

Jacques Michod*

Avocat de la première heure et droits de la défense

Mots clés: Avocat de la première heure, devoir d'information, communication avec le prévenu, ajournement de l'audition, accès au dossier, validité de l'audition

I. Introduction

Dès le 1^{er} janvier 2011, entrera en vigueur le Code de procédure pénale suisse appelé à remplacer les 26 codes de procédure cantonaux. Le modèle adopté par la Confédération est celui du Ministère public II caractérisé par l'absence totale du Juge d'instruction. Dans ce système, le Ministère public est responsable de l'exercice uniforme de l'action publique (art. 16 CPP), ceci dans le respect des grands principes de procédure (art. 3 ss CPP). Il lui incombe de conduire l'ensemble de la procédure préliminaire. Il dirige les investigations de la police, conduit l'instruction, rédige l'acte d'accusation et soutient l'accusation devant le Tribunal. Le Conseil fédéral a donné la préférence à ce modèle qui lui est apparu le plus approprié sur le plan procédural pour lutter efficacement contre la criminalité. Ce choix répond donc avant tout à une volonté d'améliorer l'efficacité de la poursuite pénale.¹

Cette nouvelle procédure se caractérise par une forte concentration des pouvoirs en mains du Ministère public et un accroissement des responsabilités de celui-ci. On peut même dire qu'elle consacre la toute-puissance du Ministère public pour l'ensemble de la phase préliminaire du procès pénal.² Pour contrebalancer les pouvoirs considérables, pour ne pas dire exorbitants, du Ministère public, le code institue un Tribunal des mesures de contrainte qui devient l'autorité de la détention, qu'elle soit provisoire (art. 224 al. 1 CPP) ou dictée par des motifs de sûreté (art. 229 CPP), et un renforcement des droits de la défense. Parmi ces droits élargis figure celui accordé au prévenu d'être assisté d'un défenseur dès sa première audition par la police (art. 159 CPP).

Nous allons examiner les conditions de cette intervention de la première heure en soulignant d'entrée de cause que le renforcement des droits de la défense que nous venons d'évoquer implique que les dispositions prévues dans ce sens par le Conseil fédéral, tout particulièrement celles relatives à l'intervention de

l'avocat de la première heure et à son rôle aux côtés du prévenu, intègrent les règles du procès équitable du droit européen et confèrent à l'avocat, de manière concrète, le rôle naturel qui doit être le sien: celui d'un défenseur actif et éclairé aux côtés de son client.

II. Audition du prévenu et intervention de l'avocat

1. Première audition et devoir d'information des autorités de poursuite

L'art. 158 al. 1 let. c CPP impose notamment à la police, et cas échéant au Ministère public, d'informer le prévenu «*qu'il a le droit de faire appel à un défenseur ou de demander un défenseur d'office*». Cette information doit intervenir, selon cette disposition, dès le début du premier interrogatoire, de manière à ce que le prévenu puisse indiquer à l'autorité de poursuite s'il entend se faire assister et demander cas échéant que la direction de la procédure lui désigne un avocat d'office. La police est donc la première autorité à devoir respecter cette obligation dans le cadre des investigations qu'elle mène de manière autonome. La règle s'applique à toute personne qui à la suite d'une dénonciation, d'une plainte ou d'un acte de procédure accompli par une autorité pénale est soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infraction (art. 111 al. 1 CPP). Cette disposition répond aux exigences des art. 31 al. 2, 32 al. 2 Cst. et 6 par. 3 let. a CEDH qui imposent que toute personne qui se voit privée de sa liberté soit informée dans les plus courts délais possibles des raisons de cette privation et des droits qui sont les siens. Parmi ceux-ci figure aussi pour le prévenu le droit de se taire et de refuser de collaborer avec les autorités de poursuite.

2. La garantie fondamentale de l'art. 159 CPP

Selon l'article 159 al. 1 CPP, le prévenu a droit à la présence d'un défenseur à ses côtés lors de toute audition devant la police, qu'il fasse l'objet d'une détention provisoire avant jugement ou non. Cette disposition consacre le principe de l'avocat

* Avocat au Barreau du Canton de Vaud.

