

Les Sages de la rue Montpensier ont-ils fait leur la réflexion de Montesquieu selon laquelle « *il ne faut toucher aux lois que les mains tremblantes* » exprimant ainsi pour la première fois peut-être le fameux « *principe de précaution* » ? On pourrait le penser puisque dans une première décision, le Conseil constitutionnel donnait le « *coup de grâce* » aux anciennes modalités de la garde à vue tout en précisant que les effets de cette « *inconstitutionnalité* » ne pouvaient se produire qu'à compter du 1^{er} juillet 2011 même si cet objectif se trouvait mis à néant par les arrêts de la Cour de cassation du 19 octobre 2010. Le souci des « *Sages* » était sous-tendu par le principe de sécurité juridique, d'une part, et la bonne administration de la justice, d'autre part. N'y-a-t-il pas, par cette décision nouvelle que nous allons examiner, une forme de « *récidive* » afin d'ajouter au respect de ces principes, celui de la sécurité et de la bonne administration du travail des enquêteurs ?

Garde à vue : le réalisme pratique du Conseil constitutionnel



Par Christophe AYELA

Associé
Mayer Brown



Et Jean-Claude KROSS

Ancien Avocat Général
Consultant pénal
Mayer Brown

Dans un article prémonitoire publié par le journal « *Le Figaro* » le 31 mai 2011, la journaliste Laurence de Charrette affirmait que le texte sur la garde à vue qui constitue la loi du 14 avril 2011 faisait partie des « *textes maudits* » parce subsistant aussitôt sa promulgation les assauts constants, déterminés et opportunistes de ses opposants dont les avocats sont les représentants les plus farouches au moyen de la question prioritaire de constitutionnalité. Loi nécessaire, loi imposée mais en même temps loi fragilisée parce que votée sous les contraintes de la CEDH, de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel.

L'apport essentiel de cette loi repose sur trois axes :

- empêcher la systématisation du placement en garde à vue ;
- garantir le respect des droits fondamentaux de la personne gardée à vue ;
- renforcer corrélativement les droits des victimes.

Mais le véritable débat judiciaire et constitutionnel porte en réalité sur la place réelle et concrète donnée à l'avocat et, plus particulièrement à l'avocat de la personne placée en garde à vue. C'est dans ce contexte conflictuel que le Conseil constitutionnel a été saisi de questions prioritaires de constitutionnalité par les arrêts du Conseil d'État du 23 août 2011 et de la chambre criminelles de la Cour de cassation en date du 6 septembre 2011.

La décision du Conseil constitutionnel n° 2011-191/194/195/196/197 du 18 novembre 2011 était donc attendue avec des espérances contradictoires de la part des membres des barreaux et de la part du monde policier, les magistrats apparaissant plutôt divisés sur cette question.

Le Conseil constitutionnel estime que les dispositions de l'article 63-4-1 qui énoncent :

« *À sa demande, l'avocat peut consulter le procès-verbal établi en application du dernier alinéa de l'article 63-1 constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical établi en application de l'article 63-3, ainsi que les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste. Il ne peut en demander ou en réaliser une copie. Il peut toutefois prendre des notes.* »

ne sont contraires à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit.

L'argumentaire du Conseil constitutionnel repose sur l'absence de déséquilibre entre le respect des droits de la défense

et l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions. Ce qui est intéressant c'est que le Conseil constitutionnel fait allusion dans sa motivation aux délais dans lesquels la garde à vue est encadrée et paraît ainsi avoir pris conscience de ce que cette nouvelle loi était pour le moins « *chronophage* » et restreignait le temps de travail sur le fond des enquêteurs. On se souvient que le Contrôleur Général des lieux de privation de liberté avait écrit dans un de ses rapports qu'une garde à vue de 34 heures ne comportait qu'une heure et demie, deux heures au plus d'audition utile, tout le reste n'étant que paperasse et bureaucratie. Ce qui signifie aussi implicitement, que peut-être, si les avocats souhaitent un rôle renforcé avec un accès plus complet à la procédure, ils doivent accepter des durées de garde à vue beaucoup plus importantes puisque l'examen des procès-verbaux, leur analyse, la nécessité de préparer une ou plusieurs notes, d'envisager le contenu d'une ou plusieurs questions, voire de solliciter des actes, ne peuvent s'inscrire dans les durées actuelles. Cela signifie qu'à l'avenir, pour être cohérent, il faudra alléger le formalisme de la garde à vue pour que les officiers de police judiciaire se concentrent sur le travail d'enquête et permettent enfin aux avocats d'exercer pleinement leurs pouvoirs fondamentaux de recherche de la preuve dans le respect de leur déontologie (à ce titre, beaucoup plus restrictive que la réglementation en vigueur). En réalité, ce qui est écartée

