

Droit et non-droit de la garde à vue

Philippe PICHON

Commandant de police

En novembre 2009, les principaux syndicats de police s'étaient montrés unanimes pour critiquer les propos du Premier ministre François Fillon tenus lors de l'inauguration de la maison d'arrêt du Mans (Sarthe), où il avait jugé nécessaire de « *repenser* » les conditions d'utilisation et l'utilité de la garde à vue face aux « *abus* » pouvant entourer son usage : « *Placer une personne en garde à vue ou en détention provisoire, ce sont des actions légales, autorisées, justifiées par la loi et je ne suis pas naïf, nous parlons bien de délinquants et d'atteinte à la loi. Mais mon exigence, c'est que ces pouvoirs exceptionnels ne tombent jamais dans la banalité, qu'ils ne soient envisagés par personne comme des éléments de routine, qu'ils restent des actes graves pour ceux qui les décident parce qu'ils sont graves pour ceux qui les subissent* ». La réponse de la maison Police n'avait pas tardé. « *Je suis scandalisée par la mise en cause de notre travail alors que nous sommes des policiers républicains qui appliquons des textes de lois et des arrêts de la Cour de cassation !* », s'était violemment indignée Sylvie Feucher, vibronnante secrétaire générale du très droitier Syndicat des commissaires de la police nationale (SCHFPN), ultra majoritaire chez les chefs policiers.

Car, mine de rien, c'est un énorme pavé dans la mare de la pratique coutumière policière. Et, à l'aune des déclarations de M. Fillon (« *il ne faut pas confondre l'usage de la garde à vue encadrée et justifiée avec les abus qui peuvent l'entourer* » ; « *La France doit se doter d'une procédure pénale assurant un équilibre entre l'efficacité de l'enquête d'une part [...] et d'autre part les autres acteurs de la procédure, les droits de la défense, les droits des victimes* » ; « *Nous devons aboutir à une procédure plus lisible, à une procédure mieux équilibrée qui repositionne chacun dans le rôle qui doit être le sien* »), le citoyen peut *a priori* vouloir savoir s'il existe des cas où la garde à vue n'est pas indispensable ni utile aux enquêtes des policiers.

De prime abord, les officiers de police judiciaire (OPJ) se sont vus de plus en plus contraints et incités à la systématisation de cette mesure pour satisfaire d'autres besoins que les leurs, au rang desquels le fonctionnement statistique de la Justice et la culture du résultat se taillent la part du lion.

Le régime juridique de la garde à vue

Les mesures relatives au « suspect » consistent en des restrictions à la liberté d'aller et venir. La « fameuse » garde à (la) vue de représentants de la force publique existe dans tous les

types d'enquête. Mesure exceptionnelle, elle permet à la police judiciaire de garder, au besoin contre son gré, une personne à sa disposition – et surtout de l'interroger – lorsque les « *nécessités de l'enquête* » (art. 63 et 77, al. 1 CPP) l'exigent. Elle se déroule dans des locaux qui sont en général ceux de la police, visités, au moins une fois par an, par le procureur de la République (art. 41 CPP) ou, à tout moment, par les parlementaires (art. 720-I-A CPP). Cette mesure, minutieusement réglementée, ne doit pas être confondue avec la détention provisoire que seul le Juge des libertés et de la détention (JLD) peut décider, ni avec la rétention policière de quatre heures maximum au cours de laquelle la police vérifie l'identité d'une personne.

Cette privation de liberté est décidée par un OPJ, à l'exclusion du procureur de la République qui n'en contrôle que l'exécution. L'OPJ informe le magistrat du parquet dès le début de la garde à vue – avant la loi du 15 juin 2000, c'était « sans délai ». Quelle que soit l'infraction en cause, la privation de liberté est limitée dans sa durée, qui est normalement de vingt-quatre heures, mais ce délai peut être prolongé pour un nouveau temps de vingt-quatre heures. Ainsi si la garde à vue ne peut excéder quarante-huit heures, maximum habituel, néanmoins, pour certaines infractions, sa durée peut atteindre quatre-vingt seize heures – soit quatre jours –, maximum exceptionnel.

