

Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives

Julie Alix, Maître de conférences à l'Université du Maine

### L'essentiel

Symptomatique de l'influence du droit européen sur le droit français, la loi du 14 avril 2011 révèle, en creux, les tensions que cette influence fait naître. Si elle a renforcé les droits de la défense au cours de la garde à vue, la loi nouvelle est bien souvent en retrait des prescriptions européennes, s'agissant des bénéficiaires des droits, du droit d'accès au dossier ou encore du choix de l'avocat - sans compter que, tardivement adoptée, elle abandonne au juge la question des gardes à vue passées. Pourtant, l'influence du droit européen sur la procédure pénale s'enrichit progressivement, à côté de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, des interventions de l'Union européenne, y compris dans la protection des droits fondamentaux - l'influence devenant alors obligation positive de légiférer. La multiplication des sources et des acteurs met déjà à l'épreuve la loi nouvelle.

1 - Rarement réforme aura été autant attendue... La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011<sup>(1)</sup> devait mettre fin à des mois d'incertitude et d'insécurité juridiques qui, sur fond de dialogue des juges, avaient certainement sonné le glas de la garde à vue « ancien régime » mais avaient également ouvert un abîme de questionnements : qu'entendre par « droits de la défense » ? qui sont les bénéficiaires de ces droits ? ou encore, comment sanctionner les atteintes qui y sont portées ? Autant de questions qui, loin d'être définitivement réglées, demeurent en suspens à l'heure de l'entrée en vigueur de la réforme. En cause, la multiplicité des sources, qui pose la question de la conformité de la nouvelle loi avec les principes dégagés en droit européen. A ces questions, s'en ajoutent même de nouvelles. Certaines sont transitoires et sont nées de l'exercice - enfin - par le juge judiciaire, du contrôle de conventionnalité (quel est le sort des gardes à vue - et des procédures - antérieures à l'entrée en vigueur de la réforme et irrégulières au regard de la Convention européenne des droits de l'homme ?). D'autres, plus techniques mais non moins fondamentales, résident dans l'articulation des sources (quel accès au dossier pour l'avocat ?) ou des dispositifs (quels droits de la défense en cas de cumul de garde à vue et d'audition « libre » ?).

2 - Malgré les avancées qu'elle réalise en termes de garantie des droits de la défense, la nouvelle loi laisse un goût d'inachevé. C'est que, en limitant sa réflexion à la garde à vue, le législateur a non seulement privé les droits de la défense de la portée indispensable à leur effectivité, mais encore a pérennisé certaines incohérences. Aujourd'hui, le droit au procès équitable est sous-tendu par une logique unitaire du procès. Le droit européen impose ainsi de repenser complètement le procès pénal et les droits fondamentaux qui le parsèment, y compris les droits de la défense. La communautarisation de la procédure pénale conduira bientôt l'Union européenne à suivre la Cour européenne des droits de l'homme sur cette voie, comme en témoigne la proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales<sup>(2)</sup> dont le législateur aurait pu anticiper l'adoption.

Au contraire, tant l'étendue (I) que la teneur des droits de la défense (II) telles qu'elles

viennent d'être consacrées sont en retrait des prescriptions supranationales, ce qui laisse à penser qu'il faudra dans un avenir proche remettre l'ouvrage sur le métier (3).

#### I - L'étendue des droits de la défense

3 - Deux questions se posent ici : celle du champ d'application personnel des droits de la défense au cours de la phase policière du procès pénal - autrement dit des bénéficiaires des droits de la défense - et celle du champ d'application temporel, c'est-à-dire du moment à partir duquel les « nouveaux » droits de la défense doivent s'appliquer.

#### A - Les bénéficiaires des droits de la défense

4 - L'article 6, § 3, c) de la Convention européenne des droits de l'homme, comme l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, garantissent à tout *accusé* le respect des droits de la défense. Le droit français, d'hier et d'aujourd'hui, subordonne quant à lui les droits de la défense à l'exercice de la contrainte à l'encontre du suspect (4).

#### 1 - Droits de la défense et privation de liberté

5 - Si une réforme de la garde à vue était dans l'air du temps (5), c'est bien la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 (6) qui en est l'initiatrice immédiate. La question à laquelle avait alors répondu le Conseil constitutionnel était celle du respect des droits de la défense *au cours de la garde à vue*. Et si le Conseil a, dans cette décision, donné une consistance nouvelle aux droits de la défense (7), c'est exclusivement dans le cadre de la garde à vue (de droit commun), considérant que l'article 63-4 du code de procédure pénale « ne permet pas à la personne ainsi interrogée, *alors qu'elle est retenue contre sa volonté*, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat » (8).

6 - En réalité, cette position n'est que la reprise d'une jurisprudence traditionnelle de la chambre criminelle de la Cour de cassation relativement au placement en garde à vue. Une construction en plusieurs étapes, aux termes de laquelle la garde à vue est une faculté pour l'officier de police judiciaire (9), sauf lorsque le suspect est placé sous la contrainte ou qu'il a fait l'objet d'une interpellation (10). L'enjeu de cette construction prétorienne est, bien sûr, l'accès aux droits attachés à la garde à vue, au nombre desquels figurent l'information sur les charges et le droit à l'intervention d'un avocat. Pour la chambre criminelle, le critère d'accès à ces droits est la contrainte, qu'elle soit prolongée (audition contrainte) ou instantanée (interpellation). A l'inverse, la garde à vue n'est pas obligatoire lorsque le suspect comparait librement, à la suite d'une convocation (11). Il n'a alors aucun droit et est entendu comme témoin.

7 - Dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel s'est donc rallié à cette thèse, faisant le lien entre l'attribution des droits et la situation de la personne détenue contre sa volonté, la seconde constituant le facteur déclenchant de la première. C'est encore dans le prolongement de cette analyse qu'il a décidé, le 6 mai 2011, que l'article 393 du code de procédure pénale, qui organise le défèrement de la personne poursuivie devant le procureur de la République, n'est conforme à la Constitution que parce que « cette disposition, qui ne permet pas au procureur de la République d'interroger l'intéressé, ne saurait, sans méconnaître les droits de la défense, l'autoriser à consigner les déclarations de celui-ci sur les faits qui font l'objet de la poursuite dans le procès-verbal mentionnant les formalités de la comparution » (12). Dès lors que la présentation au procureur s'exerce dans la continuité de la garde à vue, et sous la contrainte, les droits de la défense doivent pleinement s'exercer. Par conséquent, en l'absence d'avocat, le procureur ne peut ni interroger l'intéressé, ni recueillir ses déclarations, ni même solliciter une réitération des aveux effectués au cours de la garde à vue.

Mais, hors de toute contrainte, le droit interne ne reconnaît aucun droit de la défense (13).

