

REÇU

Par greffe Conseil constitutionnel, 15:22, 17/06/2010

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

N° 2010-14 QPC

POUR :

Madame **LEBEDEVA**
Monsieur **ZAGHIGIN**
Monsieur **BOUGHABA**
Monsieur **ZARFAOUI**
Monsieur **MECHATI**
Monsieur **SPUN**
Monsieur **ISAAC**
Monsieur **BEDOIS**
Monsieur **KARAMOKO**
Monsieur **HAMENOU**
Monsieur **PALIN**
Monsieur **CLERVEAUX**
Madame **PIZZETA**
Monsieur **TERKI**
Monsieur **SOUMARE**
Monsieur **MESSAOUDI**
Monsieur **GHEZAI**
Monsieur **EL OUNI**
Monsieur **KANA**
Monsieur **KIPRE**
Monsieur **NIAKITE**
Monsieur **SEBBAHI**
Monsieur **ZOUABI**

Ayant pour avocat :

SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation

Maître Emmanuel Ravanas, avocat au barreau de Paris, Premier
Secrétaire de la Conférence du Barreau de Paris

Observations au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité
visant les textes régissant la garde à vue
et renvoyée par arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2010

2010-14 QPC

PRESENTATION

1. – Devant le tribunal de grande instance de Paris comme devant la Cour de cassation, les requérants ont demandé la transmission puis le renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité portant, en substance, sur la conformité à quatre grands droits et libertés garantis par la Constitution (droits de la défense, droit à une procédure juste et équitable, droit à la liberté individuelle et droit de ne pas faire l'objet d'arrestations d'une rigueur non nécessaire, principe d'égalité devant la loi et devant la justice) du texte qui décrit le contenu de l'intervention de l'avocat en garde à vue (l'article 63-4, alinéas 1 à 6 du Code de procédure pénale).

L'article 63-4, alinéas 1 à 6, dispose :

« Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.

Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.

L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. Il est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.

A l'issue de l'entretien dont la durée ne peut excéder trente minutes, l'avocat présente, le cas échéant, des observations écrites qui sont jointes à la procédure.

L'avocat ne peut faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue.

Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation, dans les conditions et selon les modalités prévues aux alinéas précédents ».

Le libellé synthétique de la question comportait quatre moyens correspondant aux quatre visas constitutionnels précités. Il était le 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 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 Déclaration de 1789 et l'article 34 de la Constitution (interdiction de toute rigueur non nécessaire lors d'une arrestation), par l'article 6 de la Déclaration de 1789 (principe d'égalité) ? ».

Par arrêt du 31 mai 2010, la Cour de cassation a renvoyé cette question au Conseil constitutionnel.

2. – Il sera ici démontré que l'article 63-4, alinéas 1 à 6, qui décrit le rôle de l'avocat en garde à vue n'est pas conforme aux droits et libertés constitutionnels visés, et doit dès lors être abrogé.

Plus précisément, la disposition du Code de procédure pénale relative à la place de l'avocat lors de la garde à vue réalisée au cours de l'enquête¹ (**article 63-4, alinéas 1 à 6**) porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et, en particulier, **à la liberté individuelle, à l'égalité devant la loi, à l'égalité devant la justice, aux droits de la défense, au droit à une procédure juste et équitable.**

L'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution résulte de l'absence, dès le début de la garde à vue, d'un avocat qui aurait accès au dossier de son client en cours de constitution, et qui pourrait assister son client gardé à vue non pas seulement à l'occasion d'un entretien limité à trente minutes, mais tout au long de la garde à vue et, notamment, au cours des interrogatoires réalisés pendant la mesure de garde à vue.

L'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, ici, caractérisée à quatre égards.

En premier lieu, le rôle limité dans lequel est cantonné l'avocat du gardé à vue **méconnaît les droits de la défense**, lesquels imposent, précisément, une présence **effective** et utile de l'avocat dès le début de la garde à vue, incluant donc l'accès au dossier et l'assistance tout au long de la garde à vue et, en particulier, pendant les interrogatoires (A).

¹ Cette disposition régit le rôle de l'avocat pendant la garde à vue que celle-ci intervienne en cas d'enquête de flagrance (l'article 63-4 se trouvant placé dans la partie du Code relative à la flagrance) ou en cas d'enquête préliminaire (par renvoi de l'article 77, dernier alinéa, à l'article 63-4).

En deuxième lieu, le rôle limité reconnu par l'article 63-4, alinéas 1 à 6, à l'avocat du gardé à vue porte atteinte au droit du justiciable à une **procédure juste et équitable**.

L'équité n'existe pas si, pendant la phase précédant le jugement, qui est déterminante pour l'issue des débats, le gardé à vue n'est pas assisté par un avocat, et s'il doit, comme c'est le cas actuellement, subir seul les interrogatoires de police (B).

En troisième lieu, cette absence d'assistance effective de l'avocat pendant la garde à vue fait de la garde à vue une mesure qui porte une **atteinte disproportionnée** à la liberté individuelle, ainsi qu'au principe selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire, puisque l'une des garanties prévues pour rendre supportable cette atteinte (la présence de l'avocat dès la première heure de garde à vue) se trouve privée de toute efficacité (C).

En quatrième lieu, cette absence d'assistance effective de l'avocat du gardé à vue constitue une **rupture d'égalité** entre la situation, au regard de la loi, du gardé à vue, comparée à la situation de personnes placées dans des situations similaires, telle celle de l'étranger objet d'une rétention administrative (D).

Il convient d'examiner successivement ces quatre moyens.

*

A. MECONNAISSANCE DES DROITS DE LA DEFENSE

3. – En droit, constitue un droit garanti par la Constitution, partie intégrante des droits de la défense, le droit de la personne gardée à vue à être **assistée de manière concrète et effective par un avocat**, qui ait ainsi accès au dossier et qui puisse être présent, aux fins d'assistance, au cours des interrogatoires et, même, tout au long de la garde à vue.

Ce droit constitutionnellement garanti a d'ailleurs été solennellement rappelé par le législateur, qui l'a placé au frontispice du Code de procédure pénale, l'article préliminaire du Code de procédure pénale, ajouté par la loi du 15 juin 2000, disposant en ce sens que :

« Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.

Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur ».

