Constitutions - octobre-décembre 2010 - pages 469 à 632 4

ARTICLE

475 Wall street 2 : vers la fin de la présomption de l'extraterritorialité du droit boursier américain ?
Wanda Mastor, Lucien Rapp

Constitutions

Revue de droit constitutionnel appliqué

DÉBAT

493 Droit constitutionnel et droit de l'environnement
Yann Aguila, Christian Huglo, Nathalie Kosciusko-Morizet

CHRONIQUES

557 *!Vivan las bodas!* Quand le mariage homosexuel est saisi par l'internationalisation du dialogue des juges
Laurence Burgorgue-Larsen

571 Garde à vue : faites entrer l'avocat !
Emmanuel Daoud, Emmanuel Mercinier

ref : 501004
9 782995 01104 9

DALLOZ

Constitutions
Revue de droit constitutionnel appliqué

SOMMAIRE

ARTICLE

WALL STREET 2 : Vers la fin de la présomption de l'extraterritorialité du droit boursier américain ?
Par Wanda Mastor, Lucien Rapp.....475

DÉBAT

Droit constitutionnel et droit de l'environnement
Par Yann Aguila, Christian Huglo, Nathalie Kosciusko-Morizet.....493

CHRONIQUES

POUVOIRS ET INSTITUTIONS

Fonction parlementaire

À propos des conditions de la suppression de la formation spéciale de la Cour de cassation chargée du renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité.
Le « coup de pied de l'âne » du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation ?,
par Julie Benetti 505

De l'application récente des dispositions constitutionnelles et organiques à la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel,
par Georges Bergougnous 507

La publicité des travaux des commissions parlementaires,
par Philippe Bachschmidt.....510

Fonction juridictionnelle

La Constitution, les Français et les opinions dissidentes : une histoire de piano et de tabouret,
par Anne-Laure Cassard-Valembois.....513

NORMES ET SYSTEMES

Droit national, droit international et droits européens

Question prioritaire de constitutionnalité. Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité,
par Emmanuelle Saulnier-Cassia et Anne Levade 520

Allemagne
Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité,
par Florence Zampini.....525

Droit international général
Cour internationale de justice et naissance d'un État nouveau,
par Aurélien Desingly 528

Constitutions nationales et droit (s) sans frontières

Du droit au mariage des couples homosexuels, droits étrangers, droit de l'Union européenne et droit européen,
par Marie-Claire Ponthoreau.....531

Laïcités parallèles,
par Marco Olivetti.....535

Autorité des décisions constitutionnelles

L'identification d'une disposition n'ayant pas déjà été déclarée conforme à la Constitution,
par Mathieu Disant.....541

DROITS ET LIBERTES

Droit processuel

Les cas dans lesquels la question de constitutionnalité n'est pas prioritaire,
par Jean Barthélemy et Louis Boré.....549

La QPC entre recours objectif et recours subjectif,
par Jean Barthélemy et Louis Boré.....553

Libertés, état des personnes et droit de la famille

!Vivan las bodas! **Quand le mariage homosexuel est saisi par l'internationalisation du dialogue des juges,**
par Laurence Burgorgue-Larsen 557

Droit des contrats et de la responsabilité

Vers un instrument optionnel en droit européen des contrats,
par Bénédicte Fauvarque-Cosson 564

Droit pénal

Garde à vue: faites entrer l'avocat!,
par Emmanuel Daoud et Emmanuel Mercinier.....571

Droit du travail

Question prioritaire de constitutionnalité : la Chambre sociale de la Cour de cassation, juge constitutionnel?,
par Christophe Radé.....587

Droit fiscal

Perquisitions fiscales : l'impuissance du droit,
par Christophe de la Mardière 595

Domaine de compétence des QPC et interprétation de l'article 14 de la DDHC selon laquelle c'est le Parlement qui consent à l'impôt,
par André Barilari 597

Nécessité de concilier le principe d'égalité devant les charges publiques avec l'objectif constitutionnel de lutte contre la fraude fiscale,
par André Barilari 598

Droit administratif général

Constitutionnalité de la procédure spécifique d'évacuation des gens du voyage,
par Oliviet Le Bot 601

Droit des médias et liberté de communication

L'extinction de la diffusion de la télévision en mode analogique et le passage de tous les téléspectateurs français à la réception en mode numérique,
par Louis de Broissia 605

Droit de l'environnement

Le principe constitutionnel de précaution, les antennes-relais et le juge administratif,
par Elise Carpentier.....611

ACTUALITÉ BIBLIOGRAPHIQUE

Ouvrages et thèses publiés,
par Stéphane Pinon 619

Revues,
par Emilie Debaets 625

Sites Internet et revues électroniques,
par Julien Bonnet 631

Droit pénal

Sous la direction de
Audrey Darsonville,
Professeur à l'Université d'Auvergne – Clermont-Ferrand 1

Emmanuel Daoud,
Avocat au Barreau de Paris

Statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité en application de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a jugé que le régime de droit commun actuel de la garde à vue est contraire aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

Garde à vue : faites entrer l'avocat !

Cons. const., n° 2010-14/22 QPC du 30 juill. 2010, M. Daniel W. et autres.

Mots clés | QPC – Garde à vue

Pour comprendre cette décision il convient de rappeler le contexte politique, social et juridique dans lequel celle-ci intervient, et de compléter cette analyse à la lumière des décisions rendues postérieurement par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de cassation.

I. - Le contexte politique, social et juridique

La République française est en proie au délire sécuritaire, c'est un fait. Le grand Robert définit le délire comme l'état caractérisé par une perte du rapport normal au réel et un verbalisme qui en est le symptôme, ou par une agitation, une exaltation causée par les émotions, ou par un enthousiasme exubérant. L'on est bien obligé de constater que, quel qu'en soit le sens accepté, la politique pénale française confine au délire. Depuis la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et loi du 4 mars 2002 complétant la loi du 15 juin 2000, sont intervenues les lois suivantes : loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne ; lois des 29 août et 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ; loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ; loi du même jour tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale ; loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive ; loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption ; loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ; loi du 1er juillet 2008 sur les nouveaux droits pour les victimes et amélioration de l'exécution des peines... et à l'heure où ces lignes sont écrites, la loi de programmation pour la sécurité intérieure est en discussion au Parlement ! C'est dans ce cadre de prolixité législative que s'est développée, notamment, une pratique inquiétante de la garde à vue.

