

Paris, le 21 octobre 2010

SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE

BUREAU NATIONAL

La présidence

Le Syndicat de la magistrature

à

Tous les magistrats du siège et du parquet

Pour information

Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice et des Libertés

Objet : Contre-circulaire d'application des récentes décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de cassation relatives à la garde à vue.

Mots clés : Mission constitutionnelle, autorité judiciaire, contrôle, garanties pour le citoyen.

P.J. : 0

Le **Conseil constitutionnel** a rendu, le 30 juillet 2010, une décision historique sur la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du Code procédure pénale qui régissent la garde à vue.

Décidant qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur l'article 706-73 et sur le septième alinéa de l'article 63-4 relatifs aux régimes dérogatoires applicables à certains crimes et délits, il a en revanche déclaré les autres articles contraires à la Constitution, considérant notamment :

SM

12-14, rue Charles Fourier
75013 Paris
Téléphone : 01 48 05 47 88

- qu'ils n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions qu'elle a connues ;

- qu'ainsi la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée.

La **Cour européenne des droits de l'Homme** a ensuite rendu, le 14 octobre 2010, un arrêt *Brusco c. France* rappelant, s'il en était besoin, « *que la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire (voir les principes dégagés notamment dans les affaires Salduz c. Turquie, 27 novembre 2008, Dayanan c. Turquie, 13 octobre 2009, Boz c. Turquie, 9 février 2010 et Adamkiewicz c. Pologne, 2 mars 2010)* ».

Enfin, la **Cour de cassation** a rendu, le 19 octobre 2010, trois arrêts dans lesquels elle dégage trois nouvelles conditions de validité d'une garde à vue : la notification du droit au silence, la participation de l'avocat aux interrogatoires, avocat dont l'intervention – y compris en matière de criminalité organisée – ne saurait être différée dans le temps qu'en vertu de raisons impérieuses constatées par un magistrat.

Le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation ont toutefois décidé de reporter au 1^{er} juillet 2011 les effets de leurs décisions.

Arguant de ces reports, la Directrice des affaires criminelles et des grâces, par la voie de deux dépêches datées des 30 juillet et 19 octobre 2010, a indiqué à tous les magistrats français que « *les procédures d'enquête judiciaire en cours et celles qui seront diligentées jusqu'au 1^{er} juillet 2011 devront être réalisées conformément aux dispositions du Code de procédure pénale en vigueur jusqu'à cette date* » et qu'il « *conviendra de veiller à la prise en compte de ces décisions dans tous leurs aspects, y compris ceux relatifs à leur application dans le temps, le cas échéant en envisageant en lien avec [sa] direction l'exercice de voies de recours* ».

Manière subtile d'exprimer une position qui ne l'est pas : pour la Chancellerie, la Constitution et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales peuvent encore être violées quotidiennement pendant plusieurs mois.

Le Syndicat de la magistrature, qui n'a cessé d'alerter la garde des Sceaux sur la nécessité de permettre à la justice de s'adapter sans délai à la nouvelle donne jurisprudentielle, ne saurait accepter une telle démission.

La présente contre-circulaire a pour objet, tirant les enseignements de ces décisions convergentes, de rappeler les outils dont dispose le juge judiciaire pour confronter ses pratiques, d'ici au 1er juillet 2011 et même après, aux principes ainsi dégagés par les trois hautes juridictions.

Il s'agit, sans mettre en péril la qualité des enquêtes ni la sécurité juridique des procédures, d'envisager les moyens dont dispose le juge pour atténuer, dans l'intérêt du justiciable et du droit, les effets de dispositions de droit interne maintenues en survie artificielle et ce, dans l'attente d'une nouvelle législation enfin conforme aux exigences qui viennent d'être rappelées.

La première partie de cette contre-circulaire revient sur les incidences du report des effets des décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation au 1er juillet 2011, et montre que ce report ne saurait dispenser l'autorité judiciaire de sa mission de sauvegarde des libertés

individuelles (I). Les deuxième et troisième parties analysent les conséquences théoriques des récentes jurisprudences relatives à la garde à vue (II), et apportent des développements sur l'étendue des pratiques professionnelles dont peut se saisir le magistrat afin de contribuer à l'exigence d'un haut degré de respect des droits de l'Homme dans un domaine resté longtemps à l'abri du droit (III).

