

LE REGIME FRANÇAIS DE LA GARDE A VUE ET L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME : UN JEU D'OMBRES ET DE LUMIERES

Tewfik Bouzenoune*

Le régime français de la garde à vue est, dans le paysage pénal européen, d'une troublante spécificité¹. Contrairement aux législations de nombreux pays européens qui offrent des garanties étendues dans le domaine des droits de la défense, l'avocat dispose, en France, de droits relativement restreints², cantonnés le plus souvent à une série d'interventions courtes qui pourraient presque être tenues comme étrangères à l'idée même de défense pénale du client : l'avocat peut certes rencontrer son client – dans certains cas seulement à la 48^e ou la 72^e heure – dans des conditions qui en garantissent la confidentialité, mais au-delà de cet entretien sommaire, l'avocat est une *persona non grata*³. Il ne peut assister aux interrogatoires, ni accéder au dossier pénal. Il est simplement informé, verbalement, des faits qui justifient la mesure de garde à vue, et ne peut intervenir dans le cours de la procédure qu'en formulant des observations écrites, versées au dossier de procédure.

Cette place de « figurant impuissant » soulève de nombreuses questions, notamment au regard des principes développés sous l'angle du droit à un procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant le droit à un procès équitable, est en effet applicable à la phase antérieure au procès pénal, et ne saurait concerner que le procès pénal à proprement parler. Selon la Cour, « si l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un « tribunal » compétent pour décider du « bien-fondé de l'accusation », il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure

* Ancien Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit d'Aix-en-provence, co-auteur de l'ouvrage *Activités physiques et sportives : sécurité, gestion, réglementation*, éditions Dalman, 2009.

¹ E. DAOUD et E. MERCINIER, « Garde à vue : la French touch », *AJ pén.* 2008, p. 269.

² Sénat, « La garde à vue », Étude de législation comparée n° 204 - décembre 2009 : en Allemagne, en Angleterre et au pays de Galles, au Danemark, en Espagne et en Italie, les personnes placées en garde à vue peuvent bénéficier de l'assistance effective d'un avocat dès le début de garde à vue. L'avocat peut également assister aux interrogatoires, sauf en Allemagne, où la personne gardée à vue peut néanmoins demander l'interruption de l'interrogatoire si elle souhaite consulter son avocat. Pour une analyse du système anglais de la garde à vue : J. HODGSON et G. RICH, « L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexion sur la situation actuelle en France », *Revue de science criminelle*, 1995, p. 319.

³ L'article 63-4 du Code de procédure pénale est ainsi rédigé :

« Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.

Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.

L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. Il est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.

A l'issue de l'entretien dont la durée ne peut excéder trente minutes, l'avocat présente, le cas échéant, des observations écrites qui sont jointes à la procédure.

L'avocat ne peut faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue.

Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation, dans les conditions et selon les modalités prévues aux alinéas précédents.

Si la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3° et 11° du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue ».

de jugement ». L'article 6 est donc applicable au placement en garde à vue, élément clé de la phase préparatoire de l'enquête pénale⁴.

Il semble nécessaire d'examiner dans quelle mesure les spécificités françaises du régime de la garde à vue sont compatibles avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 c)⁵.

1. Droit de garder le silence et droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

Le droit de garder le silence fait partie des garanties fondamentales du droit à un procès équitable tel que protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il se traduit pas un droit de se taire et un droit général de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'est d'abord construite autour du contentieux fiscal. Dès 1996, la Cour a pu constater une violation de l'article 6 de la CEDH dans des situations où des informations fournies par le requérant (informations que la loi lui faisait obligation de fournir) aux autorités ont été utilisées comme faits à sa charge dans le procès où il a été reconnu coupable⁶.

Sur cette base, la Cour a construit une jurisprudence du droit au silence et du droit de ne pas s'auto-incriminer dans des termes suffisamment généraux pour être applicable à divers stades de procédures pénales, y compris à la garde à vue.

Dans l'affaire *Murray c. le Royaume Uni* du 8 février 1996, relative à l'application de la législation spéciale de prévention du terrorisme en Irlande du Nord, la Cour a affirmé de manière explicite que « le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 »⁷.