La garde à vue comporte des risques évidents d'abus. Elle est utile à un triple titre : d'abord, elle empêche le « suspect » d'échapper à la Justice en prenant la fuite ; ensuite, elle empêche la destruction des preuves ; enfin, et peut-être surtout, elle permet à la police de procéder à l'audition du gardé à vue *hors* la présence d'un avocat. En effet, les personnes mises en examen par le juge d'instruction sont interrogées par le magistrat instructeur en présence de leur défenseur – ce qui me conduit à considérer que la garde à vue policière est seulement indispensable au regard de son « rendement », de sa plus grande efficacité statistique, dans un contexte particulier : celui d'un « nouveau management public » où la « culture du résultat » est exaltée.

Si les « *nécessités de l'enquête* » peuvent ainsi parfois justifier la garde à vue d'une personne, elles ne sauraient en revanche légitimer une privation arbitraire de sa liberté – ce qui explique que le régime de la garde à vue consiste en une batterie de garanties... mais dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité textuelle !

En effet, évoquer la régularité de la garde à vue, c'est s'interroger sur la sanction des manquements constatés au cours de cette mesure, et donc sur la nullité de la garde à vue. Et bien, aucun texte ne vise *expressément* cette sanction, que la jurisprudence prononce pourtant automatiquement depuis une quinzaine d'années... Qu'est-ce à dire ?

Nullité de la garde à vue

Aucun texte du Code de procédure pénale ne prévoit expressément la nullité de la garde à vue irrégulière – la loi du 4 janvier 1993, abrogée le 24 août suivant, l’avait fait en attachant une nullité textuelle automatique à la violation des « droits nouveaux » du gardé à vue. Les policiers républicains ont pu sans doute se féliciter de cette mise au point, mais ont pu aussitôt regretter une position prétorienne peut-être insuffisamment protectrice, voire frileuse.

En conséquence, le régime applicable aux irrégularités commises au cours de la garde à vue est celui des nullités dites substantielles ; il repose sur les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale. Dès l’abord, il faut observer que la jurisprudence s’est, jusqu’à une époque récente, montrée très hostile à l’annulation des gardes à vue. Elle considérait par principe que « *l’observation des règles légales ne sauraient par elle-même entraîner la nullité des actes de la procédure lorsqu’il n’est pas démontré que la recherche et l’établissement de la vérité s’en sont trouvés fondamentalement viciés* » (Crim., 21 juin 1980). C’est la transposition en droit pénal de la règle civiliste : « *Pas de nullité sans grief* ».

Pourtant, comme les nullités procèdent implicitement de la substance de la règle méconnue, on voyait mal l’intérêt et l’utilité de prévoir une règle si l’on n’en sanctionnait pas la violation...

C’est pourquoi, au milieu des années 1990, la formule avait quelque peu évolué, mais l’idée demeurait : il n’y avait de nullité qu’autant que le demandeur (le gardé à vue) prouvait que l’irrégularité en cause lui avait causé un préjudice – autrement dit encore que ses déclarations – notamment ses aveux – auraient été différentes si la garde à vue n’avait pas été illégale... (Crim., 6 décembre 1995). Bienvenue au pays de Kafka !

Mais depuis lors – en fait depuis l’entrée en vigueur de la loi de 1993 -, les policiers républicains ont pu constater avec joie une certaine inflexion quant à cette exigence difficile de la preuve d’un préjudice inhérent au déroulement irrégulier d’une garde à vue.

