

**LA REFORME DE LA GARDE A VUE DEUX ANS
APRES : ESSAI D'UN BILAN**

Mémoire de Master 2 Justice et Médiation présenté par Stéphanie JADAS

Sous la direction de Mademoiselle Aurélie LA ROSA

Année universitaire 2012-2013

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier :

- Maître DELPLANQUE, Avocat au barreau de Valenciennes, pour m'avoir autorisé accepté en stage dans son cabinet, pour les mois d'Avril et Mai 2013.

- Monsieur BERNIER, Commissaire en poste au Commissariat de police de Valenciennes, pour m'avoir autorisé à effectuer un stage, durant les mois de Mai et Juin 2013.

- Monsieur DELVIGNE, Commandant fonctionnel en poste à la sûreté urbaine du Commissariat de Valenciennes, pour m'avoir accueillie au sein de ses différents services.

- Mademoiselle LA ROSA, ma directrice de mémoire, pour ses précieux conseils et son soutien.

- ainsi que mes parents, pour leur soutien et leur aide toute la durée de mon stage.

SOMMAIRE

TABLE DES ABREVIATIONS.....	4
INTRODUCTION.....	6
1ERE PARTIE : LA REFORME DE LA GARDE A VUE : UN DEBUT DEJA PROBLEMATIQUE.....	9
Chapitre 1 : Les prémices d'une crise prévisible?.....	9
Chapitre 2 : La longueur du conflit due aux différents désaccords.....	33
2EME PARTIE : LA REFORME DE LA GARDE A VUE DEUX ANS APRES : UN BILAN MITIGE.....	55.
Chapitre 1 : L'apparition de nouvelles questions.....	55
Chapitre 2 : Nullités de la garde à vue : une volonté de contestation de plus en plus présente.....	75
CONCLUSION.....	95
BIBLIOGRAPHIE.....	98
TABLE DES MATIERES.....	108

TABLE DES ABREVIATIONS

- 1^{ère} Civ. : 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation
- A.J : Actualité Juridique
- Art. : Article
- CA : Cour d'Appel
- Cass. Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
- C. cass. : Cour de cassation
- CE : Conseil d'Etat
- CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
- c.f : confère
- chap. : chapitre
- Cons. const. : Conseil constitutionnel
- ConventionEDH : Convention européenne des droits de l'homme
- CPP : Code de procédure pénale
- décis. : décision
- éd. : édition
- gén. : général
- ibid. : Ibidem
- J.O : Journal Officiel
- n° : numéro
- OPJ : Officier de police judiciaire
- Ord. : Ordonnance
- p. : page
- pp. : pages
- § : paragraphe
- part. : partie
- QPC : Question prioritaire de constitutionnalité
- rec. : recueil
- Rev. : Revue
- TGI : Tribunal de Grande Instance
- www. : World Wide Web

INTRODUCTION

« Le 15 avril 2011 paraissait au Journal Officiel la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 sur la garde à vue. Présent depuis une loi du 8 décembre 1897 dans les cabinets d'instruction,

l'avocat pénétrait alors dans les locaux de la police judiciaire. »¹ Cette citation du professeur Pradel nous montre l'avancée qu'apporte cette réforme à notre procédure pénale.

Le code de procédure pénale en France a vu le jour en 1808. A cette époque, le code d'instruction criminelle, faisait déjà émerger les prémices d'une garde à vue, même si elle ne portait pas encore ce nom. La garde à vue en tant que mesure de police judiciaire permettant de retenir dans certains locaux non pénitentiaires, pour une durée limitée variable selon le type d'infraction, les personnes qui tout en n'étant ni condamnées ni même poursuivies, devaient rester à la disposition des autorités de police ou de gendarmerie pour les nécessités de l'enquête, n'est véritablement apparue qu'en 1958, date à laquelle notre Constitution actuelle a été instaurée² et où il a été nécessaire d'imposer un cadre légal à cette mesure de privation de liberté. Mais pour devenir la garde à vue telle que nous la connaissons maintenant, elle a dû passer par de nombreuses modifications. À la base de la première modification importante de la garde à vue, se trouve une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), en 1992³. La CEDH a été instituée en 1959. C'est une juridiction compétente pour statuer sur des requêtes individuelles ou étatiques alléguant des violations des droits civils et politiques énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme (ConventionEDH). Les arrêts qu'elle rend sont obligatoires pour les Etats condamnés et les obligent à modifier leurs législations et leurs pratiques administratives dans de très larges domaines. La ConventionEDH, signée le 4 novembre 1950 à Rome et entrée en vigueur en 1953, est un traité en vertu duquel les Etats membres du Conseil de l'Europe garantissent les droits fondamentaux, civils et politiques, non seulement à leurs ressortissants, mais aussi à toutes les personnes relevant de leur juridiction. C'est sur la base de cette Convention que la CEDH est venue dire pour la première fois en 1992, que la garde à vue devait être rendue compatible avec la présomption d'innocence, le respect des droits de la défense et la prohibition de la détention arbitraire auxquels elle pourrait porter atteinte. Ces notions de « présomption d'innocence », de « droit de la défense », ainsi que de « prohibition de la détention arbitraire », seront régulièrement rappelées par la CEDH en matière de garde à vue. C'est en se basant sur le principe de l'autorité de la chose jugée que la France s'est vue obligée de changer sa législation en matière de garde à vue une première fois. Mais cette première condamnation ne fut que l'annonce d'une série d'autres, encore aujourd'hui, loin d'être terminée.

¹ Pradel J., « La loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue réussit son examen de passage devant le Conseil constitutionnel », *Semaine Juridique éd. Gén.*, décembre 2011, pp. 2654-2567.

² Constitution du 4 octobre 1958, texte fondateur de la Ve République.

³ CEDH *affaire Tomasi c/ France* du 27 août 1992, requête n° 12850/87.

La toute première modification a été faite par la loi du 4 janvier 1993⁴, portant réforme de la procédure pénale. Cette loi a d'abord énoncé les principaux droits de la personne placée en garde à vue puis elle a restreint la possibilité pour les officiers de police judiciaire (OPJ) de placer en garde à vue les témoins, avant que cette faculté ne disparaisse totalement avec la loi du 15 juin 2000⁵. C'est cette loi qui définit de manière précise et non équivoque les personnes susceptibles de faire l'objet d'une mesure de garde à vue⁶. La loi du 15 juin 2000 trouvait nécessaire d'imposer un « droit au silence » pour les gardés à vue. Cependant, ce droit fut l'objet d'une modification en 2002⁷, ce qui eut pour effet de le rendre moins explicite, pour enfin être complètement supprimé avec la loi du 18 mars 2003⁸.

A ses débuts, la garde à vue ne distinguait pas de régimes particuliers. Ce n'est qu'en 1986⁹, que le législateur a imposé un premier régime dérogatoire de la garde à vue en matière de terrorisme. Ce régime dérogatoire de la garde à vue, n'a cessé de s'accroître au fil du temps, pour aujourd'hui inclure au terrorisme, le trafic de stupéfiant et la criminalité en bande organisée.

Malgré de nombreuses modifications apportées à la garde à vue depuis 1958, un des éléments fut oublié dans ces nombreux changements : l'intervention de l'avocat pendant cette mesure. Il faudra réellement attendre une condamnation de la France par la CEDH en date du 14 octobre 2010¹⁰, pour que cette question soit enfin envisagée dans notre législation française. La loi du 14 avril 2011, qui suivra cet arrêt, permettra enfin à la personne en garde à vue de se faire assister par un avocat. Cependant, cette avancée ne semble pas satisfaisante au regard de la volonté de la CEDH. Cette loi a été instaurée dans un contexte de volonté toujours plus accrue de protection des droits de la défense.

L'attente des professionnels, concernant cette réforme, était grande puisqu'ils imaginaient déjà

⁴ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale.

⁵ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁶ « Ne peuvent être placées en garde à vue que les personnes à l'encontre desquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ».

⁷ Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 modifiant la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁸ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure.

⁹ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à l'instauration d'un régime particuliers pour les gardes à vue en matière de terrorisme.

¹⁰ CEDH *affaire Brusco c/ France* du 14 octobre 2010, requête n° 1466/07.

une grande réforme qui viendrait modifier en profondeur la législation française en matière de garde à vue. Cette attente se posait principalement sur la protection des droits de la défense. Au cours de nos stages antérieurs un problème s'était posé concernant la conciliation entre les droits de la défense et les intérêts de l'ordre public. Nous nous étions alors demandé si le législateur avait réussi à concilier la protection des droits de la défense avec les intérêts de l'ordre public. Force est de constater que deux ans après l'entrée en vigueur de cette réforme la question est encore présente dans beaucoup d'esprits et qu'elle prend encore plus d'importance.

Alors que deux ans après la réforme du 14 avril 2011¹¹ de nouveaux problèmes faisaient leur apparition, d'autres plus anciens n'étaient toujours pas résolus. Ce constat que nous avons pu faire au cours de nos stages nous a amené à nous poser la question de savoir le bilan que nous pouvions tirer de la réforme de la garde à vue maintenant que nous avons plus de recul sur les problèmes que nous rencontrons depuis son entrée en vigueur.

Cette volonté de renforcer la protection des droits de la défense tout en la conciliant avec les intérêts de l'ordre public au cours de l'enquête de police a été une part importante du conflit centré sur la nouvelle garde à vue. Alors que dès l'entrée en vigueur on pouvait constater l'apparition de nombreuses difficultés rendant le début très problématique (1ère Partie), deux ans après, le bilan ne semble pas meilleur au regard des nombreux éléments le bilan de la nouvelle garde à vue apparaît mitigé (2ème Partie).

PARTIE 1 : LA REFORME DE LA GARDE A VUE : UN DEBUT DEJA PROBLEMATIQUE

La garde à vue est une mesure exceptionnelle de privation de liberté, mise au service de la police judiciaire afin de faire cesser les atteintes à l'ordre public. Cependant, cette mesure a dû faire l'objet d'une réforme pour qu'elle ne porte pas, également atteinte aux libertés individuelles de chacun. Pourtant, alors que cette réforme de la garde à vue semblait

¹¹Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

nécessaire au regard du droit européen, nous pouvions assister dès le début de l'application de cette réforme aux prémices d'une crise qui était prévisible (Chapitre 1). Cette crise qui avait fait son apparition dès les premières heures de la réforme de la garde à vue, était vouée à durer en raison des nombreux désaccords aussi bien entre le droit européen et le droit national, qu'entre les juridictions internes (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES PREMICES D'UNE CRISE PREVISIBLE?

La réforme de la garde à vue du 14 avril 2011 créa de nouveaux droits pour les personnes placées en garde à vue. Le plus attendu était la possibilité pour cette personne de se faire assister par un avocat de son choix dès la première heure de garde à vue et surtout lors des auditions et des confrontations.

Alors que les avocats attendaient avec impatience cette réforme de la garde à vue, certains problèmes faisaient leur apparition. Tout d'abord une controverse se créa autour des nouveaux droits accordés à la défense (Section 1). Cependant n'étant pas le seul élément à poser des difficultés, le parquet se trouvait lui aussi dans la tourmente en raison de sa place dans le contrôle de la garde à vue (Section 2).

Section 1 : Une controverse entourant les nouveaux droits de la défense

Alors que cette réforme était très attendue par les avocats, notamment en raison de la place que le législateur allait leur accorder dans la nouvelle garde à vue, c'est avec une certaine déception qu'ils ont découvert que leur rôle n'allait pas être celui auquel ils s'attendaient. Loin du rôle de grand défenseur, nous sommes en droit de nous demander si nous ne sommes pas devant un usurpateur qui a été plébiscité par le législateur afin de satisfaire les exigences du droit européen (Paragraphe 1). Loin d'être la seule avancée décevante en matière de garde à vue, le législateur a souhaité restaurer un droit spécialement en faveur des droits de la défense : le droit au silence. Ce droit au silence semble malheureusement avoir été restauré au détriment de la victime (Paragraphe 2).

§1 : L'avocat pendant la procédure de garde à vue : le plébiscite d'un usurpateur ?

Comme nous l'avons évoqué précédemment, la réforme de la garde à vue a instauré de nouveaux droits pour renforcer les droits de la défense. Le droit le plus attendu mais aussi le plus critiqué est sans aucun doute celui qui permet l'assistance d'un avocat dès les premières heures de garde à vue. Pourtant une différence de traitement entre la garde à vue de droit commun et celle de droit dérogatoire a fait son apparition. Alors que pour la garde à vue de droit commun nous sommes face à un renforcement des pouvoirs de l'avocat, enfin en apparence (A), en droit dérogatoire de la garde à vue nous sommes face à un « *privilège des intérêts de la répression sur la protection des droits de la défense* »¹² (B).

A/ L'apparence de pouvoirs renforcés en matière de garde à vue de droit commun

Avant la réforme du 14 avril 2011¹³, la procédure pénale et plus particulièrement la garde à vue a subi de nombreux changements. Toutes ces modifications¹⁴ faites par le législateur ont suivi une logique très précise contribuant à l'instauration de la garde à vue telle que nous la connaissons aujourd'hui. Alors qu'avant cette réforme de la garde à vue le mis en cause n'avait le droit qu'à un entretien, assez rapide, avec son avocat avant les auditions, aujourd'hui le nouvel articles 63-3-1 du code de procédure pénale évoque le droit, pour la personne placée en garde à vue par un OPJ¹⁵, de demander à être représentée par un avocat dès le début de cette mesure. Il est également prévu qu'elle peut en désigner un de son choix, si elle n'est pas en mesure d'en désigner un, elle peut demander qu'il lui en soit commis un

¹²Guidicelli A. et Danet J., « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janvier mars 2011, pp. 139-157.

¹³Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

¹⁴C.f Introduction.

¹⁵Officier de Police Judiciaire.

d'office. Cet article précise également que, dans ce cas, le choix de l'avocat commis d'office sera laissé à l'appréciation du bâtonnier. L'intégralité de cet article ne concerne bien évidemment que la garde à vue de droit commun¹⁶.

À la lecture de cet article, il nous apparaît que le législateur est resté très vague concernant les nouvelles missions de l'avocat au cours de la garde à vue. Est-ce une volonté de sa part ou est-ce involontaire? Nous ne pouvons être affirmatif en la matière. Afin d'avoir plus de précisions nous devons nous référer à la loi¹⁷ directement, voire à la décision du Conseil Constitutionnel du 30 juillet 2010¹⁸. Ces deux textes, un peu plus précis que le nouvel article 63-3-1 du code de procédure pénale, nous précise quelles doivent être les nouvelles missions de l'avocat. Après une lecture attentive de ces deux textes, le moins que l'on puisse dire c'est qu'en théorie, la procédure pénale française fait désormais une part belle à l'avocat pendant la mesure de garde à vue. Il devient l'élément central de cette procédure. Comme le fait remarquer le professeur Roujou de Boubée « *la pièce maîtresse de la réforme est la possibilité pour l'avocat d'assister aux auditions et confrontations de son client* »¹⁹. Outre l'entretien préalable de trente minutes, qui était déjà présent sous l'égide de l'ancienne garde à vue, la personne peut désormais demander à ce que son avocat assiste à toutes ses auditions et aux confrontations. C'est une avancée qui était très attendue par la plupart des avocats, puisqu'elle leur permet de faire respecter les droits de la défense dès le début de la procédure. Il est précisé également que l'avocat pourra, à l'issue des interrogatoires, émettre des observations qui seront notées en marge du procès verbal. Avec toutes ces modifications le rôle de l'avocat semble être renforcé, comme le disent messieurs Gagnoud et Robert, « *cette disposition, en effet, est de nature à faire considérablement évoluer le rôle de l'avocat en garde à vue qui devient véritablement acteur de la procédure au tout premier stade de l'enquête et qui passe du statut de simple conseil à celui de défenseur* »²⁰. En théorie, nous ne pouvons qu'être d'accord. Mais en pratique, c'est une toute autre histoire, surtout avec le recul que nous avons aujourd'hui.

¹⁶La garde à vue de droit dérogatoire faisant l'objet d'une partie distinct c.f Part. 1, chap. 1, section 1, §1, B « Le privilège des intérêts de la répression sur la protection des droits de la défense» en matière de garde à vue de droit dérogatoire ».

¹⁷Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

¹⁸Décision n° 2010-14/22- QPC du 30 juillet 2010.

¹⁹Roujou de Boubée G., « La réforme de la garde à vue : commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *Dalloz*, 2011, p. 1570.

²⁰Gagnoud P. et Robert L., « Réforme de la garde à vue : évolution ou révolution? », *La Gazette du Palais*, mai-juin 2011.

Déjà lorsque la loi est entrée en vigueur certains problèmes faisaient leur apparition. Certains auteurs, comme le professeur Matsopoulou, pointaient des incohérences face à la demande de la CEDH²¹. Comme elle nous le fait remarquer « *des restrictions importantes ont été apportées à l'exercice de ce droit en méconnaissance de la jurisprudence européenne qui exige que l'avocat assume, pendant tout le déroulement de la garde à vue, le rôle d'un véritable défenseur* »²². Dès le départ, de nombreux professionnels du droit ont remis en cause ce qui devait pourtant être l'avancée majeure de cette réforme de la garde à vue : l'assistance de l'avocat pendant les auditions et les confrontations de son client. Ici l'avancée réside surtout dans la présence de l'avocat dès la première audition, mais pas dans ses pouvoirs pendant celle-ci. Malgré sa présence pendant les auditions ou confrontations, l'avocat n'est pas autorisé à interrompre l'OPJ. Loin de l'image que les séries policières nous renvoient, la seule personne habilitée à mener une audition ou une confrontation se trouve être l'OPJ, l'avocat lui ne peut absolument pas intervenir pendant la durée de ces interrogatoires. La seule possibilité qui lui est laissée afin de se faire entendre se trouve à la fin de l'audition, car la loi prévoit qu'à l'issue de toute audition ou confrontation à laquelle l'avocat aura assisté, il pourra émettre des observations qui seront ajoutées au procès verbal. Cependant, comme le mentionne le professeur Matsopoulou les débats parlementaires avaient mis en évidence le fait qu'un « *avocat taisant ne pouvait satisfaire aux exigences européennes* »²³ mais ceux-ci avaient également soumis l'hypothèse, qui fut par la suite acceptée, de réserver à l'enquêteur le droit de s'opposer aux observations ou questions de l'avocat, dès lors qu'il le jugerait nécessaire pour le bon déroulement de l'enquête. Lorsque nous connaissons un temps soit peu les exigences et les attentes de la CEDH concernant le respect des droits de la défense au cours de la procédure de garde à vue, nous sommes en droit de nous demander comment une telle chose est possible. Lors de notre précédent stage au sein de la cellule anti-cambriolage du Commissariat de Valenciennes²⁴, nous avons eu déjà l'occasion d'assister à un échange assez musclé entre un enquêteur et un avocat sur ce sujet. Le point de départ de cet échange fut une observation émise par l'avocat de la personne auditionnée. Cette observation reprenait presque mots pou mots la dernière question de l'enquêteur, ce qui fit démarrer la querelle. Au regard de ce passage assez explicite sur la tension entre les fonctionnaires de police et les avocat, un

²¹Cour Européenne des Droits de l'Homme.

²²Matsopoulou H., « Une réforme inachevée : à propos de la loi du 14 avril 2011 », *Semaine juridique éd. Gén.*, mai 2011, pp. 908-912.

²³*Ibid.*

²⁴Stage effectué en janvier 2012.

nouveau problème fit son apparition, celui de la mésentente entre ces deux corps de métiers²⁵. Le professeur Vergès nous dit clairement que pour lui « *loin d'être un défenseur actif, l'avocat est cantonné dans un rôle d'auditeur* »²⁶ puisque ce dernier ne peut qu'observer le déroulement de l'audition sans pour autant y prendre réellement part.

Ce problème de « l'avocat taisant », comme le surnomment beaucoup de professionnels du droit, persiste encore même deux ans après la réforme de la garde à vue. Seulement notre approche de cette difficulté est toute autre puisque nous avons beaucoup plus de recul que lorsque cette loi est entrée en vigueur. Cette réforme s'annonçait déjà comme révolutionnaire pour la procédure pénale, en renforçant considérablement les pouvoirs de l'avocat grâce à la possibilité pour ce dernier de participer aux auditions et aux confrontations de son client. Pourtant cette réforme ne fut pas à la hauteur des espérances. Certes sur les papiers, les pouvoirs de l'avocat nous ont semblé être renforcés mais tout en prévoyant des pouvoirs plus accrus pour l'avocat, le législateur français ajoutait des limites qui amoindrissaient la portée de ces nouveautés. Lorsque le législateur a autorisé l'avocat à assister aux auditions et confrontations de son client, ces derniers se réjouissaient de pouvoir intervenir pendant cette mesure, pourtant ils se sont très vite aperçus que leur rôle n'allait pas être celui qu'ils espéraient et qu'ils devraient se contenter de jouer un rôle passif dans le déroulement des interrogatoires, ne faisant que renforcer le sentiment d'avoir été dupé par le législateur français qui a donné l'apparence d'une accentuation des pouvoirs de l'avocat.

Si dans la garde à vue de droit commun il existe des problèmes tenant principalement au rôle de l'avocat pendant les auditions et les confrontations de son client, la garde à vue de droit dérogatoire pose d'autres difficultés pour lesquelles nous nous demandons si le législateur n'a pas préféré privilégier les intérêts de la répression sur les droits de la défense.

B/ « Le privilège des intérêts de la répression sur la protection des droits de la défense »²⁷ en matière de garde à vue de droit dérogatoire

La garde à vue de droit dérogatoire concerne les infractions les plus graves comme le

²⁵C.f part. 1, chap. 2, section 2 « Un conflit entre officiers de police judiciaire et avocats ».

²⁶Vergès E., « Garde à vue : le rôle de l'avocat au cœur d'un conflit de normes nationales et européennes », *Dalloz*, décembre 2011, pp. 3005-3006.

²⁷Guidicelli A. et Danet J., « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janvier mars 2011, pp. 139-157.

trafic de stupéfiant, le crime en bande organisée ou le terrorisme. Lorsque l'on s'attaque à ce genre d'infraction il paraît évident qu'il faut être beaucoup plus prudent voire beaucoup plus stricte en matière de droit de la défense. C'est ce que le législateur s'est attelé à faire.

Le droit dérogatoire de la garde à vue n'a pas échappé à l'amélioration des pouvoirs de l'avocat, du moins en apparence.

La loi du 14 avril 2011 a, dans un souci d'équité face au mis en cause dans la garde à vue de droit commun, instauré la possibilité pour la personne placée en garde à vue pour terrorisme, crime en bande organisée ou trafic de stupéfiant de demander à être assisté d'un avocat dès la première heure de garde à vue. L'article 706-88 du code de procédure pénale prévoit que tout comme dans le régime « normal » de la garde à vue, si la personne en fait la demande l'OPJ sera dans l'obligation de prévenir l'avocat tout de suite en l'avisant du motif de la garde à vue, de l'heure de la notification de garde à vue. L'avocat aura ensuite deux heures pour se rendre au commissariat où il aura un entretien d'environ trente minutes puis où il pourra assister aux auditions et confrontations de son client. Le premier problème qui se pose en la matière est le même que pour la garde à vue de droit commun, même s'il fait beaucoup moins parler ici. Cette difficulté est toujours le fait que l'avocat ne puisse pas intervenir pendant les interrogatoires²⁸.

Alors que nous sommes en droit de penser que c'est dans les cas d'infractions les plus graves que les droits de la défense devraient être les plus prononcés, le professeur Roujou de Boubée nous montre que le législateur pense différemment, puisqu'il nous fait remarquer que « *dans le cas particulier du terrorisme, le JLD²⁹, saisi par le procureur, à la demande de l'OPJ, 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 proposition des conseils de l'ordre de chaque barreau* »³⁰. Cette limitation au libre choix de l'avocat par la personne gardée à vue en a fait réagir beaucoup notamment chez les avocats. Si la décision du législateur a été vivement critiquée, c'est tout d'abord parce que la CEDH souhaitait que les droits de la défense soient renforcés, cela sans faire de distinction entre le droit commun et le droit dérogatoire de la garde à vue, ce que le législateur français n'a pas pris en compte. Ensuite, cette décision a été décriée par les avocats, comme le fait remarquer le professeur

²⁸C.f part. 1, chap. 1, section 1, §1, A « L'apparence de pouvoirs renforcés en matière de garde à vue de droit commun ».

²⁹Juge des libertés et de la détention.

³⁰Roujou de Boubée G., « La réforme de la garde à vue : commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *Dalloz*, 2011, p. 1570.

Alix, parce qu'avec cette restriction le législateur a voulu répondre à deux risques concernant directement la profession des avocats : « *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 second risque sera, compte tenu de la personnalité, de la dangerosité et des moyens dont disposent certains auteurs d'actes terroristes, que des pressions exercées par la personne gardée à vue sur les avocats désignés pour qu'ils préviennent leurs complices ou fassent disparaître des preuves* »³¹. Nul doute qu'ici nous sommes en présence d'une atteinte volontaire aux droits de la défense souhaitée par le législateur. Cette atteinte dénoncée par bon nombre de professionnels du droit n'est pourtant pas si choquante que cela lorsque l'on connaît la gravité de l'infraction concernée et lorsque l'on sait également que ce droit au libre choix de l'avocat n'est pas un droit absolu et que le législateur peut y porter atteinte s'il juge la mesure nécessaire, ce qui est le cas en matière de terrorisme.

Le second problème qui se pose se trouve au même article 706-88³². Cet article prévoit que pour les infractions du régime dérogatoire, c'est-à-dire pour les crimes en bande organisée, le trafic de stupéfiant ou le terrorisme, le parquet ou le JLD peuvent repousser l'intervention de l'avocat et sa consultation des procès verbaux de son client jusqu'à la quarante-huitième heure pour les crimes en bande organisée et jusqu'à la soixante douzième heure pour les trafics de stupéfiant et le terrorisme. Pourtant une controverse fait son apparition ici puisque le texte qui prévoit cette exclusion de l'avocat est resté très flou et ne mentionne que des « *raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction* »³³ pour motiver la décision du parquet ou du JLD, qui aurait choisi de repousser l'intervention de l'avocat.

Le législateur français sous l'impulsion de la CEDH a instauré de nouveaux droits au gardé à vue pour le respect des droits de la défense. Le droit le plus attendu était sans nul doute l'intervention de l'avocat dès la première heure de garde à vue. Pourtant le résultat n'aura pas été à la hauteur de l'attente puisque les nouvelles missions de d'avocats ont toutes été limitées par le législateur qui n'a fait de lui qu'un simple spectateur des auditions et confrontations pour le régime de droit commun et l'a pour ainsi dire exclu de tout cela pour le régime

³¹ Alix J. « 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 », *Dalloz*, 2011, p. 1699.

³² Article 706-88 du code de procédure pénale.

³³ Marais D., « Point de vue d'un avocat sur la réforme de la garde à vue : insatisfaisant », *Gazette du Palais*, mai-juin 2011, pp. 1353-1355.

dérogatoire, envoyant de lui une image d' « usurpateur » à toutes les personnes pensant se retrouver face au même avocat que dans les séries policières dont nous avons l'habitude, c'est à dire intervenant réellement pendant les auditions et confrontations et interagissant avec les OPJ. Le législateur en décidant de réintroduire le droit au silence ne semble pas avoir pris en compte les intérêts de la victime qui ne souhaite qu'une chose avoir des réponses à ses questions.

§2 : La restauration du droit au silence au détriment de la victime

La loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue a, également, restauré le droit au silence permettant ainsi à la personne placée en garde à vue de ne pas répondre aux questions posées par l'OPJ. Loin d'être une véritable nouveauté de la réforme de la garde à vue, ce droit a été restauré afin de pallier au faible rôle donné à l'avocat dans cette nouvelle garde à vue (A), mais la renaissance de ce droit au silence ou droit de se taire n'a pas eu que des effets positifs, bien au contraire les atouts de ce droit promis par le législateur ont été plus que mitigés du point de vue des professionnels (B).

A/ Le retour de ce droit comme substitut au faible rôle de l'avocat

Loin d'être une nouveauté, le droit au silence ou le droit de se taire était un droit accordé à la personne placée en garde à vue avant 2003. Le législateur a souhaité réintroduire ce droit qui avait été instauré par la loi du 15 juin 2000³⁴. Cette loi prévoyait la possibilité pour les personnes en garde à vue « *de ne pas répondre aux questions des enquêteurs* »³⁵. Cette

³⁴Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 relative au renforcement de la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes.

³⁵Décision n° 2010-14/22- QPC du 30 juillet 2010.

formule qui sera modifiée par la suite³⁶, finira par être totalement supprimée de tous les textes. Nul doute que cette suppression a favorisé la condamnation de la France par la CEDH, dans l'arrêt « Brusco c/ France »³⁷.

Alors que dans les pays anglo-saxons ce droit est un principe fondamental de la procédure pénale, connu comme étant le droit de ne pas participer à sa propre incrimination³⁸, en France il a fallu attendre la loi du 14 avril 2011³⁹ pour retrouver une véritable consécration de ce droit et le voir apparaître dans le code de procédure pénale à l'article 63-1⁴⁰. Nous avons pu assister au cours de nos différents stages au sein du commissariat de Valenciennes que la notification de ce droit par les OPJ est rigoureusement respectée, mais qu'il est très rare qu'un gardé à vue décide d'en faire usage. Les OPJ possèdent la faculté de leur faire comprendre que s'ils ne coopèrent pas avec eux, le magistrat qui les entendra par la suite sera beaucoup moins conciliant. Cette petite astuce n'étant pas contraire à la loi permet aux fonctionnaires de police de garder une marge de manœuvre pour les besoins de l'enquête.