1 FF 2006, p. 1081.

2 Voir sur ce point YVAN JEANNERET, Le juge d'instruction est mort, vive le procureur, in: Juriste international 2010.1, p. 56.

de la première heure qui peut donc intervenir dès la phase d'investigation policière (art. 306 CPP), avant même l'ouverture formelle de l'instruction par le Ministère public (art. 309 CPP). Par extension, cette règle vaut pour les auditions effectuées par le Ministère public.

En adoptant la disposition de l'art. 159 CPP, la Suisse a fait avant l'heure un pas significatif en direction des exigences posées par la CEDH. Dans l'arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008,³ la Cour européenne a rappelé 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». La Cour en a conclu que «pour que le droit à un procès équitable consacré par l'art. 6 par. 1 CEDH demeure suffisamment concret et effectif, il faut en règle générale que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire du suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons imprévues de restreindre ce droit»⁴.

Cet arrêt de novembre 2008 marque un tournant décisif dans le respect des garanties du procès équitable dans le cadre de l'enquête préliminaire. On voit que le Conseil fédéral a anticipé cette jurisprudence. Dans le message du 21 décembre 2005,⁵ il est déjà admis que le droit d'un prévenu d'être assisté d'un défenseur dès les premiers actes de la procédure est l'un des piliers essentiels de la défense. Le futur code de procédure pénale consacre cette garantie fondamentale.

a) L'intervention de l'avocat de la première heure

L'art. 159 CPP consacre le rôle actif de l'avocat de la première heure. Selon cette disposition, la mission du défenseur ne consiste pas seulement à orienter le prévenu sur ses droits et à le conseiller dans le cadre de sa défense, mais également à poser toutes questions utiles. Ce rôle actif dès la première audition implique que le défenseur soit aussi admis cas échéant à faire préciser et compléter les réponses du prévenu aux questions posées par la police.⁶ Le défenseur n'a en revanche pas le droit d'assister aux interrogatoires par la police des autres coprévenus ou coaccusés, ni aux auditions des personnes appelées à donner des renseignements.⁷ On précisera que le droit à l'avocat de la première heure doit être invoqué par le défenseur, respectivement par le prévenu. Il n'appartient pas à la police de convoquer spontanément l'avocat même si elle a connaissance du mandat de ce dernier.⁸

b) Libre communication avec le défenseur

Le code unifié qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011 accorde au prévenu une garantie supplémentaire qu'il y a lieu de souligner. L'art. 159 al. 2 CPP donne en effet la possibilité au défenseur de communiquer librement avec le prévenu qui fait l'objet d'une arrestation provisoire. On doit comprendre cette règle comme un droit de l'avocat de rencontrer le prévenu avant même son audition par la police et de s'entretenir avec lui hors la présence des représentants des autorités de poursuite. Ce droit qui est étroitement lié à l'interrogatoire tend à renforcer les droits de la défense. L'équité de la procédure pénale implique que le suspect puisse, avant d'être entendu, discuter avec son avocat de tout ce qui touche à sa défense et à ses besoins légitimes. A défaut, l'efficacité de la défense serait sensiblement amoindrie.⁹ Le Conseil fédéral considère cependant qu'il ne peut s'agir que d'un entretien bref compte tenu des contraintes de temps de la garde à vue et des nécessités de l'enquête pénale. Si l'on entend toutefois que cet entretien puisse servir à préparer utilement l'audition du prévenu, on doit considérer qu'une période d'une demi-heure est impérativement nécessaire pour une première entrevue, ce délai devant être porté à une heure au moins pour les affaires délicates¹⁰.