Selon la Cour, « le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé ». En mettant celui-ci à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'art. 6 »⁸.

⁴ Cour EDH, *Imbroscia c. Suisse*, 24 novembre 1993, § 36, JCP 1994. I. 3742, chron. F. Sudre.

⁵ Nous n'évoquerons pas dans cette étude la question particulière du contrôle judiciaire de la garde à vue sous l'angle de l'article 5 de la Convention. Dans un arrêt remarqué, mais non encore définitif (Cour EDH, section V, *Medvedyev c. France*, 10 juillet 2008), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme car « il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié » (§ 61). Elle en conclut que la détention imposée aux requérants n'était pas sous la supervision d'une "autorité judiciaire" au sens de l'article 5, puisqu'une telle qualité fait défaut au procureur de la République, autorité chargée, dans le régime français de la garde à vue, de superviser et de renouveler la mesure. Si cette décision venait à être confirmée, un grief tiré de la violation de l'article 5 § 1 de la Convention pourrait également être invoqué contre la mise en œuvre de l'article 77, alinéa 2, du Code de procédure pénale suivant lequel le procureur de la République peut, avant l'expiration du délai de 24 heures et après présentation préalable de la personne concernée, prolonger la garde à vue d'un nouveau délai de 24 heures au plus. Pour un commentaire de cet arrêt : J-P. MARGUENAUD, « Tempête sur le Parquet », *Revue de science criminelle*, 2009, p. 176.

⁶ Cour EDH, *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996. Pour une condamnation similaire en ce qui concerne la France : Cour EDH, *Funke c. France*, 25 février 1993, Cour EDH, *Servès c. France*, 20 octobre 1997, § 46.

⁷ Cour EDH, *Murray c. le Royaume Uni*, 8 février 1996, § 45. Pour un examen de la jurisprudence de la Cour EDH en matière de droit au silence : L-E. PETTITI, « Droit au silence », *Documentação e Direito Comparado*, n° 75/76, 1998, pp. 135-148. Pour une perspective de droit comparé : M. AYAT, « Le silence prend la parole: la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit international pénal », *Archives de politique criminelle*, 2002- 1 (n° 24), pp. 251 à 278 ; M. REDMAYNE, « Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 27, No 2 (2007), pp 209-232.

⁸ Cour EDH, *JB c. Suisse*, 3 mai 2001, § 64.

Intimement liés au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 § 2 de la Convention⁹, ces droits ont donc pour fonction d'éviter des pressions illégitimes à l'encontre de la personne gardée à vue visant à obtenir d'elle, par une contrainte physique ou morale, des éléments qui pourraient être retenus contre elle dans le cadre de la procédure¹⁰.

De cette jurisprudence, il semble difficile d'exciper une obligation générale et absolue de notification, à toute personne gardée à vue, de son droit de garder le silence¹¹.

Cependant, lorsque cette garantie est prévue par le droit interne, la Cour en contrôle l'effectivité de manière scrupuleuse. Ainsi, afin de ne pas rendre ce droit illusoire ou théorique, la Cour a indiqué que la notification du droit de garder le silence ne saurait être implicite, et résulter par exemple d'une simple mention écrite dans un formulaire détaillant les droits de la personne gardée à vue¹².

De même, afin d'éviter que les autorités nationales puissent avancer l'argument selon lequel la personne gardée à vue a renoncé de manière implicite à ce droit, la Cour a défini un régime assez strict du droit à la renonciation : celle-ci doit être établie de manière convaincante et étayée, et la personne doit avoir pris connaissance des conséquences d'une telle renonciation. La renonciation doit donc être « consciente et intelligente »¹³.

De manière générale, afin d'apprécier s'il existe une atteinte substantielle à ce droit, la Cour prête une attention particulière à la présence de l'avocat, dont le rôle, dès le début de la garde à vue, est de signifier à la personne ses droits, et en premier celui de garder le silence. Ainsi, la Cour considère qu'« un prompt accès à un avocat fait partie des garanties procédurales auxquelles la Cour prête une attention particulière lorsqu'elle examine la question de savoir si une procédure a ou non anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination »¹⁴.

