

Aux termes d'une décision du 18 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions attaquées de la loi portant réforme de la garde à vue étaient conformes à la Constitution sous réserve toutefois que soit assurée l'information du suspect entendu dans le cadre de l'article 62 du Code de procédure pénale.

Cette décision apparaît critiquable, tant du point de vue de la méthode que du résultat, en ce qu'elle conduit de fait à un retour à l'ancien régime de la garde à vue, laissant ainsi aux instances européennes le soin de faire vivre l'inspiration des constituants français

(Cons. const., 18 nov. 2011, déc. n° 2011/191/194/195/196/197 QPC).

D'une garde à vue l'autre : commentaire de la décision n° 2011/194 du Conseil constitutionnel



Par Emmanuel
DAOUD
Avocat à la Cour
VIGO Cabinet d'avocats



Et César GHRÉNASSIA
Avocat à la Cour
VIGO Cabinet d'avocats

1. Il n'y a sans doute jamais eu aussi près de la rue de Montpensier au Quai des Orfèvres et les Sages auront peut-être apprécié l'hommage, non pas du vice à la vertu, mais de la police nationale au Conseil constitutionnel, la première s'exprimant, sans la réserve de la seconde, par la voix de ses syndicats. Alliance s'est ainsi réjoui « que par cette décision, le Conseil constitutionnel ait rappelé à tous que la garde à vue devait demeurer un lieu d'enquête » (Communiqué AFP du syndicat ALLIANCE en date du 18 novembre 2011, « Garde à vue : satisfaction d'un syndicat de police, le « pire évité »).

2. Certes, chaque autorité a ses zélotes et chaque événement, ses chroniqueurs. Mais il arrive que chez les plus partisans de ces singuliers fidèles, s'exprime une vérité. La garde à vue est-elle donc redevenue, à la faveur de la décision n° 2011/194 du Conseil constitutionnel, ce « lieu d'enquête » coupé de la sphère du droit ou, à tout le moins, préservé du débat judiciaire ? Après les corrections imposées par la Cour de Strasbourg, la Cour de cassation, les chambres

correctionnelles ou encore le Parlement européen (Ghrénassia C., Le charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011, RLDA 2011/64, n° 3679), la garde à vue est-elle enfin arrivée le 18 novembre 2011 à ce point d'équilibre qui la rendrait d'autant plus indispensable en pratique (Lambert L., Formulaires des officiers de police judiciaire, LGDJ, 1985, p. 181 : la garde à vue est l'institution « la plus importante et la plus socialement utile, puisque sans elle aujourd'hui, les malfaiteurs seraient les maîtres ») qu'elle résisterait, en droit, à tout système ?

3. Le Conseil constitutionnel était donc saisi par le Conseil d'État et la Cour de cassation (CE, 23 août 2011, n° 349752, M. E. & autres ; Cass. crim., 6 sept. 2011, nos 11-90.068, 11-90.072 et 11-90.073, P+B+I) aux fins de dire si la réforme de la garde à vue opérée par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 était conforme à la Constitution. Aux termes des questions prioritaires de constitutionnalité ainsi transmises, cinq griefs principaux étaient formulés tenant au défaut d'accès à l'assistance d'un avocat pour tous les suspects, au défaut d'accès au dossier de la procédure par l'avocat, au défaut de délai de prévenance et aux possibilités de report de la présence de l'avocat, à l'absence de celui-ci aux autres actes qu'audition et confrontation (perquisitions et transports) et enfin aux modalités de conduite des interrogatoires par l'officier de police judiciaire et au rôle ainsi assigné à l'avocat.

4. Après avoir 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 droits et

libertés constitutionnellement garantis », le Conseil constitutionnel déclare que le second alinéa de l'article 62 du Code de procédure pénale est conforme à la Constitution sous la réserve d'interprétation suivante : « qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue, ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie ».

5. Les dispositions organisant l'intervention de l'avocat en garde à vue, c'est-à-dire les articles 63-3-1, 63-4, 63-4-1 et 63-4-5 du Code de procédure pénale sont, par ailleurs, déclarées conformes à la Constitution et, ce, sans réserve. Par principe, le Conseil constitutionnel considère que « les dispositions contestées n'ont pas pour objet de permettre la discussion de la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve rassemblés par les enquêteurs ». En application de ce principe, et sur la plupart des points soulevés par les requérants, le Conseil constitutionnel répond en indiquant que la loi organise « entre le respect des droits de la défense et l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée » (le Conseil constitutionnel retient également que les dispositions assurant la conservation du secret de l'enquête par l'avocat et l'intervention de celui-ci au soutien des intérêts

des victimes, devrait-on dire des plaignants, sont également conformes à la Constitution).

6. Cette solution appelle, à titre préalable, deux observations. En premier lieu, la décision du 18 novembre 2011 éclaire celle du 30 juillet 2010 à laquelle elle fait d'ailleurs référence dans les termes suivants : « *les évolutions de la procédure pénale qui 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 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* ». Il s'agissait ainsi non seulement d'organiser la présence de l'avocat en garde à vue mais surtout de limiter le recours à cette mesure et de réduire la durée de celle-ci, ce que la loi du 14 avril 2011 réalise en instaurant des critères de proportionnalité et de subsidiarité nouveaux en la matière (Chrénassia C., *Le charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011*, préc.).

