



Vincent NIORÉ

Avocat au Barreau
de Paris
Président
de la Commission
pénale nationale
de l'ACE (Avocats
Conseils d'Entreprises)

Le rôle de l'avocat en garde à vue

Maître Vincent Nioré se livre à une critique de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 : ne se conformant pas à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la définition de la garde à vue compromet tant le contrôle effectif de cette mesure que l'assistance effective du gardé à vue par un avocat.

La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue et la circulaire d'application du 23 mai 2011 (Circ. 23 mai 2011, NOR : JUSDI1113979C) ne manquent pas de décevoir tant par la définition qu'elles donnent de la garde à vue que par la suspicion qu'elles font peser sur l'assistance « effective » (?) de l'avocat réduit à « un » seul.

La loi est résolument anti-conventionnelle et anticonstitutionnelle comme la circulaire du 23 mai 2011 prise par la Direction des affaires criminelles et des grâces.

La jurisprudence de la Cour européenne va au-delà de la loi du 14 avril 2011, de même que celles de l'Assemblée plénière et de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, nos 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 ; Cass. crim., 31 mai 2011, nos 10-88.293, 10-88.809, 11-80.034 et 11-81.412).

Les parlementaires doivent plus que jamais corriger leur copie car la loi du 14 avril est « morte née » à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Le Président Jean-Marie Costa rappelait encore récemment qu'il appartenait aux États de s'approprier la Convention dans les termes suivants : « *la Convention européenne des droits de l'homme a vocation à faire partie du droit national. Il est aussi essentiel que les autorités internes, et d'abord les autorités judiciaires, s'approprient la Convention. On parle traditionnellement de principe de subsidiarité.*

Les États doivent mettre en place les structures et procédures propres à garantir en pratique les droits et libertés énoncés par la Convention.



L'avenir du système de la Convention dépend d'une protection effective des droits fondamentaux au niveau national, le recours à Strasbourg devant être un recours ultime dans les affaires exceptionnelles. Cette ambition ne peut devenir réalité que si les États contractants jouent pleinement leur rôle dans le cadre de la Convention, et pour ce faire ils doivent se l'approprier ».

La notion d'assistance effective implique l'accès de l'avocat ou des avocats au dossier sur simple demande auprès des officiers de police judiciaire (OPJ) ; la présence du conseil, non seulement aux auditions et confrontations, mais également lors des perquisitions ; la garantie de la confidentialité des entretiens dans des locaux adaptés ; le droit de poser des questions à l'issue de chaque acte de procédure et d'exiger, en cas de refus, qu'elles soient actées au dossier ; le droit de s'entretenir constamment et librement avec le gardé à vue.

La chambre criminelle a fait sien la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme si bien qu'aujourd'hui, au visa des articles 174, alinéa 2 et 206, du Code de procédure pénale, l'annulation des procès-verbaux de garde à vue est susceptible de s'étendre à toute ou partie de la procédure ultérieure (rappelons que tant le juge d'instruction que le procureur de la République et la chambre de l'instruction, sont en charge d'examiner la régularité des procédures qui leur sont soumises. L'examen de la régularité de la procédure n'est pas l'apanage de la partie civile, du mis en examen ou du témoin assisté, si bien que s'agissant de la régularité d'une procédure de garde à vue, rien n'empêche, au visa des derniers arrêts de la chambre criminelle, magistrat instructeur et Parquet de saisir systématiquement la chambre de l'instruction d'une requête en nullité).

La définition de la garde à vue est marquée par l'hypocrisie du texte du 14 avril 2011 : mesure de contrainte évidente, il n'est pas dit qu'elle n'est rien d'autre qu'une mesure privative de liberté directement inspirée de la détention provisoire.

La loi définit en son article 1^{er} (C. pr. pén., art. 62-3 nouveau) la garde à vue comme étant « une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, est maintenue à la disposition des enquêteurs ».

Il est ajouté que « cette mesure » (de contrainte) « doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants :

- Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ;*
- Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ;*
- Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou les indices matériels ;*
- Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ;*
- Empêcher que la personne ne se concertent avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;*
- Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit ».*

La définition donnée de la garde à vue comme les critères de cette mesure dite de contrainte – encadrée par des droits – est directement inspirée des dispositions de l'article 144 du

Code de procédure pénale relatives à la détention provisoire, qui prévoient que :

« La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique (...) ».