Une absence de notification effective du droit de garder le silence ne saurait, à elle seule, conduire à une violation du droit de la personne gardée à vue de garder le silence. Cependant, combinée avec un accès retardé à un avocat, celle-ci peut constituer, au regard de cette jurisprudence, une violation du droit à un procès équitable¹⁵.

Devant ces exigences, un constat s'impose : le code de procédure pénale ne prévoit pas de notification, dès le début de la garde à vue, de ce droit¹⁶. Si la présence de l'avocat est assurée dès le début de la garde à vue dans le régime de droit commun, à travers un entretien de 30 minutes, elle est par contre

⁹ Cour EDH, *Saunders c. Royaume-Uni*, précité, § 68.

¹⁰ En revanche, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN ; *ibid.*, § 69.

¹¹ Cour EDH, *Murray c. le Royaume Uni*, précité, § 47 : « il découle de cette interprétation du "droit de garder le silence" qu'il faut répondre par la négative à la question de savoir si ce droit est absolu ».

¹² Cour EDH, *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, § 59 : la simple mention écrite, dans un formulaire, du droit du gardé à vue de garder silence ne saurait suffire à établir le caractère effectif du respect de ce droit (« la Cour ne peut se fonder sur la mention figurant dans le formulaire exposant les droits du requérant selon laquelle l'intéressé avait été informé de son droit de garder le silence ») ; F. SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, JCP 2009. 104, n°7, note Lesclous.

¹³ Cour EDH, *Pishchalnikov c. Russie*, 24 septembre 2009, § 77 : « la renonciation à un droit [...] ne doit pas seulement être volontaire, mais doit aussi constituer la renonciation consciente et intelligente à ce droit. Avant qu'un accusé puisse être considéré comme ayant renoncé implicitement, par sa conduite, à un droit important au regard de l'article 6, il doit être démontré qu'il pouvait raisonnablement avoir anticipé quelles pouvaient être les conséquences de son attitude ».

¹⁴ Cour EDH, *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, § 31.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence (dite « Loi Guigou »), l'article 63-1 du Code de procédure pénale prévoyait que « La personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs ». Cette garantie a été supprimée par le législateur en 2002.

différée dans les régimes spécifiques de garde à vue prévus par le dernier alinéa de l'article 63-4 du Code de procédure pénale¹⁷.

Dans cette dernière situation, le gardé à vue se trouve donc doublement pénalisé : son droit à garder le silence n'est ni notifié, ni concrètement garanti, puisque la présence de l'avocat, seule à même d'en assurer le respect, est différée à la 48^e ou la 72^e heure.

Il ressort donc de ces éléments que l'absence d'une assistance de l'avocat dès le début de la garde à vue, dans le cadre des régimes spécifiques prévus par le dernier alinéa de l'article 63-4 du code de procédure pénale, est de nature à porter atteinte à la substance du droit de garder le silence et constitue une violation potentielle de l'article 6 de la Convention EDH¹⁸.

2. Droit à l'assistance de l'avocat dès le début de la mesure de garde à vue

Le droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat est expressément prévu par l'article 6 § 3 c) de la CEDH, et figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable selon la Cour EDH¹⁹. Cependant, l'article 6 § 3 c) ne précise pas les conditions d'exercice de ce droit : ainsi, la question se pose de savoir si les régimes spécifiques de garde à vue, repoussant l'assistance de l'avocat à la 48^e ou la 72^e heure sont compatibles avec la jurisprudence de la Cour.

Dans l'affaire *Dayanan c. Turquie*, la Cour rappelle « 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 »²⁰.

Dans des termes plus généraux que l'arrêt *Salduz*²¹, elle va en effet considérer 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 »²².

Ainsi, la Cour s'écarte du cas précis de la présence de l'avocat dans le cadre de l'interrogatoire pour viser un principe général d'assistance de l'avocat dès le début de la garde à vue.

Selon la Cour, le fait qu'une législation fasse obstacle, de manière systématique, à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue constitue, en soi, un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention EDH. Cette exigence vaut d'ailleurs que le gardé à vue ait exercé son droit à garder le silence ou pas (ce qui distingue cette affaire de l'affaire *Salduz* où était en cause la présence d'un avocat dans le cadre d'une garde à vue au cours de laquelle le droit au silence du gardé à vue n'a pas été respecté, et où des déclarations incriminantes ont été recueillies et ont servi de base exclusive à une condamnation).

