

Constitutionnalité, non-conventionalité et application de la loi nouvelle sur la garde à vue (Cons. const., 18 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, D. 2011. 3034¹, note H. Matsopoulou² ; *ibid.* 3005, point de vue E. Vergès³ ; AJ pénal 2012. 102, obs. J.-B. Perrier⁴ ; CE, 23 août 2011, n° 349752, *Etrillard, Lebon*⁵ ; D. 2011. 2044⁶ ; Crim., 6 septembre 2011, 4 arrêts n° 11-90.068, 11-90.071, 11-90.072 et 11-90.073, D. 2011. 2117, et les obs.⁷ ; Crim., 20 juillet 2011, n° 11-83.194, D. 2011. 2118⁸ ; Crim., 27 septembre 2011, n° 11-81.458, D. 2012. 263⁹, note T. Potaszkin¹⁰ ; AJ pénal 2012. 43, obs. C. Girault¹¹ ; Crim., 6 décembre 2011, n° 11-80.326 ; Agen, 24 octobre 2011)

Jean Danet, Maître de conférences, Université de Nantes

En trois mois seulement, la loi n° du 14 avril 2011 relative à la garde à vue donne lieu à quelques décisions qui ne peuvent ici être commentées en détail mais qui doivent être mises en perspective tant elles dessinent ensemble la direction dans laquelle va s'organiser pour une bonne part le débat dans l'année à venir.

Par quatre arrêts en date du 6 septembre 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation renvoyait devant le Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées par les justiciables à propos des dispositions de la loi nouvelle. Le conseil d'État avait fait de même par une décision du 23 août 2011.

Étaient mis en cause comme méconnaissant le respect des droits de la défense, le droit à une procédure juste et équitable et le principe du contradictoire :

- l'audition d'une personne suspectée qui n'a pas été placée en garde à vue,
- l'accès par l'avocat au temps de la garde à vue aux actes d'enquête et d'instruction avant l'audition ou la confrontation et d'en obtenir la copie,
- la possibilité laissée aux enquêteurs de commencer l'audition de la personne gardée à vue sans que l'avocat ait eu le temps de se rendre dans les locaux de la police ou de la gendarmerie,
- la limitation à trente minutes de l'entretien de la personne gardée à vue avec l'avocat,
- la restriction de l'assistance de l'avocat pour les seuls actes d'audition et de confrontation,
- l'exclusion de cette assistance au cours des autres actes d'investigation, telles les perquisitions.

Le pouvoir reconnu à l'officier de police judiciaire, d'une part, de s'opposer aux questions posées par l'avocat au cours de l'audition de la personne gardée à vue et, d'autre part, de décider de mettre fin à une audition ou une confrontation, en cas de difficulté, pour demander au procureur de la République de saisir le bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat étaient également mis en cause comme la faculté donnée au procureur de la République ou au juge des libertés et de la détention de reporter la présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations. Autant dire que toute l'économie de la loi était critiquée.

Sous une seule réserve, relative au second alinéa de l'article 62 du code de procédure pénale, les articles 62, le troisième alinéa de son article 63-3-1, le deuxième alinéa de son article 63-4

et les articles 63-4-1 à 63-4-5 du code de procédure pénale sont déclarés conformes à la Constitution. La réserve porte sur les auditions de personnes qui, avant ou en cours d'audition, viennent à être soupçonnées d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction alors qu'elles ne sont pas placées en garde à vue : cette audition libre ou sa continuation supposent que la personne ait été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie.

Pour l'essentiel, la motivation de la décision du Conseil repose toute entière sur l'idée que l'assistance de l'avocat en garde à vue ne saurait être assimilée à l'exercice plein et entier d'une mission de défense. En effet, les dispositions de la loi n'ont pas selon elle « pour objet de permettre la discussion de la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve rassemblés par les enquêteurs, qui n'ont pas donné lieu à une décision de poursuite de l'autorité judiciaire et qui ont vocation, le cas échéant, à être discutés devant les juridictions d'instruction ou de jugement », ni « de permettre la discussion du bien-fondé de la mesure de garde à vue enfermée par la loi dans un délai de vingt-quatre heures renouvelable une fois ». Pour le reste, la décision du Conseil se contente pour chaque disposition de rappeler leur détail en estimant que ceux-ci offrent des garanties suffisantes à l'exercice de la mission de défense telle qu'il l'a précédemment définie.

La discussion sur la constitutionnalité de la loi ainsi refermée, le législateur du 14 avril n'en est pas pour autant quitte avec les questions de conformité de son texte aux normes supérieures. La cour d'appel d'Agen a prononcé, le 24 octobre 2011, une décision remarquée et immédiatement diffusée par le barreau pénaliste, aux termes de laquelle sont annulées des gardes à vue ayant pourtant respecté les dispositions des articles 63-1, 63-3 et 63-4 du code de procédure pénale. La décision confirmative de la cour d'appel est prise sous le visa de l'article 6 § 3 de la CEDH tel qu'explicité par la décision *Dayanan c/ Turquie* du 13 octobre 2009 ; il est remarquable que le parquet ait adhéré à l'exception de nullité. Soulignons au passage pour nous en réjouir que des chambres des appels correctionnels tirent toutes les conséquences de l'autorité interprétative des arrêts de la CEDH consacrée par les arrêts de l'Assemblée plénière du 15 avril 2011 (V. sur ce point J. P. Marguénaud, La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou la révolution du 15 avril, RTD civ. 2011. 725 ). Pour la cour d'appel, l'effectivité de l'assistance de l'avocat au gardé à vue passe nécessairement par l'accès à l'entier dossier de la procédure. Voici donc le débat sur la conventionalité de la loi du 14 avril lancé. Mais il faut avoir conscience qu'il peut déboucher sur des questions délicates car si la non-conventionalité de tout ou partie de cette loi du 14 avril venait à être confirmée par la chambre criminelle ou par la CEDH, la correction législative pourrait exiger d'être au clair sur des notions difficiles. Pour seul exemple, mais ce n'est pas la seule question en suspens, qu'est-ce que le « dossier » au stade de la garde à vue dans la procédure pénale française ? Les procès-verbaux que le policier qui mène l'audition a sous les yeux ou les informations qui vont lui servir à mener celle-ci et que des collègues enquêtant sur le terrain lui ont fournies par téléphone ?

En attendant d'être saisie de ce débat, la Chambre criminelle a eu l'occasion de rendre trois décisions qui, ensemble, dessinent le cadre de l'application de la nouvelle loi.

Dans une décision du 20 juillet 2011, elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la purge des nullités organisée par l'article 173-1, alinéa 1 du code de procédure pénale. Pour écarter le caractère sérieux de la question, la chambre criminelle énonce que le délai de six mois impartit par la disposition en cause pour soulever les moyens tirés de la nullité des actes accomplis avant l'interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même, est justifié par l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. De plus, la chambre de l'instruction a le pouvoir de relever d'office tout moyen de nullité à l'occasion de l'examen de la régularité des procédures qui lui sont soumises. Enfin, la personne mise en examen a toujours la faculté de discuter la valeur probante des pièces de la procédure devant la juridiction de jugement. Au-delà de cette réponse générale apportée sur la purge des nullités, cette décision limite bien entendu les effets concrets des arrêts de l'Assemblée

plénière du 15 avril 2011 (Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 arrêts, n° 10-17.049, 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242, D. 2011. 1080, et les obs. ; *ibid.* 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJ pénal 2011. 311, obs. C. Mauro ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli ; RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud, et les arrêts du 31 mai 2011, 4 arrêts, n° 10-88.809, 10-80.034, 10-88.293 et 11-81.412, D. 2011. 2084, note H. Matsopoulou ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 412, obs. A. Giudicelli). L'espoir de voir le mécanisme de purge des nullités soumis à la censure du Conseil constitutionnel et effectivement censuré, si chimérique qu'il fût, associé à la solution de l'Assemblée plénière laissait entrevoir aux plus téméraires une annulation de toutes les gardes à vue dans les dossiers instruits et non encore jugés définitivement. Ce ne sera pas le cas.

La décision rendue par la chambre criminelle le 27 septembre 2011 achève de ruiner un peu plus ces rêves de grand soir. Un mis en examen n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation un moyen de cassation contre une décision de la chambre de l'instruction qui a rejeté son exception de nullité de gardes à vue alors qu'en application des articles 173-1 et 174 du code de procédure pénale, il n'était déjà plus recevable à faire état d'un tel moyen auprès de la chambre de l'instruction, fût-ce en se prévalant d'une évolution de la jurisprudence. La purge des nullités ne permet pas de se prévaloir de ce qu'un auteur a appelé « la révolution du 15 avril » (V. J. P. Marguénaud, préc., RTD civ. 2011. 725, préc.).

Enfin, sous une formulation quelque peu nouvelle dont il n'est pas aisé de déterminer la portée exacte, la chambre criminelle, dans un arrêt du 6 décembre 2011, s'agissant des procédures dans lesquelles les nullités sont purgées, maintient sa distinction entre la régularité des procédures et la force probante des gardes à vues non-conventionnelles, distinction inaugurée par sa décision du 4 janvier 2011 (Crim., 4 janv. 2011, n° 10-85.520, D. 2011. 242, obs. M. Léna ; AJ pénal 2011. 83, obs. J. Danet ; RSC 2011. 144, obs. J. Danet). Après avoir approuvé une cour d'appel d'avoir écarté les exceptions de nullité de gardes à vue remontant à 2005 et 2006 dans un dossier d'instruction dont elle était saisie par ordonnance de renvoi du juge d'instruction, la chambre criminelle pour rejeter le pourvoi relève que « les juges prononcent ensuite sur la culpabilité des prévenus par les motifs repris au moyen, desquels il résulte qu'ils ne se sont fondés ni exclusivement ni même essentiellement sur les déclarations recueillies au cours des gardes à vue ». La formulation retenue par la chambre criminelle dans un arrêt du 11 mai 2011 (Crim., 11 mai 2011, n° 10-84.251, D. 2011. 1421, obs. C. Girault ; AJ pénal 2011. 371, obs. L. Ascensi ; RSC 2011. 414, obs. J. Danet) était moins prudente. Elle avait cassé une décision de cour d'appel qui avait fondé la déclaration de culpabilité sur des déclarations faites en garde à vue sans assistance d'un avocat et rétractées ensuite, ainsi que sur la crédibilité des accusations au demeurant mesurées de la victime. Le seul fait que la déclaration de culpabilité se fonde sur les déclarations de garde à vue, fût-ce à titre de preuve corroborante semblait suffire à emporter l'annulation de l'arrêt. Dans sa dernière décision, il semble qu'une déclaration de culpabilité n'emporterait l'annulation que si elle se fondait *soit exclusivement soit essentiellement* sur les déclarations passées en garde à vue. Faut-il en déduire que la dernière formulation de la chambre criminelle aboutit à une position moins intransigeante quant aux conséquences probatoires attachées à l'absence de notification du droit au silence et à l'absence d'assistance d'un avocat ? Quoi qu'il en soit, même ainsi assouplie, la jurisprudence de la chambre criminelle demeurerait en tout cas plus exigeante que le nouvel article préliminaire du code de procédure pénale qui, lui, ne prohibe que les condamnations qui seraient prononcées contre une personne sur le *seul* fondement de déclarations faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui. Comme on le voit, la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue est loin d'avoir achevé sa période probatoire.

Mots clés :

PROCEDURE PENALE * Garde à vue * Droits de la défense * Assistance d'un avocat * Question prioritaire de constitutionnalité

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS * Contrôle de constitutionnalité * Question prioritaire de constitutionnalité * Garde à vue * Assistance d'un avocat * Droits de la défense

Revue de science criminelle © Editions Dalloz 2012