8 - C'est donc assez logiquement que cette analyse bien ancrée en droit français a été perpétuée par la loi du 14 avril 2011. Dans un premier temps, la loi nouvelle confirme le

caractère facultatif de la garde à vue (14). Ce caractère est renforcé par la consécration d'un nouveau principe directeur de la garde à vue, emprunté au régime de la détention provisoire : la subsidiarité (15). Dans un second temps, la loi limite le champ d'application des droits de la défense au temps de la garde à vue (16). L'équation est confirmée : du placement en garde à vue découlent des droits, les droits de la défense.

2 - Droits de la défense et suspicion ?

9 - Et pourtant, faire de la situation de contrainte dans laquelle est placé le bénéficiaire des droits le critère d'attribution des droits de la défense ne va pas de soi (17).

10 - D'abord, parce que le critère du placement en garde à vue, derrière une apparente objectivité, est éminemment subjectif. S'il est parfois obligatoire, le placement en garde à vue est le plus souvent facultatif. Selon les mots de la chambre criminelle de la Cour de cassation, « la décision de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction » (18). Subordonner l'octroi des droits de la défense au suspect au fait qu'un officier de police judiciaire a décidé de le placer en garde à vue est loin d'être satisfaisant, intellectuellement et pratiquement (19).

11 - Ensuite, parce qu'il introduit en droit français un élément d'incohérence entre l'enquête de police et l'instruction, les deux composantes de la phase préparatoire du procès pénal. Au cours de l'instruction, l'octroi de droits au suspect ne repose pas sur les entraves à sa liberté, mais sur l'intensité des charges qui pèsent contre lui. Le suspect est-il visé nommément dans un réquisitoire introductif ou dans une plainte avec constitution de partie civile ? Il peut, ou doit, bénéficier du statut de témoin assisté et des droits corrélatifs (20). Pèse-t-il contre le suspect des indices graves ou/et concordants d'avoir participé aux faits ? Le juge d'instruction peut, ou doit, le mettre en examen (21), lui conférant ainsi la qualité de partie à l'instruction, elle-même source de droits. La logique impose d'aller en ce sens : c'est bien lorsque l'intéressé est suspecté d'avoir commis une infraction qu'il a besoin de se défendre. La contrainte employée à son égard ne fait que renforcer cette exigence, en raison de la vulnérabilité qu'elle crée, mais ne la fait nullement naître.

12 - C'est bien en ce sens qu'inclinent, enfin et surtout, le droit européen et bientôt le droit de l'Union européenne. Si la Convention européenne des droits de l'homme consacre les droits de la défense comme des éléments du procès équitable, elle n'en précise pas - ou peu - le contenu. La Cour a progressivement dessiné les contours du droit à l'assistance d'un avocat, tant dans son contenu (22) que dans son champ d'application. Ainsi, l'arrêt *Salduz c/ Turquie* lui a donné l'occasion de préciser que « l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police » (23). Peu importe que le suspect soit détenu ou non. Plus exactement, lorsque le suspect est privé de liberté, le contenu des droits de la défense est renforcé : « Comme le soulignent les normes internationales généralement reconnues, que la Cour accepte et qui encadrent sa jurisprudence, un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela *indépendamment des interrogatoires qu'il subit* » (24). Les droits de la défense doivent donc être garantis quelle que soit la situation personnelle du suspect, qu'il soit privé de liberté ou non. Pourquoi cette dissociation ? Parce que la raison d'être fondamentale de l'assistance par un avocat à ce stade procédural réside dans la garantie du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (25). C'est donc dès que l'individu est suspecté qu'il doit bénéficier des droits de la défense, ce qui se traduit en pratique par le devoir de lui garantir la possibilité d'être assisté par un avocat dès qu'il est interrogé.

Telle est aussi la solution en passe d'être imposée par l'Union européenne (26). L'article 3, § 1, de la proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales prévoit que « Les Etats membres veillent à ce que toute personne *soupçonnée* d'avoir commis une infraction pénale ou poursuivie à ce titre reçoive rapidement des informations sur ses droits procéduraux dans une langue simple et accessible ». La seule suspicion qui pèse sur

un individu lui confère des droits. Ces droits sont énumérés au § 2 de l'article 3 : il s'agit du droit à l'assistance d'un avocat, du droit d'être informé des charges retenues contre soi et, le cas échéant, du droit d'accès au dossier de l'affaire, du droit à l'interprétation et à la traduction, et enfin du droit d'être présenté à un juge rapidement en cas d'arrestation (27). Cette proposition de directive est doublement intéressante. D'abord, parce qu'elle établit un lien très net entre la qualité de suspect et l'octroi de droits, indépendamment de toute coercition. Ensuite, parce qu'elle esquisse une échelle des droits en fonction du statut. Ainsi, le simple statut de suspect donne naissance à certains droits. Mais ces droits augmentent à mesure que le statut du suspect évolue. Après la suspicion, la privation de liberté confère de nouveaux droits (28). Ici encore, la suspicion à l'encontre d'un individu le rend titulaire de droits dans la procédure pénale. L'exercice de la contrainte à son encontre les accroît.

13 - Le nouveau droit français de la garde à vue est donc sur ce point contraire aux prescriptions supranationales. Et si les autorités peuvent sans grande conséquence (29) laisser perdurer une contrariété avec le droit européen, les conséquences d'un manquement au droit de l'Union européenne seront tout autres ; c'est tout l'enjeu de la communautarisation de la procédure pénale réalisée par le traité de Lisbonne (30). L'adoption de la directive (31) marquera non seulement le point de départ d'un délai de transposition, mais encore l'obligation pour les juridictions internes d'assurer le respect du principe d'interprétation conforme. Le respect de ce principe impose aux juridictions nationales d'interpréter le droit national, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci (32), et ce, que les dispositions internes en cause soient antérieures ou postérieures à la directive (33). Communautarisés, les droits de la défense s'imposeront dans toute leur étendue dès la phase policière du procès pénal - et au besoin de façon coercitive.

14 - On peut ici gager que l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 ne clora pas le dialogue des juges... Le contrôle de conventionnalité et l'interprétation conforme du droit communautaire offrent encore de nombreux sujets de discussion (34). Et le premier d'entre eux : à partir de quel moment le droit français de la garde à vue tel qu'il était appliqué est-il devenu contraire au droit européen ?

B - Les frontières temporelles des « nouveaux » droits de la défense

15 - Les arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 15 avril 2011 (35) ont mis en lumière la difficulté d'articuler, dans le temps, contrôle de conventionnalité et entrée en vigueur de la nouvelle réforme. Dans ces arrêts, l'assemblée plénière a pris le contre-pied de la chambre criminelle en refusant de reporter dans le temps les effets du contrôle de conventionnalité de la garde à vue. En application de cette jurisprudence - parfaitement conforme au mécanisme même du contrôle de conventionnalité (36) - ce n'est pas, comme il a pu être écrit, la réforme votée par le Parlement qui s'applique immédiatement, mais le droit européen qui s'impose en France.

