

Objet: Contrôle de l'accusé

L'avocat doit être la
suspicion et non la contrainte

Conclusions visées le: 1/6/11
Le Président

Le Greffier

A Mesdames et Messieurs les Président
et Juges composant la 23^{ème} chambre
du Tribunal de grande instance de Paris

Aff. 111 5230148
Audience du 1^{er} juin 2011

CONCLUSIONS PORTANT

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

POUR: Jean - François NENDY
70, rue des Saussaies
75116 Paris 8^{ème}

Ayant pour avocat : Frédéric Estrillard
12 rue de Tilsitt
75008 Paris
5021

Avocat à la Cour
Demeurant

Toque :

CONTRE:

Le Ministère Public



PLAISE AU TRIBUNAL

1. Les présentes conclusions ont pour objet de soulever le moyen tiré de ce que certains des articles du Code de procédure pénale dont il a été fait application au cas d'espèce pendant la garde à vue du concluant, portent atteinte à des droits et à des 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 droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre du droit des parties.

2. Au vu de ces dispositions, il est demandé au Tribunal de céans de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité suivante (la question porte uniquement sur les articles cochés – le texte des articles est fourni en pièce n° 1) :

« Les articles :

- 62 du Code de procédure pénale
- ~~63-4-1 du Code de procédure pénale~~
- ~~63-4-2 du Code de procédure pénale~~
- ~~63-4-3 du Code de procédure pénale~~
- ~~63-4-4 du Code de procédure pénale~~
- ~~63-4-5 du Code de procédure pénale~~

portent-ils 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 droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre du droit des parties tels que ces droits et libertés sont garantis par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (principes du respect des droits de la défense, et du droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre du droit des parties), 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) ? ».

3. Si ces dispositions étaient, comme le concluant le demande, déclarées inconstitutionnelles, notamment en ce qu'elles ne garantissent pas l'exercice des droits de la défense, la garde à vue devrait être considérée comme s'étant déroulée dans des conditions attentatoires aux droits de la défense, et irrégulières.

4. Tous les actes accomplis pendant cette garde à vue, et, en particulier, les interrogatoires, devraient être annulés et les poursuites exercées au vu de l'enquête accomplie dans des conditions inconstitutionnelles devraient être elles-mêmes annulées.

5. La question posée devra recevoir une réponse affirmative de la part du Conseil constitutionnel dans la mesure où les articles du Code de procédure pénale cantonnent l'avocat du gardé à vue dans un rôle limité qui ne lui permettent pas d'exercer l'étendue des prérogatives nécessaires à assurer le respect des droits et libertés reconnus par la Constitution.

6. Il est ainsi soutenu que (**le présent mémoire porte sur les sujets cochés**) :

- L'avocat doit avoir accès au dossier en garde à vue.** Si, dans des circonstances réellement exceptionnelles (et non pas par le truchement d'un imprimé préétabli), il pourrait être concevable que certaines informations soient gardées secrètes (par exemple, le nom d'un policier infiltré), tel ne peut pas être le principe. Or c'est précisément ce que fait la loi du 14 avril 2011 en prévoyant, sans exception, un corpus extrêmement limité de documents auxquels l'avocat peut avoir accès. Ces dispositions constituent une atteinte, notamment, aux principes constitutionnellement reconnus de l'effectivité des droits de la défense et de l'équilibre entre l'accusation et la défense.
- L'avocat doit être présent dès lors qu'un suspect est entendu :** la loi reconnaît la nécessité d'un avocat pour des déclarations aux services de police dès lors que la personne est en garde à vue, c'est-à-dire que la personne est retenue « *sous la contrainte à la disposition des enquêteurs* ». En réalité, les exigences du procès équitable requièrent que l'avocat doive être présent dès lors que la personne entendue est soupçonnée d'avoir commis un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement.
- L'avocat doit être présent aux actes de procédure autres que les auditions et confrontations (notamment les perquisitions) :** la loi ne prévoit pour l'instant la présence de l'avocat qu'aux auditions et confrontations et ne prévoit pas l'accès à l'avocat, notamment, pour les perquisitions effectuées au cours de la garde à vue. Les exigences constitutionnelles des droits de la défense paraissent notamment s'y opposer.
- L'effectivité de la défense au cours des interrogatoires doit être assurée :** la loi prévoit que l'officier de police peut s'opposer aux questions de l'avocat et même décider de mettre fin à l'audition en cas de difficulté et saisir le Procureur de la République aux fins de désignation d'un nouvel avocat.
- La détermination du calendrier d'auditions par les services de police doit être encadrée :** il n'est pour le moment prévu aucune limite, autre que le bon vouloir des services de police, aux pouvoirs desdits services en matière de détermination des calendriers d'interrogatoires du gardé à vue.

PRESENTATION

7. La personne poursuivie, concluante, a fait l'objet d'une garde à vue sous le régime de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, entrée en vigueur le 1^{er} juin.

8. Or, les modalités de la garde à vue du concluant ont porté atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, en ce que (**les cas applicables ont été cochés**) :

en application de l'article 62 du Code de procédure pénale, l'accès à l'avocat n'a pas été proposé alors que le concluant été librement entendu tandis que des raisons plausibles de soupçonner qu'il avait commis ou tenté de commettre une infraction ;

en application de l'article 63-4-1 du Code de procédure pénale, l'avocat en garde à vue s'est vu limiter l'accès au dossier à un nombre restreint de pièces ne le mettant pas en mesure d'effectuer la mission de défense qui lui est constitutionnellement imposée ;

en application des articles 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale, l'avocat du gardé à vue s'est vu refuser l'accès à d'autres actes de procédure que les interrogatoires et confrontations ;

en application de l'article 63-4-3 du Code de procédure pénale, le calendrier d'auditions du gardé à vue a été déterminé au seul bon vouloir des services de police,

○ sans qu'il soit attesté d'un délai raisonnable de prévenance de l'avocat :

_____, et
Justification

○ avec un calendrier d'auditions qui n'a pas respecté la dignité de la personne humaine.

_____,
Justification

en application de l'article 63-4-3 du Code de procédure pénale, les auditions et confrontations ont été réalisées sans qu'il soit possible pour l'avocat d'intervenir ou de poser des questions à la personne gardée à vue en cours d'interrogatoire ou de confrontation, et dans la crainte qu'à la moindre « difficulté », l'officier de police puisse y mettre fin.

9. L'objet du présent mémoire est de demander au Tribunal de céans de transmettre à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions législatives organisant les modalités de garde à vue critiquées, soit les dispositions citées en face des cases ayant été cochées au paragraphe précédent.

10. Il sera ici démontré que les **conditions de la transmission** de cette question sont ici réunies **(I)**, et qu'il existe des moyens sérieux de non-conformité des dispositions critiquées au regard des droits et libertés que la Constitution garantit **(II)**.

*

PLAN

Tout le mémoire est soutenu SAUF les parties pour lesquelles la case « Non soulevé » est cochée		
Non Soulevé	PARTIE	Page
	PARTIE I. DES CONDITIONS DE TRANSMISSION DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE OBJET DU PRESENT ECRIT	9
	I. <u>Compétence du Tribunal Correctionnel statuant en comparution immédiate</u>	9
	II. <u>Examen des conditions de fond de la transmissibilité de la question prioritaire de constitutionnalité</u>	11
	A. « La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites » (art. 23-2, 1°)	11
	B. La disposition contestée « n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances » (art. 23-2, 2°)	11
	C. La question prioritaire de constitutionnalité « est nouvelle ou présente un caractère sérieux » (art. 23-5, al. 3)	11
	PARTIE II. LES DISPOSITIONS CRITIQUEES PORTENT ATTEINTE A DES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTALES GARANTIES PAR LE BLOC CONSTITUTIONNEL.	13
	I. <u>Principes généraux au cœur de la discussion</u>	13
	A. Le rôle de défenseur de l'avocat	13
	1. <i>Principe constitutionnellement reconnu</i>	13
	2. <i>Droit conventionnel (à titre illustratif)</i>	14
	B. Principe de l'effectivité des droits	14
	1. <i>En droit constitutionnel : sauvegarde nécessaire du caractère effectif des droits de la défense</i>	14
	2. <i>En droit conventionnel : les droits de la défense, et notamment l'accès à l'avocat, doivent être effectifs et concrets (à titre illustratif)</i>	15