Ainsi, la loi de 1993 a conféré au « suspect » placé en garde à vue des « droits nouveaux ». Très rapidement, s’est posée la question de la protection de ces droits, autrement dit encore l’épreuve de leur application effective : fallait-il, en cas de manquement, recourir au droit commun des nullités, c’est-à-dire imposer la preuve d’un préjudice en sus de l’irrégularité de la garde à vue – et finalement priver les « droits nouveaux » de toute portée ? La Cour de cassation ne l’a heureusement pas voulu. La Chambre criminelle décide en effet depuis le 30 avril 1996 que la violation de ces droits « *porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu’elle concerne* » - formule reprise dans les arrêts plus récents : Crim., 6 décembre 2000 ; Crim., 10 mai 2001 ; Crim., 31 octobre 2001, etc. Ainsi donc, la question du préjudice subi en conséquence de l’inobservation des droits du gardé à vue ne se pose plus : leur violation emporte facilement préjudice.

Us et abus de la garde à vue

Peut-être convient-il ici d'illustrer comment, hélas, parfois, certains policiers peu scrupuleux s'affranchissent de leur devoir de loyauté envers le gardé à vue, en contournant manifestement les droits de la défense.

- La première garantie (de forme) des droits de la défense a souvent été évoquée et concerne ce qu'on peut appeler *les motifs de la garde à vue* : cette mesure est exclue à l'endroit des témoins. La garde à vue ne peut donc concerner que des « suspects », c'est-à-dire des personnes à l'encontre desquelles il existe *policièrement* « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » qu'elles ont « commis ou tenté de commettre une infraction » (art.63, al.1^{er} et 77, al.1^{er} CPP). Cette rédaction résulte de la loi du 4 mars 2002 ; car avant l'entrée en vigueur de ce texte, le placement en garde à vue supposait des « indices ». La nouvelle formule est moins contraignante. Contrairement à ce qu'on a pu lire, ici ou là, il existe donc bien *un droit du gardé à vue d'être informé de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête*.

De même, toute personne placée en garde à vue doit recevoir, dans une langue qu'elle comprend, avis concernant tant les droits de la personne interrogée que la durée légale de la garde à vue. Ensuite, il doit être fait mention sur le procès-verbal de fin de mesure de la durée des auditions auxquelles la personne gardée à vue s'est trouvée soumise, de la durée des repos qui ont séparé ces interrogatoires, les heures auxquelles elle a pu s'alimenter, du jour et de l'heure à partir desquels elle a été gardée à vue, ainsi que du jour et de l'heure où elle a été soit libérée, soit amenée devant le magistrat compétent.

- Les autres garanties (de fond) ont trait, d'une part, à la durée légale de la garde à vue, d'autre part, aux « nouveaux droits » de la défense.

Rappelons qu'en théorie, en effet, la privation de liberté est contrebalancée par une série de garanties : a) garde à vue d'un délai de droit commun fixé à vingt-quatre heures pour les majeurs avec possibilité d'être prolongée de vingt-quatre heures supplémentaires (sur autorisation du procureur de la République) ; b) droits du gardé à vue d'être informé des dispositions relatives à la durée prévisible de la garde à vue, c) de s'entretenir, de façon confidentielle pendant trente minutes au plus, avec l'avocat de son choix dès le début de cette mesure ainsi qu'à l'issue de la vingtième heure, d) de faire prévenir par téléphone un proche¹, et enfin d'être examiné par un médecin désigné par le parquet ou l'OPJ. Bref, des droits consacrés et sans cesse augmentés par le législateur... en théorie.

Car, au fond, le rôle de l'avocat est relativement marginal puisqu'il ne peut ni accéder au dossier ni assister aux interrogatoires. De même, informé par le policier, le procureur de la République peut s'opposer au droit du gardé à vue de faire prévenir quelqu'un de son choix sur le fondement des « nécessités de l'enquête ». Ensuite, depuis la loi du 4 mars 2002, l'OPJ

¹ En réalité, une personne avec laquelle le gardé à vue vit habituellement, l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et sœurs ou son employeur (art.63-2 CPP).

dispose d'un délai de trois heures pour satisfaire à la réalisation effective de ces deux derniers droits. Enfin, sous la dictée d'un certain Nicolas Sarkozy, la notification obligatoire du droit de « garder le silence » a été supprimée par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure... alors que ce droit est consacré, notamment, par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt Saunders, 17 décembre 1996)².