L'histoire contemporaine de la garde à vue se découpe donc en trois périodes : une première, marquée par la seule application des articles 63 et suivants du code de procédure pénale (jusqu'à quand ?). Une deuxième, au cours de laquelle l'application des seuls articles 63 et suivants est devenue contraire à la Convention européenne des droits de l'homme en tant qu'elle ne garantissait pas le droit à l'assistance d'un avocat (à partir de quand ?), et une troisième, qui s'est ouverte le 1<sup>er</sup> juin 2011 (37), marquée par l'application des nouveaux articles 63 et suivants. Cette succession soulève deux questions. La première : à quand faire remonter l'irrégularité des gardes à vue « ancien régime » ? La seconde : comment sanctionner cette irrégularité ?

1 - Naissance de l'irrégularité

16 - Le mécanisme du contrôle de conventionnalité impose à toute juridiction saisie d'une procédure au cours de laquelle une garde à vue a été réalisée, sans que, notamment, le droit à l'assistance d'un avocat soit garanti, d'en constater l'irrégularité. Tel est le sens de la motivation retenue par l'assemblée plénière : « Les Etats adhérents à [la] Convention [de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ».

17 - A partir de quand l'assistance complète d'un avocat au cours de la garde à vue<sup>(38)</sup> est-elle devenue, en droit européen, un élément fondamental du droit au procès équitable ? Comme à son habitude, la Cour européenne a esquissé par petites touches successives les contours du droit à l'assistance d'un avocat.

L'arrêt *John Murray contre Royaume-Uni*, de 1996, constitue une étape essentielle de cette construction. Dans cet arrêt, la Cour avait fermement affirmé que « l'article 6 s'applique même au stade de l'instruction préliminaire menée par la police »<sup>(39)</sup> et avait posé les jalons du droit à l'assistance d'un avocat au cours de la phase policière du procès pénal. Quoique non absolu, le droit à l'assistance d'un avocat est un droit fondamental, notamment à chaque fois que la législation attache à l'attitude du prévenu des conséquences déterminantes, ce qui était le cas en l'espèce. Aussi, la Cour avait-elle conclu que « dans ces conditions, la notion d'équité consacrée par l'article 6 exige que l'accusé ait le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police. Dénier cet accès pendant les quarante-huit premières heures de celui-ci, alors que les droits de la défense peuvent fort bien subir une atteinte irréparable, est - quelle qu'en soit la justification - incompatible avec les droits que l'article 6 reconnaît à l'accusé »<sup>(40)</sup>. En l'espèce, elle avait conclu à la violation des paragraphes 1 et 3 c) combinés de l'article 6. Le droit français était-il à l'abri de la critique ? Certes, il garantissait alors le droit à un entretien confidentiel avec un avocat, mais seulement à partir de la vingtième heure de garde à vue<sup>(41)</sup>, soit bien après le premier interrogatoire de police. Cette lacune avait été comblée par la loi du 15 juin 2000, même si l'on pouvait déjà s'interroger sur la suffisance du rôle confié à l'avocat<sup>(42)</sup>. Pendant une décennie, la Cour a assis cette jurisprudence, sans pour autant préciser plus avant la nature du rôle qui doit être celui de l'avocat au cours de cette phase policière.

Quoiqu'il ne se prononçât pas sur ce rôle, l'arrêt *Salduz contre Turquie* revêtait une importance capitale, puisqu'il posait la question de l'utilisation, contre le requérant, des aveux qu'il avait faits au cours d'un interrogatoire de police, à un moment où il ne pouvait faire appel à un avocat. A partir de cet arrêt, il a été acquis que l'exploitation d'aveux réalisés au cours de la garde à vue en l'absence d'avocat s'analysait en une violation du droit au procès équitable<sup>(43)</sup>.

Finalement, l'arrêt *Dayanan contre Turquie* a sonné le glas de la garde à vue à la française, puisque la Cour y a précisé que « l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil »<sup>(44)</sup>. Le seul entretien avec un avocat était devenu, dans tous les cas, insuffisant.

18 - Dans l'exercice du contrôle de conventionnalité, les juridictions internes doivent donc analyser les gardes à vue qui leur sont soumises *au regard du droit européen tel qu'il existait au jour de la garde à vue*. Autrement dit, très certainement, les gardes à vue effectuées après le 27 novembre 2008 doivent être précisément examinées, et appréciées différemment selon que le prévenu a effectué des déclarations incriminantes au cours de la garde à vue ou non. Quant aux gardes à vue réalisées après le 13 octobre 2009, elles sont toutes - et abstraitement - irrégulières, dès lors que c'est l'état de la législation qui s'inscrivait en opposition avec les prescriptions de l'article 6.

Faut-il aller au-delà, et imposer la lecture actuelle de l'article 6 à toutes les gardes à vue, quelle que soit la date à laquelle elles ont eu lieu ? C'est, semble-t-il, l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Brusco c/ France*, du 14 octobre 2010, elle a condamné la France pour violation de l'article 6 alors que la garde à vue en cause - réalisée en l'absence d'avocat avant la vingtième heure et en l'absence de droit au silence - avait eu lieu en 1999<sup>(45)</sup>. Dans tous les cas, il est nécessaire de distinguer le contentieux de la responsabilité étatique et le contentieux de la légalité des procédures. Dans ce dernier cas, le principe de sécurité juridique impose d'examiner la régularité d'une procédure au regard de l'état du droit en vigueur au jour de l'acte<sup>(46)</sup> - état du droit qui résulte de la loi

elle-même et de l'interprétation qu'en font les juges, y compris au regard des traités internationaux. Dans ces conditions, on ne peut se contenter de la traditionnelle rétroactivité indifférenciée des revirements de jurisprudence (47) : il faut mener le contrôle de conventionnalité au bout de sa logique, et appliquer à tout le droit (48) les exigences posées pour les lois (49). La nullité ne devrait pouvoir atteindre que les gardes à vue réalisées au mépris des exigences européennes relatives aux droits de la défense à partir du moment où elles ont été formulées.

La loi du 14 avril 2011 ne résout pas la question des irrégularités antérieures dès lors que son application est limitée aux gardes à vue postérieures à son entrée en vigueur (50). Il revient donc aux juges de sanctionner ces irrégularités antérieures.