I. Des reports qui ne dispensent pas l'autorité judiciaire de sa mission de sauvegarde des libertés individuelles

En dépit du grave renoncement au respect de principes supérieurs auxquels il conduit, le report par le Conseil constitutionnel des effets de sa décision au 1^{er} juillet 2011 peut s'expliquer par la nécessité de préserver la base légale des gardes à vue en attendant que le législateur ne vote une nouvelle loi. Ni ce report, ni celui décidé par la Cour de cassation, pour des nécessités que l'on distingue moins clairement, n'annihilent toutefois les missions de l'autorité judiciaire, à laquelle il incombe de donner leur plein et entier effet aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Il faut tout d'abord souligner que le report décidé par le Conseil constitutionnel déroge explicitement et à titre « *exceptionnel* » (cf. commentaires de la décision aux cahiers du Conseil constitutionnel – Cahier n° 30 p. 21) au principe selon lequel la déclaration d'inconstitutionnalité doit en principe bénéficier au justiciable qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, le juge saisi de l'instance au cours de laquelle la question a été posée doit normalement pouvoir tirer les conséquences de l'abrogation des dispositions déclarées non conformes à la Constitution, qui découle nécessairement de cette déclaration.

Ce n'est donc que pour des motifs d'une exceptionnelle importance que le Conseil use de la faculté, que lui offre l'article 62 de la Constitution, de reporter les effets de sa décision dans le temps.

En l'occurrence, ce report n'a été consenti, aux termes mêmes de la décision, qu'afin :

- de donner au législateur le temps d'adopter les dispositions nécessaires pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée (cf. considérant 30) ;
- de préserver, dans l'intervalle, le support légal des gardes à vue pour éviter les conséquences d'une abrogation qui se révéleraient « *manifestement excessives* » en termes d'atteintes à l'ordre public ou de recherche d'auteurs d'infractions (cf. également les commentaires de la décision aux cahiers du Conseil constitutionnel, p. 22).

Aussi conviendra-t-on que le caractère exceptionnel et dérogatoire de ces reports doit conduire à en limiter la portée à ce qui est strictement nécessaire pour éviter les conséquences « *manifestement excessives* » d'une disparition pure et simple du support législatif de la garde à vue.

Bien entendu, il n'est pas question de dénier tout effet à ce report ni de suggérer qu'il faudrait passer outre cette disposition qui, quoiqu'exceptionnelle, prive néanmoins incontestablement, dans l'immédiat, la décision de principe de ses effets les plus radicaux, à savoir l'abrogation résultant de plein droit de la déclaration d'inconstitutionnalité.

Mais encore faut-il bien mesurer la portée réelle que le Conseil constitutionnel a lui-même entendu conférer à cette disposition exceptionnelle par laquelle il a différé les effets les plus massifs de sa décision. Celle-ci contient en effet une réserve qui dément l'impunité de principe des gardes à vue à venir que la Chancellerie a voulu déduire du report de l'abrogation des textes.

Le Conseil précise en effet que, jusqu'au 1^{er} juillet 2011, les mesures de garde à vue ne peuvent être « *contestées* » sur le fondement de l'inconstitutionnalité constatée.

Autrement dit, le juge ne peut relever le moyen tiré de l'inconstitutionnalité des textes régissant la garde à vue pour faire droit à la contestation – c'est-à-dire à une demande d'annulation – dont il serait saisi sur ce fondement. Mais est-ce à dire pour autant que le procureur de la République et le juge d'instruction, chargés du contrôle des mesures de garde à vue, devraient s'interdire, dans les instructions qu'ils donnent aux OPJ, de tirer les enseignements de la décision du Conseil constitutionnel en ce qu'elle censure clairement des dispositions et des pratiques actuellement en vigueur ? Tel n'est évidemment pas le sens, ni explicite ni implicite, de cette décision.

Il en est de même s'agissant des arrêts rendus par la Cour de cassation le 19 octobre. S'il s'en déduit nécessairement que la haute juridiction n'entend valider aucune annulation prononcée sur le fondement de l'inconventionnalité qu'elle a pourtant elle-même constatée, rien n'interdit aux magistrats de jouer un rôle proactif pour faire vivre dès maintenant une pratique des gardes à vue qui n'entretienne pas les vices d'un régime dont la mort est d'ores et déjà programmée.

Toutefois, pour évaluer l'étendue des pouvoirs qu'ils peuvent dès maintenant mettre en œuvre, il faut d'abord analyser les droits garantis par la jurisprudence récente.

II. Les droits garantis par le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de cassation

a. Par le Conseil constitutionnel

i. Au fondement de l'examen, une critique radicale du traitement en temps réel et de la politique du chiffre

Pour accepter de réexaminer au fond la compatibilité du système français de la garde à vue avec la Constitution, le Conseil a mis en évidence un élément nouveau depuis sa décision du 11 août 1993 (93-326 DC) : l'apparition du traitement en temps réel et de la politique du chiffre.