On doit relever, à propos du droit accordé au défenseur de communiquer librement avec son client, que cette faculté n'a pas été expressément reconnue à l'avocat dans l'arrêt *Salduz* précité. Dans son opinion concordante, le juge Bratza le regrette et estime que l'arrêt ne va pas suffisamment loin. «Je considère que la Cour aurait dû saisir l'occasion pour dire clairement que l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale, aux fins de l'art. 6, 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. Il serait regrettable que l'arrêt donne l'impression qu'aucune question ne peut se poser sur le terrain de l'art. 6 dès lors que le suspect a pu se faire assister par un avocat dès le début de ses interrogatoires ou que l'art. 6 ne peut jouer que si le refus de l'accès à un avocat a nui à l'équité de l'interrogatoire du suspect. Le refus à un suspect de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le début de sa détention peut violer l'art. 6 de la Convention s'il y a préjudice pour les droits de la défense, que ce préjudice résulte ou non de l'interrogatoire du suspect».¹¹

Le juge Zagrebelsky s'est exprimé dans le même sens dans sa propre opinion concordante, à laquelle se sont ralliés les juges Casadevall et Türmen. On voit là encore, et il faut le souligner, que le Conseil fédéral a été plus loin que l'arrêt *Salduz* en consacrant le droit de l'avocat de s'entretenir librement avec le prévenu dès le début de la garde à vue.

3 Affaire *Salduz c. Turquie*, arrêt du 27 novembre 2008 (Grande Chambre), requête n° 36 391/02, par. 54.

4 Arrêt précité, par. 55.

5 FF 2006, p. 1173.

6 LAURENT MOREILLON et AUDE REYMOND, la nouvelle procédure pénale unifiée: du CPP vaudois au CPP fédéral, in: JT 2010 III 91.

7 FF 2006, p. 1174.

8 FF 2006, p. 1174.

9 FF 2006, p. 1175.

10 Voir sur ce point: MAURICE HARARI, Quelques réflexions autour du droit du prévenu à la présence de son conseil, in: La procédure pénale fédérale, Stämpfli éditions SA, Berne 2010, p. 83.

11 Affaire *Salduz c. Turquie*, arrêt du 27 novembre 2008 (Grande Chambre), requête n° 36 391/02, p. 23.

c) La question de l'ajournement de l'audition

Le code prévoit que l'arrestation provisoire ne peut excéder 24 heures (art. 219 al. 4 CPP) et que l'interrogatoire doit en conséquence intervenir rapidement. Il s'ensuit que le défenseur ne peut obtenir un ajournement de l'audition (art. 159 al. 3 CPP). L'application de cette disposition ne doit pas pour autant avoir pour effet de vider le droit de participation de l'avocat de sa substance. Si le défenseur est à même de se rendre disponible dans un délai raisonnable, l'audition doit être différée de manière à ce qu'il puisse y assister.¹² Le code ne précise pas ce que l'on doit entendre par délai raisonnable ou utile. Loraine Michaud Champendal propose un délai d'une heure, par analogie avec celui prévu dans la phase des débats avant un jugement par défaut de l'actuel code de procédure pénale vaudois.¹³ Ce délai paraît bien court. Niklaus Ruckstuhl considère pour sa part qu'un délai d'une demi-journée est seul susceptible d'assurer au prévenu un droit effectif à l'avocat de la première heure.¹⁴

La question est délicate. Si le droit du prévenu d'être assisté dès sa première audition par la police ne se discute pas, on doit cependant admettre que la bonne marche des poursuites implique que les opérations d'enquête puissent se dérouler avec célérité. Le déroulement de l'instruction ne doit pas être entravé parce que des défenseurs ne seraient pas disponibles. La défense du prévenu non plus. Celui-ci a un intérêt évident, dans la plupart des cas, à pouvoir se déterminer dans les meilleurs délais possibles sur les faits qui lui sont reprochés, ne serait-ce que pour écouter cas échéant sa garde à vue. La mise en place de défenseurs de permanence, immédiatement disponibles, apparaît nécessaire si l'on entend concilier à la fois les intérêts des autorités de poursuite et ceux du prévenu dans cette phase initiale de la procédure.