7. En second lieu, le raisonnement adopté par le Conseil constitutionnel rappelle que la Haute Juridiction développe une recherche non pas de proportionnalité mais plutôt d'absence de disproportion ou encore d'absence d'anormalité (Leturcq S., *Vers l'élaboration d'un standard du « bon législateur » devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, communication issue de la thèse de Leturcq S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 2005, tome 125). Il va de soi que les considérations d'opportunité politique et de sécurité juridique ne manquent pas de peser lors de l'examen de chaque Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC). La tradition française, cette méfiance historique à l'égard non pas du pouvoir mais de l'autorité judiciaire, ne contribue pas plus à ce que le Conseil constitutionnel se comporte en véritable cour suprême indifférente aux caprices des majorités et à l'air du temps. De ce point de vue, il n'est sans doute pas inutile de rappeler que le Conseil se prononce à quelques semaines d'une élection présidentielle et dans un contexte d'instrumentalisation à des fins partisans des questions de sécurité et de justice. Du reste, le Conseil constitutionnel prend soin, une nouvelle fois, de reporter les effets de sa décision, en l'espèce de sa réserve d'interprétation, aux auditions réalisées postérieurement au 18 novembre 2011.

8. Cette méthode, à propos de laquelle on a écrit en son temps qu'elle conduit à « *filtrer le moustique et laisser passer*

le chameau » (Rivero J., À propos de la loi Sécurité et liberté : filtrer le moustique et laisser passer le chameau. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 juin 1981, AJDA 1981, p. 275), présente un degré d'exigence bien en-deçà de celui de la Cour européenne des droits de l'homme (Andriantsimbazovina J., *La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme*, Nouveaux cahiers Cons. const. 2011, p. 19). Et de fait, la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 2011 si elle permet à la garde vue de conserver, pour quelque temps encore, son lustre d'antan se trouve en contradiction manifeste avec la jurisprudence européenne, c'est-à-dire avec la Convention européenne des droits de l'homme. C'est donc une rupture dans le dialogue des juges suprêmes (De La Rosa S., *Le dialogue entre Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme ou l'influence discrète du droit européen sur l'inconstitutionnalité de la garde à vue de droit commun*, Constitutions 2011, p. 58) qui intervient dans une matière extrêmement sensible, celle des libertés individuelles. Plus largement, cette décision s'inscrit, de fait, dans la défense d'une singularité française également menacée par la proposition de directive du 8 juin 2011 relative au droit d'accès à un avocat et à l'information de la mise en détention et qui constitue le troisième volet d'une série de mesures visant à définir des normes européennes communes dans les affaires pénales.

9. Dans ces conditions, on est tenté de se demander si la décision n° 2011/194 du Conseil constitutionnel ne constitue pas un retour aux sources pour cette « *figure brisée de la procédure pénale française* » (Muller Y., *La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française*, Droit pén. 2011, étude 2) née dans la clandestinité et consacrée ainsi en raison des vertus particulières qu'on attribue, en France, au secret (Robert J.-H., *Le péché originel de la Saint-Sylvestre 1957*, Droit pén. 2010, comm. 1. Cf. également à ce sujet, Saint-Pierre F., *Le Guide de la défense pénale*, Guide Dalloz, 2007). Long détour pour que la garde à vue, apparue en 1897 et légalisée en 1957 soit enfin déclarée conforme à la Constitution. Long détour qui n'épuise pourtant aucune des questions posées au sujet de cette mesure.

10. C'est qu'il ne va pas de soi de considérer, comme le fait le Conseil constitutionnel, que les droits de la défense, l'égalité des armes et le principe du contradictoire qui forment un des aspects fondamentaux du standard du procès équitable puissent être neutralisés aux premiers temps de l'enquête en considération d'un prétendu impératif supérieur de sécurité ou d'efficacité qui apparaît, en l'absence d'étude d'impact et en comparaison avec les systèmes étrangers, tenir autant, sinon plus,

du slogan publicitaire que d'un souci légitime. En déclarant conformes à la Constitution les dispositions contestées, le Conseil constitutionnel admet donc qu'il puisse y avoir des suspects sans défense (I) et que le législateur puisse tenir *a priori* l'exercice des missions de conseil, d'assistance et de représentation inhérents à la défense pénale comme suspect (II).

I.- DES SUSPECTS SANS DÉFENSE : SUR LA RÉSERVE D'INTERPRÉTATION RELATIVE À L'AUDITION LIBRE

11. Dans le prolongement de la décision du 30 juillet 2010, et en accord avec l'article 62-2 du Code de procédure pénale (pour mémoire, l'article 62-2 du Code de procédure pénale définit, pour la première fois, la garde à vue comme une « *mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs* »), le Conseil constitutionnel retient que la garde à vue, et le déclenchement des droits y afférents, résulte de l'exercice d'une contrainte sur le suspect, ce qui revient à rétablir l'audition libre abandonnée au cours des débats parlementaires (A). Par respect des droits de la défense, le Conseil constitutionnel émet cependant une réserve d'interprétation dont l'usage apparaît critiquable (B).