La décision relève en effet que, depuis 1993, « *certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le Code de procédure pénale* ».

Elle précise que le nombre de procédures soumises à l'instruction a constamment diminué et que la pratique du traitement en temps réel des procédures pénales s'est développée dans les mêmes proportions. A cela s'ajoute l'augmentation du nombre de fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire, qui a plus que doublé durant cette période.

Ces évolutions ont conduit à un recours accru aux mesures de garde à vue, y compris pour des infractions mineures, évaluées par le Conseil à plus de 790.000 en 2009.

En conséquence, l'importance de la phase d'enquête policière s'en est trouvée renforcée et elle fonde désormais le plus souvent à elle seule les éléments sur lesquels une personne mise en cause est jugée.

C'est donc ce changement de pratiques et les conséquences qui en résultent qui ont autorisé le Conseil constitutionnel à réexaminer les dispositions générales relatives à la garde à vue.

ii. Les motifs d'inconstitutionnalité

La motivation adoptée par le Conseil constitutionnel permet de déceler plusieurs sources d'inconstitutionnalité du régime français de garde à vue.

Ainsi, en rappelant « *qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire compétentes de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne* », les juges constitutionnels rappellent les responsabilités qui incombent aux parquets quant au contrôle effectif des conditions de la garde à vue en termes, par exemple, d'état des locaux ou de dispositifs de fouille...

De la même manière, la déclaration de non conformité à la Constitution se déduit de ce que la garde à vue peut être décidée « *quelle que soit la gravité des faits qui motivent une telle mesure* » et qu'elle peut être prolongée « *sans que cette faculté soit réservée à des infractions présentant une certaine gravité* ».

De même encore l'absence de toute **notification du droit au silence**, supprimée par la loi du 4 mars 2002, est-elle pointée comme l'un des éléments caractérisant un déséquilibre entre les exigences de la prévention des atteintes à l'ordre public d'une part et celles de l'exercice des libertés constitutionnellement garanties d'autre part.

Reste enfin l'absence d'assistance effective de la personne gardée à vue, dont le Conseil souligne qu'elle résulte de l'absence de l'avocat au cours de l'interrogatoire et qui constitue à ses yeux l'une des tares majeures de la garde à vue.

b. Par la Cour européenne des droits de l'Homme

On ne compte plus désormais le nombre d'arrêts de condamnation rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme à l'encontre de pays membres du Conseil de l'Europe, pour des motifs qui, *mutatis mutandis*, trouveraient parfaitement à s'appliquer au régime français de la garde à vue (voir en particulier les arrêts *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009, *Bolukoç et al. c. Turquie* du 10 novembre 2009, *Oleg Kolesnik c. Ukraine* du 19 novembre 2009, *Savas c. Turquie* du 8 décembre 2009, *Adamkiewicz c. Pologne* du 2 mars 2010, *Boz c. Turquie* du 9 février 2010...).

S'il est vrai que les arrêts de condamnation d'un Etat obligent cet Etat à modifier sa législation, il est faux d'en inférer, comme le fait le ministère de la justice français, qu'un arrêt de condamnation d'un Etat n'est d'aucun effet sur les autres Etats se trouvant dans une situation similaire.

Ces arrêts permettent de dégager les grands principes sans lesquels une législation ne saurait être regardée comme conforme à la Convention.

Dans un arrêt **Salduz c. Turquie** rendu le 27 novembre 2008, la Cour rappelle que l'article 6 de la Convention, qui vise à assurer un procès pénal équitable devant un tribunal compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation ne signifie pas que ce tribunal doive se désintéresser des phases antérieures au jugement. Ainsi, « *pour que le droit à un procès équitable (...) demeure suffisamment concret et effectif, il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police* ».

Elle précise ensuite qu'il est porté atteinte aux droits de la défense lorsque les déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire sans assistance d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation.

En outre, la Cour se prononce sur les dérogations possibles à l'assistance par un avocat : « *L'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police. Ce droit, que la Convention n'énonce pas expressément, peut toutefois être soumis à des restrictions pour des raisons valables. Il s'agit donc, dans chaque cas, de savoir si la restriction litigieuse est justifiée et, dans l'affirmative, si, considérée dans son ensemble, elle a ou non privé l'accusé d'un procès équitable, car même une restriction justifiée peut avoir pareil effet dans certaines circonstances* ».