Lorsque nous nous intéressons de plus près au droit au silence et à toute son évolution, il est facile de nous demander pourquoi un tel droit ne prend autant d'importance qu'aussi tardivement. Comme nous l'avons évoqué un peu plus haut, le droit de se taire est passé par toute une évolution l'amenant tout d'abord à être modifié pour ensuite être complètement supprimé et pour enfin refaire surface dans la loi du 14 avril 2011⁴¹ comme étant un droit très important pour les droits de la défense, si important qu'une jurisprudence verra le jour, comme nous le montre l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 janvier 2012⁴², dans lequel cette dernière estime qu'« *il y a violation de l'article 6§3 si le prévenu n'a pas été informé, dès le début de la mesure, de son droit de se taire* »⁴³. Cependant, ce n'est que lorsque nous analysons l'instauration du droit à l'assistance d'un avocat dès la première heure de garde à vue que les questions commencent à arriver.

³⁶La personne était avertie qu'elle avait « le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire ».

³⁷Cf part. 1, chap. 2 « La longueur du conflit dû aux différents désaccords ».

³⁸Dans les pays anglo-saxons le droit de se taire est un droit reconnu comme étant la première garantie qu'aucun aveu ne puisse résulter de la contrainte et la concrétisation du principe selon lequel il n'incombe pas à la personne suspectée d'apporter la preuve de son innocence.

³⁹Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

⁴⁰Art. 63-1 du code de procédure pénale « *elle bénéficie [...] lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ».

⁴¹Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

⁴²Cass. Crim. 17 janvier 2012 n° 11-86.797.

⁴³Cass. Crim 17 janvier 2012, pourvoi n° 11-86.797, *obs.*, « Garde à vue : information sur le droit de se taire », *Dalloz*, février 2012, p. 503.

Lorsque nous observons le texte, nous nous demandons si l'importance donnée par le législateur au droit de se taire ne vient pas du faible rôle qu'il a octroyé à l'avocat. En effet, l'intervention de l'avocat dès la première heure de garde à vue et surtout lors des auditions et confrontations, qui devait être l'élément central de cette réforme, ne se transforme qu'en simple nouveauté limitée. Le législateur devait trouver un moyen pour pallier cette absence de rôle actif de l'avocat. La CEDH voulait que la France renforce les droits de la défense afin de mieux les respecter, cet accroissement devait normalement passer par l'évolution des missions de l'avocat dès l'enquête, mais force est de constater que ça n'a pas été le cas. Tout nous porte à croire que le législateur, avec le droit au silence a tenté de faire oublier le rôle passif qu'il avait donné aux avocats.

Loin de l'image avantageuse qu'avait certainement du se faire le législateur, le retour de ce droit au silence ne s'est pas fait en toute quiétude et n'a pas eu que des points positifs, surtout dans la pratique.

B/ Une renaissance aux effets et atouts mitigés pour les professionnels

La loi du 14 avril 2011⁴⁴ a remis à l'ordre du jour le droit au silence. Comme nous l'avons expliqué plus haut, le retour de ce droit, essentiellement favorable à la personne en garde à vue, semble avoir été voulu pour pallier le rôle passif de l'avocat. Mais ce droit avantageux en tous points pour les droits de la défense, du point de vue du législateur, n'a pas eu les effets escomptés par ce dernier. Ce droit ayant de nombreux atouts sur le papier s'est révélé beaucoup moins utile dans la pratique.

Le nouvel article 63-1 du code de procédure pénale (CPP) prévoit que le gardé à vue peut « *lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux question qui lui sont posées ou de se taire* »⁴⁵. Ce droit évoqué par la circulaire du 15 avril 2011⁴⁶, s'y retrouve renforcé car elle indique aux OPJ que la personne placée en garde à vue n'est pas obligée d'exercer ce droit immédiatement après qu'il lui ait été notifié. Ce droit au silence vu comme une avancée spectaculaire pour les droits de la défense détient pourtant

⁴⁴Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

⁴⁵Circulaire du 15 avril 2011, relative aux droits de la personne gardée à vue, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011.

⁴⁶*Ibid.*

plusieurs petits points qu'il convient d'éclairer pour en montrer les limites. Si certaines personnes placées en garde à vue se voyaient déjà pouvoir mettre fin à leurs auditions en invoquant ce droit au silence, qu'elles ne se réjouissent pas trop vite, puisque le législateur a bien précisé aux OPJ, que « *le droit au silence n'équivaut pas à un droit pour la personne gardée à vue de mettre fin à son interrogatoire et d'être reconduite dans sa cellule, non plus qu'à une obligation pour les enquêteurs de lever cette mesure* »⁴⁷. C'est une différence sensible avec le droit de se taire prévu dans la procédure pénale américaine puisque comme nous le disent messieurs Gagnoud et Robert, « *aux Etats-Unis et au Canada, la conception du droit au silence est large puisqu'elle comprend non seulement le droit de se taire mais également celui de ne pas être interrogé* »⁴⁸, ce qui n'est nullement le cas en France. Après notre stage au sein du Commissariat de Valenciennes⁴⁹, nous ne pouvons qu'apprécier cette précision apportée par le législateur, car même deux ans après l'instauration de ce droit au silence certaines personnes placées en garde à vue pensent encore que l'invocation de ce droit leur permet de repartir dans leur cellule tout de suite et donc passer le moins de temps possible dans les bureaux des OPJ. Nous avons eu l'occasion de voir au cours de notre stage que même sans invoquer directement le droit au silence, certaines personnes placées en garde à vue ne souhaitent pas répondre aux questions des OPJ et leur font savoir après quelques minutes d'interrogatoire qu'elles veulent réintégrer leur cellule.

L'autre point qu'il convient de préciser est le fait que l'OPJ ne soit pas obligé de réitérer la notification de ce droit au silence à chaque nouvelle audition, ce qui paraît pour le moins logique même si cela pourra faire l'objet de certaines critiques.

Comme le fait remarquer monsieur Dalles, « *dans les systèmes anglo-saxons [...] si le gardé à vue n'a pas à s'auto-accuser, il n'a pas non plus le droit de mentir. Notre nouvelle audition, quant à elle, sanctuarise le droit au silence tout en laissant au suspect le droit de mentir* »⁵⁰, cela revient à retranscrire de manière brute le droit anglo-saxon sans pour autant y ajouter ses avantages.

Tout ce que nous venons de détailler concerne la théorie. Et si en théorie il n'y a que de petits désavantages à utiliser le droit au silence lorsque l'on s'attache un peu plus à la pratique c'est

⁴⁷*Ibid.*

⁴⁸Gagnoud P. et Robert L., « Réforme de la garde à vue : évolution ou révolution ? », *Gazette du Palais*, mai-juin 2011, pp. 1394-1398.

⁴⁹Stage effectué en mai-juin 2013 au Commissariat de Valenciennes.

⁵⁰Dalles B., « La réforme de la garde à vue : effets et perspectives pour le praticien », *Gazette du Palais*, mars 2012.

tout à fait différent. Nous avons eu l'occasion d'assister à de nombreux placements en garde à vue, et même si nous avons pu observer que la notification de ce droit est rigoureusement respectée par les OPJ, il nous a également été donné de voir que peu de personnes placées en garde à vue décident d'utiliser ce droit au silence ou en tout cas pas de manière claire et précise. Au cours de notre stage au Commissariat de Valenciennes aucun gardé à vue, qu'il soit majeur ou mineur, n'a explicitement signifié qu'il préférerait se taire. Le plus souvent l'utilisation de ce droit se fait implicitement. Lorsqu'un gardé à vue répond aux questions des fonctionnaires de police par des haussements d'épaules, ou en répétant « je ne sais pas », il est clair qu'il montre sa volonté de se taire. Toujours au cours de notre stage nous nous sommes aperçu qu'il y avait un grand inconvénient avec ce droit au silence. Même si c'est le rôle de l'avocat au cours de la garde à vue qui est surtout décrié par la doctrine, pour nous le droit au silence est tout aussi critiquable surtout du point de vue de la victime, qui ne demande souvent qu'une chose, au delà de la punition du mis en cause, connaître la vérité et surtout les raisons qui ont poussé la personne en garde à vue à commettre un tel acte sur elle. Ce droit au silence est d'autant plus dur à comprendre pour les victimes lorsqu'on se trouve dans les infractions les plus graves comme les crimes. Or avec la restauration d'un droit tel que le droit au silence il n'est pas difficile de voir que dans certains cas cette question n'aura jamais de réponse. Lors de notre stage au sein de la brigade criminelle de Valenciennes, nous avons suivi une enquête pour viol. Dans cette affaire, tout ce que souhaitait la victime c'était de comprendre pourquoi son ex-concubin l'avait violée. Après beaucoup de psychologie de la part de l'OPJ, l'homme a expliqué les raisons de son acte à la victime lors d'une confrontation. Ce n'est qu'à ce moment précis que nous avons pu observer chez elle un réel soulagement. Ne comprenant pas tout de suite pourquoi, ce n'est qu'après l'entretien⁵¹ que nous avons eu avec le fonctionnaire de police que l'évidence nous est apparue. Selon le fonctionnaire, ce dont a surtout besoin une victime, lors d'agressions sexuelles, c'est de comprendre pourquoi on lui avait fait cela afin de mieux se reconstruire.

Nous ne pouvons que comprendre pourquoi le droit au silence n'est pas perçu comme un droit réellement efficace pour les professionnels, puisque les seuls atouts visibles le sont pour les personnes placées en garde à vue, au détriment total de la victime et aussi parce qu'il est si peu utilisé par les mis en cause que les avocats se retrouvent souvent désarçonnés par le besoin toujours plus présent chez leur client de s'expliquer afin que la garde à vue prenne fin

⁵¹Entretien réalisé dans le cadre d'un stage au sein de la brigade criminelle du Commissariat de Valenciennes le jeudi 12 janvier 2012.

le plus tôt possible. Encore une fois les avocats se retrouvent dépourvus de solutions pour défendre au mieux leurs clients.

Outre les difficultés résultant des droits de la défense, la loi du 14 avril 2011 a mis en évidence le problème qu'engendre la place du parquet dans le contrôle de la garde à vue.

Section 2 : La place du parquet dans le contrôle de la garde à vue au cœur de la tourmente

Bien avant la réforme, la garde à vue faisait déjà l'objet d'un contrôle de la part du parquet. Mais au vu des différents éléments que nous avons étudiés, de nombreuses interrogations ont fait leur apparition. L'une des premières questions qui s'est posée était celle de son statut dans le contrôle de cette mesure de privation de liberté (Paragraphe 1). La seconde question qui est apparue après l'examen de son statut est celle de savoir si le juge des libertés et de la détention (JLD) ne pouvait pas être vu comme une alternative au contrôle de la garde à vue par le parquet (Paragraphe 2).

§1 : La question de son statut

Lorsque nous étudions les éléments relatifs au statut du parquet dans le contrôle de la garde à vue ce qui nous interpelle d'abord est le manque de clarté des textes sur les modalités d'exercice de son contrôle (A). Ensuite, ce qui nous apparaît c'est que le législateur, loin de répondre aux critiques concernant le parquet, préféré renforcer ses anciens pouvoirs et en adresser de nouveaux au risque de violer le principe d'équité du procès pénal (B).

A/ Le manque de clarté du texte quant aux modalités d'exercice de ce contrôle

Déjà bien avant la réforme de la garde à vue du 14 avril 2011⁵², le parquet avait un

⁵²Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

rôle très important, puisque c'est lui qui était chargé de décider de la prolongation ou non de la garde à vue, c'était également lui qui devait être informé régulièrement du déroulement de cette procédure. Antérieurement à cette loi, celle du 15 juin 2000 précisait que l'information du procureur de la République par l'OPJ devait s'effectuer dès le début de la mesure de privation de liberté.⁵³

Loin de faire l'objet d'une quelconque innovation, aujourd'hui le procureur conserve toujours la capacité de contrôler la mesure de garde à vue pendant les premières quarante-huit heures, décidée par les OPJ. Le procureur de la République s'occupera du contrôle de la garde à vue lorsque celle-ci aura lieu pour une enquête en flagrance ou en préliminaire. Le contrôle exercé par le parquet vient ici s'assurer qu'aucun incident ne vienne perturber la privation de liberté. Comme le dit le professeur Matsopoulou⁵⁴, le procureur de la République doit contrôler deux choses : la proportionnalité et la nécessité de la garde à vue. Ce qui signifie que le magistrat du parquet devra dire si la mesure de garde à vue est essentielle ou non. S'il juge que non, il pourra y mettre fin immédiatement. L'article 62-2 du CPP offre la possibilité au procureur de la République d'observer si la garde à vue est justifiée par l'un des six motifs énumérés dans cet article. De plus, le procureur de la République devra vérifier si la qualification des faits, opérée au préalable par l'OPJ, est la bonne. Comme le dit madame Miansoni « *le contrôle du procureur de la République [...] garantit surtout l'effectivité du principe constitutionnel de sauvegarde de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire* »⁵⁵.

Jusque là aucun changement n'a eu lieu dans la réforme de la garde à vue. En revanche, il aurait été intéressant comme le souligne de nombreux auteurs⁵⁶ que la loi du 14 avril 2011⁵⁷ soit plus précise, plus claire sur certains éléments qui ont leur importance. Le législateur a choisi de ne pas expliquer le déroulement matériel du contrôle de la garde à vue. Dans un premier temps, le législateur ne donne aucune instruction sur la façon dont doit être informé le procureur de la République par l'OPJ. Doit-il être informé par fax, par téléphone ou l'OPJ doit-il se déplacer pour informer en personne le procureur ? Nous avons eu l'occasion de voir au cours de notre stage au Commissariat de Valenciennes, que ne sachant pas vraiment

⁵³Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime.

⁵⁴Matsopoulou H., « Une réforme inachevée à propos de la loi du 14 avril 2011 », *Semaine Juridique éd. Gén.*, mai 2011, pp. 908-912.

⁵⁵Miansoni C., « L'initiative du placement en garde à vue », *AJ Pénal*, 2012, p. 517.

⁵⁶Les auteurs à l'unanimité auraient voulu plus de clarté dans la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue mais pas seulement en ce qui concerne le rôle du parquet dans le contrôle de la garde à vue.

⁵⁷Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

comment s'y prendre pour cette information les OPJ font ce qu'ils peuvent pour que cette information se fasse le plus rapidement possible afin d'avoir une réponse rapide. Il est alors évident que la manière la plus rapide pour informer le parquet est le téléphone. Le fax n'est pas une solution que nous devons totalement écarter, tout d'abord parce que certains OPJ se servent de cet outil afin d'avoir une preuve écrite de l'information du parquet et surtout de l'heure à laquelle celle-ci a été faite⁵⁸. En revanche, le déplacement physique de l'OPJ ne semble pas être la meilleure solution pour perdre le moins de temps possible. Cette solution suppose que l'OPJ se déplace physiquement jusqu'au bureau du procureur de la République, ce qui l'obligerait à quitter son lieu de travail et ainsi il perdrait un temps précieux dans le déroulement de la garde à vue qui ne dure que vingt quatre heures ou quarantes huit, selon si elle est prolongée ou non. Le contrôle de la garde à vue suppose une information en temps réel du procureur de la République, mais aussi une présentation physique de la personne en garde à vue. Sur ce point, le législateur n'a pas vraiment eu conscience en faisant la loi que le procureur de la République était dépendant des priorités policières ce qui rend la présentation physique de la personne placée en garde à vue assez difficile. Lors de notre stage au Commissariat de Valenciennes nous n'avons assisté qu'à une seule présentation à un substitut du procureur, la personne que nous avons présentée était accusée de viol et la présentation s'est faite à la fin des premières vingt quatre heures de garde à vue.

Si la loi n'est pas très claire concernant les modalités d'exercice du contrôle de la garde à vue exercées par le parquet, elle l'est d'avantage en ce qui concerne l'accroissement des pouvoirs de ce dernier qui passe par le renforcement d'anciens pouvoirs et l'ajout de nouveaux.

B/ Le renforcement d'anciens pouvoirs et l'ajout de nouveaux : une violation du principe d'équité du procès pénal

Le procureur de la République possède de nombreux outils pour exercer au mieux le contrôle de la garde à vue. Comme évoqué précédemment, le parquet dispose d'une information en temps réel du déroulement de la mesure de garde à vue, faite par l'OPJ. Cette information lui permet de se tenir au courant des avancées de l'enquête.

Le procureur de la République dispose ensuite de pouvoirs décisionnels. Ces pouvoirs concernent tout d'abord la prolongation de la garde à vue au delà des vingt quatre premières

⁵⁸Solution qui permet d'éviter toute ambiguïté pour la suite de la procédure et qui permet d'éviter qu'un OPJ soit attaqué par un avocat qui voudrait faire tomber la procédure.

heures⁵⁹. Ensuite, le procureur de la République est aussi le magistrat décidant à la fin de la mesure de garde à vue s'il convient de libérer la personne placée en garde à vue ou de la faire déférer devant lui.

Afin d'accroître un peu plus le rôle du parquet, la loi du 14 avril 2011⁶⁰ réformant la garde à vue a décidé qu'il était nécessaire de renforcer un peu plus ses anciens pouvoirs décisionnels. Comme nous le dit madame Lelieur « *le nouvel article 62-5⁶¹ prescrit avec bonheur que le parquet peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté* »⁶². Cette modification peut paraître anodine pour certains mais elle est néanmoins essentielle pour un renforcement efficace des pouvoirs du parquet. La modification d'un simple mot peut devenir un changement important. Ici le fait que le législateur ait ajouté le terme « à tous moments » est considérable puisque cela signifie que le procureur de la République n'est plus obligé d'attendre le moment de la prolongation au delà des vingt quatre premières heures de garde à vue pour se voir présenter le gardé à vue ou pour décider de le remettre en liberté. Madame Lelieur nous précise que ce qui a aussi été amélioré c'est le fait que l'autorisation de prolongation dans le cadre de l'enquête en flagrant délit ait été aujourd'hui alignée sur celle dans le cadre d'une enquête préliminaire « *alors qu'en enquête de flagrance, le principe est aujourd'hui que la prolongation se fait sur autorisation écrite du procureur, la présentation de la personne à ce magistrat étant l'exception, le projet de loi aligne ce régime sur celui de l'enquête préliminaire de sorte que la présentation préalable de la personne devient la règle et la prolongation sans présentation préalable l'exception* »⁶³. On comprend par là que le législateur veut que la personne placée en garde à vue soit systématiquement présentée au magistrat du parquet peut-être pour éviter les prolongation abusive décidée sur la seule version de l'OPJ. Cependant, même si en théorie cette solution ne peut être qu'apprécie par les magistrats, nous avons eu l'occasion de nous rendre compte au cours de notre stage au commissariat de Valenciennes que même deux ans après la réforme de la garde à vue, en pratique il est toujours assez rare que le procureur décide de se faire présenter la personne placée en garde à vue « à tout moment » et même au moment de la prolongation. La présentation a le plus souvent lieu à la fin de la mesure de garde à vue, c'est-à-dire au terme des quarante-huit heures. Même encore aujourd'hui la décision de

⁵⁹Art. 706-88 al. 2 du code de procédure pénale qui dispose que la prolongation au-delà de quarante huit heures dépend de la décision d'un juge et que dans ce cas ce sera le parquet qui sollicitera la prolongation.

⁶⁰Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

⁶¹Art. 62-5 du code de procédure pénale.

⁶²Lelieur J., « L'accroissement du rôle du parquet dans la garde à vue », *AJ Pénal*, novembre 2010, pp. 483-487.

⁶³*Ibid.*

prolongation se fait le plus souvent par téléphone. C'est un gain de temps pour l'OPJ qui n'est plus obligé de se déplacer avec le gardé à vue. Pourtant pour le respect des droits de la défense nous ne pouvons que déplorer ce manque d'application de la loi dans la pratique. Mais comme nous le souligne toujours madame Lelieur, le législateur semblait avoir envisagé cette absence de mise en œuvre de la loi, car il a prévu que « *la présentation de la personne soit réalisée par l'utilisation d'un moyen de communication audiovisuelle* »⁶⁴, ce qui permettrait non seulement de faire gagner beaucoup de temps aux OPJ et qui donnerait l'occasion au parquet de voir le gardé à vue afin de prendre la meilleure décision possible tout en respectant les droits de la défense.

Loin de n'avoir fait que renforcer ses anciens pouvoirs, le législateur en a aussi ajouté des nouveaux, parfois contraires au respect des droits de la défense comme le fait de pouvoir priver à titre exceptionnel la personne en garde à vue de son droit de bénéficier de l'assistance de son avocat. C'est l'OPJ qui en fera la demande par un écrit motivé et le procureur pourra « *autoriser celui-ci à différer la présence de l'avocat pendant une durée ne pouvant dépasser douze heures lorsque cette mesure apparaît indispensable, en considération des circonstances particulières de l'espèce, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes* »⁶⁵. Pourtant comme le dit madame Lelieur on peut difficilement comprendre pourquoi le législateur a prévu une telle option car mis à part le cas de l'avocat qui serait complice, on voit mal l'intérêt d'une telle possibilité. Le rôle du procureur de la République dans ce cas serait très décrié par l'ensemble des professionnels du droit puisque « *l'intervention du procureur permettrait alors d'asseoir une exception qui ne devrait pas exister* »⁶⁶. Cette dernière décision prise par législateur est celle qui est le plus contraire au principe du droit à un procès équitable.

Même si le législateur a souhaité renforcer les pouvoirs du parquet pour que son rôle dans le contrôle de la garde à vue soit plus important, il a fallu trouver une alternative pour la controverse entourant le rôle du parquet qui ne peut pas être qualifié d'autorité judiciaire. L'alternative à cette controverse se trouve peut-être dans l'arrivée du JLD dans ce contrôle.

⁶⁴*Ibid.*

⁶⁵Art. 63-4-2 al. 2 du code de procédure pénal.

⁶⁶Lelieur J., « L'accroissement du rôle du parquet dans la garde à vue », *AJ Pénal*, novembre 2010, pp. 483-487.

§2 : Le JLD comme alternative au parquet ?

Alors qu'il est manifeste que pour de nombreux professionnels le parquet ne peut pas exercer seul le contrôle de la garde à vue, il faut se demander quelle solution le législateur pourrait trouver pour remédier à ces critiques. Si de nombreuses personnes s'accordent à refuser la qualification du parquet comme autorité judiciaire (A) en ce qui concerne le fait de savoir s'il y aurait une passation de pouvoirs entre le JLD et le parquet ou s'il n'y aurait qu'une simple collaboration, rien n'est encore déterminé et nous sommes face à une hésitation qui dure depuis beaucoup trop longtemps (B).

A/ Le parquet : refus de qualification d'autorité judiciaire

En lui confiant un rôle aussi important, le législateur a donné au procureur de la République et à ses substituts, le statut d'autorité judiciaire. C'est grâce à cette qualification que le législateur a autant de pouvoir. Pourtant cette qualification est-elle acceptable aux yeux des professionnels du droit ? Il semble que non puisque les critiques envers cette qualification sont nombreuses comme en témoigne celle faite par le professeur Rassat « *il est incontournable que le ministère public est partie au procès et le demeurera toujours, en sorte qu'il est choquant qu'il joue un rôle déterminant dans le rassemblement des preuves* ». ⁶⁷ Comme le décrit très bien le professeur Rassat dans cette phrase, ce qui pose véritablement problème dans le statut du parquet n'est pas tant qu'il ne soit pas indépendant et dépende directement du pouvoir exécutif mais plutôt qu'il soit « juge et partie ». Nous savons pertinemment que le parquet est l'acteur principal du procès pénal puisqu'il représente la société, il défend les intérêts de la société au cours d'un procès pénal, c'est donc une partie au même titre que le mis en cause ou que la victime qui se serait constituée partie civile. Et nous savons également que le procureur de la République est aussi, durant toute la phase d'enquête, la personne qui va décider de la prolongation de la garde à vue au terme des vingt-quatre premières heures et que c'est également lui qui sera informé tout au long de cette mesure de garde à vue du déroulement de l'affaire en cours. Donc si nous résumons les deux aspects du rôle du parquet, il est d'un côté « juge » puisque c'est lui qui décide de la marche à suivre

⁶⁷Rassat M-L., « A remettre sur le métier : des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *Semaine Juridique éd. Gén.*, mai 2011, pp. 1070-1074.

durant la mesure de garde à vue, et d'un autre côté il est également « partie » puisqu'il devient partie au procès en défendant les intérêts de la société. On peut donc en déduire que le parquet deviendra forcément, lors du procès, la partie adverse au mis en cause pour lequel il a eu à décider des suites à donner à la garde à vue. Dans ce cas là où est l'impartialité tant voulue par les magistrats ? Comme le fait habilement remarquer le professeur Rassat, ce n'est pas tant pour le lien de dépendance qui unit le procureur de la République et le pouvoir exécutif que la CEDH refuse de le qualifier d'autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH « *mais pour un tout autre motif, à notre sens, beaucoup plus sérieux, qui est que le ministère public est la partie poursuivante au procès pénal, adversaire naturel de la personne poursuivie, et qu'il est donc paradoxal d'investir du contrôle de la recherche des preuves une partie intéressée à la cause* »⁶⁸.

Un tel débat en France est apparu sous l'impulsion de la CEDH, alors que nous n'aurions jamais pensé pouvoir remettre un jour en cause le rôle du parquet⁶⁹. C'est dans l'arrêt *Moulin c/ France* du 23 novembre 2010⁷⁰ qu'à été remise en cause pour la première fois par la CEDH la qualification d'autorité judiciaire le parquet. La CEDH estime que « *le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme car il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante* »⁷¹. Alors qu'il y a encore quelque temps il était inconcevable de remettre en cause le rôle du ministère public dans la procédure pénale, aujourd'hui ce n'est plus le cas puisque même le droit interne semble d'accord avec la CEDH. C'est une décision qui va à l'encontre du discours du Conseil constitutionnel, puisque ce dernier semble, contrairement à la Cour de cassation, qualifier le parquet comme une autorité judiciaire, comme le dit le professeur Matsopoulou « *en revanche, le Conseil constitutionnel persiste à voir dans les magistrats du parquet une autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution* »⁷². La différence flagrante entre ces deux positions c'est que le Conseil constitutionnel, contrairement à la CEDH et à la Cour de cassation, ne se base pas sur le droit européen et notamment la ConventionEDH mais sur le

⁶⁸*Ibid.*

⁶⁹Les différents désaccords entre le droit européen et le droit national font l'objet d'un chapitre 2 « La longueur du conflit du aux différents désaccords ».

⁷⁰CEDH *affaire Moulin c/ France* du 23 novembre 2010 requête n° 37104/06.

⁷¹Guidicelli A. et Danet J., « Le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : quelles conséquences sur le contrôle de la garde à vue? », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2011, pp. 142-144.

⁷²Matsopoulou H., « Une réforme inachevée : à propos de la loi du 14 avril 2011 », *Semaine Juridique éd. Gén.*, mai 2011, pp. 908-912.

droit national et plus particulièrement sur la Constitution.

Beaucoup de professionnels du droit diront pour défendre le statut du parquet que le ministère public n'est pas constitué d'une seule personne mais de plusieurs. Certains diront donc qu'il n'y a que très peu de chances pour qu'un même membre du parquet soit à la fois l'autorité décisionnelle, pendant la mesure de garde à vue, et à la fois partie lors du procès. Pourtant comme le dit le professeur Matsopoulou « *il importe peu que le membre du parquet n'ait pas réellement mis en mouvement l'action publique ; dès lors qu'il y avait une simple possibilité d'exercer les poursuites à l'encontre de la personne conduite devant lui, à la suite d'une arrestation, son impartialité peut paraître sujette à caution* »⁷³, il ne faut pas véritablement que ce soit le même membre du parquet qui agisse pendant la garde à vue et pendant le procès pour que son impartialité soit remise en cause, il suffit juste que ce soit le même parquet qui s'occupe de l'affaire dans les deux cas.

Si l'on s'attache à tous ces éléments il apparaît évident que le refus de qualification comme autorité judiciaire du parquet n'est pas totalement dépourvu de sens. Ce refus de qualification entraîne une difficulté sérieuse, qui serait susceptible d'être une autorité judiciaire capable d'exercer un contrôle effectif sur le déroulement de la garde à vue. Cette solution serait peut-être de faire intervenir le JLD mais cette solution est-elle réellement envisageable en droit français ?