Tout le mémoire est soutenu SAUF les parties pour lesquelles la case « Non soulevé » est cochée		
Non Soulevé	PARTIE	Page
	(a) <u>Présence de l'avocat pour toute la durée de la garde à vue, et non seulement les interrogatoires</u>	15
	(b) <u>Rôle de l'avocat</u>	16
	C. Principe de proportionnalité de l'atteinte aux libertés fondamentales du fait de la garde à vue par rapport aux objectifs poursuivis	16
	1. <i>En droit constitutionnel : Principe de « rigueur nécessaire » ou de proportionnalité des atteintes aux droits de la défense</i>	16
	2. <i>Droit conventionnel : Principe de proportionnalité des atteintes aux droits de la défense (à titre illustratif)</i>	18
	D. Principe d'équilibre entre l'accusation et la défense	19
	1. <i>En droit constitutionnel : Principe d'équilibre entre les parties</i>	19
	2. <i>En droit conventionnel : Du principe du contradictoire au principe de l'égalité des armes (à titre illustratif)</i>	20
	II. <u>L'application de ces principes aux dispositions critiquées</u>	22
	A. <u>L'accès à l'avocat garanti à tous les suspects</u> : critique du nouvel alinéa 2 de l'article 62 du Code de procédure pénale tel que prévu par l'article 14 de la loi du 14 avril 2011	23
X	B. <u>L'accès par l'avocat au dossier de la procédure</u> : critique du nouvel articles 63-4-1 du Code de procédure pénale tels que prévus respectivement par l'article 8 de la loi du 14 avril 2011	24
X	1. <i>En droit constitutionnel</i>	24
X	2. <i>En droit conventionnel (à titre illustratif)</i>	26
X	(a) <u>Application du principe de l'égalité des armes</u>	27

Tout le mémoire est soutenu SAUF les parties pour lesquelles la case « Non soulevé » est cochée		
Non Soulevé	PARTIE	Page
X	(b) <u>Application des principes de l'avocat défenseur, de l'effectivité des droits et de la proportionnalité des atteintes aux droits de la défense</u>	30
X	C. <u>Détermination du calendrier d'auditions par les services de police : critique du nouvel article 63-4-2 du Code de procédure pénale tel que prévu par l'article 8 de la loi du 14 avril 2011</u>	31
X	1. <i>En droit Constitutionnel</i>	31
X	2. <i>En droit conventionnel (à titre illustratif)</i>	32
X	D. <u>L'assistance aux actes de procédure autres que les interrogatoires et confrontations : critique des nouveaux articles 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale (régime de la garde à vue) tels que prévus par les articles 8 et 9 de la loi du 14 avril 2011</u>	33
X	1. <i>En droit constitutionnel</i>	33
X	2. <i>En droit conventionnel (à titre illustratif)</i>	33
X	E. <u>Conduite de l'interrogatoire par l'officier de police judiciaire et rôle assigné à l'avocat : critique du nouvel article 63-4-3 du Code de procédure pénale tel que prévu par l'article 8 de la loi du 14 avril 2011</u>	35
X	1. <i>En droit constitutionnel</i>	35
X	2. <i>En droit conventionnel (à titre illustratif)</i>	36

PARTIE I. DES CONDITIONS DE TRANSMISSION DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE OBJET DU PRESENT ECRIT

11. L'article 61-1 de la Constitution dispose :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

12. L'article LO 771-2 du Code de l'organisation judiciaire, introduit par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, dispose :

« Article LO 771-2 – Le renvoi par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel obéit aux règles définies par les articles 23-4, 23-5 et 23-7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 [portant loi organique sur le Conseil constitutionnel] ».

13. Les articles de l'ordonnance du 7 novembre 1958 auxquels il est ainsi renvoyé subordonnent la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité à diverses conditions exposées ci-après.

I. Compétence du Tribunal Correctionnel statuant en comparution immédiate

14. Il n'est pas contestable que la procédure de jugement en comparution immédiate se prête à la transmission à la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité :

15. **D'une part**, les textes applicables à la matière (art. 61-1 de la Constitution et loi organique) n'excluent du champ de la question prioritaire de constitutionnalité que le jugement d'un accusé aux assises, et aucun autre mode de jugement d'une personne poursuivie pénalement. La procédure est par ailleurs aménagée (sans être fermée) lorsque la question surgit au stade de l'instruction.

L'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dispose ainsi que :

« Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.

Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis.

Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie.

Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation ».

16. La procédure de comparution immédiate entre donc bien dans le champ d'application de cette réforme.

17. L'article LO 630 du Code de procédure pénale *nouveau* tel qu'il résulte de la loi organique du 10 décembre 2009 est dépourvu d'équivoque à cet égard puisqu'il renvoie à l'article 23-1 précité, sans ménager d'exception pour la comparution immédiate :

« Les conditions dans lesquelles le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé dans une instance pénale, ainsi que les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel peut être saisi par la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité, obéissent aux règles définies par les articles 23-1 à 23-7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».

18. **D'autre part** et en tout état de cause, le fait de poser pareille question en procédure de comparution immédiate n'a, en soi, pas d'effet dilatoire et ne contredit en rien la célérité voulue, avec ce type de procédure, par le législateur.

19. En effet, si, de droit commun, il est de principe que la juridiction à laquelle il est demandé de transmettre la question prioritaire doit surseoir à statuer dans l'attente de la réponse, en matière pénale, la loi organique a précisé que le sursis à statuer était au contraire interdit « lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance » et « lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté » (art. 23-3, alinéa 2).

20. Dans le même esprit, le législateur organique a permis au juge de ne pas surseoir à statuer dans les cas où la question serait posée devant une juridiction pour laquelle « *la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence* » (23-3, alinéa 3).

21. L'article 23-3, alinéa 3, de la loi organique dispose qu'alors, « La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité ».

22. La procédure de comparution immédiate s'inscrit dans le cadre de cette prévision, puisque l'article 397-1 du Code de procédure pénale prévoit des délais de jugement, de sorte qu'en cette matière, le juge peut ne pas surseoir à statuer, s'il craint un effet dilatoire.

II. Examen des conditions de fond de la transmissibilité de la question prioritaire de constitutionnalité

23. Les conditions de fond de la transmission par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité sont exposées à l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dispose en son troisième alinéa :

« Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. »

24. L'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, auquel il est renvoyé, dispose :

« La juridiction [de degré inférieur aux juges de la cassation] statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; (...) »

25. La lecture combinée de ces articles permet d'affirmer qu'il est procédé à transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité si les conditions ci-après sont remplies :

A. « La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites » (art. 23-2, 1°)

26. Les dispositions dont la conformité est contestée en l'espèce sont bien « *applicables au litige ou à la procédure* », puisque la personne concluante a été placée en garde à vue, une garde à vue régie, notamment, par les articles du Code de procédure pénale contestés.

27. L'on peut même considérer, surabondamment, que ces articles « *constituent le fondement des poursuites* » car, si ces articles ne sont pas un texte de fond, visé par l'acte de poursuite, c'est en revanche sur le fondement de ce texte que les poursuites ont pu être exercées, puisque c'est par application de ces articles du Code de procédure pénale que la personne en cause a pu être appréhendée, avant d'être déférée au Parquet puis poursuivie.

28. Il est en tout cas certain que, si les articles du Code de procédure pénale contestés devaient être déclarés non conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, tous les actes de la garde à vue pratiquée conformément à ces articles devraient être annulés ; les poursuites engagées au vu de cette enquête nulle, ayant gravement porté atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et, en particulier, aux droits de la défense, devraient elles-mêmes être annulées.

B. La disposition contestée « n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances » (art. 23-2, 2°)

29. Il faut, en d'autres termes, que la question n'ait pas déjà été réglée par le Conseil, que ce soit dans le cadre de son contrôle *a priori* ou de son contrôle *a posteriori*.

30. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque les dispositions attaquées sont prévues par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, qui n'a fait l'objet d'aucun contrôle du Conseil constitutionnel, ni *a priori*, ni *a posteriori*.

31. En conséquence, cette deuxième condition de fond est remplie.

C. La question prioritaire de constitutionnalité « est nouvelle ou présente un caractère sérieux » (art. 23-5, al. 3)

32. Comme vu précédemment, les dispositions attaquées sont prévues par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, qui n'a fait l'objet d'aucun contrôle du Conseil constitutionnel, ni *a priori*, ni *a posteriori*. La question objet du présent mémoire est donc sans nul doute nouvelle, ce qui suffit à remplir cette troisième condition de fond.