La Cour prévoit donc la possibilité de restreindre le droit à l'assistance d'un avocat pour des raisons valables à condition que celles-ci soient examinées au cas par cas et non de manière générale. Elle affirme que l'impossibilité pour une personne retenue de s'entretenir avec un avocat en raison de l'application systématique des dispositions légales « *suffit déjà à faire conclure à un manquement aux exigences de l'article 6* ». Elle insiste sur le fait que le droit au silence et le droit de bénéficier de conseils juridiques sont des « *principes qui revêtent une importance particulière dans le cas des infractions graves* ».

Le 13 octobre 2009, la Cour européenne rend un arrêt **Dayanan** qui, toujours dans le cas de la Turquie, confirme sa jurisprudence antérieure. Elle énonce qu'il y a un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention même si la personne retenue a gardé le silence et ne s'est donc pas incriminée. Elle répertorie ainsi la gamme des interventions propres au conseil dont le gardé à vue peut bénéficier et définit la notion d'assistance effective par un avocat au cours de la garde à vue : « *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* ».

La Cour prend soin de préciser qu'« *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* ».

L'arrêt **Savas c. Turquie** rendu le 8 décembre 2009 rappelle enfin que « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment concret et effectif, il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6. Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans l'assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation* ».

L'arrêt **Boz c. Turquie** rendu le 9 mai 2010 enfonce encore le clou : « *En ce qui concerne le grief tiré de l'absence d'avocat pendant la phase de l'enquête préliminaire, la Cour renvoie aux principes posés par l'arrêt Salduz qui fait autorité en la matière. En l'espèce, nul ne conteste que le requérant a été privé de l'assistance d'un conseil lors de la garde à vue – donc pendant ses interrogatoires – parce que la loi en vigueur à l'époque pertinente y faisait obstacle. En soi, une telle restriction systématique sur la base des dispositions légales pertinentes suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention* ».

Enfin, dans l'arrêt **Brusco c. France**, rendu le 14 octobre 2010, « *la Cour rappelle que la personne*

placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire ».

Ces arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme consacrent une définition de la notion d'assistance effective d'un mis en cause au cours d'une mesure de garde à vue.

Par ailleurs, un autre arrêt n'est pas sans conséquence sur le régime de la garde à vue. En effet, le 29 mars 2010, dans une affaire **Medvedyev c. France**, la Cour indique que toute personne arrêtée doit être « *aussitôt conduite* » devant une autorité judiciaire, et précise que cette autorité judiciaire doit être un juge ou tout autre magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires. Ce magistrat doit « *présenter des garanties 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* ».

La Cour de cassation est actuellement saisie d'un pourvoi portant sur cette dernière question : elle rendra sa décision dans les prochains mois.

c. Par la Cour de cassation

Par trois arrêts de principe (Tisset, Bonnifet et Sahraoui) rendus le 19 octobre 2010, la Cour de cassation soumet la validité d'une garde à vue à trois nouvelles conditions : la notification au mis en cause de son droit de garder le silence (1), la possibilité pour l'avocat d'assister aux interrogatoires (2), avocat dont l'intervention – y compris en matière de criminalité organisée – ne saurait être différée dans le temps qu'en vertu de raisons impérieuses constatées par un magistrat (3).

i. Les régimes dérogatoires

Dans l'arrêt **Tisset**, qui porte sur une affaire de stupéfiants, la Cour énonce qu'il résulte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales « *que, sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat* ». Parfaitement en phase avec l'arrêt **Salduz** de la Cour de Strasbourg (cf. supra), cet attendu condamne clairement les régimes dérogatoires de garde à vue (criminalité organisée, stupéfiants, terrorisme), dont la raison d'être réside précisément dans l'organisation d'une exception systématique.

Cet arrêt inflige un démenti cinglant à la Chancellerie, qui n'a cessé d'affirmer ces derniers mois que les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard d'autres pays que la France ne concernaient en rien la France...¹

¹ Ainsi le porte-parole du ministère de la justice, Guillaume Didier, a-t-il déclaré le 17 novembre 2009, à propos de l'arrêt **Salduz**, et sans rire : « *L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme condamne la Turquie et pas la France. Une lecture attentive de cet arrêt nous montre qu'au contraire la Cour semble consacrer le système français (...). Ayons confiance en la Cour européenne des droits de l'Homme, si elle a un message à faire passer à la Turquie ou à la France elle le dit explicitement (...). La Cour consacre d'autant plus le système français que quelques lignes plus loin elle précise que l'on peut exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat pour des raisons légitimes ; c'est le cas en France avec un retard de l'entretien avec l'avocat en matière de criminalité organisée ou de terrorisme* » (source : AFP).