Il suffit de se livrer à un banal exercice comparatif pour s'apercevoir que, d'une manière générale, le critère n° 1 de la garde à vue, « permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne », correspond aux critères n° 1, 2, 3, 4, et 5 de la détention provisoire, les englobant tous, et en outre qu'en particulier :

– le critère n° 2 de la garde à vue, « garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête », correspond au critère n° 5 de la détention provisoire, « garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice » ;

– le critère n° 3 de la garde à vue, « empêcher que la personne ne modifie les preuves ou les indices matériels », correspond au critère n° 1 de la détention provisoire, « conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité » ;

– le critère n° 4 de la garde à vue, « empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches », correspond au critère n° 2 de la détention provisoire, « empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur

leur famille » ;

– le critère n° 5 de la garde à vue, « empêcher que la personne ne se concertent avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices », correspond au critère n° 3 de la détention provisoire, « empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices » ;

– le critère n° 6 de la garde à vue, « garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit », correspond au critère n° 6 de la détention provisoire, « mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ».

La difficulté réside ainsi dans le rôle assigné au procureur de la République qui, défini comme une « autorité judiciaire », d'une part est en charge « du contrôle », de l'exécution de la garde à vue, certes, sans préjudice des prérogatives du juge des libertés et de la détention (JLD) en matière de prolongation de la mesure au-delà de la 48^e heure et de report de « l'intervention » de l'avocat, d'autre part apprécie la proportionnalité du maintien de la personne en garde à vue à la gravité des faits, enfin assure « la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue », et en dernier lieu peut « ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ».

« What else ? »

Ainsi, le procureur de la République est-il investi de cinq privilèges :

- le traditionnel privilège de l'opportunité des poursuites ;
- le privilège du contrôle de l'exécution de la garde à vue ;
- le privilège de l'examen de proportionnalité ;

La définition de la garde à vue est marquée par l'hypocrisie du texte du 14 avril 2011 : mesure de contrainte évidente, il n'est pas dit qu'elle n'est rien d'autre qu'une mesure privative de liberté directement inspirée de la détention provisoire.

– le privilège de la sauvegarde des droits reconnus au gardé à vue ;

– le privilège de la remise en liberté.

Force est de constater que l'intervention du JLD se révèle ponctuelle, et que les auteurs de plusieurs amendements devant la Commission des lois du Sénat n'ont malheureusement pas été écoutés.

En effet, ces derniers ont bien compris que la garde à vue, certes mesure de contrainte évidente, par définition coercitive, devait être définie au premier chef comme une mesure essentiellement « *privative de liberté* », comme d'ailleurs le fait la doctrine depuis longue date, laquelle définit la garde à vue comme « *l'un des principaux thèmes des débats relatifs à la procédure pénale. Cela n'a rien de surprenant, dans la mesure où elle pose la question sensible du statut de la phase préparatoire du procès. Elle peut être définie comme une mesure privative de liberté par laquelle l'officier de police judiciaire ou de l'exécution de la commission rogatoire peut, pour les nécessités de l'enquête, garder à sa disposition toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Même si le placement en garde à vue est, comme nous le verrons, créateur de droits pour la personne soupçonnée, laquelle peut alors s'entretenir avec un avocat, il s'agit avant tout d'une mesure privative de liberté, ce qui détermine largement son régime juridique* » (Desportes F., Lazerges-Cousquer L., Traité de procédure pénale, Corpus Droit Privé, n° 2518, p. 1526).

Deux amendements méritent d'être relevés en ce que leurs auteurs ont bien compris le sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puisqu'ils souhaitaient que le texte soit modifié dans le rôle dévolu au parquet de la manière suivante : « le contrôle de la légalité de la procédure de garde à vue doit être exercé par un magistrat du siège. *En effet, si la jurisprudence européenne reste ouverte sur les délais impartis pour réaliser ce contrôle, elle considère que le Parquet français n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention. Il découle donc des obligations conventionnelles posées par l'article 5, paragraphe 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, que les mesures privatives de libertés, au titre desquelles se trouvent la garde à vue, ne sauraient être placées sous le contrôle du parquet* » (amendement 21) ; « la garde à vue est une atteinte grave à la liberté individuelle, en conséquence les auteurs de cet amendement souhaitent que la décision de placer une personne en garde à vue soit soumise à l'autorité du juge des libertés et de la détention » (amendement 22).