Cette exigence peut être considérée comme satisfaite en ce qui concerne le régime général de la garde à vue tel que prévu par l'article 63-4 du Code de procédure pénale, bien que la palette des droits de l'avocat semble restreinte au regard des exigences dégagées par la Cour.

En revanche, les dispositions de l'article 63-4 alinéa 7 du Code de procédure pénale, en vertu desquelles l'entretien avec l'avocat est repoussé à la 48^e ou la 72^e heure²³, peuvent être considérées

¹⁷ Cette disposition prévoit l'intervention différée de 48 à 72 heures à compter du placement en garde à vue de l'avocat que lorsque la personne mise en cause est en garde à vue pour certaines infractions limitativement énumérées par le dernier alinéa de l'article 63-4 et l'article 706-88 du Code de procédure pénale (crimes commis en bande organisée, terrorisme, stupéfiants).

¹⁸ Cette question est discutée depuis plusieurs années en France : A.J BULLIER et F.J. PANSIER, « De la religion de l'aveu au droit au silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common Law », *Gazette du Palais*, 1997, doct. p. 208, J. n° 38, 8 février 1997.

¹⁹ Cour EDH, *Poitrinimol c. France*, 23 novembre 1993, série A n° 277-A, § 34, et Cour EDH, *Dembukov c. Bulgarie*, 28 février 2008, § 50.

²⁰ Cour EDH, *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009, § 31.

²¹ Cour EDH, *Salduz c. Turquie*, précité, § 54.

²² *Ibid.*

comme des obstacles systématiques au droit à l'assistance d'un avocat, et sont donc contraires à la Convention EDH, dans la mesure où le gardé à vue ne peut s'entretenir avec l'avocat dès le début de la garde à vue.

En effet, le caractère général des considérants de l'arrêt Dayanan permet de dire que le système dérogatoire institué par l'article 63-4 alinéa 7 est contraire à l'article 6 §1 combiné avec l'article 6 § 3 c).

Comme cela a déjà été examiné, la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue a pour fonction principale de faire respecter le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même. Or, les régimes dérogatoires au droit commun de la garde à vue ne garantissent pas ce droit de manière effective : au fait que le droit du gardé à vue de garder le silence n'est ni inscrit dans la loi ni notifié, l'absence de l'avocat empêche, concrètement, une notification effective du droit de se taire. Cette carence, que l'on imagine aisément volontaire, constitue le procédé le plus adapté, pour les autorités de poursuite, pour obtenir de la personne gardée à vue des aveux.

Ce constat est renforcé par la considération faite par la Cour, selon laquelle le droit de garder le silence et le droit de bénéficier de conseils juridiques « revêtent une importance particulière dans le cas des infractions graves, car c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques »²⁴.

Les régimes spécifiques de garde à vue étant prévus pour les infractions les plus graves, il est donc logique que les principes du procès équitable soient appliqués de manière stricte.

Il convient de noter, enfin, que ce principe ne souffre d'aucune exception tirée, par exemple, de circonstances particulières liées à l'affaire, contrairement au droit de bénéficier d'un avocat lors des interrogatoires.

3. Droit à la présence de l'avocat lors de l'interrogatoire

Si, selon la Cour EDH, 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, il convient toutefois de distinguer la question de la présence de l'avocat en général, et celle de la présence de l'avocat au cours de l'interrogatoire.

Il est évident que l'interrogatoire est un moment clé dans une garde à vue. C'est dans le cadre de ces interrogatoires que la personne gardée à vue sera amenée à répondre aux questions des enquêteurs, et éventuellement de faire des déclarations sur lesquelles les autorités de poursuites pourront se fonder pour obtenir une condamnation.

La question de la présence de l'avocat lors des interrogatoires se distingue donc de la présence de celui-ci lors de la garde à vue en général. Le système français, s'il permet la présence de l'avocat (dès le début de la garde à vue dans le régime de droit commun, de manière différée dans les régimes spécifiques), interdit néanmoins, en tout état de cause, la présence de l'avocat lors des interrogatoires.