33. Pour surplus toutefois, il n'est pas inutile de démontrer que la question dont il est ici demandé transmission au Conseil constitutionnel « présente un caractère sérieux ».

34. Comme l'explique le commentaire de la décision de validation de la loi organique du 10 décembre 2009 paru aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, la condition « vise à écarter les questions fantaisistes ou à but dilatoire » (Cahiers n° 28, p. 6, dernier alinéa).

35. En l'espèce, la question n'est pas dépourvue de sérieux, ainsi qu'en attestent les nombreux arguments et moyens développés *infra* qui permettent de considérer qu'il a été ou serait gravement porté atteinte à des droits constitutionnellement garantis par les dispositions législatives critiquées.

36. Les trois conditions posées par la loi organique étant réunies en l'espèce, il y a lieu de transmettre à la Cour de cassation la question de savoir si les articles 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

PARTIE II. LES DISPOSITIONS CRITIQUÉES PORTENT ATTEINTE A DES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTALES GARANTIES PAR LE BLOC CONSTITUTIONNEL.

37. Afin qu'aucun doute ne puisse être permis, il est expressément précisé que les considérations ci-dessous exposées concernant le droit conventionnel ne sont données qu'à titre informatif. Elles viennent simplement illustrer que les principes constitutionnels évoqués aux présentes sont si fondamentaux qu'on en trouve une application similaire à un niveau international.

I. Principes généraux au cœur de la discussion

A. Le rôle de défenseur de l'avocat

1. Principe constitutionnellement reconnu

38. L'avocat est 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.

39. Cette fonction est constitutionnellement garantie, depuis la décision *Sécurité et liberté* du Conseil constitutionnel (Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC).

40. La revue de constitutionnalité y portait notamment sur l'article suivant de la loi : « 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 » (Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, § 52).

41. 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 ».

42. Le droit d'être assisté d'un avocat est ainsi constitutionnellement garanti, et apparaît dès l'article préliminaire du Code de procédure pénale :

« [Toute personne suspectée ou poursuivie] a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur ».

2. Droit conventionnel (à titre illustratif)

43. La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (abrégé ci-après en « Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme » ou « Convention Européenne ») dispose que : « *tout accusé a droit notamment à (...) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* » (art. 6§3c).

44. Dans ce contexte, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après « Cour Européenne » ou « CEDH ») affirmé que « le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable » (CEDH, Poitrimol c. France, 23 novembre 1993, § 34, série A no 277 A ; CEDH, Demebukov c. Bulgarie, no 68020/01, § 50, 28 février 2008).

B. Principe de l'effectivité des droits

1. En droit constitutionnel : sauvegarde nécessaire du caractère effectif des droits de la défense

45. 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 : Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127, *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 : Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535, § 24).

46. Le Conseil précise constamment que le **droit du gardé à vue de s'entretenir avec un avocat est 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 » (Cons. const., 20 janvier 1994, n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, § 18 ; et dans le même sens : Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC , *relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, § 31 ; Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, *Loi modifiant la loi portant réforme de la procédure pénale*, § 12).*

47. Ce droit d'entretien du gardé à vue avec l'avocat, qui est ainsi constitutionnellement garanti, doit s'entendre d'un **droit effectif**. Le Conseil a eu l'occasion de le préciser lorsqu'elle a déclaré l'ancien régime de la garde à vue comme étant inconstitutionnel, au motif notamment que l'ancien article 63-4 du Code de procédure pénale : « *ne permet[tait]*

57. L'article 66 de la Constitution dispose que : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* », et l'article 9 de la Déclaration de 1789 : « *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* ». Le Conseil constitutionnel a pu dégager de ces dispositions constitutionnelles **le principe dit de « rigueur nécessaire »**. Par le biais de ce principe, le Conseil opère un « *contrôle de proportionnalité entre la gravité des mesures portant atteinte à la liberté individuelle et les objectifs qui motivent ces atteintes* » : « *s'agissant de la garde à vue* », peut-il être énoncé dans les cahiers constitutionnels, « *le contrôle de la rigueur nécessaire est le principe cardinal de contrôle* », par lequel le Conseil examine « *si, au regard des objectifs poursuivis, les atteintes portées aux droits de la défense ne sont pas excessives* » (sur cette dernière phrase, cf Cahiers constit., n° 30, Commentaire de la décision n° 2010-14/22 QPC – juillet 2010, II.D.3., §1).

En d'autres termes, le Conseil constitutionnel examine si **les atteintes aux libertés individuelles sont en adéquation avec un but légitime, nécessaires et proportionnées au regard de ce but**.

58. L'exigence de proportionnalité précitée a ainsi été rappelée 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).

59. Cette exigence avait été déjà été détaillée lors de l'examen de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité :

« 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 » (Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492, § 3 – 6).

60. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs considéré que **cette exigence de proportionnalité implique 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 préservés dès le début de la procédure afin que soit préservé son caractère juste et équitable**. 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).

61. 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 les droits de la défense soient effectifs dès le début de la procédure, et toute atteinte aux droits de la défense doit être proportionnée et nécessaire afin de préserver l'équilibre entre l'accusation et la défense.**

2. *Droit conventionnel : Principe de proportionnalité des atteintes aux droits de la défense (à titre illustratif)*

62. La Cour Européenne développe des concepts similaires en recherchant généralement « si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde des droits de l'individu » (CEDH, 7 août 1996, Zubani c/ Italie, §50, relatif à une affaire d'expropriation).

63. Ce principe de proportionnalité, même lorsqu'il n'y est pas explicitement fait référence par la Cour, est toujours au cœur de l'analyse des violations potentielles des libertés fondamentales et des principes en découlant. En particulier, il est manifeste que **ce principe**

est au cœur de l'analyse de la Cour en ce qui concerne les atteintes portées à l'accès à l'avocat : « *Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6* » de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Salduz, précit., § 55).

D. Principe d'équilibre entre l'accusation et la défense

1. En droit constitutionnel : Principe d'équilibre entre les parties

64. En exergue du Code de procédure pénale, en la première phrase de son article préliminaire, figurent deux principes qui ont en réalité une valeur constitutionnelle :

« La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. »

65. Le Conseil constitutionnel a en effet eu l'occasion de déduire du principe du respect des droits de la défense le **principe de l'équilibre entre les parties au procès**, accusation et défense :

« Considérant que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ; » (Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC)

Ce principe a été récemment rappelé par le Conseil constitutionnel :

« Considérant qu'en vertu de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ; qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ; que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ; qu'en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle ; » (Cons. const., 2 févr. 1995, n° 95-360 DC, §5)

66. Ce principe trouve son écho dans le **principe du contradictoire**, et reconnu par le Conseil constitutionnel comme norme constitutionnelle, par deux fois au moins en matière fiscale :

« Le principe des droits de la défense non plus que le principe du caractère contradictoire de la procédure suivie devant le juge de l'impôt qui en est le corollaire n'interdisent au législateur d'instituer une procédure permettant à l'administration fiscale, sous réserve, dès lors qu'il y a remise en cause de la prescription, d'y être

autorisée par le juge, de rectifier une erreur non substantielle commise par elle et qui, comme le précise le texte contesté, " n'a pas porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne " » (89-268 DC, 29 décembre 1989, Journal officiel du 30 décembre 1989, p. 16498, cons. 58, Rec. p. 110) ;

« Rien dans le texte de l'article de la loi de finances qui prévoit que l'administration fiscale peut être autorisée par le juge à rectifier les erreurs non substantielles qu'elle a commises ne permet d'inférer que le législateur a entendu déroger au principe du caractère contradictoire de la procédure, non plus qu'à l'exercice par le contribuable des voies de recours ouvertes par les lois et règlements. » (89-268 DC, 29 décembre 1989, Journal officiel du 30 décembre 1989, p. 16498, cons. 60, Rec. p. 110).

67. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel reconnaît comme norme constitutionnelle **l'équilibre entre les parties au cours de la procédure pénale, manifesté notamment par l'examen contradictoire des causes**. Ces principes impliquent nécessairement que les parties aient échangé en principe les éléments dont elles disposent, sauf cas exceptionnel : on n'ose dire, puisque le terme relève du droit conventionnel (cf ci-dessous), que ces principes impliquent nécessairement **l'égalité des armes entre les parties**.

2. *En droit conventionnel : Du principe du contradictoire au principe de l'égalité des armes (à titre illustratif)*

68. Le droit conventionnel européen reconnaît, lui aussi, le **principe du contradictoire**, « principe fondamental du procès équitable », qui « implique (...) le droit pour les parties au procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter » (CEDH, Niderhörst Huber c/ Suisse, 18 févr. 1997, Rec., 1997, 101, §§ 24,30).

69. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a par ailleurs reconnu le **principe de l'égalité des armes**, aspect de la notion plus large de procès équitable (Delcour c/ Belgique, 17 janvier 1970, A. 11 ; Borgers c/ Belgique, 30 oct. 1991, A. 214). Elle le définit ainsi :

« Le principe de l'égalité des armes – l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable – requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. » (Niederöst-Hüber c/ Suisse, précit., §23)

70. Ces deux principes sont applicables à la communication du dossier. Dans l'épure doctrinale, l'égalité des armes vise le cas où le défaut de communication d'une pièce vise une partie alors que l'autre y a eu accès, tandis que le principe du contradictoire vise le cas où aucune des parties n'en a eu connaissance, mais **la doctrine note une certaine perméabilité entre les deux concepts**, parfois utilisés par la Cour de manière relativement indifférente (F. Sudre et alii, Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 3^{ème} éd., nov. 2005, pp. 291-294).

71. Les concepts européens sont ainsi proches des concepts français. Notons pour mémoire, à cet égard, que le principe du contradictoire, on l'a vu, est un principe constitutionnel, et que le principe de l'égalité des armes a déjà été introduit dans l'ordre

interne par une décision de la Cour de cassation, prise, il est vrai, sur le fondement d'une revue conventionnelle.

*« Le principe de l'égalité des armes tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, impose que les parties au procès pénal **disposent des mêmes droits** » (à propos des voies de recours, cf. Cass. Crim., le 17 septembre 2008, BC n° 188).*

*

*

*

II. L'application de ces principes aux dispositions critiquées

72. Les dispositions législatives critiquées portent atteinte aux principes constitutionnels ci-dessus exposés. Les critiques formulées à l'égard des dispositions attaquées seront placés en exergue de chaque partie – ici encore, **les éléments de droit conventionnel sont donnés à titre purement illustratif.**

73. **Les moyens pour lesquels le présent mémoire porte une question prioritaire de constitutionnalité sont ceux pour lesquels la case « *Moyen relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal* » est cochée.** Les autres moyens sont donnés pour information et peuvent être ignorés.

*

*

*

X Moyen relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

Développement non relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

A. L'accès à l'avocat garanti à tous les suspects : critique du nouvel alinéa 2 de l'article 62 du Code de procédure pénale tel que prévu par l'article 14 de la loi du 14 avril 2011

74. Il existe une première difficulté quant au champ même d'application de la loi. Celle-ci a voulu, à juste titre, étendre le droit à l'assistance d'un avocat dans les commissariats de la police et de la gendarmerie, mais, précise-t-elle, uniquement lorsque le suspect est placé en garde à vue, c'est-à-dire lorsqu'il est maintenu « *sous la contrainte à la disposition des enquêteurs* » (art. 62, al. 2 nouveau du Code de procédure pénale).

75. Or, 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 qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction.**

76. 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 concordant 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.

77. Ce qui commande ce droit n'est donc pas l'exercice d'une coercition (détention provisoire ou contrainte judiciaire), mais l'existence d'indices graves et concordants de culpabilité.

78. Il doit en aller de même dans le cadre d'une enquête préliminaire. Ce qui doit commander l'intervention de l'avocat, c'est le soupçon, et non la seule coercition.

79. Ainsi, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a clairement jugé, dans son arrêt *Salduz* que « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment « concret et effectif », il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit* » (§ 55).

80. Et le droit à un procès équitable, qui est garanti par la Constitution (Cons. Const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC – Cons. Constit., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC), ne saurait être moins protecteur des droits individuels que la Convention européenne.

81. Le nouvel article 62, alinéa 2 du Code de procédure pénale introduit par la loi du 14 avril 2011 est donc contraire à la Constitution.

*

*

*

Moyen relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

Développement non relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

B. L'accès par l'avocat au dossier de la procédure : critique du nouvel articles 63-4-1 du Code de procédure pénale tels que prévus respectivement par l'article 8 de la loi du 14 avril 2011

1. En droit constitutionnel

82. Le Conseil constitutionnel a déduit notamment des principes évoqués ci-dessus en première partie, notamment celui du respect des droits de la défense, qu'aucune sanction ne saurait être infligée sans que la personne à qui elle est infligée soit mise en mesure de présenter ses observations et **avoir accès au dossier la concernant** (la décision portant sur la possibilité de retirer une autorisation administrative) :

« Considérant 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 le titulaire de l'autorisation 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 ; [disposition jugée contraire à la constitution] » (Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 29).

83. Pour mémoire, on ne saurait objecter que la « sanction » au sens de la décision précitée doit être considérée comme faisant référence à la sentence énoncée en phase de jugement : **la contrainte qu'exerce la garde à vue sur l'individu, privé de sa liberté d'aller et venir, constitue bien une « sanction » - nécessitant par là-même que soit consenti au gardé à vue, par l'intermédiaire de son avocat dans son rôle de défenseur, l'accès au dossier.**

84. Or l'article 8 de la loi du 14 avril 2011 introduit à compter du 1^{er} juin un nouvel article 63-4-1 du Code de procédure pénale, qui prévoit que l'avocat se verra refuser toutes les pièces utiles au dossier pour permettre une défense effective, pour ne se voir confier que trois éléments :

- le certificat médical, qui permet seul de s'assurer de l'aptitude médicale du gardé à vue à faire l'objet de cette mesure ;
- les procès-verbaux d'interrogatoire de la personne, qui par construction ne seront pas des éléments nouveaux pour l'avocat en garde à vue puisque la plupart du temps il y aura participé, et
- les procès-verbaux de placement en garde à vue et des droits y étant attachés, qui permettent simplement de s'assurer de la notification des droits au moment du placement en garde à vue.

85. En d'autres termes, seule une partie des documents permettant à l'avocat de véritablement mettre en œuvre son rôle de défenseur ne lui seront fournis : par exemple, il n'aura pas accès aux procès-verbaux des auditions de témoins ou de victimes, dont la connaissance

seule pourra permettre à l'avocat de guider le gardé à vue dans ses explications, afin qu'elles soient circonscrites en vue de sa défense. La connaissance seule de ces éléments pourra permettre à l'avocat d'assurer son rôle de défense, et d'auxiliaire de justice en vue de la manifestation de la vérité en ce qu'il mettra le gardé à vue en mesure de donner des explications utiles à l'enquête. S'il peut être exceptionnellement prévu que certains documents ne soient pas fournis à raison de leur sensibilité (e.g. risque exceptionnel de pression sur la victime), **il n'est pas compatible avec les exigences constitutionnelles, notamment les exigences d'effectivité des droits de la défense de la personne gardée à vue, que l'accès au dossier soit, par principe et de manière générale, limité aux quelques éléments qui sont énumérés par l'article 63-4-1 du Code de procédure pénal introduit par la loi du 14 avril 2011.**

86. Par ailleurs, cette disposition **atteint aussi le rôle de défenseur de l'avocat, constitutionnellement garanti.** De la même manière que le Conseil a constaté dans la décision *Sécurité et Liberté* qu'en excluant un avocat, on atteignait son client (voir §38 et seq. des présentes), il faut en l'espèce constater que le rôle de défenseur de l'avocat, constitutionnellement garanti, n'est pas respecté en ne lui donnant pas les moyens de remplir son rôle. Il faut imaginer, lors d'une audition, un client à qui l'on oppose des témoignages de témoins, qui se tourne vers l'avocat, et lui demande si le policier dit vrai. La situation est proprement intenable : l'avocat, auxiliaire de justice, ne peut pas confirmer les propos qui ont été tenus, ne peut en préciser le contexte ou le sens, en d'autres termes, ne peut effectivement jouer son rôle.

87. Cette disposition **atteint aussi le principe de rigueur nécessaire** dans l'atteinte portée aux droits de la défense. En effet, il reste à démontrer quel objectif général nécessite que, de manière générale, il soit dénié aux avocats l'accès à d'autres éléments que les informations parcellaires prévues par la loi du 14 avril 2011.

88. Enfin cette disposition atteint le principe constitutionnel d'une « *procédure juste et équitable garantissant l'équilibre entre les parties* », et son corollaire le principe du contradictoire. En effet, **l'équilibre n'est pas respecté lorsque l'accusation**, ainsi qu'il est prévu dans les dispositions attaquées, **dispose par principe, et sans considération des circonstances particulières, d'un accès privilégié aux éléments potentiellement à charge ou à décharge de la personne gardée à vue.** Qui plus est, par application du principe du contradictoire, qui ne peut s'envisager comme ne s'appliquant que devant le juge du siège, mais implique un partage en amont des informations et éléments à la disposition de chacune des parties afin de préparer l'audience (ainsi la défense donne-t-elle ses conclusions au ministère public préalablement à l'audience), la défense doit obtenir les informations sur lesquelles se fonde l'accusation.

89. En d'autres termes, il convient **d'inverser le principe posé par la loi du 14 avril 2011** pour se soumettre aux exigences constitutionnelles ci-dessus exposées : **les exigences constitutionnelles impliquent que, par principe, l'avocat doit avoir accès à l'entier dossier.** Qui plus est, puisque, par construction, l'avocat ne sera pas présent lorsque des « *raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête* » (nouveaux articles 63-4-2 et 706-88 du Code de procédure pénale introduit par l'article 16 de la loi du 14 avril 2011), **on voit mal dans quelles circonstances l'avocat présent en garde à vue se verrait refuser l'accès au complet dossier.** Rappelons à cet égard que l'avocat est tenu au secret le plus strict, tant de par les exigences générales légales, notamment l'article 63-4-4 du

Code de procédure pénale introduit par la loi du 14 avril 2011, que par les règles déontologiques de sa profession.

90. Notons que **ce droit à l'accès au dossier doit être aussi reconnu, *mutatis mutandis*, pour l'avocat défendant la victime**. Si certes la victime n'est pas elle-même objet d'une procédure d'accusation, et en conséquence ne bénéficie pas des droits constitutionnellement reconnus de la défense, il n'en serait pas moins incongru que les confrontations entre la victime et le gardé à vue s'effectuassent avec un accès différencié au dossier. Pour cette raison, il paraît nécessaire que l'avocat de la victime ait lui aussi accès par principe à l'ensemble du dossier de la procédure. Pour cette raison, l'article 9 de la loi du 14 avril 2011 et le nouvel article 63-4-5 du Code de procédure pénale devront être déclarés contraires à la Constitution.

2. En droit conventionnel (à titre illustratif)

91. Là encore, par similarité des concepts, le raisonnement suivi en droit constitutionnel est applicable en droit conventionnel.

Aux termes de l'arrêt *Svipsta c/ Lettonie* du 17 février 2001 (§137 et seq.) :

« 137. La Cour reconnaît la nécessité d'une conduite efficace des enquêtes pénales, ce qui peut impliquer qu'une partie des informations recueillies durant ces investigations doivent être gardées secrètes afin d'empêcher les accusés d'altérer des preuves et de nuire à la bonne administration de la justice.

Toutefois, ce but légitime ne saurait être poursuivi au prix de restrictions importantes apportées aux droits de la défense. En conséquence, des informations essentielles pour apprécier la légalité de la détention d'une personne doivent toujours être mises à disposition de son avocat d'une manière adaptée à la situation (Lietzow, arrêt précité, § 47, et Garcia Alva c. Allemagne, n° 23541/94, § 42, 13 février 2001).

138. En tout état de cause, nul ne conteste qu'en 2001 la requérante n'a pas eu accès au dossier, bien qu'elle eût dénoncé à deux reprises l'impossibilité pour son avocat d'accéder aux pièces de l'instruction. Or, il apparaît qu'à cette époque, le dossier, déjà volumineux, contenait toute une série d'éléments qui ont, semble-t-il, joué un rôle essentiel dans le maintien de l'intéressée en détention. (...) Il était donc essentiel que la défense eût la possibilité de consulter le dossier, afin qu'elle fût en mesure de contester efficacement la légalité de la détention provisoire de la requérante, qui, en janvier 2001, avait déjà duré plus de six mois.

Vu l'absence d'une telle possibilité, la procédure relative à la détention litigieuse n'a pas satisfait à l'exigence élémentaire d'égalité des armes, inhérente à une procédure juridictionnelle équitable.

139. L'article 5 § 4 de la Convention a donc été enfreint sur ce point également.

iii Sur le caractère prétendument inéquitable de la procédure devant la cour régionale de Riga

140. *Pour ce qui est du caractère prétendument inéquitable de la procédure de recours devant la cour régionale de Riga, la Cour a conclu que l'équité procédurale, et notamment l'égalité des armes qui en est l'aspect essentiel, a été méconnue, l'avocat de la défense n'ayant pas eu accès aux pièces de l'instruction. Elle estime que cette conclusion la dispense d'examiner de surcroît la question du caractère équitable de cette procédure prise dans son ensemble. »*

92. Cet arrêt met en lumière le caractère extrêmement limité de l'exception apportée par la Cour européenne au principe de l'accès par l'avocat aux pièces à la disposition de l'accusation. Ainsi, la Cour reconnaît la possibilité de garder secrètes certaines pièces « afin d'empêcher les accusés d'altérer des preuves et de nuire à la bonne administration de la justice » : **la Cour limite les objectifs pouvant permettre de garder secrètes des pièces du dossier**. Par ailleurs, « ce but légitime ne saurait être poursuivi au prix de restrictions importantes apportées aux droits de la défense » et notamment « des informations essentielles pour apprécier la légalité de la détention d'une personne doivent **toujours** être mises à disposition de son avocat **d'une manière adaptée à la situation** ». En d'autres termes, il ressort de cet arrêt que le principe est de donner les pièces à l'avocat, sauf exceptions, afin qu'il soit « en mesure de contester efficacement la légalité » de l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir. Cette décision, prise en matière de détention provisoire, est transposable pour le régime de la garde à vue : les services de la Chancellerie eux-mêmes la citent dans ce contexte.

93. Ces considérations seules pourraient suffire, mais il y a plus.

(a) Application du principe de l'égalité des armes

94. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a considéré que le principe de l'égalité des armes s'appliquait à toutes les phases de la procédure, ce qui doit inclure la période de garde à vue.

95. C'est ainsi que la Cour a pu sanctionner la Belgique pour n'avoir pas transféré les pièces du dossier à un avocat chargé de défendre un de ses clients au moment du prolongement de sa détention au bout de 30 jours seulement de détention (*Lamy c/ Belgique*, 30 mars 1989, A. 151).

Il convient de citer longuement deux paragraphes (*Lamy c/ Belgique*, précit., §§28-29) de cet arrêt dans lesquels la Cour expose les raisons pour lesquelles **le principe de l'égalité des armes impose la communication du dossier même lorsque celui-ci est en cours de constitution** :

« 28. D'après le Gouvernement, si le dossier demeure inaccessible à la défense pendant les trente premiers jours de détention, c'est que le magistrat instructeur vient de l'ouvrir et le complète chaque jour par de nouveaux matériaux (pièces saisies, procès-verbaux d'audition de témoins, de perquisition, d'expertise, etc.); il ne saurait s'en déposséder pour l'immobiliser au greffe et le mettre à la disposition du prévenu ou de son conseil.

Exception faite de cet aspect, M. Lamy aurait bénéficié d'une procédure contradictoire conforme aux critères définis par la Cour européenne, notamment

dans les arrêts Sanchez-Reisse du 21 octobre 1986 (série A no 107) et Weeks du 2 mars 1987 (série A no 114).

Tout d'abord, on lui aurait communiqué les éléments à charge. Après son entretien du 18 février 1983 avec le juge d'instruction il aurait reçu le même jour une copie du mandat d'arrêt, longuement motivé. Lors de sa première comparution devant la chambre du conseil, il aurait entendu le rapport dudit juge et les réquisitions du ministère public. Il aurait été pleinement informé du contenu des procès-verbaux 292 et 317, à l'élaboration desquels il aurait du reste contribué.

En second lieu, l'intéressé aurait bénéficié d'une participation adéquate au processus judiciaire. Il aurait développé la thèse favorable à son élargissement, par lui-même ou par son avocat, tant oralement que par écrit. Il aurait déposé des conclusions de sept et vingt-deux pages, auxquelles les juridictions belges auraient répondu ainsi qu'elles le devaient sous peine de réformation ou de cassation. Il aurait été présent lors du renouvellement du mandat d'arrêt. Quand son avocat, au terme du premier mois de détention, eut accès à la totalité du dossier, il n'aurait tiré de celui-ci aucun argument nouveau.

Sur un plan général, le Gouvernement affirme que l'impératif du contradictoire ne s'étend pas à la communication de tout le dossier en cours de constitution et que les exigences de l'article 6 (art. 6) ne se conforment pas avec celles, plus limitées, de l'article 5 par. 4 (art. 5-4). Si la Cour devait considérer que le principe de l'égalité des armes vaut aussi pour l'examen des demandes de libération provisoire, cela reviendrait à condamner le système mis en œuvre par la législation incriminée et celle d'autres États contractants, alors qu'il s'agit du corollaire du caractère inquisitoire et secret de l'instruction. La Belgique se trouverait devant l'alternative suivante: soit conserver les délais actuels de comparution en chambre du conseil, ce qui obligerait à photocopier l'ensemble des pièces et se révélerait irréalisable en pratique; soit allonger lesdits délais pour permettre le dépôt du dossier au greffe.

29. Avec la Commission, la Cour constate que pendant les trente premiers jours de la détention, le conseil du requérant ne put, en vertu de l'interprétation jurisprudentielle de la loi, prendre connaissance d'aucun élément du dossier, et notamment des procès-verbaux dressés par le juge d'instruction et la police judiciaire de Verviers.

Il en alla singulièrement ainsi au moment de la première comparution devant la chambre du conseil, appelée à se prononcer sur la confirmation du mandat d'arrêt (paragraphes 10-11 ci-dessus). L'avocat n'avait pas la possibilité de réfuter utilement les déclarations ou considérations que le ministère public fondait sur ces pièces.

Pour le requérant, l'accès à celles-ci était indispensable à un stade crucial de la procédure, où la juridiction devait décider de prolonger ou lever la détention. Il aurait en particulier permis à l'avocat de M. Lamy de s'exprimer sur les dires et l'attitude des coïnculpés (paragraphe 18 ci-dessus). Aux yeux de la Cour, l'examen des documents en question s'imposait donc pour contester efficacement la légalité du mandat d'arrêt.

Il existe un lien trop étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle - ultérieure - de la culpabilité pour que l'on puisse refuser la communication de pièces dans le premier cas tandis que la loi l'exige dans le second.

Tandis que le procureur du Roi avait connaissance de l'ensemble du dossier, la procédure suivie n'a pas offert au requérant la possibilité de combattre de manière appropriée les motifs invoqués pour justifier la détention préventive. Faute d'avoir garanti l'égalité des armes, elle n'a pas été réellement contradictoire (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Sanchez-Reisse précité, série A no 107, p. 19, par. 51).

Il y a donc eu violation de l'article 5 par. 4 (art. 5-4). »

96. Il semble incontestable que cette décision est transposable en matière de garde à vue, où le dossier est précisément en cours de constitution mais où le gardé à vue est retenu malgré lui. Les raisonnements justifiant un accès partiel au dossier du gardé à vue fondés sur l'incomplétude du dossier ne sauraient donc prospérer, sauf à considérer que les pièces non produites ne fondent en rien l'accusation, ce qu'il est impossible de poser en principe.

97. C'est que les limites apportées à la communication des pièces par la Cour Européenne sont fondées sur leur absence de pertinence dans l'accusation : en vain objectera-t-on donc que la Cour Européenne, dans l'affaire Bendenoun c/ France (24 février 1994, Requête no12547/86) a déjà considéré qu'il n'y avait pas violation du principe de l'égalité des armes en l'absence de communication des pièces du dossier (absence de communication de certaines pièces du dossier douanier à la défense dans le cadre d'une procédure administrative). Dans cette espèce, la Cour a bien pris soin de considérer que c'est **dans la mesure où l'administration ne s'était pas fondée sur les pièces non communiquées pour rendre sa décision** qu'il n'y avait pas violation du principe de l'égalité des armes.

98. Qui plus est, elle a considéré que, même au cas où les pièces non communiquées n'avaient pas fondé la décision, il pouvait néanmoins exister une obligation de transmettre ces pièces pour peu que la demande par l'accusé soit motivée :

« Le grief se rapporte donc à des pièces absentes du dossier soumis aux juridictions administratives et sur lesquelles l'adversaire du requérant ne s'appuya pas (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Schuler-Zraggen c. Suisse du 24 juin 1993, série A no 263, p. 18, par. 52).

La Cour n'exclut pas que dans pareille situation la notion de procès équitable puisse quand même comporter l'obligation, pour le fisc, de consentir à fournir au justiciable certaines pièces, ou même l'intégralité, de son dossier. *Encore faut-il, pour le moins, que l'intéressé ait accompagné sa demande, ne fût-ce que sommairement, d'une motivation spécifique.*

M. Bendenoun sollicitait la communication intégrale d'un dossier assez volumineux. Or les données recueillies par la Cour ne montrent pas qu'il ait jamais avancé aucun argument précis à l'appui de sa thèse selon laquelle, nonobstant sa reconnaissance des infractions douanières et ses aveux pendant l'instruction pénale, il ne pouvait combattre l'accusation de fraude fiscale sans posséder une copie dudit dossier. Cette carence se révèle d'autant plus dirimante qu'il n'ignorait pas l'existence et la teneur de la plupart des documents et que lui-même et son conseil avaient eu accès au

dossier complet, du moins durant l'instruction pénale (paragraphe 26 ci-dessus). » (Bendenoun c/ France, précit., §52)

(b) Application des principes de l'avocat défenseur, de l'effectivité des droits et de la proportionnalité des atteintes aux droits de la défense

99. Les termes de l'arrêt *Danayan* précité, dans le paragraphe où la Cour Européenne définit le rôle de l'avocat en garde à vue, parlent d'eux-mêmes : « 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).

100. Ces droits devant être « *concrets et effectifs* » suivant les principes conventionnels sus-exposés, les pièces énumérées par la loi sur la garde à vue paraissent hautement insuffisantes. Comment peut-on « *discuter de l'affaire* » sans avoir les éléments à charge ? Comment « *rechercher les preuves favorables à l'accusé* » ou « *préparer les interrogatoires* » sans connaître, par exemple, les déclarations des témoins ? En un mot, comment « *organiser la défense* » sans avoir accès, par principe, au complet dossier ?

101. Les termes mêmes de *Danayan* laissent peu de doute quant à la question de l'accès au dossier par l'avocat du gardé à vue : contrairement à ce qui est prévu par la loi et comme il a pu être montré lors de l'analyse de cette question du point de vue du droit constitutionnel, **le principe doit être l'accès aux pièces du dossier par l'avocat**, quitte à ce que des circonstances exceptionnelles justifient que certaines d'entre elles soient exceptionnellement retirées, sur une base réellement exceptionnelle examinée au cas par cas.

102. Selon le principe de proportionnalité des atteintes aux droits de la défense, la décision de laisser à l'écart une pièce ne pourra ainsi être prise que lorsqu'elle ne portera pas une atteinte disproportionnée par rapport au but recherché. En aucun cas, il ne saurait être question, comme est prévu par la loi du 14 avril 2011, d'écarter de manière systématique et organisée des pièces auxquelles l'accusation a accès et qui pourraient fonder l'accusation, qui plus est lorsque ces pièces forment la quasi-totalité du dossier.

Moyen relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

Développement non relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

C. **Détermination du calendrier d'auditions par les services de police : critique du nouvel article 63-4-2 du Code de procédure pénale tel que prévu par l'article 8 de la loi du 14 avril 2011**

1. *En droit constitutionnel*

103. En ce qui concerne le premier interrogatoire de garde à vue, le nouvel article 63-4-2 du Code de procédure pénale prévoit un délai de deux heures entre le moment où l'avocat est prévenu du premier interrogatoire et le moment où l'interrogatoire peut commencer, même en l'absence de l'avocat. Il n'est prévu **aucun délai de prévenance de l'avocat pour les interrogatoires qui suivent**, alors que la garde à vue peut durer 48 heures ou plus. Preuve de la carence de la loi sur ce point, la circulaire d'application précitée prévoit qu'« *il est évidemment souhaitable que l'avocat soit prévenu aussi tôt que possible de ces actes, le cas échéant à l'issue du précédent interrogatoire* », puis précise que si l'avocat « *ne se présente pas à l'heure indiquée par les officiers ou agents de police judiciaire, il n'est pas nécessaire de l'attendre* » (Circulaire, III.5.2.3., al. 5, p. 26, nous soulignons).

104. En d'autres termes, après le premier interrogatoire, les services de police ou de gendarmerie peuvent déterminer un horaire d'interrogatoire sans aucune considération de délai à l'égard de l'avocat. Cette possibilité de commencer sans l'avocat est ainsi prévue sans considération de circonstances particulières ou de « *raisons impérieuses* » la justifiant, ni garde-fous quant au délai imparti à l'avocat pour se présenter au lieu de garde à vue.

105. Dans ces conditions, il paraît nécessaire que l'avocat soit prévenu dans un **déai raisonnable** avant l'interrogatoire.

106. Les principes du rôle de l'avocat en tant que défenseur aussi bien que de l'effectivité des droits de la défense sont atteints par cette omission : sans délai de prévenance raisonnable, l'avocat n'est pas mis en mesure d'effectivement défendre le gardé à vue.

107. Le principe de proportionnalité des atteintes aux droits de la défense par rapport aux objectifs recherchés sont eux aussi atteints : en effet, si des objectifs constitutionnels, comme la nécessaire recherche des auteurs d'infraction, peuvent justifier que l'on procède aux auditions si l'avocat se fait attendre au-delà d'un délai raisonnable, rien ne paraît justifier qu'aucun délai de prévenance de l'avocat ne soit inscrit dans la loi au delà du premier entretien, ni aucun délai prévu pour l'arrivée de l'avocat.

108. Ajoutons que l'effectivité des droits de la défense imposant la reconnaissance d'un délai raisonnable, le délai de deux heures arbitrairement fixé par la loi pour la prévenance de l'avocat de la tenue du premier interrogatoire est lui-même inconstitutionnel. En effet, si ce délai peut être considéré comme raisonnable dans une grande ville, il ne paraît pas garantir l'effectivité des droits de la défense qu'un officier de police judiciaire puisse décider de commencer une audition alors que, dans certains départements, l'addition entre le temps de prévenance de l'avocat par le biais des services ordinaires locaux et le temps de trajet risque de mettre l'avocat dans l'impossibilité de se rendre sur place à temps.

Comme noté plus haut, la circonstance que la loi prévoit que l'interrogatoire sera levé au moment de l'arrivée de l'avocat ne remédie pas aux atteintes portées aux droits de la défense (cf ci-dessus, §52 des présentes).

109. Remarquons pour finir que le principe de la rigueur nécessaire (exposé aux §§57 et seq. des présentes), tout autant que le principe du respect de la dignité de la personne humaine (Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC), paraissent **exiger que les interrogatoires ne puissent se dérouler à des horaires et selon une cadence incompatibles avec ces principes**, ce qui n'est pas prévu par la loi du 14 avril 2011. Il ne paraît en effet pas proportionné à la recherche des auteurs d'infractions, sauf circonstances particulières exceptionnelles le justifiant, d'effectuer des interrogatoires à toute heure de la nuit sans aucune limite apportée par la loi.

110. Il convient ainsi de constater la contrariété de l'article 63-4-2 aux libertés fondamentales garanties par le bloc constitutionnel pour les raisons sus-évoquées.

2. *En droit conventionnel (à titre illustratif)*

111. La similarité des concepts permet d'adopter le même raisonnement que ce qui a été exposé en droit constitutionnel.

112. Il convient en outre de rappeler que la Cour Européenne a eu l'occasion de considérer que le défaut de notification à l'avocat des dates d'audience contribuent à priver le requérant d'une défense concrète et effective, l'avocat devant en outre jouir du temps et des facilités dont il a besoin pour, notamment, étudier le dossier (Goddi c/ Italie, 9 avr. 1984, A. 76, Requête no 8966/80, §§30-31).

En l'espèce, **il paraît donc nécessaire, et non seulement « souhaitable », que les officiers de police donnent une information circonstanciée sur les horaires des différents actes de procédure dès le début de la garde à vue et tout au long de son cours**, afin que l'avocat puisse représenter pour son client une défense concrète et effective.

*

*

*

Moyen relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

Développement non relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

D. L'assistance aux actes de procédure autres que les interrogatoires et confrontations : critique des nouveaux articles 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale (régime de la garde à vue) tels que prévus par les articles 8 et 9 de la loi du 14 avril 2011

1. En droit constitutionnel

113. Ici encore, la loi est contraire à la Constitution en ce qu'elle ne prévoit la présence de l'avocat que lors des auditions et confrontations, et non lors des autres actes qui peuvent être accomplis lors de l'enquête préliminaire à l'encontre d'un suspect comme une perquisition ou une reconstitution sur les lieux.

114. Les droits de la défense et leur effectivité passent aussi par la présence possible de l'avocat au moment de tous actes de procédures, au-delà des simples interrogatoires et confrontations, et notamment lors des perquisitions. En effet, le Conseil constitutionnel ayant constaté que « l'avocat est un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale » (Cons. const., 20 janvier 1994, n° 93-334 DC, § 18 ; cf ci-dessus, §45 des présentes), **il n'a pas entendu restreindre l'intervention aux seuls interrogatoires et confrontations.**

115. L'absence de l'avocat par principe aux actes de procédure autres que les interrogatoires et confrontations, notamment aux perquisitions, porte atteinte aux principes ci-dessus exposés. Elle atteint ainsi à l'accès à un défenseur dans des moments critiques de l'enquête. Cette absence rend par ailleurs la défense ineffective en ce que, par exemple, l'avocat pourrait défendre le gardé à vue en lui exposant l'opposition qu'il peut former contre la saisie de certains de ses objets au moment d'une perquisition. L'équilibre entre accusation et défense n'est plus maintenu puisque le gardé à vue sera sans défenseur avec les services de police, par exemple au moment d'une perquisition. Enfin, il est clair que le principe de rigueur nécessaire n'est pas respecté puisqu'il n'est posé aucune limite à l'absence de l'avocat à ces actes de procédure : il en est par principe radié.

116. Pourtant, les dispositions législatives de la loi du 14 avril 2011 organisant la présence de l'avocat en garde à vue sont muettes sur ce point.

117. De ce fait, il conviendra de tenir pour inconstitutionnels les articles 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale tels que prévus par les articles 8 et 9 de la loi du 14 avril 2011, en ce qu'ils prévoient le régime de la présence de l'avocat en garde à vue sans organiser l'intervention de l'avocat par principe pour tous les actes de procédure, y compris les perquisitions.

2. En droit conventionnel (à titre illustratif)

118. La similarité des concepts permet d'adopter le même raisonnement que ce qui a été exposé en droit constitutionnel.

119. Par ailleurs, comme exposé en première partie de la présente discussion, le droit conventionnel exige la présence de l'avocat pour l'ensemble de la procédure, notamment dès le début de l'instruction préliminaire menée par la police (Cf. §49 et seq. des présentes). Il n'est prévu nulle exception à ce droit de la défense, et l'on ne voit pas ce qui justifierait en droit conventionnel qu'il soit par principe interdit à l'avocat de participer aux perquisitions effectuées relativement à son client. Là encore, le principe de proportionnalité des atteintes à la défense par rapport au but recherché impose que **le principe soit la présence de l'avocat aux perquisitions, sauf à ce qu'il soit justifié au cas par cas de circonstances exceptionnelles rendant nécessaire et proportionnée cette atteinte aux droits de la défense.**

*

*

□ **Moyen relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal**

ⓐ Développement non relatif à la question dont la transmission est demandée au Tribunal

E. Conduite de l'interrogatoire par l'officier de police judiciaire et rôle assigné à l'avocat : critique du nouvel article 63-4-3 du Code de procédure pénale tel que prévu par l'article 8 de la loi du 14 avril 2011

1. En droit constitutionnel

120. Deux dispositions de l'article 63-4-3 du Code de procédure pénale tel que rédigé par l'article 8 de la loi du 14 avril 2011 paraissent incompatibles avec les exigences du droit à l'effectivité du rôle de défense assigné à l'avocat :

- le fait que l'officier ou l'agent de police puisse s'opposer à des questions de l'avocat, et
- le fait qu'il puisse décider de mettre fin à une audition ou confrontation en cas de difficulté et demander au Procureur de la République de saisir le Bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat.

121. Tout d'abord, 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* » (art. 63-4-3 nouveau, §2 du Code de procédure pénale issu de la loi du 14 avril 2011). Similairement à la disposition déclarée non conforme à la Constitution dans la décision Sécurité et Liberté (Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC ; cf §38 des présentes), on pourrait écrire sans avoir presque à changer un mot, que même 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* ».

122. Ainsi, **la disposition autorisant l'officier de police à refuser des questions de l'avocat, quand bien même ce refus serait porté au dossier, est éminemment contraire aux exigences constitutionnelles** d'une défense effective et du rôle de l'avocat dans ce cadre. Par ailleurs, ses objectifs avoués, à savoir la sérénité des débats et la recherche des auteurs d'infractions, ne paraît pas justifier une telle atteinte aux droits de la défense. La solution serait peut-être différente si la revue par un juge d'instruction, magistrat du siège, pouvait être effectuée (quitte à ce que cette revue soit effectuée *a posteriori*, après réponse par le gardé à vue aux questions et communication du dossier au juge), mais **l'opposition aux questions de la défense telle qu'elle est prévue, laissée à l'arbitraire de l'accusation incarnée dans les services de police, paraît une restriction disproportionnée.**

123. Plus grave encore, la loi indique que « *l'officier ou de 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* » (art. 63-4-3 nouveau, §1). Là encore, la citation au

paragraphe précédent de la décision Sécurité et Liberté garde toute sa pertinence. Comment un avocat pourrait-il sereinement effectuer son travail de défense alors que l'officier de police peut, sur une simple « difficulté » (difficulté qui n'est pas même qualifiée de rendant impossible le bon déroulement du procès), demander à ce que soit indirectement saisi son Bâtonnier pour désignation d'un autre avocat ? Cette mesure paraît disproportionnée par rapport aux buts recherchés, puisqu'en aucun cas une « difficulté » paraît un critère suffisant pour décider d'écarter un avocat.

124. Afin d'assurer l'effectivité des droits de la défense et le rôle constitutionnellement assigné à l'avocat, ainsi que le principe de « *rigueur nécessaire* » ou de proportionnalité des restrictions aux droits de la défense par rapport au but recherché, il conviendra donc de constater l'inconstitutionnalité du nouvel article 63-4-3 du Code de procédure pénale introduit par la loi du 14 avril 2011.

125. Pour mémoire, les mêmes considérations s'appliquent aux avocats des victimes pour les mêmes raisons qu'exposées ci-dessus (cf §89 des présentes). L'impact sur les avocats des victimes sera toutefois automatique si l'inconstitutionnalité était déclarée pour l'article contesté puisqu'il est simplement opéré un renvoi au nouvel article 63-4-5 du Code de procédure pénale introduit par la loi du 14 avril 2011.

2. *En droit conventionnel (à titre illustratif)*

126. La similarité des concepts permet d'adopter le même raisonnement que ce qui a été exposé en droit constitutionnel sur le fondement des principes exposés en première partie de la discussion.

A tous égards, il est donc nécessaire de transmettre la présente question prioritaire au Conseil constitutionnel.

*

*

*

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, les exposants concluent à ce qu'il plaise au Tribunal de céans de :

- **TRANSMETTRE** à la Cour de cassation la question prioritaire suivante (**la question porte uniquement sur les articles cochés**) :

« *Les articles :*

- 62 du Code de procédure pénale ;*
- ~~63-4-1 du Code de procédure pénale ;~~*
- ~~63-4-2 du Code de procédure pénale ;~~*
- ~~63-4-3 du Code de procédure pénale ;~~*
- ~~63-4-4 du Code de procédure pénale ;~~*
- ~~63-4-5 du Code de procédure pénale ;~~*

portent-ils 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 droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre du droit des parties tels que ces droits et libertés sont garantis par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (principes du respect des droits de la défense, et du droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre du droit des parties), 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) ? »



PIECES JOINTES :

1. Articles 62 et 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale

Pièce 1

Articles 62 et 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale

Article 62 du Code de procédure pénale

L'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis.

Les personnes convoquées par lui sont tenues de comparaître. L'officier de police judiciaire peut contraindre à comparaître par la force publique les personnes visées à l'article 61. Il peut également contraindre à comparaître par la force publique, avec l'autorisation préalable du procureur de la République, les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation.

Il dresse un procès-verbal de leurs déclarations. Les personnes entendues procèdent elles-mêmes à sa lecture, peuvent y faire consigner leurs observations et y apposent leur signature. Si elles déclarent ne savoir lire, lecture leur en est faite par l'officier de police judiciaire préalablement à la signature. Au cas de refus de signer le procès-verbal, mention en est faite sur celui-ci.

Les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 peuvent également entendre, sous le contrôle d'un officier de police judiciaire, toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en cause. Ils dressent à cet effet, dans les formes prescrites par le présent code, des procès-verbaux qu'ils transmettent à l'officier de police judiciaire qu'ils secondent.

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.

Article 63-4-1 du Code de procédure pénale

A sa demande, l'avocat peut consulter le procès-verbal établi en application du dernier alinéa de l'article 63-1 constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical établi en application de l'article 63-3, ainsi que les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste. Il ne peut en demander ou en réaliser une copie. Il peut toutefois prendre des notes.

Article 63-4-2 du Code de procédure pénale

La personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les

éléments d'identité, ne peut débiter sans la présence de l'avocat choisi ou commis d'office avant l'expiration d'un délai de deux heures suivant l'avis adressé dans les conditions prévues à l'article 63-3-1 de la demande formulée par la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat.

Au cours des auditions ou confrontations, l'avocat peut prendre des notes.

Si l'avocat se présente après l'expiration du délai prévu au premier alinéa alors qu'une audition ou une confrontation est en cours, celle-ci est interrompue à la demande de la personne gardée à vue afin de lui permettre de s'entretenir avec son avocat dans les conditions prévues à l'article 63-4 et que celui-ci prenne connaissance des documents prévus à l'article 63-4-1. Si la personne gardée à vue ne demande pas à s'entretenir avec son avocat, celui-ci peut assister à l'audition en cours dès son arrivée dans les locaux du service de police judiciaire ou à la confrontation.

Lorsque les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate de la personne, le procureur de la République peut autoriser, par décision écrite et motivée, sur demande de l'officier de police judiciaire, que l'audition débute sans attendre l'expiration du délai prévu au premier alinéa.

A titre exceptionnel, sur demande de l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention, selon les distinctions prévues par l'alinéa suivant, peut autoriser, par décision écrite et motivée, le report de présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, si 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.

Le procureur de la République ne peut différer la présence de l'avocat que pendant une durée maximale de douze heures. Lorsque la personne est gardée à vue pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans, le juge des libertés et de la détention peut, sur requête du procureur de la République, autoriser à différer la présence de l'avocat, au-delà de la douzième heure, jusqu'à la vingt-quatrième heure. Les autorisations du procureur de la République et du juge des libertés et de la détention sont écrites et motivées par référence aux conditions prévues à l'alinéa précédent au regard des éléments précis et circonstanciés résultant des faits de l'espèce.

Lorsque, conformément aux dispositions des deux alinéas qui précèdent, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention a autorisé à différer la présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, il peut également, dans les conditions et selon les modalités prévues par ces mêmes alinéas, décider que l'avocat ne peut, pour une durée identique, consulter les procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue.

Article 63-4-3 du Code de procédure pénale

L'audition ou la confrontation est menée sous la direction de l'officier ou de l'agent de police judiciaire qui peut à tout moment, en cas de difficulté, y mettre un terme 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.

A l'issue de chaque audition ou confrontation à laquelle il assiste, l'avocat peut poser des questions. L'officier ou l'agent de police judiciaire ne peut s'opposer aux questions que si celles-ci sont de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête. Mention de ce refus est portée au procès-verbal.

A l'issue de chaque entretien avec la personne gardée à vue et de chaque audition ou confrontation à laquelle il a assisté, l'avocat peut présenter des observations écrites dans lesquelles il peut consigner les questions refusées en application du deuxième alinéa. Celles-ci sont jointes à la procédure. L'avocat peut adresser ses observations, ou copie de celles-ci, au procureur de la République pendant la durée de la garde à vue.

Article 63-4-4 du Code de procédure pénale

Sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, l'avocat ne peut faire état auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue ni des entretiens avec la personne qu'il assiste, ni des informations qu'il a recueillies en consultant les procès-verbaux et en assistant aux auditions et aux confrontations.

Article 63-4-5 du Code de procédure pénale

Si la victime est confrontée avec une personne gardée à vue, elle peut demander à être également assistée par un avocat choisi par elle ou par son représentant légal si elle est mineure ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier.

La victime est informée de ce droit avant qu'il soit procédé à la confrontation.

A sa demande, l'avocat peut consulter les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste.