

L'audition dite « libre » est-elle mobilisable en matière de recherche d'infractions au séjour ?

En réformant le régime de la garde à vue, le législateur français a également « *légalisé* » et encadré – aux articles 62, 73 et 78 du Code de procédure pénale – un régime d'audition libre qui n'existait auparavant que par l'effet d'une construction prétorienne, laquelle résultait d'ailleurs d'une jurisprudence assez incertaine et évolutive.

Il faut donc se demander dans quelle mesure ces dispositions pourraient être mobilisées, au lieu et place d'une garde à vue devenue illégale, pour la préparation des mesures d'éloignement.

Relevons tout d'abord, d'une manière générale, que l'audition libre est, par nature même, profondément antinomique de la recherche de l'infraction de séjour irrégulier : pour l'étranger, les enjeux liés à la mise en évidence de cette infraction sont tels, en effet, que c'est évidemment une vue de l'esprit de penser qu'il pourrait se soumettre librement à une audition dont l'issue n'est autre que son éloignement du territoire.

Autrement dit, si l'auteur d'une infraction dont les conséquences sont exclusivement pénales et d'une sévérité très relative peut parfaitement accepter de s'en expliquer de son plein gré, il est à l'inverse totalement exclu qu'il en aille de même lorsque la découverte de l'infraction en cause marque très certainement, pour l'intéressé, la fin du séjour en France et de toute l'organisation de vie professionnelle, familiale, affective, qui y est associée, souvent depuis de longues années.

De ce seul point de vue, la mobilisation de l'audition libre ne peut manquer d'apparaître comme un véritable détournement de procédure, basé sur la fiction d'un consentement qui, par hypothèse, ne pourrait jamais être donné s'il l'était en toute connaissance de cause.

Mais il y a plus : l'analyse minutieuse de la lettre des textes confirme en réalité cette incompatibilité qui se déduit déjà de leur esprit.

I - Les articles 62 et 78 excluent l'audition libre d'une personne à l'égard de laquelle il existe des raisons de soupçonner qu'elle a commis une infraction.

Bâti sur le même schéma, ces deux articles sont relatifs, le premier, à la procédure de flagrance, et, le second, à la procédure d'enquête préliminaire.

Disons d'emblée que l'article 78 ne nous intéresse guère dans la mesure où l'enquête préliminaire, qui suppose une audition sur convocation, n'apparaît pas très adaptée à la recherche des infractions de séjour irrégulier. Même s'il peut arriver qu'une procédure d'éloignement soit initiée à l'occasion d'une enquête préliminaire, l'immense majorité l'est dans le cadre d'une enquête de flagrance.

Mais, en tout état de cause, l'un comme l'autre de ces textes apparaissent inapplicables pour une raison commune, qui s'impose à l'issue d'une lecture attentive.

Les deux articles se placent en effet dans l'hypothèse où une personne est entendue alors même qu'il n'existe aucune raison de soupçonner qu'elle a commis une infraction : ils disposent qu'elle peut alors être retenue le temps nécessaire à son audition et pendant quatre heures au maximum. On observera incidemment que même s'il ne semble pas s'agir, à proprement parler, d'une audition libre – puisque la personne peut être « *retenue* » pour les besoins de son audition, ce qui suggère bien l'exercice d'une contrainte –, c'est néanmoins sur cette base que la construction prétorienne du régime de l'audition libre s'est élaborée, en partant de l'hypothèse que l'intéressé peut à tout moment mettre fin à cette « *retenue* ».

Mais il faut surtout souligner que dans la très grande majorité des cas, l'interpellation – et l'audition – d'un étranger interviennent à la suite d'un contrôle d'identité et ce, *a fortiori* depuis que la Cour de cassation a invalidé le contrôle direct de la régularité du séjour sur le fondement de l'article L.611-1 du CESEDA par son arrêt du 6 juin 2012 (n° 10-25.233).

Or, de deux choses l'une :

– soit le contrôle d'identité est justifié par « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* » que l'intéressé a commis ou tenté de commettre l'infraction de défaut de titre de séjour (ou se trouve dans l'une des hypothèses équivalentes de l'article 78-2 al. 1 du CPP) et l'audition libre de l'article 62 n'est pas applicable, alors, puisqu'elle suppose il n'y ait pas de soupçon de commission d'une infraction au moment où l'audition débute ;

– soit le contrôle d'identité est effectué hors de tout soupçon d'infraction (c'est le cadre de l'article 78-2 al. 2 qui organise les contrôles sur réquisitions du Procureur de la République) et deux hypothèses s'ouvrent alors ; dans la première, la présentation des pièces d'identité révèle d'emblée la suspicion d'une infraction au séjour et nous nous trouvons alors dans la situation précédente où l'audition libre est, pour cette raison, exclue ; dans la seconde hypothèse, l'étranger n'est pas en mesure de justifier de son identité et c'est alors la procédure de vérification d'identité de l'article 78-3 qui s'ouvre ; or, la personne qui fait l'objet de cette vérification « *ne peut être retenue que pendant le temps strictement exigé par l'établissement de son identité* », de sorte que sitôt cette identité établie elle doit

être remise en liberté ; et si, d'aventure, cette vérification faisait apparaître, par elle-même, un soupçon d'infraction au séjour, ce soupçon ne pourrait justifier que l'ouverture d'une enquête de flagrance (laquelle ne pourrait plus, désormais, être assortie d'une mesure de garde à vue, comme cela est pourtant prévu à l'avant dernier alinéa de l'article 78-3, puisque sont intervenus les arrêts du 5 juillet 2012), mais il exclut en revanche, toujours pour la même raison, la mise en œuvre de l'audition libre de l'article 62. Le passage « direct » de la vérification d'identité de l'article 78-3 à l'audition libre de l'article 62 ne pourrait en effet constituer qu'un détournement de procédure tendant à éluder les conditions mises à une telle audition en enquête de flagrance.

Impossible, donc, d'échapper aux contraintes de cet article, qui n'organise en réalité l'audition libre que pour permettre d'entendre celui qui, à ce stade, ne peut être considéré que comme un simple témoin, à l'encontre duquel aucun début de commencement de charges ne peut être établi, ce qui n'est évidemment pas la situation de l'étranger dont le contrôle ou la vérification d'identité aura le plus souvent révélé la situation incertaine au regard du droit au séjour.

Le débat aurait donc été clos si la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue n'avait pas ajouté un alinéa précisant que si, au cours de l'audition de l'intéressé, apparaissent des raisons de soupçonner qu'il a commis une infraction punie d'une peine d'emprisonnement, il ne peut être alors maintenu sous la contrainte à la disposition des policiers que sous le régime de la garde à vue. Or, par une décision du 18 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a livré de cet alinéa une interprétation *a contrario* qui en fait en quelque sorte le support d'une audition libre spécifique au dit alinéa 2. Il considère en effet « *qu'il résulte nécessairement de ces dispositions qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction peut être entendue par les enquêteurs en dehors du régime de la garde à vue dès lors qu'elle n'est pas maintenue à leur disposition sous la contrainte* ».

Exigeant alors seulement que la personne soit informée de la nature et de la date de l'infraction dont on la soupçonne et de son droit de quitter les lieux à tout moment, le Conseil constitutionnel consacre bien, en creux, la possibilité d'une audition libre qui, ayant débuté en l'absence de tout soupçon, se poursuit sous le même régime alors même qu'un soupçon est pourtant apparu au cours de l'audition.

Certes, ces précisions ne semblent pas changer grand chose à la situation particulière des étrangers, puisqu'il ne s'agit que d'apprécier les conditions dans lesquelles peut être poursuivie une audition qui, en tout état de cause, n'a pu débiter qu'en l'absence de tout soupçon, ce qui ne peut être l'hypothèse qui nous occupe.

Mais le Conseil constitutionnel crée l'incertitude en précisant que « *le respect des droits de la défense exige qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue, ne puisse être entendue ou continuer d'être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée ...* ». En évoquant indifféremment l'hypothèse d'un soupçon existant avant l'audition ou apparaissant au cours de celle-ci, le Conseil semble donc laisser entendre que l'audition libre de l'article 62 pourrait aussi bien trouver à s'appliquer *ab initio* – dans le cadre d'une audition débutée en l'état d'un soupçon préexistant – que comme issue à une audition débutée dans le cadre de l'alinéa 1, en l'absence de soupçon initial, puis continuée sous ce régime alors qu'un soupçon est apparu.

Plusieurs objections majeures s'opposent toutefois à cette lecture de la décision du Conseil et, partant, à une conception à ce point extensive du champ de l'audition libre de l'article 62 alinéa 2 :

- on observera, d'abord, que le Conseil se situe toujours dans l'hypothèse où le soupçon porterait sur une infraction « *pour laquelle [l'intéressé] pourrait être placé en garde à vue* », ce qui devrait à nouveau écarter l'infraction de séjour irrégulier ;
- on remarquera, surtout, qu'avec cette précision le Conseil ne fait que poser les conditions minimales et générales de constitutionnalité auxquelles doit répondre tout régime d'audition qui ne relèverait pas des garanties spécifiques à la garde à vue ; or, ces conditions minimales ne sont évidemment pas exclusives de conditions ou garanties complémentaires que le législateur entendrait ajouter, ce qu'il a précisément fait en réservant l'audition libre aux seules hypothèses où l'audition débute en l'absence de tout soupçon ;
- on soulignera enfin qu'à supposer même que le Conseil ait entendu considérer ces deux situations – soupçon *ab initio* ou apparaissant au cours de l'audition – comme équipollentes et ouvrir ainsi la possibilité d'une audition libre y compris lorsque le soupçon est préexistant il aurait, ce faisant, incontestablement ajouté au texte de l'article 62 alinéa 2, lequel ne régit explicitement que la situation dans laquelle le soupçon apparaît au cours de l'audition et ne préexiste pas, au contraire, à l'audition.

Pour l'ensemble de ces raisons il apparaît donc clairement, que l'article 62 du CPP ne peut en aucune manière – et l'article 78 encore moins – constituer le support d'une audition libre en matière de recherche d'infractions au séjour.

II - Et quand bien même l'audition libre serait « mobilisable »...

Mais allons plus loin encore et supposons un instant que l'audition libre de l'article 62 soit mobilisable dans la situation, qui nous occupe, où la vérification de l'identité d'un étranger « débouche » sur la découverte d'indices laissant supposer l'existence d'une infraction au séjour. Devrions-nous considérer, alors, que les exigences posées par le Conseil constitutionnel (que la personne soit informée de la nature et de la date de l'infraction dont on la soupçonne et de son droit de quitter les lieux à tout moment) suffiraient à en assurer la régularité ? Rien n'est moins sûr.

Contraint de faire entrer les droits de la défense par la porte de la garde à vue, le législateur français les a en effet évacués, dans le même temps, par la fenêtre de l'audition libre, qu'il a d'ailleurs assez maladroitement définie et encadrée.

Il a ainsi tenté d'atténuer les conséquences d'une réforme de la garde à vue que le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme le forçaient à adopter et dont il redoutait les conséquences sur l'efficacité policière.

Mais on ne résiste pas facilement au progrès : la mort de l'audition libre à la française – née contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et aux projets de droit de l'Union – serait en réalité déjà programmée si elle devait concerner une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction.

Le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation continuent, en effet, de lier le plein exercice des droits de la défense et l'assistance d'un avocat à l'existence d'une contrainte exercée sur la personne retenue. Ils en déduisent que ces droits ne peuvent être revendiqués qu'en cas de garde à vue et non dans l'hypothèse d'une audition libre, laquelle pourrait se satisfaire des deux conditions minimales posées par le Conseil. Or, la Cour européenne des droits de l'Homme – de même qu'un projet de directive européenne – exigent le plein exercice des droits de la défense et l'assistance d'un avocat dès qu'une personne est soupçonnée, qu'elle soit privée de liberté ou non.

La Cour européenne des droits de l'Homme le rappelle dans un arrêt récent (CEDH, 27 octobre 2011, STOJKOVIC c/ France et Belgique, n°25303/08, §§ 50 à 52 notamment). La proposition de directive adoptée par le Parlement européen et le Conseil est en parfaite conformité avec cette jurisprudence de la CEDH. Elle revendique même s'en être inspirée. La proposition de directive « *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation* » prévoit ainsi dans son article 3 que toute personne soupçonnée, qu'elle soit privée de liberté ou non, doit pouvoir bénéficier

du droit à l'assistance d'un avocat dès son audition (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM(2011)326, du 8 juin 2011).

Ainsi, on le voit, la tentation de mobiliser l'audition libre à l'égard d'une personne que des indices désignent comme l'auteur possible d'une infraction au séjour se heurterait, en tout état de cause, à l'inconventionnalité manifeste de son régime, dès lors qu'il n'assure pas à la personne soupçonnée le plein exercice des droits de la défense et l'assistance d'un avocat.

III - L'article 73 du CPP ou comment la chancellerie patauge entre force publique et agent de la force publique

Lui aussi relatif à l'enquête de flagrance, cet article dispose en son alinéa premier que « *dans les cas de crime flagrant ou de délit puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire* ». Mais il comprend maintenant un alinéa 2, également introduit à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la garde à vue, aux termes duquel « *lorsque la personne est présentée devant l'OPJ, son placement en garde à vue, lorsque les conditions de cette mesure sont réunies, n'est pas obligatoire dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie* ».

