *Zanayan c / Turquie*, 13 oct. 2009 ; *Pischalnikov c / Russie*, 24 sept. 2009 ; *Oleg Kolesnik c / Ukraine*, 19 nov. 2009 ; *Adamkiewicz c / Pologne*, 2 mars 2010.

2. La décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010

2.1 Sur la recevabilité

Le Conseil constitutionnel estime que dans sa décision du 2 mars 2004 statuant sur un recours formé contre la loi dite « Perben II », qui deviendra la loi du 9 mars 2004, il a déjà statué sur les régimes dérogatoires, portant la durée de la garde à vue à quatre jours, en matière de stupéfiants et de criminalité organisée, ne permettant alors la visite de l'avocat qu'à la 48^{ème} heure, et portant la durée à six jours avec visite de l'avocat seulement à la 72^{ème} heure en matière de terrorisme. Il décide donc qu'il n'y a pas eu de changement des circonstances depuis cette loi, et que ces régimes dérogatoires sont donc conformes à la Constitution.

En revanche, selon le Conseil constitutionnel, constant que la dernière décision qu'il a rendu en matière de garde à vue de droit commun date du 11 août 1993, et que les changements dans les conditions de sa mise en œuvre d'une part, et l'accroissement du recours à la garde à vue d'autre part, ont modifié l'équilibre des pouvoirs, il convient donc d'examiner à nouveau ces conditions.

On peut noter le caractère artificiel de cette distinction qui laisse au Conseil constitutionnel une marge d'appréciation très subjective, voire arbitraire.

2.2 Sur la dignité

Le Conseil constitutionnel remarque qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire 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, de réprimer les agissements y portant atteinte, ainsi que de réparer des préjudices subis. Avec juste raison, il relève que la méconnaissance, dans la pratique, de principes constitutionnels ne vicie pas la loi.

2.3 Sur les principes

Le Conseil constitutionnel confirme sa position de principe sur le pouvoir du législateur de concilier les impératifs constitutionnels que sont la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions avec le respect de l'exercice des libertés. Il rend parmi celles-ci les droits de la défense qu'il fonde sur les dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen faisant référence à la « garantie des droits ». Il en résulte que la garde à vue demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire, mais qu'elle doit être accompagnée de garanties.

Il en profite au passage pour rappeler sa position sur le fait que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet. Il affirme que le procureur de la République peut ordonner la prolongation de 24 heures de la première période de garde à vue, marquant là sa divergence d'appréciation avec la Cour européenne des droits de l'Homme, comme nous l'examinerons plus loin.

2.4 Sur la gravité nécessaire de l'infraction

Il semble considérer que l'exigence d'une certaine gravité de l'infraction se pose principalement en matière de prolongation de 24 heures de la garde à vue.¹⁰

2.5 Sur le droit de garder le silence

Il relève que la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence. Il estime donc nécessaire que soit donnée cette information, comme l'avait formalisée la loi du 15 juin 2000 dite « loi Guigou ». Toutefois, suite de fortes réactions, les syndicats de police obtinrent par deux lois successives, celle

¹⁰ Conseil constitutionnel, Décision n°2010-14/22, QPC du 30 juillet 2010, in paragraphe 27 - Site : www.conseil-constitutionnel.fr

du 3 mars 2002 - à l'initiative de la gauche elle-même -, et celle du 18 mars 2003 - loi sur la sécurité intérieure de Nicolas Sarkozy -, qu'elle soit retirée du code de procédure pénale.

2.6 Sur l'intervention de l'avocat

Enfin, le Conseil constitutionnel constate que l'article 63-4 du code de procédure pénale ne permet pas à la personne interrogée, retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat, et que cette restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier. Il note en outre qu'il n'y a pas d'équilibre entre les exigences de la prévention, les atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, d'une part, et de l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, d'autre part.

2.7 Sur les effets de l'inconstitutionnalité constatée

Conformément aux dispositions de l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel donne un délai, soit jusqu'au 1^{er} juillet 2011, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité.