Tout était justement et joliment dit.

Certes, il est exact que le Conseil constitutionnel, depuis sa décision du 11 août 1993 (Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326), « *rappelle d'ailleurs régulièrement que les magistrats du parquet font partie, au même titre que ceux du siège, de l'autorité judiciaire* » (Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 ; Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492, Desportes F., Lazerges-Cousquer L., Traité de procédure pénale, Corpus Droit Privé, n° 853, p. 539).

Plus récemment, notamment par sa décision du 30 juillet 2010 (Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22, QPC), le Conseil constitutionnel a rappelé que « *l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* ».

Ainsi, le Conseil constitutionnel est-il resté obstinément sourd à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme désormais célèbre, précisément celle définie par l'arrêt rendu par la grande chambre dans l'affaire *Medvedyev* contre France le 29 mars 2010 (CEDH, 29 mars 2010, aff. 3394/03, *Medvedyev* et autres c/ France) et qui, en matière de liberté, rappelle au visa de l'article 5, paragraphe 1, de la Convention, que ne constitue

pas un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires le Parquet puisque le magistrat « *doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du Ministère public, et il doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention* », solution réitérée dans l'arrêt *Moulin* contre France du 23 novembre 2010 (CEDH, 23 nov. 2010, aff. 3710/06, *Moulin* c/ France). Aussi, la garde à vue n'est rien d'autre qu'une mesure privative de liberté dont le législateur (et le gouvernement) soumettent paradoxalement l'exécution au contrôle du parquet devenu « *Parquet des libertés et de la détention ?* » à la faveur d'une solution traditionnellement admise par le Conseil constitutionnel.

Pourtant, le Code de procédure pénale contient déjà dans certaines de ses dispositions instituant des mesures coercitives, l'obligation faite au parquet d'intervenir auprès du JLD pour qu'il autorise expressément par exemple une perquisition, visite domiciliaire ou saisie de pièces à conviction au domicile de la personne chez laquelle l'opération a lieu ainsi que le dispose l'article 76, alinéa 3, pour les infractions punies d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans en matière d'enquête préliminaire dans les termes suivants : « *Si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent ou si la recherche de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal le justifie, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations prévues au présent article seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu. À peine de nullité, la décision du juge des libertés et de la détention précise la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées ; cette décision est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Les opérations sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales. Ces opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision du juge des libertés et de la détention ou la saisie des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal. Toutefois, le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes* ».

La perquisition est une mesure toute aussi contraignante que la garde à vue elle-même, dans laquelle elle vient s'insérer en pratique, si bien que fait défaut en l'espèce le raisonnement logique qui permet d'exclure le JLD de la décision de garder à vue alors que ce juge du Siège, déconnecté de l'enquête, réapparaît en cours d'enquête préliminaire pour autoriser une mesure coercitive de même nature...

Organe de poursuite, directeur d'enquête, juge de la liberté comme de sa privation, le parquet est devenu à travers cette première étape de la réforme de la procédure pénale l'organe tout puissant de cette réforme en l'état cantonnée à la garde à vue, si bien que le législateur a atteint l'objectif qu'il s'était assigné à l'occasion des débats relatifs à l'avant-projet de refondation du Code de procédure pénale, désormais officiellement enterré mais qui, par une curieuse alchimie, a pu renaître de ses cendres.

>

La loi est donc dans cet aspect du statut du Parquet résolument anticonventionnelle.

Il est en outre anticonventionnel et anticonstitutionnel dans le rôle – timide – attribué aux avocats que le gouvernement et le législateur souhaitent timoré.

La loi, telle que modifiée par le Sénat, comportait trois amendements qui, tous, ont été rejetés, 25, 26, et 27, qu'il convient de rappeler : « *aucun interrogatoire ne peut avoir lieu tant que la personne placée en garde à vue ne s'est pas entretenue avec son avocat* » ; « *l'avocat doit pouvoir avoir accès à l'ensemble du dossier pénal, dès son arrivée sur les lieux de la garde à vue* » ; « *les dispositions dérogatoires à la présence effective de l'avocat portées atteinte aux droits de la défense et ne sauraient se justifier* ».

