

## Je cherche un Juge

Sur la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 réformant le régime de la garde-à-vue

*« Il ne fait aucun doute que cette décision aura de profondes conséquences, mais il n'y a pas de place dans la situation à laquelle se trouve confrontée la Cour pour une décision qui favoriserait le statut quo simplement sur des bases d'opportunité. Il y a là une question de droit, à laquelle il faut faire face quelles qu'en soient les conséquences »<sup>(1)</sup>.*

Il y a là une question de droit, à laquelle il faut faire face, quelles qu'en soient les conséquences. Une Cour Suprême, octobre 2010. Pas la notre, bien sûr. En procédure pénale l'herbe est, réellement, toujours plus verte ailleurs. Guides lumineux il y a deux siècles et demi, traînant les pieds avec mauvaise grâce à la queue du cortège aujourd'hui, humiliés chaque année par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et les rapports de quelques ONG libertaires, et si peu pour s'en émouvoir. Une Cour Suprême donc, anglaise. Perfide Albion. Mais courageuse, aussi...

Une semaine avant exactement, nos Hauts Magistrats de la Chambre Criminelle, manifestement toujours plus soucieux d'ordre que de droit – que l'on nous explique, sinon, pourquoi le taux de cassation criminelle est beaucoup plus faible qu'en matière civile ou prud'homale...- avaient bien concédé, enfin, que « les règles actuelles de la garde à vue sont contraires à la Convention Européenne des Droits de l'Homme », ce que nous leur expliquions depuis dix ans. Mais d'ajouter, audacieusement prudent, que cette décision ne pouvait s'appliquer immédiatement à une garde-à-vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice<sup>(2)</sup>.

Le temps laissé au pouvoir exécutif et à sa chambre d'enregistrement pour promulguer une loi qui assurerait la

conformité du régime français de la garde à vue aux exigences conventionnelles auxquelles nous sommes, pour notre salut, soumis. Le 15 avril 2011, revenant à une approche plus juridique que pragmatique de cette question, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation rappelait l'évidence : ces exigences conventionnelles sont d'application immédiate. La loi modifiant le régime de la garde à vue avait été promulguée la veille, et devait entrer en vigueur le 1er juin 2011. Durant un mois et demi les modalités pratiques qu'elle prévoyait ont été mises en œuvre par anticipation, et dès le 15 avril midi les avocats investissaient les commissariats de police et les gendarmeries pour assister désormais les gardés à vue lors de leurs auditions.

La réforme est aujourd'hui connue : imparfaite, incomplète, insuffisante au regard de nos obligations conventionnelles, promulguée dans la précipitation d'une décision attendue de l'Assemblée Plénière sans être passée par le filtre du Conseil Constitutionnel et donc attaquable, disposition par disposition, par la voie des QPC. Piège pour l'avocat, aussi, quand par sa seule présence il renforce la valeur probante d'un procès verbal sans pouvoir utilement conseiller – sinon peut-être en invitant le gardé à vue à se taire...- car n'ayant pas (encore ?) accès au dossier.

### Que dit la loi ?

Toujours soucieux des apparences, les auteurs de la loi ont pris grand soin de se vouloir rassurants sur la préoccupation constante qui était la leur de toucher aussi peu que possible aux libertés individuelles. La déclinaison des circonstances permettant le placement en garde à vue d'un individu est aujourd'hui présentée de manière aussi restrictive que celle relative à la détention provisoire, empruntant aux mêmes formules restrictives : la garde à vue « doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un, au moins, des objectifs suivants », ces objectifs étant la conservation des preuves, le maintien du mis en cause à la disposition de la justice, ainsi que d'éviter toutes pressions ou concertations frauduleuses.

Portée pratique ? La réduction du nombre de garde à vue, déjà sensible sur l'ensemble du territoire national, qui semble tenir davantage d'un certain pragmatisme dans la gestion des – trop faibles – moyens, qu'à un réel changement de philosophie politique en matière d'usage de la

contrainte publique. Portée pratique sur un plan plus procédural (de la possibilité pour l'avocat de solliciter la nullité d'une garde à vue qui n'aurait pas été strictement nécessaire pour atteindre l'un de ces objectifs) ? Sur le papier elle pourrait être intéressante, puisque une violation de ce texte fera nécessairement grief à l'intéressé, ainsi privé de liberté. Gageons pourtant qu'elle sera nulle, une expérience croisée du contentieux de la détention et du contentieux des nullités conduisant difficilement sur ce point à un optimisme béat.

Plus intéressant, sur le fond même du régime de la garde à vue et la présence de l'avocat, en manière de verre à moitié vide – à moitié plein.

A moitié plein : sauf exception, limitativement énumérées, un justiciable gardé à vue peut être assisté, durant chacune de ses auditions et confrontations, par un avocat, qui peut au terme de celles-ci poser des questions ou faire des observations. A moitié vide : ce dernier n'a pas de réel accès au dossier, et les rares pièces qui peuvent lui être communiquées ne lui seront, le plus souvent, d'aucune utilité.

Sous réserve des exceptions dont nous dirons un mot, les modalités pratiques de l'intervention de l'avocat s'organisent comme suit : désigné par un gardé à vue, l'avocat bénéficie toujours d'une demi-heure d'entretien confidentiel avec lui dès le début de la mesure. A ce stade et sur sa demande, il peut obtenir la transmission du certificat médical de l'intéressé, ainsi que le procès verbal notifiant à celui-ci son placement en garde à vue. Il peut aussi, si jamais pour une raison ou une autre le gardé à vue avait déjà été entendu, avoir accès à ses auditions (hypothèses d'une désignation après une prolongation de garde à vue, ou bien d'une intervention décalée de l'avocat, soit qu'il arrive tardivement, soit que dans l'un des cas énumérés par la loi le procureur, puis le juge des libertés et de la détention, aient décidé de différer son intervention). Le certificat médical, le procès verbal de notification du placement en garde à vue, d'éventuelles auditions préalables, et rien d'autre. Il n'est pas possible d'en obtenir copie, mais la loi autorise l'avocat – comme durant l'audition d'ailleurs – à prendre des notes – à l'exclusion donc de toute autre forme de prise d'information (scanner, photo etc.).

Une évolution intéressante doit être relevée concernant la désignation de l'avocat : celui-ci peut toujours, bien évidemment, être désigné par le gardé à vue, mais aussi désormais par les personnes que celui-ci est autorisé, au terme de la loi, à faire prévenir de son placement en garde

à vue : parents, fratrie, employeur, personne avec laquelle il vit habituellement. Dans cette seconde hypothèse il faut simplement que le gardé à vue, informé de cette désignation, la confirme (article 63-3-1).

Puis vient le temps des auditions : la première audition ne peut débiter dans un délai inférieur à deux heures à compter de l'information donnée à l'avocat de sa désignation (sauf décision écrite et motivée du procureur fondée sur les nécessités de l'enquête). Le texte ne prévoit aucun délai de ce type pour les auditions suivantes, les policiers ne pouvant pas, toutefois, entendre le gardé à vue sans avoir informé dans un temps utile son avocat, sauf à mettre en péril la validité du procès-verbal d'audition. L'absence de contrainte légale permet là une souplesse compréhensible, dont on peut redouter cependant qu'elle multiplie rapidement les « motifs de fâcheries »...

Le régime de l'audition (ou des confrontations, la victime pouvant dans cette hypothèse être elle aussi assistée d'un avocat) est calqué sur celui des interrogatoires devant le juge d'instruction : durant l'audition il est souvent dit que l'avocat doit rester taisant (et assurément écrit qu'il ne peut poser des questions ou faire des observations qu'au terme de celle-ci). C'est ainsi que la loi est systématiquement présentée, sans être pourtant aussi claire : il n'est nulle part inscrit un « devoir au silence » de l'avocat durant

l'audition. Il est uniquement écrit que « l'audition est menée sous la direction de l'officier ou de l'agent de police judiciaire qui peut à tout moment, en cas de difficulté, y mettre un terme et en aviser immédiatement le Procureur de la République qui informe, s'il y a lieu, le Bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat ». Si la maîtrise de l'audition par l'enquêteur, et l'indication que les questions et

observations sont faites au terme de celle-ci, vont naturellement conduire à ce que l'avocat reste plutôt silencieux, ce texte semble régler la question autour de laquelle de nombreuses crispations sont déjà apparues : un avocat peut-il, durant l'audition, rappeler au gardé à vue son droit au silence ? Le rappel d'un droit légal et conventionnel, outre qu'il devrait toujours être possible, n'est en tout état de cause ni une question, ni une observation, et la rédaction du texte ne l'interdit aucunement. Et si cette intervention ne convient pas à l'enquêteur, celui-ci n'aura qu'à s'en remettre au texte : informer le Procureur de l'incident et solliciter qu'il contacte le Bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat. Gageons, optimiste pour une fois, que la démarche policière n'aurait ici aucune chance de succès...

La loi prévoit, bien sûr, toute une série d'exceptions concernant les modalités d'intervention de l'avocat. Le délai d'at-

**il n'est nulle part inscrit  
un « devoir au silence »  
de l'avocat  
durant l'audition.**



tente de deux heures concernant la première audition, nous l'avons dit, peut être écarté sur décision du procureur. Plus encore, celui-ci peut sur décision écrite et motivée, et bien évidemment « à titre exceptionnel », reporter la présence de l'avocat lors des auditions, « si cette mesure 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 ». Le procureur peut reporter cette présence pour une durée maximale de douze heures, que le juge des libertés et de la détention peut prolonger dans les mêmes conditions pour une durée maximale identique, à condition toutefois, concernant cette prolongation, que les infractions poursuivies soient punies d'une peine supérieure ou égale à cinq ans. Le texte prévoit que la motivation fasse état « d'éléments précis et circonstanciés résultant des faits de l'espèce ».

La durée de ce report de la présence de l'avocat passe de 24 à 48 heures, voire 72, concernant les infractions dites de « banditisme organisé », définies à l'article 706-63 du code de procédure pénale – report décidé par le procureur jusqu'à la 24<sup>ème</sup> heure, le JLD ensuite, le tout exactement dans les mêmes conditions que le report « de droit commun ». Il convient donc de relever que, contrairement à la volonté politique initialement formulée dans le précédent projet de loi, les infractions relatives aux stupéfiants, proxénétisme et autres n'échappent plus à ce qui devient le principe commun : un gardé à vue bénéficie du droit à l'assistance d'un avocat durant ses auditions.

Les motifs pour lesquels il pourrait en être privé, qu'il s'agisse du régime de droit commun ou des infractions énumérées à l'article 706-63, intrigue énormément : si une audition doit avoir lieu, on comprend mal en effet en quoi la présence de l'avocat à cette audition – puisque c'est de cela qu'il s'agit – pourrait nuire au « bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves » ou, pire encore, générer le risque d'une « atteinte imminente aux personnes ». Sauf à l'imaginer complice de celui placé en garde à vue et soucieux d'informer ses complices au sortir de celle-ci...

Les avocats devront donc être extrêmement attentifs aux motivations utilisées et, susceptibles forcément d'être, par cette interdiction de présence, mis en cause dans leur intégrité, solliciter la nullité des auditions ainsi effectuées.

Voilà, succinctement présentées, les modalités d'assistance d'un gardé à vue par un avocat lors de ses auditions. Satisfaisantes ?

Si on la veut raisonnable, la réponse ne peut qu'être nuancée. Oui, assurément, c'est un pas important de franchi, et l'expression de quelques inquiétudes policières, parfois véhémentement exprimées, suffirait à s'en convaincre. Et si, plus habilement, quelques policiers se disent blessés par une réforme qui serait vécue comme une mise en cause de leur intégrité professionnelle relativement aux méthodes qu'ils pourraient parfois utiliser durant les auditions, que ceux-ci soient rassurés : le code de procédure pénale est, par nature, un code de défiance, suspectant justement les uns ou les autres – policiers, juge, avocats – de défaillances coupables, et créant justement des mécanismes permettant



de les limiter. Oui, des policiers sont suspectés de ne pas mener les auditions dans des conditions satisfaisantes sur un plan déontologique et procédural. Oui, assurément, la présence de l'avocat sera de nature à dissuader les comportements déviants en la matière. Suffisant ?

Non, assurément. Hervé VLAMYNCK, Commissaire principal de police : « *le rôle de l'avocat est en-deçà de ce qu'exige la Cour européenne des droits de l'homme et, de ce point de vue, le texte actuel n'est sans doute pas à l'abri d'une éventuelle censure. L'avocat sera un spectateur passif dont la présence donnera une force importante aux éventuels aveux passés lors des interrogatoires et rendra plus difficile une contestation ultérieure de ceux-ci* »<sup>(1)</sup>. Aux aveux et à tous les autres propos tenus et actés. La présence de l'avocat aux auditions comme autant de

crédit supplémentaire apporté à la force probante des procès-verbaux rédigés en sa présence, la conséquence est inévitable. Pour quel gain, en termes de qualité de défense ?

Vincent SIZAIRE, Juge d'instruction : « *L'essentiel du travail de défense que le conseil peut garantir à la personne assistée réside, d'une part, dans l'analyse minutieuse en fait et en droit du dossier – tant du point de vue de la régularité procédurale que de la régularité des charges relevées à l'encontre de son client – d'autre part dans les recours ou les demandes d'orientation des investigations qu'il pourra en conséquence formuler dans l'intérêt de son client. Toutes choses qu'il lui est, matériellement, impossible de faire dans le temps de la garde à vue. En définitive, nous devons constater que sa présence au cours des auditions de garde à vue aura pour principal effet de garantir qu'elles se seront déroulées sans pression à l'égard de son client – ce qui au demeurant sert, à notre sens, bien davantage l'efficacité de l'enquête* »<sup>(2)</sup>. Tout est – très justement – dit.

Une réforme qui ne peut donc être, pour l'avocat, qu'un premier pas – ou un second, puisque notre entrée dans les commissariats et gendarmeries après la réforme de 1993 avait déjà été vécue comme une révolution. Le prochain sera d'avoir un accès plus étendu au dossier, doublé d'une possibilité d'entretiens confidentiels entre les auditions – voire durant les auditions – et non plus seulement l'entretien de 30 minutes au début de la mesure de garde à vue puis à son renouvellement.

Le moyen d'y parvenir ? La Cour européenne des droits de l'homme encore, sans doute. L'attendu de principe de son arrêt DAYANAN c/ TURQUIE du 13 octobre 2009 ouvre assurément la voie et son simple rappel suffit à démontrer que la loi du 14 avril 2011, assurément, est en deçà des exigences conventionnelles : « 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 ». On ne discute pas d'une affaire, on n'organise pas une défense, on ne prépare pas un interrogatoire, lorsqu'on n'a pas accès au dossier, pas davantage la possibilité de s'entretenir comme on le souhaite avec celui que l'on défend. C'est aussi simple que ça.

Un premier pas en 1993, un second en 2011 après 10 ans, au moins, de bataille procédurale face à des juges résistants, préférant l'ordre du droit interne au droit tout court et son désordre fantasmé : l'Angleterre, l'Espagne, le Portugal, l'Italie ne sont pas devenus d'infâmes coupe-gorges depuis que les avocats assistent les justiciables durant les auditions en garde à vue, et l'impunité pénale ne semble pas y être devenue la

règle. Combien de temps avant le troisième ? Celui que nos magistrats mettront à concéder que le droit interne français n'est toujours pas conforme aux exigences conventionnelles auxquelles il est directement soumis.

« *Il y a là une question de droit, à laquelle il faut faire face, quelles qu'en soient les conséquences* ».

Je cherche un Juge...<sup>(5)</sup>

(1) Sur l'ensemble voir Alain MIKOWSKI, « La garde à vue », Magazine Avocat & Droit n° 36, décembre 2010, janvier et février 2011

(2) Le Conseil Constitutionnel avait rendu, à la suite d'une QPC, une décision similaire le 10 juillet 2010, différent ses effets au 1er juillet 2011

(3) AJ Pénal novembre 2010, au sujet du projet de loi et non de la loi elle-même, mais celle-ci n'ayant apporté aucune évolution sur la place et le rôle de l'avocat le propos reste de circonstance...

(4) AJ Pénal novembre 2010, avec bien sûr la même observation que précédemment.

(5) « Je cherche un homme » disait Diogène de Sinope, lanterne à la main en plein jour, parcourant l'agora et les rues d'Athènes, au milieu de la foule...

## Une réforme qui ne peut donc être, pour l'avocat, qu'un premier pas – ou un second (...)



Par Jean BOUDOT,  
Avocat au Barreau de Marseille  
Membre du Conseil de l'Ordre