3. Les récents arrêts de la Cour européenne et de la Cour de cassation

3.1 La Cour européenne des droits de l'Homme

La Cour européenne a rendu le 14 octobre 2020 le premier arrêt concernant la France en matière de garde à vue¹¹. Certes, en l'espèce, il s'agissait d'une garde à vue antérieure à la loi du 15 juin 2000. Mais, la Cour européenne rappelle l'obligation d'informer sur le droit au silence qu'avait déjà relevé le Conseil constitutionnel. Surtout, condamnant la France, la juridiction européenne précise sa position sur la nécessité pour l'avocat d'assister la personne gardée à vue « *lors de ce premier interrogatoire et des interrogatoires qui suivent* ». C'est donc bien le droit à une assistance de l'avocat à tous les interrogatoires policiers du suspect gardé à vue qui s'impose.

3.2 La chambre criminelle de la Cour de cassation

La Cour de cassation a rendu le 19 octobre dernier 3 arrêts extrêmement clairs, précisant en outre sa position dans un communiqué. Elle fait application directe de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, texte d'une valeur supérieure à la loi française, en vertu des dispositions de l'article 55 de la Constitution.

Trois points essentiels ont ainsi été dégagés :

- L'avocat doit pouvoir assister son client notamment pendant les interrogatoires ;
- Contrairement au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation précise que les régimes dérogatoires ne doivent pas faire obstacle à la présence de l'avocat ;
- Il est nécessaire d'informer le gardé à vue du droit au silence.

Mais la Cour de cassation, au nom du principe d'une bonne administration de la justice, s'aligne sur le Conseil constitutionnel pour donner la date limite du 1^{er} juillet 2011. Ne serait-ce pas là un arrêt de règlement prohibé puisqu'elle ne dispose pas - comme le Conseil constitutionnel - des pouvoirs propres en ce domaine que confère à ce dernier l'article 62 de la Constitution

¹¹ CEDH Brusco c/ France, 14 octobre 2010

4. Le projet de loi lui-même

4.1 L'exposé des motifs et la situation particulière

La ministre de la justice rappelle la demande du Président de la République qui, lors de son discours du 7 janvier 2008 devant la Cour de Cassation, avait prévu, outre la disparition du juge d'instruction, une réforme de la garde à vue :

« Nous ne pouvons faire comme si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'existait pas : l'exigence de contradiction est très forte et je veux le dire, elle n'est pas suffisamment respectée. A l'heure de l'ADN, la procédure pénale ne peut plus avoir pour socle le culte de l'aveu... qu'il me soit permis de dire un mot des avocats, parce qu'ils sont auxiliaires de justice et qu'ils ont une déontologie forte, il ne faut pas craindre leur présence dès les premiers moments de la procédure, parce qu'elle est bien sûr une garantie pour leur client, mais elle est aussi une garantie pour les enquêteurs qui ont à gagner d'un processus consacré par le principe du contradictoire ».

Ces fortes paroles n'avaient pas, à l'instar des proclamations sécuritaires du même Président de la République, véritablement trouvé son écho chez des responsables de la police, même si l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale contenait des propositions qui sont aujourd'hui en partie reprises dans le de projet de loi.

La Garde des sceaux explique donc que, si la réforme de la procédure pénale ne peut être achevée au 1^{er} juillet 2011 - verra-t-on d'ailleurs une telle réforme présentée en procédure accélérée dans les derniers mois de la législature? -, elle constitue néanmoins une avancée particulièrement significative pour les libertés individuelles et les droits de la défense. Ceci est certain, bien que d'importantes réserves doivent être faites, et même si quelques dispositions paraissent aggraver la situation actuelle.

De surcroît, l'arrêt Brusco de la Cour européenne en date du 14 octobre dernier et les trois arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, réunit en plénière, du 19 octobre - qui sont postérieurs au projet de loi - viennent préciser les principes juridiques qu'il convient de mettre en œuvre, et qu'il n'est plus possible d'ignorer. Le projet actuellement soumis à la Commission des lois de l'Assemblée nationale devra être remanié en conséquence.