B/ Le juge des libertés et de la détention : entre passation de pouvoirs et

⁷³Ibid.

collaboration, une hésitation loin de prendre fin

Afin de remédier au refus de qualification du ministère public comme autorité judiciaire il était impératif pour le législateur de trouver une solution. La réponse à ce débat fut trouvée en faisant collaborer les magistrats du siège et ceux du parquet. Alors que l'article 5§3 de la ConventionEDH « *impose que toute personne arrêtée soit présentée aussitôt devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* »⁷⁴, la question s'est posée de savoir si le parquet remplissait ces fonctions et pouvait de ce fait être qualifié d'autorité judiciaire. Cette question créa un débat entre le droit européen et le droit national. Si aujourd'hui la Cour de cassation a pris le parti de la CEDH en jugeant que le ministère public n'était pas une autorité judiciaire ni au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH ni au sens de l'article 66 de la Constitution, ça n'a pas toujours été le cas puisqu'au tout début de cette controverse la Cour de cassation était d'accord avec le Conseil constitutionnel. Afin de tenter de résoudre ce conflit, de nombreux auteurs, comme le professeur Matsopoulou, ont dit qu'il serait nécessaire de remplacer le parquet, dans le contrôle de la garde à vue par un magistrat du siège tel que le JLD puisque comme elle le dit, il « *remplit les critères d'indépendance et d'impartialité, au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH* »⁷⁵. Cependant, cette solution, envisagée non seulement par le professeur Matsopoulou mais aussi par la majorité de la doctrine, pose un problème majeur. Elle remettrait en cause le principe de rapidité voulu en ce qui concerne la présentation d'une personne placée en garde à vue, à une autorité compétente. Avec cette difficulté nous nous sommes posés la question de savoir si le législateur était prêt à amoindrir les pouvoirs du parquet en sachant qu'il a toujours été une figure emblématique dans le contrôle de la garde à vue. Au vu de toutes les hésitations, il nous apparaît que la réponse à cette question serait négative, puisqu'il n'est nullement fait mention, dans aucun texte d'une passation complète de pouvoirs entre le parquet et le JLD. Il est évident que le législateur n'envisage pas que le JLD puisse tout simplement prendre la place du procureur de la République dans le contrôle de la garde à vue. Loin d'une réelle passation de pouvoirs entre les magistrats du siège et du parquet dans le contrôle de la garde à vue, d'autres auteurs comme messieurs Guidicelli et Danet, ont soumis l'idée, qui nous paraît être la meilleure, d'une collaboration entre le procureur de la

⁷⁴Cons. Const. 30 juillet 2010, décis. n° 2010-14-22- QPC.

⁷⁵Matsopoulou H., « Une réforme inachevée : à propos de la loi du 14 avril 2011 », *Semaine Juridique éd. Gén.*, mai 2011, pp. 908- 912.

République et le JLD⁷⁶. Idée qu'a repris par la suite le Conseil constitutionnel pour, peut-être, apaiser les tensions entourant ce contrôle de la mesure de garde à vue. Pour le Conseil constitutionnel, il était hors de question de retirer tous ses pouvoirs au parquet et de le remplacer par le JLD, pourtant une solution devait être trouvée à ce débat afin de contenter tout le monde. Sous l'influence d'un droit européen toujours plus présent et faisant de plus en plus peser le risque d'une nouvelle condamnation de la France pour atteinte au respect du droit à un procès équitable, le Conseil constitutionnel a vu dans la solution proposée par plusieurs auteurs, une manière de contenter tout le monde. Il aura fallu quand même attendre pour que le Conseil se décide à prendre vraiment cette décision. Dans sa décision du 30 juillet 2010 le Conseil « *a rappelé qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* »⁷⁷. Pour rendre sa décision plus juste aux yeux de tous ses détracteurs, le Conseil s'est appuyé sur le fait que le parquet pouvait être l'autorité judiciaire contrôlant la garde à vue dans les délais très brefs qui lui sont imposés et jusqu'au terme de la garde à vue de droit commun, c'est à dire quarante-huit heures mais qu'une fois passé ce délai, si la garde à vue se prolonge d'avantage, que l'on se retrouve alors dans le cas d'une garde à vue de droit dérogatoire pouvant aller jusqu'à quatre vingt seize heures, il faudra que le JLD prenne la relève dans ce contrôle⁷⁸.

Nous ne pouvons qu'espérer qu'une telle décision prise par le Conseil constitutionnel soit appréciée par les juges européens, qui refusaient sur la base du droit à un procès équitable, la qualification du parquet comme autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH, refusant de ce fait que ce soit le procureur de la République qui contrôle la garde à vue. La CEDH n'ayant fait aucune précision sur la manière dont le droit national devait s'y prendre pour le contenter, il semble que les sages du Conseil constitutionnel s'y soient pris de la meilleure façon qui soit pour satisfaire tout le monde. Mais on peut se demander pourquoi une décision qui semble aussi logique ait fait l'objet d'autant d'hésitations ainsi que de controverses. Beaucoup d'hésitations ont été dues au fait que pour une doctrine majoritaire ce n'était pas suffisant, pour beaucoup la véritable solution était un changement radical dans la formation de magistrat pouvant contrôler la garde à vue, c'est à dire passer des magistrats du parquet aux magistrats du siège et qu'il a fallu concilier les deux camps, ce qui

⁷⁶Guidicelli A. et Danet J., « Le ministère oublié n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : quelles conséquences sur le contrôle de la garde à vue? », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2011, pp. 142-144.

⁷⁷Cons. Const. 30 juillet 2010, décis. n° 2010-14-22- QPC

⁷⁸*Ibid.*

ne fut pas toujours évident.

Ces hésitations et controverses semblent s'être atténuées pour le moment mais sans avoir réellement pris fin, ce qui nous permet d'envisager une reprise de toute cette polémique.

Avec la réforme de la garde à vue du 14 avril 2011⁷⁹, le législateur pensait mettre fin à une polémique entourant la garde à vue dans son ensemble. Voulant trouver une réponse et une solution favorable aux problèmes soulevés par le CEDH dans l'arrêt *Brusco c/ France* du 14 octobre 2010⁸⁰, comme celui de l'intervention de l'avocat, le législateur souhaitait néanmoins conserver une certaine souveraineté dans sa prise de décision. Pour se faire, à chaque problème soulevé par la CEDH à laquelle le législateur français répondait, une limite faisait son apparition remettant en question l'innovation législative apportée. Cela laisser présager une crise à la durée incertaine mais qui aurait pu être prévu.

CHAPITRE 2 : LA LONGUEUR DUE CONFLIT DU AUX DIFFERENTS

DESACCORDS

⁷⁹Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

⁸⁰CEDH *affaire Brusco c/ France* du 14 octobre 2010 requête n° 1466/07.

Le conflit qui entoure la réforme de la garde à vue depuis son entrée en vigueur ne semble pas perdre en énergie, loin de là. Mais si ce conflit dure depuis aussi longtemps, c'est parce qu'il y a différents désaccords qui entourent la loi du 14 avril 2011. Il y a tout d'abord un désaccord entre les différentes juridictions, que ce soit une mésentente entre le droit européen et le droit national ou entre les juridictions nationales elles-mêmes (Section 1). Mais on retrouve aussi un conflit qui touche les deux acteurs principaux de cette nouvelle garde à vue qui sont les OPJ et les avocats (Section 2).

Section 1 : Une mésentente entre le droit européen et le droit national

Si le conflit est aussi présent entre le droit européen et le droit interne, c'est parce que le législateur français n'a pas entièrement répondu aux exigences du droit européen en matière de protection des droits de la défense. Dans ce conflit, ce qui semble être alors en cause est la mauvaise volonté du législateur français face à la volonté du droit européen (Paragraphe 1). Mais il n'y a pas qu'entre le droit européen que le conflit est présent. Entre les juridictions de droit interne il y a une opposition de plus en plus forte sur la qualification du parquet (Paragraphe 2).

§1 : La mauvaise volonté du législateur français en cause ?

Alors que la France attendait l'arrêt de la CEDH Brusco c/ France pour changer sa législation en matière de garde à vue à la française, le législateur français n'aurait pas dû attendre d'être condamné et aurait dû tirer les conséquences de deux arrêts rendus par la

CEDH contre la Turquie (A). Mais cette attente, loin d'être involontaire de la part de la France, semble au contraire montrer le refus manifeste de notre pays de se soumettre aux exigences des juges européens (B).

A/ Les arrêts Salduz c/ Turquie et Dayanan c/ Turquie : un constat à tirer pour la France

Alors que le 14 octobre 2010, la France se faisait condamner par le CEDH dans l'arrêt *Brusco c/ France*⁸¹, l'obligeant ainsi à modifier sa législation concernant la garde à vue, il nous paraît aujourd'hui évident que la France ou plus particulièrement le législateur français aurait pu éviter cette condamnation. S'il nous est facile de dire cela aujourd'hui, c'est à dire deux après l'entrée en vigueur de la loi réformant la garde à vue⁸², c'est tout simplement parce que cet arrêt n'était pas le premier condamnant une garde à vue. La CEDH par deux arrêts antérieurs avait déjà annoncé son intention de faire changer les mentalités et les pratiques concernant les gardes à vue. C'est en condamnant la Turquie à deux reprises que la CEDH a fait savoir sa volonté de rénovation des institutions pénales. Que ce soit dans l'arrêt *Salduz c/ Turquie*⁸³ ou dans l'arrêt *Dayanan c/ Turquie*⁸⁴, la Cour reprochait à la Turquie que dans leur modèle de garde à vue, l'aveu pouvait être pris en compte alors que le mis en cause ne pouvait pas bénéficier de l'assistance d'un avocat. La Cour affirmait alors que cette prise en compte de l'aveu, sans que la personne n'ait pu bénéficier de la présence d'un avocat, était contraire au droit à un procès équitable et même si cet aveu n'avait servi que comme simple preuve et pas comme fondement de la condamnation. Comme nous le fait remarquer monsieur Bachelet « *la jurisprudence stras bourgeoise apparaît plus exigeante que celle de la chambre criminelle puisqu'elle n'est nullement limitée aux hypothèses où l'aveu constitue le fondement exclusif de la condamnation. Bien au contraire, elle semble s'opposer à toute prise en compte d'un tel aveu par la juridiction de jugement, y compris comme preuve corroborante* »⁸⁵. La Turquie avait donc été obligée de changer sa législation pour se mettre en conformité avec la décision de la CEDH. Avec le recul que nous avons aujourd'hui, il nous est permis de dire que compte tenu du degré de ressemblance entre la garde à vue en Turquie et la garde à vue française, le législateur français aurait pu se douter qu'une telle condamnation serait inévitable pour la

⁸¹CEDH 14 octobre 2010 *affaire Brusco c/ France* requête n° 1466/07.

⁸²Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

⁸³CEDH 27 novembre 2008 *affaire Salduz c/ Turquie* requête n° 36391/02.

⁸⁴CEDH 13 octobre 2009 *affaire Dayanan c/ Turquie* requête n° 7377/03.

⁸⁵Bachelet O., « Garde à vue : la persistante religion de l'aveu », *Gazette du Palais*, 2012, pp. 7-10.

France. Dans les deux types de garde à vue, l'assistance de l'avocat n'était pas prévue, ce qui permettait ainsi aux enquêteurs d'avoir recours à certaines méthodes, parfois contestables, pour arriver à faire avouer les mis en cause. Il est donc évident qu'en tirant les conséquences d'une condamnation de la Turquie, la France aurait évité de se faire condamner un peu plus tard.

Cependant, elle a préféré ne rien faire et attendre. Peut-être est-ce par là une volonté de la part du législateur de montrer son indépendance par rapport à la CEDH⁸⁶? Il aura donc fallu attendre l'arrêt *Brusco c/ France* du 14 octobre 2010⁸⁷ pour que la France prenne la décision de changer de législation et ainsi se mettre en conformité par rapport à la CEDH. Il est facile pour nous aujourd'hui de dire que le législateur n'aurait pas dû attendre que la France soit condamnée pour changer sa législation, mais à cette époque le législateur français ne semblait pas avoir conscience de ce que signifierait une telle condamnation pour lui. Aucun professionnel du droit ne pouvait imaginer que la France et son système de garde à vue allaient se faire sanctionner par la CEDH. Personne n'imaginait qu'un tel changement dans la procédure pénale se ferait aussi vite.

Malgré toutes les tentatives de la CEDH pour montrer à la France que son système de garde à vue était contraire au respect des droits de la défense ainsi qu'au droit à un procès équitable, la France n'a pas su voir les signes et n'a pas su non plus tirer le constat des deux condamnations de la Turquie dans les arrêts *Salduz* et *Dayanan*⁸⁸. Ce refus de tirer les conséquences de telles condamnations relevé peut-être du refus de la France de se soumettre aux exigences de la CEDH.

B/ L'apparent refus de la France de se soumettre aux exigences de la CEDH

Alors que la logique aurait voulu que le législateur français tire toutes les conclusions des condamnations de la Turquie, il n'en a rien été, puisque la France s'est bornée à attendre de faire l'objet d'une condamnation, ce qui est regrettable, car l'anticipation d'une telle décision lui aurait évité bon nombre de désagréments. C'est, comme nous l'avons indiqué un

⁸⁶Cf B « L'apparent refus de la France de se soumettre aux exigences de la CEDH ».

⁸⁷CEDH 14 octobre 2010 *affaire Brusco c/ France* requête n° 1466/07.

⁸⁸CEDH *affaire Salduz c/ Turquie* du 27 novembre 2008 requête n° 36391/02 et *affaire Dayanan c/ Turquie* du 13 octobre 2009 requête n° 7377/03.

peu plus haut, par l'arrêt *Brusco c/ France*⁸⁹ et la condamnation qui en a découlé que la France a pris la décision de changer sa législation sur la garde à vue. Dans cette affaire, le requérant étant soupçonné d'être le commanditaire d'une agression avait fait l'objet d'une audition en tant que témoin, au cours de laquelle il avait dû prêter serment de dire la vérité. Or la CEDH est venu dire que le requérant faisait en réalité l'objet d'une accusation et qu'il avait alors le droit de ne pas participer à son incrimination et donc d'avoir accès à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue. Cet arrêt fut le point de départ d'une volonté pour la France de se mettre en conformité avec le droit européen, pourtant comme le fait remarquer le professeur Vergès « *malgré ses adaptations, le modèle français de garde à vue résiste encore aux normes européennes* »⁹⁰, puisque dans sa loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue, le législateur français s'est borné à mettre de nombreuses limites pour tous les nouveaux droits qu'il accordait à la personne en garde à vue, surtout en ce qui concerne le droit à l'assistance d'un avocat lors de la garde à vue⁹¹. Sur plusieurs aspects, la France semble montrer à la CEDH qu'elle souhaite garder une part d'indépendance. On pense surtout au fait que la France dans son dernier alinéa de l'article préliminaire du code de procédure pénale précise que la législation française n'exclut la prise en compte d'un aveu fait sans l'assistance d'un avocat « *que dans le cas où celui-ci constitue le seul fondement d'une condamnation en matière criminelle ou correctionnelle* »⁹². Cette volonté de la France de brandir son indépendance, finira par lui coûter cher. En effet, en prenant, une nouvelle fois une disposition non conforme aux exigences de la CEDH, la France risque d'aller vers une nouvelle condamnation à moins que les juges de la CEDH décident de revoir leur position en la matière, ce qui nous apparaît quelque peu impossible au regard des différents arrêts qu'elle a rendus en la matière.

Lorsque le législateur français instaure le droit à l'assistance de l'avocat dès la première heure de garde à vue, afin de montrer qu'il fait preuve de bonne volonté à l'égard de la CEDH, il y met toutefois quelques limites, comme par exemple le fait d'interdire à l'avocat de prendre réellement part aux auditions et aux confrontations de son client, puisqu'il n'a pas le droit de parler ou de poser des questions⁹³. Le législateur ne lui laisse que la possibilité d'émettre des observations à la fin de l'audition, observations que l'OPJ, qui dirige l'interrogatoire pourra décider de ne pas ne pas insérer dans le procès verbal d'audition. Le législateur interdit,

⁸⁹ CEDH *affaire Brusco c/ France* du 14 octobre 2010 requête n° 1466/07.

⁹⁰ Vergès E., « Garde à vue : le rôle de l'avocat au cœur d'un conflit de normes nationales et européennes », *Dalloz*, décembre 2011, pp. 3005-3006.

⁹¹ Cf part. 1, chap. 1 « Les prémices d'une crise prévisible ? ».

⁹² Bachelet O., « Garde à vue : portée pour la France d'une condamnation de la Turquie », *Dalloz*, février 2012, p. 361.

⁹³ Cf part. 1, chap. 1, section 1 « Une controverse entourant les nouveaux droits de la défense ».

également l'accès à l'intégralité des pièces du dossier⁹⁴, ce qui permettrait pourtant à l'avocat de mieux défendre son client puisqu'il aurait en sa possession tous les éléments nécessaires. Pourtant comme nous le dit monsieur Bachelet, « à cet égard, la France semble donc être exposée à de nouveaux constats de violation de l'article 6 de la Convention [...] »⁹⁵. Avec ce refus plus que flagrant de se soumettre aux exigences de la CEDH, la France n'est pas à l'abri de se faire, une fois de plus sanctionner, ce qui sonnerait le glas de la procédure pénale française telle que nous la connaissons aujourd'hui.

Le refus du législateur français de se mettre en conformité avec les demandes de la CEDH n'est pas exprimé de façon claire et précise, mais se ressent dans les décisions qu'il prend. Puisque pour chaque nouvelle mesure que le législateur prend pour le rapprocher un peu plus de la volonté de la CEDH pour protéger les droits de la défense et faire respecter le droit à un procès équitable, il y ajoute de nombreuses limites qui nous laissent penser que le législateur ne veut pas montrer son désaccord mais qu'il est tout de même présent. Les conflits entre la CEDH et la France ne tiennent pas seulement à la mauvaise volonté flagrante du législateur mais également au désaccord qui les oppose quant à la qualification à donner au parquet.

§2 : Une opposition toujours plus forte sur la qualification du parquet

Ce qui oppose les juridictions internes en matière de garde à vue, n'est pas la mesure de privation de liberté en tant que tel, ni ses modalités d'exercice mais plutôt son contrôle exercé par le parquet. En effet, alors que la Cour de cassation semble être de plus en plus d'accord avec la CEDH en disant que le parquet n'est pas compétent pour contrôler la garde à vue, le Conseil constitutionnel n'est nullement d'accord avec cette conception. Alors qu'il est manifeste que le parquet ne peut pas être qualifié d'autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH, la question se pose de savoir s'il peut être qualifié d'autorité judiciaire

⁹⁴Cf part. 2, chap. 1, section 1, §1 « L'interdiction de l'accès aux pièces du dossier pour l'avocat : une violation du droit à un procès équitable ».

⁹⁵Bachelet O., « Garde à vue : portée pour la France d'une condamnation de la Turquie », *Dalloz*, février 2012, p. 361.

au sens de l'article 66 de la Constitution comme semble le dire le Conseil constitutionnel (A). Pour la CEDH, afin que le parquet puisse contrôler la garde à vue il est nécessaire de faire intervenir le JLD en droit commun de la garde à vue comme en droit dérogatoire (B).

A/ Le parquet : une autorité judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution?

Alors qu'un conflit entourant la qualification du parquet comme autorité judiciaire se fait sentir depuis déjà quelque temps entre la CEDH et la France, aujourd'hui c'est au tour de la Cour de cassation de prendre partie pour la CEDH et de dire que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH. Tandis que pour affirmer sa prise de position la Cour de cassation, notre plus haute juridiction judiciaire, se base sur la ConventionEDH, le Conseil constitutionnel, notre plus haute juridiction constitutionnelle, se fonde sur la Constitution.

L'article 5§3 de la ConventionEDH nous précise que dans le cadre du droit à un procès équitable « *toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues [...] doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délais raisonnable, ou libérée pendant la procédure* »⁹⁶. C'est en se basant sur cet article assez précis que la Cour de cassation et la CEDH ont décidé que le parquet français n'était pas une autorité judiciaire et ne pouvait donc pas contrôler efficacement la garde à vue. Pourtant cet article ne donne absolument aucune définition de ce qu'est une autorité judiciaire compétente. Afin de voir apparaître le début d'une définition il faut se référer à la doctrine, comme par exemple le professeur Matsopoulou qui nous parle d'impartialité et d'indépendance comme qualité essentielle pour être une autorité judiciaire compétente pour le contrôle de la garde à vue « *[...] indépendance et impartialité, deux qualités requises de l'autorité judiciaire investie du pouvoir de contrôler une mesure privative de liberté, au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH* »⁹⁷. Pour donner ce début de définition le professeur Matsopoulou s'est probablement appuyée sur deux arrêts rendus par la Cour de cassation en date du 15 décembre 2010⁹⁸ et du 18 janvier 2011⁹⁹,

⁹⁶Article 5§3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950.

⁹⁷Matsopoulou H., « Une réforme inachevée : à propos de la loi du 14 avril 2011 », *Semaine Juridique éd. Gén.*, mai 2011, pp. 908-912.

⁹⁸Cass. Crim. 15 décembre 2010 pourvoi n° 10-83.674.

⁹⁹Cass. Crim. 18 janvier 2011 pourvoi n° 10-84.980.

pour lesquels messieurs Guidicelli et Danet nous rappellent les termes de la solution : « *le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme car il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante* »¹⁰⁰. Afin de donner cette solution la Cour de cassation, s'est fondée sur l'arrêt *Moulin c/ France* dans lequel la CEDH rappelle que « *le magistrat [...] doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public [...] du fait de leur statut, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui [...] compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de magistrat au sens de l'article 5§3* »¹⁰¹. Comme le rappellent messieurs Guidicelli et Danet¹⁰², cet arrêt s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *Medvedyev c/ France* du 29 mars 2010¹⁰³.

Même si au départ la ConventionEDH n'était pas vraiment explicite concernant la définition d'une autorité judiciaire, avec la collaboration de la doctrine française, nous arrivons à une définition assez claire et précise qui pourrait se résumer comme un magistrat indépendant et impartial, ce qui ne peut pas correspondre au parquet puisqu'il est directement dépendant du pouvoir exécutif et qu'il n'est pas impartial puisqu'il est considéré comme le juge et la partie. Mais le Conseil constitutionnel ne s'occupe nullement de cette définition. Pour lui, le texte primordial sur lequel il faut se baser pour qualifier le ministère public comme autorité judiciaire compétente pour contrôler la mesure de garde à vue, est la Constitution et plus précisément son article 66. Pourtant on ne peut que se demander pourquoi une telle décision de la part des juges constitutionnels? En effet, lorsque l'on regarde attentivement l'article 66 de la Constitution, on est en droit de se demander sur quoi se fonde le Conseil pour qualifier le parquet d'autorité judiciaire, puisque cet article se contente de dire dans son alinéa 2 que « *l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Rien de plus n'est précisé, rien n'aide véritablement à savoir si le Conseil constitutionnel a eu raison de dire que le parquet était une autorité

¹⁰⁰Guidicelli A. et Danet J., « Le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : quelles conséquences sur le contrôle de la garde à vue ? », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2011, pp. 142-144.

¹⁰¹CEDH 23 novembre 2010 *affaire Moulin c/ France* requête n° 37104/06.

¹⁰²Guidicelli A. et Danet J., « Le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : quelles conséquences sur le contrôle de la garde à vue ? », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2011, pp. 142-144.

¹⁰³CEDH 29 mars 2010 *affaire Medvedyev c/ France* requête n° 3394/03.

judiciaire. On peut se demander si c'est vraiment la pensée du Conseil constitutionnel ou si c'est juste une peur des juges constitutionnels de toucher au symbole de notre procédure pénale française, le ministère public.

Au regard des différents éléments que nous avons étudiés, il est évident que le parquet n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH. Ce qui pose maintenant problème c'est de savoir si le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution, ce qui peut être difficile à savoir au regard du peu de détails que contient cet article.

Afin de résoudre le problème toujours plus présent de la qualification du parquet, il convenait de prendre une décision qui contenterait tout le monde, c'est ce que la CEDH en disant qu'il est nécessaire qu'il y ait une intervention du JLD aussi bien en droit commun de la garde à vue en droit dérogatoire.

B/ La nécessité pour la CEDH d'une intervention du juge des libertés et de la détention en droit commun come en droit dérogatoire de la garde à vue

Le conflit opposant la CEDH et la Cour de cassation avec le Conseil constitutionnel se fait de plus en plus présent. Alors que la CEDH et la Cour de cassation refusent la compétence du parquet pour le contrôle de la garde à vue et estiment que seul un magistrat du siège est compétent pour ce contrôle, le Conseil constitutionnel de son côté reste sur son ancienne position qui date de 1992¹⁰⁴. Pour ce dernier le parquet est compétent pour le contrôle de la garde à vue puisque c'est une autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution¹⁰⁵. Notre doute concernant l'impact de cette qualification du parquet s'avérait légitime au vu du peu d'éléments contenu à l'article 66 de la Constitution. Il

¹⁰⁴Cons. const. 11 août 1992 décision n° 93-326.

¹⁰⁵Cf. part. 1, chap. 2, section 1, §2, A « Le parquet : une autorité judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution ? ».

semble que le Conseil constitutionnel ait réussi à atténuer la position de la Cour de cassation, qui avoue que même si le parquet n'est pas une autorité judiciaire compétente au sens de l'article 5§3 de la ConventionEDH, il peut intervenir pour prolonger la durée de la garde à vue au-delà de la première tranche de vingt-quatre heures. Il est important de rappeler que si le Conseil constitutionnel a réussi à avoir gain de cause du côté de la Cour de cassation c'est certainement car il n'envisage pas la seule intervention du parquet, puisqu'il prévoit que pour avoir un équilibre dans le contrôle de la mesure de privation de liberté qu'est la garde à vue, il faut nécessairement qu'un magistrat du siège intervienne si la garde à vue doit se prolonger au-delà de la quarante-huitième heure. De ce point de vue l'organisation du contrôle de la garde à vue à la française apparaît un peu plus logique. Cependant, cette décision ne règle pas tous les problèmes loin de là. Si on s'attache à ce que le Conseil constitutionnel déclare dans sa décision du 30 juillet 2010¹⁰⁶, le JLD intervient au terme de la quarante-huitième heure de garde à vue, dans ce cas nous ne sommes plus dans le cadre d'une garde à vue de droit commun, mais dans une garde à vue de droit dérogatoire puisque nous dépassons alors le délai légal de la garde à vue de droit commun qui est de quarante-huit heures. On en déduit donc que le Conseil constitutionnel ne fait intervenir le JLD qu'en cas de garde à vue dérogatoire, donc pour les affaires de crimes en bande organisée, de trafic de stupéfiants ainsi que de terrorisme. C'est ce qui pose le plus problème pour la CEDH puisque pour lui le JLD ne devrait pas intervenir qu'en matière de garde à vue dérogatoire mais également en garde à vue de droit commun. Pourtant la CEDH souhaitait que les droits de la défense soient renforcés cela sans faire de distinction entre le droit commun et le droit dérogatoire de la garde à vue, ce que le législateur français n'a pas dénié faire puisque non seulement il fait une différence entre la garde à vue de droit commun et la garde à vue de droit dérogatoire en matière d'assistance de l'avocat, mais également en matière de contrôle par une autorité judiciaire, puisqu'il n'estime pas nécessaire de faire intervenir le JLD pendant la garde à vue de droit commun ce qui serait pourtant un réel avantage pour le contrôle de cette mesure. Certes, son intervention pourrait remettre en question la rapidité de la décision qui est sans aucun doute l'une des raisons pour laquelle le parquet est toujours la seule autorité à pouvoir intervenir durant les quarante-huit heures de la garde à vue de droit commun.

Même si le principal conflit auquel nous pensons lorsque nous parlons de la réforme de la garde à vue est celui qui oppose, comme nous l'avons démontré, le droit européen et le droit

¹⁰⁶Décision 2010-14/22- QPC du 30 juillet 2010.

français et plus particulièrement la CEDH et le Conseil constitutionnel, un autre conflit entre les deux acteurs principaux de cette garde à vue à la française a pris de l'importance. Dans notre ordre juridique interne, c'est entre les fonctionnaires de police¹⁰⁷ et les avocats que cette discorde se fait de plus en plus vive.

Section 2 : Un conflit entre officiers de police judiciaire et avocats

Le conflit entre les avocats et les OPJ déjà présent avant la réforme de la garde à vue, n'a fait que s'accroître depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011. Ce conflit étant la conséquence directe d'un manque de confiance présent depuis le début entre ces deux acteurs de la garde à vue (Paragraphe 1), est également dû au peu de moyens humains et matériels touchant ces deux corps de professions (Paragraphe 2).

§1 : Une méfiance présente dès le début

Ce n'est un secret pour personne que les missions des avocats et des OPJ sont totalement opposées ce qui ne fait qu'accroître les divergences entre eux (A) mais la mauvaise volonté évidente des deux parties n'aide pas à ce que ce conflit prenne fin (B).

A/ Une divergence due à leurs missions opposées

La loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue donnait un rôle beaucoup plus important à l'avocat, au cours de cette mesure. Cette loi lui donnait la possibilité d'assister aux auditions et confrontations de son client. Alors même que sans parler de la réforme de la garde à vue, quelques tensions étaient déjà palpables entre les avocats et les fonctionnaires de police, nul doute n'est permis quant à l'ampleur qu'a pris ce conflit avec l'arrivée de l'avocat dans la mesure de privation de liberté.

¹⁰⁷Lorsque nous parlons de « fonctionnaires de police et gendarmes » nous pensons évidemment aux OPJ

Cette réforme de la garde à vue, bien que fortement critiquée aujourd'hui par eux, avait été largement souhaitée par les avocats à l'époque. Ce qui n'était pas le cas pour les OPJ, ceux-ci voyant d'un très mauvais oeil la participation de l'avocat lors de la garde à vue.