Il existait déjà un mouvement de fond ancien, initié quand la loi du 8 décembre

1897 permit aux inculpés d'être assistés d'un avocat. Dès lors en effet, ainsi que le souligne avec justesse l'avocat François Saint-Pierre (Rev. pénit. 2010, n° 3) « les juges d'instruction déléguèrent aux policiers la mise en état de leur dossiers ; bien que ce travail leur incombât, tant par souci de facilité – d'efficacité, soutinrent-ils – que pour éluder les droits de la défense nouvellement reconnus ». Ce dernier cite l'illustre Maurice Garçon, qui avait qualifié cette pratique de « fraude à la loi », (Défense de la liberté individuelle, 1957) : « Dans un très grand nombre d'affaires, le juge d'instruction se fait substituer par la police, ce qui est un abus inadmissible [...]. Le suspect est cueilli à son domicile par les inspecteurs, conduit dans les locaux de la police et gardé à vue, ce qui équivaut à une arrestation. Il n'est plus libre de retourner chez lui. Il est harcelé de questions, empêché de communiquer avec le dehors ; c'est un présumé coupable. Il devient un inculpé de fait, sans l'être – qu'il soit innocent ou coupable – et ne jouit pas des garanties auxquelles il aurait droit chez le juge qui, s'il était un témoin, n'aurait pas le droit de le garder à vue et, s'il était un inculpé, devrait lui fournir des garanties [...]. Les procès-verbaux s'accumulent et lorsqu'enfin il est conduit au juge d'instruction, il arrive accompagné d'un dossier si épais que pratiquement l'information est à peu près terminée ». Nombreux sont ceux qui ont dénoncé cette déviance. L'avocat Thierry Levy par exemple déplore : « Dans la première phase de la procédure, les enquêteurs ont creusé un lit profond, dont le cours a été dessiné par eux de manière arbitraire. Après eux, les travailleurs de justice vont ouvrir les vannes d'une eau qui va s'engouffrer dans le lit préparé pour elle. Il suffira de régler le débit en fonction de la profondeur du lit pour offrir à la vue et aux sens une rivière harmonieuse et paisible. Les juges qui se succèdent peuvent modifier le débit de la rivière ou même l'assécher, mais ils n'en changent pas le cours ». (*Éloge de la barbarie judiciaire*, éd. Odile Jacob, 2004). Cette pratique n'est pas le fruit du hasard, et elle ne peut non plus être imputée au « manque de moyens » de la Justice qui contraindrait les magistrats à déléguer aux enquêteurs ce qu'ils n'ont pas le temps ni les moyens d'accomplir eux-mêmes. Cette pratique procède d'une volonté délibérée de tenir l'avocat éloigné de l'enquête : dans un système judicaire où la culture de l'aveu fait office de religion, prime le souhait de faire avancer l'enquête, tandis que d'aucuns se complaisent dans le fantasme de l'avocat complice. Notons pour exemple la mise en garde adressée au gouvernement le 7 septembre 2010 par le syndicat d'officiers de police Synergies (45 % des votes aux dernières élections), selon laquelle la présence de l'avocat dès la première heure de la garde à vue aurait pour « conséquences fâcheuses (...) compromission d'enquête, disparition de preuves, pression sur les victimes, représailles sur les témoins » (*sic*).

Ces dernières années, cette pratique s'est aggravée avec l'émergence de deux phénomènes. D'une part le nombre de gardes à vue a augmenté de façon vertigineuse : alors qu'on observait environ 300 000 gardes à vue annuelles il y a dix ans, ce sont près de 800000 gardes à vue qui ont été pratiquées en 2009. D'autre part, le nombre d'informations judiciaires (enquêtes conduites par un juge d'instruction, où les personnes soupçonnées sont assistées d'un avocat, ont accès au dossier et peuvent solliciter des mesures d'investigation) a décru au point qu'à ce jour, celles-ci représentent seulement 4 % des poursuites. Dans 96 % des cas, l'enquête est menée par les seuls services de police sous le contrôle du Procureur : dans 96 % des cas l'intéressé est arrêté, interrogé, puis conduit au jugement sans avoir jamais bénéficié de l'assistance d'un avocat, à l'issue d'une enquête totalement secrète, au dossier de laquelle nul n'aura eu accès et ayant échappé au contrôle d'un magistrat indépendant.

La jurisprudence n'a pas su limiter les excès de cette pratique. En effet, si l'on se réfère aux textes, la garde à vue est

une mesure privative de liberté prise *« pour les nécessités de l'enquête »* par un officier de police judiciaire à l'encontre d'une personne dont il est *« plausible »* qu'elle ait commis ou tenté de commettre un crime ou un délit. Or il est acquis qu'en réalité, il s'agit d'exercer une pression morale et physique sur le suspect pour le conduire aux aveux. Or le critère des *« nécessités de l'enquête »* ressort de l'appréciation des officiers de police judiciaire, contrairement à celui des *« raisons plausibles de soupçonner »* dont le contrôle juridictionnel est (théoriquement) assuré. La Cour de cassation valide ainsi avec constance des gardes à vue lors desquelles, sans motif apparent, l'intéressé est retenu très longtemps avant sa première audition ou après sa dernière audition, ainsi que dans des cas où de toute évidence une simple audition sur convocation aurait satisfait aux nécessités de l'enquête (Crim. 7 juill. 2000, Juris-Data n° 2000-002861 ; 22 mai 2001, n° 2001-010641 ; 4 janv. 2005, n° 2005-026498 ; 14 juin 2006, n° 2006-034783 ; cités par Vincent Lesclous *in* Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal 2007, n° 9, chron. 3). En réalité, les *« nécessités de l'enquête »* échappent pratiquement à tout contrôle juridictionnel. L'enquêteur est libre de conserver l'intéressé à sa merci, et non pour les seules nécessités de l'enquête. « De façon générale, ce sont les policiers qui sont juges d'une situation de garde à vue » a-t-on pu légitimement écrire (A. Maron, « Soupçons, perquisitions et garde à vue », Dr. pénal 1999. Comm. 30). En outre, la chambre criminelle de la Cour de cassation a validé avec la même constance la pratique des interrogatoires poussés sur commission rogatoire (pourtant prohibés par l'article 105 du code de procédure pénale) ainsi que celle consistant à délivrer des réquisitoires contre X alors même que la personne visée est clairement identifiée, et ce dans le but de permettre son placement en garde à vue, ce qui est légalement impossible s'agissant d'une personne nommément visée par le réquisitoire (F. Saint-Pierre, préc.).

Des gouvernements répressifs, un législateur docile et enthousiaste, une pratique dévoyée, une jurisprudence *contra legem :* tel était le cadre que, s'agissant de la garde à vue, les praticiens de la Défense dénonçaient, en vain. Il y eut pourtant une Commission dont on aurait pu penser *a priori* que les conclusions allaient être entendues, compte-tenu de l'effroi national causé par le drame judiciaire auquel sa création répondait : la Commission Outreau, commission d'enquête chargée de rechercher les causes de dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement. Dans un rapport rendu le 6 juin 2006, la Commission Outreau avait formulé des propositions heureuses : la notification des faits reprochés, la motivation du soupçon, l'intervention de l'avocat avec accès au dossier lorsque la garde à vue est prolongée, enfin le renforcement du contrôle du procureur de la République sur les mesures et les locaux de garde à vue. Ces propositions sont restées lettre morte. Il y eut une seconde commission, dont on imaginait qu'elle serait entendue puisque ses membres avaient été choisis avec soin par le Président de la République... peine perdue : la Commission Léger, dans un rapport remis à ce dernier le 1er septembre 2009, a préconisé le maintien de l'intervention de l'avocat dès le début de la garde à vue pour un entretien d'une demi-heure, la possibilité d'un nouvel entretien avec l'avocat à la douzième heure, ce dernier ayant accès aux procès-verbaux des auditions de son client, la présence possible de l'avocat aux auditions si la mesure est prolongée, l'interdiction des gardes à vue pour les délits punis d'une peine inférieure à un an d'emprisonnement avec pour corollaire la création d'une mesure moins coercitive de « retenue » judiciaire. Comme les précédentes, ces propositions – pourtant insuffisantes – sont restées sans effet. Et cependant les praticiens s'époumonent, éclairés par les législations des voisins européens, pour tenter de convaincre les pouvoirs publics

de la nécessité et de l'urgence qu'il y avait à réformer le régime de la garde à vue, et du contenu à donner à cette réforme (*Garde à vue : la French touch*, AJ pénal 2008. 269) ; en vain toujours.

Mais dans ce contexte, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs décisions fracassantes, accueillies par la Défense comme l'orage salvateur qui met fin à une sécheresse mortifère. Sur le fondement des articles 6 § 1 et 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de Strasbourg a jugé que l'impossibilité pour une personne gardée à vue de se faire assister par un avocat, notamment lors de ses interrogatoires, viole le droit au procès équitable. Aux termes d'une motivation qui ne souffre aucune exégèse partisane, la Cour a précisé que si le droit à l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue peut être restreint à la lumière de circonstances particulières de l'espèce, pour des raisons impérieuses, la loi ne saurait en revanche priver les justiciables de ce droit de façon systématique. Ainsi en a-t-il été jugé à l'unanimité par la Cour siégeant en une grande chambre (17 juges) dans l'arrêt *Salduz c/ Turquie* rendu le 27 novembre 2008 (req. n° 36391/02). Dans le cadre de cette instance, le requérant, condamné par la justice turque à une peine de trente mois d'emprisonnement pour des faits à caractère terroriste, se plaignait de s'être vu refuser l'assistance d'un avocat pendant sa garde à vue. Le gouvernement turc prétendait qu'il fallait prendre en considération l'intérêt de l'intégralité de la procédure et que dès lors, dans la mesure où le requérant avait été représenté par un avocat postérieurement à sa garde à vue pendant la procédure devant la Cour de sûreté de l'État et devant la Cour de cassation, son droit à un procès équitable n'avait pas été violé. À l'unanimité, la Cour a écarté cette argumentation et condamné l'État turc en ces termes : « il faut, en règle générale que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière de circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. (...) 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. (...) Pour justifier le refus au requérant de l'accès à un avocat, le gouvernement s'est borné à dire qu'il s'agissait de l'application sur une base systématique des dispositions légales pertinentes. En soi, cela suffit déjà à faire conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 à cet égard, (...). Ni l'assistance fournie ultérieurement par un avocat ni la nature contradictoire de la suite de la procédure n'ont pu porter remède aux défauts survenus pendant la garde à vue (...). En résumé, même si le requérant a eu l'occasion de contester les preuves à charge à son procès en première instance puis en appel, l'impossibilité pour lui de se faire assister par un avocat alors qu'il se trouvait en garde à vue a irrémédiablement nui à ses droits de la défense ». Cette position a été confirmée dans un autre arrêt rendu à l'unanimité par la Cour le 13 octobre 2009 (*Dayanan c/ Turquie*, req. n° 7377/03, *D.* 2009. 2897, note J.-F. Renucci ; *AJ pénal* 2010. 27, étude C. Saas ; *RSC* 2010. 231, obs. D. Roets) : « En l'espèce, nul ne conteste que le requérant n'a pas bénéficié de l'assistance d'un Conseil lors de sa garde à vue parce que la loi en vigueur à l'époque pertinente y faisait obstacle. En soi une telle restriction systématique sur la base de dispositions légales pertinentes, suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention, nonobstant le fait que le requérant a gardé le silence au cours de la garde à vue. » À trois reprises au moins la Cour européenne a de nouveau sanctionné l'absence de l'avocat en garde à vue (*Pishchlanikov c/ Russie*, 24 sept. 2009, req. n° 7025/04 ; *Kolesnik c/ Ukraine*, 19 nov. 2009, req. n° 17551/02 ;

Adamkiewicz c/ Pologne, 2 mars 2010, n° 54729/00).

Les avocats français se ruèrent : l'absence de l'avocat durant les interrogatoires de gardes à vue est contraire à la convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ; or la violation de la Convention commande l'annulation des procédures (par ex. Ass. plén. 22 déc. 2000, n° 99-11.615 ; *D.* 2001. 356. et les obs. ; *ibid.* 789, chron. C. Pettiti ; *RDSS* 2001. 325, obs. P.-Y. Verkindt ; *ibid.* 615, obs. P. Pédrot) ; donc l'absence de l'avocat durant les interrogatoires commande l'annulation des procédures ! Au Barreau de Paris, avec l'appui vigoureux du Bâtonnier Charrière-Bournazel, la Conférence du Stage mit en ligne, sur son site internet des conclusions de nullité type à destination de tous les avocats. Une association au titre évocateur s'est créée *« Je ne parlerai qu'en présence de mon avocat »*, très active tant auprès de la presse que sur le terrain judiciaire. La presse s'est emparée de la question. Surtout, partout en France des conclusions de nullité furent déposées et plaidées par les acteurs de la Défense. Certains fonctionnaires de police en prirent ombrage. Le même syndicat d'officiers de police Synergies publia un communiqué dans lequel il indiquait n'avoir « pas de leçons d'intégrité à recevoir de la part de commerciaux dont les compétences en matière pénale sont proportionnelles au montant des honoraires perçus ! ». Grave incompréhension : il n'était pas question de remettre en cause la pratique des gardes à vue, assurée dans la plupart des cas avec intégrité et courage par des fonctionnaires de police dans l'intérêt général. C'est la Loi qui était remise en question. Que les avocats pénalistes fussent ainsi insultés dans leur ensemble, sans distinction, qu'il leur fût imputé le lucre pour unique moteur, qu'ils fussent taxés de malhonnêteté intrinsèque, ça n'était pas le plus grave. Parce que le propos était grotesque. Il suffisait à chacun de penser aux avocats commis d'office. Comme nombre de fonctionnaires de police, chaque jour ces derniers sont confrontés à la misère, au désespoir et à la violence. Et quelle que soit la charge de travail du jour, leur rémunération reste identique ; ce qui laisse intacts leur détermination, leur courage, leur compétence, et les idéaux qu'ils poursuivent. Il suffisait au surplus de constater que, bien souvent, ce sont les plus démunis dont les droits sont violés : si l'on voit désormais sur le banc des prévenus des personnes ayant exercé les plus hautes fonctions publiques et des dirigeants d'entreprises, et si ceux-là payent parfois effectivement de considérables honoraires, force est d'admettre que ces prévenus-là se plaignent rarement des conditions de leur garde à vue... laquelle au demeurant leur a été bien souvent épargnée. Il convenait alors de prendre le propos du syndicat Synergies pour ce qu'il était seulement : outrance et mensonge. En revanche, ce qui était grave dans ces propos c'est qu'ils étaient symptomatiques de l'incompréhension, de la passion, de l'aveuglement, de l'irrationnel, qui empêchent une réflexion constructive sur la question pourtant cardinale de la garde à vue. Au demeurant, les réactions de ce type n'empêchèrent pas quelques juridictions audacieuses de faire droit à l'argumentation développée par la Défense sur le fondement de la récente jurisprudence de la Cour européenne. Certaines annulèrent l'entière procédure (TGI Paris, 12e ch. 2, 28 janv. 2010 ; TGI Nanterre, 15e ch. 29 mars 2010 ; TGI Bobigny, JLD, 2 déc. 2009), d'autres uniquement les procès-verbaux d'interrogatoire (Nancy, 19 janv. 2010 ; Agen 15 mars 2010 ; Poitiers 15 juin 2010 ; Aix 1er avr. 2010).

C'est dans ce contexte délétère, où des policiers injurient les défenseurs dans leur ensemble, où la jurisprudence viole la loi et où la loi viole les droits fondamentaux que, le 1er mars 2010, est entrée en vigueur la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 nouveau de la Constitution, autrement dit la

question prioritaire de constitutionnalité, mécanisme permettant à toute partie à une instance judiciaire de saisir le Conseil constitutionnel de l'inconstitutionnalité d'une loi qui tend à lui être appliquée, aux fins de voir abroger celle-ci. Aussi, dès le lundi 1er mars 2010 à 09h00, de nombreux avocats déposaient au greffe une « QPC » tendant à voir juger inconstitutionnel le régime de la garde à vue. Et par une décision rendue le 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a partiellement censuré celui-ci.

II. - Un arrêt, deux décisions

Le Conseil constitutionnel était saisi de questions portant sur la constitutionnalité du régime de droit commun de la garde à vue (art. 62, 63, 63-1 et 63-4, al. 1 à 6 c. pr. pén.) et du régime dérogatoire (art. 63-4, al. 7 et 706-73). Le premier a été jugé inconstitutionnel, le second n'a pas été examiné. Avant d'étudier la solution adoptée par le Conseil constitutionnel (2.1), il convient de rappeler l'argumentation que soutenait la défense (2.2).

A/. La thèse de la Défense

Le Conseil constitutionnel était saisi de onze QPC tendant à l'abrogation du régime de la garde à vue. S'agissant du régime de droit commun, une partie de l'argumentation était soutenue par la Conférence du Barreau de Paris. La question était la suivant : « L'article 63-4, alinéas 1 à 6, du code de procédure pénale porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et, plus précisément, aux droits de la défense, au droit à une procédure juste et équitable, à la liberté individuelle, au droit de ne pas faire l'objet d'arrestations d'une rigueur non nécessaire, au principe d'égalité devant la loi et devant la justice, tels que ces droits et libertés sont garantis par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789 (principe du respect des droits de la défense, et droit à une procédure juste et équitable), par l'article 66 de la Constitution (liberté individuelle), par l'article 9 de la DDHC et l'article 34 de la Constitution (interdiction de toute rigueur non nécessaire lors d'une arrestation), par l'article 6 de la DDHC (principe d'égalité) ? ». L'argumentation se structurait en quatre parties ; il était ainsi soutenu que :

- le rôle limité dans lequel est cantonné l'avocat méconnaît les droits de la défense, lesquels imposent une présence effective et utile de l'avocat dès le début de la garde à vue, ce qui implique l'accès au dossier et l'assistance tout au long de la garde à vue et en particulier pendant les interrogatoires ;

- ce rôle limité porte atteinte au droit du justiciable à une procédure juste et équitable ; l'équité n'existe pas si, pendant la phase précédant le jugement (déterminante), le gardé à vue n'est pas assisté par un avocat, et s'il doit subir seul les interrogatoires de police ;

- le défaut d'assistance effective de l'avocat pendant la garde à vue fait de celle-ci une mesure qui porte une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle ;

- ce défaut d'assistance effective par l'avocat constitue une rupture d'égalité entre la situation, du gardé à vue et celle de personnes placées dans des situations similaires, tel un étranger qui fait l'objet d'une rétention administrative.