d) Les limites du droit à l'avocat de la première heure

Le droit du prévenu d'être assisté d'un défenseur dès son premier interrogatoire ne vaut, si l'on en croit le Conseil fédéral, que pour une audition au sens strict. La règle ne s'appliquerait ainsi que pour les interrogatoires qui font l'objet de questions et de réponses consignées dans un procès-verbal.¹⁵ Cette interprétation ne nous paraît pas satisfaisante. La règle ne saurait à notre sens se limiter aux seules auditions protocolées. Elle nous paraît s'imposer également dès l'instant où les déclarations du prévenu sont consignées d'une autre manière, par exemple lorsqu'elles sont retranscrites ou résumées dans un rapport de police lui-même versé au dossier pénal.¹⁶

Le droit à l'avocat de la première heure ne s'applique cependant pas en toute circonstance. Il ne vaut pas pour la phase policière d'appréhension prévue à l'art. 215 CPP. L'appréhension

est une mesure qui doit permettre à la police d'établir l'identité d'une personne et de déterminer si elle a commis une infraction ou si elle a un lien quelconque avec celle-ci. Pour cela, la police peut l'interroger brièvement (art. 215 al. 1 let. b CPP). La mention expresse qu'il ne s'agit que d'un bref entretien signifie que l'interrogatoire ne peut être qu'extrêmement sommaire et exclusivement destiné à déterminer s'il y a lieu de procéder à des recherches plus approfondies. Il ne s'agit toutefois pas d'une audition à proprement parler, le prévenu n'étant pas tenu de se prononcer sur les accusations dont il fait l'objet.¹⁷ Ainsi, dès l'instant où des soupçons concrets se confirment, la procédure doit immédiatement basculer dans la phase d'investigation policière prévue aux art. 306 et 307 CPP qui permet au prévenu de bénéficier immédiatement du droit à l'avocat de la première heure.

III. Défense privée, obligatoire ou d'office

Comme on l'a vu plus haut, l'art. 159 CPP consacre le droit à l'avocat de la première heure quelle que soit l'infraction envisagée, qu'il s'agisse d'un cas «*bagatelle*» ou d'une affaire grave. Les art. 129 à 132 CPP pour leur part définissent les différents types de défense. Ils en fixent les conditions et les modalités d'application.

L'art. 129 CPP consacre un principe général qui veut que dans toutes les procédures, et à n'importe quel stade de celles-ci, le prévenu puisse se défendre lui-même ou charger un avocat de sa défense. Lorsque le prévenu désigne lui-même un défenseur on parle «*de défense privée ou de défense librement choisie*». Cette liberté de choisir un défenseur, et cas échéant d'en changer, implique pour le prévenu l'obligation d'en supporter les frais.¹⁸

Dans les cas énumérés à l'art. 130 CPP, le prévenu doit être pourvu d'un défenseur qu'il le veuille ou non lorsque sa détention provisoire a excédé 10 jours, s'il encourt une peine privative de liberté de plus d'un an ou une mesure entraînant une privation de liberté, si son état physique ou psychique, ou d'autres motifs ne lui permettent pas de défendre suffisamment ses intérêts dans la procédure et que ses représentants légaux ne sont pas en mesure de le faire, si le Ministère public intervient personnellement et dans le cadre de la procédure simplifiée prévue aux art. 358 à 362 CPP. Dans les cas évoqués ci-dessus, le prévenu n'a pas le choix. Il ne peut se défendre lui-même. Il doit être assisté d'un défenseur qui lui sera désigné par l'autorité judiciaire s'il ne l'a pas déjà fait.

L'art. 132 CPP règle enfin les cas dans lesquels l'Etat peut commettre un défenseur d'office au prévenu. Il s'agit, outre les cas de défense obligatoire examinés plus haut, de ceux où le prévenu ne dispose pas des moyens financiers nécessaires et où l'assistance d'un défenseur est justifiée pour sauvegarder ses intérêts (art. 132 al. 1 let. b CPP). La défense d'office se justifie aux fins de protéger les intérêts du prévenu lorsque l'affaire

12 FF 2006, p. 1175.

13 LORAINÉ MICHAUD CHAMPENDAL, L'avocat de la première heure dans la procédure suisse, in Jusletter, 8 mars 2010.

14 NIKLAUS RUCKSTUHL, Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunde, in: Revue de l'avocat II/2010, p. 72.

15 FF 2006, p. 1172.

16 Voir sur ce point MICHAUD CHAMPENDAL (note 13), p. 9.

17 FF 2006, p. 1206.

18 FF 2006, p. 1157.

n'est pas de peu de gravité et qu'elle présente sur le plan des faits ou du droit des difficultés que le prévenu seul ne saurait surmonter. Selon le code, l'affaire n'est pas de peu de gravité lorsque le prévenu est passible d'une peine privative de liberté de plus de 4 mois, d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou d'un travail d'intérêt général de plus de 480 heures (art. 132 al. 3 CPP).

Si l'on sait que l'autorité de désignation du défenseur d'office est la direction de la procédure (art. 131, 132 CPP), c'est à dire le Ministère public dans la phase de l'instruction (art. 16 CPP), il apparaît indispensable qu'en cas d'arrestation provisoire et de garde à vue, dans la perspective du premier interrogatoire, la police informe immédiatement le Ministère public de toute situation qui pourrait justifier la désignation d'un avocat d'office. Le devoir d'information du Ministère public qui incombe à la police est prévu de manière générale à l'art. 307 al. 1 CPP. Selon cette disposition, l'information doit intervenir sans retard pour toutes les infractions graves et tous les événements sérieux. Le code ne définit cependant pas ce que l'on doit entendre par infractions graves ou événements sérieux. Peu importe en réalité. Au vu des règles définies à l'art. 159 CPP, on doit considérer que dans tous les cas où une défense d'office s'impose, l'information doit être immédiatement donnée au Ministère public pour qu'il puisse ordonner à temps la mise en œuvre de cette défense. Le respect du droit garanti par l'art. 159 CPP l'impose impérativement.

IV. Connaissance des charges et consultation du dossier

Selon l'art. 101 CPP, les parties peuvent consulter le dossier pénal «*au plus tard après la première audition du prévenu et l'administration des preuves principales par le Ministère public*», sous réserve de certaines restrictions prévues à l'art. 108 CPP (abus de droit de la part d'une partie ou nécessité d'assurer la sécurité de personnes ou la protection d'intérêts publics ou privés).

Il découle de cette disposition que le prévenu n'aura généralement pas accès aux éventuelles pièces déjà versées au dossier avant sa première audition. Il doit néanmoins, comme le prévoit l'art. 5 par. 2 CEDH, savoir pourquoi il est privé de liberté. Pour le Tribunal fédéral, le système de protection qu'offre la disposition précitée oblige les autorités de poursuite à signaler à une telle personne, dans un langage simple et accessible pour elle, non seulement les raisons juridiques mais également les raisons factuelles qui sont à l'origine de sa privation de liberté.¹⁹

Le Tribunal fédéral a également rappelé qu'à teneur de l'art. 6 par. 3 CEDH, tout accusé a le droit d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui de manière à pouvoir préparer sa défense. Ces garanties constituent un aspect particulier du droit au procès équitable au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.²⁰

Si l'on admet, et on voit mal comment il pourrait en être autrement, que la défense du prévenu débute dès sa première audition, il apparaît qu'un minimum d'information doit lui être donné dès les premières heures de sa garde à vue de manière à ce qu'il puisse en conférer avec son conseil. Si l'on entend que l'avocat de la première heure ne soit pas un défenseur de façade, les circonstances essentielles qui ont conduit à l'arrestation du prévenu doivent être portées à sa connaissance. Si le défenseur ne sait rien de l'affaire en cause, si ce n'est la date des faits et la nature de l'infraction retenue ou envisagée, il ne lui sera pas possible d'organiser une défense digne de ce nom. Il est indispensable qu'il connaisse, au moins dans leurs éléments essentiels, les raisons plausibles des soupçons retenus par les enquêteurs. Il s'agit là d'une des conditions clé du procès équitable.

V. Violation du droit à l'assistance d'un avocat et sanction

Selon l'art. 131 al. 3 CPP, «*les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné, alors même que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue, ne sont exploitables qu'à condition que le prévenu renonce à en répéter l'administration*».

Bien que cette disposition figure sous l'intitulé «*mise en œuvre de la défense obligatoire*», il apparaît clairement qu'elle doit s'appliquer également à tous les cas où une défense d'office aurait dû être ordonnée par la direction de la procédure, notamment dans les cas visés à l'al. 1 let. b de l'art. 132 CPP. Dès l'instant où un prévenu doit être obligatoirement assisté d'un défenseur au sens de l'art. 130 CPP ou bénéficie du droit de se voir commettre un avocat d'office parce qu'il remplit les conditions fixées à l'al. 1 let. b de l'art. 132 CPP, il doit être pourvu d'un défenseur. A défaut, l'al. 3 de l'art. 131 CPP doit s'appliquer sans réserve.

Dans son message, le Conseil fédéral a considéré qu'il convenait de distinguer deux cas de figure: «*Celui où, au moment où les preuves en question ont été administrées, la nécessité d'un défenseur aurait pu être admise et celui où elle n'aurait pu l'être. Dans le premier cas, les preuves ne sont pas exploitables et leur administration doit être répétée en présence du défenseur, à moins que le prévenu n'y renonce. Dans le deuxième, notamment lorsque, au début de la procédure préliminaire, il était encore impossible de déterminer si la gravité de l'affaire nécessitait que la direction de la procédure ordonne la défense obligatoire, les preuves administrées restent valables*».²¹

Cette position ne nous paraît guère défendable. On ne saurait faire dépendre la validité d'un acte de procédure de l'appréciation initiale des autorités de poursuite, correcte ou erronée, de la gravité des infractions. L'application de l'art. 131 al. 3 CPP doit dépendre de critères objectifs. Si, à quelque stade de la procédure que ce soit, il apparaît que le prévenu remplit les conditions d'une défense d'office, il y a lieu de déclarer inexploitables toutes les auditions réalisées avant ce constat. Au vu des exigences définies à l'art. 159 CPP, et leur importance fondamentale, il ne paraît pas

19 Arrêt du Tribunal fédéral 1S.12/2004 du 1^{er} décembre 2004.

20 Arrêt du Tribunal fédéral 1P.517/1998 du 3 mai 2000, et les références citées.

21 FF 2006, p. 1158.

conforme au principe du procès équitable que certaines déclarations du prévenu non assisté puissent être utilisées dans la suite de la procédure, cas échéant à son encontre, à tout le moins si elles portent sur des faits en rapport avec ceux qui impliquent une défense d'office. A défaut, l'erreur d'appréciation sur la gravité des charges profiterait aux autorités de poursuite alors même qu'elles en seraient responsables. Toute autre interprétation irait à l'encontre du principe de l'égalité des armes.

VI. Conclusion

Le futur code de procédure pénale représente pour bien des cantons une véritable révolution. Il est difficile de savoir aujourd'hui

s'il consacre une avancée réelle des droits de la défense ou au contraire une régression de ceux-ci. L'avenir nous le dira. Nous verrons dans quelques mois si les contrepoids aux pouvoirs considérables conférés au Ministère public sont suffisants. On peut d'ores et déjà penser qu'il appartiendra aux avocats de faire preuve d'une extrême vigilance dès l'entrée en vigueur du nouveau code. Les premiers pas seront décisifs. Nous saurons alors, probablement assez rapidement, si l'avocat de la première heure en particulier marque un vrai progrès pour les droits de la défense ou ne constitue qu'un leurre. ■