## 2 - Sanction de l'irrégularité

19 - Dans ses trois arrêts du 19 octobre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait, sur le modèle du Conseil constitutionnel, reporté au 1<sup>er</sup> juillet 2011 les effets de l'irrégularité des gardes à vue (51). Elle en avait déduit que, bien que non conformes aux prescriptions européennes, les gardes à vue antérieures ne pourraient être annulées, afin que soient préservés les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice. Dans deux arrêts du 4 et du 18 janvier 2011 (52), la chambre criminelle a toutefois précisé que les éléments de preuve recueillis au cours de la garde à vue en l'absence d'avocat ne pouvaient fonder aucune décision de culpabilité. Autrement dit, ces éléments seraient privés de toute valeur probante (53), sans pour autant que la garde à vue soit annulée - et les procédures menacées.

20 - L'analyse retenue par l'assemblée plénière le 15 avril 2011 impose une tout autre solution. Dans trois de ses arrêts du même jour, elle a rejeté les pourvois formés par le ministère public contre des ordonnances de refus de prolongation de mesures de rétention administrative. Ce refus s'explique par la nullité de la garde à vue à laquelle a succédé la rétention, nullité qui s'étend, en application d'une jurisprudence constante, à l'ensemble des actes dont la garde à vue constitue le support nécessaire (54).

21 - Cette analyse est d'ailleurs la seule qui soit juridiquement admissible. L'irrégularité d'un acte de procédure pénale est sanctionnée par sa nullité (55). L'absence de valeur probante attachée à un acte n'est, en principe, que la conséquence de la nullité de ce dernier, mais elle ne peut pas en être détachée (56). Davantage, lorsque l'irrégularité concerne la garde à vue et qu'elle porte atteinte aux droits de la défense - ce qui est le cas de l'absence d'assistance effective d'un avocat -, la Cour de cassation considère, par une jurisprudence jusqu'à présent constante, qu'un tel manquement fait nécessairement grief à la personne concernée (57). La sanction est donc non seulement la nullité, mais une nullité assimilée à une nullité d'ordre public qui n'est pas subordonnée à la preuve d'un grief. L'arrêt de l'assemblée plénière impose donc à l'ensemble des juges judiciaires d'appliquer cette jurisprudence constante, quelles qu'en soient les conséquences en termes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice.

22 - En pratique, les risques d'annulation sont toutefois relativement faibles. Le législateur a en effet balisé la procédure pénale de délais de forclusion et de mécanismes de purge des nullités. Ainsi, lorsque, à l'issue de la garde à vue, une instruction aura été ouverte, la personne gardée à vue qui estime que ses droits de la défense ont été bafoués ne pourra l'invoquer que dans les six mois suivant sa mise en examen (58). Ce n'est qu'en l'absence d'instruction que les procédures seront, en théorie, plus fragiles, puisque la garde à vue peut alors être contestée devant la juridiction de jugement (59). C'est dans ce contexte que la chambre criminelle de la Cour de cassation - tirant les conséquences des arrêts de l'assemblée plénière - s'est prononcée, dans quatre arrêts du 31 mai 2011, en faveur de la nullité des gardes à vue réalisées avant le 15 avril 2011 (60). Derrière la logique de ces solutions, il faut remarquer l'indifférence de la Cour aux dates des gardes à vue en cause, traduisant une rétroactivité indifférenciée - et à ce titre critiquable (61) - de cette nouvelle solution.

Mais le spectre de l'annulation des procédures doit être relativisé. D'abord, parce que la

multiplication des modes de poursuite accélérés (voire négociés) a pour effet, lorsque le dossier reste aux mains du parquet, une réponse pénale de plus en plus rapide - et rapidement définitive. De nombreuses procédures sont déjà hors d'atteinte, même lorsqu'elles n'ont pas bénéficié d'une instruction. Ensuite, parce que l'annulation de la garde à vue ne s'étend qu'aux actes qui lui sont postérieurs et dont elle constitue le support nécessaire (62). Sont surtout en cause les dossiers qui se résument à des aveux formulés par un suspect en garde à vue en l'absence de son avocat (63).

Plus que les procédures, c'est la culture de l'aveu qui est véritablement remise en cause.

23 - C'est d'ailleurs la considération de cette culture et la volonté de compromis qui a conduit, sur le plan du contenu des droits de la défense, le législateur à s'inscrire, une fois encore, en retrait des prescriptions supranationales.

## II - La teneur des droits de la défense

24 - La nouvelle loi accroît incontestablement les droits de la défense au regard du droit antérieur. Limités à un entretien de trente minutes avec un avocat (doublé d'un droit au silence non notifié), les droits de la défense au cours de la garde à vue (exclusivement (64)) ont été substantiellement renforcés. Désormais, outre l'entretien confidentiel de trente minutes avec son client, l'avocat peut, à la demande de ce dernier, assister aux interrogatoires et confrontations auxquels il est soumis et, à l'issue de ces actes, poser des questions ou présenter des observations. Deux questions restent en suspens. Son accès au dossier est-il suffisamment garanti par les nouvelles dispositions ? Les restrictions qui sont susceptibles d'être portées à ses prérogatives, voire à sa présence, s'accordent-elles avec les prescriptions supranationales ?

### A - L'inconsistance de l'accès au dossier

25 - Le nouvel article 63-4-1 confère à l'avocat le droit d'accéder au procès-verbal de déroulement de la garde à vue (qui comprend la nature et la date de l'infraction qui lui est reprochée), au certificat médical attestant l'aptitude de son client à subir la garde à vue ainsi qu'aux procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste. Les documents auxquels l'avocat a accès se limitent donc aux pièces réalisées au cours de - et relatives à - la garde à vue de son client : ni les procès-verbaux de perquisition ou de tout acte d'investigation antérieur, concomitant ou postérieur à la garde à vue ne peuvent être consultés, ni les procès-verbaux d'audition ou de confrontation des autres protagonistes. Qu'en penser ?

26 - Il faut, ici, regretter que le droit d'accès au dossier au cours de l'enquête de police ne soit pas aligné sur ce même droit au cours de l'instruction. Sur ce point encore, le législateur laisse subsister une différence de régime injustifiée entre l'enquête de police et l'instruction (65). Pourtant, c'est bien parce que le procès équitable est une exigence qui s'impose dès la phase policière que les droits de la défense doivent s'y exercer pleinement. Mais c'est aussi parce que le respect du droit au procès équitable s'apprécie globalement que les droits peuvent être garantis avec une intensité variable au cours des différentes phases du procès.