La solution s'impose à l'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (1). La solution, qui est ici revendiquée uniquement sur le terrain du droit constitutionnel, est confortée par l'examen de la tradition juridique de pays voisins de la France ainsi que du droit conventionnel (2). Elle est encore confortée par l'examen de la doctrine qui s'exprime sur le sujet (3), et correspond, enfin, à une aspiration de la société française, soutenue par les praticiens (4).

1. Démonstration en droit constitutionnel

4. – En droit, les droits de la défense du gardé à vue ne sont assurés que s'il dispose d'une assistance effective d'un défenseur qu'est l'avocat, lequel doit pouvoir avoir connaissance des éléments du dossier en cours de constitution et s'entretenir librement avec son client, non seulement en début de garde à vue, mais aussi (et surtout) pendant toute la mesure, et y compris pendant les interrogatoires.

Cette assistance concrète de l'avocat est un droit de la défense du gardé à vue, un droit sans lequel les droits reconnus par ailleurs au gardé à vue pour assurer sa défense **ne seraient pas effectifs**.

5. – Le Conseil a consacré les droits de la défense comme des droits garantis par la Constitution, en faisant d'abord du principe des droits de la défense un principe fondamental reconnu par les lois de la République (v. ainsi : décision n° 80-127 du 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, § 52), puis en les rattachant à la « garantie des droits » proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (v. ainsi : décision n° 2006-535 du 30 mars 2006, § 24).

Le Conseil précise constamment que le **droit du gardé à vue de s'entretenir avec un avocat est un droit de la défense**, un droit de la défense qui s'exerce dès le stade de l'enquête pénale :

« 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 » (décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, § 18 ; et dans le même sens : décision n° 2004-492-DC du 2 mars 2004, relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, § 31 ; décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi portant réforme de la procédure pénale*, § 12).

6. – Ce droit d’entretien du gardé à vue avec l’avocat, qui est ainsi constitutionnellement garanti, doit s’entendre d’un droit **concret et effectif**, qui ne peut se laisser enfermer dans le cadre étroit d’un entretien limité à trente minutes, au début de chaque période de garde à vue, comme c’est le cas actuellement aux termes de l’article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale. A côté du droit à l’entretien avec un avocat, doit ainsi être posé un autre droit constitutionnellement garanti sans lequel le précédent n’aurait aucune portée utile: celui à une assistance effective du gardé à vue par l’avocat.

En effet, s’il ne s’entretient avec son client que trente minutes au début de chaque période de garde à vue, l’avocat **ne peut jouer son rôle de défenseur**.

L’avocat dont le rôle est ainsi cantonné ne peut organiser la recherche de preuves de nature à disculper son client ; il ne peut commencer à rassembler des éléments susceptibles de caractériser, ultérieurement, des circonstances atténuantes au bénéfice de son client.

L’avocat ne peut ni aider le gardé à vue à préparer les interrogatoires, à appréhender la complexité des faits qui lui sont reprochés, ni conseiller le gardé à vue au cours des interrogatoires, lesquels sont pourtant susceptibles de déboucher sur des aveux, sur une auto-incrimination du suspect (auto-incrimination, prohibée au regard de l’article 9 de la Déclaration de 1789 : v. décision n° 2004-492 du 2 mars 2004, § 110), et, en tout cas, sur la remise en cause de l’innocence du suspect.

Absent des interrogatoires, l’avocat ne peut pas discuter de la rédaction des procès-verbaux relatant les questions posées au suspect et les réponses apportées, alors pourtant que les termes employés risquent d’entraîner, devant la formation de jugement, une condamnation pénale.

Enfin, l’avocat qui n’a pas accès à son client ne peut veiller au respect par les enquêteurs ni de l’interdiction des détentions inutilement rigoureuses, ni de l’interdiction des traitements inhumains et dégradants susceptibles d’être infligés au gardé à vue ; il ne peut pas veiller à ce que le gardé à vue ne fasse pas l’objet de pressions psychologiques voire physiques ; il ne peut pas alerter les autorités compétentes sur l’existence de ce type de procédés ni éviter en amont, par le respect qu’il inspire, qu’ils soient mis en œuvre.

Il apparaît ainsi que l’intervention de l’avocat limitée à une période de trente minutes au début de chaque période de garde à vue ne lui permet pas d’assurer un rôle de défenseur de son client.

7. – Or, précisément, si le Conseil constitutionnel, qui a marqué son **attachement au caractère effectif des garanties** consenties aux personnes assujetties à des procédures pénales (v. ainsi décision n° 93-326 du 11 août 1993, § 3), a placé l’intervention en garde à vue de l’avocat au rang de droit constitutionnellement garanti, c’est parce que l’avocat exerce en sa qualité de professionnel **le rôle de défenseur**.

La circonstance que l'avocat est conçu comme **l'organe chargé de mettre en œuvre la défense** du gardé à vue et, d'une manière générale, de toute personne suspectée ou accusée d'avoir commis une infraction, organe sans lequel la reconnaissance de droits à la défense serait un vain mot, apparaît d'abord à la lecture de la décision Sécurité et liberté (décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981).

Dans cette espèce, la question posée était celle de savoir si était, ou non, conforme à la Constitution, un article de la loi disposant : « *Lorsque l'attitude d'un avocat compromet la sérénité des débats, le président peut, en vertu de ses pouvoirs de police de l'audience, le bâtonnier du conseil de l'ordre du barreau du tribunal ou son représentant entendu, décider d'écarter cet avocat de la salle d'audience pour une durée qui ne peut excéder deux jours* ».

La disposition a été déclarée non conforme à la Constitution dès lors qu'en touchant l'avocat, elle atteignait son client, et que cette atteinte n'était pas admissible à l'égard d'un avocat qui n'avait fait qu'assumer son rôle de défenseur, sans sortir dudit rôle :

« Considérant que, même si la mesure que le président, aux termes de l'article 25-1 précité, pourrait prendre à l'égard d'un avocat dont l'attitude compromettrait la sérénité des débats, avait le caractère d'une simple mesure de police de l'audience et ne revêtait pas celui d'une sanction disciplinaire, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment et alors qu'il a donc rempli son rôle de défenseur, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; que, dès lors, le paragraphe II de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution » (§ 52).