Dans l'affaire *Salduz c. Turquie*²⁵, la Cour a considéré que : « une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure. En pareil cas, l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police »²⁶.

²³ Article 63-4, alinéa 7, du Code de procédure pénale : « Si la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3° et 11° du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde-à-voir ». Voir également l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

²⁴ Cour EDH, *Salduz c. Turquie*, précité, § 54.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, § 52.

De manière générale, il incombe donc aux Etats de permettre à l'avocat d'assister aux interrogatoires. Cependant, la Cour autorise les Etats à déroger à cette exigence dans des conditions très limitées.

En effet, toute atteinte à ce droit devra être justifiée pour être conforme à la Convention EDH. Selon la Cour, les autorités doivent démontrer « à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit »²⁷.

Il est donc possible de restreindre le droit d'accès de l'avocat aux interrogatoires: c'est d'ailleurs sur ce fondement que la Chancellerie a développé un argumentaire pour justifier l'absence de l'avocat au cours de la garde à vue²⁸.

Cependant, il faut préciser que les restrictions apportées à ce droit sont examinées de manière strictes par la Cour, laquelle considère que « pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 »²⁹.

Concrètement, il revient à la Cour d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si la restriction est justifiée, et si, considérée à la lumière de l'ensemble de la procédure, elle a privé l'accusé de son droit à un procès équitable. Il ne semble donc pas possible, *in abstracto*, de considérer le régime français de la garde à vue comme contraire à l'article 6 § 3 c) de ce point de vue : une telle violation dépend en effet des cas d'espèce, et de la manière dont cette absence vicia la procédure.

Pour autant, la Cour va préciser dans cette même affaire qu'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 assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation »³⁰.

Cette précision est importante, puisqu'elle permet de considérer, de manière incidente et en tout état de cause, que les droits de la défense sont violés dès lors que des déclarations incriminantes sont faites par le gardé à vue en l'absence de l'avocat. Quel que soit le régime de garde à vue appliqué, une condamnation qui serait fondée sur des éléments recueillis dans le cadre d'un interrogatoire, en l'absence de l'avocat, porte atteinte au droit protégé par l'article 6 de la CEDH.

Afin de constater la compatibilité du système français de la garde à vue avec cette exigence, il convient d'aborder celui-ci dans sa globalité, en s'attachant aux différents droits du gardé à vue, de l'avocat, ainsi que ceux de l'autorité chargée des poursuites.

Il ressort de cet examen plusieurs considérations :

D'un point de vue général, il est pratiquement impossible de s'assurer que les déclarations faites par le gardé à vue ne constituent pas l'unique fondement de la condamnation pénale, puisque l'avocat n'a pas accès au dossier ni aux procès-verbaux des interrogatoires au cours de la garde à vue. Il est logique de considérer que seule la présence de l'avocat en ces circonstances est de nature à rendre effectif le respect de ce principe. En l'absence de l'avocat, il n'est pas possible de vérifier le contenu des déclarations recueillies : cet état de fait rend illusoire et théorique l'interdiction faite par la Cour, puisque les autorités sont seules capables d'établir quels sont les éléments ayant fondé la condamnation (déclarations incriminantes, éléments recueillis grâce aux déclarations, éléments extérieurs aux déclarations).

En effet, il est possible pour les autorités de poursuite d'asseoir leur accusation sur des éléments autres que les déclarations incriminantes, afin d'éviter que la condamnation ne soit exclusivement fondée sur les déclarations de la personne mise en cause au cours de sa garde à vue et donc de

²⁷ *Ibid.*, § 55.

²⁸ Voir en ce sens la note diffusée par le Ministère de la Justice intitulée « Argumentaire sur l'absence de l'avocat en garde à vue – conséquences procédurales ».

²⁹ Cour EDH, *Salduz*, précité, § 55.