27 - C'est la raison pour laquelle, si le droit d'accès au dossier est protégé par le droit européen (66), sa teneur n'est généralement pas précisée. La Cour apprécie au cas par cas si le requérant a effectivement et globalement disposé des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et notamment s'il a pu, effectivement, disposer de tous les éléments pertinents recueillis par l'accusation pour pouvoir se disculper (67). Mais, à cet égard, elle exige que l'avocat puisse, dès les premiers stades de l'enquête, construire une défense efficace pour son client. Cela passe, selon la Cour, par la faculté qui doit être offerte à l'avocat d'organiser la défense, de rechercher des preuves favorables à son client, ou encore de préparer les interrogatoires (68) : c'est dire, implicitement, que l'avocat doit avoir un accès utile au dossier. Dans une décision *Padin Gestoso c/ Espagne* du 8 décembre 1998, la Cour a même précisé que « les « facilités » dont doit jouir tout accusé comprennent la possibilité d'avoir connaissance, pour préparer sa défense, du résultat des investigations faites

*tout au long de la procédure* » (69).

28 - La proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales est à la fois plus exigeante et plus précise quant aux pièces auxquelles devrait pouvoir accéder l'avocat au stade de l'enquête. Le texte introduit deux degrés dans l'accès au dossier. Dans un premier temps, dès que le suspect est arrêté, l'intéressé ou son avocat doit avoir accès aux pièces du dossier de l'affaire qui sont *pertinentes* pour déterminer la légalité de l'arrestation ou de la détention (70). Cela suppose, naturellement, que l'autorité judiciaire accepte de contrôler la légalité de l'arrestation ou de la détention, notamment au regard des « nécessités de l'enquête » (71), de la subsidiarité de la garde à vue ou encore des « raisons plausibles de soupçonner » que la personne a participé à la commission de l'infraction. A cet égard, les seuls procès-verbaux de placement en garde à vue, d'auditions et de confrontations de la personne gardée à vue sont insuffisants. Dans un second temps, la directive imposerait aux Etats de veiller à ce que la personne poursuivie ou son avocat ait accès au dossier de l'affaire une fois l'enquête clôturée (72).

29 - L'accès au dossier de l'avocat au cours de la garde à vue apparaît donc comme l'un des aspects les moins audacieux de la réforme : la consécration de ce droit ne saurait faire oublier qu'il est insuffisamment garanti par les dispositions actuelles (73). Quant à la question plus globale de l'accès au dossier au cours de la phase préliminaire du procès pénal, elle est teintée d'incohérence. L'énumération restrictive, par l'article 63-4-1, des pièces du dossier accessibles à l'avocat de la défense traduit nettement la tentative de compromis réalisée par le législateur : compromis entre, d'un côté, les exigences supranationales - qui, sur fond d'égalité des armes, impriment au modèle du procès équitable un caractère plus accusatoire qu'inquisitoire - et, de l'autre, la culture policière et judiciaire française de défiance, sinon de méfiance, à l'égard des avocats. Puisque l'accès au dossier est une composante des droits de la défense, il n'est pas possible de l'éluder. Tout est donc question de circonscription.

Des tensions identiques se sont manifestées lorsqu'il s'est agi d'identifier les restrictions admissibles à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue.

B - La fragilité de l'assistance de l'avocat

30 - En principe, et sauf renonciation de la personne gardée à vue, l'avocat peut intervenir dès le début de la garde à vue. L'effectivité de ce droit est garantie par l'instauration d'un délai de carence de deux heures, qui court à partir du moment où l'avocat ou le bâtonnier a été avisé. Pendant ce délai, aucun interrogatoire sur le fond ne peut en principe être mené.

En principe, car le texte prévoit de nombreuses exceptions qui sont susceptibles de réduire l'assistance apportée par l'avocat à son client. D'abord, le procureur de la République peut autoriser, si les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate de la personne gardée à vue (74), que l'audition débute avant l'expiration du délai de deux heures. Ensuite, et surtout, la transposition de la jurisprudence européenne a conduit à admettre une clause générale de dérogation. L'existence de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce peut justifier le report de l'intervention de l'avocat pendant douze, voire vingt-quatre heures pour les criminalités de « droit commun », pendant vingt-quatre, voire quarante-huit heures pour la criminalité organisée, et même pendant soixante-douze heures en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants (75). En principe, ce report ne concerne que l'assistance de l'avocat aux auditions et confrontations et son accès aux procès-verbaux : le droit à l'entretien confidentiel de trente minutes est intangible, sauf en matière de criminalité organisée. Ces dérogations peuvent être accueillies par le droit européen, à la condition qu'elles reposent sur des circonstances appréciées *in concreto* et qu'elles ne découlent pas de la seule qualification de l'infraction. La seule qualification d'infraction terroriste, par exemple, ne peut justifier une restriction systématique des droits de la défense (76). Il y a là plus qu'une question de motivation.

31 - Plus problématique est la restriction, spécifique aux affaires terroristes, du choix de l'avocat. Le nouvel article 706-88-2 du code de procédure pénale prévoit en effet que, en matière terroriste, « le juge des libertés et de la détention (...) ou le juge d'instruction (...),



peut décider que la personne sera assistée par un avocat désigné par le bâtonnier sur une liste d'avocats habilités, établie par le bureau du Conseil national des barreaux sur propositions des conseils de l'ordre de chaque barreau » (77). L'assistance, au cours de la garde à vue, des personnes suspectées de terrorisme, est désormais réservée à des avocats habilités à l'avance par leurs pairs, et désignés au cas par cas par le bâtonnier. Cette mesure a été présentée comme nécessaire pour prévenir la réalisation de deux risques : « Le premier risque résidera dans la possibilité que la personne gardée à vue soit assistée par un avocat défendant la même cause idéologique qu'elle ; le risque de fuites serait alors considérable. Le second risque sera, compte tenu de la personnalité, de la dangerosité et des moyens dont disposent certains auteurs d'actes terroristes, que des pressions soient exercées par la personne gardée à vue sur les avocats désignés pour qu'ils préviennent leurs complices ou fassent disparaître des preuves » (78). Curieuse méfiance à l'égard des auxiliaires de justice. A-t-on jamais empêché une femme accusée d'avortement (à l'époque) d'être représentée par une avocate féministe ?

Surtout, ces restrictions sont-elles compatibles avec le droit au libre choix de son défenseur, proclamé par de nombreux textes internationaux (79) ? Certainement, le libre choix du défenseur n'est pas un droit absolu. La Cour européenne en a exposé les limites à de nombreuses reprises. La principale tient au mécanisme d'assistance judiciaire gratuite. Lorsque les frais de représentation sont supportés par l'Etat, le choix du défenseur par l'accusé peut légitimement être limité. Cette restriction tombe sous le sens.