Aux termes de cette décision, si la présence de l'avocat aux côtés de la personne dont l'innocence est remise en cause est nécessaire, c'est parce que l'avocat a un « rôle de défenseur », et que les droits de la défense sont mis en œuvre à la fois par le suspect ou le prévenu et, surtout, par son avocat. La disposition déferée au Conseil était ainsi contraire aux droits de la défense « tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable ».

Ensuite, et dans le même esprit, le Conseil constitutionnel a considéré par une réserve d'interprétation que, dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, constituait une garantie essentielle pour l'exercice des droits de la défense la circonstance que l'aveu pris en compte au stade de l'infliction de la sanction ait été formulé par la personne poursuivie en présence de son avocat.

Le Conseil a alors relevé, pour déclarer conforme à la Constitution la procédure en cause, et, plus précisément, considérer que « le droit à un procès équitable n'est pas méconnu par les dispositions contestées », que « l'avocat,

dont l'assistance est obligatoire, sera présent tout au long de la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité ; qu'en particulier, l'avocat sera présent lorsque l'intéressé reconnaîtra les faits » (décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 108).

La solution est transposable à la garde à vue : aucune reconnaissance de culpabilité en garde à vue, lors des interrogatoires menés par les officiers de police judiciaire, n'est admissible, au regard du « *droit à un procès équitable* » ainsi que du principe édicté par l'article 9 de la Déclaration de 1789 selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, si l'avocat du gardé à vue n'est pas présent lors de la reconnaissance de culpabilité constatée par procès-verbal.

Enfin, dans la décision n° 93-326 du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel a affirmé que « *assurément, les possibilités de vérification de la régularité de la procédure ne sont pas les mêmes selon que la personne concernée dispose, ou non, de l'assistance d'un avocat* » (§ 25).

La circonstance que, dans la jurisprudence constitutionnelle, l'avocat est le vecteur indispensable des droits de la défense, sans lequel ceux-ci ne seraient pas utilisés, est confirmée par l'autorité constitutionnelle la plus éminente qui, dans un discours du 4 décembre 2009 prononcé à l'occasion de la rentrée solennelle du Barreau et de la Conférence de Paris, indiquait :

« le Conseil constitutionnel s'est également intéressé plus directement au rôle de l'avocat dans l'exercice des droits de la défense. Il a développé ainsi un véritable droit constitutionnel « de l'avocat ». Le recours et l'assistance d'un avocat constituent un droit constitutionnellement garanti par le Conseil constitutionnel » (discours du président du Conseil).

Les auteurs des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* indiquent dans le même sens que :

« Le principe des droits de la défense implique une protection et des garanties appropriées au bénéfice de l'avocat en tant qu'il incarne l'exercice de mission de défense. Ceci s'énonce à la fois dans la reconnaissance d'un droit constitutionnel à l'avocat (...) et des droits constitutionnels de l'avocat » (*Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15^{ème} éd., décision n° 32 § 23 p. 552).

8. – Il résulte de tout ce qui précède que l'accès du gardé à vue à un avocat qui soit informé du contenu du dossier et présent pendant toute la mesure de garde à vue, et à tout le moins pendant les interrogatoires, est constitutionnellement garanti.

Sans cet accès concret et effectif à l'avocat, les droits de la défense reconnus par ailleurs au suspect gardé à vue resteraient théoriques.

Confronté à des professionnels de l'accusation, le gardé à vue doit pouvoir être assisté, tout le temps que dure cette confrontation, par le professionnel des droits de la défense qu'est l'avocat.

9. – Au cas présent, l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, qui régit la place de l'avocat dans la garde à vue, n'est pas conforme à ces principes.

Cette disposition cantonne en effet l'avocat dans un rôle limité, puisque l'avocat a uniquement connaissance de la « *nature* » et de la « *date* » de l'infraction suspectée, et qu'il ne peut s'entretenir avec son client qu'en début de garde à vue, pour un temps limité à trente minutes.

En cas de prolongation de la garde à vue, l'intervention de l'avocat est répétée mais sur le même schéma, puisqu'elle est à nouveau limitée à trente minutes, sur la base d'une connaissance par l'avocat uniquement de la nature et de la date de l'infraction.

L'article 63-4, alinéas 1 à 6, dispose ainsi :

« Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.

Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.

L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. Il est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.

A l'issue de l'entretien dont la durée ne peut excéder trente minutes, l'avocat présente, le cas échéant, des observations écrites qui sont jointes à la procédure.

L'avocat ne peut faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue.

Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation, dans les conditions et selon les modalités prévues aux alinéas précédents ».

Il apparaît ainsi que l'avocat n'a **pas accès au dossier** contenant les charges pesant contre son client.

Ce dossier n'est certes pas, à ce stade, finalisé, puisque l'enquête sert précisément à établir le dossier.

Mais il est en cours de constitution et il serait en tout état de cause nécessaire, pour que l'avocat assure efficacement la défense de son client, qu'il ait accès aux éléments en la possession des enquêteurs dès ce stade.

Or, le Conseil constitutionnel a déjà jugé que « *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 [la personne susceptible d'être sanctionnée] 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* » (DC n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 § 29).

Il apparaît encore que le suspect n'a **pas de libre accès à son avocat** et qu'au contraire, il ne peut s'entretenir avec lui qu'un temps limité, lors de périodes identifiées de la garde à vue (au début de la mesure et, en cas de prolongation, après la décision de prolongation).

L'entretien peut intervenir après un interrogatoire, quand il n'est plus temps de prévenir utilement le gardé à vue qu'il ne doit pas s'accuser lui-même.

L'entretien peut intervenir avant que le gardé à vue soit soumis à des pressions psychologiques voire même physiques. Il ne peut servir à prévenir des traitements inhumains ou dégradants susceptibles d'advenir.

L'entretien prévu ne permet pas à l'avocat d'attirer l'attention de son client sur des questions posées lors des interrogatoires qui pourraient conduire le gardé à vue à s'accuser lui-même.

Il ne peut pas contribuer à la recherche de preuves de l'innocence du gardé à vue, ni aider ce dernier à appréhender la portée des soupçons des enquêteurs.

Il apparaît également que le suspect ne bénéficie pas de l'assistance de son avocat **pendant les interrogatoires**, alors même que les déclarations effectuées lors desdits interrogatoires serviront de base au procès-verbal de synthèse qui sera transmis au Parquet, à l'acte de poursuite, et, même, à l'éventuelle condamnation du gardé à vue par la formation de jugement.