Sur la violation des droits de la Défense, il était notamment rappelé que le Conseil constitutionnel a accordé à ceux-ci valeur constitutionnelle, en faisant d'abord du principe des droits de la défense un principe fondamental reconnu par les lois de la République (décis. n° 80-127 DC du 20 janv. 1981), puis en les rattachant à la « garantie des droits » proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (décis. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 ; *AJDA* 2006. 732 ; *ibid.* 1961, note C. Geslot ; *D.* 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ;

RDI 2007. 66, obs. P. Dessuet ; *RTD civ.* 2006. 314, obs. J. Mestre et B. Fages) ; que le droit du gardé à vue de s'entretenir avec un avocat est un droit de la défense devant s'exercer dès le stade de l'enquête : « le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue constitue un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale » (décis. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 ; *D.* 1995. 293, obs. E. Oliver ; *ibid.* 340, obs. T. Renoux ; décis. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 ; *D.* 2004. 2756, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *RSC* 2004. 725, obs. C. Lazerges ; *ibid.* 2005. 122, étude V. Bück ; *RTD civ.* 2005. 553. obs. R. Encinas de Munagorri ; n° 93-326 DC du 11 août 1993) ; que l'accès au dossier est indispensable : « conformément au principe du respect des droits de la défense, lequel constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, aucune sanction ne peut être infligée sans que [l'intéressé] ait été mis à même, tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir accès au dossier le concernant » (décis. n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, § 29). Or, était-il indiqué, le rôle dans lequel est cantonné l'avocat (entretien préalable de 30 minutes sans accès au dossier) ne lui permet pas d'assurer effectivement la défense : rechercher des preuves et des témoignages, analyser les charges, déceler les contradictions de l'accusation, veiller au respect des droits de l'intéressé, etc.

Sur la violation du droit à une procédure juste et équitable, il était rappelé que « le principe du respect des droits de la défense (...) implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » (décis. n° 89-260 DC du 28 juill. 1989 ; n° 2002-461 DC du 29 août 2002 ; *D.* 2003. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot ; *AJDI* 2002. 708 ; *RSC* 2003. 606, obs. V. Bück ; *ibid.* 612, obs. V. Bück). Du reste cette notion paraît intimement liée à la précédente.

Sur l'atteinte disproportionnée à la liberté individuelle, il était souligné que « le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions » (décis. n° 2004-492 DC ; *D.* 2004. 2756, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *RSC* 2004. 725, obs. C. Lazerges ; *ibid.* 2005. 122, étude V. Bück ; *RTD civ.* 2005. 553, obs. R. Encinas de Munagorri ; n° 2008-562 DC) et que doit être respecté « le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi » (décis. n° 2008-562 DC ; *AJDA* 2008. 714, note P. Jan ; *D.* 2008. 1359, chron. Y. Mayaud ; *ibid.* 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2009. 123, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; *Constitutions* 2010. 235, obs. M. Disant ; *RSC* 2008. 731, note C. Lazerges ; *ibid.* 2009. 166, obs. B. de Lamy). Il était rappelé que si a l'obligation

de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis, « cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions » et que si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation « c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées ; qu'il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l'article préliminaire du code de procédure pénale, dans l'application des règles de procédure pénale spéciales instituées par la loi » (décis. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004).

Sur la rupture d'égalité devant la loi, il était essentiellement rappelé que « il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquels elles s'appliquent, mais à la condition que ces différences de procédures ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense » (décis. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 ; n° 2002-461 DC du 29 août 2002 ; n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 ; n° 93-326 DC du 11 août 1993).

S'agissant des arguments développés par les autres défenseurs, il était soutenu que les conditions matérielles dans lesquelles se déroule la garde à vue méconnaissent la dignité de la personne. Il était également indiqué que le pouvoir donné à l'officier de police judiciaire de placer une personne en garde à vue méconnaît le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, que le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire indépendante, qu'il n'est informé qu'après la décision de placement en garde à vue, qu'il a le pouvoir de la prolonger et que cette décision peut être prise sans présentation de la personne gardée à vue.

Enfin, il était soutenu que le pouvoir donné à l'officier de police judiciaire de placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction constitue un pouvoir arbitraire qui méconnaît le principe résultant de l'article 9 de la DDHC de 1789 qui prohibe toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer d'une personne mise en cause.

B/. La solution adoptée par le Conseil constitutionnel

1. Sur le régime de droit commun

À titre liminaire, le Conseil constitutionnel a admis la recevabilité de la QPC. En effet, en application de la loi organique du 10 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a vocation a apprécier la constitutionnalité d'une disposition à la condition que celle-ci n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances. Les dispositions critiquées avaient fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité lors de leur vote en 1993, mais à cet égard le Conseil a considéré que la pratique de la garde à vue avait évolué d'une telle façon depuis lors qu'étaient caractérisés des changements de circonstances, au sens de la loi organique, justifiant que leur constitutionnalité soit examinée de nouveau :

« Considérant toutefois que, depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale ;

Considérant qu'ainsi la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue ; que, si ces nouvelles modalités de mise en œuvre de l'action publique ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice, il n'en résulte pas moins que, même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause ;

Considérant, en outre, que, dans sa rédaction résultant des lois du 28 juillet 1978 et 18 novembre 1985 susvisées, l'article 16 du code de procédure pénale fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire, seules habilitées à décider du placement d'une personne en garde à vue ; que cet article a été modifié par l'article 2 de la loi du 1er févier 1994, l'article 53 de la loi du 8 février 1995, l'article 20 de la loi du 22 juillet 1996, la loi du 18 novembre 1998, l'article 8 de la loi du 18 mars 2003 et l'article 16 de la loi du 23 janvier 2006 susvisées ; que ces modifications ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale ; que, entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000 ;

Considérant que ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées ; »

L'on ne saurait mieux dire : la pratique dévoyée de la garde à vue telle que précédemment décrite (*supra*, I) justifie en soi que le régime soit repensé : nombre de gardes à vue vertigineux, quasi exclusivité de l'enquête préliminaire au détriment de l'information judicaire, réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire ; en définitive une terrifiante dégradation de la pratique de la garde à vue.