Mais la Cour rappelle « l'importance de relations confiantes entre avocat et client », qui doit conduire, dans tous les cas, à « se soucier des vœux de l'accusé » - sans exclure qu'il soit possible de passer outre, « s'il existe des motifs pertinents et suffisants de juger que les intérêts de la justice le commandent » (80). Les intérêts de la justice commandent-ils que des avocats partisans de la cause indépendantiste corse, basque ou kurde soient exclus de la défense des personnes suspectées d'avoir commis une quelconque infraction terroriste inspirée par cette cause ? Si la proposition de limiter le choix de l'avocat au cours des gardes à vue en matière terroriste a été inspirée du droit espagnol, la Cour européenne ne s'est, à notre connaissance, jamais prononcée sur ce système. En tout état de cause, ni la partialité de l'avocat, ni celle du parquet (81) ne sont de nature à remettre en cause l'équité du procès dès lors que le juge présente les garanties d'indépendance et d'impartialité.

32 - Derrière l'apparence d'une réforme ambitieuse, le législateur a refusé d'aller au bout de la logique de la consécration des droits de la défense au cours de la phase policière du procès pénal (82). Sursaut de souveraineté ? Crainte pour l'ordre public ? Souci de ménagement pour les enquêteurs ? Quelles qu'en soient les raisons, la résistance à la réception des droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés et conçus par les organes européens est un combat d'arrière-garde (83). L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, et avec elle, les premières directives de procédure pénale, le confirment : la tendance est à l'harmonisation et à l'amélioration des garanties.

Quels enseignements tirer de ces conceptions européennes des droits de la défense ? La nécessité de repenser le procès pénal à l'aune de la notion de procès équitable. La traditionnelle césure du procès pénal autour d'une phase policière et d'une phase judiciaire est dépassée. Les organes européens ne s'y trompent pas : le succès de l'enquête de police - et la marginalisation corrélative de l'instruction, relevée par le Conseil constitutionnel le 30 juillet 2010 - n'est-elle pas la contrepartie d'une instruction judiciaire devenue trop protectrice ? Face aux stratégies de contournement, c'est une conception unitaire du procès pénal qui s'impose. Sur le fond, ce procès doit, de bout en bout, être équitable (84). Et si la Cour européenne a longtemps été la seule initiatrice des évolutions en droit interne, l'entrée en jeu de l'Union européenne change la donne.

#### **Mots clés :**

PROCEDURE PENALE \* Enquête \* Garde à vue \* Assistance d'un avocat \* Droit de se taire \* Droit à un procès équitable

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX \* Procès équitable \* Droit de la défense \* Garde à vue \*

Assistance d'un avocat \* Droit de se taire

(1) V. G. Roujou de Boubée, La réforme de la garde à vue, D. 2011. 1570.

(2) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, 20 juill. 2010, COM 2010(392) Final. Une nouvelle version de cette proposition a été adoptée par la Commission le 8 juin 2011 (COM(2011) 326 final), après l'écriture de cette chronique : elle se situe nettement en retrait de la version précédente, en particulier quant au droit d'accès au dossier de l'avocat.

(3) Dans le même sens, et pour de multiples autres raisons, V. M.-L. Rassat, A remettre sur le métier. Des insuffisances de la réforme de la garde à vue, JCP G 2011. 632.

(4) Malgré les termes de l'article préliminaire du code de procédure pénale : « Toute personne suspectée ou poursuivie (...) a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur ».

(5) V. les propositions du comité Léger, elles-mêmes directement inspirées des arrêts *Salduz* et *Dayanan* rendus par la CEDH (V. *infra*).

(6) N° 2010-14/22 QPC, D. 2010 1928, entretien C. Charrière-Bournazel, 1949, point de vue P. Cassia, 2259, obs. J. Pradel, 2696, entretien Y. Mayaud, et 2783, chron. J. Pradel ; RTD civ. 2010. 513, obs. P. Puig ; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier, et 2011. 58, obs. S. De La Rosa ; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli, 165, obs. B. de Lamy, et 193, chron. C. Lazerges.

(7) V. *infra*, II.

(8) Préc., cons. 28, nous soulignons. S'ajoute la considération « qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; [et celle] qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence » (*ibid.*).

(9) Crim. 28 juin 2000, Bull. crim., n° 251.

(10) Crim. 6 mai 2003, n° 02-87.567, Bull. crim., n° 93.

(11) Crim. 3 juin 2008, n° 08-81.932.

(12) Cons. const., Déc. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, cons. 13.

(13) Cette consécration pose le problème de la pratique de l'audition « libre » d'un suspect alors en garde à vue pour d'autres faits. Faut-il lui accorder le droit d'être assisté par un avocat ? Si oui, faut-il lui notifier un second placement en garde à vue ? La difficulté naît de ce que, malgré sa jurisprudence relativement à l'usage de la contrainte, la chambre criminelle admet classiquement cette pratique (Crim. 12 janv. 2005, n° 03-86.372, D. 2005. 1917, note P. Hennion-Jacquet). En théorie, la difficulté est inexistante dès lors que l'on reconnaît que la personne se trouve sous la contrainte. Elle doit alors être entendue sous le régime de la garde à vue, et ses droits de la défense doivent être respectés. Mais si les droits de la défense étaient attachés à la qualité de suspect, la situation serait plus simple : un second placement en garde à vue serait inutile.

(14) Art. 73 c. pr. pén. : « Lorsque la personne est présentée devant l'officier de police judiciaire, son placement en garde à vue, lorsque les conditions de cette mesure prévues par le présent code sont réunies, n'est pas obligatoire dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable si la personne a été conduite par la force publique devant l'officier de police

judiciaire » (nous soulignons).

(15) Art. 62-1 c. pr. pén. : « Cette mesure doit constituer *l'unique moyen* de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : (...) » (nous soulignons).

(16) Art. 63-1 c. pr. pén. :

« La personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits :

« 1° De son placement en garde à vue ainsi que de la durée de la mesure et de la ou des prolongations dont celle-ci peut faire l'objet ;





« 2° De la nature et de la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ;

« 3° Du fait qu'elle bénéficie : (...)

« - du droit d'être assistée par un avocat, conformément aux articles 63-3-1 à 63-4-3 ;

« - du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire. (...) ».






(17) V. E. Mathias, Pour une loi des suspects... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue), Dr. pén. 2011, étude 6.

(18) Crim. 4 janv. 2005, Bull. crim., n° 3 ; JCP 2005. II. 10176, obs. P. Conte ; D. 2005. 761 , note J.-L. Lennon , et 2006. 620, obs. J. Pradel  ; AJ pénal 2005. 160, obs. J. Leblois-Happe .

(19) Sans compter que ce critère établit une sorte de prime à la résistance puisque le suspect contraint est nécessairement placé en garde à vue, alors que le suspect coopératif, qui répond à sa convocation et accepte d'être interrogé, ne l'est pas - ou pas systématiquement - et ne bénéficie d'aucun droit : V. E. Mathias, *op. cit.*

(20) Art. 113-1 s. c. pr. pén.