Le suspect ne peut ni être assisté par un avocat qui serait présent physiquement pendant les interrogatoires, ni demander (comme c'est possible en Allemagne, on le verra *infra*) à ce que l'interrogatoire soit interrompu, le temps, pour lui, de s'entretenir avec son avocat.

Enfin, l'avocat ne peut pas venir librement **dans les locaux** de garde à vue, pour vérifier si son client a bien été nourri, s'il a pu se laver, se changer, s'il n'a subi ni pression physique, ni pression psychologique.

En définitive, le rôle réservé à l'avocat pendant la garde à vue par l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale n'est pas celui de défenseur pourtant reconnu à l'auxiliaire de justice par la décision *Sécurité et liberté* précitée.

Ce rôle n'est d'ailleurs pas non plus conforme à celui prévu pour l'avocat par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, qui dispose que « *toute personne suspectée (...) a le droit (...) d'être assistée d'un défenseur* ».

L'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, en ce qu'il cantonne ainsi le rôle de l'avocat, porte atteinte aux droits de la défense constitutionnellement garantis.

Pour éviter toute ambiguïté, il convient de préciser que les paragraphes 2, 3 et 4 suivants n'ont qu'une fonction illustrative.

2. Droit comparé et droit conventionnel

10. – Justifiée au regard du droit constitutionnel pertinent, la déclaration d'une atteinte portée par l'article 63-4, alinéas 1 à 6, aux droits et libertés fondamentaux serait encore **conforme à la tradition juridique** de la plupart des pays voisins de la France.

Il résulte ainsi d'une étude de droit comparé réalisée par le Sénat que, dans les six pays dont la législation a été examinée, « *l'avocat peut en général assister aux interrogatoires* » (*La Garde à vue*, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, décembre 2009, p. 8).

En Allemagne, « *le Code de procédure pénale allemand prévoit néanmoins l'interruption de l'interrogatoire à la demande du suspect si celui-ci souhaite consulter son avocat* » (*id. loc.*).

Seule la Belgique déroge à la règle.

11. – **A titre purement illustratif, et sans qu'il s'agisse d'inscrire le débat dans le cadre d'une quelconque exception d'inconventionnalité**, l'on retiendra que, dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que la présence de l'avocat pendant toute la garde à vue était indispensable afin d'assurer un exercice effectif des droits de la défense.

Plus précisément, la Cour de Strasbourg a jugé, d'une part, que « *l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police* » (CEDH 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*, req. n° 36391/02, § 52).

D'autre part, la Cour a précisé que « *l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale, aux fins de l'article 6 de la Convention, que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue ou en détention provisoire* », « *et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit* » (CEDH 13 octobre 2009, *Dayanan contre Turquie*, req. n° 7377/03, § 31 et 32).

La présence de l'avocat lors des interrogatoires est apparue indispensable à la Cour dès lors que les aveux prononcés lors desdits interrogatoires risquaient d'entraîner le prononcé d'une peine à l'encontre du suspect. La conception défendue par la Cour européenne est alors de « *protéger l'accusé contre toute coercition abusive de la part des autorités* », de prévenir les « *erreurs judiciaires* » et de contribuer « *à la réalisation des buts poursuivis par l'article 6, notamment l'égalité des armes entre les autorités d'enquête ou de poursuite et l'accusé* » (Salduz, § 53).

La Cour a également souligné que « *un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure* », et que « *cette vulnérabilité ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même* », et à faire en sorte que n'existent pas « *des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions au mépris de la volonté de l'accusé* » (Salduz, § 54).

La présence de l'avocat y compris en dehors des interrogatoires, en continu et dès le début de la garde à vue a été justifiée par l'idée que « *l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux dans la défense que l'avocat doit librement exercer* » (Dayanan, § 32).

Ces solutions et raisonnements sont **transposables en droit constitutionnel** français, eu égard à **l'identité des conceptions juridiques** applicables.

Dans tous les cas, le système juridique assure le respect des droits de la défense ; dans tous les cas, l'avocat est l'organe par lequel s'expriment les droits de la défense ; dans tous les cas, on le verra *infra*, le procès doit être juste et équitable.

3. Doctrine

12. – Par ailleurs, la présence effective de l'avocat pendant la garde à vue est considérée comme logique ou souhaitable par la doctrine.

13. – Ainsi, le Doyen Vedel, dans son rapport au Conseil constitutionnel sur la loi *Sécurité et liberté*, regrettait explicitement que la question de la présence effective de l'avocat n'ait pas été posée au Conseil, seule la durée de la garde à vue ainsi que la détermination de l'autorité habilitée à la prolonger, ayant, alors, été discutée par la saisine.

Il indiquait ainsi, à la fin de la partie du rapport consacrée à cette question :

« En fait, aucun de ces arguments n'est convaincant. Il convient de remarquer que la critique valable qui aurait pu être faite, et qui eut consisté à dire que la garde à vue viole les droits de la défense parce qu'elle permet qu'un suspect soit interrogé sans l'assistance d'un avocat, n'a été soulevée par personne » (Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, éd. Dalloz 2009, p. 383).

14. – Ainsi encore, Mme le Professeur Rassat, qui ne paraît pourtant pas favorable, par principe, à la présence de l'avocat lors de l'interrogatoire, note que deux conceptions, et deux seulement, sont cohérentes et possibles :

- D'une part celle qui consiste à voir dans l'intervention de l'avocat au stade de la garde à vue une garantie du respect de la dignité humaine, ou des droits de l'Homme considérés dans une acception générale (auquel cas l'avocat devrait, selon cet auteur, pouvoir être systématiquement imposé au suspect, et être cantonné dans un rôle de rappel des droits),
- D'autre part celle qui consiste à voir dans l'intervention de l'avocat au stade de la garde à vue une garantie du respect des droits de la défense (auquel cas l'avocat doit pouvoir être choisi par le gardé à vue, mais auquel cas l'avocat devrait également pouvoir être présent lors des interrogatoires).

L'auteur observe que le droit positif actuel emprunte aux deux logiques, sans définir de ligne claire, puisque l'avocat est en principe choisi par le suspect, mais qu'il ne peut assister aux interrogatoires.

On lit ainsi sous sa plume :

« Même si l'on en admet le principe, le rôle de l'avocat peut être conçu de façon bien différente. On peut imaginer le rôle classique de l'avocat défenseur, mais ce serait ruiner toute vraie possibilité d'enquête avec des chances de succès. Magistrats et policiers y sont très majoritairement opposés. On peut imaginer alors un rôle d'avocat « défenseur des droits de l'homme » en quelque sorte dont la vocation serait de réconforter le gardé à vue tout en vérifiant que les conditions juridiques et matérielles de la mesure sont conformes à un souci humanitaire compréhensible. Il devrait falloir logiquement choisir entre ces deux possibilités car cette option a, logiquement toujours, des incidences pratiques.

Si l'avocat remplit son rôle normal de défenseur, il doit être librement choisi par l'intéressé, doit intervenir dès le placement en garde à vue, peut avoir accès au dossier, assister aux interrogatoires et être rémunéré par l'intéressé (sauf le jeu de l'assistance juridictionnelle classique). S'il s'agit au contraire d'un avocat des droits de l'homme, il doit être l'avocat de la justice et devrait donc être choisi par le bâtonnier, n'intervenir qu'après un certain délai de garde à vue puisqu'il s'agit d'en contrôler les conditions et les effets, ne pas avoir accès à la défense proprement dite et être rémunéré sur fonds publics » (M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF, éd. 2001, p. 558).

Dès lors que, on l'a vu, le Conseil constitutionnel rattache clairement l'intervention de l'avocat en garde à vue à son rôle de défenseur, et non à un simple rôle de garant de la dignité humaine ou des droits de l'Homme en général, il convient, par cohérence, de permettre à l'avocat d'assister aux interrogatoires, en connaissance de cause, et donc avec communication du dossier relatif à son client en cours de constitution.

4. Aspiration de la société française

15. – Enfin, la présence effective de l'avocat pendant la garde à vue, et y compris pendant les interrogatoires, est appelée de ses vœux par les **juridictions** du fond, par les **praticiens** et correspond, désormais, à une **aspiration de la société** française.

16. – Les juridictions du fond ont commencé à annuler des gardes à vue ayant donné lieu à des interrogatoires hors la présence de l'avocat. Les annulations alors prononcées l'ont été sur le fondement des décisions de la Cour de Strasbourg précitées.

La cour d'appel de Nancy a ainsi jugé :

« Il y a lieu toutefois de dire, en vue de satisfaire à la norme selon laquelle les restrictions à la possibilité d'avoir immédiatement accès à un avocat, lorsque des raisons impérieuses les justifient, ne doivent pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 de la Convention, que lesdits procès-verbaux des déclarations des prévenus recueillies au cours de la garde à vue seront écartés des débats (CA Nancy, 19 janvier 2010, dossier n° 09/01766, p. 13, avant-dernier alinéa).

Le tribunal de grande instance de Paris a encore jugé :

« Cet entretien de trente minutes ne correspond manifestement pas aux exigences européennes. L'avocat ne peut remplir les différentes tâches qui sont le propre de son métier et dont quelques unes sont rappelées et énumérées par les arrêts récents de la Cour européenne. Il lui est impossible de « discuter de l'affaire » dont il ne sait rien si ce n'est la date des faits et la nature de l'infraction retenue et ce que la personne garde à vue (simplement informée de « la nature de l'infraction », article 63-1) peut en savoir elle-même. Il lui est impossible « d'organiser la défense » dans la mesure où il ignore quels sont les « raisons plausibles » de soupçon retenues par l'officier de police judiciaire pour décider de la garde à vue.

La « recherche des preuves favorables à l'accusé » ne peut être qu'extrêmement aléatoire, faute de savoir quelles sont les preuves défavorables et les circonstances de l'affaire.

Il en va de même de la préparation aux interrogatoires auxquels il ne peut de toutes façons pas participer. Cette mission de spectateur impuissant est d'autant plus préjudiciable que la garde à vue constitue une atteinte majeure à la liberté individuelle, majorée par ses conditions matérielles et sa fréquence (...).

Le rôle confié par l'article 63-4 du Code de procédure pénale à l'avocat, pendant la garde à vue constitue donc une violation manifeste des règles européennes posées par l'article 6-1 de la Convention européenne. Il y a donc lieu de prononcer la nullité des auditions qui auraient été effectuées en violation de ces règles et des actes de procédure dont ces auditions seraient le support nécessaire » (jugement du 28 janvier 2010, affaire n° 0815530244, p. 11 et 12).

17. – Tous les barreaux de France réclament la présence de l'avocat, avec accès au dossier du client, pendant les interrogatoires.

18. – La presse s'est récemment saisie du problème, pour dénoncer de récents abus auxquels la garde à vue a pu donner lieu et réclamer une réforme du dispositif (v. notamment *La Croix*, 3 décembre 2009, Première garde à vue annulée faute d'avocat ; *Le Figaro*, 9 décembre 2009, *Des avocats font annuler cinq gardes à vue* ; *Le Nouvel Observateur*, 10 décembre 2009, *La garde à vue de trois collégiennes révolte la presse* ; *Le Monde*, 10 décembre 2009, *Garde à vue des mineurs : faire du chiffre avant la réforme*, *Le Monde*, 15 février 2010, *Toutes les erreurs judiciaires ou presque naissent en garde à vue* ; *La Voix du Nord*, 4 février 2010, *Gardes à vue : réformer pour moins d'abus* ; *L'Express*, 9 février 2010, *Les députés partent en guerre contre la garde à vue* ; *Le Journal du Dimanche*, 13 février 2010, *Haro sur la garde à vue à la française* ; *Le Monde*, 16 février 2010, *Garde à vue : le Parlement bouscule le gouvernement*).

19. – En définitive, le respect dû aux droits de la défense implique la présence effective de l'avocat pendant la garde à vue et donc, à la fois, son accès au dossier et son assistance aux interrogatoires du gardé à vue et, même, sa présence à la demande du gardé à vue.

S'agissant, en l'espèce, de l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, il ne permet pas à l'avocat de jouer son rôle de défenseur et porte ainsi atteinte aux droits de la défense.

*

B. MECONNAISSANCE DU DROIT A UNE PROCEDURE JUSTE ET EQUITABLE

20. – En outre, l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale porte atteinte au droit à une procédure juste et équitable.