A.- De l'audition libre à l'audition libre

12. La loi du 14 avril 2011 réserve deux hypothèses d'audition sans 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* » (C. pr. pén., art. 73 : « *Lorsque la personne est présentée devant l'officier de police judiciaire, son placement en garde à vue, lorsque les conditions de cette mesure prévues par le présent code sont réunies, n'est pas obligatoire dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable si la personne a été conduite par la force publique devant l'officier de police judiciaire* ». Vlamynck H., *Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue*, AJ Pénal 2010, p. 474 : « *La personne est considérée comme s'étant rendue librement dans les locaux du service ou de l'unité de police judiciaire lorsqu'ayant été appréhendée, elle a accepté expressément de suivre l'officier ou l'agent de police judiciaire* »). La seconde où le témoin entendu librement, dans le délai de quatre heures, se révélerait alors suspect et serait placé en garde à vue (c'est

cette seconde hypothèse qui est soumise au Conseil constitutionnel. C. pr. pén., art. 62 : « Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures. S'il apparaît, au cours de l'audition de la personne, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue. Son placement en garde à vue lui est alors notifié dans les conditions prévues à l'article 63 ». Il s'agit là d'une résurgence de l'audition libre, proposition du Gouvernement visant à contourner l'intervention de l'avocat (Projet de loi AN n° 2855, relatif à la garde à vue, XIII^e législature, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 octobre 2010) et qui devait être abandonnée compte tenu des nombreuses critiques dont elle avait fait l'objet (Mathias E., Pour une loi des suspects... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue), Dr pén. 2011, étude 6 ; Miniato L., Réflexions à propos de l'audition libre issue du projet de loi relatif à la garde à vue, Gaz. Pal. 30 nov. 2010, p. 13, 13724 ; Bachelet O., La réforme de la garde à vue ou l'art du faux-semblant, Gaz. Pal. 14 sept. 2010, p. 5, 12931).

13. Aux termes de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 2011, il est indiqué que : « si le respect des droits de la défense impose, en principe, qu'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction ne peut être entendue, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, sans bénéficier de l'assistance effective d'un avocat, cette exigence constitutionnelle n'impose pas une telle assistance dès lors que la personne soupçonnée ne fait l'objet d'aucune mesure de contrainte et consent à être entendue librement ».

14. Cette position s'inscrit dans le prolongement de la décision du 30 juillet 2010 qui insistait en son temps sur le fait que la personne était interrogée « alors qu'elle est retenue contre sa volonté » (Cons. const., déc. n° 2010-14/22, 30 juill. 2010, considérant 28, Gaz. Pal., 5 août 2010, p. 14, 12572, note Bachelet O. ; Daoud E. et Mercier E., Garde à vue : faites entrer l'avocat !, in Constitutions, octobre-décembre 2010). Elle est cependant critiquable au regard même de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi qu'il a pu être relevé, cette position est, en effet, plus difficilement compatible avec la décision du 6 mai 2011 relative au déferrement devant le Procureur de la République (Cons. const., déc. n° 2011-125, 6 mai 2011, QPC, considérant 13) aux termes de laquelle le Conseil constitutionnel avait considéré que l'article 393 du Code de procédure pénale qui permet au magistrat du parquet de recueillir les déclarations de la personne déférée « ne saurait sans méconnaître les droits de la défense l'autoriser à consigner les déclara-

tions de [celle-ci] sur les faits qui font l'objet de la poursuite » (Bachelet O., 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).

15. Surtout, ce qui doit commander le droit à l'assistance de l'avocat n'est pas la coercition mais l'existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que le suspect a commis ou tenté de commettre une infraction. En d'autres termes, « la suspicion à l'encontre d'un individu le rend titulaire de droits dans la procédure pénale. L'exercice de la contrainte à son égard les accroît. » (Alix J., Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives, D. 2011, p. 1699). Ainsi, lorsqu'une instruction a été ouverte, le juge ne peut entendre comme simples témoins les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont il est saisi (C. pr. pén., art. 105). S'il veut les entendre, il doit soit les mettre en examen, soit leur conférer le statut de témoin assisté et, dans un cas comme dans l'autre, le suspect aura droit à l'assistance d'un avocat.

Le Conseil
constitutionnel a exposé
la France à de nouveaux
constats de violation
de l'article 6 de la
Convention européenne
des droits de l'homme.