Dans l'arrêt **Bonnifet**, le raisonnement de la Cour de cassation est identique. Elle considère qu'une chambre de l'instruction a fait « *l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme* » en considérant que « *la restriction du droit d'être assisté dès le début de la garde à vue, par un avocat, imposée à M. Bonnifet (...) ne répondait pas à l'exigence d'une raison impérieuse, laquelle ne pouvait découler de la seule nature de l'infraction* ».

ii. Le régime de droit commun

Dans l'arrêt **Sahraoui**, qui concerne une affaire de tentative d'assassinat, la Cour consacre ainsi l'interprétation d'une chambre de l'instruction :

*« Attendu que, pour prononcer l'annulation des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, les juges énoncent que M. Sahraoui a bénéficié de la présence d'un avocat mais non de son **assistance** dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, **participer** ;*

Attendu qu'en prononçant ainsi, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ».

Ici encore, le camouflet est cuisant pour la Chancellerie, qui a longtemps fait mine de considérer que les modalités actuelles d'intervention de l'avocat en garde à vue satisfaisaient à l'exigence d'une « *assistance* » effective et qui, dans son avant-projet de réforme de la procédure pénale rendu public en mars 2010, ne prévoyait l'assistance de l'avocat pendant les auditions qu'à compter de la 24^{ème} heure.

Quant au texte récemment présenté en Conseil des ministres à propos de la seule garde à vue, il se borne à prévoir la *présence* de l'avocat pendant les auditions, et non sa « *participation* » comme l'exige la Cour de cassation. En effet, l'avocat ne pourrait ni poser de question ni formuler d'observation orale, contrairement à ce que prévoyait d'ailleurs l'avant-projet de mars après prolongation...

Dans ses conclusions, l'avocat général Marc Robert s'est livré à une analyse minutieuse de la jurisprudence européenne afin d'identifier les actes d'enquête concernés par la notion d'assistance effective. Il s'est en particulier fondé sur les arrêts suivants : *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, *Ibrahim Öztürk c. Turquie* du 17 février 2009, *Karabil c. Turquie* du 16 juin 2009, *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009, *Güvelinir c. Turquie* du 13 octobre 2009, *Yunus Aktas et autres c. Turquie* du 20 octobre 2009, *Mehmet Ali Ayhan c. Turquie* du 3 novembre 2009, *Kolesnik c. Ukraine* du 19 novembre 2009, *Savas c. Turquie* du 8 décembre 2009, *Boz c. Turquie* du 9 février 2010, *Adamkiewicz c. Pologne* du 2 mars 2010, *Soykan c. Turquie* du 21 avril 2010, *Karadag c. Turquie* du 29 juin 2010.

Il en retient que :

- « *la **consultation d'un avocat avant toute déclaration** comme l'**assistance effective par un avocat lors de l'interrogatoire** font partie intrinsèque du droit reconnu par l'article 6§3 c) » de la Convention européenne des droits de l'Homme ;*

- « *le droit à l'**assistance effective par avocat** concerne, outre les interrogatoires, l'**ensemble des actes d'enquête auxquels participe activement le gardé à vue, notamment la confrontation et la reconstitution des faits** ».*

d. Conclusion : esquisse d'un corpus de droits devant nécessairement découler de la garde à vue

De l'analyse de ces jurisprudences, il résulte que la rétention d'une personne dans le cadre d'une enquête pénale ne saurait être régulière si plusieurs conditions cumulatives ne sont pas remplies, à savoir à tout le moins :

- un contrôle effectif des conditions de rétention par l'autorité judiciaire, notamment au regard du principe de dignité des personnes ;
- une proportionnalité entre la gravité des faits reprochés et la décision de placement en garde à vue ;
- la notification du droit au silence, qui découle du droit garanti à ne pas s'auto-incriminer ;
- une possibilité élargie d'assistance par un avocat, dont « *la vaste gamme d'interventions* », déclinée dans de nombreux arrêts, doit être garantie ;
- enfin, s'agissant des régimes dérogatoires, l'intervention de l'avocat dès la première heure doit devenir le principe, et ce n'est que sur décision du magistrat, après examen des circonstances particulières du dossier, que cette intervention peut être différée dans le temps.

Reste à traduire ces exigences dans des pratiques judiciaires qui, sans mettre en péril l'existence même de la garde à vue, permettent de la concilier au mieux avec les exigences ci-dessus rappelées.