Bien que les parlementaires s'en soient vigoureusement défendus, il s'agit bel et bien, là encore, de créer un régime d'audition libre, spécifique à la personne dont l'interpellation est effectuée par un simple quidam comme il est précisé à l'alinéa 1 et dont l'audition n'est pas caractérisée par l'usage de la contrainte. Certes, le texte ne l'envisage que lorsque les conditions de la garde à vue sont réunies, ce qui pourrait encore l'écarter en matière d'infractions au séjour. Mais une autre interprétation de l'article pourrait conduire à considérer que ce régime d'audition sans contrainte aurait, au contraire, *a fortiori* vocation à s'appliquer lorsque l'infraction flagrante qui a justifié l'interpellation n'est même pas punie d'une peine d'emprisonnement et que la garde à vue n'est en conséquence pas possible.

Sans écarter a priori cette lecture du texte, il faut en revanche préciser que les parlementaires ont complété cet alinéa 2 d'une phrase aux termes de laquelle « *le présent alinéa n'est toutefois pas applicable si la personne a été conduite par la force publique devant l'officier de police judiciaire* », ce qui est une façon de rappeler que cet article 73 concerne l'hypothèse particulière (précisée à l'alinéa 1) où l'auteur de l'infraction flagrante a été appréhendé et conduit devant un OPJ par « *toute personne* », autrement dit quelqu'un qui n'appartient pas à un corps doté

de la « *force publique* ».

L'audition libre de l'article 73 al. 2 n'est donc pas applicable quand l'étranger a été conduit devant un OPJ par un policier ou un gendarme...

Pourtant, la chancellerie a cru devoir, en présentant ces dispositions, en tordre le sens pour tenter d'y faire entrer à tout prix l'audition libre de l'étranger qui fait l'objet d'une procédure de flagrance au titre du séjour irrégulier. Par sa circulaire du 6 juillet 2012 faisant suite à la décision de la Cour de cassation écartant l'application de la garde à vue, elle précise en effet que « *l'audition sans placement en garde à vue [façon pudique de désigner une audition libre qui n'existe pas officiellement] est juridiquement concevable (!) mais suppose, conformément à l'article 73 du CPP, que la personne n'a pas été conduite par la force publique sous la contrainte devant un officier de police judiciaire* ».

La formule est déjà ambiguë : on ne sait pas si c'est l'intervention de la force publique ou l'exercice de la contrainte qui fait obstacle à l'audition libre...

Mais la circulaire précise tout de suite : « *L'audition libre, immédiatement après la constatation de l'infraction, n'est envisageable que dans les circonstances suivantes : la personne a été appréhendée par les agents de la force publique (souligné par nous) mais elle a ensuite été conduite jusqu'à l'OPJ sans avoir subi aucune contrainte, en particulier un menottage (souligné par la chancellerie)* ». Là, c'est donc l'exercice de la contrainte qui devient clairement le critère d'exclusion de l'audition libre.

Autrement dit, alors que la loi exclut l'audition libre lorsque l'intéressé a été appréhendé et conduit par un agent de la force publique, la circulaire la permet néanmoins, dans cette hypothèse, sous la seule réserve que cet agent n'ait pas utilisé de contrainte, ce qui n'est évidemment pas du tout la même chose.

En un mot comme en mille, la loi considère qu'il y a contrainte ou présomption de contrainte dès lors qu'un agent de la force publique intervient et en tire la conséquence que, dès lors, l'audition libre n'est pas possible « par hypothèse », alors que la chancellerie « oublie » l'exigence du texte et le triture pour admettre la fiction qu'un étranger suivra évidemment sans difficulté le policier ou le gendarme qui lui demandera gentiment de monter dans son fourgon...

Pourtant, les travaux parlementaires ne laissent aucun doute quant à la volonté du législateur d'écarter cet ersatz d'audition libre lorsque l'auteur du délit flagrant a été interpellé par un agent de la force publique. C'est ainsi que le rapport de la Commission des lois du Sénat précise : « *Ces dispositions ne seraient toutefois pas applicables lorsque la personne a été conduite par la force publique devant*

l'officier de police judiciaire : on peut en effet considérer qu'il existe dans ce cas une certaine continuité dans la contrainte (la personne ayant été appréhendée par la force publique est tenue de demeurer dans les locaux de police ou de gendarmerie où elle a été conduite, sauf avis contraire de l'officier de police judiciaire), – continuité qui n'existe pas nécessairement lorsque la personne a été amenée de force dans le service de police ou de gendarmerie par une personne privée et que l'officier de police judiciaire n'estime pas nécessaire de la contraindre à y demeurer ».

La chancellerie est donc prise en flagrant délit de tripatouillage des textes et l'utilisation de l'audition libre dans les procédures d'éloignement des étrangers devra être contestée en toute occasion et, à tout le moins, devant le juge des libertés et de la détention.

Septembre 2012

*Patrick Henriot, magistrat, membre du Syndicat de la magistrature
Emeline Lachal, avocat, membre du Syndicat des avocats de France*