16. C'est ce que soutenaient les requérants et ils avaient avec eux une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme qui retient 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. De ce point de vue, la qualification officielle de l'intéressé est sans importance (CEDH, 4 oct. 2010, aff. 1466/07, Brusco c/ France, § 47 ; CEDH, 11 déc. 2008, aff. 4268/04, Panovits c/ Chypre, § 73-76. Cf., également, Muller Y., La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française, préc.). C'est ce qu'a, une nouvelle fois, rappelé la Cour de Strasbourg en soulignant dans une espèce récente que le requérant « ne faisait l'objet d'aucune mesure restrictive ou privative de liberté au titre de la procédure en cause » ce qui tend à démontrer que la contrainte ne saurait être érigée en critère exclusif de reconnaissance des droits du suspect (CEDH, 27 oct. 2011, aff. 25303/08, Stojkovic c/ France et

Belgique, § 53, : en l'espèce, le requérant était détenu pour autre cause. La Cour précise : « Ainsi qu'elle l'a déjà souligné, un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable au stade de l'enquête, effet qui se trouve amplifié par le fait que la législation en matière de procédure pénale tend à devenir de plus en plus complexe, notamment en ce qui concerne la collecte et l'utilisation des preuves »).

17. Du reste, la proposition de directive du 8 juin 2011 accorde expressément en son article 10 le droit à l'assistance d'un avocat aux « personnes autres que les personnes soupçonnées ou poursuivies » (« 1. Les États membres veillent à ce que toute personne autre qu'une personne soupçonnée ou poursuivie, qui est entendue par les autorités de police ou d'autres services répressifs dans le cadre d'une procédure pénale, ait accès à un avocat si, au cours d'un interrogatoire ou d'une audition, elle se retrouve soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale ou poursuivie à ce titre. 2 Les États membres veillent à ce que toute déclaration faite par cette personne avant qu'elle n'ait été informée des soupçons ou des poursuites dont elle est l'objet ne puisse être utilisée contre elle ») et prévoit en son article 3 que la personne concernée « doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dès son audition (...) qu'elle soit privée de liberté ou non ». Le législateur a donc fait le choix d'un texte menacé, à court terme, d'obsolescence. Et le Conseil constitutionnel a exposé la France à de nouveaux constats de violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (Bachelet O., QPC « Garde à vue II » : de l'effectivité à la facticité du droit à l'assistance d'un avocat », préc. En sens inverse : Pradel J., La loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue réussit son examen de passage devant le Conseil constitutionnel, JCP G 2011, 1452). Autant de considérations en contradiction manifeste avec ce qui fonde le contrôle de constitutionnalité *in abstracto* en général et la technique de la réserve d'interprétation en particulier : le souci de la sécurité juridique et l'égalité des justiciables.

B.- De l'usage des réserves d'interprétation

18. Le Conseil constitutionnel assortit sa décision de conformité de l'article 62 du Code de procédure pénale d'une réserve d'interprétation tendant à ce que le suspect ainsi interrogé en l'absence d'avocat soit toutefois « informé (...) de la nature et de la date de l'infraction qu'on (le) soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie » (Considérant n° 20. Pour mémoire, et aux termes du commentaire de la décision disponible sur le site du Conseil constitutionnel, « il convient de préciser que la décision du Conseil sur le second alinéa de l'article 62 du CPP ne vaut stricto sensu que pour l'enquête de flagrance. En effet, cet article ne figure pas au nombre des articles du CPP qui sont applicables aux autres enquêtes. S'agissant de l'enquête préliminaire, les deuxième et troisième alinéas de l'article 78 du CPP reprennent au mot près les dispositions de l'article 62. S'agissant de l'enquête

sur commission rogatoire, la question se posera également s'agissant des suspects qui ne sont pas nommément visés par une plainte avec constitution de partie civile et qui, dès lors, en vertu de l'article 113-2 du CPP, ne bénéficient pas du droit d'être entendus en qualité de témoin assisté »).

19. Aux termes du commentaire de la décision disponible sur le site du Conseil constitutionnel, il est indiqué que « la délivrance de ces informations liminaires garantit que la personne ne sera pas trompée sur la nature des informations qu'il lui sera demandé de fournir aux enquêteurs ». Cette précaution rappelle, dans une version édulcorée, un des articles relatifs à la sûreté des personnes rédigés par Condorcet : « La loi ne pourra autoriser, pour parvenir à la connaissance des coupables, ni l'emploi de la torture, ni l'usage du mensonge ou de la ruse ».

20. C'est que le Conseil constitutionnel aurait pu analyser le silence de la loi sur ce point comme un cas d'incompétence négative et considérant l'atteinte aux droits de la défense garantis notamment à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme prononcer la censure du texte déferé. Il a préféré remédier à cette atteinte par une réserve d'interprétation. Or, il est généralement enseigné qu'il n'est loisible de recourir à ce « procédé de sauvetage » de la loi qu'à condition que le juge constitutionnel, confronté à une disposition ambiguë ou défectueuse puisse trouver une assise dans les techniques classiques d'interprétation, la combinaison des dispositions critiquées avec le reste du droit positif ou encore le recours à l'intention du législateur telle qu'elle résulte des travaux préparatoires (Samuel X., Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, Accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007 ; Boulet M., La problématique de l'application des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, Tribune de droit public 2005, p. 20).