c'est la confusion entre la phase d'enquête et la phase juridictionnelle qu'il s'agisse du magistrat instructeur ou de l'audience.

En revanche, il nous paraît critiquable de considérer que le refus de fournir à l'avocat la copie des actes réalisés puisse apparaître comme allant de soi alors qu'il s'agit d'une disposition pour le moins mesquine et humiliante marquant une forme très nette d'hostilité à la fonction d'avocat.

En ce qui concerne le domaine et le moment d'intervention de l'avocat de la personne gardée à vue pendant son audition, le Conseil constitutionnel se contente de rappeler les termes des dispositions du second alinéa de l'article 63-4-3 qui dispose que l'audition ou la confrontation est menée sous la direction de l'officier ou de l'agent de police judiciaire et prévoit que ce dernier peut à tout moment, en cas de difficulté, y mettre un terme et en aviser le procureur de la République qui informe, s'il y a lieu, le bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat, pour indiquer par la même formule valant motivation que ces dispositions ne sont contraires à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit.

Manifestement, le Conseil constitutionnel a voulu marquer son souci du respect du principe de réalité et d'efficacité de l'enquête à un moment où la question de la baisse des taux d'élucidation des affaires est mise en avant par les officiers de police judiciaire et des parquetiers et empiète sur le débat politique.

Cette interprétation est-elle choquante pour les droits de la défense ? Selon nous la réponse est négative parce qu'il existe pour les juridictions d'instruction un article 120 du Code de procédure pénale qui a manifestement inspiré le législateur à propos de la garde à vue. Cet article dispose en effet :

« 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.

Mention de ce refus est portée au procès-verbal.

Les conclusions déposées par le procureur de la République ou les avocats des parties et du témoin assisté afin de de-

mander acte d'un désaccord avec le juge d'instruction sur le contenu du procès-verbal sont, par le juge d'instruction, versées au dossier. »

N'a-t-on pas là une forme de copier/coller qui ôte toute efficacité à l'argumentaire des avocats ? La réponse est affirmative puisque si l'officier de police judiciaire comme le juge d'instruction mène les auditions, peut y mettre un terme, peut s'opposer à certaines questions, l'avocat peut aussi en cas de désaccord faire acter ou déposer des notes jointes à la procédure et les transmettre au Parquet.

Surtout que cette décision s'inscrit dans un contexte qu'il convient de rappeler et qui est à la fois européen et français. Européen parce que la décision de la CEDH du 13 octobre 2009 dans l'affaire *Dayanan c/ Turquie* (req. n° 7377/03) a posé sans aucune ambiguïté le principe selon lequel un mis en cause dès qu'il est pri-

Il nous paraît critiquable de considérer que le refus de fournir à l'avocat la copie des actes réalisés puisse apparaître comme allant de soi alors qu'il s'agit d'une disposition pour le moins mesquine et humiliante marquant une forme très nette d'hostilité à la fonction d'avocat.

vée de liberté doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dont le contenu est précisé par cette décision : il s'agit de « 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. ».

Français, parce que le Conseil constitutionnel a précédemment affirmé par la décision n° 2010-14/22 QPC en date du 30 juillet 2010 que si la garde à vue demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire, les évolutions depuis 1993 doivent être accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à

la garde à vue et assurant la protection des droits de la défense. À cette fin le Conseil constitutionnel posait le principe de la nécessité « d'une assistance effective d'un avocat "et du droit au silence, considérant que les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1^{er} à 6, et 77 du Code de procédure pénale ne permettaient pas une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Cela signifie que par la décision du 18 novembre 2011, le Conseil constitutionnel considère qu'il lui a été donné satisfaction !

