

Droit à l'assistance effective d'un avocat au cours de la garde à vue : l'Assemblée plénière rappelle au respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 arrêts (n° P 10-17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242), D. 2011. 1080, et les obs.  ; *ibid.* 1128, entretien G. Roujou de Boubée  ; JCP 2011, n° 17, p. 483, S. Détraz)

André Giudicelli, Professeur des universités, Doyen de la Faculté de Droit, de Science politique et de Gestion, Co-directeur du CEJEP (EA 3170), Université de La Rochelle

Le jour même de la publication de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée, dans quatre arrêts, sur la régularité de mesures de garde à vue au regard de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rappelant expressément dans deux de ses arrêts (n^{os} 10-17.049 et 10-30.316) au respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, elle y affirme, dans tous, que le droit à un procès équitable impose que, en règle générale, la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires.

L'Assemblée plénière était ici saisie d'affaires relatives à des étrangers en situation irrégulière et qui, au cours de la procédure les concernant, avaient fait l'objet d'une garde à vue en amont de la décision préfectorale de placement en rétention administrative. Dans chaque cas, les intéressés avaient contesté devant le juge des libertés, saisi par le préfet d'une demande de prolongation de leur rétention, la régularité de leur garde à vue au motif qu'ils n'avaient pas bénéficié de l'assistance d'un avocat dès le début de celle-ci et durant leur interrogatoire par les fonctionnaires de police. Statuant sur l'appel interjeté contre les décisions du juge des libertés et de la détention qui avait soit ordonné, soit refusé d'ordonner la prolongation de ces mesures de rétention, le premier président de la cour d'appel de Lyon avait considéré la procédure de garde à vue régulière (n° 10-17.049), tandis que le premier président de la cour d'appel de Rennes l'avait jugée irrégulière (n^{os} 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242). Les pourvois, formés dans le premier dossier par la personne retenue et dans les trois autres par le procureur général près la cour d'appel de Rennes, aboutissaient à poser à l'Assemblée plénière, sur renvoi de la première chambre civile, deux questions, dont un communiqué de la Première présidence de la Cour de cassation résume parfaitement les intérêts.

Tout d'abord, il lui appartenait de se prononcer sur la conventionnalité de l'article 63-4 du code de procédure pénale. L'Assemblée plénière a jugé que les règles posées par ce texte relatives à l'entretien de la personne gardée à vue avec un avocat ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Reprenant la solution retenue par la chambre criminelle dans ses arrêts du 19 octobre 2010 (cette Revue 2010. 879, obs. E. Gindre ) , elle a énoncé que « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires ».

En revanche, la plus haute formation de la Cour de cassation a pris le contrepied de la chambre criminelle, qui sous l'influence de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 (Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, AJDA 2010. 1556  ; D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel  ; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia  ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel  ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud  ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel  ; AJ pénal 2010.

470, étude J.-B. Perrier ¹ ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier ² ; *ibid.* 2011. 58, obs. S. De La Rosa ³ ; cette Revue 2011. 139, nos obs. ⁴ ; *ibid.* 165, obs. B. de Lamy ⁵ ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges ⁶ ; RTD civ. 2010. 513, obs. P. Puig ⁷ ; *ibid.* 517, obs. P. Puig ⁸), avait décidé de différer les effets de la non-conventionnalité qu'elle avait pourtant prononcée, notamment de l'article 63-4 du code procédure pénale. En se référant « au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice », la chambre criminelle avait décidé que les solutions qu'elle consacrait prendraient « effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011 ». En liant report d'inconstitutionnalité et report d'inconventionnalité, la chambre criminelle avait fait un choix fort discutable : d'une part, parce qu'en faisant prévaloir le principe de sécurité juridique et la bonne administration de la justice sur les droits de la défense, elle sauvegardait, non les droits de l'homme, mais les intérêts d'un système pourtant vicié ; d'autre part, parce qu'elle méconnaissait l'autorité des décisions de la Cour européenne en reportant le moment de leur prise en compte effective. Comme par un fait exprès, quelques semaines plus tard, la Cour de Strasbourg, dans quatre arrêts relatifs à la détention de sûreté allemande (CEDH, 13 janv. 2011, n° 17792/07, *Kallweit c/ Allemagne*, D. 2011. 379, obs. O. Bachelet ⁹ ; n° 20008/07, *Mautes c/ Allemagne* ; n° 27360/04, *Schummer c/ Allemagne* et 42225/07 ; n° 6587/04, *Haidn c/ Allemagne*) retint une violation de l'article 5 § 1 de la Convention de sauvegarde et ce parce que différentes juridictions allemandes avaient notamment refusé de faire une application immédiate de la jurisprudence européenne, pour des considérations touchant à « la nécessaire protection de l'ordre public ».