³⁰ *Ibid.* Cette position sera confirmée dans plusieurs arrêts ultérieurs : Cour EDH, *Bolukoc et a. c. Turquie*, 10 novembre 2009, § 34 ; Cour EDH, *Oleg Kolesnik c. Ukraine*, 19 novembre 2009, § 35 ; Cour EDH, *Savas c. Turquie* du 8 décembre 2009, § 63.

risquer une condamnation devant la Cour EDH³¹. Une telle hypothèse révèle donc la possibilité pour les autorités de poursuite françaises de disposer des droits de la défense de la personne gardée à vue en procédant à une évaluation préliminaire et unilatérale des éléments pouvant fonder la condamnation, sans que le gardé à vue lui-même ait été en mesure, par la voie de son avocat, d'en vérifier le bien-fondé avant leur production devant un juge. Il s'agit là d'une atteinte au principe de l'égalité des armes, tel que protégé par l'article 6 de la Convention EDH.

De plus, la notion même de « déclaration incriminante » peut soulever une interprétation divergente. Des éléments peuvent ainsi avoir été fournis, de manière indirecte, par la personne gardée à vue. Bien que ne constituant pas des déclarations incriminantes, elles peuvent cependant conduire les autorités à découvrir des éléments permettant d'établir la culpabilité du gardé à vue. Sans ces déclarations, aucun commencement de preuve n'aurait été possible. Ces déclarations étant indirectement incriminantes, elles doivent bénéficier du même régime que les déclarations dites incriminantes.

Enfin, considérant le caractère limité des droits de l'avocat au cours de la garde à vue (absence de l'avocat lors des interrogatoires, impossibilité de prendre connaissance du contenu du dossier pénal), et l'absence de notification formelle du droit du gardé à vue de garder le silence dans le code de procédure pénale, le droit de ne pas être poursuivi sur le fondement de déclarations incriminantes est rendu illusoire par l'absence de contrôle des conditions de conduite des interrogatoires et du contenu des déclarations par l'avocat. Ce dernier est en effet la seule personne en mesure de contredire et de discuter les affirmations des autorités de poursuite, sur la base des éléments fournis par le gardé à vue dans le cadre de l'entretien préalable. Dans ces circonstances, l'absence de l'avocat au cours de l'interrogatoire porte potentiellement une atteinte irrémédiable aux droits de la personne gardée à vue : il est même possible de considérer que cette atteinte irrémédiable est établie toutes les fois que le gardé à vue a subi un interrogatoire sans avoir pu, au préalable, s'entretenir avec son avocat, ce qui est le cas des situations visées par l'alinéa 7 de l'article 63-4.

Il s'en suit que, « considérées à la lumière de l'ensemble de la procédure » selon les termes utilisés par la Cour EDH pour apprécier une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ces carences induisent un déséquilibre au profit des autorités de poursuites, et portent en conséquence une atteinte disproportionnée et injustifiée au droit du gardé à vue de bénéficier d'un procès équitable.

4. L'étendue des droits exercés par l'avocat au cours de la garde à vue

L'article 6 § 3 c) de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit de tout accusé de « se défendre lui-même ou [d']avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, [de] pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ».

L'assistance d'un avocat constitue selon la Cour une des garanties fondamentale du droit à un procès équitable. Elle en a tiré un certain nombre de principes dans le cas particulier de la garde à vue, concernant notamment les droits de l'avocat.

Dans l'affaire *Dayanan contre Turquie* du 13 octobre 2009, la Cour, après avoir rappelé l'exigence de la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue, va approfondir sa jurisprudence en considérant que la présence de l'avocat devait également se traduire par la possibilité pour lui d'exercer « la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil »³².

Ainsi, le Code de procédure pénale français, ne prévoyant que la possibilité d'un entretien de 30 minutes avec l'avocat et la possibilité de formuler des observations écrites, ne saurait, *a priori*, remplir

³¹ « Argumentaire sur l'absence de l'avocat en garde à vue – conséquences procédurales », précité, p. 3, *in fine*.

³² Cour EDH, *Dayanan c. Turquie*, précité, § 32 : « l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A 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 ».

cette exigence puisque l'avocat n'a pas accès au dossier de la procédure, et ne peut pas assister aux interrogatoires.

Toute la question ici est de définir ce que peuvent constituer « la vaste gamme des droits de la défense ».

La Cour fait référence à plusieurs éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer :

- 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 ;
- le contrôle des conditions de détention.