Il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel à propos de l'article 62 du Code de procédure pénale marque ses réserves concernant l'audition libre en indiquant que « le respect des droits de la défense exige qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue, ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie ».

Ce faisant le Conseil constitutionnel souligne une grave faiblesse du nouveau dispositif créé par la loi du 14 avril 2011. Il faut rappeler que les parlementaires ont suivi l'opinion de la Commission des Llois de l'Assemblée nationale qui a écarté la création d'une audition libre qui était un régime au cours duquel la personne aurait été interrogée à la suite d'une simple convocation et ce, en l'absence d'avocat. Ce régime d'audition libre avait la faveur du Syndicat indépendant des commissaires de police qui proposait la création d'un article 62-4 dont les termes étaient les suivants

« Hors les cas où la personne mentionnée à l'article 62-3 fait l'objet d'un mandat de recherche ou lorsque les faits reprochés sont punis d'une peine supérieure à cinq années d'emprisonnement, la seule nécessité de l'entendre sur des faits dont elle est soupçonnée n'impose pas son placement en garde à vue dès lors qu'elle consent à son audition »

Le consentement de la personne à son audition est recueilli de manière expresse après qu'elle ait été informée par l'officier ou l'agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction

dont elle est soupçonnée ainsi que des dispositions du II. Le consentement de la personne fait l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait pas écrire, il en est fait mention au procès verbal ainsi que de son assentiment. Ces dispositions s'appliquent même si la personne a été interpellée et conduite par la force publique dans les locaux de police ».

Cette idée d'« audition libre » paraissant définitivement écartée, elle semble néanmoins resurgir avec la notion de « retenue judiciaire » le terme de retenue étant, d'une part, celui employé pour la retenue douanière qui est elle une mesure de contrainte comme la garde à vue et, d'autre part, pour les mineurs de 10 à 13 ans (12 heures maximum, renouvelables une fois soit 24 heures, en cas de crime ou délit passible d'au moins 5 ans d'emprisonnement).

Cette expression de « retenue judiciaire » figure dans le Livre blanc sur la sécurité

publique, remis au ministre de l'Intérieur le 26 octobre 2011. Elle serait d'une durée de 4 heures et ne serait mise en œuvre que pour les délits punis d'une peine inférieure ou égale à trois ans. Cette mesure comme pour l'audition libre exige le renoncement de la personne à la présence de l'avocat et ce, dès le début de la retenue. Cette proposition recueille l'aval du ministre de l'Intérieur qui la trouve « intelligente » (sic).

Selon nous, il convient de créer un nouveau statut : celui de « témoin privilégié » cette qualification soulignant que la personne soit interpellée, soit convoquée par les officiers de police judiciaire est certes mise en cause mais qu'il n'existe aucune raison de la placer en garde à vue c'est-à-dire de lui faire subir une mesure de contrainte qui entraîne toutes les modalités de celle-ci : palpation ou fouille corporelle, examen médical, détention dans les locaux de police ou de gendarmerie notamment.

Pourquoi ? Parce que le paradoxe de la nouvelle loi sur la garde à vue est que si le nombre de celles-ci vont diminuer pour les infractions routières, il apparaît que pour de nombreuses personnes mises en cause ou sur lesquelles il existe des suspicions de commission d'une ou plusieurs infractions, elles en viennent à exiger le placement en garde à vue pour bénéficier de l'assistance de l'avocat.

Ce qui démontre *a contrario* que l'on est tout de même passé d'un avocat contemplatif à un avocat actif dont la présence à toutes les auditions permet de contrôler avec efficacité et minutie que les propos de la personne gardée à vue se trouvent bien très exactement reproduits dans les procès-verbaux et que les questions sont bien comprises. C'est là toute l'effectivité opportune de l'assistance qui revêt aussi une valeur psychologique dont nul ne peut contester l'opportunité. ♦