Même si le Code de procédure pénale enserme les diverses opérations de l'enquête de police dans des prescriptions minutieuses, on pourrait soutenir, cyniquement, qu'en garde à vue, le gardé à vue est désormais immédiatement informé par la police de son droit de faire des déclarations (presque) spontanées, de répondre aux questions qui lui sont aimablement posées... mais plus de se taire !

Pourtant, le législateur a créé un véritable statut protecteur de la personne placée en garde à vue. Pour permettre de « jouir » pleinement de ses droits, le législateur a logiquement prévu une information immédiate du gardé à vue quant à ses droits. Mais il a toutefois omis de préciser – c'est pourtant essentiel ! – le moment à partir duquel un suspect doit pouvoir bénéficier des droits inhérents à la garde à vue. Sans doute les droits du gardé à vue doivent-ils lui être notifiés dès son placement en garde à vue, mais quand ce placement doit-il intervenir ? La loi ne le dit pas... C'est pourtant capital : à quoi bon, par exemple, consacrer un « droit à l'assistance immédiate d'un avocat » si les policiers ont la possibilité de le réduire à néant en n'en informant le suspect qu'après une audition compromettante ?

Les droits du gardé à vue

C'est donc la jurisprudence qui a dû poser les règles en la matière : la Chambre criminelle décide depuis maintenant dix ans que « *la personne qui, pour les nécessités de l'enquête, est, sous la contrainte, tenue à la disposition d'OPJ doit immédiatement être placée en garde à vue et recevoir notification des droits attachés à cette mesure* » (Crim., 6 décembre 2000).

La Cour de cassation consacre en d'autres termes la prohibition des « placements en garde à vue tardifs » - de même qu'existe une prohibition des mises en examen tardives : le placement en garde à vue est obligatoire dès que le « suspect » est contraint par l'OPJ de rester à sa disposition. Pour la Cour de cassation, le critère du placement en garde à vue est la privation de liberté du suspect et non la qualité de suspect. Or, dans la mesure où la garde à vue confère un grand nombre de droits à celui qui en est l'objet – à savoir une personne à l'encontre de

² Par conséquent, le juge, pénal ou administratif, doit refuser d'appliquer une loi proprement dite qui contredirait un traité international. Rappelons ici qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution française, norme dite fondamentale, les traités internationaux disposent, dès leur publication au *Journal Officiel*, d'une autorité supérieure à celles des lois proprement dites. Or il existe, pour ce qui intéresse le droit pénal et la procédure pénale, deux traités internationaux d'une importance particulière : le Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques, et la Convention européenne des droits de l'homme. L'actualité juridique démontre que ne cesse de grandir l'influence de cette Convention et de sa jurisprudence européenne.

laquelle il existe au moins une raison plausible de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction – le placement en garde à vue devrait être un droit pour tout suspect, et pas seulement pour le suspect privé *effectivement* de liberté.

Autrement dit, un suspect qui défère à la convocation d'un policier et se présente spontanément, sans contrainte donc, au commissariat du coin pour répondre à quelques questions autour de bière et de sandwiches devrait être placé en garde à vue dès son arrivée dans les locaux de police, et en tout cas avant d'être interrogé. Ce n'est pas ce que décide la Cour de cassation.

Ainsi donc seul un suspect peut être placé en garde à vue, mais tout suspect n'est pas nécessairement placé en garde à vue avant d'être interrogé... Comprenne qui pourra – et le parallèle avec la mise en examen est abusif car toute personne à l'encontre de laquelle existent des indices graves ou concordants de culpabilité doit être mise en examen avant d'être interrogée par le juge d'instruction.