21. En l'espèce, il ressort des travaux parlementaires que la proposition d'audition libre a été abandonnée compte tenu notamment de ce que l'arrestation devait être analysée comme une contrainte *de facto* quoique la personne interrogée accepte expressément de suivre l'officier de police judiciaire à la suite de ladite arrestation (Gosselin P., Rapp. n° 3284, 30 mars 2011, p. 8 et 9). Il y a effectivement une forme de contrainte dès que l'on se retrouve, soit à la suite d'une interpellation (C. pr. pén., art. 73) soit sur une convocation à laquelle l'on est tenu de déférer (C. pr. pén., art. 61), interrogé, en tant que suspect, dans des locaux de police ou de gendarmerie. En toute rigueur, et faute d'avoir considéré ce fait d'évi-

dence, pourtant visé dans le cadre des travaux parlementaires, le recours à la technique de la réserve d'interprétation est critiquable.

22. Il est d'autant plus critiquable qu'il ne permet pas d'imposer une notification au suspect de ses droits et notamment de son droit de garder le silence (Bachelet O., QPC « Garde à vue II » : de l'effectivité à la facticité du droit à l'assistance d'un avocat, préc., p. 18). En d'autres termes, le Conseil constitutionnel, après avoir reconnu que le suspect a par principe vocation à bénéficier des droits de la défense en dehors de toute contrainte, consacre un régime qui ne prévoit aucune formalité propre à garantir l'exercice éclairé de ces droits. Cette difficulté rejoint la question de la renonciation aux droits de la défense si courante en pratique en matière de garde à vue (Chrénassia C., Le charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011, préc., n°s 46 et 47). Pour que l'audition d'un suspect sans l'assistance d'un avocat soit conforme à l'article 6 de la Convention, la Cour de Strasbourg impose en tout état de cause qu'il soit démontré que l'intéressé y a renoncé sans équivoque ce qui implique la notification préalable d'un tel droit (CEDH, 27 nov. 2008, aff. 36391/02, *Salduz c/ Turquie*, § 59 ; CEDH, 11 déc. 2008, aff. 4268/04, *Panovits c/ Chypre*, § 73-76 ; CEDH, 23 févr. 2010, aff. 27503/04, *Yoldas C/ Turquie*, § 52 ; CEDH, 8 déc. 2009, aff. 9762/03, *Savas c/ Turquie* ; CEDH, 27 oct. 2011, aff. 25303/08, *Stojkovic c/ France et Belgique*, § 53. Cf., également, article 9 de la proposition de Directive du 8 juin 2011).

23. Par ailleurs, et « afin d'éviter que sa décision ne soit source de nullités de procédure, le Conseil a prévu que cette réserve ne s'applique qu'aux auditions postérieures à la publication de sa décision » (Cons. const., 18 nov. 2011, déc. n° 2011/191/194/195/196/197 QPC, considérant n° 20 *in fine*. Cf. commentaire de la décision disponible sur le site du Conseil constitutionnel : < www.conseil-constitutionnel.fr >). À l'évidence, une telle pusillanimité n'engage pas la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions internes chargées de faire respecter les droits garantis par la Convention (en ce sens, Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316, JCP G 2011, act. 483, *Detraz S.*, D. 2011, p. 1080). Elle suggère également le caractère diplomatique de la décision du 18 novembre 2011 exposant ainsi le Conseil constitutionnel aux mêmes critiques que celles formulées à l'égard de la décision du 30 juillet 2010. C'est que la diplomatie est l'art de traiter des affaires des puissants avec une adresse qui profite d'abord au diplomate. Le contrôle de constitutionnalité, au contraire, aurait vocation à garantir, à chaque citoyen, le respect par le pouvoir du moment d'une norme intangible. Le praticien ne peut

que regretter qu'en l'espèce, le juge suprême y ait trouvé le moyen d'esquiver les difficultés avec la souplesse du danseur de tango.

II.- UNE DÉFENSE SUSPECTE : SUR LE REFUS D'ACCORDER AU GARDE À VUE LA VASTE GAMME D'INTERVENTION D'UN CONSEIL

24. Faute d'assurer au gardé à vue la vaste gamme d'interventions d'un conseil définie par la jurisprudence européenne, la réforme du 14 avril 2011 avait fait l'objet de nombreuses critiques relayées devant le Conseil constitutionnel par les requérants. Or, le Conseil constitutionnel balaye l'ensemble de ces critiques considérant que les restrictions apportées à l'intervention de l'avocat (A) comme les atteintes à son indépendance (B) sont nécessaires au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions.