La garde à vue s'inscrit dans le cadre de la phase d'enquête et est une prérogative de l'OPJ, qui avec la réforme voit son statut être remis en question. Si au jour d'aujourd'hui les pouvoirs de l'avocats sont restreints en matière de garde à vue, beaucoup de policiers pensent que dans un futur proche ces restrictions seront annulées par une nouvelle réforme. Comme nous le confiaient beaucoup de fonctionnaires de police au cours de notre stage¹⁰⁸, la plupart ont très mal vécu cette réforme de la garde à vue car ils ont senti que le législateur voulait les surveiller et ne leur faisait pas confiance. Pour beaucoup, l'avocat n'était pas projeté dans la garde à vue pour véritablement défendre les mis en cause et de ce fait respecter les droits de la défense mais pour surveiller que lors des auditions et confrontations les OPJ ne fassent pas usage de menaces, de contraintes voire de violence. Lorsque nous regardons attentivement le rôle de l'avocat donné par le législateur pendant la mesure de privation de liberté, c'est-à-dire que l'avocat n'a pas la possibilité de prendre la parole au cours des auditions et confrontations et qu'il n'a pas le droit d'avoir accès à l'intégralité des pièces du dossier. De ce point de vue il est logique que l'ensemble des fonctionnaires de police et des gendarmes pensent que l'avocat ne sera présent que pour exercer une surveillance des auditions mais surtout observer que tout se passe bien. Mais ce n'est que lors d'une notification de garde à vue par le groupe d'atteinte aux biens, que nous avons eu la possibilité de réellement prendre l'ampleur de ce malaise. En effet, lors de cette notification de garde à vue, la question, devenue courante, de savoir si la personne voulait un avocat a été posée. C'est alors qu'avant de connaître la réponse de la personne et voyant qu'elle hésitait certains OPJ ont eu un comportement qui est décrié par la doctrine mais qui est totalement compréhensible lorsque l'on se soucie un tant soit peu du malaise apparu au sein de la profession avec la loi du 14 avril 2011. Comme le font remarquer messieurs Boudot et Grazzini « *certaines pratiques policières, non généralisables, mais qui du fait de leur existence doivent être indiquées ici, consistent à conseiller au gardé à vue de ne pas solliciter l'assistance d'un avocat pour des raisons notamment de célérité de la procédure* »¹⁰⁹. C'est à ce type d'épisode que nous avons eu l'occasion d'assister au cours de

¹⁰⁸ Entretiens réalisés avec les fonctionnaires de police de la cellule anti-cambriolage et groupe d'atteinte aux biens du Commissariat de Valenciennes au cours de notre stage effectué en mai-juin 2013.

¹⁰⁹ Boudot J. et Grazzini B., « La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique », *AJ Pénal*, 2012, p. 512.

notre stage au sein du groupe d'atteinte au bien. Certains OPJ ont dit très clairement à la personne en garde à vue que ce n'était pas utile de demander à être assisté d'un avocat, puisque celui-ci ne lui était d'aucune utilité pendant les auditions car il ne pouvait pas parler. D'autres ont même ajouté que lorsqu'un avocat était présent pendant les auditions c'était simplement pour vérifier que tout se passait bien et surtout que les fonctionnaires de police et les gendarmes ne fassent pas usage de violence à l'égard du mis en cause¹¹⁰. Pour une majorité de la doctrine, cet épisode montrerait surtout la mauvaise volonté de la police de collaborer avec les avocats¹¹¹, alors qu'il montre aussi un autre aspect totalement oublié de la doctrine, le malaise chez les fonctionnaires de police.

Mais cette opposition entre avocats et OPJ peut s'expliquer aussi d'une autre manière lorsque l'on se place du point de vue des missions de chacun. En effet, alors que les fonctionnaires de police ont pour mission de découvrir la vérité sur les infractions et de tenter de faire cesser le trouble causé à l'ordre public en arrêtant les suspects, les avocats eux, se doivent de défendre leur client, de tout faire, dans la limite du légal, pour les défendre. Nous sommes en droit de nous demander si il est possible qu'un OPJ et un avocat, défendant un suspect, puissent s'entendre sur la marche à suivre pendant l'enquête.

Outre les missions totalement opposées des avocats et des fonctionnaires de police, le désaccord entre ces deux corps de métier, jouant un rôle important dans la mesure de privation de liberté, le conflit vient aussi du manque flagrant de bonne volonté que ce soit de la part des OPJ ou de la part des avocats, qui chacun de leur côté ne mettent visiblement pas de cœur dans le fait d'apaiser les tensions afin que la collaboration se fasse dans de bonnes conditions.

B/ Une mauvaise volonté évidente de chacune des parties

Quand la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue est apparue et que nous avons compris que les fonctionnaires de police et les avocats allaient devoir travailler ensemble tout au long de la mesure de privation de liberté, nous nous sommes demandés si ces deux professions pourraient vraiment collaborer. Lorsque cette loi est entrée en vigueur, même si du côté policier elle a été difficile à accepter, la réforme a permis une collaboration sans trop

¹¹⁰ Dans l'esprit de chacun jusqu'à il y a encore une dizaine d'années les fonctionnaires de police ne reculait devant rien pour soutirer des aveux aux personnes en garde à vue, pas même à la violence. La peur de tels actes est encore présente, même si elle est quelque peu exagérée.

¹¹¹ Cf. part. 1, chap. 2, section 2, §1, B « Une mauvaise volonté de chacune des parties évidente ».

de mauvais aspects, c'est ce que nous avons pensé mais ce n'était qu'une illusion. En effet, au tout début chaque partie avait, semble-t-il, mis de la bonne volonté. Les tensions que beaucoup de professionnels du droit appréhendaient ne sont pas apparues tout de suite. Même si pour certains ça peut paraître étrange que les tensions n'apparaissent pas tout de suite, c'est pourtant compréhensible puisque même si côté OPJ la loi n'a pas fait l'unanimité, ils étaient obligés de la mettre en application et donc de travailler pour le mieux avec les avocats et ainsi leur montrer qu'ils n'étaient pas si fermés à l'idée d'une collaboration si cela se faisait correctement. Et en ce qui concerne les avocats, ils ne pouvaient pas se permettre de faire preuve de mauvaise volonté tout de suite, sans prendre la peine d'essayer de mettre en œuvre cette nouvelle loi pour laquelle ils s'étaient tant battus. Même si sur le papier dès le début cette loi fait l'objet de nombreuses critiques¹¹², en ce qui concerne son application, il était nécessaire de tenter de la mettre en œuvre avant de pouvoir souligner ses points faibles. C'est lors de notre stage effectué l'année dernière au sein du Commissariat de Valenciennes¹¹³ que nous avons eu l'occasion de voir les prémices d'un conflit qui nous apparaissait inévitable. Nous avons pu constater que déjà à cette époque certaines tensions entre avocats et fonctionnaires de police faisaient leur entrée. Moins d'un an après l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011¹¹⁴, ces tensions peuvent s'expliquer par le peu de satisfaction qu'ont les policiers et les avocats de cette réforme. En effet, au cours de cette première année, deux sentiments se sont développés chez les deux acteurs de la garde à vue. Du point de vue des fonctionnaires de police nous avons pu observer que certains OPJ souffraient d'un complexe d'infériorité par rapport aux avocats, et du point de vue de ces derniers, leur sentiment d'impuissance se fait sentir, car ils jugent que la réforme de la garde à vue ne leur laisse pas assez de marge de manœuvre pour défendre leur client du mieux qu'ils peuvent. Nous avons eu l'occasion d'assister à un exemple de l'émergence de ces tensions. Lors de notre stage alors qu'une audition avec la présence d'un avocat avait lieu, un conflit a démarré entre l'OPJ et l'avocat en question. Comme pour toute audition au cours de laquelle est présent un avocat, l'OPJ demande à ce dernier s'il n'a pas d'observation à faire à la fin. En l'espèce, l'avocat répond qu'il a effectivement une observation à faire. Lorsqu'il fait son observation nous sommes surpris de constater que celle-ci reprend mots pour mots une question que l'OPJ avait posée à la personne en garde à vue. Remarquant également cela, un échange assez vif se fait entre les deux professionnels, l'un estimant que la remarque de l'autre est absurde et l'autre estimant

¹¹² Critiques concernant le manque de pouvoirs donné à l'avocat, son insuffisance au regard du droit à un procès équitable et du respect des droits de la défense.

¹¹³ Stage effectué au sein de la sûreté urbaine du Commissariat de Valenciennes en janvier 2012.

¹¹⁴ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

que le policier met de la mauvaise volonté dans son travail¹¹⁵. C'est à ce moment précis que nous nous sommes rendus compte de l'importance que prenait le conflit.

Après deux ans d'application de la réforme de la garde à vue, nous avons eu l'occasion de remarquer que le conflit entre avocats et policiers n'a fait que se renforcer. Ce désaccord a pris tellement d'importance que même les hautes autorités des deux professions ne parviennent plus à s'entendre. En effet, nous avons appris qu'avant notre arrivée en stage, une dispute d'importance avait eu lieu entre le commissaire en charge de la sûreté urbaine du Commissariat de Valenciennes et le bâtonnier¹¹⁶. Lors de nos stages au sein, tout d'abord du cabinet de Maître Delplanque, ensuite du Commissariat de Valenciennes, nous avons constatés que la mauvaise volonté évoquée par l'avocat en 2012 était de nos jours, encore d'actualité, mais pas seulement du point de vue des policiers ou des gendarmes. Pour une majorité de la doctrine, comme messieurs Boudot et Grazzini, la collaboration entre les avocats et les policiers ne peut pas fonctionner correctement puisque les fonctionnaires de police ne mettent aucune bonne volonté et tant qu'il n'y mettront pas du leur cela ne peut pas fonctionner. Pour eux « *certaines pratiques policières, non généralisables, mais qui du fait de leur existence doivent être indiquées ici, consistent à conseiller au gardé à vue de ne pas solliciter l'assistance d'un avocat pour des raisons notamment de célérité de la procédure. Cette pratique qui est dénoncée par de nombreux barreaux entame singulièrement les possibilités d'organisation de la défense* »¹¹⁷, selon eux seuls les policiers ou les gendarmes font preuve de mauvaise volonté, sentiment apparemment approuvé par une majorité de la doctrine. Pourtant lorsque l'on se plonge dans la pratique nous ne pouvons pas rejeter la faute uniquement sur les OPJ. Certes, il est incontestable que certains d'entre eux font preuve de mauvaise volonté lorsqu'il s'agit de travailler avec les avocats, mais certains avocats ne sont pas mieux. Lorsque nous voyons comment certains avocats se comportent lorsqu'ils viennent dans les locaux du Commissariat pour assister leur client lors d'une audition ou d'une confrontation nous ne pouvons que nous dire qu'ils ne facilitent pas non plus leur entente avec les fonctionnaires de police et les gendarmes¹¹⁸. Oubliant complètement le fait que la loi interdit l'accès à l'intégralité des pièces du dossier, certains avocats tentent toujours d'y avoir

¹¹⁵ Épisode auquel nous avons assisté lors de notre stage au sein de la cellule anti-cambriolage du Commissariat de Valenciennes au mois de janvier 2012.

¹¹⁶ Altercation qui a été portée à notre connaissance par certains avocats lors de notre stage au sein du cabinet de Maître Delplanque en avril-mai 2013 et confirmé par des fonctionnaires de police à notre arrivée dans les locaux du Commissariat de Valenciennes en mai 2013.

¹¹⁷ Boudot J. et Grazzini B., « La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique », *AJ Pénal*, 2012, p. 512.

¹¹⁸ Constat qui heureusement ne peut pas être imputé à tous les avocats.

accès en les demandant aux OPJ d'une manière plus ou moins sympathique, certains font même croire qu'ils ne savent pas qu'ils n'y ont pas accès¹¹⁹.

Même si la méfiance flagrante entre les avocats et les policiers est un facteur indéniable de la mauvaise application de la loi réformant la garde à vue, ce n'est pas le seul problème puisque nous avons pu constater que le manque de moyen aussi bien matériel qu'humain n'aide en rien à faire apparaître une bonne entente et donc une bonne application de la loi du 14 avril 2011.

§2 : Le peu de moyens humains et matériels : les causes d'une dissension qui s'accroît

Alors que le manque de moyen matériel touche principalement les fonctionnaires de police (A), le manque de moyen humain touche aussi bien les fonctionnaires de police que les avocats (B), ces deux aspects les empêchant considérablement de faire leur travail du mieux possible.

A/ Le manque de moyen matériel

La loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue a fait apparaître de nombreux problèmes aussi bien sur le plan matériel que sur le plan humain. Le problème du manque de moyen matériel touche principalement les fonctionnaires de police qui font face à un manque de possibilité pendant la garde à vue du soit au manque de matériel fourni par l'administration soit par sa vétusté. Avec la loi du 14 avril 2011 sur la réforme de la garde à vue, le législateur français n'avait probablement pas pris la mesure des changements sur le plan matériel auxquels il allait falloir trouver une solution. Le législateur aurait dû se douter que toute avancée suppose des changements pour pouvoir mettre en œuvre de façon convenable cette avancée. Chose que ne semble pas avoir pris vraiment en considération le législateur. Cette difficulté pourtant importante, puisqu'elle entrave considérablement le travail des enquêteurs,

¹¹⁹ Ce cas de figure est apparu une fois lors de notre stage au sein de la brigade criminelle du Commissariat de Valenciennes, où un avocat a demandé à avoir accès à l'intégralité des pièces du dossier en prétextant qu'il ne savait pas qu'il n'y avait pas l'accès, lorsque l'OPJ lui a répondu non.

n'est presque pas reprise par la doctrine pour expliquer les soucis découlant de la réforme de la garde à vue. Il n'y a que peu de professionnels du droit qui se sont un tant soit peu intéressés aux problèmes matériels qu'a engendrés cette réforme. Monsieur Lesclous nous donne quelques exemples de difficultés sur le plan matériel qui tiennent lieu « à la capacité des locaux; [...] à la dispersion des lieux de garde à vue sur l'ensemble du territoire; aux conséquences de l'alourdissement des procédures [...] aux questions de sécurité [...] »¹²⁰, malgré des problèmes déjà nombreux, nous oublions souvent que l'équipement des OPJ posent le plus de problèmes en raison, bien souvent, de leur vétusté. Lorsque nous avons fait notre stage au Commissariat de Valenciennes nous avons pu voir que non seulement les locaux en eux-mêmes étaient très vétuste mais que l'équipement dont ils se servaient pour les auditions et les confrontations l'étaient également¹²¹. Parlons tout d'abord des locaux, leur vétusté n'est plus une surprise et la plupart du temps ils ne permettent pas un accueil des personnes placées en garde à vue dans les meilleures conditions et ne permettent pas non plus aux avocats d'exercer au mieux leur profession. La circulaire du 15 avril 2011, diffusée dans tous les Commissariat de France, indiquait que l'entretien préalable de trente minutes devait « être réalisé dans des conditions garantissant sa confidentialité [...] »¹²². Autrement dit il faudrait que les Commissariats et Gendarmeries mettent à la disposition des avocats une salle respectant la confidentialité¹²³ de leurs entretiens avec leurs clients. Ce qui n'est pas évident. Nous comprenons tout à fait que l'entretien doit respecter une certaine confidentialité mais il faut également prendre en compte que certains locaux ne peuvent pas se permettre d'accueillir de telles demandes.

En ce qui concerne l'équipement à proprement parler¹²⁴, il n'est fait mention nulle part de l'ancienneté et de la vétusté de ces derniers, et donc de la difficulté pour les OPJ de faire correctement leur travail. Lors de notre stage nous avons eu l'occasion de voir à quel point cette ancienneté et cette vétusté des équipements étaient problématique pour les fonctionnaires de police. Déjà en ce qui concerne l'outils de travail dont se servent le plus les OPJ nous ne pouvons que déplorer l'ancienneté. Les ordinateurs dont disposent les OPJ sont très anciens et de ce fait ils tombent en panne souvent et connaissent des ralentissements qui

¹²⁰ Lesclous V., « Un an de droit de la garde à vue (1er juin 2010 – 1er juin 2011) », *Revue de Droit Pénal*, septembre 2011, pp. 40-48.

¹²¹ On pense surtout aux ordinateurs.

¹²² Circulaire du 15 avril 2011, relative aux droits de la personne gardée à vue, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011.

¹²³ Le terme de confidentialité sous-entend à l'abri des regards et des écoutes indiscretes.

¹²⁴ Lorsque nous parlons d'équipements nous entendons les ordinateurs, les bureaux, les chaises, les fax... tout ce dont se sert les OPJ pour travailler.

peuvent devenir un vrai casse-tête pour les fonctionnaires de police. De plus, que ce soit pour les besoins de l'enquête, pour les procès verbaux d'auditions, pour les recherches d'identités ou pour filmer les auditions des mineurs ou lorsque l'on est en présence d'une garde à vue dérogatoire, il faut un logiciel pour chaque cas de figure. Nous ne savons pas si l'administration a oublié que les équipements ne sont plus très récents mais le fait de devoir installer de nombreux logiciels sur un ordinateur déjà lent n'arrange pas les choses. Tout au long de notre stage nous avons pu observer que les fonctionnaires de police se retrouvent souvent à la merci de ces équipements qui tombent en panne ce qui ralentit considérablement l'enquête en cours. Régulièrement en cours d'audition qu'il devait filmer, l'OPJ se rendait compte que son ordinateur ne voulait pas ouvrir le logiciel pour filmer, se faisant il était dans l'obligation de demander à l'un de ses collègues de lui prêter son poste de travail. Or même sans en être directement le témoin il n'est pas incompréhensible de voir que lorsqu'un tel problème se passe alors que l'OPJ allait commencer l'interrogatoire, cela ne complique qu'un peu plus le déroulement de la garde à vue et réduit considérablement le temps, déjà court et donc précieux de cette mesure de privation de liberté.

De plus, en ce qui concerne les bureaux et les chaises, est-il normal qu'un Commissariat de police soit obligé de demander des chaises à des établissements comme des banques ou des écoles? Pour tout un chacun la réponse serait forcément négative, pourtant c'est ce que nous avons constaté lors de notre stage, la plupart des bureaux et des chaises du Commissariat de Valenciennes viennent de banques ou d'écoles qui changent leur mobilier et qui au lieu de jeter l'ancien le donnent au Commissariat. Il arrive donc souvent que les chaises sont en mauvais état, que les bureaux ne soient plus vraiment stables.

Le manque de moyen matériel chez les fonctionnaires de police ne les aide pas à faire leur travail correctement. Comment est-il possible de travailler dans de telles conditions. De nombreux fonctionnaires de police se sentent démunis face au manque de moyen matériel. Déjà affaibli par des moyens matériels vétustes, le manque de moyen aussi humains ne fait que renforcer un problème de plus en plus présent dans la mise en œuvre de la loi du 14 avril 2011.

B/ Le manque de moyen humain

Alors que le manque de moyen matériel touche principalement les fonctionnaires de police, le manque de moyen humain touche aussi bien les avocats que les policiers.

Pour ce qui est des policiers, personne n'ignore que depuis quelques années les différents gouvernements se sont bornés à réduire le nombre de postes dans la police. Cette réduction du nombre de poste passe par le non remplacement des départs en retraite des fonctionnaires de police mais également par le renforcement de la difficulté des concours d'entrées dans la fonction publique. La motivation des gouvernements successifs, pour cette compression des postes des fonctionnaires se trouvent être l'économie. En effet, en baissant le nombre de fonctionnaires, on diminue également le nombre de salaire à verser, ce qui fait gagner de l'argent aux gouvernements¹²⁵. Mais on peut se demander si ce souci d'économie de la part des gouvernements ne nous cause pas du tort puisqu'au moment où la criminalité augmente, le nombre de fonctionnaires de police ou de gendarmes baisse. Ce manque de personnel cause des problèmes au sein même des Commissariats puisque dans les zone appelées « sensibles »¹²⁶ le manque de fonctionnaires de police les empêche de faire leur travail en toute sécurité.

Mais le manque de personnel touche également les avocats. Même si ça peut paraître difficile à croire, en raison de la qualité de profession libérale, le nombre d'avocats souhaitant assister les personnes en garde à vue n'est pas suffisant ce qui entraîne un travail parfois trop conséquent pour ces derniers. Dans chaque barreaux est mis en place une permanence permettant aux OPJ de contacter un avocat afin qu'il vienne assister la personne en garde à vue. Cette permanence est très pratique puisque comme nous avons eu l'occasion de le voir au cours de notre stage au Commissariat de Valenciennes, très peu de personnes placées en garde à vue sont dans la capacité de donner le nom d'un avocat pour les défendre, c'est donc le plus souvent à l'avocat de permanence de venir. Alors que dans la loi¹²⁷ il est prévu que c'est le bâtonnier de choisir le nom d'un avocat qui sera commis d'office, dans la pratique c'est autre chose. En effet, en pratique chaque semaine un avocat est nommé coordinateur, il prend avec lui le téléphone de permanence du barreau sur lequel les OPJ doivent appeler. Celui-ci aura le devoir de contacter ses confrères pour qu'ils se rendent au commissariat dans les plus brefs délais. Cela entraîne deux inconvénients majeurs. Le premier se trouve être la charge de travail que donne cette activité à l'avocat. Au cours de notre stage au cabinet de Maître

¹²⁵ La crise économique qui touche depuis une dizaine d'année l'Europe oblige les gouvernements de l'Union Européenne à faire des économies et des restrictions, ce qui passe le plus souvent par la baisse du nombre de fonctionnaires.

¹²⁶ Lorsque l'on parle des quartiers « sensible » on pense aux endroits où la criminalité augmente, on pense aux banlieues des grandes villes comme Paris, Marseille, Lille où les policiers se retrouvent désarmés devant la violence des citoyens et le peu de moyens qu'ils possèdent pour l'endiguer.

¹²⁷ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

Delplanque nous avons eu l'occasion de voir une avocate possédant ce fameux téléphone de permanence. Ce qui nous a le plus choqué c'est son état de stress, alors qu'elle se trouvait au TGI¹²⁸ pour préparer la défense de l'un de ses clients, le téléphone de permanence n'arrêtait pas de sonner. Cet aspect du rôle de coordinateur est extrêmement fatiguant nerveusement car le coordinateur doit jongler entre ses propres dossiers et gérer les gardes vues. Le second problème est le fait que très peu d'avocats sont volontaire pour intervenir en garde à vue. En effet, l'assistance pendant la garde à vue est laissé le plus souvent aux jeunes avocats qui viennent de débiter et qui veulent se faire une clientèle car rares sont les avocats confirmés qui veulent « perdre leur temps » en garde à vue au détriment de leur clientèle habituelle¹²⁹. Lorsque nous avons fait notre stage au Commissariat de Valenciennes nous avons vu la conséquence de ce manque d'avocats, en matière de respect des droits de la défense. Comment une personne placée en garde à vue qui demande à être assistée d'un avocat, peut-elle être correctement défendue lorsque l'on assiste à une véritable « valse » des avocats ? Cette « valse » se traduit par autant d'avocats différents pour autant d'auditions ou de confrontations. L'exemple le plus flagrant auquel nous avons pu assister a été pour une affaire au sein du Groupe d'atteinte aux biens du Commissariat de Valenciennes. En l'espèce, un homme a été placé en garde à vue et a demandé à être assisté par un avocat. Un premier avocat est venu l'assister pour la première audition. Puis un second est venu pour la seconde audition et ainsi de suite. Les impératifs de la profession d'avocat faisant que le premier avocat ne pouvait pas être présent pour les auditions suivantes. C'est ce qui nous a le plus alarmé car on est en droit de se demander si une multitude d'avocat peut s'imprégner d'un dossier pour défendre au mieux la personne en garde à vue. Nous sommes en droit d'en douter.

Ce manque de volonté de la part des avocats d'assister aux garde à vue ne touche pas que le barreau de Valenciennes, c'est un constat que de nombreux barreaux peuvent faire, comme en atteste l'arrêt du 28 décembre 2012¹³⁰ dans lequel un avocat « *se plaignait d'avoir été désigné d'office par son bâtonnier pour une permanence garde à vue de vingt-quatre heures payée au titre de la commissionne d'office* »¹³¹. Cet avocat avait déclaré que la « permanence garde à vue » pouvait être assimilé à un travail forcé. Même si le Conseil d'État n'a pas fait droit à la demande de l'avocat en question, comme nous le dit Madame Allain cet arrêt « *n'est pas*

¹²⁸ Tribunal de Grande Instance.

¹²⁹ C'est ce que nous confiais un avocat que nous avons rencontré au cours de notre stage au sein du cabinet de Maître Delplanque.

¹³⁰ CE 28 décembre 2012 requête n° 351873.

¹³¹ *Ibid.*

anodin et relance la question de la difficulté pour certains barreaux de faire face aux exigences de la nouvelle garde à vue : avoir suffisamment d'avocats volontaires pour assister les gardés à vue tout au long de la mesure sur des barreaux à forte étendue géographique peut s'avérer un véritable casse-tête »¹³².

La question de savoir comment résoudre ce problème a fait son apparition dans la doctrine. Certains auteurs comme le professeur Saas, évoquaient déjà une possible réponse à cette question alors que la réforme de la garde à vue n'était encore qu'un simple projet. À cette époque elle qualifiait cette solution comme une « *nécessaire évolution des pratiques* »¹³³ tout en estimant qu'elle ne pourrait pas être mise en place. Ce qu'elle prévoyait était « *la mise en place de véritables permanences au sein des locaux de police ou de gendarmerie, assurant ainsi une présence constante d'avocats [...]* »¹³⁴, cependant à cette époque cette solution n'était « *ni réalisable, ni souhaitable* »¹³⁵. C'est à peu près ce qu'envisage aujourd'hui madame Allain comme alternative au manque d'avocats, puisqu'elle parle d'une « *centralisation des lieux de garde à vue* »¹³⁶ en estimant que ça aurait « *de nombreux avantages : des visites des locaux de garde à vue facilitées pour les magistrats, la centralisation de la gestion des gardes à vue pour les forces de l'ordre, le parquet, les médecins, les interprétés et les avocats [...]* »¹³⁷. Même si nous ne pouvons que reconnaître les avantages que représenteraient une telle centralisation des lieux de garde à vue, il paraît néanmoins peu probable que cela se fasse au vue du coût que cela aurait pour la construction et la mise en place d'une telle chose.

¹³² Allain E., « L'assistance en garde à vue, un travail forcé ? », *AJ Pénal*, 2013, p. 119.

¹³³ Saas C., « Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ? », *AJ Pénal*, janvier 2010, pp. 27- 30.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Allain E., « L'assistance en garde à vue, un travail forcé ? », *AJ Pénal*, 2013, p. 119.

¹³⁷ *Ibid.*

Conclusion de la partie

Au regard des différents éléments que nous avons étudiés n'importe qui aurait pu prévoir que la réforme de la garde à vue telle que le législateur l'a fait, allait poser un certain nombre de problèmes. Alors que cette loi n'était encore qu'un projet une majorité de la doctrine s'inquiétait déjà de toutes les limites que le législateur allait instaurer à l'assistance de l'avocat et à toutes les modifications qu'il serait bon d'apporter à toute la procédure de garde à vue et qui ne seraient pourtant pas faites. Si de nombreuses difficultés faisaient leur apparition après seulement un an de mise en œuvre de la nouvelle garde à vue, le bilan que nous en tirons aujourd'hui, deux ans après est de plus en plus mitigé au regard de toutes les questions sans réponse et de tous les ennuis qui sont arrivés au fil du temps.

PARTIE 2 : LA Réforme de la garde à vue deux ans après : un bilan mitigé

Deux ans après la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue des problèmes subsistent encore. Bien que les anciens problèmes ne soient pas entièrement réglés, de nouvelles questions font leur apparition (Chapitre 1). Alors que ces nouvelles problématiques prennent de plus en plus d'ampleur, un nouveau contentieux fait son apparition. Il était nécessaire pour la création de ce contentieux que la réforme de la garde à vue soit appliquée depuis déjà quelques temps. Maintenant que cette réforme est ancrée dans notre procédure pénale, les demandes de nullités de cet acte se font de plus en plus souvent. Ces demandes de nullités de la garde à vue semblent mettre en évidence la volonté de plus en plus présente des particuliers comme des professionnels de contester cette mesure de privation de liberté (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'APPARITION DE NOUVELLES QUESTIONS

Les nouveaux droits créés par la loi du 14 avril 2011 ont posé de nombreux problèmes. Alors que tous les professionnels les attendaient, tous ont été déçus. Si au début de l'application de cette réforme ce sont les droits créés pour le renforcement des droits de la défense qui ont posé le plus de problème de nos jours, les nouveaux droits instaurés par le législateur semblent remettre en cause le droit à un procès équitable, fondement du procès pénal français (Section 1). Mais ce qui a déçu le plus les professionnels du droit c'est certainement les modifications que le législateur a apportées aux anciens actes de procédure, modification qui n'ont pas été à la hauteur des attentes (Section 2).

Section 1 : Le droit à un procès équitable remis en cause par l'apparition de nouveaux problèmes

Le droit à un procès équitable est un fondement du procès pénal français puisqu'il est prévu dans la Constitution que toute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement. Deux éléments de la nouvelle garde à vue remettent en cause le fondement du droit à un procès équitable. Le premier c'est l'interdiction de l'accès aux pièces du dossier pour l'avocat (Paragraphe 1). Le second élément faisant polémique est l'enregistrement audiovisuel des auditions (Paragraphe 2).