Sur le fond, le Conseil constitutionnel a examiné successivement les séries de griefs.

a. Rejet du grief tiré de l'atteinte à la dignité humaine

Le Conseil a expressément rappelé qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire compétentes de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne et que, le cas échéant, des

poursuites puissent être exercées à l'encontre de ceux qui attenteraient à ce principe dès lors que de telles atteintes constituent des infractions. Mais il a conclu que « la méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité ». Autrement dit, en soi le régime de la garde à vue n'est pas constitutif d'une atteinte à la dignité humaine ; si la pratique de la garde à vue peut, *in concreto*, se révéler attentatoire à la dignité humaine, cela procède alors d'agissements ne résultant pas de la loi et échappant par définition au contrôle de constitutionnalité. En droit le propos est fondé. On ne peut cependant pas s'empêcher de penser aux conclusions affligeantes du rapport 2009 du Contrôleur général des lieux de privation de libertés, qualifiant d' « indigne » l'état des locaux de garde à vue en France, ni aux observations inquiétantes du Comité contre la torture des Nations unies (v. O. Bachelet, Gaz. Pal., 4 août 2010, p. 14). En réalité l'indignité des locaux de garde à vue en France s'inscrit dans le cadre général de l'indignité de la plupart des lieux privatifs de liberté : maisons d'arrêt, centre de rétention, gardes à vue, souricières et dépôt des palais de justice, etc.

b. Rejet du grief tiré de ce que le Procureur n'est pas une autorité judiciaire

Le Conseil a rejeté l'argumentation qui se fondait sur le fait que le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire indépendante et que dès lors que la garde à vue est placée sous son seul contrôle, les garanties fondamentales liées à l'indépendance de la justice sont méconnues. Après avoir rappelé que « l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet », le Conseil a considéré que le contrôle exercé par le Procureur sur toute la mesure de la garde à vue (informé dès le début, décidant de la prolongation, pouvant ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté, appréciant si le maintien de la personne en garde à vue est nécessaire à l'enquête et proportionné à la gravité des faits) permet d'écarter le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution. Force est d'apprécier ce point de vue à la lumière de l'arrêt bien connu *Medvedyev c/ France*, rendu le 29 mars 2010 (*AJDA* 2010. 648 ; *D.* 2010. 1386, obs. S. Lavric, note J.-F. Renucci ; *ibid.* 952, entretien P. Spinosi ; *ibid.* 970, point de vue D. Rebut ; *ibid.* 1390, note P. Hennion-Jacquet), par lequel la grande chambre de la Cour européenne des Droits de l'homme a jugé que le procureur de la République française n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention : « le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public ». Dans ces conditions, la position adoptée sur ce point par le Conseil constitutionnel peut être légitimement regrettée, celle-ci traduisant : « l'entêtement du Conseil constitutionnel qui, en méconnaissance des standards les plus élémentaires du droit à un procès équitable, refuse de se rallier à la jurisprudence strasbourgeoise exigeant que la personne privée de liberté soit présentée à un juge indépendant et impartial » (O. Bachelet, préc.). Toutefois on peut considérer qu'en réalité le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité se prononcer, à ce stade, sur la question épineuse du statut du Parquet, laquelle est au centre des débats relatifs à la réforme globale de l'ensemble de la procédure pénale et notamment à la suppression du juge d'instruction envisagée. Il paraît acquis qu'à l'avenir le Conseil constitutionnel aura à se prononcer sur les qualités et les fonctions du Parquet au regard des standards du procès équitable, dans le cadre de la réforme globale annoncée. Espérons qu'alors, le Conseil jugera au besoin que le procureur n'est pas plus une « autorité judiciaire » au

sens de l'article 66 de la Constitution qu'il ne l'est au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

c. La déclaration d'inconstitutionnalité fondée sur l'atteinte aux droits de la défense et à la liberté individuelle

Après avoir visé les articles 7, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et les articles 34 et 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a rappelé « qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire ». Le Conseil a précisé que les évolutions de la pratique de la garde à vue ne sont pas en soi inconstitutionnelles mais qu'elles doivent être « accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense ». À titre liminaire, le Conseil a ainsi rappelé obéir à la nécessité de concilier deux objectifs : l'ordre public et la liberté individuelle. Effectivement, toute la difficulté de la problématique s'ancre ici. Il s'agit d'un arbitrage, un équilibre à trouver entre ces deux nécessités contradictoires, incarné dans la notion de « proportionnalité » consacrée par la jurisprudence constitutionnelle précitée.

En définitive le Conseil constitutionnel a conclu à l'inconstitutionnalité du régime de droit commun de la garde à vue. Après avoir rappelé qu'une mesure de garde à vue peut être décidée et prolongée quelle que soit la gravité des faits, le Conseil a considéré que la loi « ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence ; » et a conclu en ces termes :

« Considérant que, dans ces conditions, les articles 62, 63, 63 1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées ; qu'ainsi, la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée ; que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution ; »

Ainsi les sages ont-ils adhéré au point de vue exprimé unanimement par les praticiens de la Défense, la commission Outreau, la commission Léger, les observateurs du droit comparé et la Cour européenne des Droits de l'homme, et sonné le glas du régime de la garde à vue « à la française ». Si la référence aux évolutions de la pratique était nécessaire, on l'a vu, au regard des conditions de recevabilité même de la QPC et s'il est vrai au demeurant que ces évolutions rendaient d'autant plus nécessaire et urgente une réforme, reste qu'intrinsèquement, indépendamment même de ces évolutions, le régime actuel de la garde à vue est contraire aux droits de la Défense fondamentaux. Quel que soit le nombre de gardes à vue, quelles que soient les conditions d'accession à la fonction d'officier de police judiciaire et quelle que soit la proportion d'enquêtes prélimi-

naires (circonstances aggravantes certes), en toute hypothèse l'on ne peut admettre qu'un individu soit interrogé pendant plusieurs jours, isolé, fatigué, sale, au secret, sans accès au dossier, sans en connaître rien d'autre que ce que la police en aura extrait, sans bénéficier de l'assistance d'un avocat... puis jugé – parfois immédiatement – sur la base exclusive de cette « enquête ». Le régime dramatique et honteux de la garde à vue française a vécu, réjouissons-nous.

2. Sur le régime dérogatoire

Défini aux articles 63-4, alinéa 7, 706-88 et 706-73 du code de procédure pénale pris ensemble, le régime dérogatoire de la garde à vue consiste dans le report de l'entretien du gardé à vue avec l'avocat (en droit commun : 30 minutes à la première heure de la garde à vue et à la première heure du renouvellement) à la première heure du troisième jour de garde à vue pour certaines infractions (bande organisée, proxénétisme aggravé, extorsion aggravée, association de malfaiteurs) voire du quatrième jour en matière de trafic de stupéfiant et de terrorisme.

Le Conseil constitutionnel a refusé d'examiner l'inconstitutionnalité de ces dispositions dérogatoires, consacrées par la loi du 9 mars 2004 dite Perben II, au motif que celles-ci avaient déjà fait l'objet d'un contrôle *a priori* et que, depuis lors, il n'était pas intervenu de changement de circonstances.

Cette position n'est pas satisfaisante. S'agissant du régime de droit commun de la garde à vue, le Conseil a caractérisé ces « évolutions » par l'augmentation considérable du nombre de gardes à vue, la modification des conditions d'accès à la qualité d'officier de police judicaire et l'augmentation de la proportion d'enquêtes préliminaires par rapport aux informations judiciaires. En quoi ces « évolutions » ne concerneraient-elles pas le régime dérogatoire de la garde à vue ? S'il est vrai qu'en matière criminelle et de terrorisme l'ouverture d'une information judicaire est systématique, ce n'est pas le cas pour un trafic de stupéfiant. Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi les modifications des conditions d'accès à la qualité d'officier de police judicaire auraient moins d'incidence dans ces matières dérogatoires qu'en droit commun. Enfin rien n'indique que l'augmentation des gardes à vue soit moins notable dans ces matières. Ainsi, s'il est évident que, par hypothèse, les changements de circonstances intervenus depuis le contrôle *a priori* de la loi sont moindres s'agissant du régime dérogatoire que du régime de droit commun (puisque le premier est intervenu en 2004 et ce dernier en 1993), reste que depuis 2004 les évolutions se sont poursuivies au point qu'elles auraient pu fonder la recevabilité de la QPC à ce titre. Surtout, depuis 2004 est intervenue la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme (*Dayanan c/ Turquie* et *Salduz c/ Turquie*), qui a précisément sanctionné les régimes dérogatoires de gardes à vue sous l'empire desquels l'intéressé est systématiquement privé de l'assistance de l'avocat en raison, non pas des circonstances particulières de l'espèce, mais de la nature de l'infraction reprochée. Précisément, ce sont donc les régimes dérogatoires tels que le nôtre qu'a entendu condamner la jurisprudence de Strasbourg. Aussi, au regard de la jurisprudence européenne la décision du Conseil constitutionnel est décevante : d'une part cette jurisprudence aurait permis de fonder la recevabilité de la QPC, d'autre part et sur le fond ce sont précisément les régimes comme celui-ci que cette jurisprudence a sanctionnés. Reste à espérer que cette décision ait une portée limitée. D'une part, car dans le cadre de la réforme générale de la garde à vue, compte tenu de la jurisprudence très claire de la Cour de Strasbourg et nonobstant l'exégèse fantaisiste que persiste laborieusement à vouloir en faire la Chancellerie, il paraît difficile de maintenir le régime dérogatoire en l'état. D'autre part, car, à supposer que ce soit le cas, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg devra conduire à écarter

l'application du régime dérogatoire dans le cadre du contrôle de conventionalité, malgré les réticences actuelles des juridictions répressives en la matière.

***

Aux termes de la décision envisagée, le Conseil constitutionnel a reporté à la date du 1er juillet 2011 l'abrogation des articles 62, 63, 63-1 et 63-4, alinéas 1 à 6 du code de procédure pénale, laissant ainsi un délai d'une année au législateur pour intervenir. On peut s'effrayer qu'ainsi, durant les douze prochains mois, plusieurs centaines de milliers de gardes à vue soient pratiquées dans un cadre légal dont il est définitivement jugé qu'il est contraire aux libertés fondamentales constitutionnellement garanties (P. Cassia, *D.* 2010. 590, Point de vue). Certes, mais que penser alors des millions de gardes à vue réalisées depuis 1993 et des condamnations subséquentes prononcées ? S'agissant de l'avenir, idéalement le Conseil aurait pu adopter une motivation dont les termes auraient conduit les enquêteurs à pratiquer concrètement la garde à vue dans des conditions conformes à la Constitution et aux standards européens en attendant que la loi soit modifiée en ce sens. Rappelons en effet qu'au mois de mai 2010, un procureur du Tribunal de grande instance de Grenoble avait autorisé la présence d'un avocat durant les interrogatoires de garde à vue, considérant que si la loi ne le prévoit pas expressément, elle ne l'interdit pas non plus...

Au demeurant, le 7 septembre 2010 le garde des Sceaux a présenté un projet de loi. Ce projet prévoit que soit notifié à l'intéressé le droit de garder le silence et que l'avocat puisse assister aux interrogatoires de son client, ce dont en soi on ne peut que se réjouir. Cependant en l'état ce projet n'est pas admissible. En premier lieu, la présence de l'avocat peut être reportée à la 12e heure sur décision du Parquet, ce qui diminue à l'évidence cruellement le bénéfice de l'intervention de l'avocat. Rappelons qu'aux termes de l'arrêt précité *Medvedyev* rendu à l'encontre de la France, la Cour européenne a jugé que retarder l'assistance de l'avocat ne pouvait se justifier qu'au vu de « circonstances tout à fait exceptionnelles ». Le principe doit être la présence de l'avocat dès le premier interrogatoire, il ne doit n'y être fait exception que dans des conditions strictement limitées fondées sur des considérations d'espèce et non sur la nature des faits reprochés. En deuxième lieu, l'accès au dossier reste refusé, à l'exception des procès-verbaux des interrogatoires du client, lesquels, on le comprend aisément, n'ont pas pour la Défense l'intérêt qu'ont les éléments fondant l'accusation. Le principe doit être l'accès à l'entier dossier et la notification préalable des pièces fondant l'accusation. En troisième lieu, il est prévu qu'une personne mise en cause puisse faire l'objet d'une audition libre avec son « consentement » et... sans avocat. Force est de s'interroger, et disons-le de s'inquiéter, de ce que signifierait, dans les faits, cette notion.