(21) Art. 80-1 et 105 c. pr. pén.

(22) V. notamment, arrêt *Dayanan c/ Turquie* du 13 oct. 2009, § 32, cité *infra* (D. 2009. 2897 , note J.-F. Renucci  ; AJ pénal 2010. 27 , étude C. Saas  ; RSC 2010. 231, obs. D. Roets  ) ; V. égal. *infra*, II.

(23) CEDH 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, § 52.

(24) *Dayanan c/ Turquie*, § 32.

(25) V. *Salduz c/ Turquie*, § 52, qui établit très clairement le lien.


(26) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, 20 juill. 2010, COM 2010(392) Final. Rappelons que l'art. 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise que « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

(27) La Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement propose d'y ajouter le droit au silence : Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, 2010/0215 (COD), 7 déc. 2010.




(28) Art. 4. Dans sa version initiale, la proposition de directive retient le terme d'arrestation ; la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement propose d'y substituer le terme « privation de liberté ». Il s'agit dans les deux cas de faire évoluer le statut du suspect lorsqu'il est soumis à la contrainte.

(29) Sinon symbolique (constat de violation) et financière (satisfaction équitable).


(30) La compétence de l'Union en matière de procédure pénale est régie par l'art. 82 TFUE. Sur les conséquences de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sur le droit pénal et la procédure pénale, V. Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Actes du colloque organisé par l'Université Paris I, les 27-28 janv. 2011, Société de législation comparée, à paraître.


(31) Cette proposition s'inscrit pleinement dans le Programme de Stockholm (Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, 2010/C 115/01, JOUE C 115 du 4 mai 2010, pt 2.4) : S. Manacorda, Le droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ?, RSC 2010. 945 .

(32) CJCE 10 avr. 1984, aff. 14/83, *Von Colson et Kamann*, pt 26 s., Rec. CJCE p. 1891.

(33) CJCE 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA*, pt 8, Rec. CJCE p. I-4135 ; Rev. sociétés 1991. 532, note Y. Chaput  ; AJDA 1991. 267, chron. T. Debard et C. Alibert  ; RTD com. 1991. 68, obs. C. Champaud .




(34) Auxquels s'invitera probablement la CJUE.

(35) N° 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316, Gaz. Pal. 19 avr. 2011. 10, note O. Bachelet ; D. 2011. 1080  et les obs., et 1128, entretien G. Roujou de Boubée.

(36) CEDH 13 janv. 2011, *Kallweit c/ Allemagne*, n° 17792/07, D. 2011. 379 , obs. O. Bachelet.

(37) Date d'entrée en vigueur de la loi du 14 avr. 2011. Par circulaire, le garde des Sceaux en avait anticipé la mise en oeuvre, à la suite des arrêts du 15 avr. 2011 (CRIM-8-11-E6 du 15 avr. 2011).

(38) Voire avant : cf. *supra*.

(39) 8 févr. 1996, n° 18731/91, § 62, RSC 1997. 476  et 481 , obs. R. Koering-Joulin .

(40) *Ibid.*, § 67.

(41) Voire plus tardivement en matière de terrorisme ou de trafic de stupéfiants, mais le Conseil constitutionnel avait veillé à ce que les droits de la défense soient simplement retardés, sans être supprimés (Déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993).

(42) Mais le droit européen n'imposait pas encore explicitement une assistance pleine et entière. L'entretien pouvait être considéré comme suffisant.

(43) *Salduz c/ Turquie*, § 55 : « Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation ».




(44) *Dayanan c/ Turquie*, § 32. La Cour précisait ensuite : « 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 ».

(45) Sauf à considérer que le droit à l'assistance de l'avocat au cours des interrogatoires de police s'imposait dès l'arrêt *Murray* ou encore à introduire dans l'histoire de la garde à vue française une quatrième période, entre l'arrêt *Murray* et l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, pendant laquelle l'avocat n'intervenait qu'à la vingtième heure de garde à vue et le droit au silence n'était pas notifié - le droit français était alors en tout état de cause contraire aux prescriptions de l'arrêt *Murray*. Entre le 1<sup>er</sup> janv. 2001 et le 27 nov. 2008, en revanche, il est difficile de dire que le droit français était contraire au droit européen puisqu'un avocat intervenait dès la première heure de garde à vue - sauf pour les affaires de terrorisme et de trafic de stupéfiants, puis de criminalité organisée où la restriction du droit à l'assistance d'un avocat était systématique.






(46) Art. 112-4 c. pén.






(47) D. Rebut, « Les revirements de jurisprudence en matière pénale », rapport annexé au Rapport sur les revirements de jurisprudence remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Groupe de travail présidé par N. Molfessis, Litec, 2005, p. 101 s., et les réf. citées.

(48) « La notion de « droit » (*law*) utilisée à l'art. 7 (art. 7) correspond à celle de loi qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit comme non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité » (CEDH 22 nov. 1995, n° 20190/92, *S. W. c/ Royaume-Uni*, § 35, AJDA 1996. 445 , note J.-P. Costa ; RSC 1996. 473, obs. R. Koering-Joulin  ; RTD civ. 1996. 512, obs. J.-P. Marguénaud ).




(49) Autrement dit, admettre que le droit nouveau (y compris l'interprétation de la CEDH) ne s'applique immédiatement qu'à partir du moment où il est formulé et qu'il ne permet pas de remettre en cause les actes régulièrement accomplis avant qu'il ne soit formulé (art. 112-4 c. pén.).

(50) Art. 26 de la loi.

(51) N° 10-82.902, 10-82.306 et 10-85.051, D. 2010. 2809 , note E. Dreyer, 2425, édito F. Rome, 2696, entretien Y. Mayaud, 2783, chron. J. Pradel , et 2011. 124, obs. E. Degorce ; AJ pénal 2010. 479, étude E. Allain  ; Cah. Cons. const. 2011. 242, obs. Y. Mayaud  ; RSC 2010. 879, chron. E. Gindre  ; JCP G 2010. 1104, Aperçu rapide H. Matsopoulou ; Gaz. Pal. 26 oct. 2010. 15, obs. O. Bachelet.

(52) N° 10-85.520 et 10-83.750, D. 2011. 242, obs. M. Léna  ; AJ pénal 2011. 83  et RSC 2011. 144, obs. J. Danet  ; D. 2011. 381 , confirmés le 11 mai 2011, n° 10-84.251, D. 2011. 1421, obs. C. Girault .

(53) J. Danet, obs. préc., AJ pénal 2011. 83.