4.2 L'audition libre Article 1 du projet de loi/articles 62-2 et 62-4 du CPP

L'audition libre est un dispositif qui avait déjà été évoqué dans le rapport Léger mais qui se limitait à 4 heures, ainsi que dans l'avant projet de réforme du Code de procédure pénale.

Dans le présent projet de loi, il s'agirait de faire de la garde à vue une mesure subsidiaire, dès lors que la personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction consent à être entendue librement. Ce consentement exprès à la liberté doit alors être recueilli par un officier ou un agent de police judiciaire. Il s'agit d'un consentement à demeurer dans les locaux pendant le temps strictement nécessaire à son audition, après qu'elle ait été informée par l'officier ou l'agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction dont elle est soupçonnée.

En ce cas, la personne est entendue libre mais sous la menace permanente de se voir priver de sa liberté et sans bénéficier d'aucune des garanties prévues en cas de garde à vue - information du droit de se taire, droit de prévenir la famille et l'employeur, droit à la visite d'un médecin ou de s'entretenir avec un avocat. Cette audition libre d'une personne soupçonnée n'est pas limitée dans le temps mais sa durée est décomptée dans le temps de la garde à vue si elle vient à survenir, soit que l'officier de police judiciaire estime qu'elle est devenue nécessaire, soit que la personne le demande.

Si la personne ne consent pas à demeurer libre, elle peut à tout moment - soit de sa volonté soit de celle de l'officier de police, si les conditions sont réunies -, être placée en garde à vue et bénéficier alors seulement des droits qui accompagnent cette mesure.

Ces dispositions sont applicables à la personne interpellée, à l'exception de celle qui fait l'objet d'un mandat de recherche. Ainsi, une personne amenée de force dans les locaux de la police, a le choix d'accepter de parler librement, tout en demeurant dans les locaux de police, ou d'être placée en garde à vue avec les mesures extérieures qui sont la marque de la contrainte.

C'est ainsi que la Garde des sceaux espère diminuer de moitié le nombre de gardes à vue, comme elle l'a annoncé à plusieurs reprises dans des interventions publiques, prévoyant que les personnes dans cette situation préféreront opter pour la liberté sans droits plutôt qu'à bénéficier des droits sans liberté.

Cette disposition de l'audition libre pose problème, non dans l'affirmation bienvenue du principe de liberté du suspect mais dans le fait que, tout en demeurant dans les locaux de police, cette personne suspecte - et donc accusée au sens de l'article 6 de la Convention européenne, - ne se voit reconnaître aucun droit sauf si elle demande sa privation de liberté.

Il s'agit là d'un stratagème inacceptable pour priver une personne de droits avec son consentement.

Il doit être affirmé - comme le fait le texte - le principe selon lequel la personne soupçonnée, présumée innocente «demeure libre lors de son audition par les enquêteurs». Mais aussi que, et du seul fait qu'elle est accusée, elle doit être informée, au moins, de la durée prévisible de son audition, de son droit de se taire, du droit qu'à l'officier de police judiciaire de changer son statut à tout moment et de son droit à s'entretenir avec l'avocat, voir, de voir un médecin et de prévenir sa famille et son employeur.

L'objectif que doit rechercher la réforme n'est pas d'agir sur les statistiques mais de mieux garantir l'effectivité des droits, comme l'affirment l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et de ne pas les détourner de leur finalité, comme le prescrit l'article 18 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

4.3 Sur le respect de la dignité Articles 8 et 9 du projet de loi/articles 63-5 à 63-8 du CPP

Il faut saluer un certain nombre de dispositions du projet de loi : l'affirmation du principe de dignité, l'exigence que les mesures de sécurité appliquées à la personne soient strictement nécessaires, que la mention des fouilles intégrales ainsi que celle des fouilles corporelles internes qui doivent être « indispensables » figurent dans un registre spécial, tenu à cet effet, que les fouilles soient décidées par un OPJ et réalisées par une personne du même sexe, ou - s'agissant des investigations corporelles - soient réalisées par un médecin.

Quant aux mesures de sécurité et aux vérifications concernant les objets dangereux - c'est la vieille tradition des lacets, bretelles et ceinture voire lunettes, retirés -, elles doivent être limitativement énumérées par arrêté du ministère de l'intérieur.