Surtout, postérieurement à la décision étudiée, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt de condamnation à l'encontre de la France (Brusco c/ France, 14 oct. 2010, req. n° 1466/07 ; *D.* 2010. 2425, édito. F. Rome ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud). Le requérant alléguait que la garde à vue qu'il avait subie (en 1999, sous l'empire d'un régime aujourd'hui révolu) violait l'article 6 § 3 de la Convention en ce qu'avaient été violés son droit de garder le silence et son droit de ne pas participer à sa propre incrimination. La Cour accueille cette argumentation et, dans un *obiter dictum*, ne manque pas l'occasion qui lui est offerte de rappeler à la France que : « la personne gardée à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée de son droit de se taire ». De fantaisistes, deviennent grotesques les affirmations selon lesquelles « en

l'absence d'une décision de condamnation expresse de la France sur l'assistance concrète et effective d'un avocat dès la première heure de garde à vue par la Cour européenne des droits de l'homme (...) en l'état de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, cette restriction n'apparaît pas contraire aux dispositions de l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme » (Aix-en-Provence 1er avr. 2010, précité, adhérant à l' « Argumentaire sur l'absence de l'avocat en garde à vue » publié par la Chancellerie le 17 novembre 2009 au vu de la jurisprudence de Strasbourg). De fait, à la lumière de cette décision la chambre criminelle vient de rendre, le 19 octobre 2010, trois arrêts identiques dans lesquels il est (enfin !) jugé que l'absence de l'avocat pendant les interrogatoires de garde à vue, tant sous le régime de droit commun que dans le cadre dérogatoire, est contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et que cela justifie l'annulation des procès-verbaux d'interrogatoire. Cependant la Chambre criminelle considère que cette règle (présence de l'avocat en garde à vue) ne peut être appliquée immédiatement sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice, et qu'en conséquence celle-ci prendra effet lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle – exigée par le Conseil constitutionnel avant le 1er juillet 2011. L'objet de la présente étude n'est pas d'analyser ces trois décisions. Aussi ne porterons-nous point de jugement sur cet OJNI, objet juridique non identifié consistant à reconnaître que des actes sont entachés de nullité mais à refuser de les annuler avant l'expiration d'un « délai de préavis » ; sur les motivations politiques qui le sous-tendent ; sur la compétition (?) engagée par la Chambre criminelle à l'encontre du Conseil constitutionnel quitte à ce que celle-ci, schizophrène, reporte les effets de ses décisions selon une procédure propre à celui-là ; sur le camouflet porté par la chambre criminelle (et son Parquet, qui avait requis en ce sens) à certaines juridictions du fond, à leurs parquets, à la Chancellerie et autres fonctionnaires de police qui interprétaient, on l'a vu, la jurisprudence de la Cour européenne à la manière du personnage d'Edvar Munch, les mains sur les oreilles en criant très fort.

Qu'on nous permette en revanche de souligner que cette jurisprudence, tant européenne que nationale, rendue postérieurement à la décision rendue le 30 juillet 2010 par le Conseil constitutionnel, conforte l'analyse critique faite de cette dernière aux termes de la présente étude. En premier lieu, le régime actuel de la garde à vue viole les standards fondamentaux du procès équitable, indépendamment de l'évolution observée en pratique ces dernières années. Quand bien même n'y aurait-il qu'une garde à vue chaque année, et quand bien même l'OPJ serait agrégé de droit, celle-ci n'en demeurerait pas moins contraire aux droits de la Défense. En second lieu, force est de constater que la Chambre criminelle est venue relayer le Conseil constitutionnel regrettablement arrêté au milieu du gué, en ce qu'elle a jugé que le régime dérogatoire de la garde à vue est tout aussi insane que le droit commun – en réalité il est pire. C'est un fait, le régime dérogatoire a été condamné de façon très claire par la Cour européenne : on ne peut exclure la présence de l'avocat durant les interrogatoires en raison de la nature de l'infraction reprochée, mais uniquement pour des raisons impérieuses tenant aux considérations particulières de l'espèce. Toute exégèse formulée en un sens contraire relève, on l'a dit, de l'iconographie du peintre norvégien. Le Conseil avait les moyens (l'obligation) de censurer le régime dérogatoire également, la chambre criminelle l'a fait. En troisième lieu, désormais qu'il est admis par tous (tous les juristes s'entend, ce qui permettra à la Chancellerie et aux syndicats de police outranciers de choisir leur place) que le régime actuel de la garde à vue, quel qu'il soit, viole les droits fondamentaux, les combattants de la Défense, reprenant leur souffle, se glacent en pen-

sant aux centaines de milliers de garde à vue qui seront encore pratiquées dans les mois à venir sous l'empire de ce régime obsolète, grâce au délai de préavis singulièrement accordé par la Chambre criminelle imitant le Conseil constitutionnel. Et l'on se glace davantage encore si l'on pense aux millions de gardes à vue subies jusqu'à présent dans ces conditions barbares. Enfin, la chambre criminelle contraint la Chancellerie à modifier son projet de réforme publié le 7 septembre 2010 : d'une part, la présence de l'avocat ne peut intervenir à compter de la 12e heure seulement, ce dernier doit être présent dès le premier interrogatoire ; ce à quoi, d'autre part, il ne peut être dérogé qu'au regard de circonstances d'espèce particulières et non en raison de la nature de l'infraction reprochée.

En conclusion, il faut admettre qu'en réalité, le « problème » de la garde à vue ne sera pas résolu tant que ne sera pas réglée la question plus large dans laquelle il s'inscrit : le Parquet, autorité de poursuite non indépendante, partie à la procédure, soumis au pouvoir hiérarchique de l'exécutif, ne peut pas être juge et *a fortiori* pas juge de la liberté. Toute atteinte à la liberté individuelle ne peut être décidée que par un juge, cette qualité étant absolument conditionnée par son caractère indépendant, ainsi que l'a rappelé la Cour européenne en condamnant la France le 29 mars 2010 (*Medvedyev c/ France*). Aussi, si le législateur peut, à court terme, adopter une réformette de la garde à vue, limitée aux exigences formulées par le Conseil constitutionnel, en revanche les standards du procès équitables rappelés par la Cour européenne des droits de l'homme ne seront pas satisfaits tant que le ministère public ne sera pas cantonné strictement au rôle de poursuite, auquel doit échapper, inéluctablement, le pouvoir de priver une personne de liberté : le pouvoir de priver une personne de liberté ne peut être exercé que par un juge, or le procureur n'est pas un juge puisqu'il n'en a pas les qualités, par conséquent ce pouvoir ne peut pas être exercé par le procureur.

Emmanuel Daoud
Emmanuel Mercinier
VIGO, cabinet d'avocats
au barreau de Paris