(54) Crim. 26 mars 2008, n° 07-83.814, D. 2008. 1063 , obs. M. Léna et réf. citées ; AJ pénal 2008. 286, obs. C. Saas  ; RSC 2008. 926, obs. R. Finielz .

(55) Ou bien elle n'est pas sanctionnée : par exemple si elle ne fait pas grief (art. 802 c. pr. pén.), sauf nullité d'ordre public.

(56) Ainsi, le recours à un moyen de preuve illicite est sanctionné par la nullité de l'acte, et se traduit par l'impossibilité pour le juge de tenir compte de cette preuve, privée de toute valeur. V., par ex., pour le recours à l'hypnose du suspect, Crim. 28 nov. 2001, Bull. crim., n° 248.

(57) Crim. 10 mai 2001, Bull. crim., n° 118 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2005, Bull. civ. I, n° 473 ; Crim.

27 oct. 2009, D. 2010. 245<sup>1</sup>, note P.-J. Delage, et 45, obs. E. Degorce ; AJ pénal 2010. 37, obs. C. Girault<sup>2</sup> ; Constitutions 2010. 304, obs. X. Bioy<sup>3</sup>.

(58) Art. 173-1 c. pr. pén. Il en est de même pour la personne qui bénéficie du statut de témoin assisté.

(59) Art. 385 c. pr. pén. Les nullités doivent alors être invoquées avant toute défense au fond.

(60) N° 11-81.412, 10-88.809, 10-80.034 et 10-88.293, D. 2011. 1563<sup>4</sup>.

(61) V. *supra*, § 18.

(62) Crim. 26 mars 2008, préc. Solution confirmée dans les arrêts du 31 mai 2011.

(63) Dans ces dossiers, en effet, l'annulation est encourue. Dans un arrêt du 11 mai 2011 (n° 10-84.251, préc.), la chambre criminelle avait confirmé sa jurisprudence des 4 et 18 janv. 2011 : les aveux formulés en l'absence d'avocat, même lorsque, comme en l'espèce, ils datent de 2007, sont privés de toute valeur probante. La chambre criminelle semblait ici faire une application rétroactive du nouvel alinéa de l'article préliminaire. La difficulté de cet arrêt tient au fait que la Cour impose la nullité de la condamnation sans se prononcer sur la nullité de la garde à vue (encore invocable ?).

(64) On ne revient pas ici sur la nécessité d'étendre ces droits au-delà de la garde à vue : cf. *supra*, § 9 s.

(65) V. *infra*, § 29.

(66) Il découle de l'art. 6, § 3 : droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.

(67) Comm. EDH, *Jespers c/ Belgique*, rapp., 14 déc. 1981.

(68) *Dayanan c/ Turquie*, § 32.

(69) Décision d'irrecevabilité du 8 déc. 1998, pt 2, nous soulignons.

(70) Art. 7, § 1, proposition de directive précitée.

(71) Ce qui implique que la chambre criminelle revienne sur sa jurisprudence (V. Crim. 4 janv. 2005, préc., Bull. crim., n° 3).

(72) Art. 7, § 2, proposition de directive précitée. Sur ce point, la loi du 14 avr. 2011 prévoit que, lorsque, à l'issue de la garde à vue, la personne est placée au « petit dépôt » avant d'être déférée devant le procureur de la République, l'avocat avec qui elle peut alors s'entretenir « peut demander à consulter le dossier de la procédure » (art. 803-3 c. pr. pén.). Devant le procureur dans le cadre du défèrement, l'avocat a également accès au dossier (art. 393).

(73) Dans le même sens, H. Matsopoulou, Une réforme inachevée. A propos de la loi du 14 avril 2011, JCP G 2011. 542 ; O. Bachelet, note préc., Gaz. Pal., 19 avr. 2011. 10.

(74) Art. 63-4-2 c. pr. pén.

(75) Art. 63-4-2 et 706-88 c. pr. pén.

(76) Rappelons que les arrêts *Murray*, *Salduz* et *Dayanan* précités portaient sur des affaires de terrorisme.

(77) Un décret en Conseil d'Etat devra préciser les modalités d'application de ces dispositions.

(78) P. Gosselin, Rapport sur le projet de loi portant réforme de la garde à vue, Ass. nat., 2010-2011, n° 3060, p. 163.

(79) Art. 6, § 3, c), Conv. EDH ; art. 14, § 3 b), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

(80) CEDH 25 sept. 1992, *Croissant c/ Allemagne*, § 29.

(81) Crim. 15 déc. 2010, n° 10-83.674, D. 2011. 338<sup>☞</sup>, note J. Pradel ; Cah. Cons. const. 2011. 231, obs. W. Mastor<sup>☞</sup> ; RSC 2011. 142, obs. A. Giudicelli<sup>☞</sup> : « C'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante ».

(82) Dans le même sens, si le système retenu - qui fait du magistrat du parquet l'organe de contrôle des quarante-huit premières heures de garde à vue, relayé par un juge du siège à chaque fois que la garde à vue excède cette durée - tire les conséquences de la jurisprudence européenne (CEDH 10 juill. 2008, *Medvedyev c/ France*, n° 3394/03 [D. 2008. 3055<sup>☞</sup>, note P. Hennion-Jacquet, et 2009. 600, note J.-F. Renucci ; AJ pénal 2008. 469, obs. C. Saas<sup>☞</sup> ; RSC 2009. 176, obs. J.-P. Marguénaud<sup>☞</sup>], et 29 mars 2010 [D. 2010. 1386<sup>☞</sup>, note J.-F. Renucci, et 1390, note P. Hennion-Jacquet ; RSC 2010. 685, obs. J.-P. Marguénaud<sup>☞</sup>] ; 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06 [D. 2011. 277<sup>☞</sup>, note J.-F. Renucci, et 338, note J. Pradel ; AJDA 2011. 889<sup>☞</sup>, chron. L. Burgorgue-Larsen ; RSC 2011. 208, obs. D. Roets<sup>☞</sup>]), il recèle encore une ambiguïté dans le fait que la garde à vue est confiée au contrôle de l'autorité judiciaire (art. 62-2 c. pr. pén.)... Le législateur, comme le Conseil constitutionnel, éprouve des difficultés à se rallier à la thèse de la Cour européenne et de la chambre criminelle. Mais sur le fond, l'intervention du parquet au cours de la garde à vue, en ce qu'elle va au-delà des exigences européennes, apparaît finalement moins comme une faiblesse que comme une plus-value du système français de garde à vue.

(83) Le combat est ailleurs : nomination des juges européens, rôle dans les négociations internationales, etc.

(84) Mais équité ne signifie nullement inefficacité car, dans ce procès, chacun doit jouer sa partition : les avocats défendent, le suspect ne s'incrimine pas, mais les enquêteurs disposent d'outils d'investigation toujours plus efficaces.