A.- La défense tolérée : restrictions à l'intervention de l'avocat

25. Inspirées notamment de la jurisprudence européenne, les questions prioritaires de constitutionnalité transmises au Conseil faisaient grief à la loi du 14 avril 2011 d'interdire à l'avocat d'exercer la « vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil » (CEDH, 13 oct. 2009, aff. 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*, § 32, D. 2009, p. 2897, note Renucci J.-F., AJ Pén. 2010, p. 27, étude Saas C., Rev. sc. crim. 2010, p. 23 1, obs. Roets D. : « 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 »). Ainsi, il était rappelé que la durée limitée d'entretien à 30 minutes, la prévision d'un délai légal de prévenance pour la première audition seulement et l'absence de l'avocat aux actes autres que les interrogatoires et confrontations, c'est-à-dire pour les perquisitions et transports, étaient incompatibles avec la mission d'assistance et de conseil de l'avocat. Surtout, il était rappelé que l'accès de l'avocat aux seules pièces visées par l'article 63-4-1 du Code de procédure pénale excluait que ce dernier puisse exercer une véritable mission de conseil (Chrénassia C., Le charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011, préc., n°s 46 et 47.).

26. Le Conseil constitutionnel répond en deux temps à ces griefs. En premier lieu, le Conseil pose pour principe que « dès lors que la garde à vue n'est pas menée dans une phase juridictionnelle de la procédure pénale, il n'y a pas lieu de respecter les principes de l'égalité des armes et du contradictoire » (Bachelet O., Droits de la défense et

droit à un procès équitable (Article 16 DDHC) : conformité sous une réserve des nouvelles dispositions relatives à la garde à vue de droit commun, Actualité droits-Libertés du 22 novembre 2011, CREDHO - Paris Sud). En second lieu, le Conseil considère que pour chacun des griefs précités, les dispositions contestées assurent « *entre le respect des droits de la défense et l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée* ».

27. Cette position s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence traditionnelle du Conseil constitutionnel. Ainsi sur le premier point, c'est-à-dire la distinction opérée entre le respect des droits de la défense et les exigences du procès équitable, il a déjà été décidé que le principe du contradictoire n'est le corollaire du respect des droits de la défense que devant le juge ou dans une procédure qui conduit au prononcé d'une sanction ayant le caractère d'une punition (cf. commentaire de la décision disponible sur le site du Conseil constitutionnel, p. 15 et s.). Sur le second point, il convient de relever que « *la recherche des auteurs d'infractions* » avait déjà été érigée en « *objectif à valeur constitutionnelle* » (cf., notamment, Cons. const., 16 juill. 1996, déc. n° 96-377 DC; Cons. const., 19 janv. 2006, déc. n° 2005-532 DC. Et plus généralement : Luchaire F., Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnel, RDF const. 2005, p. 675).

28. Du point de vue de la cohérence interne de cette position, deux critiques distinctes peuvent être formulées. Il y a d'abord une faiblesse à considérer que les droits de la défense présentent un caractère d'autonomie marqué par rapport aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes et que ceux-ci sont « *hors sujet* » au stade du placement en garde à vue pour apprécier ensuite et au cas par cas la pertinence de chaque grief. Si les griefs formulés par les requérants sont inopérants, c'est-à-dire impropres à produire aucun effet, il était inutile de procéder à leur examen.

29. En vérité, et c'est la seconde critique, l'argument prouve trop ou pas assez au regard de la décision du 30 juillet 2010. On se souvient que le Conseil constitutionnel s'était attaché à caractériser les changements de circonstances pour exercer son contrôle et notamment le fait que la garde à vue est devenue « *la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause*. » (Cons. const., déc. n° 2010-14/22, 30 juill. 2010, préc., considérant 16). Or, ces considérations n'ont pas varié, au contraire, la part des informations judiciaires est toujours aussi

congrue et le développement des modes alternatifs de règlement des conflits sous l'impulsion du Ministère public n'a pas connu de coup d'arrêt. Faut-il donc relire la décision du 30 juillet 2010 à l'aune de celle du 18 novembre 2011 et interpréter en conséquence la réforme du 14 avril 2011 ? Dans ce cas, toute discussion relative aux critères de déclenchement de la mesure de garde à vue ou à son déroulement risque d'apparaître vaine dès lors que la contradiction et l'égalité des armes seraient exclues de cette phase d'enquête. Sous cet angle, les prérogatives concédées à l'avocat, et notamment l'accès aux procès-verbaux de notification de placement en garde à vue, d'auditions du gardé à vue et les certificats médicaux, apparaissent comme une concession formelle à l'air du temps mais sans aucun intérêt du point de vue de la défense. La crainte exprimée par certains commentateurs de la loi serait ainsi vérifiée (Rassat M.-L., À remettre sur le métier - Des insuffisances de la réforme de la garde à vue, JCP C 2011, 632; Chavent-Leclere A.-S., La Garde à vue est morte, vive la garde à vue ! À propos de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, Procédures n° 6, juin 2011, étude 7, pt. 12).

Il est vrai qu'en ces temps de période électorale où la sécurité du citoyen est revendiquée par beaucoup... les droits de la défense ne font pas recette.

30. Surtout, cette position apparaît incompatible avec la jurisprudence européenne qui ne connaît pas ce cloisonnement étanche des droits de la défense, d'une part, et du contradictoire et de l'égalité des armes, d'autre part. En d'autres termes, le droit à un procès équitable a vocation à s'appliquer à toutes les phases qui se déroulent avant la procédure de jugement (CEDH, 24 nov. 1993, aff. n° 13972/88, Imbroscia c/ Suisse; CEDH, 21 févr. 2008, aff. 18497/03, Ravon et a. c/ France, § 30) et ce droit implique notamment la possibilité pour l'avocat de consulter les pièces de la procédure (CEDH, 20 sept. 2011, aff. 17252/09, Sapan c/ Turquie, § 21). Une cour d'appel a d'ailleurs pris position en ce sens en annulant une garde à vue au cours de laquelle l'accès à l'intégralité des pièces de la procédure avait été refusé à l'avocat (CA Angers, 24 oct. 2011, n° 11/00403-A, Gaz. Pal., 8 nov. 2011, p. 9, note Bruneau L., 17737). Par ailleurs, la Cour de Strasbourg a également pris position en faveur de la présence de l'avocat lors d'un transport sur les lieux avec reconstitution des faits (CEDH, 29 juin 2010, aff.

12976/05, Karadag c/ Turquie, § 47; CEDH, 8 déc. 2009, aff. 9762/03, Savas c/ Turquie, § 67.). Enfin, et sur tous ces points, la décision du Conseil constitutionnel est inconciliable avec la proposition de directive du 8 juin 2011 (à titre d'information, cf. Comité économique et social européen, avis 28 nov. 2011).

31. Le Conseil constitutionnel a bâti une construction juridique dont on comprend l'opportunité mais dont on peut douter de la pérennité. Il est ainsi particulièrement périlleux de considérer que le fait que l'autorité judiciaire veille « *au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve et [apprécie] la valeur probante des déclarations faites le cas échéant par une personne gardée à vue hors la présence de son avocat* » constituerait une garantie suffisante au respect des droits du suspect. C'est qu'il est difficile dans l'ordre interne de concilier cette pétition de principe avec l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui interdit de fonder une condamnation pénale « *sur le seul fondement de déclarations [que la personne entendue] a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assisté par lui* » et dans l'ordre international avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (CEDH, 27 nov. 2008, aff. 36391/02, Salduz c/ Turquie § 55. Cf. également, Bachelet O., QPC « Garde à vue II » : de l'effectivité à la facticité du droit à l'assistance d'un avocat, préc., p. 18.). Les syndicats de police l'ont bien compris qui, pour la plupart d'entre eux, se sont félicités bruyamment, de ce qui représente une atteinte significative à l'égalité des armes. Il est vrai qu'en ces temps de période électorale où la sécurité du citoyen est revendiquée par beaucoup - les droits de la défense ne font pas recette.

B.- La défense menacée : des atteintes à l'indépendance de l'avocat

32. En premier lieu, le Conseil constitutionnel considère que les possibilités de report de la présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations ne portent pas atteinte aux droits de la défense dans la mesure où ledit report n'est possible que « *sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, pour une durée de douze heures ; que cette durée peut être portée à vingt-quatre heures sur autorisation du juge des libertés et de la détention (...); que la possibilité d'un tel report n'est prévue qu'à titre exceptionnel, lorsque cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves,*

soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes ; que la restriction ainsi apportée au principe selon lequel la personne gardée à vue ne peut être entendue sans avoir pu bénéficier de l'assistance effective d'un avocat est placée sous le contrôle des juridictions pénales saisies des poursuites » (considérant n° 31.).

33. Cette position pose à l'évidence une difficulté structurelle dans la mesure où l'autorité judiciaire chargée de garantir les droits du suspect est, pour le Conseil constitutionnel, la même autorité que celle chargée des poursuites, c'est-à-dire le Ministère public. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à maintes reprises que le Procureur de la République ne saurait être considérée comme une autorité judiciaire (Ghrénassia C., Le charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011, préc., n°s 32 et s.) non seulement parce qu'il n'est pas indépendant du pouvoir exécutif mais surtout parce que le ministère public est la « partie poursuivante au procès pénal, adversaire naturel de la personne poursuivie, et qu'il est donc paradoxal d'investir du contrôle de la recherche des preuves une partie intéressée à la cause » (Rassat M-L., À remettre sur le métier - Des insuffisances de la réforme de la garde à vue, préc. ; Matsopoulou H., Une réforme inachevée - À propos de la loi du 14 avril 2011, JCP G 2011, 542).

34. En second lieu, grief était tiré de ce qu'aux termes de la loi du 14 avril 2011, l'officier ou agent de police peut « s'opposer à des questions si celles-ci semblent de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête » (C. pr. pén., art. 63-4), la loi indiquant par ailleurs que « l'officier ou l'agent de police judiciaire peut à tout moment, en cas de difficulté, mettre un terme à l'acte en cours et en aviser immédiatement le procureur de la République qui informe, s'il y a lieu, le bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat » (C. pr. pén., art. 63-4-3, § 1).

35. C'est de la manière la plus laconique que le Conseil constitutionnel affirme « que ces dispositions ne méconnaissent ni les droits de la défense ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit » (considérant n° 35.). Un commentateur a pu considérer que cette position destinée à empêcher que l'avocat ne mette en péril le bon déroulement de l'enquête par son obstruction ou son inertie pouvait trouver une assise dans la jurisprudence de la chambre criminelle relative au changement d'avocat en cours de procès (Pradel J., La loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue réussit son examen de passage devant le Conseil constitutionnel, JCP G 2011, 1452, p. 4.). Or les

jurisprudences citées ne concernent que des hypothèses où le changement d'avocat ne résultait pas d'une décision de l'autorité de poursuite et n'avait donné lieu à aucune réclamation (Cass. crim., 31 janv. 1974, n° 73-93.333, Bull. crim., n° 51 ; Cass. crim., 10 janv. 1990, n° 89-84.168, Bull. crim., n° 17).

36. Or, certains des requérants faisaient valoir, à plus juste titre, que le Conseil constitutionnel avait déjà censuré semblable pouvoir de révocation qu'une loi de 1981 avait entendu conférer aux présidents d'audience à titre de mesure de police, constatant que dans ces hypothèses où il n'est pas même possible de reprocher à un avocat un manquement à ses devoirs, l'atteinte portée aux droits de la défense n'est pas conforme à la Constitution (Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC : si cette mesure « avait le caractère d'une simple mesure de police (...) 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 » ; Ghrénassia C., Le

« Garde à vue I »
entendait donc lutter
contre les abus de cet
ancien régime. « Garde
à vue II » rappelle qu'il
ne s'agit pas d'y mettre
un terme.

charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011, préc., n°s 55 et s.). Ainsi, la décision du Conseil constitutionnel ne peut que heurter, tant du point de vue du fond que de la forme, le praticien. Une motivation moins lapidaire aurait pu permettre au commentateur de ne pas voir dans ce retrait du Conseil constitutionnel un inquiétant écho aux déclarations anachroniques de quelques syndicats de police (Le Point, Les syndicats de police satisfaits de la décision des Sages, 18 nov. 2011. Synergie indique ainsi que les policiers ne sauraient être « placés dans une situation comparable à celle des avocats qui ne sont (...) que des auxiliaires de justice en exercice libéral »).

37. En validant sous une seule réserve d'interprétation l'ensemble du dispositif mis en place par la réforme de la garde à vue, le Conseil constitutionnel revient, à contrecourant des juges de Strasbourg

et de la Commission européenne, aux origines de la garde à vue à la française. Partant, le Conseil constitutionnel, plus vraisemblablement inspiré par des considérations d'opportunité politique que d'orthodoxie constitutionnelle, abandonne l'audace relative de ses premières décisions.

38. Les Sages ont ainsi fait prévaloir la pratique de 1897 sur l'inspiration de 1789 en faisant de la garde à vue un « lieu d'enquête » à l'abri du contradictoire et de l'égalité des armes comme on consacrerait des autels au rituel du sacrifice, à l'apparition d'un oracle ou plus prosaïquement à la manifestation de la vérité. Pour ne plus avoir respecté ce lieu, pour avoir banalisé le recours à cette mesure, l'ancien régime de la garde à vue a été censuré le 30 juillet 2010. « Garde à vue I » entendait donc lutter contre les abus de cet ancien régime. « Garde à vue II » rappelle qu'il ne s'agit pas d'y mettre un terme. Qu'il ait fallu plus d'un an pour aller de l'un à l'autre laisse perplexe. Qu'il faille désormais se tourner vers Strasbourg et Bruxelles pour espérer une approche plus moderne de cette phase d'enquête laisse songeur.

39. De ce point de vue, la jurisprudence européenne apparaît plus fidèle à l'inspiration des constituants français que le Conseil constitutionnel dans la mesure où ceux-ci ne distinguaient pas avec l'indépassable rigueur de celui-là, la phase policière de la phase juridictionnelle d'abord, la contrainte de l'accusation ensuite, l'accusation de la défense enfin (à titre d'exemple, Condorcet écrit, dans le cadre de son projet d'article relatif à la sûreté des personnes : « Tout accusé jouira d'une liberté entière d'user de ses moyens naturels de défense, ce qui entraîne nécessairement la publicité de la procédure, la liberté de se choisir des conseils, de conférer avec eux dans tout le cours de l'instruction, d'avoir communication pour soi et pour ses conseils, de tous les actes de la procédure, et de pouvoir faire entendre des témoins en sa faveur »). Le Conseil constitutionnel opère, à cette occasion, un singulier rapprochement entre les droits de la défense garantis par la Déclaration des droits de l'homme et l'objectif à valeur constitutionnelle de « recherche des auteurs d'infraction » qu'il tire, pour partie au moins, de l'article 14 du Code de procédure pénale. Singulier rapprochement, regrettable référence, qui revient en quelque sorte à rappeler Fouché au chevet de la Révolution, à reprendre l'exégèse de la Déclaration des droits de l'homme par un relevé d'empreintes dactyloscopiques, à livrer Marianne au bras du Léviathan. ♦