III. Des exigences qui doivent permettre l'adoption de pratiques proactives par l'autorité judiciaire

La Chancellerie pouvait parfaitement, sans attendre une réforme du Code de procédure pénale, prendre toutes dispositions afin que les droits des gardés à vue, tels qu'ils sont garantis par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme, soient effectivement respectés.

En particulier, elle pouvait inviter les parquets – qu'elle n'hésite pas, ordinairement, à noyer de circulaires plus ou moins pertinentes – d'adopter des pratiques propres à assurer cette effectivité.

Au lieu de quoi, la Direction des affaires criminelles et des grâces s'est contentée d'émettre, sous forme de dépêches, des commentaires de décisions empreints de mauvaise foi et d'inconséquence.

Face à cette démission, d'autant moins admissible qu'il est ici question de la liberté individuelle – dont il faut sans cesse répéter que l'autorité judiciaire est la « *gardienne* » aux termes de l'article 66 de la Constitution – le Syndicat de la magistrature a choisi de refuser deux positions symétriquement irresponsables : l'attentisme et le jusqu'au-boutisme.

Aussi a-t-il réfléchi à la possibilité, pour les magistrats du parquet comme pour ceux du siège, de traduire dans leurs pratiques les enseignements des décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de cassation, non pas nécessairement de manière « répressive », c'est-à-dire au stade de l'audience, mais aussi et surtout à titre « préventif », soit au moment de la garde à vue elle-même.

Le Syndicat de la magistrature ne méconnaît pas les obstacles pratiques et organisationnels que génèreront la mise en oeuvre d'un contrôle effectif de la garde à vue et la mise en place de modalités favorisant le respect des droits de la défense pendant cette mesure : organisation des permanences du parquet de jour comme de nuit, récupérations et rémunérations des astreintes, organisation et paiement des permanences des avocats...

Le Syndicat de la magistrature continuera de militer pour que l'adoption, urgente, de nouvelles pratiques et de nouveaux textes ne soit pas synonyme d'une nouvelle dégradation des conditions de travail des professionnels de la justice.

a. Parquet et instruction

Afin de créer les conditions d'un véritable contrôle judiciaire de la garde à vue, il importe de :

- Se faire aviser dans l'heure par téléphone, et non seulement par fax, du placement d'une personne en garde à vue, y compris la nuit si possible – ce qui suppose bien sûr des effectifs suffisants, des repos compensateurs dignes de ce nom (qui peuvent être planifiés en assemblée générale) et des rémunérations adaptées.

- Lors de ce contact téléphonique, contrôler le motif de la garde à vue à l'aune des nécessités de l'enquête, des garanties de représentation de l'intéressé et du principe de proportionnalité qui s'attache à toute mesure privative de liberté ; le cas échéant, demander à l'OPJ que soit acté en procédure l'accord du magistrat pour la poursuite de cette mesure ; dans le cas contraire, c'est-à-dire si la privation de liberté n'est pas strictement nécessaire, ordonner immédiatement la levée de la garde à vue en faisant acter ce motif en procédure.

- Mettre en place des protocoles portant sur les comptes-rendus qui doivent être régulièrement effectués par les OPJ afin de permettre un meilleur suivi du déroulement des gardes à vue par les magistrats².

- Se faire systématiquement présenter le gardé à vue lorsqu'une prolongation de la mesure est envisagée.

- Proscrire toute pratique ayant pour conséquence d'amoindrir le contrôle par les parquetiers sur l'enquête judiciaire. Ainsi, le recours au compte-rendu par mail, adressé au magistrat au à son secrétariat, encouragé par une circulaire du 27 septembre 2010 sur « *l'amélioration du fonctionnement des services de traitement en temps réel* », n'est manifestement pas de nature à permettre une prise de décision éclairée.

- Procéder à des contrôles plus fréquents des locaux de garde à vue, notamment lors des éventuels déplacements aux fins de prolongation, et lever les mesures mises en oeuvre dans des conditions

² Dans une note adressée le 15 juillet 2010 au directeur de la police judiciaire (référéncée CSG/2010/2318), le procureur de la République de Paris a fixé les règles suivantes : « *Un compte rendu au parquet devra être fait dès la 6^{ème} heure de garde à vue pour les infractions de vol à l'étalage, filouterie d'aliment ou de taxi, port d'arme de 6^{ème} catégorie, usage de cannabis, outrages et rébellion sur AFP ou personne dépositaire de l'autorité publique (lorsque ces infractions ne sont pas accompagnées d'autres délits)* » ; « *un compte rendu au parquet devra être effectué à la 12^{ème} heure de garde à vue pour toutes les autres infractions* » ; « *un second compte rendu au parquet devra être effectué à la 36^{ème} heure pour les gardes à vue à régime dérogatoire* » ; « *un avis immédiat sera donné au parquet dès placement en garde à vue pour les personnes faisant l'objet d'une hospitalisation* ».

indignes en faisant acter ce motif en procédure³.

Afin de limiter la durée des gardes à vue, il importe de :

- Veiller scrupuleusement à l'utilisation du temps de la garde à vue par les OPJ et lever la mesure dès lors qu'apparaît une réelle inertie.
- En cas de prolongation, ne pas hésiter à en limiter la durée en deçà de 24 heures de manière à proportionner la durée de cette prolongation aux actes restant à accomplir (ex : si seules une ou deux auditions apparaissent encore nécessaires, il est parfaitement possible – et souhaitable – de ne prolonger la mesure que pour 4, 6 ou 8 heures).
- Conformément au principe de proportionnalité posé par le Conseil constitutionnel, apprécier l'opportunité d'une prolongation à l'aune de la gravité des faits en cause.
- Refuser toute prolongation qui ne poursuivrait manifestement d'autre objectif que de faire pression sur le gardé à vue.
- Ne solliciter ou autoriser une prolongation de la garde à vue au-delà de 48 heures que de manière très exceptionnelle ; l'ensemble des règles ici rappelées devront avoir été respectées en amont et le degré de gravité des faits devra être pris en considération.

Afin de garantir l'effectivité des droits de la défense en garde à vue, il importe de :

- Donner pour instruction à l'OPJ de notifier au gardé à vue, dès le début de la mesure, son droit de garder le silence.
- Donner pour instruction à l'OPJ d'autoriser la présence de l'avocat aux auditions, confrontations et reconstitutions réalisées pendant la garde à vue ; pour ce faire, l'OPJ devra prévenir téléphoniquement l'avocat avant chacun de ces actes et, sauf meilleur accord, ne commencer l'audition qu'à l'expiration du délai déterminé par le magistrat directeur d'enquête⁴.
- Donner pour instruction à l'OPJ de mener les auditions, confrontations et reconstitutions en présence de l'avocat dans les conditions prévues à l'article 120 du Code de procédure pénale applicable aux interrogatoires et confrontations pratiqués par le juge d'instruction⁵.

³ Extrait du considérant 20 de la décision rendue le 30 juillet 2010 par le Conseil constitutionnel : « *Considérant qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire compétentes de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en oeuvre dans le respect de la dignité de la personne ; qu'il appartient, en outre, aux autorités judiciaires compétentes, dans le cadre des pouvoirs qui leur sont reconnus par le Code de procédure pénale et, le cas échéant, sur le fondement des infractions pénales prévues à cette fin, de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité de la personne gardée à vue et d'ordonner la réparation des préjudices subis* ».

⁴ Si l'avocat ne répond pas au téléphone, le message laissé sur son répondeur vaudra avertissement et point de départ du délai ; à défaut de répondeur, l'OPJ pourra débiter l'audition sans délai.

⁵ Cette transposition était prévue par l'avant-projet de réforme de la procédure pénale rendu public le 1er mars 2010. Rappel des règles fixées par l'article 120 du CPP : possibilité pour l'avocat de poser des questions ou présenter de brèves observations ; possibilité pour l'OPJ de s'opposer aux questions de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête ou à la dignité de la personne ; mention

- Donner pour instruction à l'OPJ de permettre à l'avocat de consulter les procès-verbaux relatifs à la garde à vue (interpellation, notification, auditions), voire, selon l'interprétation faite par le magistrat de la jurisprudence européenne, à l'ensemble du dossier tel qu'il est en possession de l'OPJ⁶.

- Autoriser l'avocat à assister son client lors de la présentation aux fins de prolongation de la garde à vue, avec possibilité de présenter de brèves observations et, le cas échéant, de faire annexer au procès-verbal de notification des conclusions afin de demander acte d'un désaccord.

- S'agissant des régimes dérogatoires (criminalité organisée, stupéfiants, terrorisme), adopter les mêmes pratiques que pour le régime de droit commun. Toutefois, en cas de « *raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché* » (selon la formule de la Cour de cassation), l'intervention de l'avocat pourra être repoussée – dans la limite des *maxima* actuellement prévus par la loi – au moyen d'une décision écrite et spécialement motivée prise par le magistrat chargé du contrôle de la mesure.

b. Juges des libertés et de la détention

La prolongation de la garde à vue au-delà de 48 heures doit être très exceptionnelle.

Comme le juge d'instruction dans la même hypothèse, le JLD conditionnera en particulier son autorisation :

- au respect en amont des règles ci-dessus rappelées ;

- au respect du principe de proportionnalité entre la gravité des faits en cause et la durée de la mesure de garde à vue.

L'avocat pourra assister son client lors de sa présentation devant le JLD aux fins de prolongation, avec possibilité de présenter de brèves observations et, le cas échéant, de faire annexer au procès-verbal d'autorisation des conclusions afin de demander acte d'un désaccord.

S'il décide de prolonger la garde à vue, le JLD veillera à proportionner la durée de cette prolongation aux actes restant à accomplir, et ce dans la limite de 24 heures pour mettre un terme aux prolongations valant pour 48 heures qui n'apparaissent pas conformes à l'exigence d'un contrôle renforcé.

c. Juridictions de jugement

Dans l'hypothèse où les règles précitées n'auraient pas été respectées, il appartiendra à la juridiction de jugement d'en tirer les conséquences procédurales.

de ce refus au procès-verbal ; possibilité pour l'avocat de faire annexer au procès-verbal des conclusions afin de demander acte d'un désaccord.

⁶ Il ne résulte pas explicitement de la jurisprudence européenne que l'avocat intervenant en garde à vue doive pouvoir accéder à la totalité de la procédure établie. Cependant, les termes de l'arrêt Dayanan c. Turquie relatifs à la « *vaste gamme des interventions propres au conseil* », s'agissant en particulier de « *l'organisation de la défense* », « *la recherche des preuves favorables à l'accusé* » et « *la préparation des interrogatoires* », militent plutôt en faveur d'un droit d'accès intégral.

En particulier, devront être considérées comme faisant nécessairement grief au gardé à vue, au sens de l'article 802 du Code de procédure pénale :

- les atteintes à sa dignité ;
- les atteintes au principe de proportionnalité entre la gravité des faits et la privation de liberté ;
- les atteintes à l'exercice des droits de la défense ;
- les atteintes aux principales garanties du contrôle judiciaire de la garde à vue.

S'agissant de l'exercice des droits de la défense, il doit être rappelé que la Cour de cassation, dans ses arrêts du 19 octobre 2010, a explicitement proscrit – du moins jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi et au plus tard le 1^{er} juillet 2011 – toute annulation fondée sur :

- le défaut de notification au gardé à vue de son droit de se taire ;
- le défaut d'assistance possible de l'avocat lors des auditions du gardé à vue ;
- le report de l'intervention de l'avocat qui ne serait pas justifié par des « *raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce* ».

Sur ces trois fondements, il reste bien sûr toujours possible aux juges du fond de résister à cette application différée de la jurisprudence de la Cour, mais sans la moindre perspective de confirmation en appel et en cassation.

Dans ces conditions, une solution s'offre aux juridictions de jugement, consistant à **écarter des débats les déclarations incriminantes recueillies dans l'une ou l'autre de ces trois circonstances** (défaut de notification au gardé à vue de son droit de se taire ; défaut d'assistance possible de l'avocat aux auditions du gardé à vue ; report de l'intervention de l'avocat non justifié par des « *raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce* »). S'agissant des deux dernières circonstances, de telles déclarations ne sauraient en effet « *fonder une condamnation* » selon le principe dégagé par la Cour européenne des droits de l'Homme concernant le défaut d'assistance possible de l'avocat (voir en particulier l'arrêt Savas). Quant au défaut de notification du droit au silence – droit que la Cour européenne associe systématiquement au « *droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination* » (voir notamment l'arrêt Brusco) – il résulte clairement des arrêts de la Cour de cassation qu'il viole l'article 6 de la Convention et qu'il fait nécessairement grief, de sorte qu'il convient *a minima* de ne pas tenir compte au stade du jugement des déclarations incriminantes formulées dans cette circonstance.

Dans toutes les autres hypothèses de manquement faisant grief, y compris lorsqu'elles concernent l'exercice des droits de la défense, les juridictions de jugement conservent bien sûr toute latitude pour **annuler** tout ou partie des procédures.

Vous êtes invités à faire part au Syndicat de la magistrature, sous le présent timbre, des éventuelles difficultés d'application que vous pourriez rencontrer dans la mise en oeuvre de ces préconisations.

Vous lui fournirez ainsi les moyens d'interpeller utilement la Chancellerie sur les conséquences de ses carences.

LE SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE