1

Constitutions - janvier-mars 2013 - pages 1 à 126

ARTICLE

7 Les ambiguïtés du rapport français au président de la République
Slobodan Milacic

Constitutions

Revue de droit constitutionnel appliqué

DÉBAT

27 La Commission Jospin, premier bilan et perspectives
Ferdinand Mélin-Soucramanien, Dominique Rousseau, Bertrand Mathieu

CHRONIQUES

90 Les droits de succession en Corse : courage fuyons !
André Barilari

62 De nouveaux droits pour les couples homosexuels... hors mariage
Franck Laffaille

TABLEAU QPC

121 Décembre 2012 - février 2013

ref : 501301

782995 013012

DALLOZ

Droits et libertés

Droit pénal

Sous la direction de
Audrey **Darsonville**
Professeur à la Faculté de Lille 2
Emmanuel **Daoud**
Avocat au barreau de Paris

La Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'Ukraine pour violation des articles 3, 5 et 6 de la Convention. En l'espèce, le détournement de procédure consistant à interroger un suspect comme témoin, privé de ce fait de l'assistance d'un conseil, a été jugé incompatible avec les exigences du procès équitable.

The European Court of Human Rights has condemned Ukraine for its violation of Articles 3, 5 and 6 of the Convention. In this case, the non-respect of the process for interrogating a suspect as a witness, who, as a result, was denied legal assistance, is considered incompatible with the requirements of a fair trial.

Audition libre : le soleil se lève à l'Est ?

(CEDH, 5e Section, 15 novembre 2012, *Grinenko c/ Ukraine*, n° 33627/06)

Mots clefs | Témoin - Suspect - Aveu - Article 3 de la Convention : dimension procédurale - Droit à la sûreté - Droits de la défense - Assistance d'un avocat - Procès équitable

L'arrêt commenté ne peut qu'attirer l'attention de ceux qui, parmi les observateurs français, se souviennent des épisodes, revirements et solutions inédites ayant encadré l'adoption de la loi réformant la garde à vue. (C. Ghrenassia, « Le charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011 », *Revue Lamy Droit des affaires*, oct. 2011 ; E. Daoud et C. Ghrenassia, « D'une garde à vue l'autre : commentaire de la décision n° 2011/194 du Conseil constitutionnel », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 69, mars 2012). En la matière, si les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont pu apparaître prémonitoires, quand elles concernaient des États qu'on dirait exotiques s'ils n'étaient européens, elles ont dû passer pour comminatoires quand ce fût au tour de la France d'être condamnée (CEDH, *Brusco c/ France*, 14 oct. 2010, n° 1466/07, § 4 [1]).

C'est pourquoi, la condamnation de l'Ukraine, le 15 novembre 2012, si elle s'inscrit parfaitement dans la construction

(1) CEDH, 14 oct. 2010, n° 1466/07, *Brusco c/ France*, D. 2010. 2950, note J.-F. Renucci ; *ibid.* 2425, édito. F. Rome ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel ; *ibid.* 2850, point de vue D. Guérin ; RSC 2011. 211, obs. D. Roets.

européenne, désormais ancienne, d'un statut respectueux du suspect au premier stade de l'enquête, invite à considérer, dans ce cadre et compte tenu des circonstances de l'espèce, que l'audition d'un suspect en qualité de témoin ne peut que ruiner l'accusation en ce qu'elle compromet l'équité de la procédure. (Au moment où nous rédigeons le présent commentaire, le texte de l'arrêt n'est disponible qu'en langue anglaise. La traduction proposée *infra* est donc libre).

En l'espèce, le requérant avait été condamné le 25 juin 2005 du chef de tentative d'assassinat et condamné à quatre ans et demi d'emprisonnement. À l'origine, et sur la base des informations recueillies par les enquêteurs ukrainiens, un différend financier aurait ainsi déterminé le requérant, de concert avec un autre ressortissant ukrainien à engager un tueur à gages. Ce dernier, après avoir reçu les informations utiles à sa mission et après avoir été payé, refusa d'exécuter cet ordre et se rendît aux autorités dénoncer le projet criminel du requérant.

Vers 23 heures, le 20 novembre 2004, la police se rend donc au domicile du requérant à Kharkov avant de le transférer, à 450 kilomètres de là, au poste de police de Kiev. Le lendemain matin, il est interrogé pendant trois heures en qualité de témoin, en l'absence d'un conseil et après avoir été averti des peines encourues en cas de refus de témoigner ou de faux témoignage. C'est dans ces conditions que le requérant avoue être le commanditaire du projet d'assassinat signant de surcroît une confession écrite de sa main.

Ce n'est que le 21 novembre à 14 heures que les enquêteurs interrogent le requérant non plus comme témoin mais en qualité de suspect, et par voie de conséquence, l'informent de son droit de garder le silence (v. art. 63 de la Constitution de la République d'Ukraine) et d'être assisté d'un avocat. Le 22 novembre 2004, lors d'une confrontation, le requérant revient sur ses aveux. Les 14 et 28 janvier 2005, il indique que ceux-ci ont été obtenus par force menaces et mauvais traitements.

Après épuisement des voies de recours interne, le requérant saisit la Cour de Strasbourg en alléguant de la violation de première part, de l'article 3 de la Convention en raison des traitements inhumains, cruels ou dégradants soufferts aux premières heures de sa détention dans les locaux de police, de deuxième part, de l'article 5 de la Convention relatif au droit à la sûreté faute pour les enquêteurs d'avoir justifié du cadre légal servant de support à la privation de liberté et de troisième part, de l'article 6 de la Convention faute d'avoir averti le suspect de son droit de conserver le silence et d'être assisté par un avocat.

En premier lieu, la Cour indique ne pas disposer des éléments de preuve suffisants « au-delà de tout doute raisonnable » (§ 55 « *beyond reasonnable doubt* ») pour constater une violation de l'article 3 de la Convention (*Irlande c/ Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, A n° 25, § 161 ; CEDH, 10 janv. 2008, *Zubayrayev c/ Russie*, n° 67797/01). Si le requérant justifie en effet de témoignages concordants renseignant utilement sur les pratiques des enquêteurs ukrainiens, la Cour relève l'absence de certificat médical et de mention du conseil du requérant et ce alors que ledit conseil intervient quelques heures seulement après les sévices allégués. En revanche, la Cour constate la violation de l'article 3 en sa dimension procédurale faute pour l'État défendeur d'avoir entrepris une enquête officielle « effective » (§ 62 « *full scale investigation* ») susceptible de conduire à l'identification et à la punition des responsables (CEDH, 20 oct. 2011, *Alboreo c/ France*, n° 51019/08 [2]). Dans cette hypothèse, en

(2) CEDH, 20 oct. 2011, n° 51019/08, *Alboreo c/ France*, AJDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2012. 1294, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2012. 175, obs. M. Herzog-Evans ; RSC 2012. 263, obs. J.-P. Marguénaud.

effet, les autorités publiques ne peuvent se contenter de recevoir les déclarations des enquêteurs accusés de mauvais traitements sans confronter celles-ci aux déclarations des victimes et témoins et sans s'expliquer sur les contradictions ou divergences (§ 62 « *discrepancies* ») éventuellement relevées.

En deuxième lieu, la Cour constate une double violation de l'article 5 de la Convention en distinguant la phase d'arrestation et de transfert du requérant entre le 20 novembre 2004 à 23 heures et le 21 novembre 2004 à 13h30 puis celle ayant suivi l'émission d'un titre légal d'arrestation le 21 novembre 2004 à la même heure. Sur la première période, la Cour rappelle que le fait de ne pas consigner des données telle que la date et l'heure de l'arrestation, le lieu de détention, le nom du détenu ainsi que les raisons de la détention et l'identité de la personne qui y a procédé doit passer pour incompatible avec l'exigence de régularité de la détention et avec l'objectif même de l'article 5 de la Convention (§ 74 « *Failure to record such matters as the date, time and location of detention, the name of the detainee, the reasons for detention and the name of the person carrying it out must be seen as incompatible with the requirement of lawfulness and with the very purpose of Article 5 of the Convention* » ; v., CEDH, 9 mars 2006, *Menesheva c/ Russie*, n° 5926/00).

Sur la seconde période, la Cour rappelle que s'il est admissible d'arrêter et détenir un suspect avant sa présentation devant un magistrat c'est à la condition qu'il existe des « raisons plausibles » (§ 82, « *reasonable suspicion* ») d'envisager l'implication dudit suspect dans la commission d'une infraction. Et l'existence de ces « raisons plausibles » présuppose celle de faits ou renseignements susceptibles de convaincre un « observateur objectif » que l'individu en cause a pu commettre l'infraction. (« *A "reasonable suspicion" that a criminal offence has been committed presupposes the existence of facts or information that would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed an offence* » ; CEDH, 19 oct. 2000, *Wloch c/ Pologne*, n° 27785/95). En l'espèce, la Cour reproche aux autorités publiques de ne présenter qu'un document construit sur des formules stéréotypées complétées par la référence à l'identification du requérant par un témoin oculaire, ce qui ne semble, à première vue, correspondre ni à la dénonciation des faits par le tueur à gages ni au statut de l'individu accusé d'avoir agi de concert avec le requérant.

Cette exigence d'une motivation fiable et impartiale dès l'arrestation par les services de police a d'ailleurs contribué à la modification des critères français de déclenchement de la garde à vue en substituant aux « nécessités de l'enquête » de l'ancien article 63 du code de procédure pénale un cadre soumis aux principes de subsidiarité et de nécessité de la garde à vue. De ce point de vue, l'arrêt commenté invite à s'interroger sur l'éventuel contrôle juridictionnel des critères de l'article 62-2 du code de procédure pénale. (C. Ghrenassia, « Le charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011 », *Revue Lamy Droit des affaires*, oct. 2011 ; M-L. Rassat, « À remettre sur le métier – Des insuffisances de la réforme de la garde à vue », JCP G n° 22, 30 mai 2011, p. 632). En l'état, la pratique policière tend à faire une interprétation *a minima* de ce texte en se contentant de verser au dossier de la procédure un préimprimé sans doute comparable aux formules stéréotypées visées par la Cour (§ 83 « *formulaic phrases* ») et dont on rappellera qu'il est le seul procès-verbal auquel l'avocat a accès quand il est appelé à intervenir au début d'une garde à vue. Le raisonnement adopté par la Cour apparaît en effet difficilement compatible avec la pratique évoquée en ce que cette dernière permet non seulement d'interroger un suspect comme témoin (v. *infra*) mais également de retenir un témoin comme suspect. Le caractère

large des critères et l'absence, en l'état de la jurisprudence, de contrôle juridictionnel de l'application de ceux-ci, permet ainsi aux officiers de police judiciaire de décider d'un placement en garde à vue d'individus dont on espère qu'ils aideront, à la faveur d'une telle mesure, et le cas échéant à l'encontre de leurs propres intérêts, à alimenter le dossier de l'accusation. (V. égal., sur l'article préliminaire du code de procédure pénale, J. Pradel, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue – À propos de la loi du 14 avril 2011 » ; JCP G n° 22, 30 mai 2011, p. 665).

En dernier lieu, et dans le prolongement de ce qui vient d'être évoqué, la Cour après avoir rappelé que le requérant a été entendu et a avoué son implication dans le projet d'assassinat sans être assisté par un avocat ni avoir été averti de son droit de garder le silence en conclut que les droits de la défense ont souffert de ce fait une atteinte irrémédiable et incompatible avec l'article 6 de la Convention. Cette solution s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence bien établie (CEDH, *Salduz c/ Turquie*, 27 nov. 2008, n° 36391/02 § 59, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss ; *Panovits c/ Chypre*, 11 déc. 2008, n° 4268/04, § 73-76 ; *Yoldas c/ Turquie*, 23 févr. 2010, n° 27503/04, § 52). Elle se rapproche de surcroît de l'affirmation de principe exposée dans une opinion dissidente de la Cour, repoussée à une infime majorité, aux termes de laquelle le seul fait qu'à « une reprise au moins, [durant la phase processuelle antérieure à la saisine d'un tribunal] le requérant a fait une déclaration sans la présence de l'avocat » est « susceptible de compromettre sérieusement l'équité de la procédure pénale toute entière ». (CEDH, *Rupa c/ Roumanie*, 19 juill. 2011, n° 37971/02, opinion dissidente commune aux juges Gyulumyan, Ziemele et Poalelungi). C'est qu'en l'espèce, le requérant n'a été privé de l'assistance d'un avocat que lors de sa première audition, à l'issue de laquelle il a rédigé de sa main, une confession auto-incriminante.

Cette solution intéresse l'observateur français à plusieurs titres. En premier lieu, la Cour insiste sur le fait que le requérant a été interrogé en qualité de témoin ce qui constituait, indépendamment du caractère arbitraire de sa détention au regard de l'article 5 de la Convention, un détournement de procédure. Ce détournement a dû présenter l'avantage, aux yeux des enquêteurs ukrainiens, de retarder l'intervention d'un conseil et de substituer au rappel de ce que chacun a le droit de conserver le silence la menace de poursuites pénales pour refus de témoigner ou faux témoignage. Or, le droit positif français prévoit deux hypothèses d'auditions hors la présence d'un avocat. La première est celle où il existe des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction mais où l'intéressé n'est pas « tenu sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs » ayant été « informé qu'il peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie », (v. art. 73, C. pr. pén.). La seconde où le témoin entendu librement, dans le délai de quatre heures, se révèlerait alors suspect et serait placé en garde à vue, (v. art. 62, C. pr. pén.).

À cet égard, le raisonnement de la Cour invite à considérer que l'assistance d'un avocat est nécessaire au regard du standard du procès équitable dans la mesure où ce dernier est à l'évidence le mieux placé pour informer la personne interrogée de la teneur de ces droits et de l'opportunité, le cas échéant, d'y renoncer. Pour mémoire, la renonciation aux droits de la défense, à ce stade de l'enquête où le suspect est dans une situation de particulière vulnérabilité doit être établie « de manière non équivoque et doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité ». (*Salduz c/ Turquie*, 27 nov. 2008, n° 36391/02 § 59, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss ; *Panovits c/ Chypre*, 11 déc. 2008, n° 4268/04, § 73-76 ; *Yoldas c/ Turquie*, 23 févr. 2010, n° 27503/04, § 52 ; *Savas c/ Turquie*, 8 déc. 2009, n° 9762/03 ; *Stojkovic c/ France et Belgique*, § 53,

27 oct. 2011, n° 25303/08 [3]) C'est d'ailleurs ce que la Cour a rappelé dans une décision rendue le même jour que l'arrêt commenté (CEDH, *Khayrov c/ Ukraine*, 15 nov. 2012, n° 19157/06). C'est également le sens de l'article 9 de la proposition de la Directive du 8 juin 2011.

Cette position apparaît bien plus protectrice que celle du Conseil constitutionnel telle qu'exprimée dans ses décisions du 18 novembre 2011 (E. Daoud et C. Ghrenassia, « D'une garde à vue l'autre : commentaire de la décision n° 2011/194 du Conseil constitutionnel », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 69, mars 2012 ; O. Bachelet, « QPC « Garde à vue II » : de l'effectivité à la facticité du droit à l'assistance d'un avocat », Gaz. Pal., 20-22 nov. 2011, p. 18) et du 18 juin 2012 (18 juin 2012, n° 2012-257 QPC [4]) dans la mesure où celles-ci n'imposent pas, au titre des exigences constitutionnelles, de notification permettant d'informer clairement le suspect des droits dont il dispose (O. Bachelet, « Détention policière : prohibition des détournements de procédure », Dalloz actualités, 7 déc. 2012).

Force est de constater que l'approche concrète de la Cour tranche avec la conception abstraite du Conseil constitutionnel. À l'évidence, la différence entre le statut de témoin ou celui de suspect est, dans de très nombreuses hypothèses, extrêmement ténue et tient, surtout, de l'appréciation des enquêteurs. Les faits de l'espèce illustrent cette réalité. Figer ces statuts *in abstracto* ne peut que conduire à des résultats pratiques arbitraires. Il suffit de se mettre à la place de l'individu convoqué comme témoin par les services de police, à qui il est expliqué qu'il serait suspect pour lui de solliciter la présence d'un conseil ou de ne pas répondre à de simples questions. Si cet individu, après avoir fait confiance à ceux qui l'ont, ainsi, aussi insidieusement contraint que pernicieusement rassuré, se livre à des déclarations auto-incriminantes, sa garde à vue devient inévitable. Les enquêteurs, dans cette hypothèse, le tenaient pour suspect. Il leur a suffi de ne pas en faire une mention explicite, et de retenir le statut formel de témoin, pour que ce dernier se retrouve privé de l'assistance d'un avocat. C'est pourquoi, la Cour considère, de manière cons-tante, que la qualification officielle de l'intéressé est sans importance (CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, n° 1466/07, préc., § 47 ; 11 déc. 2008, *Panovits c/ Chypre*, n° 4268/04, préc., § 73-76. V. égal., Y. Muller, « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », Droit pénal n° 2, févr. 2011, étude 2).

Contrairement au juge constitutionnel français, la Cour rappelle constamment et particulièrement à l'occasion de l'arrêt commenté que l'existence des droits de la défense ne dépend pas de l'exercice d'une contrainte sur le suspect mais d'une accusation de telle sorte que le droit à l'assistance d'un avocat doit être reconnu à la personne mise en cause dès qu'existent des éléments suffisants de soupçon (CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic c/ France et Belgique*, n° 25303/08, § 53, préc.). La Cour conclut à la violation de l'article 5 et de l'article 6 de la Convention ce qui tend à indiquer que le détournement de procédure aurait pu suffire à entraîner la condamnation de l'État défendeur indépendamment du caractère arbitraire de l'arrestation (*contra* : Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit de l'information dans le cadre des procédures pénales. À noter cependant que cette Directive inclut une clause de non régression)

Bien entendu, les conditions dans lesquelles il peut être procédé, en France, à

3) CEDH, 27 oct. 2011, n° 25303/08, *Stojkovic c/ France et Belgique*, AJ pénal 2012. 93, note J.-R. Demarchi ; RSC 2012. 241, obs. J.-P. Marguénaud ; RTD eur. 2012. 369, note E. Palvadeau.

4) Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC, AJ pénal 2012. 602, obs. J.-B. Perrier ; Constitutions 2012. 442, chron. A. Darsonville ; Gaz. Pal. 8-10 juill. 2012, nos 190 à 192, p. 17, note O. Bachelet.

une audition libre diffèrent de celles ayant donné lieu à la condamnation, en l'espèce de l'Ukraine, ne serait-ce qu'en raison de la durée du transfert de Kharkov à Kiev. Par ailleurs, la violation de l'article 5 de la Convention était d'autant plus insupportable qu'elle faisait écho au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture qui s'inquiétait dès 2005 de l'absence fréquent de formalisation des arrestations. Il n'en reste pas moins que l'arrêt commenté participe de ce standard du procès équitable incompatible avec le culte de l'aveu qui inspire encore la procédure pénale française.

Une déclaration auto-incriminante peut suffire à compromettre irrémédiablement la situation d'un suspect. C'est qu'un juge soucieux des intérêts de la répression trouvera, trop souvent, le moyen de motiver une condamnation s'il a pu déceler, parmi ces paroles qu'on recueille quand « la viande est attendrie », quelque chose comme un aveu. L'arrêt commenté rappelle donc que la vérité judiciaire ne saurait être obtenue par ruse, qu'elle n'est pas le produit d'un vertige psychologique ou d'un épuisement physique mais l'issue d'un procès guidé par l'équité. Le droit positif français ne devrait conserver de l'ordonnance de Villers-Cotterêts que l'usage exclusif de la langue française et abandonner la nostalgie de ce temps où l'aveu était la reine des preuves et où les auditions des témoins étaient organisées de telle sorte qu'on pouvait disposer : « et si par la question ou la torture l'on peut rien gagner à l'encontre de l'accusé tellement qu'il n'y ait matière à le condamner nous voulons lui être fait droit sur son absolution ». (Ordonnance de Villers-Cotterêts, art. 164).

Emmanuel Daoud
et César Ghrénassia
Avocat à la Cour