En effet, la loi prévoit que, en droit commun, la garde à vue, qui n'est possible que pour les infractions punies d'une peine d'emprisonnement, ne peut excéder 24 heures, peut être prolongée pour une durée égale sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, dans l'hypothèse d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an, et si la prolongation est l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des six objectifs précités. Ainsi, dès le début de la mesure, l'officier de police judiciaire (qui peut d'office ou sur instruction du parquet placer une personne en garde à vue), doit informer la personne gardée à vue notamment qu'elle bénéficie du droit d'être assistée par un avocat, ainsi que du droit lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

Il semble que le droit au silence dont il faut rappeler qu'il a été instauré par la loi du 15 juin 2000 puis supprimé par la loi du 18 mars 2003, semble subordonné à une première déclinaison de l'identité si bien qu'il n'est pas absolu.

Mais s'agissant de la présence de l'avocat, l'article 5 qui prévoit d'insérer un article 63-3-1 dispose que, « *dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à être assistée par un avocat* ».

C'est bien d'assistance dont il s'agit, mais il n'est pas certain que cette assistance soit effective au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, l'article 6 de la loi prévoit que l'avocat désigné dans les conditions de l'article 63-3-1 « *peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. La durée de l'entretien ne peut excéder trente minutes. Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut, à sa demande, s'entretenir à nouveau avec un avocat dès le début de la prolongation, dans les conditions et pour la durée prévues aux deux premiers alinéas* ».

L'avocat peut être choisi ou commis d'office et, nouveauté, être désigné par l'employeur, un proche, la famille, le curateur, le tuteur..., avec confirmation du gardé à vue, (initiative qui suppose que l'information soit transmise par l'enquêteur à la personne gardée à vue, démarche qui, en pratique, peut s'avérer illusoire).

Ainsi, l'avocat peut s'entretenir pendant trente minutes dès le début de la garde à vue avant la première audition, puis dans la foulée assister aux auditions et confrontations étant précisé que la première audition ne peut débuter sans la présence de l'avocat choisi ou commis d'office avant l'expiration d'un délai de deux heures suivant l'avis adressé par l'OPJ au gardé à vue de la demande formée par la personne d'être assistée par « *un* » avocat.

Ce délai de deux heures n'a pas à être respecté si la première audition porte uniquement sur les éléments d'identité et si les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate

de la personne, sur autorisation écrite et motivée du parquet à la demande de l'OPJ.

D'abord, il est regrettable que le non-respect du délai de deux heures ne soit pas mentionné dans le texte comme étant à peine de nullité.

En outre, le critère de l'appréciation des nécessités de l'enquête est purement subjectif et il n'est pas prévu que l'avocat puisse en discuter lors d'un débat contradictoire avec le parquet, voire le JLD et l'OPJ.

Ainsi, il existe une première atteinte au droit de se taire qui pourrait être systématiquement battu en brèche en pratique, et ce en contradiction avec l'article 1^{er} A de la loi qui ajoute au III de l'article préliminaire du Code de procédure pénale que, « *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* ».

En effet, sous des prétextes aussi divers que variés, il sera possible d'entendre le gardé à vue hors la présence de son avocat, et il suffira d'obtenir que les déclarations faites sans avocat soient corroborées par d'autres éléments du dossier pour que l'audition soit validée.

Une telle réforme est radicalement anticonventionnelle comme d'ailleurs anticonstitutionnelle, et contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment l'arrêt *Salduz* du 27 novembre 2008 (CEDH, 27 nov. 2008, aff. 36391/02, *Salduz c/ Turquie*), qui retient que « *en l'espèce, le droit du requérant à bénéficier de l'assistance d'un avocat a été restreint pendant sa garde à vue, en application de l'article 31 de la loi n° 3842, au motif qu'il se trouvait accusé d'une infraction qui relevait de la compétence des cours de sûreté de l'État. En conséquence, il n'était pas assisté d'un avocat lorsqu'il a effectué ses déclarations devant la police, devant le procureur et devant le juge d'instruction. Pour justifier le refus du requérant de l'accès à un avocat, le Gouvernement s'est borné à dire qu'il s'agissait de l'application sur une base systématique des dispositions légales pertinentes. En soi, cela suffit déjà à faire conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 à cet égard, telles qu'elles ont été décrites au paragraphe 52 ci-dessus* ».

En outre, le report de la présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations est envisagé si ce report apparaît « *indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, 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* ».

C'est au procureur de la République qu'il appartient de différer la présence de l'avocat pendant une durée maximale de douze heures, mais lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans, c'est au JLD, sur requête du parquet, à qui revient l'autorisation de différer la présence de l'avocat au-delà de la 12^e heure jusqu'à la 24^e heure.

Ce report emporte également pour la même durée l'impossibilité pour l'avocat de consulter les procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue.

En termes de report, l'article 12 prévoit que « *l'intervention* » (qui comprend l'entretien et l'assistance aux interrogatoires ?) de l'avocat peut être différée pour une durée maximale de 48 heures, dans toutes les hypothèses, au nombre de seize, de criminalité organisée de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, et pour une durée maximale de 72 heures pour les infractions prévues aux 3^e et 11^e de cet article (trafic de stupéfiants et actes de terrorisme).

Le critère de « *raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction pour permettre le recueil ou la conservation des preuves ou pour prévenir une atteinte aux personnes* » emportera report de l'entretien de trente minutes, puisque tel est le droit positif, si bien qu'il faut distinguer le report de l'intervention elle-même qui emporte report de l'entretien et de l'assistance aux auditions, du report de la « *présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations* », qui n'emporte pas report de l'entretien de trente minutes...

Les critères retenus par le législateur autoriseront en pratique toutes les dérives, constat désolant lorsque l'on sait que l'avocat qui se sera entretenu pendant trente minutes avec le gardé à vue ne pourra pas s'opposer à la déclinaison de l'identité, pourra simplement lors de l'assistance aux auditions prendre connaissance des procès-verbaux d'audition (outre du procès-verbal constatant la notification du placement en garde à vue et du certificat médical), sans pouvoir « *en demander ou en réaliser une copie* », pouvant simplement « *toutefois prendre des notes* ».

L'avocat pourra également au cours des auditions et confrontations, prendre des notes et à l'issue de chaque audition ou confrontation, « *poser des questions, étant précisé que l'OPJ pourra s'opposer aux questions* » de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête.

Ce texte n'est pas sans rappeler l'article 120 du Code de procédure pénale, concernant l'instruction qui dispose que : « *le juge d'instruction dirige les interrogatoires, confrontations et auditions. Le procureur de la République et les avocats des parties et du témoin assisté peuvent poser des questions ou présenter de brèves observations.*

Le juge d'instruction détermine, s'il y a lieu, l'ordre des interventions et peut y mettre un terme lorsqu'il s'estime suffisamment informé. Il peut s'opposer aux questions de nature à nuire au bon déroulement de l'information ou à la dignité de la personne.

Force est de constater que le législateur a voulu « *judiciariser* » la garde à vue en empruntant au Code de procédure pénale, dans sa partie juge d'instruction, les dispositions relatives à la détention provisoire comme celles concernant le rôle du juge d'instruction au cours de l'interrogatoire.

Dans ce cas, pourquoi ne pas avoir également emprunté les textes qui réglementent l'accès de l'avocat au dossier complet de l'enquête (hormis la commission rogatoire en cours) ?

L'avocat pourra présenter des observations écrites dans lesquelles il pourra consigner les questions refusées, considérées comme de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête, et ce, à l'issue de chaque entretien avec la personne gardée à vue et de chaque audition ou confrontation à laquelle il aura assisté.

Ces observations seront jointes à la procédure et pourront être adressées par l'avocat au procureur de la République pendant la durée de la garde à vue.

Enfin, il est clairement indiqué dans la loi que, « *sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, l'avocat ne peut faire état auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue ni des entretiens avec la personne qu'il assiste, ni des informations*

qu'il a recueillies en consultant les procès-verbaux et en assistant aux auditions et aux confrontations ».

La nouveauté réside dans la sanction qui s'attache à une telle révélation, puisqu'en son article 14, il prévoit que « *sans préjudice de l'application de l'article 434-7-2 du Code pénal, le fait pour une personne, qui a été appelée à intervenir dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, de faire état auprès de quiconque de l'entretien, des auditions ou du contenu des procès-verbaux consultés, dans le but d'entraver le cours de la justice, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende* ».

L'avocat ne pourra donc faire état ni de l'existence même de la garde à vue, ni des informations qu'il y a recueillies, sauf à tomber sous le coup des présentes dispositions répressives outre celles de l'article 434-7-2 du Code pénal (deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende) et celles de l'article 226-13 du Code pénal (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende), seule la qualification la plus haute devant être retenue.

Ainsi, nous sommes très loin de « *l'assistance effective* » dégagée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé à de multiples reprises que « *l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale, aux fins de l'article 6 de la Convention, que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue ou en détention provisoire. Ainsi, un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela, indépendamment des interrogatoires qu'il subit. En effet, l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. À cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le*

soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention, sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer (CEDH, 13 oct. 2009, aff. 7377/03, Dayanan c/ Turquie, paragraphe 31 et s.).

Il en est de même pour l'avocat de la victime, que la loi ne tolère qu'au stade de la seule et éventuelle confrontation avec la personne gardée à vue.

Qu'il se situe du côté du gardé à vue ou de la victime, l'avocat ne dispose pas de la possibilité d'assister effectivement la personne dont il a charge de défense, faute de pouvoir s'entretenir avec elle sans limite de durée, d'avoir accès à l'entier dossier et de pouvoir intervenir à tout moment par des observations ou des questions et des demandes d'actes avec cette précision que la loi restitue insidieusement en matière de flagrance par son article 11 bis l'audition libre sans droits et sans avocat.

Il n'est pas certain que le législateur (à l'instar du gouvernement), ait pu se départir de la suspicion qui, comme un automatisme, pèse sur l'avocat depuis déjà le rapport d'étape du Comité Léger qui, rappelons-le, contenait en page 18 une formule cruelle à l'encontre des avocats, puisqu'il y était prévu que « *la majorité des membres a jugé qu'il convenait de préserver l'efficacité de l'enquête et notamment des premières heures de la garde à vue.* La présence de l'avocat, dès les premières auditions, est en effet susceptible d'entraver et de ralentir le déroulement

Les critères retenus par le législateur autoriseront en pratique toutes les dérives, constat désolant lorsque l'on sait que l'avocat pourra simplement lors de l'assistance aux auditions prendre connaissance des procès-verbaux d'audition, sans pouvoir "en demander ou en réaliser une copie", pouvant simplement "toutefois prendre des notes".

de l'enquête, alors que ce sont généralement les premières investigations qui se révèlent déterminantes pour la vérité ». La sentence avait été édulcorée dans le rapport définitif du Comité de réflexion sur la justice pénale, remis le 1^{er} septembre 2009 au Président de la République, puisque la formule contenue à la même page 18 était rédigée comme suit : « *Aussi, afin de protéger efficacement les droits du gardé à vue, certains membres estiment nécessaire que l'avocat soit présent dès la première heure et puisse assister à l'ensemble des auditions du gardé à vue. Il a été indiqué lors des débats que cette mesure permettait de conforter la valeur des déclarations faites durant la garde à vue et désamorcerait les discussions sur les conditions dans lesquelles peuvent intervenir les aveux du mis en cause.* Toutefois, la majorité des membres s'oppose à cette proposition car elle considère qu'il convient de préserver l'efficacité de l'enquête, et que les premières investigations se révèlent souvent déterminantes pour la découverte de la vérité ».

Ce rapport, comme d'ailleurs l'avant-projet de réforme de la procédure pénale du 2 mars 2010, ayant été jeté aux oubliettes de l'édifice de la « refondation » de la procédure pénale, renaît comme par enchantement de ses cendres dès qu'il s'agit de cerner et définir le rôle de l'avocat au cours de l'enquête.

Depuis ce rapport, première ébauche d'une réforme de la procédure pénale à travers l'hypothèse de la suppression du juge d'instruction telle que souhaitée par le Président de la République, tant le gouvernement que le législateur ont imaginé, à la faveur de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 (Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22, QPC), de saucissonner à la tronçonneuse cette défunte réforme pour la réduire à la garde à vue, tout en légiférant (au-delà de cette mesure) sur le rôle plus vaste du parquet dont l'extension devait ainsi passer inaperçue...

Récemment, le Syndicat national des officiers de police (SNOP), connu pour ses idées progressistes et pour avoir été « *le premier et quasiment le seul à avoir engagé la discussion avec les magistrats et les avocats* », faisait part lors d'un colloque « *Garde à vue* » tenu le 3 mars 2011 dans les locaux de la 1^{re} chambre du Tribunal de grande instance de Paris, de ses craintes en faisant valoir « *sa légitimité à être entendu avec attention quand il dit que l'enquête pénale ne doit pas être mise en danger, que si elle doit évoluer, elle ne doit pas être ralentie, ni paralysée, que les enquêteurs doivent avoir les moyens juridiques et matériels de faire face aux contraintes nouvelles, et que l'exercice des droits de la défense ne doit pas pouvoir conduire au blocage des investigations, ni faire échapper l'expression de la vérité à la justice pénale* ».

Ainsi, la messe serait dite également par la circulaire d'application du 23 mai 2011 (Circ. 23 mai 2011, NOR : JUSD1113979C, précitée), qui contient en exergue en page 8 la nécessité impérieuse de rappeler aux OPJ la possibilité d'entendre sous la forme de l'audition libre une personne conduite jusqu'à l'OPJ sans avoir subi aucune contrainte.

En effet, Madame la directrice des affaires criminelles et des grâces écrit qu'il lui « *paraît enfin particulièrement nécessaire que soit rappelée aux officiers de police judiciaire la possibilité d'entendre, immédiatement et sans la placer en garde à vue, la personne appréhendée par des agents de la force publique, mais ensuite conduite jusqu'à l'officier de police judiciaire, sans avoir subi aucune contrainte* ».

C'est ici que la définition donnée par le législateur de la garde à vue se révèle dans toute sa perversité, car c'est la

loi nouvelle du 14 avril, certes imparfaite, qui est ainsi tenue en échec par le critère retenu de la coercition déclenchant la présence de l'avocat, plus précisément celui de la contrainte et ce, par une interprétation *a contrario* qui légitime l'audition d'un « *suspect* » sans avocat au motif qu'il aurait été présenté à l'OPJ sans contrainte...

La formule est insidieuse et reprise en page 41, paragraphe IV.II.III de la circulaire, qui prévoit, hypothèse extraordinaire, « la possibilité de fonder une condamnation sur des déclarations recueillies sans avocat, corroborées par d'autres éléments. L'article préliminaire prohibe toute condamnation qui serait prononcée sur le seul fondement des déclarations d'une personne qui n'a pas pu être assistée par un avocat. Il ne prohibe pas dès lors une condamnation qui ne serait pas uniquement fondée sur de telles déclarations ».

En réalité, le débat est ouvert car la loi, tant par la définition qu'elle donne de la garde à vue que par le rôle qu'elle assigne aux avocats, est à la fois aussi anticonstitutionnelle qu'anti-conventionnelle.

La Commission européenne l'a bien perçue, elle qui vient de rédiger une proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre de procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, et qui prévoit notamment qu'il « *convient de garantir cet accès à un avocat, au plus tard au moment de la privation de liberté, et dans les meilleurs délais au regard des circonstances de chaque affaire. Que la personne concernée soit privée de liberté ou non, elle doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dès son audition. Cette assistance doit également être offerte lorsqu'un acte de procédure ou la collecte de preuves requiert et autorise la présence de la personne soupçonnée ou poursuivie, sauf si les éléments de preuve à recueillir risquent d'être altérés, déplacés ou détruits du fait du temps écoulé jusqu'à l'arrivée de l'avocat. Cela est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a déclaré que le suspect doit bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police et dès qu'il est privé de liberté, et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit* ».

Ainsi, l'avocat peut-il « *assister à toute mesure d'enquête ou de collecte de preuves pour laquelle la législation nationale applicable exige ou autorise expressément la présence de la personne soupçonnée ou poursuivie, et accéder au lieu de détention pour y vérifier les conditions de détention* ».

Or, la circulaire précitée refuse à l'avocat le droit d'assister aux perquisitions qui intéressent son client (Circ. 23 mai 2011, NOR : JUSD1113979C, précitée, p. 31), alors qu'une telle présence de l'avocat est permise en matière fiscale (LPF, art. L. 16B), en matière de concurrence (C. com., art. L. 450-1), en matière financière (C. mon. fin., art. L. 621-12), outre la présence du bâtonnier ou du délégué en matière de perquisition en cabinet d'avocat (C. pr. pén., art. 56-1).

Il est regrettable qu'une circulaire présentée comme ayant une valeur supérieure à la loi interne du seul fait des instructions données au magistrat du parquet comme du siège par la Chancellerie, dénature sciemment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle prétend consacrer. Les avocats n'éprouvent aucun doute : ils savent qu'au plan des libertés, leur salut vient et viendra toujours d'en haut, de la Cour européenne des droits de l'homme, nouvelle Cour suprême européenne. ♦