§1 : L'interdiction de l'accès aux pièces du dossier pour l'avocat : une violation au droit à un procès équitable

Alors que de nombreux professionnels s'attendaient à ce que l'avocat de la personne placée en garde à vue puisse avoir accès à l'intégralité des pièces du dossier, celui-ci a été plus que restreint par le législateur (A). Cette restriction semble marquer la mauvaise volonté évidente de la France d'autoriser l'accès à l'avocat de l'intégralité des pièces du dossier (B).

A/ Un accès plus que restreint

L'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011¹³⁸ réformant la garde à vue faisait apparaître de nouveaux droits afin de renforcer les droits de la défense, comme la possibilité pour la personne placée en garde à vue de demander à être assistée d'un avocat dès la première heure de cette mesure de privation de liberté, mais également afin de renforcer le droit à un procès équitable. Alors qu'il est indéniable que, malgré quelques limites mises en place par le législateur, les droits de la défense ont été renforcés, parfois même au détriment de la victime, on peut encore douter de la véritable consolidation du droit à un procès équitable. Ce doute s'explique notamment par l'une des innovations qui était la plus attendue de cette loi mais qui ne fut pas à la hauteur des attentes, loin de là. On pense bien évidemment au droit à l'accès aux pièces du dossier. Ce droit souhaité par tous les avocats aurait permis à ces derniers de préparer correctement et de manière approfondie la défense de leurs clients.

¹³⁸ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

Mais force est de constater que l'attente des avocats ne fut pas récompensée, puisque l'accès aux pièces du dossier a été plus que restreint par le législateur. Le législateur français a dû trancher puisque ni la jurisprudence de la Cour de cassation, ni celle de la CEDH, ni celle du Conseil constitutionnel ne précisait à quelles pièces du dossier l'avocat avait accès. Dans la circulaire du 15 avril 2011 le législateur informe les OPJ des pièces auxquelles l'avocat pourra avoir accès : « *l'avocat pourra [...] prendre connaissance des pièces suivantes : procès verbaux de placement en garde à vue et des droits y étant attachés, certificat médical et procès verbaux d'interrogatoire de la personne* »¹³⁹. La restriction opérée par le législateur s'est faite de deux manières : la première sur les pièces dont l'avocat pouvait avoir accès. Alors qu'une majorité des avocats souhaitaient avoir accès à l'intégralité des pièces du dossier, le législateur, lui, ne prévoyait que la possibilité pour les avocats d'avoir connaissance de certaines pièces du dossier. Ces pièces ne devaient être que les actes de procédures se référant à la personne placée en garde à vue. C'est ce point qui a fait couler beaucoup d'encre, puisqu'une majorité de la doctrine a fait valoir que cette restriction à l'accès à l'intégralité des pièces du dossier ne permettait pas aux avocats de défendre au mieux leurs clients. Ce point de vue fut largement critiqué par la jurisprudence française. Trois arrêts rendus par la Cour de cassation ont repris la même solution pour trois affaires différentes. Dans un premier arrêt du 11 juillet 2012¹⁴⁰, un homme fut placé en garde à vue au cours de laquelle il demanda à être assisté d'un avocat. Son avocat n'ayant pas eu accès à l'intégralité des pièces du dossier, le mis en cause forma un pourvoi en cassation. La solution rendue par la Cour de cassation « jeta un pavé dans la marre », puisque l'accès restreint aux pièces du dossier était déjà fortement critiqué, les juges de la Cour de cassation affirmèrent une fois de plus cette restriction. Comme pour prouver ce mécontentement de la doctrine, dans un commentaire de cette décision, monsieur Bachelet estime que cette solution est une « *méconnaissance des droits de la défense* »¹⁴¹ et une « *méconnaissance des droits de la sûreté* »¹⁴². Le second arrêt de la Cour de cassation, en date du 19 septembre 2012¹⁴³, ne fait que renforcer la position déjà bien ancrée. En l'espèce, un pourvoi en cassation a été fait par une personne placée en garde à vue dont l'avocat a demandé l'accès à l'intégralité des pièces du dossier, accès intégral qui lui a été refusé. Sur la base du premier arrêt, les juges de la Cour de cassation estimaient que « *n'est*

¹³⁹ Circulaire du 15 avril 2011 relative aux droits de la personne gardée à vue, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011.

¹⁴⁰ Cass. Crim. 11 juillet 2012 pourvoi n° 12-82136.

¹⁴¹ Bachelet O., « Dignité, sûreté et équité : la garde à vue à la croisée des chemins », *Gazette du Palais*, septembre 2012, p. 19.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Cass. Crim. 19 septembre 2012 pourvoi n° 11-88.111.

pas incompatible avec l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'absence de communication de l'ensemble des pièces du dossier, à ce stade de la procédure, n'étant pas de nature à priver la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable, dès lors que l'accès à ces pièces est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement »¹⁴⁴. Dans un dernier arrêt en date du 18 décembre 2012¹⁴⁵, la Cour de cassation se trouvait face à un pourvoi sur les mêmes fondements que ceux de l'arrêt précédent. Afin de rejeter le pourvoi, les juges de la Cour de cassation s'appuyaient sur le fait que pour avoir accès aux pièces du dossier auxquelles l'avocat a droit, ce dernier doit en faire la demande expresse à l'OPJ : *« la chambre de l'instruction a justifié sa décision dès lors qu'il appartient à l'avocat de la personne gardée à vue qui peut consulter le procès-verbal établi en application de l'article 63-1 du code de procédure pénale, le certificat médical établi en application de l'article 63-3 ainsi que les procès-verbaux d'audition de son client, d'en faire la demande expresse »*¹⁴⁶.

Ces différents arrêts montrent bien que malgré une interdiction claire et précise du législateur, à l'avocat d'avoir accès à l'intégralité des pièces du dossier, certains avocats persistent à demander aux OPJ à avoir connaissance à l'intégralité des pièces du dossier. Un autre exemple que nous avons évoqué un peu plus haut¹⁴⁷ montre bien cet état de fait. Lors de notre stage au sein de la brigade criminelle du Commissariat de Valenciennes, un avocat a demandé à l'OPJ interrogeant la personne en garde à vue de lui fournir l'intégralité du dossier concernant l'affaire. Alors que la réponse de l'OPJ ne se fit pas attendre, l'avocat s'excusait en disant qu'il ne savait pas qu'il n'y avait pas accès.

Enfin, pour appuyer un peu plus cette restriction le législateur refuse que l'avocat puisse faire une copie des pièces du dossier. Cette interdiction est clairement exprimée dans la circulaire du 15 avril 2011, puisque le législateur dit qu' *« il doit enfin être précisé que l'avocat ne pourra obtenir ou réaliser une copie des pièces de la procédure qu'il a pu consulter, il pourra, en revanche, prendre des notes »*¹⁴⁸. Le législateur ne laisse que la possibilité à l'avocat de ne prendre que des notes. Aucune copie ne pourra être réalisée. Encore un point qui fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine et qui nous fait penser que la France risque une nouvelle fois de se faire condamner par la CEDH à cause de son interdiction d'accès à

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Cass. Crim. 18 décembre 2012 pourvoi n° 12-85.735.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Cf. part. 1, chap. 2, section 2, §1, B « Une mauvaise volonté de chacune des parties évidente ».

¹⁴⁸ Circulaire du 15 avril 2011 relative aux droits de la personne gardée à vu, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011.

l'intégralité des pièces du dossier, à l'avocat. C'est ce qu'en atteste le professeur Desprez lorsqu'il intitule son article « *Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme* »¹⁴⁹.

En interdisant l'accès à l'intégralité des pièces du dossier à l'avocat de la personne placée en garde à vue, le législateur s'expose à une possible nouvelle condamnation de la CEDH et s'attire également les foudres de la doctrine. Les avocats pensaient déjà que cette innovation leur permettrait de défendre au mieux les intérêts de leur client, mais le législateur en a décidé autrement en limitant considérablement ce droit.

Mais cette limite pose le problème de savoir si le législateur français ne fait pas preuve d'une mauvaise volonté évidente à l'encontre de cet accès aux pièces du dossier.

B/ Une mauvaise volonté manifeste de la France d'autoriser l'accès à l'avocat de l'intégralité des pièces du dossier

Avec la loi du 14 avril 2011¹⁵⁰ les avocats s'attendaient déjà à un renforcement de leurs missions et de leur rôle. Cette consolidation était nécessaire car comme le font remarquer messieurs Gagnoud et Robert « *l'avocat était, jusqu'à la réforme, uniquement informé par l'officier de police judiciaire de la nature et la date présumée de l'infraction* »¹⁵¹. Cette information sommaire de l'avocat ne permettait pas à ce dernier de savoir précisément ce qui s'était passé. Or lorsque l'on sait que l'une des exigences de la CEDH, en condamnant la France¹⁵², était de renforcer les droits de la défense et le droit à un procès équitable, on ne peut que se demander comment les avocats pouvaient défendre au mieux leur client et intervenir au cours de la garde à vue avec une information leur fournissant aussi peu d'éléments et surtout sujette à la vision subjective de l'enquêteur. Il était donc nécessaire que l'information de l'avocat soit plus approfondie et permette de ce fait une meilleure défense de son client. C'est sur cette base que les avocats, ainsi qu'une grande majorité de la doctrine pensaient déjà que le législateur allait répondre à toutes leurs espérances. Ce qui ne fut pas le cas. Certes le législateur a instauré, grâce à la loi réformant la garde à vue, la possibilité pour

¹⁴⁹ Desprez F., « Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2012, p. 2640.

¹⁵⁰ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

¹⁵¹ Gagnoud P. et Robert L., « Réforme de la garde à vue : évolution ou révolution ? », *Gazette du Palais*, mai-juin 2011, pp. 1394- 1398.

¹⁵² La France se faisait condamner par la CEDH dans l'arrêt *Brusco c/ France* du 14 octobre 2010 requête n° 1466/07.

l'avocat de la personne en garde à vue d'avoir connaissance à certaines pièces du dossier. Cette possibilité est prévue à l'article 63-4-1 du code de procédure pénale qui prévoit que l'avocat pourra avoir accès aux pièces telles que « *le procès-verbal de notification du placement en garde à vue et des droits attachés, le certificat médical établi en application de l'article 63-3 et les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste* »¹⁵³. Mais les avocats qui s'attendaient à avoir un accès complet au dossier ont forcément été déçus puisque l'accès donné à l'avocat est plus que limité. Qu'il s'agisse du professeur Vergès¹⁵⁴ ou du professeur Matsopoulou¹⁵⁵, tous sont d'accord pour dire que cette innovation est loin d'être ce qu'ils attendaient. Certains s'accordent même à dire que le législateur fait preuve d'une mauvaise volonté en ce qui concerne le respect des droits de la défense et le droit à un procès équitable. Comme le fait remarquer le professeur Pradel ce qui était remis en question par la plupart des avocats c'est le fait que les avocats n'aient « *qu'une vue fragmentaire du dossier [...] ils y voient une atteinte à l'égalité des armes, le parquet ayant accès à tout le dossier* »¹⁵⁶, ce qui pose effectivement un réel problème au vue du droit à un procès équitable.

Alors que la doctrine déplore ce manque d'innovations de la part du législateur sur l'accès aux pièces du dossier, il nous est impossible de ne pas être d'accord avec eux. En effet, il est très clair que cet accès à l'intégralité du dossier peut poser un certain nombre de problèmes surtout lorsque l'on se place du point de vue des OPJ qui sont en charge de mener l'enquête, mais c'est quelque chose qui paraît inévitable au regard des exigences de la CEDH concernant le respect des droits de la défense et le respect du droit à un procès équitable. La procédure pénale française souhaitant conserver une certaine marge de manœuvre en ce qui concerne la répression, ne semble pas vouloir se mettre totalement en conformité avec la CEDH. Nous pouvons comprendre d'un côté le sentiment qui pourrait envahir les fonctionnaires de police et les gendarmes qui verraient d'un mauvais œil cet accès à l'intégralité des pièces du dossier car pour eux ce serait encore un affaiblissement de leurs pouvoirs. Mais il est impossible de ne pas se dire que le législateur sera bientôt dans l'obligation d'accepter prochainement que l'avocat ait l'accès à toutes les pièces du dossier. C'est en se basant sur le fait que le législateur ait limité un grand nombre de droits pour conserver un pouvoir sur la répression que l'on se dit

¹⁵³ Art. 63-4-1 du code de procédure pénale.

¹⁵⁴ Vergès E., « Grde à vue : le rôle de l'avocat au cœur d'un conflit de normes nationales et européennes », *Dalloz*, décembre 2011, pp. 3005-3006.

¹⁵⁵ Matsopoulou H., « Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *Dalloz*, décembre 2011, pp. 3034-3039.

¹⁵⁶ Pradel J., « La loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue réussit son examen de passage devant le Conseil constitutionnel », *Semaine Juridique*, décembre 2011, pp. 2564-2567.

que ce dernier fait effectivement preuve d'une mauvaise volonté manifeste. Une mauvaise volonté qui ne se retrouve pas que pour l'accès à l'intégralité des pièces du dossier mais qui se voit dans toutes les nouveautés de la loi du 14 avril 2011. cette mauvaise volonté risque d'entraîner une condamnation de la France par la CEDH et il est incontestable que le premier point qui sera remis en question et de ce fait sanctionné sera l'accès aux pièces du dossier par l'avocat.

Le conflit entourant l'accès à l'intégralité des pièces du dossier était déjà présent dès l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011, mais n'a fait que s'amplifier au fil du temps, conduisant de ce fait, la doctrine à penser que le législateur ne fait pas preuve de bonne volonté face aux exigences de la CEDH en matière de droits de la défense ni de droit à un procès équitable. Mais une autre polémique dont nous n'avons pas entendue parler à l'entrée en vigueur de la réforme de la garde à vue, concerne l'enregistrement audiovisuel des auditions.

§2 : Une polémique touchant à l'enregistrement audiovisuel des auditions

Si la polémique entourant les enregistrements audiovisuels est aussi grande, c'est notamment parce qu'avant la loi du 14 avril 2011, le législateur a instauré ce procédé comme substitut à l'absence de l'avocat pendant la garde à vue (A). Alors que la réforme de la garde à vue faisait apparaître l'avocat pendant la mesure de privation de liberté, les enregistrements audiovisuels se sont retrouvés relégués au second plan (B).

A/ Un enregistrement audiovisuel comme substitut à l'absence de l'avocat avant la loi du 14 avril 2011 : une banalisation décriée

Avant la loi du 14 avril 2011 portant réforme de la garde à vue, l'enregistrement audiovisuel des auditions et des confrontations avait été instauré dans le cas où un mineur se

retrouverait en garde à vue. C'est par la loi du 15 juin 2000¹⁵⁷ que ce dispositif a été mis en place et comme nous le dit le professeur Courtin, cette mise en œuvre avait pour but d'offrir aux mineurs « *une garantie contre les abus de pouvoir éventuels des enquêteurs et les éventuelles discussions dont font souvent l'objet la manière dont a pu se dérouler l'interrogatoire et les aveux ont pu être obtenus* »¹⁵⁸. En mettant en place les enregistrements audiovisuels le législateur voulait protéger des personnes considérées comme faibles en raison notamment de leur âge. En effet, les mineurs semblent particulièrement faibles et doivent être protégés au regard de la loi puisqu'en raison de leur âge ils deviennent influençables et sont vulnérables face à des adultes. Alors que cet enregistrement des auditions et confrontations des mineurs devait être généralisé très vite aux majeurs, il faudra attendre de nombreuses années avant que ça ne soit véritablement le cas. C'est la loi du 5 mars 2007¹⁵⁹ qui met en place les enregistrements audiovisuels pour les majeurs en cas d'infractions en matière criminelle. À cette époque, de nombreux auteurs pensaient qu'étendre l'enregistrement audiovisuel aux majeurs permettrait comme le disaient messieurs Vouland¹⁶⁰ et Garde-Lebreton¹⁶¹ un rééquilibrage des forces. Par ce système, les auteurs voulaient montrer qu'un renforcement des droits de la défense était possible. En effet, pour une majorité de la doctrine de cette époque le fait d'élargir les enregistrements audiovisuels aux majeurs permettait de pallier l'absence de l'avocat au cours de la garde à vue, ce que souhaitaient la plupart des avocats dans un souci d'équité du procès et de protection des droits de la défense. Avant cette réforme de la garde à vue, la présence de l'avocat au cours de cette mesure de privation de liberté n'était nullement envisagée dans les textes. Cette absence commençait à être décriés par les avocats mais également par la doctrine, ce qui obligea le législateur à trouver un moyen d'apaiser les tensions. Comme le fait remarquer madame Sontag Koenig, l'enregistrement audiovisuel « *était ainsi introduit en garde à vue comme un mécanisme de substitution permettant de pallier l'absence de l'avocat* »¹⁶². En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation en date du 12 juin 2007 vient même expliquer que l'enregistrement audiovisuel «

¹⁵⁷ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes.

¹⁵⁸ Courtin C., « L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires du suspect », *AJ Pénal*, novembre 2010, pp. 490-494.

¹⁵⁹ Loi n° 2007-291 renforçant l'équilibre de la protection pénale.

¹⁶⁰ Vouland P., « Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense ? », *AJ Pénal*, 2007, p. 117.

¹⁶¹ Garde-Lebreton S., « L'enregistrement des interrogatoires : une rééquilibrage des forces pendant la garde à vue », *AJ Pénal*, 2007, p. 462.

¹⁶² Sontag Koenig S., « Intervention de l'avocat et droits de la défense en garde à vue : quel avenir pour les enregistrements audiovisuels ? », *AJ Pénal*, 2012, p. 527.

permet de contrôler le contenu et les formes de l'interrogatoire »¹⁶³. Le recours aux enregistrements audiovisuels devenant de plus en plus régulier commençait à faire l'objet de vives critiques. Certes ce système permettait de surveiller le déroulement des auditions et des confrontations, et ainsi de s'assurer qu'aucun abus n'avait lieu, mais aucune place n'était laissée à l'avocat pourtant garant des droits de la défense. Ce que critiquaient surtout les avocats, c'est que la banalisation des enregistrements audiovisuels se faisait sur la base du respect des droits de la défense et du droit à un procès équitable. Or ces deux fondements de la procédure pénale française supposent que la personne placée en garde à vue ait le droit à une défense effective dès la première heure de garde à vue, ce qui n'est pas le cas avec les enregistrements audiovisuels puisqu'ils ne servent qu'à vérifier qu'aucun abus n'a lieu pendant la garde à vue. Donc pour pallier ce manque il faudrait que le législateur se décide à laisser une véritable place à l'avocat, ce qu'il fera avec la loi du 14 avril 2011¹⁶⁴ consécutive à la condamnation de la France par la CEDH dans l'arrêt *Brusco c/ France*¹⁶⁵.

Avant la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue, plutôt que de laisser une place à l'avocat, ce qu'une grande majorité de la doctrine voulait, le législateur a préféré banaliser le recours à l'enregistrement audiovisuel des auditions et des confrontations. Malgré une banalisation décriée, il faudra attendre quelques années avant que le législateur se décide à donner un véritable rôle à l'avocat au cours de la garde à vue. Mais alors qu'une partie de la doctrine semble approuver le choix du législateur, le reste se demande ce qu'il adviendra vraiment des enregistrements audiovisuels et surtout s'ils ne seront pas relégués au second plan.

B/ L'intervention de l'avocat dès la première heure de garde à vue : une relégation au second plan des enregistrements audiovisuels ?

Alors que la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue venait introduire la présence de l'avocat dès la première heure de garde à vue, il était nécessaire de prendre des dispositions entourant les enregistrements audiovisuels. Comme nous l'avons étudié plus haut, avant cette

¹⁶³ Cass. Crim. 12 juin 2007 pourvoi n° 07-80.194.

¹⁶⁴ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

¹⁶⁵ CEDH *affaire Brusco c/ France* du 14 octobre 2010 requête n° 1466/07.

loi, les enregistrements audiovisuels des auditions et des confrontations étaient devenus un moyen permettant de faire oublier l'absence de l'avocat au cours de cette mesure de privation de liberté. Cependant, avec l'instauration de cette nouvelle loi on était en droit de se poser la question de savoir quel allait être le sort réservé à ces enregistrements. Alors que le recours aux enregistrements des auditions et des confrontations faisait débat, de nombreux auteurs ont eu peur que le législateur n'abandonne complètement l'idée de recourir aux enregistrements en complément de l'assistance de l'avocat. Pour de nombreux avocats, il est nécessaire que l'assistance de l'avocat pendant les auditions et les confrontations soit accompagnée d'un autre système pour renforcer les droits de la défense. Et quel moyen serait mieux que les enregistrements audiovisuels ?

Le problème c'est que certains auteurs soutenaient que pour renforcer le rôle de l'avocat en matière de procédure pénale et plus particulièrement de garde à vue, il fallait remettre en cause la place de l'enregistrement audiovisuel. C'est ce que soulignait le rapport Léger du 1er septembre 2009¹⁶⁶. Dans la continuité de ce rapport, l'avant-projet de loi du futur code de procédure pénale du 1er mars 2010 prévoyait d'ajouter un alinéa dans le code de procédure pénale dans lequel il était précisé qu' « *en toute matière, lorsque la personne aurait exercé son droit à être assistée par un avocat lors de ses auditions [...] il ne serait pas procédé à leur enregistrement audiovisuel, sauf instruction expresse du procureur de la République* »¹⁶⁷. Comme le souligne madame Sontag Koenig « *au vu de ces projets, n'ayant toutefois pas été retenus, il semblerait que le recours à l'une des protections des droits du gardé à vue était perçu comme devant corollairement entraîner la diminution de l'autre* »¹⁶⁸, ce qui revient à dire que les deux projets de loi ne semblent pas être les partisans de la combinaison des enregistrements audiovisuels et de la présence de l'avocat. Ce qui est en cause c'est la mise en œuvre de ces deux points afin de renforcer les droits de la défense. Pour certains auteurs cette mise en œuvre simultanée ne semble pas possible, alors que dans d'autres pays la conjugaison des deux moyens a déjà prouvé ses avantages, comme par exemple au Royaume-Uni et en Allemagne, dans lesquels les enregistrements des auditions sont conjugués avec succès avec la présence effective de l'avocat.

Pour madame Sontag Koenig, ces auteurs oublient un point essentiel de la réforme.

¹⁶⁶ Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale du 1er septembre 2009, disponible sur www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf, consulté le 14 août 2013

¹⁶⁷ Avant projet du futur code de procédure pénale, art. 327-18, du 1er mars 2010, disponible sur www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf, consulté le 14 août 2013

¹⁶⁸ Sontag Koenig S., « Intervention de l'avocat et droits de la défense en garde à vue : quel avenir pour les enregistrements audiovisuels? », *AJ Pénal*, 2012, p. 527.

Effectivement, la réforme de la garde à vue du 14 avril 2011 a institué la présence de l'avocat pendant les auditions et les confrontations ce qui permettait de surveiller le déroulement de ces actes de procédure. Mais lorsque l'on s'attache à la pratique plus qu'à la théorie, il apparaît évident que l'avocat n'est pas présent à toutes les auditions ou confrontations et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord la personne en garde à vue peut refuser d'être assistée par un avocat. Ensuite l'avocat peut refuser d'être présent ou n'assister qu'à certaines auditions. Enfin en matière de garde à vue dérogatoire l'assistance de l'avocat peut être différée par une décision écrite et motivée. Tout ceci pose donc le problème de la défense de la personne en garde à vue par l'avocat et la crédibilité de ses propos alors qu'il n'est pas assisté. Il est évident que dans ces différents cas l'enregistrement des auditions et confrontations est nécessaire. Pour cet auteur « *l'idée émise par certains auteurs – qui appelaient de leurs vœux le renforcement de la présence de l'avocat – selon laquelle les enregistrements audiovisuels seraient dès lors relégués au second plan car d'une utilité procédurale moindre, ne semble donc pas pouvoir être validée* »¹⁶⁹, mais elle estime aussi que « *certaines parlementaires ayant défendu l'idée qu'il serait opportun de recourir à ces enregistrements pour l'ensemble des gardes à vue, incluant dès lors les infractions délictuelles, mais également pour toute la durée de la garde à vue, n'ont cependant pas été entendus* »¹⁷⁰. Il est alors clair que le législateur n'a pas souhaité prendre une décision pour savoir quel sort réserver aux enregistrements audiovisuels. C'est d'ailleurs pour cette raison que pour l'instant les enregistrements sont réservés au droit dérogatoire de la garde à vue, aux mineurs et à toutes les infractions criminelles.

Alors que le législateur oscille entre relégation au second plan et généralisation des enregistrements audiovisuels, un autre problème concernant les anciens actes de procédure fait son apparition. Cette difficulté touche notamment les modifications apportées à ces actes, modifications qui étaient attendues mais qui furent pourtant décevantes.

Section 2 : Anciens actes de procédure : des modifications attendues mais décevantes

Nous pensions que la nouvelle garde à vue allait modifier en profondeur les actes de procédures soit en changeant les anciens actes de procédures et en en créant de nouveaux. Mais le constat que nous pouvons faire c'est que les modifications ne sont pas à la hauteur des

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

espérances. Alors que le législateur ne savait pas s'il devait accepter ou interdire la procédure de garde à vue supplétive, cette hésitation se faisait au détriment des mis en cause (Paragraphe 1). Un nouvel acte de procédure faisait son apparition avec la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, la retenue douanière (Paragraphe 2).

§1 : La garde à vue supplétive : entre acceptation et interdiction, une hésitation au détriment du mis en cause ?

Le législateur a souhaité renforcer les droits de la défense en passant par l'instauration de la garde à vue supplétive ce qui fut mal accepté par les services de police et de gendarmerie parce qu'ils voyaient dans cette garde à vue supplétive une nouvelle manière de les empêcher de faire correctement leur travail (A). C'est peut-être ces critiques formulées par les OPJ qui obligèrent le législateur à finalement retirer cette garde à vue supplétive, pourtant ce revirement de situation fut très mal compris par tous les professionnels du droit (B).

A/ L'instauration de la garde à vue supplétive avec la loi du 14 avril 2011 : une mesure mal acceptée par les services de police et de gendarmerie

Avant la réforme de la garde à vue du 14 avril 2011 et avant l'instauration de la garde à vue supplétive, lorsqu'une personne était placée en garde à vue et que l'on découvrait que cette personne était mise en cause dans d'autres affaires, les OPJ pouvaient l'interroger sur tous ces différents faits sans lui redire ses droits. Cela laissait une grande marge de manœuvre aux fonctionnaires de police et aux gendarmes qui n'étaient pas obligés de « perdre du temps » en notifiant à nouveau ses droits à la personne en garde à vue. En effet, avec cette possibilité, lorsque les fonctionnaires de police ou les gendarmes s'apercevaient que l'un de leur collègue

avait placé en garde à vue un suspect dans leurs affaires, ceux-ci pouvaient entendre à leur tour la personne afin de résoudre leur affaire en question et cela sans la contrainte de la notification des droits à chaque fois.

Mais la loi du 14 avril 2011, dans un souci de protection et de renforcement des droits de la défense a instauré la garde à vue supplétive. Dans cette garde à vue, le législateur perdait toute la possibilité qui lui était laissée d'interroger une personne en garde à vue pour d'autres faits sans lui avoir, au préalable, notifié à nouveau ses droits. A partir de maintenant, un OPJ souhaitant interroger une personne placée en garde à vue pour d'autres faits se trouve dans l'obligation de notifier tous les droits à cette personne. Si cette procédure supplétive est plutôt bien accueillie par les magistrats ainsi que par les avocats ce n'est pas le cas du côté des policiers. Lorsque nous nous plaçons du côté des magistrats et surtout des avocats nous ne pouvons que comprendre pourquoi la garde à vue supplétive a été plutôt bien accueillie. Une telle mesure ne fait que renforcer un peu plus les droits de la défense, puisque la personne placée en garde à vue est doublement informée de ses droits.

En revanche, il est plus qu'évident que si nous nous plaçons du côté fonctionnaires de police, que cette mesure ne peut qu'être mal acceptée. En effet, cette mesure fait perdre du temps aux OPJ puisqu'elle les oblige à notifier à nouveau les droits qui lui sont accordés en matière de garde à vue. Temps on pourrait être mis à profit d'une autre manière, tant la durée de la garde à vue est courte. Lors de notre stage au sein du Commissariat de Valenciennes¹⁷¹, nous avons eu l'occasion de parler avec certains OPJ et tous sont d'accord pour dire que lorsque la garde à vue supplétive a été instaurée, tous voyaient cette mesure comme une nouvelle contrainte les concernant. Pour de nombreux fonctionnaires de police cette obligation de notifier de nouveaux les droits à la personne placée en garde à vue, à chaque fois que cette personne était interrogée pour d'autres faits et ceux alors même que la personne est déjà en garde à vue et donc s'est déjà vue communiquer une première fois ses droits.

Alors que c'est dans un souci de renforcement des droits de la défense que le législateur a mis en place la garde à vue supplétive, obligeant ainsi les OPJ à communiquer les droits à la personne en garde à vue à chaque audition, alors même que la personne était déjà placée en garde à vue pour d'autres faits, le législateur s'est retrouvé face à l'incompréhension des

¹⁷¹ Entretiens réalisés dans le cadre de notre stage au sein du Commissariat de Valenciennes en mai-juin 2013.

fonctionnaires de police, voyant dans cette mesure une nouvelle entrave à leur travail.

Ce faisant le législateur semble avoir opéré un changement de position en la matière supprimant cette garde à vue supplétive, se retrouvant non plus face à la seule incompréhension de la police mais devant celle de tout à chacun ne parvenant pas à comprendre un tel changement de position.

B/ Le retrait de cette procédure : un revirement de situation difficile à comprendre

Alors que le législateur semblait finalement s'être décidé pour le renforcement des droits de la défense passant par l'instauration de la procédure de garde à vue supplétive, un nouveau revirement de situation allait faire son apparition. Même si cette garde à vue supplétive ne faisait pas l'unanimité du côté des fonctionnaires de police ceux-ci faisaient de leur mieux pour s'en accommoder n'ayant nullement le choix de respecter la loi et donc de l'appliquer. Pourtant sans prévenir le législateur fit marche arrière et annula tout bonnement la mesure de garde à vue supplétive. Ce changement de situation nous fit revenir au statu quo ante c'est-à-dire à la situation d'avant. Les OPJ ne sont alors plus dans l'obligation de notifier les droits à la personne en garde à vue pour chaque interrogatoire qu'elle subirait en dehors de l'affaire pour laquelle elle fait l'objet de la mesure de privation de liberté. Ce revirement permet aux OPJ de retrouver une marge de manœuvre qu'ils avaient perdue avec l'apparition de la procédure de garde à vue supplétive. Cependant, ces nombreux changements sont difficile à comprendre aussi bien pour les fonctionnaires de police et les gendarmes que pour les avocats ou les magistrats. Toutes ces modifications créent une instabilité législative qui fait que même les professionnels du droit ne savent plus très bien comment ils doivent agir ni quelle loi ils doivent appliquer. Lors de notre stage au Commissariat de Valenciennes nous avons eu l'occasion de nous entretenir avec plusieurs OPJ qui nous disaient tous à quel point cela devenait difficile pour eux de faire leur travail au vue de toutes ces instabilités.

Si ces revirements sont tellement compliqués à comprendre c'est aussi parce qu'on ne sait pas très bien où le législateur veut en venir. En effet, alors que dans un premier temps le législateur ne semblait pas souhaiter modifier cet aspect de la garde à vue, il l'a tout de même fait en créant la garde à vue supplétive et en obligeant le fonctionnaires de police à l'utiliser. Et finalement aujourd'hui nous sommes revenus au statut qui était celui utilisé avant la réforme de la garde à vue. Lorsque l'on se base sur le renforcement des droits de la défense,

on ne peut que se demander si le législateur veut vraiment les renforcer ou s'il hésite encore.

Alors que certains anciens actes de procédure ont connu des modifications qui, malgré l'attente de la part des professionnels, furent pour le moins décevante, la réforme de la garde à vue instaura une nouveauté ayant de nombreuses similitudes avec la garde à vue. Cette nouveauté est la retenue douanière.

§2 : La retenue douanière : la nouveauté de la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue

La retenue douanière est une nouvelle possibilité offerte à l'ordre public de détenir de manière temporaire une personne. Elle est l'équivalent de notre garde à vue, car elle présente une ressemblance notable avec celle-ci (A), tout en conservant deux points divergents qui font toute la différence (B).

A/ La procédure de retenue douanière : une ressemblance flagrante avec la garde à vue

Si nous sommes à même de dire que la retenue douanière est une détention temporaire similaire à la garde à vue, c'est parce que nous pouvons remarquer que le législateur a, tout d'abord, offert pratiquement l'intégralité des mêmes droits pour la défense qu'en matière de garde à vue classique. En effet, le législateur a prévu aux articles 323-1 et suivants du code des douanes la possibilité pour les services des douanes de mettre en œuvre une nouvelle pratique qui, par de nombreux traits, ressemble à la garde à vue. Cette mesure est la retenue douanière. Lorsque l'on regarde la loi du 14 avril 2011, nous remarquons, qu'il s'agisse de l'ordre public ou de la défense, qu'ils sont soumis aux mêmes droits et obligations que pour la garde à vue. Il est mentionné que la retenue douanière ne peut excéder une durée maximale de vingt-quatre heures, renouvelable une fois, sur autorisation écrite et motivée du procureur de

la République¹⁷². Même si le fait que le procureur doit fournir une autorisation écrite et motivée est sensiblement différent de la garde à vue, car dans ce cas le renouvellement d'une durée de vingt-quatre heures supplémentaire peut se faire sans motivation, le fait que la retenue douanière ne puisse pas aller au-delà de quarante-huit heures, nous rappelle la garde à vue, car le principe est le même.

Concernant les droits de la défense eux-mêmes, la loi du 14 avril 2011 autorise essentiellement les mêmes droits que pour la garde à vue puisque la personne placée en retenue douanière peut demander à faire prévenir un membre de sa famille et son employeur. De plus, il est également précisé que lorsque la personne est étrangère, elle pourra faire prévenir les autorités consulaires de son pays. Cet article prévoit aussi la possibilité pour cette personne de demander à être examinée par un médecin¹⁷³. La loi énumère les droits qui doivent être énoncés par l'agent des douanes à la personne retenue. Ces droits sont sensiblement les mêmes : on y retrouve le droit de se taire, la notification des différents droits que nous avons énoncés précédemment¹⁷⁴, ainsi que la durée de la retenue douanière. La loi envisage de surcroît l'octroi des mêmes prérogatives que détient l'OPJ, mais cette fois-ci à l'agent des douanes. Le législateur exige que soit rédigé un procès-verbal de retenue douanière qui doit être sensiblement le même que le procès-verbal de garde à vue.

La retenue douanière est possible pour les mineurs, mais uniquement dans les conditions prévues à l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945¹⁷⁵, c'est-à-dire qu'elle ne peut se faire que pour les mêmes motifs que la garde à vue pour les mineurs et avec les mêmes obligations pour les agents des douanes que pour les OPJ¹⁷⁶.

Pourtant nous ne pouvons qu'être surpris de l'article 415 du code des douanes, puisque dans cet article il est dit que l'intervention de l'avocat peut être différée dans les mêmes conditions que celles de l'article 706-88 du code de procédure pénale, c'est-à-dire dans les mêmes conditions que pour le régime dérogatoire de la garde à vue. Cependant, cette affirmation se

¹⁷² Art. 323-2 du code des douanes.

¹⁷³ Art. 323-5 du code des douanes.

¹⁷⁴ Le droit d'informer un membre de sa famille et son employeur, les autorités consulaires de son pays, lorsqu'il s'agit d'une personne étrangère et le droit d'être examiné par un médecin.

¹⁷⁵ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

¹⁷⁶ Un mineur ne peut pas faire l'objet d'une mesure de garde à vue en dessous de 13 ans. Lorsqu'il dépasse cet âge et qu'il fait l'objet d'une mesure de privation de liberté, les droits de la défense sont beaucoup plus sévère en raison de la particulière vulnérabilité du mis en cause du à son âge. L'OPJ est alors obligé d'enregistrer toutes les auditions et les confrontations du mineurs, d'avertir le ou les responsables légaux de ce dernier afin qu'ils prennent les décision pour la défense du mineur.

fait alors même que nulle part dans la loi du 14 avril 2011, il n'est fait mention du droit pour la personne en retenue douanière de se faire assister par un avocat, cela peut surprendre. La loi apparaît plutôt maladroite dans sa rédaction, puisqu'elle prévoit le report de l'intervention de l'avocat, sans même envisager auparavant le droit à l'assistance par un avocat. De plus, le législateur semble avoir omis, quelques précisions qui auraient pourtant été importantes¹⁷⁷.

Ensuite, la ressemblance entre la retenue douanière et la garde à vue se retrouve aussi dans le contrôle du parquet concordant avec celui de la garde à vue. Le parquet, en matière de garde à vue, avait déjà le monopole du contrôle puisque c'est lui qui devait être informé de chaque décision prise au cours de celle-ci. Et même si ce contrôle exercé par le procureur de la République est souvent remis en cause, du fait qu'il ne serait pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁸, le législateur français n'a toujours pas remis en cause les pouvoirs qu'il détient. Il vient au contraire de les renforcer, puisqu'il lui a procuré les mêmes attributions en matière de contrôle de la mesure de retenue douanière. Le procureur de la République est le seul compétent pour autoriser la prolongation de la retenue douanière de vingt-quatre heures supplémentaires. De plus, afin d'exercer son contrôle au mieux, il doit faire l'objet d'une information complète et détaillée de tous les actes pris au cours de cette mesure. De cette manière et seulement de cette manière, le procureur pourra dire si la retenue douanière est légale ou pas. L'agent des douanes devra, comme l'OPJ, informer le magistrat du parquet de la qualification donnée aux faits, et si ce dernier juge que la qualification n'est pas la bonne, il pourra modifier cette qualification qui sera alors notifiée à la personne en question¹⁷⁹. Le code des douanes, dans son article 323-4, précise que le procureur de la République, afin de renforcer l'effectivité de son contrôle peut se déplacer « pour vérifier les modalités de la retenue ». Il dit également que celui-ci peut demander à ce qu'il lui soit communiqué tous les procès-verbaux ainsi que les registres concernant la retenue douanière de la personne. Cette option laissée au magistrat du parquet est appréciable, puisque sans elle, il ne pourrait pas assurer au mieux le contrôle qui ne serait qu'approximatif. Il serait alors plus décrié qu'il ne l'est déjà à l'heure actuelle.

Cependant, malgré de nombreux points similaires entre la garde à vue et la retenue douanière, il nous a été donné de remarquer deux points divergents avec la privation de liberté pour les

¹⁷⁷ Cf B « Retenue douanière et garde à vue : deux points qui posent problèmes ».

¹⁷⁸ Cf part. 1, chap. 1, section 2, §2, A « Le parquet : refus de qualification d'autorité judiciaire ».

¹⁷⁹ Art. 323-3 du code des douanes.

OPJ.

B/ Retenue douanière et garde à vue : deux points qui posent problème

Lorsqu'on lit attentivement la partie sur la retenue douanière de la loi du 14 avril 2011, nous ne pouvons que remarquer l'intervention de deux points distincts par rapport à la garde à vue. Le premier point divergent que nous avons observé c'est que des précisions auraient été plus que nécessaires. En effet, contrairement à ce qu'il nous avait habitué par le passé, notamment avec la partie sur la garde à vue de la loi du 14 avril 2011, le législateur n'a fait qu'énoncer de manière très laconique, les différents éléments que contenait cette loi. A la première lecture de cette partie de la loi sur la retenue douanière, nous avons pu remarquer que le législateur ne faisait qu'une liste très courte des nouveautés qui se mettaient en place pour cette pratique. Il ne donne aucune explication sur la façon dont les agents des douanes doivent mettre en pratique les nouveaux droits accordés à la défense, ni leurs nouvelles prérogatives découlant de ces nouveautés. De plus, dans cette loi le législateur n'a pas jugé nécessaire de fournir un exemple, comme il l'a été fait pour la garde à vue, de procès-verbal de retenue douanière, ce qui aurait pu aider les agents des douanes dans la rédaction de celui-ci. Ce point nous apparaît pour le moins illogique, car même si la garde à vue est une action régulièrement rencontrée dans la pratique, certainement même plus que la retenue douanière, celle-ci ne doit pas pour autant être mise de côté par le législateur. De plus, toujours contrairement à la partie sur la garde à vue, qui énonce clairement que la personne placée en garde à vue a la possibilité d'être assistée d'un avocat, la partie sur la retenue douanière de la loi du 14 avril 2011, ne fait que mentionner très brièvement cette possibilité. Elle précise juste que les agents des douanes doivent se référer aux articles 63-2 à 63-4-4 du code de procédure pénale, afin de voir dans quelles conditions mettre en place ce droit. Ensuite, cette loi, qui n'utilise pas plus d'une phrase pour mentionner un droit aussi important que celui de l'assistance d'un avocat pour la personne placée en retenue douanière, fait tout un paragraphe sur la possibilité que possède le procureur de la République de reporter l'intervention de l'avocat dans des cas exceptionnels¹⁸⁰. Toutes les dispositions prises par le législateur dans cette nouvelle loi devaient l'être conformément aux exigences de la CEDH, de renforcer les droits de la défense. En faisant cela, le législateur semble une fois de plus privilégier les intérêts de la répression à la protection des droits de la défense. Pour l'instant, cette pratique

¹⁸⁰ Art. 19 de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 « Lorsque la personne est retenue pour un délit douanier [...] l'intervention de l'avocat peut être différée dans les conditions prévues aux sixième à dernier alinéas de l'article 706-88 de code de procédure pénale ».

de la retenue douanière n'a pas fait l'objet de fortes oppositions comme cela a été le cas pour la garde à vue, mais nul doute, que si le législateur ne revient pas sur la formulation de sa loi, la retenue douanière connaîtra les mêmes oppositions que la garde à vue.

Le second point qui pose problème, c'est le fait qu'à la fin d'une procédure de retenue douanière, il puisse y avoir l'intervention d'une mesure de garde à vue pour la personne concernée, ce qui fait donc deux mesures de privation de liberté à la suite. La retenue douanière, comme son nom l'indique est une mesure de privation de liberté puisque les services des douanes peuvent retenir la personne dans leurs locaux. Ce faisant, cette procédure doit être strictement encadrée. Pourtant le législateur, non content d'avoir créé une seconde mesure de privation de liberté, a fait en sorte que celle-ci puisse être suivie d'une garde à vue. Dans son article 323-9 du code des douanes, le législateur a envisagé la possibilité pour le procureur de la République de demander à ce que la personne soit placée en garde à vue, suite à sa retenue douanière. Cette faculté pourra être critiquée notamment par les fervents défenseurs des droits de la défense, car cette solution paraît contraire à la protection des droits de la défense d'exercer contre quelqu'un deux mesures privatives de liberté. Cependant, pour pallier les éventuelles remarques de la part des professionnels, le législateur a précisé par la suite que la durée de la retenue douanière serait imputée sur celle de la garde à vue. Ce qui signifie que si la retenue douanière d'une personne a déjà duré vingt-quatre heures, la garde à vue ne pourra qu'être de vingt-quatre heures également. Cette disposition apparaît aussi bien normale du point de vue de la défense, que injuste du point de vue de l'ordre public. Du point de vue des droits de la défense, ça ne peut être qu'une décision juste puisque sinon une personne placée d'abord en retenue douanière puis en garde à vue aurait pu être retenue pendant quatre jours pour un délit, un crime de droit commun, c'est-à-dire presque autant que la durée d'une garde à vue pour une personne arrêtée dans le cadre du régime dérogatoire de la garde à vue. Chose qui paraît aberrante. Pourtant, si l'on se place du côté de l'ordre public, ça paraît tout aussi injuste puisque là, une personne placée pendant une première période de vingt-quatre heures en retenue douanière serait par la suite placée en garde à vue pour une nouvelle et dernière période de vingt-quatre heures. Ce transfert de la personne du service des douanes à la police judiciaire suppose également un transfert des prérogatives et suppose enfin que l'enquête soit reprise par les fonctionnaires de police. Une période de seulement vingt-quatre heures de garde à vue, n'est-elle pas trop courte pour diligenter une enquête? Il paraît que si, du moins pour les OPJ.

Cette fois-ci, il semblerait que le législateur ait préféré protéger la personne privée de liberté.

Alors que les anciens problèmes découlant de la réforme de la garde à vue n'étaient toujours pas réglés, de nouvelles questions et difficultés faisaient leur entrée. Ces problèmes concernant l'accès à l'intégralité des pièces du dossier, les enregistrements audiovisuels, les anciens actes de procédure et la retenue douanière. Malgré une importance évidente de ces ennuis, un autre point fait couler beaucoup d'encre du point de vue de la doctrine : la nullité de la garde à vue.

CHAPITRE 2 : NULLITES DE LA GARDE A VUE : UNE VOLONTE DE CONTESTATION DE PLUS EN PLUS PRESENTE

Deux ans après l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue, un contentieux a fait son apparition, montrant ainsi le mécontentement des particuliers et des professionnels vis à vis de cette réforme jugée insuffisante pour de plus en plus de monde. Cette volonté de contestation de la nouvelle garde à vue est passée par des demandes de plus en plus accrues des nullités de la garde à vue, soit dans son ensemble soit d'une audition de cette garde à vue litigieuse. Deux problèmes majeurs se sont dégagés des demandes de nullités. Tout d'abord, nous avons vu émerger une controverse reposant sur les demandes de nullités des gardes à vue (Section 1). Ensuite, nous avons vu apparaître le problème toujours plus présent des gardes à vue des étrangers en situation irrégulière (Section 2).

Section 1 : Une controverse sur les nullités de la garde à vue

La controverse entourant les nullités de la garde à vue peut s'expliquer tout d'abord par l'apparition de plus en plus présente de divergences chez les professionnels du droit. Ces divergences sont de deux ordres : tout d'abord on retrouve des divergences concernant les

nullités demandées sur la base de la violation des droits de la défense au cours de la garde à vue (Paragraphe 1), mais également des divergences concernant la procédure même des demandes de nullités (Paragraphe 2).

§1 : Des divergences sur les nullités demandées pour violation des droits de la défenseurs

Ce qui pose réellement problème et qui entraîne donc de nombreuses demandes de nullité soit de la garde à vue, soit de l'audition de la garde à vue en question, c'est le fait que le législateur a laissé la possibilité de reporter l'assistance de l'avocat pendant la garde à vue mais également le fait qu'il peut arriver que l'assistance soit tout bonnement et simplement impossible (A). Le second problème qui entraîne un conflit se trouve être le défaut d'examen médical de la personne placée en garde à vue et l'absence de notification de ses droits (B).

A/ Des nullités fondées sur l'impossibilité d'être assisté par un avocat dès le début de la garde à vue et sur le report de cette assistance

La nouvelle garde à vue offre la possibilité aux personnes placées en garde à vue d'être assistées par un avocat dès les premières heures de cette mesure de privation de liberté. Pourtant au vu des différents éléments, le terme de « possibilité » ne semble pas être celui à utiliser. On devrait peut-être parler « d'obligation » d'être assisté par un avocat. Même si pour nous il apparaît plus judicieux de substituer le terme « d'obligation » à celui de « possibilité » cela n'est pas le cas pour tout le monde. Il est logique de voir qu'une majorité d'avocats est d'accord avec nous, puisqu'ils sont devenus l'élément central de cette nouvelle garde à vue grâce à la loi du 14 avril 2011. Il est donc tout à fait normal de voir qu'ils sont les principaux demandeurs des nullités des gardes à vue. Alors que deux ans après l'instauration de la

nouvelle garde à vue, l'élément principal pour demander la nullité d'une garde à vue ne semble plus être la non assistance d'une personne gardée à vue par un avocat. En effet, bien que cette loi ait inséré dans le code procédure pénale qu' « *en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* »¹⁸¹, la Cour de cassation n'était pas prête à cette époque d'annuler véritablement les gardes à vue litigieuses où l'avocat n'était pas présent. Dans un arrêt du 6 décembre 2011¹⁸², la haute juridiction se bornait à dire que l'aveu obtenu sans l'assistance de l'avocat ne pouvait pas être retenu comme « preuve unique », mais ne fait pas droit à la demande récurrente des avocats de l'annulation pure et simple de cet aveu. Comme le fait remarquer monsieur Bachelet cette solution « *s'agissant [...] de l'exclusion de l'aveu obtenu hors l'assistance d'un avocat en tant que preuve unique de culpabilité, cette règle se révèle insuffisante à remplir son objectif, à savoir éviter qu'une condamnation repose exclusivement sur des déclarations obtenues sous la pression, sans qu'il ait été pleinement respecté le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination* »¹⁸³. Cette solution de la cour de cassation a évolué pour laisser place pendant une courte période à une plus grande souplesse concernant les nullités.

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle garde à vue, les OPJ doivent tout mettre en œuvre afin que la personne en garde à vue qui demande à être assistée d'un avocat puisse l'être. Pourtant, malgré une demande de plus en plus forte de la part des avocats, afin que la garde à vue de la personne qui n'aurait pas pu être assistée par un avocat soit totalement annulée, il semble que la Cour de cassation qui faisait, depuis quelques temps, preuve de souplesse fait marche arrière. Comme le dit le professeur Matsopoulou, « *les hauts magistrats font progressivement marche arrière en restreignant le domaine des nullités susceptibles d'être prononcées en la matière, remettant ainsi en cause le mouvement jurisprudentiel, particulièrement généreux, qui s'est amorcé depuis quelques années et qui prenait de plus en plus d'ampleur* »¹⁸⁴. Pour faire passer cette restriction des nullités auprès des avocats, les magistrats en arrivent à annuler non pas la mesure de privation de liberté en cause mais les auditions litigieuses dont les déclarations auraient été faites sans l'assistance d'un avocat. Comme le disent messieurs Giudicelli et Danet, on peut voir par ce moyen employé par les

¹⁸¹ Art. Préliminaire du code de procédure pénal.

¹⁸² Cass. Crim. 6 décembre 2011 pourvoi n° 11-80326.

¹⁸³ Bachelet O., « Garde à vue : la persistante religion de l'aveu », *Gazette du Palais*, janvier 2012, pp. 7-10.

¹⁸⁴ Matsopoulou H., « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition en garde à vue », *Dalloz*, mars 2012, p. 779.

juges de la Cour de cassation une volonté de restreindre le domaine des actes pouvant être annulés. Pourtant cela pose un réel problème dès lors que « *l'annulation d'un acte n'a d'effets sur les actes subséquents que lorsqu'il en est le support nécessaire [...] des déclarations de culpabilité et des condamnations peuvent toujours intervenir sur le fondement d'autres éléments de preuve que ceux résultant ou découlant des auditions annulées* »¹⁸⁵. Même si les auditions litigieuses sont annulées, il n'est pas certains qu'elles ne serviront pas, tout de même dans le processus d'inculpation de la personne placée, au préalable, en garde à vue.

Le second problème qui se pose en matière de nullité de la garde à vue pour non assistance de l'avocat, c'est en droit dérogatoire de la garde à vue et surtout en matière de terrorisme. En effet, lorsqu'une personne placée en garde à vue pour des faits relevant du terrorisme, le JLD, saisi par le procureur de la République peut décider, soit que l'avocat qui assistera la personne gardée à vue sera désigné par le bâtonnier sur une liste d'avocats habilités, liste établie par le bureau du Conseil national des barreaux sur proposition des conseils de l'Ordre de chaque barreau, soit que l'assistance de l'avocat dans ces affaires relevant du terrorisme sera tout bonnement et tout simplement reporté. Ces deux aspects ne pouvaient que poser problème puisque cela va à l'encontre du droit à l'assistance par un avocat dès les premières heures de la garde à vue énoncé par la loi du 14 avril 2011. Dans le cas de la restriction au libre choix de son avocat par la personne placée en garde à vue pour des faits relevant du terrorisme, le Conseil constitutionnel dans sa question prioritaire de constitutionnalité du 17 février 2012, a jugé qu' « *en l'absence de tout encadrement du pouvoir du juge de priver la personne gardée à vue du libre choix de son avocat, les dispositions contestées sont contraires à la Constitution* »¹⁸⁶, ce qui semble être le cas ici puisque « *les dispositions contestées [...] n'obligent pas le juge à motiver la décision ni ne définissent les circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction et les raisons permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense* »¹⁸⁷.

Dans le cas où le JLD déciderait de reporter tout simplement l'assistance de l'avocat, même si cela peut s'expliquer par la gravité des faits, cela pose également le problème de la valeur des aveux faits par la personne en garde à vue pendant une audition réalisée sans la présence de l'avocat.

Dès lors que l'assistance d'un avocat dès les premières heures de garde à vue a été instaurée

¹⁸⁵ Giudicelli A. et Danet J., « Nullité des gardes à vue non conventionnelles : ménage de printemps à la chambre criminelle », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, avril-juin 2011, pp. 412-414.

¹⁸⁶ Cons. Const. 17 février 2012, QPC n° 2011-223.

¹⁸⁷ *Ibid.*

dans la loi du 14 avril 2011, nous pouvions aisément douter qu'un contentieux naîtrait, puisqu'une telle obligation suppose qu'il y ait des limites auxquelles il faut répondre. C'est le cas lorsqu'une personne gardée à vue avoue être l'auteur de l'infraction alors qu'elle n'a pas été assistée par un avocat et ce pour n'importe quelle raison, puisque dès lors on est en droit de se demander quelle est la valeur de ses aveux.

Si les demandes de nullité des gardes à vue sont de plus en plus nombreuses lorsque l'assistance de l'avocat a été impossible, ces demandes augmentent également lorsque l'on est en présence d'un défaut d'examen médical ou d'un défaut de notification des autres droits de la personne en garde à vue.

B/ Des nullités fondées sur le défaut d'examen médical et l'absence de notification des autres droits de la défense

La loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue a apporté son lot de nouveaux droits en faveur de la personne placée en garde à vue. Parmi ces nouveaux droits se trouve celui de garder le silence. Ce droit appelé aussi droit de se taire permet à la personne gardée à vue de ne pas participer à sa propre incrimination en ne répondant pas aux questions de l'OPJ. Cependant, afin que ce nouveau droit soit sollicité par la personne privée de liberté, encore faut-il qu'elle soit avertie de l'existence d'un tel droit. Or même si cela paraît inconcevable, il existe encore aujourd'hui des OPJ qui « oublient » de notifier ce droit à la personne devant lui. On est alors en droit de se demander quelle est la sanction prévue en cas d'absence de notification du droit de garder le silence ? Il semblerait que le législateur ait prévu, comme sanction, la nullité de la garde à vue. Dans un arrêt du 14 février 2012¹⁸⁸, la Cour de cassation a jugé que dès lors que la personne ne s'est pas vue notifier le droit de se taire par l'OPJ, ses aveux ou incriminations ne peuvent pas être pris en compte puisque comme la Cour le dit « *la méconnaissance des formalités substantielles auxquelles est subordonnée la garde à vue ne peut être invoquée à l'appui d'une demande d'annulation d'acte ou de pièce que par la partie qu'elle concerne* »¹⁸⁹. Même si dans cet arrêt on fait référence également au problème que pose la demande de nullité faite par un tiers¹⁹⁰, ce qui nous intéresse ici c'est le fait que le défaut de notification du droit de garder le silence est sanctionnable. Cependant il apparaît au regard d'un second arrêt de la Cour de cassation en date du 7 mars 2012¹⁹¹, que même s'il « *résulte de l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme que toute personne*

¹⁸⁸ Cass. Crim. 14 février 2012, pourvoi n° 11-84694.

¹⁸⁹ Bachelet O., « La peau de chagrin des nullités », *Gazette du Palais*, mars 2012, p. 17.

¹⁹⁰ Cf. part. 2, chap.2, section 1, §2, B « Un désaccord sur la personne demandant la nullité ».

¹⁹¹ Cass. Crim. 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88118.

placée en garde à vue doit, dès le début de cette mesure, être informée de son droit de se taire et, sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, pouvoir bénéficier, en l'absence de renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat »¹⁹², on ne peut pas appliquer cela aux gardes à vue antérieures à la réforme du 14 avril 2011. En effet dans cet arrêt la Cour de cassation estime que « les actes accomplis en garde à vue dans la présente procédure ne sauraient encourir l'annulation dès lors, qu'ils ont été réalisés conformément à la loi ancienne, de manière régulière, avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle fixée par le Conseil constitutionnel au 1er juillet 2011 [...] »¹⁹³.

Alors que le nouveau droit de garder le silence pose problème lorsqu'il n'a pas été notifié, un ancien droit pourtant bien ancré dans notre procédure pénale française commence également à poser de plus en plus problème. Ce droit c'est celui de l'examen médical. Lorsqu'une personne est placée en garde à vue, l'OPJ en fonction doit lui notifier son droit à être examinée par un médecin. S'il accepte, l'OPJ doit contacter un médecin afin qu'il se présente dans les meilleurs délais. L'article 63-1 du code de procédure pénale précise que le médecin a un délai de trois heures pour se déplacer mais l'article 63-3 du même code prévoit que lorsque la personne gardée à vue veut être examinée par un médecin, l'OPJ doit tout mettre en œuvre afin que cette dernière soit examinée dans les plus brefs délais : « en cas de demande d'un examen médical, les enquêteurs doivent accomplir toutes les diligences nécessaires dans un délais de trois heures, à moins de circonstances insurmontables »¹⁹⁴. Mais une telle obligation posait une question tout aussi importante. En effet, que doit faire l'OPJ lorsque le médecin requis ne vient pas dans le délai imparti ? Comme nous le dit madame Renaud-Duparc, puisque ce n'est pas dans le code de procédure pénale que nous allions trouver la réponse, la jurisprudence devait trouver une solution à cette question. C'est ce qu'elle a fait dans un arrêt du 10 octobre 2012, dans lequel elle a jugé « que lorsqu'un médecin légalement requis pour examiner une personne gardée à vue faisait défaut au terme du délai qu'il avait indiqué, cette carence devait être constatée par l'officier de police judiciaire compétent qui devait alors prendre attache avec un autre médecin pour que celui-ci effectue l'examen médical [...] que l'inexécution de cette nouvelle diligence pouvait, selon les circonstances, constituer, en application des articles 171 et 802 du code de procédure pénale, une nullité dès lors que l'intéressé établissait

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Renaud-Duparc C., « La sanction de l'inertie de l'officier de police judiciaire en cas de carence du médecin requis en garde à vue : pas de nullité sans grief », *AJ Pénal*, 2013, p. 107.

*que la méconnaissance de cette formalité avait porté atteinte à ses intérêts »*¹⁹⁵. Alors qu'il est évident que lorsqu'il s'agit de l'application d'un droit comme celui de se faire examiner par un médecin, l'OPJ compétent doit tout mettre en œuvre pour que celui-ci se fasse dans les meilleurs délais, il était nécessaire de le rappeler. En l'espèce, la Cour de cassation a rejeté la demande de nullité au motif que la personne placée en garde à vue avait fait l'objet d'un examen médical et qu'il n'était pas important que cet examen ait été fait par le médecin requis ou à la clinique.

Même si les demandes de nullités des gardes à vue pour défaut d'examen médical est un contentieux qui prend de plus en plus d'importance, lors de notre stage au sein du Commissariat de Valenciennes nous avons eu l'occasion de nous entretenir avec le Capitaine de police de la brigade des stupéfiants, lequel nous disait à quel point il était compliqué pour les fonctionnaires de police d'avoir les médicaments prescrits par les médecins au cours de la mesure de privation de liberté. En effet, malgré le décret du 25 août 2009¹⁹⁶ qui précise les modalités de prise en charge des frais médicaux pour les personnes en garde à vue et qui permet aux pharmacies de se faire rembourser, de plus en plus de pharmacies refusent de délivrer les médicaments prescrits par le médecin lorsque les OPJ ne présentent pas la carte vitale du gardé à vue. Cela pose un réel problème pour les personnes dont l'état de santé nécessite de prendre rapidement des médicaments¹⁹⁷. Il apparaît évident que les fonctionnaires de police et les gendarmes ne peuvent pas mettre tout en oeuvre pour que la garde à vue de la personne se fasse dans les meilleures conditions.

Alors que les demandes de nullités pour violation des droits de la défense se font de plus en plus nombreuses, ces demandes font l'objet de divergences entre les professionnels. Divergences qui touchent aussi bien le moment où demander la nullité de la mesure de privation de liberté que sur la personne demandant cette nullité.

¹⁹⁵ Cass. Crim. 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-30.131.

¹⁹⁶ Décret n° 2009-1026 du 25 août 2009 relatif à la prise en charge par l'aide médicale de l'Etat des frais pharmaceutique et des soins infirmiers nécessaires à des personnes placées en garde à vue.

¹⁹⁷ On pense notamment aux personnes placées en garde à vue dans le cadre du trafic de stupéfiants, qui doivent prendre des médicaments de substitution à la drogue afin qu'ils ne fassent pas de crises de manque.

§2 : Des divergences sur les demandes de nullités

Les divergences qui concernent la procédure des demandes de nullité peuvent s'expliquer de deux manières : tout d'abord, par l'absence d'accord des professionnels concernant le moment où la demande de nullité peut être faite (A), puis par le désaccord entourant la personne pouvant demander la nullité de la garde à vue (B).

A/ Un désaccord sur le moment où demander la nullité

Les demandes de nullités de la garde à vue ne faisant que se multiplier, on a vu apparaître des divergences de plus en plus fréquentes entre nos juridictions. L'un des premiers désaccords touche en particulier le moment où il convient de demander la nullité de la mesure de privation de liberté. Pour savoir quand exactement demander la nullité de la garde à vue litigieuse il convient de se référer à l'article 385 du code de procédure pénale dans lequel il est précisé que les exceptions de nullité de la procédure doivent, à peine de forclusion, être présentées avant toute défense au fond. La Cour de cassation a, dans un premier arrêt du 22 février 2012¹⁹⁸, cassé la décision de la Cour d'appel de Rennes¹⁹⁹ qui avait fait droit à la demande de nullité d'une audition de garde à vue soulevée pour la première devant la Cour d'appel. Toujours en se basant sur cet article 385 du code de procédure pénale, la Cour de cassation a rappelé dans un second arrêt en date du 13 février 2013²⁰⁰, l'exigence de présenter une demande de nullité d'un acte de procédure avant toute défense au fond. La cour a ainsi jugé qu' « *est irrecevable la demande présentée pour la première fois en appel, tendant à l'annulation de procès-verbaux d'auditions de garde à vue aux motifs du défaut d'assistance par un avocat et de l'impossibilité d'avoir pu saisir le tribunal de ces exceptions, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation étant postérieure à la date de*

¹⁹⁸ Cass. Crim. 22 février 2012, pourvoi n° 11-82786.

¹⁹⁹ CA Rennes le 24 janvier 2011.

²⁰⁰ Cass. Crim. 13 février 2013, pourvoi n° 12-84.311.

l'audience de jugement »²⁰¹.

Bien que cette jurisprudence soit déjà bien ancrée, il faut faire une distinction selon que les faits aient donné lieu ou non à une phase d'instruction. En effet, comme nous le disent messieurs Giudicelli et Danet si les faits ont donné lieu à l'ouverture d'une information « *en application de l'article 173-1 du code de procédure pénale, à peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen doit se prévaloir des nullités entachant les actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution dans les six mois au plus à compter de la mise en examen* »²⁰². Cette solution laisse une marge de manœuvre assez importante pour la personne qui veut soulever l'irrégularité et donc la nullité de la garde à vue, tenant souvent au défaut d'assistance par un avocat. Lorsque les faits n'ont pas donné lieu à une instruction préparatoire, la différence tient à ce que « *la nullité d'un acte de l'enquête peut être soulevée in limine litis, avant toute défense au fond, devant la juridiction de jugement [...]* »²⁰³. Il faut cependant remarquer, que se soit dans le premier cas ou le second cas, il n'est nullement question de la nullité de la garde à vue dans son ensemble mais seulement de la nullité de l'une des auditions de cette mesure de privation de liberté.

La divergence ici se fait surtout entre la Cour de cassation et la Cour d'appel. Alors que la Cour de cassation fait preuve d'une certaine fermeté à l'encontre des demandes de nullités, afin certainement de protéger le travail des enquêteurs et de ne pas permettre une perversion de ce travail, la Cour d'appel ferait plutôt preuve de clémence, puisqu'elle autorise régulièrement les demandes de nullités présentées devant elles pour la première fois et ce au risque de violer l'article 385 du code de procédure pénale.

Alors qu'on est en droit de se demander si les désaccords entre la Cour de cassation et la Cour d'appel, sur le moment où demander la nullité de la garde à vue, sont véritablement fondés, d'autres divergences font leur apparition concernant la personne pouvant demander cette nullité. Désaccord qui semble bel et bien fondé au regard de la jurisprudence sur les demandes de nullité faites par un tiers.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Giudicelli A. et Danet J., « Nullité des gardes à vue non conventionnelles : ménage de printemps à la chambre criminelle », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, avril-juin 2011, pp. 412- 414.

²⁰³ *Ibid.*

B/ Un désaccord sur la personne demandant la nullité

Lorsque l'on sait que la garde à vue est une mesure de privation de liberté à l'égard d'une personne contre laquelle il existe des éléments tendant à prouver qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, il est alors logique de se dire que la demande de nullité soit faite par la personne qui a fait l'objet de cette garde à vue ou par l'intermédiaire de son avocat. Pourtant, depuis maintenant quelques mois on a vu se développer un contentieux un peu particulier, puisque de plus en plus de personnes demandent la nullité de la garde à vue alors que ce n'est pas elles qui l'ont subie. En effet, de nombreuses demandes d'annulation se font par des tiers. Si d'une certaine manière cela peut paraître étrange car la garde à vue est une mesure de privation de liberté qui est personnelle, cet accroissement des demandes de nullité par un tiers peut s'expliquer par certains aspects, comme par exemple, le fait de se faire incriminer par une personne en garde à vue. Dans ce cas, là on peut comprendre que la personne incriminée cherche tous les moyens pour faire annuler cette garde à vue, surtout lorsqu'elle se rend compte que pendant cette garde à vue litigieuse certains droits de la défense n'ont pas été respectés. Alors qu'au début la Cour de cassation rejetait purement et simplement les demandes de nullités faites par un tiers, sa position s'est quelque peu atténuée par deux arrêts. Dans le premier arrêt en date du 6 septembre 2006²⁰⁴, les juges de la Cour de cassation ont estimé que la requête d'un tiers pouvait être admise dès lors que « *cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts* »²⁰⁵. Cette position faisait l'objet de précisions dans un second arrêt en date du 31 mai 2007²⁰⁶, dans lequel la Cour de cassation disait que le « *demandeur doit préciser en quoi l'irrégularité a porté atteinte à ses intérêts* »²⁰⁷. Cet accès de clémence de la part de la Cour de cassation peut s'expliquer puisqu'effectivement lorsque la personne en garde à vue à qui ses droits n'ont pas été notifiés, incrimine une tiers personne, il paraît nécessaire que cette personne puisse demander la nullité de la procédure en question.

²⁰⁴ Cass. Crim. 6 septembre 2006, pourvoi n° 06-84.869.

²⁰⁵ Pradel J., « Limitation des effets de la nullité d'un acte de procédure à la seule personne concernée », *La semaine juridique*, avril 2012, p. 485.

²⁰⁶ Cass. Crim 31 mai 2007, pourvoi n° 07-80.928

²⁰⁷ Pradel J., « Limitation des effets de la nullité d'un acte de procédure à la seule personne concernée », *La semaine juridique*, avril 2012, p. 485.

Mais cela pose un problème conséquent, celui de la fertilisation des procédures pénales. Bien qu'il soit évident qu'il faille protéger les droits de la défense, il ne faut pas non plus oublier que des enquêtes doivent être menées dès lors qu'il y a une infraction et qu'il ne faudrait pas mettre encore plus d'obstacles en travers du chemin des enquêteurs.

Alors que dans ces différentes décisions, les juges de la Cour de cassation faisaient preuve d'une plus grande clémence envers les demandes de nullités formées par un tiers, que dans le passé, un arrêt de la Cour de cassation du 14 février 2012²⁰⁸ est venu mettre fin à cette période de clémence. Comme le fait remarquer le professeur Pradel, ce revirement de jurisprudence peut en étonner certains, nul doute que ce retour à une jurisprudence antérieure sera très apprécié car « *il ne faut pas, sans une impérieuse nécessité, fragiliser les procédures qui souvent portent sur des affaires bien plus graves que celle ayant abouti à l'arrêt du 14 février 2012 où il s'agissait de vols de bouteilles et de quelques autres objets* »²⁰⁹.

Un tel retour en arrière est félicité par de nombreux professionnels, comme monsieur Boccon-Gibod qui se base sur le fait que « *les droits dont bénéficie une personne gardée à vue sont attachés à sa seule personne* »²¹⁰. Il se concentre surtout sur les deux droits dont le défaut est le plus souvent invoqué dans le cadre d'une demande en nullité faite par un tiers. Ces droits sont tout d'abord le droit au silence et ensuite, le droit à l'assistance effective d'un avocat. Pour le premier, il dit que « *la notification du droit de se taire a pour unique objet d'empêcher l'auto-incrimination de la personne gardée à vue* »²¹¹, ce qui suppose dans ce cas que l'incrimination d'une tierce personne ne rentre pas dans le cadre de ce droit. Et pour le second, il précise que « *le droit à l'assistance effective d'un avocat a de même pour objet [...] d'assurer un équilibre entre les droits de la défense et ceux de la puissance publique portant une accusation et infligeant une mesure privative de liberté* »²¹² et qu' « *en aucun cas cette assistance effective par un avocat ne saurait se justifier pour la défense d'une personne autre que la personne gardée à vue [...]* »²¹³, ce qui veut donc dire que l'assistance d'un avocat ne concerne que la défense de la personne placée en garde à vue et non pas la tiers personne qui se voit incriminé par les dires du gardé à vue.

De nombreux professionnels semblent d'accord avec cette nouvelle position de la Cour de cassation, rejetant les demandes de nullités formulées par un tiers, mais nul doute que cela va

²⁰⁸ Cass. Crim. 14 février 2012, pourvoi n° 11-84.694.

²⁰⁹ Pradel J., « Limitation des effets de la nullité d'un acte de procédure à la seule personne concernée », *La semaine juridique*, avril 2012, p. 485.

²¹⁰ Boccon-Gibod D., « Sur l'irrégularité de la garde à vue invoquée par un tiers », *Dalloz*, 2012, p. 775.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

continuer à créer des contestations.

En ce qui concerne les demandes de nullités de la garde à vue de nombreuses divergences ont fait leur apparition notamment concernant le sort des nullités demandées par des tiers ou le sort de celles demandées pour violation des droits de la défense. Et bien que ces divergences ne soient pas encore réglées, une nouvelle difficulté fait son entrée, celle de la garde à vue d'un étranger en situation irrégulière.

Section 2 : Le problème toujours plus présent de la garde à vue d'un étranger en situation irrégulière

Le contentieux qui se fait de plus en plus important est celui de la garde à vue d'un étranger en situation irrégulière, ce qui peut paraître étrange puisqu'une solution a déjà été apportée par le droit européen (Paragraphe 1). Cette difficulté dont la solution a été apportée par le droit européen et notamment la CJUE semble nous diriger vers la fin d'une saga pénale qui avait fait l'objet de nombreux désaccords (Paragraphe 2).

§1 : Une difficulté pourtant résolue par le droit européen

La difficulté principale de la garde à vue d'un étranger en situation irrégulière était qu'elle tenait uniquement sur ce seul chef d'accusation qui n'entraînait pourtant pas comme sanction une peine d'emprisonnement. C'est pour cette raison que dès le départ le droit européen a déclaré impossible le placement en garde à vue d'un étranger en situation irrégulière pour ce seul chef d'accusation (A), décision qui a été honorée par la France un peu plus tard (B).

A/ Droit européen : déclaration de l'impossibilité de placer en garde à vue un étranger en situation irrégulière pour ce seul chef d'accusation

La garde à vue comme mesure de privation de liberté est applicable à tout français et à toute personne se trouvant sur le territoire français. Pourtant lorsque l'on mentionne toutes les personnes se trouvant sur le territoire français, il faut y mettre une atténuation en ce qui concerne les étrangers en situation irrégulière. En effet, depuis un certain temps maintenant, un contentieux a fait son apparition en ce qui concerne la possibilité de les placer en garde à vue. De nombreux professionnels du droit en sont venus à se demander si des étrangers en situation irrégulière en France pouvaient être placés en garde à vue pour ce seul chef d'accusation. Normalement la garde à vue n'est permise que lorsqu'une infraction a été commise et que cette infraction est sanctionnée d'une peine de d'emprisonnement. Or un étranger en situation irrégulière ne risque pas une peine de prison, il risque d'être reconduit tout simplement à la frontière. Il semblerait alors logique dans ce cas là, qu'ils ne fassent pas l'objet d'une garde à vue. Cependant force est de constater que cette logique n'est pas reprise par tout le monde.

Fort heureusement le droit européen partage cette idée puisque la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) a jugé dans deux arrêts qu'un tel placement en garde à vue pour le seul chef d'accusation de séjour irrégulier sur le territoire était impossible. C'est dans un premier arrêt El Dridi du 28 avril 2011²¹⁴, que la CJUE a recommandé pour la première fois « *la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement [des citoyens non ressortissants d'un Etat de l'Union en situation irrégulière sur le territoire de celle-ci] basée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité* »²¹⁵. Cette solution a été réaffirmée dans un second arrêt du 6 décembre 2011 dans l'affaire Achughbabian²¹⁶. Alors que la France semblait ne pas savoir vraiment si elle pouvait ou non placer en garde à vue un étranger en situation irrégulière, le droit européen a très tôt donné une solution à cette problématique. Afin de donner cette solution le droit européen s'est basé sur le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)²¹⁷ et notamment sur la directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des

²¹⁴ CJUE 28 avril 2011 *affaire Hassen El Dridi* n° C-61/11 PPU.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ CJUE le 6 décembre 2011 *affaire Alexandre Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne* n° C-329/11.

²¹⁷ Art. L.621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier²¹⁸.

Après avoir jugé qu'un étranger en situation irrégulière sur le territoire français ne pouvait pas être placé en garde à vue pour ce seul chef d'accusation, le législateur français ne pouvait pas faire autrement que de s'aligner à cette solution. Pourtant cet alignement ne s'est pas fait tout de suite et l'hésitation a été longue au vu de toute la jurisprudence de la France en la matière. Mais fort heureusement cette décision a été honorée par les juridictions françaises.

B/ Une décision honorée par la France au regard de la procédure pénale française

La décision de la CJUE, de refuser le placement en garde à vue d'un étranger en situation irrégulière pour ce seul chef d'accusation a très vite été honorée par la France. Alors que pour certains cette impossibilité de placer en garde à vue un étranger en situation irrégulière pour ce seul chef d'accusation peut paraître étrange, pour d'autres elle est logique au regard de la procédure pénale française. Pour comprendre les deux positions il faut se référer à l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2011²¹⁹, arrêt qui a été primordial pour la prise de décision par la France. Si cette impossibilité peut paraître quelque peu étrange c'est parce qu'« *il serait porté atteinte à l'objectif de la directive n° 2008/115/CE, à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'il était impossible pour les Etats membres d'éviter, par une privation de liberté telle qu'une garde à vue, qu'une personne soupçonnées de séjour irrégulier s'enfuit avant même que sa situation n'ait pu être clarifiée* »²²⁰. En effet, sans mesure de contrainte une personne peut s'enfuir surtout lorsqu' l'on sait que la personne en situation irrégulière risque d'être renvoyée dans son pays²²¹. Même s'il apparaît très clairement qu'il est nécessaire d'avoir un moyen pour retenir une personne en situation irrégulière, il est également évident pour le droit français que la garde à vue n'est pas le meilleur moyen. Comme le souligne le professeur Slama, il y a trois éléments qui tendent à dire que la gare à vue n'est pas légale en France pour la seule infraction de séjour irrégulier. Tout d'abord on remet en cause la durée de la garde à vue qui peut aller jusqu'à quarante-huit

²¹⁸ Directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, dite « directive retour », relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

²¹⁹ CJUE le 6 décembre 2011 *affaire Alexandre Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne* n° C-329/11.

²²⁰ Slama S., « Épilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *Dalloz*, 2012, p. 2001.

²²¹ Le plus souvent lorsqu'une personne est en situation irrégulière c'est parce qu'elle a fuit son pays d'origine pour différentes raisons. Elle ne souhaite donc pas y retourner ainsi il arrive souvent qu'elle préférée de nouveau fuir que d'être renvoyée dans son pays lorsqu'elle se fait arrêter.

heures et qui de ce fait serait beaucoup trop longue pour une telle infraction « *en premier lieu, la garde à vue ne dure pas une période brève mais raisonnable mais 24 voire même 48 heures* »²²². Ensuite ce qui pose problème c'est que dans le code de procédure pénale il est expressément dit que la garde à vue ne peut être encourue que pour des personnes soupçonnées d'avoir commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement. Or l'infraction de séjour irrégulier n'est pas punissable d'une peine de prison mais d'une reconduite à la frontière comme le souligne l'article L.621-1 de la directive du 16 décembre 2008²²³. De ce point de vue la garde à vue française pour séjour irrégulier ne semble pas légale « *en second lieu, dans le code de procédure pénale, aussi bien avant qu'après la réforme issue de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, pour qu'une personne puisse être gardée à vue, il faut qu'elle soit soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre un crime ou un délit passible d'une peine d'emprisonnement. Or la Cour de justice avait expressément privé les gardes à vue pour séjour irrégulier de fondement légal en constatant la contrariété de l'article L.621-1 à la directive n° 2008/115/CE dès lors que la décision de retour a été édictée* »²²⁴. Enfin, la dernière raison invoquée par la France afin de démontrer que la garde à vue n'est pas possible pour un étranger en situation irrégulière, c'est que la garde à vue n'est prévue que pour permettre de mener des investigations pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement et non d'organiser le retour à la frontière d'un étranger. L'organisation d'un retour à la frontière étant un acte administratif, cela relevé donc du droit administratif et non de la procédure pénale « *en troisième et dernier lieu, la finalité des gardes à vue en droit français n'est pas d'identifier un irrégulier et d'organiser administrativement son retour, mais doit être l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs fixés par l'article 62-2, c'est-à-dire mener des investigations à propos d'un crime ou d'un délit punissable d'une peine de prison* »²²⁵.

Alors qu'une majorité de la doctrine reconnaissait dès le départ la logique de la décision du droit européen d'écartier les gardes à vue pour la seule infraction de séjour irrégulier, il aura fallu attendre un peu plus longtemps pour que les juridictions françaises se montent d'accord. Pendant plusieurs mois les juridictions judiciaires françaises ont systématiquement rejeté toutes les demandes de nullité de la garde à vue d'un étranger en situation irrégulière, alors que la logique aurait voulu qu'elle soit dans le même état d'esprit que la doctrine. Il a fallu

²²² Slama S., « Épilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *Dalloz*, 2012, p. 2001.

²²³ Directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, dite « directive retour », relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

²²⁴ Slama S., « Épilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *Dalloz*, 2012, p. 2001.

²²⁵ *Ibid.*

attendre un premier arrêt de la Cour de cassation en date du 5 juin 2012²²⁶ pour voir les juges rendre un avis conforme à la décision du droit européen « *une telle mesure ne peut être décidée dès lors que la peine d'emprisonnement prévue par l'article L.621-1 est, hors le cas où l'étranger en situation irrégulière a été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de la directive retour [...] »*²²⁷. Cet avis rendu par la Cour de cassation ouvrait la voie aux décisions à venir. En effet, suite à cet avis, les juges de la chambre criminelle ont rendu le même jour trois arrêts dans lesquels ils évoquaient l'impossibilité d'un placement en garde à vue pour le seul chef d'accusation de séjour irrégulier, tout en laissant la faculté aux OPJ de placer un étranger en situation irrégulière en garde à vue mais dans un seul cas « *il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que la directive n° 2008/115/CE s'oppose à une réglementation nationale réprimant le séjour irrégulier d'une peine d'emprisonnement, en ce que cette réglementation est susceptible de conduire, pour ce seul motif, à l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers, lorsque ce dernier, non disposé à quitter le territoire national volontairement, soit n'a pas été préalablement soumis à l'une des mesures coercitives prévues à l'article 8 de cette directive, soit à déjà fait l'objet d'un placement en rétention, mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure »*²²⁸. Dans ces trois arrêts du 5 juillet 2012²²⁹, la Cour de cassation laisse tout de même la possibilité aux officiers de police judiciaire de placer en garde à vue un étranger en situation irrégulière qui ne souhaiterait pas quitter le territoire français et qui ne serait pas arrivé au terme du nombre légal d'une des mesures coercitives auxquelles il a été soumis.

Avec ce sacrement de la décision de la CJUE déclarant impossible le recours à une garde à vue pour le seul chef d'accusation de séjour irrégulier il semble que la France ait mis fin à une saga pénale présente depuis longtemps et qui a fait l'objet de nombreuses critiques.

§2 : Vers la fin d'une saga pénale sujette à caution

Il fallait que cette saga pénale prenne fin au plus vite et pour ce faire il était nécessaire que le législateur français trouve une solution (A), cette solution se trouve être la rétention

²²⁶ Cass. Crim 5 juin 2012, avis n° 9002.

²²⁷ Levade A., « Avis d'inconditionnalité sur la garde à vue des étrangers en situation irrégulière », *La semaine juridique*, juin 2012, p. 735.

²²⁸ 1ère Civ. 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.530 « Étranger en situation irrégulière : conditions de la garde à vue », *Dalloz*, 2012, p. 2001.

²²⁹ 1ère Civ. 5 juillet 2012 pourvoi n° 11-30.530 ; 1ère Civ. 5 juillet 2012 pourvoi n° 11-30.371 ; 1ère Civ. 5 juillet 2012 pourvoi n° 11-19.250.

administrative qui est aussi la plus appréciée (B).

A/ La nécessité pour le législateur français de trouver une solution

Maintenant que la garde à vue a été écartée aussi bien par le droit européen que par le droit français, en matière de séjour irrégulier d'un étranger, il faut désormais trouver une alternative afin de retenir cette personne.

Il paraît évident que l'on ne peut pas laisser un étranger en situation irrégulière sur le territoire français sans le retenir. Lorsqu'une personne est en situation irrégulière sur le territoire français, même si ce n'est pas une infraction punie d'une peine d'emprisonnement, c'est tout de même une infraction. La sanction de la situation irrégulière c'est la reconduite à la frontière de la personne, mais entre la période où la personne est arrêtée et le temps de la reconduite, que fait-on de celle-ci ? Il paraît évident qu'un étranger en situation irrégulière ne peut pas être tout bonnement et simplement relâché, avant d'être reconduit à la frontière, sans quoi ce dernier s'enfuiera une nouvelle fois afin de ne pas retourner dans son pays d'origine.

Alors que certains auteurs pensent que la meilleure solution se trouve dans la garde à vue, pour d'autres, cette solution a été écartée par les juridictions françaises au motif qu'elle ne serait pas légale au vu du nombre d'heures beaucoup trop important et au regard de l'obligation d'un délit ou d'un crime puni d'une peine d'emprisonnement pour placer en garde à vue. Que reste-t-il comme option au législateur français pour remédier à l'absence de mesures coercitives ? La solution la plus envisagée et la plus appréciée a été reprise par de nombreux auteurs, cette solution se trouve être la rétention administrative.

Il était nécessaire pour le législateur français de trouver une solution pour remplacer la garde à vue dans le cas d'un étranger en situation irrégulière puisque ce moyen a été écarté par les juridictions françaises. La solution alors la plus appréciée semble être la rétention administrative.

B/ La solution la plus appréciée : la rétention administrative

Les juridictions françaises ayant déclaré le placement en garde à vue d'un étranger en situation irrégulière impossible, il était nécessaire pour le législateur français de trouver une alternative permettant de retenir ce dernier le temps de le reconduire à la frontière. La doctrine est très vite tombée d'accord sur le moyen à adopter, la rétention administrative. Il fallait

trouver une mesure de privation de liberté ne durant pas trop longtemps mais suffisamment tout de même pour permettre la reconduite de l'étranger la frontière. C'est dans le projet de loi du 28 septembre 2012²³⁰ qu'est véritablement apparue la volonté du législateur de substituer la garde à vue par la retenue administrative. Ce projet de loi apporte deux nouveautés la première, celle qui nous intéresse le plus, la rétention administrative et une seconde qui se trouve être la suppression du délit de solidarité. En ce qui concerne tout d'abord le délit de solidarité le projet de loi explique qu'il « *supprime le délit de solidarité, c'est-à-dire le risque, pour les membres des associations d'aide aux immigrés ou les simples particuliers, de se voir mis en examen pour aide au séjour irrégulier, au même titre que les organisateurs de filières d'immigration clandestine* »²³¹. Avec cette suppression le projet de loi permet aux associations de s'investir un peu plus dans le soutien aux étrangers en situation irrégulière tout en étant pas assimilées aux « passeurs » de clandestins.

Mais la véritable avancée de ce projet de loi c'est de remplacer la garde à vue par la rétention administrative pour les étrangers en situation irrégulière, « *il institue une retenue administrative pour vérification de situation d'une durée maximum de 16 heures, qui se substitue à la garde à vue et qui est d'une durée inférieure à celle-ci* »²³². Cette solution découle directement des différents arrêts de la Cour de cassation en date du 5 juillet 2012, qui font eux-mêmes échos à la jurisprudence de la CJUE²³³.

Aujourd'hui la rétention administrative est prévue à l'article L. 551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Alors qu'une autre solution avait été apportée par certains auteurs, tenant en la faculté pour les OPJ d'auditionner l'étranger en situation irrégulière, sans le placer en garde à vue, celle-ci venait poser problème comme le souligne monsieur Maron et madame Haas « *l'audition sans placement en garde à vue est juridiquement concevable mais suppose, conformément à l'article 73 du Code de procédure pénale, que la personne n'a pas été conduite par la force publique sous la contrainte devant un officier de police judiciaire* »²³⁴, ce cas de figure étant extrêmement rare on se demande comment les OPJ pourraient mettre en application une telle solution. Même si cette audition libre est envisageable en théorie, en pratique elle pose un gros problème puisqu'il ne faut pas que l'étranger ait été contraint à suivre l'OPJ pour la

²³⁰ Cons. min. projet de loi du 28 septembre 2012.

²³¹ « Étrangers en situation irrégulière : pas de garde à vue, mais une retenue administrative de 16 heures », *La semaine juridique*, octobre 2012, p. 1105.

²³² *Ibid.*

²³³ Ces différents arrêts ont été étudié précédemment dans le paragraphe 1, B « Une décision honorée par la France au regard de la procédure pénale française ».

²³⁴ Maron A. et Haas M., « La garde à vue est étrangère aux étrangers », *Droit pénal*, septembre 2012.

vérification de son identité, ce qui, il faut bien l'avouer est très rare.

Il ne restait donc plus que la rétention administrative qui semble dépourvue de tout inconvénient et pourtant un ennui est apparu au fil du temps. Ce problème c'est la possibilité de prolonger la rétention administrative au delà de son délai légal qui est de 16 heures, en se basant sur le modèle de la garde à vue. Cet ennui a été soulevé pour la première fois dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 mai 2013²³⁵. Dans cette affaire, la Cour de cassation a accepté la prolongation de la rétention administrative.

Alors que la rétention administrative apparaît comme la meilleure solution pour remplacer la garde à vue devenue impossible pour un étranger en situation irrégulière, celle-ci commence néanmoins à poser quelques problèmes.

Conclusion de la deuxième partie :

Deux ans après l'arrivée de la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue, nous avons le recul nécessaire pour faire un bilan. Alors que l'apparition de cette réforme, avec son lot de changement, était annoncée comme une grande avancée modifiant dans son ensemble la procédure pénale française, force est de constater que le bilan que nous pouvons faire est plus que mitigé. De nouveaux problèmes ont fait leur apparition, du fait du manque de précisions,

²³⁵ 1ère Civ. 15 mai 2013 pourvoi n° 12-16.082.

de clarté de cette loi. Ces nouvelles difficultés loin de trouver des solutions convenables n'ont fait que s'amplifier avec le temps, tel que le conflit entourant l'accès à l'intégralité des pièces du dossier pour l'avocat, qui ne fait que prendre de l'ampleur au fil des mois. Ces désaccords de plus en plus nombreux ont entraîné la venue d'un contentieux de plus en plus important, celui des nullités des gardes à vue.

CONCLUSION

La loi du 14 avril 2011 s'annonçait déjà comme une réforme spectaculaire qui allait complètement révolutionner notre procédure pénale et plus précisément notre garde à vue française. Mais force est de constater que ce ne fut pas vraiment le cas, pire même cette réforme fut décevante pour bon nombre de professionnels. En effet, qu'ils soient fonctionnaires de police, gendarmes, avocats ou même magistrats, tous sont unanimes sur le fait que cette réforme n'était pas celle qu'ils attendaient. Cette déception se comprend

aisément surtout du point de vue des avocats, puisqu'ils espéraient voir un véritable rôle de défenseur dans le cadre de la garde à vue, mais le législateur en a décidé autrement. Nous sommes en droit de nous demander si cette réforme n'a pas été faite dans le seul but de contenter la CEDH afin de ne plus être condamné, mais pas dans l'objectif de véritablement protéger les droits de la défense comme le droit européen le souhaitait.

Deux ans après la réforme de la garde à vue, il nous apparaissait nécessaire de faire un bilan de cette réforme. Alors que nous pensions que deux ans après la loi du 14 avril 2011 la plupart des problèmes auraient été réglés, il n'en n'est rien. En effet, dès son arrivée, la nouvelle garde à vue a posé un certain nombre de difficultés que nous pensions dues au démarrage. Nous imaginions qu'en deux ans le législateur aurait eu tout le loisir de changer ce qui n'allait pas dans la garde à vue de 2011, mais ce n'est pas le cas, pire encore de nouveaux problèmes ont fait leur apparition. Au vu du nombre de difficultés grandissant dans la nouvelle garde à vue, il apparaît nécessaire pour le législateur d'opérer un changement en profondeur des institutions. Mais le véritable problème n'est-il pas que le législateur tient à ses institutions et ne veut pas les changer ? À l'heure où le droit européen tient une place prépondérante dans le droit national est-il judicieux pour le législateur français de faire preuve d'autant de fermeture d'esprit à l'égard du changement ?

Si nous pensons que l'une des peurs du législateur est de toucher à nos institutions c'est parce que lors de plusieurs entretiens avec le commissaire Gallo²³⁶ nous nous sommes rendus compte que la réforme de la garde à vue, comme le voudrait la CEDH signifierait certainement passer d'un système inquisitoire tel que nous le connaissons en droit français, à un système accusatoire comme aux Etats-Unis. Le système inquisitoire est celui que nous connaissons dans notre droit pénal. En effet, dans notre droit contemporain, la procédure est inquisitoire lorsque le juge exerce un rôle prépondérant dans la conduite de l'instance et dans la recherche des preuves, ce qui est le rôle du juge d'instruction, en droit pénal. De manière historique la procédure inquisitoire était écrite, secrète et non contradictoire, mais ce dernier point ne pouvait pas rester d'actualité en droit français, notamment avec la volonté de plus en plus accrue de protéger les droits de la défense, ce qui ne peut que passer par le caractère contradictoire du procès. Si aujourd'hui notre procédure est dite inquisitoire c'est grâce à la présence du juge d'instruction.

²³⁶ Entretiens réalisés dans le cadre d'un précédent stage au sein du Commissariat de Valenciennes en janvier 2012 et dans le cadre de notre dernier stage au sein de ce même Commissariat en mai-juin 2013.

La procédure accusatoire, telle qu'elle est aux Etats-Unis, est une procédure qui est orale, publique et contradictoire. Cette procédure longtemps jugée comme archaïque a pourtant été conservée par les pays anglo-saxons comme l'Angleterre et les Etats-Unis. Dans ces pays, il n'existe pas de juge d'instruction et les avocats ont un rôle très important que ce soit lors du procès ou lors de la détention dans les locaux de la police.

À l'aube de la nouvelle garde à vue nous pensions que si le législateur voulait véritablement se mettre en conformité avec les exigences du droit européen, il devrait certainement faire passer sa procédure d'inquisitoire à accusatoire, donc faire disparaître le juge d'instruction, qui est une institution très importante de notre procédure pénale française. Nous pensions qu'avec le temps le législateur procéderait par étape pour passer à cette procédure accusatoire en douceur. Mais nous sommes obligés de constater que deux ans après la mise en place de la nouvelle garde à vue, rien n'a bougé. Le législateur n'a touché à rien, il semble même avoir limité davantage les nouveaux droits apportés par la loi du 14 avril 2011. Donc loin de vouloir faire avancer les choses il semble au contraire que le législateur face marche arrière. Nous nous demandions l'année dernière si le législatrice était prêt à modifier en profondeur la procédure pénale française. La réponse que nous pouvons donner aujourd'hui est négative.

Le bilan que nous faisons aujourd'hui nous amené à nous demander si le législateur est conscient que dans un avenir proche s'il ne fait pas quelque chose pour se mettre en conformité avec la volonté de la CEDH, il y a de fortes chances pour que la France soit une fois de plus condamnée par le droit européen. Le premier bilan de la nouvelle garde à vue loin d'être positif est très mitigé voire négatif au regard de toutes les limites qu'il a posées à tous les nouveaux droits apportés par la loi du 14 avril 2011.

BIBLIOGRAPHIE

I/ Ouvrages généraux

- Code pénal, éd. Dalloz, 2012
- Code de procédure pénale, éd. Dalloz, 2012
- Code des douanes, éd. Dalloz, 2012
- Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, éd. Dalloz, 2012

II/ Articles de doctrine

- ALIX J. « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspective », *rec. Dalloz*, 2011, p. 1699

- ALLAIN E. « L'assistance en garde à vue, un travail forcé? », *AJ Pénal*, 2013, p. 119
- ASCENSI L. « L'accès de l'avocat aux pièces du dossier pendant la garde à vue », *AJ Pénal*, 2013, p. 50
- BACHELET O. « Garde à vue : la persistante religion de l'aveu », *Gazette du Palais*, janvier 2012, pp. 7-10
 - « Garde à vue et avocat : la nullité n'est plus celle que l'on croit », *Gazette du Palais*, février 2012, pp. 18-20
 - « La peau de chagrin des nullités », *Gazette du Palais*, mars 2012, p. 17
 - « QPC : ordre de comparution et audition libre, bis repetita (non) placent », *Gazette du Palais*, juillet 2012, p. 17
 - « Dignité, sûreté et équité : la garde à vue à la croisée des chemins », *Gazette du Palais*, septembre 2012, p. 19
 - « Garde à vue : confirmation de l'accès limité de l'avocat au dossier », *Gazette du Palais*, octobre 2012, p. 10
- BELFANTI L. « Inconstitutionnalité de la dérogation au principe de l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires fondée sur la criminalité organisée ou le terrorisme », *Gazette du Palais*, juin 2012, p. 18
- BOCCON-GIBOD D. « Sur l'irrégularité de la garde à vue invoquée par un tiers », *rec. Dalloz*, 2012, p. 775
- BOUDOT J. et GRAZZINI B. « La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique », *AJ Pénal*, 2012, p. 52
- BOULOC B. « Le sort des gardes à vue avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 », *AJ Pénal*, 2012, p. 222
- BRIAND L. « Le statut constitutionnel de la profession d'avocat », *Gazette du Palais*, mai 2012, p. 12
- CHARLOT P., BRIFFA H. ET LEPRESLE A. « Intervention du médecin en garde à vue : contenu du certificat médical et de ses à-côtés », *AJ Pénal*, 2012, p. 521
- COURTIN C. « L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires du suspect », *AJ Pénal*, novembre 2010, p. 473
 - « Inconstitutionnalité du défaut d'enregistrement des interrogatoires en matière de criminalité organisée », *rec. Dalloz*, 2012, p. 1376
- DALLES B. « La réforme de la garde à vue : effets et perspectives pour le praticien », *Gazette du Palais*, mars 2012
- DESPREZ F. « Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation

par la Cour européenne des droits de l'homme », *rec. Dalloz*, 2012, p. 2640

- DUPIC E. « Perspectives pour l'audition pendant la phase d'enquête policière : vers la fin de la garde à vue? », *Gazette du Palais*, mars 2012, p. 7

- FOURMENT F. « L'enquête de police judiciaire : Garde à vue et médecin en vue », *Gazette du Palais*, février 2013, p. 41

- GAGNOUD P. et ROBERT L. « Réforme de la garde à vue : évolution ou révolution? », *Gazette du Palais*, mai-juin 2011, pp. 1394-1398

- GIRAULT C. « Garde à vue : accès limité au dossier de procédure », *rec. Dalloz*, 2012, p. 2640

- GIUDICELLI A. et DANET J. « Procédure pénale : Enquête », *Rev. de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, avril-juin 2011, pp. 410-415

- « Procédure pénale : Enquête », *Rev. de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2011, pp. 139-147

- GOGORZA A. « Arrestation et garde à vue : des fondements et de la régularité des interpellations pendant la phase policière », *Droit pénal*, octobre 2012

- INCHAUSPE D. « La présomption d'innocence, une idée fausse? », *Gazette du Palais*, juillet 2012, p. 9

- LELIEUR J. « L'accroissement du rôle du parquet dans la garde à vue », *AJ Pénal*, novembre 2010, pp. 438-487

- LIENARD L-F. « L'avocat et la garde à vue : le malaise », *Gazette du Palais*, mars 2012, p. 14

- LEROY J. « La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue : une décision dérangeante », *Rev. Droit pénal*, janvier 2012, pp. 22-25

- LESCLOUS V. « Un an de droit de la garde à vue (1er juin 2010 – 1er juin 2011) », *Rev. Droit pénal*, septembre 2011, pp. 40-48

- LEVADE A. « L'impossibilité de la garde à vue des étrangers en situation irrégulière : une polémique juridique peut en cacher une autre! », *Semaine Juridique éd. Gén.*, août 2012, p. 895

- « Avis d'inconstitutionnalité sur la garde à vue des étrangers en situation irrégulière », *Semaine Juridique éd. Gén.*, juin 2012, p. 735

- MARAIS D. « Point de vue d'un avocat sur la réforme de la garde à vue : insatisfaisant », *rec. Gazette du Palais*, mai-juin 2011, pp. 1353-1355

- MARON A., ROBERT J-H. ET VERON M. « Droit pénal et procédure pénale », *Semaine Juridique éd. Gén.*, mars 2012, p. 341

• MARON A. et HAAS M. « Périil de mort, avocat et garde à vue », *Droit pénal*, mars 2012, p. 44

« La garde à vue est étrangère aux étrangers (suite) », *Droit pénal*, septembre 2012, p. 124

• MATHON C. « Un étranger en situation irrégulière peut-il toujours être placé en garde à vue en application de l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile? », *rec. Dalloz*, 2012, p. 1997

• MATSOPOULOU H. « Une réforme inachevée », *Semaine Juridique éd. Gén.*, mai 2011, pp. 908-912

« Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *rec. Dalloz*, décembre 2011, pp. 3034-3039

« Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition en garde à vue », *rec. Dalloz*, 2012, p. 779

• MIANSONI C. « L'initiative du placement en garde à vue », *AJ Pénal*, 2012, p. 517

• MIGNAUX J. « Vers la recherche d'un équilibre entre les droits de la défense et les nécessités opérationnelles des services d'enquête », *Gazette du Palais*, mars 2012, p. 8

• MURBACH M. « Réforme de la garde à vue : memento des conduites à tenir pour les enquêteurs », *AJ Pénal*, juillet-août 2011, pp. 359-361

• PELLE S. « La réforme de la garde à vue : problèmes de droit transitoire », *AJ Pénal*, janvier 2010, pp. 235-237

• PERRIER J-B. « Une décision empreinte de pragmatisme », *AJ Pénal*, novembre 2010, pp. 470-472

« Convocation par OPJ, contrainte et audition libre », *AJ Pénal*, 2012, p. 602

• POISSONNIER G. « Etranger en situation irrégulière : conditions de la garde à vue », *rec. Dalloz*, 2012, p. 1997

• PORTERON C. « L'accès au dossier par l'avocat de la personne gardée à vue : un accès limité conditionné à une demande expresse », *AJ Pénal*, 2013, p. 283

• POULY C. « Garde à vue et emprisonnement pour séjour irrégulier : chronique d'une mort annoncée », *Gazette du Palais*, juin 2012, p. 9

• PRADEL J. « La loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue réussit son examen de passage devant le Conseil constitutionnel », *Semaine Juridique éd. Gén.*, décembre 2011, pp. 2564-2567

« Limitation des effets de la nullité d'un acte de procédure à la seule

personne concernée », *Semaine Juridique éd. Gén.*, avril 2012, p. 485

- RASSAT M-L. « A remettre sur le métier : des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *Semaine Juridique éd. Gén.*, mai 2011, pp. 1070-1074

- RENAUD-DUPARC C. « La sanction de l'inertie de l'officier de police judiciaire en cas de carence du médecin requis en garde à vue : pas de nullité sans grief », *AJ Pénal*, 2013, p. 107

- ROUJOU DE BOUBEE G. « La réforme de la garde à vue », *rec. Dalloz*, 2011

- SAAS C. « Défendre en garde à vue : une révolution...de papier? », *AJ Pénal*, novembre 2011, pp. 27-30

- SIZAIRE V. « Garde à vue : risques et faux semblant d'une réforme annoncée », *AJ Pénal*, novembre 2010, pp. 480-483

- SLAMA S. « Epilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *rec. Dalloz*, 2012, p. 2001

- SONTAG KOENING S. « Intervention de l'avocat et droits de la défense en garde à vue : quel avenir pour les enregistrements audiovisuels? », *AJ Pénal*, 2012, p. 527

- SUDRE F. « Compatibilité avec l'article 5§1, de la non-assistance d'un avocat lors d'une garde à vue », *Semaine Juridique éd. Gén.*, octobre 2012, p. 1082

- VEIL P-F. « La renonciation à l'assistance d'un avocat en garde à vue est-elle conforme aux exigences du procès équitable? », *rec. Dalloz*, 2012, p. 2400

- VERGES E. « Garde à vue : le rôle de l'avocat au coeur d'un conflit de normes nationales et européennes », *rec. Dalloz*, décembre 2011, pp. 3005-3006

- VLAMYNCK H. « Approche pratique du projet de loi relatif à la garde à vue », *AJ Pénal*, novembre 2010, pp. 474-479

« La découverte d'une multiplicité de faits pendant une garde à vue : quelle procédure suivre? », *Gazette du Palais*, mars 2012, p. 16

« Pas de mesures de garde à vue supplétives ou simultanées pour la Cour de cassation », *AJ Pénal*, 2013, p. 284

III/ Articles en ligne

- « L'inutilité de notifier à nouveau les droits à la personne gardée à vue dans le cadre d'une garde à vue supplétive », disponible sur <http://lextenso.fr.ezproxy.univ-valenciennes.fr/weblextenso/article/afficherid=GPL130w7&origin=recherche;5&d=3580059542741> (consulté le mercredi 07 août 2013)

- « Procédure pénale », disponible sur <http://www.lextenso.fr.ezproxy.univ-valenciennes.fr/weblextenso/article/afficherid=GP20120329022&origin=recherche;6&d=3580058349527> (consulté le mercredi 07 août 2013)

- « La conformité au Droit européen du placement en garde à vue fondé sur l'article L. 621-1 du CESEDA, en application de la dérogation instituée à l'article 2 de la directive européenne n° 2008/115/CE » disponible sur <http://www.lextenso.fr.ezproxy.univ-valenciennes.fr/weblextenso/article/afficher?id=GPL130s2&origin=recherche;7&d=3580059788929> (consulté le mercredi 07 août 2013)

- Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale du 1er septembre 2009, disponible sur www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf (consulté le 14 août 2013)

- Avant projet du futur code de procédure pénal, art. 327-18, du 1er mars 2010, disponible sur www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf (consulté le 14 août 2013)

IV/ Textes officiels

A- Circulaires

- Circulaire d'application du 15 avril 2011 relative aux droits de la personne gardée à vue suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la cour de cassation du 15 avril 2011

B- Conventions

- Convention européenne des droits de l'homme, ROME, le 4 octobre 1950

C- Décrets

- Décret n° 2009-1026 du 25 août 2009 relatif à la prise en charge par l'aide médicale de l'Etat de frais pharmaceutique et des soins infirmiers nécessaire à des personnes placées en garde à vue

- Décret n° 2011-1520 du 14 novembre 2011 relatif à la désignation des avocats pour intervenir au cours de la garde à vue en matière de terrorisme

D- Directives

- Directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, dite « directive retour », relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irréguliers

E- Lois

- Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 qui a instauré un régime particulier pour les gardes à vue en matière de terrorisme
- Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale
- Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence
- Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 modifiant la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes
- Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice
- Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
- Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers
- Loi n° 2007-291 renforçant l'équilibre de la protection pénale
- Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue

F- Projets de lois

- Cons. min. Projet de loi du 28 septembre 2012

G- Ordonnances

- Ordonnance n° 45-174 du 2 février relative aux mineurs délinquants

V/ Sites Internet

- Cour européenne des droits de l'homme : <http://www.echr.coe.int>
- Dalloz : <http://www.dalloz.fr>
- Légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Service public : <http://www.service-public.fr>
- Ministère de la justice : <http://www.justice.gouv.fr>

VI/ Jurisprudences

A- Jurisprudences européennes

- CEDH affaire « Tomasi c/ France » du 27 août 1992 requête n° 12850/87
- CEDH affaire « Salduz c/ Turquie » du 27 novembre 2008 requête n° 36391/02
- CEDH affaire « Dayanan c/ Turquie » du 13 octobre 2009 requête n° 7377/03
- CEDH affaire « Brusco c/ France » du 14 octobre 2010 requête n° 1466/07
- CEDH affaire « Moulin c/ France » du 23 novembre 2010 requête n° 37104/06
- CJUE affaire « Hassen El Dridi » du 28 avril 2011 requête n° C-61/11 PPU
- CJUE affaire « Alexandre Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne » du 6 décembre 2011 requête n° C-329/11
- CEDH affaire « Simons c/ Belgique » du 28 août 2012 requête n° 71407/10

B- Jurisprudences françaises

1) Jurisprudence judiciaire

- Cass. Crim. 10 mars 1992 pourvoi n° 91-86944
- Cass. Crim. 6 septembre 2006 pourvoi n° 06-84.869
- Cass. Crim. 31 mai 2007 pourvoi n° 07-80.928
- Cass. Crim. 12 juin 2007 pourvoi n° 07-80.194
- Cass. Crim. 19 octobre 2010 pourvoi n° 10-82902
- Cass. Crim. 19 octobre 2010 pourvoi n° 10-82306
- Cass. Crim. 19 octobre 2010 pourvoi n° 10-85051
- Cass. Crim. 15 décembre 2010 pourvoi n° 10-83.674
- Cass. Crim. 18 janvier 2011 pourvoi n° 10-84.980

- CA Rennes 24 janvier 2011
- Cass. Crim. 14 décembre 2011 pourvoi n° 11-81.329
- Cass. Crim. 17 janvier 2012 pourvoi n° 11-86.797, obs, « Garde à vue : information sur le droit de se taire », *rec. Dalloz*, février 2012, p. 503
- Cass. Crim. 7 février 2012 pourvoi n° 11-83676, obs, BOMBLED M. « Nullités de la garde à vue pour défaut d'assistance d'un avocat », *Actualité Dalloz*, février 2012
- Cass. Crim. 14 février 2012 pourvoi n° 11-84.694, obs, GUERY C. « Touche pas à ma garde à vue », *AJ Pénal*, mars 2012, pp. 159-162
- Cass. Crim. 22 février 2012 pourvoi n° 11-82786
- Cass. Crim. 7 mars 2012 pourvoi n° 11-88118
- Cass. Crim. 11 avril 2012 pourvoi n° 11-85.224
- Cass. Crim. 5 juin 2012 pourvoi n° 9002
- 1ère Civ. 6 juin 2012 pourvoi n° 11-11.384
- 1ère Civ. 5 juillet 2012 pourvoi n° 11.30-530, obs, « Etranger en situation irrégulière : conditions de la garde à vue », *rec. Dalloz*, 2012, p. 2001
- 1ère Civ. 5 juillet 2012 pourvoi n° 11-30.371, obs, « Etranger en situation irrégulière : conditions de la garde à vue », *rec. Dalloz*, 2012, p. 2001
- 1ère Civ. 5 juillet 2012 pourvoi n° 11-19.250, obs, « Etranger en situation irrégulière : conditions de la garde à vue », *rec. Dalloz*, 2012, p. 2001
- Cass. Crim. 11 juillet 2012 pourvoi n° 12-82136
- Cass. Crim. 19 septembre 2012 pourvoi n° 11-88111
- 1ère Civ. 10 octobre 2012 pourvoi n° 11-30131
- Cass. Crim. 30 octobre 2012 pourvoi n° 11-87.244
- Cass. Crim. 18 décembre 2012 pourvoi n° 12-85.735, obs, « Garde à vue : demande de communication de l'intégralité du dossier », *rec. Dalloz*, 2013, p. 90
- CA Montpellier 28 janvier 2013 n° 13/00006, obs, « La conformité au Droit européen du placement en garde à vue fondé sur l'article L. 621-2 du CESEDA, en application de la dérogation instituée à l'article 2 de la directive européenne n° 2008/115/CE », *Gazette du Palais*, mai 2013, p. 16
- Cass. Crim. 13 février 2013 pourvoi n° 12-84.311
- CA Montpellier 19 février 2013 pourvoi n° 2012/01121
- 1ère Civ. 15 mai 2013 pourvoi n° 12-16.082, obs, « Rétention administrative : prolongation suivant une garde à vue », *rec. Dalloz*, 2013, p. 1215

2) Jurisprudence constitutionnelle

- Cons. const. 11 août 1992 décision n° 93-326
- Cons. const. 30 juillet 2010 décision n° 2010-14/22-QPC, obs, DE LA ROSA S. « Constitutions », mars 2011, obs, « Commentaire de la décision n° 2010-14/22-QPC – juillet 2010 », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, cahier n° 30
- Cons. const. 18 novembre 2011 décision n° 2011-191/194/195/196/197-QPC, obs, « Assistance effective d'un avocat en garde à vue : énième épisode d'une série loin d'en être à sa dernière saison », *Gazette du Palais*, janvier 2012, pp. 46-47, obs, MATSOPOULOU H. « Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *rec. Dalloz*, décembre 2011, pp. 3034-3039
- Cons. const. 17 février 2012 décision n° 2011-223-QPC, obs, « Garde à vue en cas de terrorisme : inconstitutionnalité du dispositif », *rec. Dalloz*, février 2012, p. 504, obs, LAVRIC S. « Garde à vue : nouvelle censure du Conseil constitutionnel », *Actualité Dalloz*, février 2012
- Cons. const. 6 avril 2012 décision n° 2012-228/229-QPC, obs, « Criminalité organisée : l'absence d'enregistrement des interrogatoires censurée », *rec. Dalloz*, 2012, p. 1376
- Cons. Const. 18 juin 2012 décision n° 2012-257-QPC
- CE 28 décembre 2012 requête n° 351873

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	2
SOMMAIRE.....	3
TABLE DES ABREVIATIONS.....	4.
INTRODUCTION.....	6
1ERE PARTIE : LA REFORME DE LA GARDE A VUE : UN DEBUT DEJA PROBLEMATIQUE.....	9
Chapitre 1 : Les prémices d'une crise prévisible?.....	9
Section 1 : Une controverse entourant les nouveaux droits de la défense.....	10
§1- L'avocat pendant la procédure de garde à vue : le plébiscite d'un usurpateur?.....	10
A- L'apparence de pouvoirs renforcés en matière de garde à vue de droit commun.....	11
B- « Le privilège des intérêts de la repression sur la protection des droits de la défense » en matière de garde à vue de droit dérogatoire.....	14
§2- La restauration du droit au silence au détriment de la victime.....	17
A- Le retour de ce droit comme substitut au faible rôle de l'avocat.....	17
B- Une renaissance aux effets et atouts mitigés pour les professionnels.....	19
Section 2 : La place du parquet dans le contrôle de la garde à vue au coeur de la tourmente.....	22
§1- La question de son statut.....	22
A- Le manque de clarté du texte quant aux modalités d'exercice de ce contrôle.....	22

B- Le renforcement d'anciens pouvoirs et l'ajout de nouveaux :	
une violation du principe d'équité du procès pénal.....	24
§2- Le juge des libertés et de la détention comme alternative au	
parquet?.....	27
A- Le parquet : refus de qualification d'autorité judiciaire.....	27
B- Le juge des libertés et de la détention : entre passation de	
pouvoirs et collaboration, une hésitation loin de prendre fin.....	30

Chapitre 2 : La longueur du conflit due aux différents désaccords.....33

Section 1 : Une mésentente entre le droit européen et le droit national.....	33
§1- La mauvaise volonté du législateur français en cause?.....	34
A- Les arrêts Salduz c/ Turquie et Dayanan c/ Turquie : un	
constat à tirer pour la France.....	34
B- L'apparent refus de la France de se soumettre aux exigences	
de la CEDH.....	36
§2- Une opposition toujours plus forte sur la qualification du	
parquet.....	38
A- Le parquet : une autorité judiciaire au sens de l'article 66	
de la Constitution?.....	38
B- La nécessité pour la CEDH d'une intervention du juge des	
libertés et de la détention en droit commun comme en droit dérogatoire de la	
garde à vue.....	41
Section 2 : Un conflit entre officiers de police judiciaire et avocats.....	42
§1- Une méfiance présente dès le début.....	43
A- Une divergence due à leurs missions opposées.....	43
B- Une mauvaise volonté évidente de chacune des parties.....	45
§2- Le peu de moyens humains et matériels : les causes d'une	
dissension qui s'accroît.....	48
A- Le manque de moyen matériel.....	48
B- Le manque de moyen humain.....	50

2EME PARTIE : LA REFORME DE LA GARDE A VUE DEUX ANS APRES : UN BILAN MITIGE.....55

Chapitre 1 : L'apparition de nouvelles questions.....55

Section 1 : Le droit à un procès équitable remis en cause par l'apparition de nouveaux problèmes.....56

§1- L'interdiction de l'accès aux pièces du dossier pour l'avocat : une violation du droit à un procès équitable.....56

A- Un accès plus que restreint.....56

B- Une mauvaise volonté manifeste de la France d'autoriser l'accès à l'avocat de l'intégralité des pièces du dossier.....59

§2- Une polémique touchant à l'enregistrement audiovisuel des auditions.....61

A- Un enregistrement audiovisuel comme substitut à l'absence de l'avocat avant la loi du 14 avril 2011 : une banalisation décriée.....62

B- L'intervention de l'avocat dès la première heure de garde à vue : une relégation au second plan des enregistrements audiovisuels ?.....64

Section 2 : Anciens actes de procédure : des modifications attendues mais décevantes.....66

§1- La garde à vue supplétive : entre acceptation et interdictions, une hésitation au détriment du mis en cause ?.....66

A- L'instauration de la garde à vue supplétive avec la loi du 14 avril 2011 : une mesure mal acceptée par les services de police et de gendarmerie.....67

B- Le retrait de cette procédure : un revirement de situation difficile à comprendre.....68

§2- La retenue douanière : la nouveauté de la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.....69

A- La procédure de retenue douanière : une ressemblance flagrante avec la garde à vue.....70

B- Retenue douanière et garde à vue : deux points qui posent problème.....72

Chapitre 2 : Nullités de la garde à vue : une volonté de contestation de plus en plus présente.....75

Section 1 : Une controverse sur les nullités de la garde à vue.....75

§1- Des divergences sur les nullités demandées pour violation des droits de la défense.....	76
A- Des nullités fondées sur l'impossibilité d'être assisté par un avocat dès le début de la garde à vue et sur le report de cette assistance.....	76
B- Des nullités fondées sur le défaut d'examen médical et l'absence de notification des autres droits de la défense.....	79
§2- Des divergences sur les demandes de nullités.....	82
A- Un désaccord sur le moment où demander la nullité.....	82
B- Un désaccord sur la personne demandant la nullité.....	84
Section 2 : Le problème toujours plus présent de la garde à vue d'un étranger en situation irrégulière.....	86
§1- Une difficulté pourtant résolue par le droit européen.....	86
A- Droit européen : déclaration de l'impossibilité de placer en garde à vue un étranger en situation irrégulière pour ce seul chef d'accusation.....	87
B- Une décision honorée par la France au regard de la procédure pénale française.....	88
§2- Vers la fin d'une saga pénale sujette à caution.....	91
A- La nécessité pour le législateur français de trouver une solution.....	91
B- La solution la plus appréciée : la rétention administrative.....	92
CONCLUSION.....	95
BIBLIOGRAPHIE.....	98
TABLE DES MATIERES.....	108