21. – La circonstance que l'avocat ne soit pas présent pendant les interrogatoires de police et, même, d'une manière générale, pendant toute la garde à vue, porte atteinte au droit du suspect gardé à vue à une procédure juste et équitable.

En effet, faute d'avocat pendant la garde à vue, le suspect profane se trouve seul face à des professionnels de l'interrogatoire et de l'accusation.

Même si, formellement, le suspect s'est vu notifier des droits, il n'est pas en mesure de les exercer.

Il ne peut répondre aux questions des enquêteurs de manière éclairée et risque fort, par ses déclarations, de compromettre irrémédiablement toute chance de voir son innocence être établie, lorsqu'il sera jugé.

Le procès qui se déroulera par la suite risque ainsi d'être **durablement déséquilibré** à cause de l'absence d'avocat pendant la garde à vue.

Or la Constitution garantit le droit à une procédure juste et équitable.

Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé 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* » (décision n° 89-260 du 28 juillet 1989, § 44 ; et dans le même sens : décision n° 2002-461 du 29 août 2002, § 77).

L'on observera que ce droit à une procédure juste et équitable est encore affirmé par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, qui dispose « *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* ».

22. – Au cas présent, l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale prévoit l'intervention de l'avocat en garde à vue uniquement par périodes de trente minutes toutes les vingt-quatre heures.

L'avocat, qui n'est pas sérieusement informé du contenu du dossier, même quand il intervient lors d'une prolongation (auquel cas un dossier fourni existe, mais n'est pas communiqué à l'avocat), ne peut assister son client lors des

interrogatoires. Il ne peut aider celui-ci à exercer les droits de la défense et, en particulier, ne peut pas même l'aider utilement à préparer les interrogatoires.

En cet état, l'intervention limitée – pour ne pas dire symbolique – de l'avocat pendant la garde à vue, telle que la prévoit l'article 63-4 du Code de procédure pénale, ne permet pas de garantir que le procès qui suit cette garde à vue, ainsi que la procédure pénale dans son ensemble, soit juste et équitable.

Le déséquilibre initial entre les enquêteurs qui détiennent les éléments du dossier et le gardé à vue, pendant la phase d'enquête, constitue pour ce dernier lorsqu'il est poursuivi devant le tribunal, un handicap dont il ne peut se défaire et qui est susceptible de sceller son destin pénal.

A cet égard encore, l'article 63-4, alinéas 1 à 6, ne peut qu'être déclaré non-conforme à la Constitution, puisqu'il porte atteinte au droit à une procédure juste et équitable, lequel est constitutionnellement garanti.

*

C. ATTEINTE DISPROPORTIONNEE A DES DROITS ET LIBERTES GARANTIS

23. – La possibilité pour le gardé à vue d'être assisté efficacement par son avocat, et donc la possibilité, pour le gardé à vue, de s'entretenir avec son conseil à la demande, et pour ledit conseil d'avoir accès au dossier et d'être présent lors des interrogatoires, est également imposée par le respect dû à la **liberté individuelle** (art. 66 de la Constitution), et à **l'interdiction de toute rigueur non nécessaire lors de son arrestation** (art. 9 de la Déclaration de 1789 et 34 de la Constitution).

24. – En droit, une mesure de rétention d'un suspect, à la disposition d'enquêteurs, ne peut être considérée comme constitutionnellement admissible que si elle s'accompagne de la possibilité, pour la personne retenue, d'être effectivement assistée, tout au long de ladite mesure, par un avocat.

La présence effective de l'avocat depuis le début de la mesure constitue une garantie indispensable pour pouvoir regarder la mesure en cause comme acceptable au regard des libertés fondamentales que sont la liberté individuelle et le droit de ne pas être retenu arbitrairement et avec une rigueur excessive.

La solution découle d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, qui a jugé, d'une part, que, s'il pouvait être porté atteinte aux droits et libertés précités, c'était à la condition que l'atteinte en cause soit **proportionnée** au but légitime alors recherché.

D'autre part, le Conseil constitutionnel a jugé que l'appréciation du caractère proportionné, ou non, de l'atteinte, dépendait de **l'existence de garanties** au bénéfice de la personne retenue, garanties qui incluent la présence de l'avocat et garanties qui, naturellement, doivent être effectives.

25. – Rappelons ici que la liberté individuelle est constitutionnellement garantie par l'article 66 de la Constitution, qui dispose : « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ».

Le droit de ne pas être arrêté arbitrairement et de ne pas être retenu avec une rigueur non nécessaire est garanti par l'article 9 de la Déclaration de 1789, qui dispose : « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* » (décision n° 93-326, § 30).

Cette exigence a également été déduite de l'article 34 de la Constitution, avec la précision expresse que le législateur doit éviter la rigueur excessive dans la recherche des auteurs d'infraction :

« *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 » (décision n° 2004-492, § 5 ; et dans le même sens : décision n° 2008-562, § 13).

26. – En premier lieu, le Conseil constitutionnel a jugé que s'il n'était pas interdit au législateur de porter atteinte aux droits et libertés précités, c'était à la condition que l'atteinte en cause soit en adéquation avec un but légitime, **nécessaire et proportionnée** au regard de ce but.

Lorsqu'une personne est retenue dans le cadre d'une procédure pénale, susceptible d'aboutir à une remise en cause de son innocence, le Conseil a précisé que la proportionnalité de la mesure en cause au but poursuivi devait impliquer une garantie effective des droits de la défense ; la procédure suivie devait également être juste et équitable.

L'exigence de proportionnalité précitée a ainsi été rappelée récemment, à propos de la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté :

« Considérant que la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter 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 » (§ 13).

Il avait été jugé auparavant, à propos de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité :

« Considérant, en premier lieu, que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame : « La loi est l'expression de la volonté générale... Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse... » ; que son article 7 dispose : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites... » ; qu'aux termes de son article 8 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires... » ; que son article 9 dispose : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi » ; qu'en vertu de son article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de

Constitution » ; qu'enfin, aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. - L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ;

Considérant, en deuxième lieu, 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 la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire ;

Considérant, enfin, 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 ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, 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 » (décision n° 2004-492 du 2 mars 2004, § 3 à 6).

27. – La circonstance que cette exigence de proportionnalité implique, en second lieu, l'existence de **garanties effectives** et, en particulier, lorsqu'une personne est retenue par des enquêteurs dans le cadre d'une procédure pénale, que les droits de la défense soient d'emblée préservés, afin, notamment, que la procédure puisse apparaître comme ayant été **juste et équitable ab initio**, a également été expressément posée par le Conseil constitutionnel.

Ainsi jugé, dans la décision relative à la *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, que :

« Le principe de présomption d'innocence, proclamé par l'article 9 de la déclaration de 1789, ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime ; que c'est toutefois à la condition que ces mesures soient prononcées selon une procédure

respectueuse des droits de la défense et apparaissent nécessaires à la manifestation de la vérité, au maintien de ladite personne à la disposition de la justice, à sa protection, à la protection des tiers ou à la sauvegarde de l'ordre public ;

Considérant, en outre, qu'il est à tout moment loisible au législateur, dans le domaine de sa compétence, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité ; que l'exercice de ce pouvoir ne doit cependant pas aboutir à priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle » (décision n° 2002-461 du 29 août 2002, § 66-67).

Il apparaît ainsi que l'équilibre entre l'autorité d'enquête puis de poursuite, d'une part, et la personne suspectée, d'autre part, fait partie des équilibres qui doivent être préservés par le législateur, afin que les atteintes portées aux droits et libertés visés *supra* puissent être considérées comme proportionnées, et, partant, comme constitutionnellement admissibles.

Cet équilibre implique que la personne suspectée, même si elle n'est pas encore poursuivie à ce stade, soit d'emblée assistée d'un avocat, qui puisse assurer efficacement sa défense. Comme on l'a déjà dit, les droits de la défense ne peuvent être assurés hors la présence de l'avocat, qui incarne, mieux que les droits annexes reconnus au suspect, la défense.

28. – Au cas présent, la garde à vue réalisée au cours de l'enquête ne respecte pas ces principes.

Certes, il s'agit d'une mesure qui peut être considérée comme ayant un but légitime : celui de maintenir à la disposition des enquêteurs, dans un temps voisin de la commission de l'infraction, une 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 » (art. 63, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale).

Mais cette mesure ne peut être considérée comme étant proportionnée à ce but dès lors que le gardé à vue ne dispose pas d'une assistance effective par un avocat, dès le début de la garde à vue.

Comme on l'a déjà dit, le gardé à vue peut s'entretenir avec un avocat au début de chaque période de garde à vue, mais pendant un temps limité. Le gardé à vue ne peut pas demander à son conseil de l'assister pendant les interrogatoires ; il ne peut même pas demander à ce que les interrogatoires soient interrompus, pour qu'il puisse s'entretenir avec son conseil ; il ne peut pas non plus demander à son conseil de l'aider à se ménager des preuves de son innocence, puisque l'intervention de l'entretien avec l'avocat n'a pas nécessairement lieu à un instant où le gardé à vue a connaissance de ce qui lui est reproché et que l'avocat n'a lui-même pas accès au dossier (il ne connaît que la « nature » et la « date » de l'infraction, mais même pas les circonstances suspectées de sa commission éventuelle).

L'assistance par un avocat fait pourtant partie des garanties indispensables pour que soit considérée comme proportionnée et, donc, comme constitutionnellement admissible, la mesure d'atteinte à la liberté individuelle au droit de ne pas être arrêté arbitrairement, ainsi qu'au droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions, que constitue la garde à vue.

Cette assistance doit naturellement s'entendre d'une assistance concrète et effective, non limitée à un entretien de trente minutes, réalisé sans connaissance du dossier, par un avocat qui ne pourra pas suivre son client tout au long de la garde à vue ou, du moins, s'entretenir avec ledit client sur demande du gardé à vue, y compris lors des interrogatoires de police.

En cet état, l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, qui ne prévoit pas une garantie du type de celle exigée par le Conseil constitutionnel pour rendre supportable l'atteinte aux droits et libertés précités, n'est pas conforme à la Constitution.

A cet égard encore, une déclaration de non-conformité s'impose.

Mais il y a encore davantage.

*

D. RUPTURE D'EGALITE DEVANT LA LOI

29. – La garde à vue, telle qu'elle est prévue et réglementée, avec, notamment, le rôle limité dévolu à l'avocat par l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, est également critiquable en ce qu'elle réalise une **rupture d'égalité devant la loi et devant la justice**, le gardé à vue de droit commun étant placé, au regard de l'impératif d'assistance effective par un avocat, dans une situation moins favorable que certaines personnes placées dans des situations similaires, sans qu'aucune différence entre les situations en cause ne justifie cette différence de traitement.

30. – En droit, si le législateur peut fixer des règles de procédure pénale différentes pour traiter des situations différentes, il ne peut, en revanche, appliquer des mesures procédurales distinctes à des personnes qui sont, en substance, dans des situations identiques : en pareille hypothèse, la loi n'est pas conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution parce qu'elle est contraire au principe d'égalité devant la loi ainsi qu'au principe d'égalité devant la justice.

Le respect du principe d'égalité et de sa déclinaison qu'est le principe d'égalité devant la justice (sur lequel v. décision n° 2002-461 du 29 août 2002, § 82) implique donc de placer dans des situations identiques les sujets de droit qui sont dans des situations identiques et, plus précisément, en matière de procédure pénale, de leur donner les mêmes garanties, de nature à préserver également les droits de la défense, ainsi que le droit à une procédure juste et équitable.

C'est ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel à de nombreuses reprises.

En particulier, par une décision du 20 janvier 1994, rendue à propos d'une loi qui différait l'intervention de l'avocat en garde à vue à la 72^{ème} heure, lorsque la mesure était décidée pour certaines infractions suspectées, le Conseil a validé la mesure, mais en relevant expressément qu'elle était justifiée par une différence de situation entre les personnes suspectées de ces infractions, particulièrement graves, et les personnes suspectées d'infractions de droit commun.

La validation a alors été décidée au motif de principe, érigé en chapeau, 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 auxquelles 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 » (décision n° 93-334 du 20 janvier 1994, § 17).

La formulation est de principe, le Conseil constitutionnel ayant encore précisé que l'égalité de traitement des individus en situations identiques devait s'entendre, en matière de procédure pénale, de garanties procédurales identiques et, plus précisément encore, de **droits de la défense identiques** :

« si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences 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, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable » (décision n° 2002-461 du 29 août 2002, § 77 ; et v. dans le même sens : décision n° 2004-492 du 2 mars 2004, § 30 ; v. encore : décision n° 93-326 du 11 août 1993, § 11).

Il a été jugé dans le même sens :

« 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 » (décision n° 93-334 du 20 janvier 1994, § 17).

On observera que le principe d'égalité devant la procédure pénale est encore placé au frontispice du Code de procédure pénale, l'article préliminaire dudit Code disposant que *« les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles »*.

Par respect du principe d'égalité, la présence de l'avocat pour assister la personne mise en cause est indispensable dans toutes les situations.

31. – Au cas présent, le gardé à vue de droit commun ne bénéficie pas d'une assistance par un avocat aussi efficace que celle garantie à certaines personnes qui sont pourtant dans des situations comparables.

a) Ainsi, la procédure de **comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité** confère une portée à l'aveu de la personne mise en cause mais uniquement lorsque cette reconnaissance de culpabilité est effectuée **en présence de l'avocat**, un avocat **qui a accès au dossier** et avec lequel la personne en cause peut **librement s'entretenir**, au besoin en faisant cesser l'entretien se déroulant devant le Procureur de la République.

L'article 495-8 du Code de procédure pénale dispose ainsi, en ses alinéas 5 et 6 :

« Les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies, et la proposition de peine est faite par le procureur de la République, en présence de l'avocat de l'intéressé choisit par lui ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats (...). L'avocat doit pouvoir consulter sur-le-champ le dossier.

La personne peut librement s'entretenir avec son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision (...) ».

Dans le cas de la garde à vue de droit commun ici visée, les aveux du gardé à vue recueillis au cours de l'interrogatoire de police, en l'absence de l'avocat, sont dûment consignés sur procès-verbal et pris en compte ultérieurement.

Pourtant, dans les deux cas, la personne est mise en cause ; son innocence est hypothéquée et ses déclarations peuvent conduire au prononcé d'une sanction pénale.

Les deux situations requièrent dès lors un traitement identique, et force est de constater que la personne gardée à vue fait l'objet d'une discrimination en n'ayant pas droit à l'assistance d'un avocat informé pendant toute la garde à vue et, spécialement, pendant les interrogatoires.

Cette discrimination fait de l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, qui limite le rôle de l'avocat pendant la garde à vue, la source d'une rupture d'égalité devant la loi et devant la justice, et particulièrement d'une atteinte aux droits de la défense.

Le texte porte, à cet égard encore, atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Mais ce n'est pas tout.

b) La personne étrangère qui fait l'objet d'une mesure de **rétention administrative**, dans les conditions prévues aux articles L. 551-1 et suivants du Code des étrangers, dispose de la faculté de s'adresser à **tout moment** à un avocat.

L'accès à un conseil n'est pas limité, de manière à permettre à l'étranger d'assurer sa défense et, le cas échéant, de faire efficacement pièce à une mesure d'éloignement.

L'article L. 551-2 du Code des étrangers dispose ainsi, dans son alinéa 2 :

« L'étranger est informé dans une langue qu'il comprend et dans les meilleurs délais que, pendant toute la période de rétention, il peut demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil ainsi que d'un médecin. Il est également informé qu'il peut communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix. Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les modalités selon lesquelles s'exerce l'assistance de ces intervenants ».

L'article L. 553-4 précise :

« Dans chaque lieu de rétention, un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers retenus est prévu. A cette fin, sauf en cas de force majeure, il est accessible en toutes circonstances sur demande de l'avocat. Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les modalités d'application du présent article ».

Ces dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution par une décision n° 2003-484 du 20 novembre 2003 (§ 52).

Elles ont été jugées nécessaires pour permettre aux étrangers d'exercer leur droit au recours, qui est constitutionnellement garanti (décision n° 2001-451 du 27 novembre 2001, § 36), et qui peut être considéré comme une composante des droits de la défense.

De la même manière, le gardé à vue doit pouvoir bénéficier des droits de la défense et d'un libre accès à son avocat, non pas tant, alors, pour exercer un recours, mais, plus prosaïquement, et donc de manière plus directement nécessaire, pour se faire conseiller sur ses droits, pour se faire assister dans la recherche de preuves de son innocence, et, d'une manière générale, pour qu'il n'existe pas *ab initio* un déséquilibre trop flagrant entre la personne suspecte, qui va être poursuivie, et l'autorité de poursuite, déséquilibre qui compromettrait toute possibilité d'un procès pénal juste et équitable.

Aucune différence de situation n'explique donc que l'étranger objet d'une mesure de rétention ait un libre accès à un avocat, tandis que le gardé à vue a un accès extrêmement limité à son conseil.

Dans les deux cas, les faits sont d'une égale complexité et la personne objet de la mesure de contrainte doit pouvoir gérer la situation avec l'assistance d'un avocat.

Là encore, l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, qui cantonne l'avocat dans un rôle limité, crée une rupture d'égalité entre des personnes placées dans des situations semblables.

Ce texte est donc contraire au principe d'égalité devant la loi, au principe d'égalité devant la justice, ainsi qu'aux droits de la défense.

*

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire, ou suppléer, au besoin d'office, les requérants demandent qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

Vu les articles 61-1 et 62 de la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, et notamment son chapitre II *bis*, tel qu'inséré par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ;

Vu la décision n° 2009-595 DC du Conseil Constitutionnel du 3 décembre 2009, relative à la loi organique précitée ;

Vu le décret n° 2010-148 du 16 février 2010, portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 ;

Vu les articles 1^{er}, 34 et 66 de la Constitution ;

Vu les articles 2, 4, 6, 9 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ;

Vu la liberté individuelle, le droit de ne pas faire l'objet d'arrestations dont la rigueur n'est pas nécessaire, les droits de la défense, le droit à une procédure juste et équitable, le principe d'égalité devant la loi, et le principe d'égalité devant la justice ;

Vu l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale ;

- **DECLARER** inconstitutionnel l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale ;
- **EN CONSEQUENCE, ABROGER** l'article 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale ;

Avec toutes conséquences de droit.



SCP NICOLAY - de LANOUELLE - HANNOTIN
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de Cassation
11, rue de Phalsbourg - 75017 PARIS