De sorte que tant que le critère du placement obligatoire en garde à vue sera la *contrainte policière* et non *la raison de cette contrainte*, il sera abusif de parler en France d'un statut du suspect *stricto sensu* : en fait, seuls les suspects privés de liberté disposent à proprement parler d'un statut au cours de la phase policière. On peut d'ailleurs se demander, à la suite du détonnant bâtonnier de Paris, Me Christian Charrière-Bournazel, si cette absence de statut protecteur de la personne soupçonnée est bien compatible avec l'article préliminaire du Code de procédure pénale aux termes duquel « *toute personne suspectée est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie* ». Car, même l'Espagne revenue du franquisme et les pays de l'Est libérés du stalinisme ont imposé la présence de l'avocat dès la première minute de la garde à vue. Aussi, quand M. Fillon indique que « *depuis [sa] prise de fonctions, à maintes reprises, [il a] demandé que notre législation s'aligne sur celle de nos voisins européens et se conforme à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg* », je suis à nouveau fier d'être un policier Français.

Le tollé des principaux syndicats de policiers après les critiques de François Fillon sur la garde à vue paraît bien mal motivé... juridiquement. De là à croire que les chefs policiers étaient déjà en campagne pour les élections professionnelles de janvier 2010, il n'y avait qu'un pas que j'ai franchi, preuves à l'appui. Le débat actuel me montre que j'avais raison.

Proposition de création d'un statut de « mis en cause assisté » au stade policier

Mettre en garde à vue une personne, c'est lui notifier les faits qui lui sont reprochés. Avec cet acte, la personne en cause change de statut – ce qui présente un certain nombre de conséquences. Quand la garde à vue intervient-elle ? A quel moment le policier doit-il mettre la personne en garde à vue ? La réponse est capitale car l'enjeu est lui-même considérable. C'est qu'en conséquence de la garde à vue, la personne va changer de statut, devenir partie et bénéficier de droits de la défense accrus – notamment de l'assistance théoriquement permanente d'un avocat si l'on en croit deux récents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

En fait la garde à vue ne devrait intervenir ni trop tôt ni trop tard. Ni trop tôt parce qu'on ne saurait prendre inconsidérément le risque de nuire à la réputation d'une personne en la plaçant en garde à vue, ni trop tard parce que les droits de la défense ne doivent pas être éludés. Même si aucun opprobre n'est théoriquement attaché à la personne placée en garde à vue puisqu'elle bénéficie de la présomption d'innocence, en pratique le soupçon inhérent à une garde à vue se dissipe difficilement. Dès qu'une personne est aux prises avec la police et la justice, l'opinion publique est suspicieuse (« pas de fumée sans feu ! ») et la présomption d'innocence méprisée. Ce devrait être la raison des prohibitions de gardes à vue hâtives.

Les vieux inspecteurs de police posaient en principe que l'OPJ ne devait placer la personne en garde à vue qu'après s'être éclairés sur le point de savoir si celle-ci *avait* pris part à l'acte incriminé dans des conditions de nature à engager sa responsabilité. Cette exigence est aujourd'hui sous-jacente dans les textes du Code de procédure pénale mais leur rédaction ne permet pas expressément de déterminer ce qu'est un « suspect ».

Selon moi, un OPJ ne devrait pouvoir mettre une personne en garde à vue que s'il existe à son encontre des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il a connaissance. Ce qui signifierait que la garde à vue ne pourrait intervenir qu'autant que le policier dispose *objectivement* déjà de quelques éléments à charge. Et l'obligation de ne pas mettre en garde à vue de façon intempestive pourrait être légalement consacrée, institutionnellement, par exemple, en recourant à une procédure de « témoin assisté » comme le législateur, depuis 1987, invite le juge d'instruction à retarder autant qu'il est possible la mise en examen en recourant à un statut intermédiaire entre celui de simple témoin et celui de mis en examen.

Cela ne signifie pas la mise en garde à vue immédiate de la personne à l'encontre de laquelle existent des indices graves ou concordants, mais sa mise en garde à vue obligatoire si l'OPJ décide de l'entendre. En d'autres termes, le policier pourrait légalement différer le moment de la garde à vue, c'est-à-dire laisser un suspect à l'écart de la procédure, « sans droits », aussi longtemps qu'il ne souhaite pas l'entendre.

Ph. P.