4.4 Les conditions nécessaires pour la mise en garde à vue

Il s'agit là de progrès incontestables, même s'ils sont insuffisants.

La gravité de l'infraction Articles 1 et 2 du projet de loi/articles 62-3 et 63 du CPP

Comme l'avait prescrit le Conseil constitutionnel, le projet de loi prévoit que seules sont possibles les gardes à vue pour les délits et les crimes qui sont punis d'une peine d'emprisonnement. Il s'agit là d'une restriction qui n'en est pas une, tant les délits qui ne sont pas punis d'une peine d'emprisonnement sont rares. Il faut rappeler que le Code pénal (article 131-4) fixe plusieurs seuils successifs aux peines d'emprisonnement - à six mois, un an, deux ans, trois ans, cinq ans. Ainsi, pour que la limitation soit significative, il faut choisir un seuil dans cette échelle.

Les autres conditions nécessaires

Article 1 du projet de loi/article 62-6 du CPP

Il s'agit là encore d'un progrès incontestable puisque seules peuvent être placées en garde à vue les personnes, s'il s'agit de l'unique moyen d'empêcher qu'elles ne modifient les preuves ou indices matériels, qu'elles ne fassent pression sur les témoins ou les victimes, qu'elles ne se concertent avec d'éventuels coauteurs ou complices, ou pour éviter que l'infraction ne se continue. Mais cela concerne également celles dont les investigations impliquent « la présence ou la participation », c'est-à-dire l'interrogatoire, ou dont il faut garantir qu'elles pourront être déférées à un magistrat si nécessaire en fin de garde à vue.

Toutefois, l'énumération précise de l'existence de ces conditions, par référence aux données précises de la procédure en cours, dans le procès verbal initial, ne semble pas avoir été prévue, ce qui est un manque.

4.5 Le droit de se taire et autres droits

Article 2 du projet de loi/article 63-1 du CPP

Il est positif que le texte impose que la personne gardée à vue soit informée de son droit « de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire », compromis qui avait été tenté sous la pression des syndicats de policiers par la loi du 4 mars 2002 après que la loi du 15 juin 2000 ait affirmé le droit au silence. Cependant, cela avait été abrogé par la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003, ne faisant plus aucune allusion à une information sur ce droit fondamental.

Cette disposition est conforme tant aux principes affirmés par la Cour européenne des droits de l'Homme depuis l'arrêt *Funke c/ France* du 25 février 1993, et réaffirmé dans l'arrêt *Brusco c/ France* du 14 octobre 2010, que par la décision du Conseil constitutionnel¹² et par les trois arrêts du 19 octobre 2010 de la Cour de cassation.

Les autres informations données par l'OPJ sont à peu près les mêmes qu'actuellement. La personne gardée à vue pourra faire prévenir à la fois sa famille et son employeur.

4.6 L'assistance d'un avocat

Articles 5 et 7 du projet de loi/articles 63-3-1, 63-4 et 63-4-1 à 63-3-4 du CPP

Il s'agit de la disposition essentielle qui fait suite à la décision du Conseil Constitutionnel ainsi qu'aux arrêts de la Cour européenne qui juge que « *l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au Conseil. A 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* ». Elle est évidemment confortée par l'arrêt *Brusco c/France* du 14 octobre dernier et les trois arrêts de la Cour de cassation du 29 octobre.

A sa demande, l'avocat peut consulter les procès-verbaux de la personne gardée à vue, qui ont déjà été réalisés. Il s'agit là d'une mesure positive, cette communication étant simple et échappant à l'objection couramment faite de la difficulté de communiquer un dossier en cours de constitution. Toutefois, l'officier de police judiciaire peut s'y opposer sous le contrôle du procureur de la République. Il s'agit là encore d'une méfiance difficilement acceptable et contraire aux déclarations de Nicolas Sarkozy lui-même, le 7 janvier 2008, lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation, rappelées plus haut.

L'avocat peut également, sur demande de la personne gardée à vue, assister aux auditions mais l'officier de police judiciaire peut s'y opposer et, sous le contrôle du parquet, différer de 12 heures pour des motifs tenant à la procédure et énumérés de façon précises, mais qui rouvrent un champ extrêmement vaste. La même observation que pour la communication des procès-verbaux d'audition peut être faite.

¹² Conseil constitutionnel, Décision n°2010-14/22, QPC du 30 juillet 2010, *in* paragraphe 28 - Site : www.conseil-constitutionnel.fr

4.7 Le contrôle du procureur de la République et son pouvoir de prolongation **Articles 1 et 2 du projet de loi /articles 62-5 et 63-1 n° 6 du CPP**

Notons tout d'abord que dans l'attente de la réforme du Code de procédure pénale et de la décision législative qui sera prise en ce qui concerne le maintien du juge d'instruction, en l'état actuel du Code, les pouvoirs du juge d'instruction - lors des gardes à vue dans les enquêtes ordonnées par lui dans l'instruction en cours (3% des affaires) par commission rogatoire en ce qui concerne le contrôle et la prolongation (article 154 du CPP) - sont maintenus ainsi que son pouvoir de prolongation de 24 heures.

La question du contrôle par le Parquet et de la prolongation de la détention par ce même Parquet pose un problème important au regard de la position actuelle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le second arrêt *Medvedev* rendu par la *Grande chambre* du 29 mars 2010 (n° 123 et 124). L'arrêt précise que le magistrat, prévu par l'article 5-3 de la Convention européenne, devant lequel doit être aussitôt traduit tout suspect « *doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale à l'instar du ministère public* ».

Certes, le Conseil constitutionnel maintient l'interprétation traditionnelle de la Constitution sur ce sujet, mais celle-ci semble contraire à la Convention européenne, compte tenu, d'une part, du lien hiérarchique du Parquet avec l'exécutif et, d'autre part, de son rôle dans les poursuites et l'accusation.

4.8 Sur les gardes à vue dérogatoires

Le projet de loi suit le Conseil constitutionnel en maintenant les gardes à vue dérogatoires. Elles sont maintenues non seulement dans leur durée exceptionnelle, c'est-à-dire 4 jours en matière de stupéfiants et de délinquance organisée et 6 jours en matière de terrorisme, mais la présence de l'avocat reste différée à la 48^{ème} ou à la 72^{ème} heure.

Il faut noter aussi que la délinquance en matière de législation sur les stupéfiants comprend à la fois des infractions graves et d'autres qui le sont moins, et ne justifie pas une restriction aussi grave que celle de la durée qui devient excessive et disproportionnée et également de l'absence de tout conseil.

Par ailleurs, chacun sait que la notion de délinquance organisée est particulièrement extensive, et l'expérience prouve que, dans bien des circonstances, une telle qualification est appliquée à des infractions peu graves.

Il est vrai que le projet fait état de ce que la garde à vue doit être « *proportionnés à la gravité des faits dont la personne est soupçonnée* ».(article 62-5 du CPP).

Mais surtout la Cour de cassation, dans ses trois arrêts du 19 octobre 2010, a précisé que la personne gardée à vue ne peut être privée d'avocat que pour des raisons impérieuses « *indépendantes de la nature de l'infraction* », c'est-à-dire qu'elle exprime un avis opposé à celui du Conseil constitutionnel en se fondant sur les dispositions supérieures de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Le texte va donc devoir être réformé sur ce point.

5. La garantie des droits

Il manque à la loi des dispositions assurant la garantie des droits reconnus. La jurisprudence restrictive de la Cour de cassation de 1960 a abouti à une grande insuffisance du contrôle juridictionnel sur le respect des formes. Seule la loi du 4 janvier 1993 l'avait imposé en prévoyant la nullité formelle en cas de non- respect de ces formalités protectrices de la personne. La loi du 26 août 1993, après basculement de la majorité parlementaire et sur pression des syndicats de police, avait abandonné cette garantie.

Il paraît évident, si l'on veut que les formalités protectrices soient réellement appliquées, qu'il doit être mentionné que leur non respect aboutit à la nullité de la procédure de la garde à vue.