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans ses arrêts du 15 avril 2011, s'inscrit dans la même ligne. En posant que « les États adhérents à [la] Convention [de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation », elle rejette tout report d'inconventionnalité, appelant à la prise en compte immédiate des apports de la jurisprudence européenne en matière de garde à vue. On ne peut que l'approuver et adhérer aux termes du communiqué précité quand il affirme : « Les droits garantis par la Convention devant être effectifs et concrets, le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable ».

La conjonction de ces arrêts et de la publication de la loi relative à la garde à vue ne pouvait pas ne pas être sans conséquence. Le jour même, dans une circulaire adressée aux chefs de juridictions et pour application par les parquets (CRIM-11-8-E6-15.04.2011), la chancellerie a demandé une prise en compte immédiate de la solution de l'Assemblée plénière sans attendre l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 fixée, par son article 46, au 1^{er} juin 2011. Le garde des Sceaux, après avoir insisté sur le fait que, contrairement au Conseil constitutionnel et à la chambre criminelle, la Cour de cassation, dans sa formation plénière, n'avait pas différé les effets de sa décision, a considéré que « les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice imposent d'appliquer dès maintenant et par anticipation les seules dispositions de la loi nouvelle relatives à la notification du droit au silence et à l'intervention de l'avocat lors des auditions, en mettant immédiatement en oeuvre les garanties créées par le législateur sans attendre la date d'entrée en vigueur fixée par ce dernier ». Cette demande d'application anticipée de certaines dispositions d'une loi non encore entrée en vigueur a suscité des confusions et surtout des inquiétudes. Ainsi dans certains barreaux, l'aptitude des avocats, pourtant à la pointe du combat pour la réforme de la garde à vue, à faire face à l'évolution de leur mission, dans un tel contexte, a fait débat (Ex. : « Garde à vue : le couac de Niort fait l'événement », *La Nouvelle République*, 18 avr. 2011). Ainsi encore, c'est la relation des droits de l'homme aux principes du droit transitoire qui a été interrogée, un auteur se demandant « si la promotion des droits de l'homme doit justifier de s'affranchir des principes directeurs du droit transitoire » (S. Pellé, *La réforme de la garde à vue : problèmes de droit transitoire*, *AJ pénal* 2011. 235).

Sans négliger les difficultés théoriques et pratiques des séquences qui se sont succédées depuis la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, les constructions qui, avec les meilleures intentions, sont porteuses d'une neutralisation des droits de l'homme au nom de «

la sécurité juridique », de « la bonne administration de la justice » ou « des principes du droit transitoire » nous laissent perplexes. Le contrôle de conventionnalité n'est tout de même pas une nouveauté en droit français ; les conséquences qu'il convient d'en tirer non plus. La position claire de l'Assemblée plénière ne pouvait que conduire la chancellerie à demander aux parquets de prendre les mesures nécessaires à une convergence avec la jurisprudence européenne, les dispositions appelées à entrer en vigueur quelques semaines plus tard fournissant un modèle, un support pour parvenir à cette fin. Si, de fait, cela a abouti à l'application anticipée de quelques dispositions de la loi nouvelle, l'objectif était de répondre, de manière immédiate, à la non conventionnalité de l'article 63-4, et donc de chercher à ce que soient respectées dans les procédures de garde à vue des garanties essentielles pour les suspects, qu'il s'agisse du droit à l'assistance de l'avocat ou du droit de se taire.

Pour autant, les arrêts de l'Assemblée plénière ou l'initiative de la chancellerie ne sauraient occulter les difficultés qui perdurent relativement à la garde à vue, même après l'entrée en vigueur de la loi la réformant le 1^{er} juin 2011. Si celle-ci a pu être présentée dans la circulaire précitée comme modifiant « de façon substantielle les règles applicables en matière de garde à vue afin de mettre celles-ci en conformité avec les exigences énoncées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010 et les principes résultant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », l'écart avec la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme demeure significatif (V. H. Matsopoulou, Une réforme inachevée - À propos de la loi du 14 avril 2011, JCP 2011, n° 19, p. 542). Même si la présence de l'avocat a gagné en consistance au cours de la garde à vue, elle ne s'accompagne pas d'un accès à l'intégralité du dossier de la procédure et connaît toujours les mêmes restrictions dans le cadre de régimes dérogatoires qui ont été maintenus. Et que dire du contrôle de la garde à vue toujours confié au cours des premières heures au parquet (V. nos obs., cette Revue 2011. 142) ? L'ombre des arrêts *Salduz* et *Moulin* plane toujours sur la procédure pénale française.

Mots clés :

PROCEDURE PENALE * Garde à vue * Droits de la défense * Convention européenne des droits de l'homme * Assistance d'un avocat

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Liberté et sûreté * Garde à vue * Droits de la défense * Assistance d'un avocat