En premier lieu, il convient de considérer que les droits de la défense ne sauraient se résumer, comme c'est le cas dans le droit commun de la garde à vue, à un entretien de 30 minutes avec l'avocat (qualifié à juste titre d'« entretien de courtoisie » en raison de sa courte durée) et la possibilité de formuler des observations écrites. Ce seul constat conduit à douter de la « conventionnalité » de l'étendue des droits de l'avocat, dans le régime français de la garde à vue, avec les prescriptions découlant de la Convention EDH.

Une mise en conformité de ces dispositions avec la Convention EDH suppose la possibilité pour l'avocat, en premier lieu, d'avoir accès au dossier pénal : c'est là le seul moyen qui permettrait à l'avocat, en dehors de l'entretien avec le gardé à vue, de prendre connaissance des éléments retenus contre l'accusé, et de préparer et organiser sa défense. Par ailleurs, il semble impossible pour l'avocat de rechercher des preuves favorables à l'accusé sans que les éléments retenus contre lui ne soient accessibles, y compris les preuves défavorables. En second lieu, il convient d'autoriser l'avocat à assister aux interrogatoires de son client, auquel il aura été dûment préparé dans le cadre de l'entretien confidentiel préalable.

Toutefois, il convient d'apporter à ces exigences une réserve de taille : la raison d'être d'une mesure de garde à vue réside dans un colloque singulier, celui de la personne gardée à vue avec l'enquêteur. Rompre ce colloque, largement fondé sur une culture de l'aveu, par une présence de l'avocat pourrait, si elle correspond à une exigence juridique forte, être vécue, en pratique, comme un obstacle sévère à la manifestation de la vérité. D'où la nécessité, dans ce domaine, de trouver un équilibre subtil entre les exigences de l'enquête et la protection des droits de la personne gardée à vue.

Conclusion

A la lumière de ces quelques développements, une réforme en profondeur de la garde à vue s'impose, et ne saurait attendre une hypothétique réforme globale du code de procédure pénale³³.

Plusieurs principes devront ainsi guider le législateur français.

En premier lieu, il conviendra d'inscrire dans le code de procédure pénale le droit du gardé à vue de se faire notifier son droit de garder le silence et de ne pas participer à sa propre incrimination.

³³ C'est d'ailleurs dans cette perspective que Mme Rachida Dati, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, a installé, mardi 14 octobre 2008, le Comité de réflexion sur la rénovation des codes pénal et de procédure pénale. Présidé par M. l'Avocat général Philippe Léger, ce comité a remis un pré-rapport le 9 mars 2009. Ce dernier ne traite que partiellement de la garde à vue. Au regard des propositions formulées dans la présente étude, il faut admettre que le comité Léger n'a, d'aucune manière que ce soit, pris en compte la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de garde à vue. Pour une analyse critique des principales propositions, voir le dossier spécial consacré par la revue *Droit pénal* n°10, octobre 2009.

Il conviendra ensuite de rendre la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue obligatoire, y compris dans le cadre des régimes spécifiques de garde à vue.

Afin d'être effectif, ce droit devra être complété par la possibilité, pour l'avocat, d'exercer un certain nombre de droits propres à garantir les droits de la défense de la personne gardée à vue³⁴.

De telles avancées constitueraient, à n'en pas douter, une véritable révolution juridique dans un domaine où l'on sait les réticences vives³⁵. Mais ce n'est qu'à ce seul prix que la France disposera d'un véritable « *habeas corpus à la française* ».

³⁴ Parmi ces droits figure la possibilité pour l'avocat d'accéder au dossier pénal, à tout le moins aux procès-verbaux d'interpellation et aux certificats médicaux. Seul un tel accès est de nature à permettre à l'avocat, au-delà de la visite de courtoisie de 30 minutes qui lui est accordée actuellement, de véritablement préparer la défense de son client. Devra également être évoquée la question de la présence de l'avocat lors des interrogatoires, ou, sous une forme plus subtile, de la possibilité pour la personne gardée à vue d'interrompre une audition pour s'entretenir avec son avocat, comme c'est le cas en Allemagne.

³⁵ C. SAAS, « Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ? », *AJ Pénal* 2010, p. 28.