

Nicolas Catelan
Philippe Bonfils
Alexandre Mangiavillano
Jean-Baptiste Perrier
Laurent Domingo
Lise Heckmann
Elise Carpentier
Catherine Tzutzuiano
Muriel Giacomelli
Elise Besson

La chronique est coordonnée par Marthe Fatin-Rouge Stéfanini et Laurence Gay.

I – Question prioritaire de constitutionnalité

- décisions n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, JO du 31 juillet 2010, p. 14198, et n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres*, JO du 23 septembre 2010, p. 17290.

LA CONSTITUTIONNALITE A GEOMETRIE VARIABLE DES REGIMES DE GARDE A VUE

Tempora mutantur...

Tendance. L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité se devait d'être le vecteur de l'interrogation que tous avaient sur les lèvres en procédure pénale : « la garde à vue est-elle, oui ou non, contraire au bloc de constitutionnalité »¹ ?

A dire vrai, les termes de cette interrogation sont récents sans être nouveaux.

Le Conseil a en effet déjà eu l'occasion de préciser que la garde à vue était conforme aux principes constitutionnels², fût-elle spéciale et exorbitante du droit commun³.

Elise Besson, docteur en droit, Université Paul Cézanne, Institut Louis Favoreu-GERJC UMR6201 ; Philippe Bonfils, professeur à l'Université Paul Cézanne, directeur de l'Institut d'études judiciaires ; Elise Carpentier, professeur à l'Université du Maine, membre associé de l'ILF-GERJC UMR6201 ; Nicolas Catelan, maître de conférences à l'Université Paul Cézanne ; Laurent Domingo, docteur en droit, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel ; Muriel Giacomelli, maître de conférences à l'Université Paul Cézanne, directrice de l'Institut de sciences pénales et de criminologie ; Lise Heckmann, allocataire-monitrice à l'Université Paul Cézanne, Centre de recherche en matière pénale Fernand Boulan EA 32-41 ; Alexandre Mangiavillano, doctorant à l'Université Paul Cézanne ; Jean-Baptiste Perrier, ATER à l'Université de Bourgogne, membre du CRMP Fernand Boulan EA 32-41 ; Catherine Tzutzuiano, allocataire-monitrice à l'Université du Sud Toulon-Var, Centre de droit et de politique comparés J.-C. Escarras

¹ Ainsi, dès le 1er mars 2010 la 23^e chambre correctionnelle du TGI de Paris a posé la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « *L'article 63-4 du code de procédure pénale porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et, plus précisément, au principe du respect des droits de la défense, au droit à une procédure équitable, à la liberté d'aller et venir, ainsi qu'au droit de ne pas faire l'objet d'arrestations d'une rigueur non nécessaire ?* ».

² CC, n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, Rec., p. 217.

Seul le contexte lié à la jurisprudence européenne et la modernité de la QPC peuvent dès lors expliquer l'engouement annoncé quant à la conformité de cette rétention policière à la Constitution.

Dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 30 juillet 2010⁴, plusieurs questions ont dès lors été réunies ; les griefs étaient les suivants :

- la garde à vue serait contraire à la dignité de la personne ;
- elle violerait l'article 66 de la Constitution en ce que cette contrainte, décidée par un officier de police judiciaire, ne serait contrôlée « que » par le procureur de la République, ce dernier n'étant pas une autorité judiciaire indépendante ;
- elle serait contraire à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce que cette rigueur ne serait pas nécessaire ;
- en outre, la garde à vue violerait les droits de la défense, le procès équitable, la présomption d'innocence et l'égalité devant la loi en ce que l'avocat ne peut s'entretenir que trente minutes avec son client sans pouvoir l'assister au cours des interrogatoires et sans pouvoir accéder au dossier ;
- enfin, le fait que, dans les enquêtes visant certaines infractions, le droit de s'entretenir avec un avocat soit reporté à la quarante-huitième ou à la soixante-douzième heure de garde à vue méconnaîtrait les mêmes exigences.

L'argumentaire est classique en ce qu'il reprend les reproches traditionnels formulés à l'endroit de la garde à vue, certains ayant même reçu, au préalable, l'approbation de la Cour européenne des droits de l'homme⁵.

Sur le plan des droits de la défense, au regard de la pratique consistant à recourir systématiquement ou presque à la garde à vue, le Conseil observe que l'article 63-4 ne permet pas à la personne interrogée, « alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat » ; il ajoute « qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence ».

Le Conseil en conclut « que, dans ces conditions, les articles 62, 63, 63 1, 63-4, alinéas 1^{er} à 6, et 77 du code de procédure pénale (...) méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

Néanmoins, selon notre cour suprême, « l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; qu'il y a lieu, dès lors, de reporter au 1^{er} juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité ».

Quant aux gardes à vue spéciales, le Conseil déclare qu'en « l'absence de changement des circonstances, depuis la décision du 2 mars 2004 susvisée, en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées, il n'y a pas lieu de procéder à un nouvel examen de ces dispositions ».

Il en résulte que si la garde à vue de droit commun est bien contraire au bloc de constitutionnalité (I), l'abrogation des textes est repoussée au nom de la sécurité juridique au

³ CC, n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Rec., p. 66.

⁴ CC, n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue].

⁵ Voir *infra*.

1^{er} juillet 2011 (II) et ne concerne pas les gardes à vue spéciales pourtant plus attentatoires aux droits et libertés fondamentaux (III).

I – La motivation de l’abrogation

Le changement de circonstances. Le Conseil ayant été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la garde à vue dans sa célèbre disposition du 11 août 1993⁶, il lui revenait le soin de préciser en quoi consistait le changement de circonstances lui permettant de se pencher à nouveau sur la question. En effet, aux termes des articles 23-2⁷ et 23-5 al. 5⁸ de l’ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958⁹, la question prioritaire doit présenter un caractère nouveau pour justifier la saisine des sages de la rue Montpensier.

Pour ce faire, le Conseil ne manque pas tout d’abord de remarquer qu’il « n’a pas spécialement examiné les articles 63, 63-1, 63-4 et 77 du code de procédure pénale ». Néanmoins, l’honnêteté intellectuelle exigeait du Conseil qu’il complète une telle assertion en observant qu’il « a déclaré conformes à la Constitution les modifications apportées à ces articles par les dispositions alors soumises à son examen ».

D’où la nécessité d’établir le changement de circonstances depuis 1993.

Or, il est facile de constater que, depuis lors, la pratique a évolué, et le droit avec : « certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l’équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale ».

Ainsi :

- la proportion des procédures soumises à l’instruction préparatoire n’a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l’action publique en matière correctionnelle ;

- le traitement en temps réel des procédures pénales par le parquet implique qu’une « personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l’expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu’elle a pu faire pendant celle-ci » ;

- la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause

- les modifications de l’article 16 CPP ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l’attribution de la qualité d’officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale¹⁰.

Le Conseil en tire la conclusion que « ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu’elles ont renforcé l’importance de la phase d’enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de

⁶ Précit.

⁷ « La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d’État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : (...)

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 ».

⁸ « 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 ».

⁹ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel telle que modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution.

¹⁰ « Entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d’officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000 » § 17.

garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées ».

Les circonstances officieuses. Il serait ici parfaitement illusoire d'occulter le fait que cette décision intervient dans un contexte européen particulièrement hostile à la privation de droits de la défense au stade de la garde à vue. N'en déplaise aux exégètes mystiques, les différentes condamnations de la Turquie¹¹, de la Pologne¹², de la Russie¹³ et de l'Ukraine¹⁴ par la Cour européenne des droits de l'homme ne pouvaient laisser la France à l'abri. L'arrêt *Brusco contre France* rendu le 14 octobre 2010 témoigne du fait que la condamnation de la France n'était d'ailleurs qu'une question de temps¹⁵.

Le dossier documentaire mis en ligne sur le site du Conseil atteste de sa prise de conscience ; à dire vrai, l'on ne peut douter que le Conseil ait eu vent du souffle européen tant celui-ci a attisé les braises entretenues par les contempteurs de la garde à vue à la française.

La contrariété au bloc de constitutionnalité. Après avoir repoussé l'argument tiré de la contrariété de la garde à vue à la dignité¹⁶, le Conseil repousse celui de la violation de l'article 66 de la Constitution. Si l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles, les sages considèrent que le Parquet peut, valablement, durant les premières 48 heures, contrôler les mesures de garde à vue et les prolonger une fois éventuellement¹⁷.

Le Conseil ne souscrit donc pas à la perspective de la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé le 10 juillet 2008¹⁸ et le 23 novembre 2010¹⁹ que le Ministère public français n'était pas une autorité judiciaire au sens de la Convention européenne de sauvegarde.

N'en déplaise aux pourfendeurs de la magistrature debout, les parquetiers sont encore des magistrats : ils relèvent d'ailleurs encore, comme les juges, de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la Magistrature.

¹¹ CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, spéc. §§ 50-62 ; 24 fév. 2009, *Gülbahar et Tut c. Turquie*, n° 24468/03 ; 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, n° 7377/03, spé. §§ 30-34 ; 1^{er} déc. 2009, *Adalmis et Kilic c. Turquie*, n° 25301/04 ; 9 février 2010 ; *Boz c. Turquie*, n° 2039/04, spé. §§ 33-36.

¹² CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, n° 54729/00, spé. §§ 82-92

¹³ CEDH, 24 septembre 2009, *Pishchalnikov c/ Russie*, n° 7025/04, .

¹⁴ CEDH, 19 novembre 2009, *Kolesnik c/ Ukraine*, n° 17551/02.

¹⁵ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07 : la Cour relève qu'« il ne ressort du dossier ni des procès-verbaux des dépositions que le requérant ait été informé au début de son interrogatoire du droit de se taire, de ne pas répondre aux questions posées, ou encore de ne répondre qu'aux questions qu'il souhaitait » ; de plus, son avocat, intervenu dans les délais prévus par l'article 63-4, n'a « été en mesure ni de l'informer sur son droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l'exige l'article 6 ».

¹⁶ Sur le plan de la dignité, le Conseil rappelle que les textes organisant le recours et les modalités de la garde à vue ne portent pas atteinte à ce principe à valeur constitutionnelle. La méconnaissance éventuelle, dans la pratique, de cette exigence, ne saurait remettre en cause les textes (§ 19 et, surtout, 20).

¹⁷ « 26. Considérant que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet ; que l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures ; qu'avant la fin de cette période, le déroulement de la garde à vue est placé sous le contrôle du procureur de la République qui peut décider, le cas échéant, de sa prolongation de vingt-quatre heures ; qu'il résulte des articles 63 et 77 du code de procédure pénale que le procureur de la République est informé dès le début de la garde à vue ; qu'il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ; qu'il lui appartient d'apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ».

¹⁸ CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France*, n° 3394/03.

¹⁹ CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06.

A la lecture de l'article 66 de la Constitution, l'on ne voit d'ailleurs pas pourquoi le siège, plus que le Parquet, serait plus à même de protéger les libertés individuelles. Rien dans les textes ne conduit à une telle interprétation. Le Conseil exige simplement depuis 1995 que les fonctions soient séparées entre poursuites et jugement²⁰. Or, aucune de ces deux fonctions n'est plus protectrice des libertés individuelles que l'autre. L'on ne peut donc que saluer le positionnement adopté par le Conseil.

Au-delà, le Conseil observe :

- que toute garde à vue peut faire l'objet d'une prolongation de vingt-quatre heures sans que cette faculté soit réservée à des infractions présentant une certaine gravité²¹ ;
- que l'article 63-4 ne permet pas à la personne interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat²² ;
- que cette restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes²³ ;
- en outre, que la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence²⁴ ;

Le Conseil en conclut que « les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1^{er} à 6, et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées »²⁵.

Les sages ajoutent que, dès lors, « la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée »²⁶.

Et le couperet de tomber : « ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution »²⁷.

Au regard de la présomption d'innocence et des droits de la défense, la pratique du recours systématique à la garde à vue laisse apparaître un déséquilibre dans notre procédure pénale.

En rapprochant des évolutions précédemment rappelées cette contrariété à la Déclaration des droits de l'homme, le Conseil envoie un message clair. Le changement de circonstances résultant de la pratique d'une institution légale peut également constituer un critère d'appréciation de la conformité d'une loi au bloc de constitutionnalité. Ce ne sont pas ici les textes qui posent problème mais bien leur application quotidienne et massive.

Néanmoins l'argument ne convainc pas réellement. Même si les officiers de police judiciaire recouraient moins fréquemment à la garde à vue, la faiblesse des droits de la défense en vicierait pareillement la mise en œuvre.

L'approche quantitative des droits de la défense est en effet une impasse. Seule une perspective qualitative sauve ou condamne une institution juridique : en l'espèce, soit l'avocat dispose des moyens nécessaires à la construction de la future ligne de défense, soit la loi ne le permet pas, et dans ce cas là, la violation est patente.

Le truchement relatif aux « évolutions précédemment rappelées » ne doit donc pas induire en erreur.

²⁰ CC, n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, Rec., p. 195.

²¹ § 27.

²² § 28.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ § 29.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

Il permet incontestablement au Conseil de conforter l'idée d'un changement de circonstances et de valider ses précédentes jurisprudences.

Cependant, l'on ne peut que constater²⁸ que le ver était dans le fruit depuis l'origine. Même lorsque la loi a ouvert les locaux de garde à vue aux avocats, elle souffrait encore d'un vice certain au regard des droits de la défense en ce que l'assistance était prohibée par l'impossible accès à l'éventuel dossier, et à l'impossibilité d'assister réellement aux interrogatoires.

L'explosion du recours à la garde à vue n'y change donc fondamentalement rien.

Droit de se taire. L'absence de notification du droit au silence emporte également contrariété au bloc de constitutionnalité. La non-conformité est néanmoins implicite en ce qu'elle participe d'une incise.

Après avoir listé au considérant n° 28 les défauts de la garde à vue à l'aune des droits de la défense, le Conseil ajoute : « au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence ».

Le Conseil semble implicitement rattacher cette exigence à la présomption d'innocence. La Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais clairement établi un tel lien, y voyant davantage une incidente du procès équitable²⁹. En allant plus loin, l'on peut ajouter que cette notification participe également des droits de la défense, tant savoir que l'on a droit de se taire peut certes éviter que l'on ne participe à sa propre condamnation, mais permettra également par la suite de mieux préparer une défense ; ce que la juridiction strasbourgeoise vient d'ailleurs de confirmer³⁰.

Si la condamnation apparaît logique au regard de la présomption d'innocence et des droits de la défense, il convient de ne pas s'étonner du fait que le Conseil ait décidé de repousser dans le temps les effets de l'abrogation des dits textes.

II – La modulation de l'abrogation

Motifs. Aux termes d'un long considérant³¹, le Conseil rappelle, quant aux effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ».

Il en tire la conséquence « qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ».

Une fois ces précisions établies, le Conseil soutient que « si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ».

La juridiction suprême en conclut « qu'il y a lieu, dès lors, de reporter au 1^{er} juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité ».

En attendant, pour parer tout argumentaire prétendant tirer prétexte de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil ne manque pas de préciser que « les mesures prises avant

²⁸ Rétroactivement... donc facilement.

²⁹ V. CEDH, 25 fév. 1993, n° 10588/83, *Funke c. France*, arrêt du 25 février 1993, Série A n° 256-A ; et 28 oct. 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, n° 14310/88.

³⁰ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, précit.

³¹ N° 30.

cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité ».

Possibilité constitutionnelle. Dans la mesure où ce report des effets de la décision dans le temps a, à tout le moins, nourri une controverse certaine, il ne paraît pas inintéressant de mettre en exergue le fait qu'une telle modulation a été expressément prévue par la loi constitutionnelle en date. En effet, l'article 62 alinéa 2 de la Constitution dispose :

« Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

A la différence du Conseil d'Etat³² et de la Cour de cassation³³, le Conseil n'innove donc pas en repoussant dans le temps les effets de sa décision.

Alternatives. Outre le report dans le temps des effets de sa décision, le Conseil disposait de deux options.

Le Conseil aurait ainsi pu juger que ledit revirement serait *rétroactif*, ce qui aurait soumis toutes les gardes à vues, présentes, futures mais également passées à l'illégalité en raison de l'absence de l'avocat durant les auditions et de la non notification du droit au silence.

Cela aurait conduit l'intégralité des procédures à la nullité si la garde à vue constituait l'essentiel du dossier ou si une preuve déterminante avait été obtenue au moyen de la garde à vue³⁴ ; bref pour reprendre une jurisprudence constante, si la garde à vue constituait le support essentiel de l'acte subséquent. Au nom des droits de la défense, on ferait donc courir un risque extrême aux « objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions » ; ce qui, prévient le Conseil, « entraînerait des conséquences manifestement excessives ».

Une autre voie s'ouvrirait au Conseil : *appliquer immédiatement* le revirement comme le prévoit d'ailleurs, essentiellement, le code pénal au regard des modifications des lois de forme en matière pénale³⁵. Aux termes de l'article 112-3, l'application immédiate de la règle nouvelle ne peut remettre en cause ce qui a été valablement accompli sous l'empire du droit antérieur. Il en aurait résulté que, dès la publication de la décision, les avocats auraient pu assister leur client en garde à vue, et ces derniers auraient dû se voir notifier le droit au silence, sans que ces nouvelles règles ne remettent en cause les gardes à vue exécutées conformément au droit antérieur³⁶.

³² Depuis CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres* : *AJDA*, 2004. 1049, obs. Bonichot ; *ibid.* 1183, chron. Landais et Lenica ; *Dr adm.*, 2004 n° 115, note Lombard ; *ibid.* n° 15, chron. Dubos et Melleray ; Stahl et Courrèges, « Note du 21 mars 2004 à l'attention de M. le Président de la Section du contentieux », *RFDA*, 2004. 438 ; *ibid.* 454, concl. Devys ; J.-C. Bonichot, « L'arrêt AC ! évolution ou révolution ? », *AJDA*, 24 mai 2004, p. 1049 ; N. Boulouis et A. Courrèges, « Passé et avenir des annulations contentieuses », *La lettre de la justice administrative*, n° 4, juillet 2004.

³³ Depuis Civ. 2°, 8 juill. 2004 : *Bull. civ.*, II, n° 387 ; *R.*, p. 374 ; *D.*, 2004. 2956, note Bigot ; *JCP*, 2005. I. 143, n° 7, obs. Tavieaux-Moro ; *Gaz. Pal.*, 2004. 2508, note P.L.G. ; *RTD civ.*, 2005. 176, obs. Théry.

³⁴ Ce que vient de courageusement juger la Cour suprême du Royaume Uni dans une décision rendue le 26 octobre 2010, *Cadder v Her Majesty's Advocate*, [2010] UKSC 43 : en l'espèce, il s'agissait de savoir si un prévenu, de nationalité écossaise, pouvait interjeter appel de sa condamnation en excipant l'inconventionnalité de la garde à vue en raison de l'absence pendant les six premières heures de son avocat. § 4 : « *There is no doubt that a ruling that the assumption was erroneous will have profound consequences. But there is no room, in the situation which confronts this court, for a decision that favours the status quo simply on grounds of expediency. The issue is one of law, as the court appreciated in McLean. It must be faced up to, whatever the consequences* ». La Cour suprême ajoute, par l'intermédiaire du juge Hope : « *I would allow the appeal on the ground that leading and relying on the evidence of the appellant's interview by the police was a violation of his rights under article 6(3)(c) read in conjunction with article 6(1) of the Convention* » (§ 63).

³⁵ Art. 112-2 C. pén.

³⁶ Observons qu'en ce qui concerne la notification du droit au silence, l'application immédiate aurait été tout sauf insurmontable. Quant à l'assistance de l'avocat, une telle réforme prétorienne aurait, matériellement, au

Choix du juge. Désirant ne pas porter atteinte aux objectifs d'intérêt général que constituent la prévention des infractions et leur poursuite, le Conseil décide de repousser l'abrogation des articles 63-1 et suivants au 1^{er} juillet 2011, le temps pour le législateur de réformer lesdits textes.

Bien évidemment, comme trop souvent, c'est en réalité le pouvoir exécutif qui a la mission de proposer la réforme. Le projet existait depuis le début de l'année puisque le ministère de la Justice avait déjà soumis à la concertation un projet de réforme du code de procédure pénale prévoyant, entre autres, une réforme de la garde à vue. Toutefois, le projet global étant repoussé *sine die*, c'est un simple projet de réforme de la garde à vue qui a été présenté en Conseil des ministres le 13 octobre 2010.

De lege ferenda. L'on aurait pu souhaiter que le législateur saisisse l'opportunité qui lui était offerte pour, enfin, mettre en conformité la garde à vue avec les droits et libertés fondamentaux. Pour ce faire, il aurait simplement fallu restaurer la notification du droit au silence à l'article 63-1 du code de procédure pénale, et permettre à l'avocat d'accéder à l'éventuel³⁷ dossier, et d'assister son client durant ses interrogatoires.

La voie choisie par le Gouvernement est nettement plus complexe. Tout d'abord le projet de loi présenté en Conseil des ministres consacre la notion d'audition libre permettant à un OPJ d'interroger un suspect consentant à son audition sans avoir à lui notifier les droits inhérents à la garde à vue³⁸, au sein desquels le droit au silence fait son retour.

De plus, il est expressément prévu que la possibilité de se faire assister par un avocat pourra, à la demande de l'OPJ et sur autorisation du procureur, être différée pendant une durée de 12 heures au plus « en considération des 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 »³⁹.

A la méfiance, succèderait donc... la défiance.

III – L'exception à l'abrogation

Identité des circonstances et garde à vue spéciale. Avant de se prononcer sur la constitutionnalité de la garde à vue de droit commun, le Conseil a pris soin de rejeter l'examen des dispositions de l'article 706-88, soit la garde à vue relevant du régime de criminalité organisée, en matière de stupéfiants et de terrorisme.

L'argument mis en exergue par la juridiction suprême n'étonnera pas : la loi du 9 mars 2004 ayant créé l'article 706-88 fut examiné par le Conseil et fit l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution ; et « en l'absence de changement des circonstances, depuis la décision du 2 mars 2004 », il n'y a pas lieu « de procéder à un nouvel examen de ces dispositions »⁴⁰.

Il est vrai que depuis 2004, aucune circonstance de fait n'a réellement bouleversé le paysage de la procédure pénale. Si l'on a pu croire que les paragraphes relatifs à la garde à vue de droit commun pouvaient à l'avenir constituer le changement nécessaire, la décision en date du 22 septembre 2010 infirme une telle analyse :

moins autant « gêné » les barreaux que les OPJ dans la mesure où cela implique une véritable révolution institutionnelle quant à l'organisation des permanences garde à vue.

³⁷ Car parfois à ce stade de la procédure, le dossier n'existe pas... ou si peu.

³⁸ Projet d'article 62-4.

³⁹ Projet d'article 63-4-2.

⁴⁰ § 13.

« en l'absence de changement des circonstances, depuis la décision du 2 mars 2004 susvisée, en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à un nouvel examen de ces dispositions »⁴¹.

Le paradoxe est alors le suivant : alors que la garde à vue de droit commun est contraire au bloc de constitutionnalité, celle qui porte encore plus atteinte aux droits de la défense en repoussant à la 48^e ou à la 72^e heure l'intervention de l'avocat, y est conforme en raison du précédent de 2004.

Il apparaît ainsi que la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution et l'approche du Conseil condamnent tout revirement de jurisprudence à brève échéance. La Haute juridiction se sent ostensiblement liée par ses propres décisions : la culture du précédent semble l'emporter sur l'air du temps.

L'on ne peut, une fois de plus, occulter que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est à l'origine de la position du Conseil sur la garde à vue de droit commun. Il ne semble dès lors pas inutile de rappeler que l'arrêt *Dayanan c/. Turquie* a été rendu dans le domaine du terrorisme, c'est dire que la juridiction strasbourgeoise n'entend pas faire de cette circonstance, une exception aux droits de la défense.

C'est là, sans doute, une des limites de la question prioritaire de constitutionnalité. Si à la différence du contrôle de conventionnalité, elle a l'avantage de faire disparaître de l'ordre juridique une disposition contraire à la Constitution, la question prioritaire présente le net inconvénient d'empêcher les revirements rapides.

Postérité de l'identité. La portée de cette solution est toutefois à relativiser puisque la Cour de cassation a, quant à elle, saisi l'opportunité qui lui a été offerte pour fendre l'armure de la garde à vue spéciale de l'article 706-88 du code de procédure pénale.

Aux termes d'un arrêt rendu le 19 octobre 2010⁴², la Cour a considéré qu'une chambre de l'instruction avait fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en acceptant d'annuler certains actes d'une procédure motif pris que :

« la restriction du droit d'être assisté dès le début de la garde à vue, par un avocat, imposée à M. X... en application de l'article 706-88 du code de procédure pénale ne répondait pas à l'exigence d'une raison impérieuse, laquelle ne pouvait découler de la seule nature de l'infraction ».

Bien que les effets de cette décision soient repoussés au 1^{er} juillet 2011⁴³, la chambre criminelle limite considérablement le recours à cette procédure dérogatoire puisque, outre la qualification de l'infraction suspectée, il conviendra, à terme, que d'autres éléments viennent justifier la procédure dérogatoire et attentatoire aux droits de la défense.

Le législateur a d'ailleurs envisagé une telle exigence en matière de terrorisme puisque l'alinéa 7 de l'article 706-88 dispose :

⁴¹ CC, n° 2010-31 QPC du 22 sept. 2010, *M. Bulent A. et autres* [Garde à vue terrorisme] : cons. n° 4.

⁴² Crim. 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-85051, arrêt n° 5701.

⁴³ L'arrêt poursuit : « toutefois, l'arrêt encourt l'annulation dès lors que les règles qu'il énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ;

Que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011 ».

Il en va d'ailleurs de même pour la garde à vue de droit commun : Crim., 2 octobre 2010, arrêt n° 5700, pourvoi n° 10-82.306 et arrêt n° 5699, pourvoi n° 10-82.902.

« S'il ressort des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement, le juge des libertés peut, à titre exceptionnel et selon les modalités prévues au deuxième alinéa, décider que la garde à vue en cours d'une personne, se fondant sur l'une des infractions visées au 11° de l'article 706-73, fera l'objet d'une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois ».

Or, le Conseil a précisé, dans la décision précitée du 22 septembre 2010, que ces dispositions étaient, quant à elles, conformes à la Constitution⁴⁴.

Le législateur serait dès lors bien inspiré de prendre exemple sur cette disposition pour prévoir les cas où les droits de la défense doivent plier face à des motifs impérieux de sécurité publique.

Cohérence. A l'issue de l'analyse, la décision laisse donc un goût amer mais à la différence de certains, nous ne lions pas cette sensation à la circonstance que les effets de la décision soient repoussés dans le temps.

L'amertume est ailleurs : le jeu des circonstances nouvelles laisse songeur tant il risque de figer la jurisprudence du Conseil lorsque l'évolution ne provient pas des faits, de la pratique, mais de l'esprit récent des droits et libertés fondamentaux.

L'on peut certes voir dans le déploiement des juridictions appelées à se prononcer sur les droits fondamentaux, une véritable ode à la concurrence judiciaire. Certains juges peuvent ainsi incliner à occulter la *juris dictio* d'autres magistrats au nom d'une spécificité toute relative.

Une autre approche est néanmoins possible : il suffit que chaque juge voie dans la pluralité instaurée par le droit objectif une complémentarité attachée au seul progrès de la protection des droits et libertés fondamentaux. Une telle perspective ne tend à nier ni la particularité des textes applicables, ni la spécificité des méthodes propres à chaque juridiction. Elle tend simplement à reconnaître que les finalités du système sont bel et bien partagées.

Et nul doute, qu'ainsi, au 1^{er} juillet 2011, la garde à vue aura alors progressé sur le sinueux chemin du respect des droits de la défense⁴⁵.

... et nos mutantur in illis.

⁴⁴ CC, n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres* [Garde à vue terrorisme] : « qu'il ressort des travaux parlementaires qu'une telle dérogation ne peut être autorisée que pour permettre d'empêcher la réalisation d'une action terroriste en France ou à l'étranger dont l'imminence a été établie soit grâce aux éléments recueillis dans le cadre de l'enquête ou de la garde à vue elle-même, soit dans le cadre de la coopération internationale ; qu'ainsi, elle ne peut être mise en œuvre qu'à titre exceptionnel pour protéger la sécurité des personnes et des biens contre une menace terroriste imminente et précisément identifiée ; qu'elle est décidée par le juge des libertés à qui il appartient de vérifier que les circonstances précises fixées par ces dispositions sont réunies ; que, dans ces conditions et compte tenu des garanties fixées par le législateur, ces dispositions respectent le principe, découlant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire, et de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle ; que ces dispositions ne portent atteinte à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit » (considérant n° 5).

⁴⁵ Si tant est que l'audition libre ne passe les fourches caudines du Conseil puisqu'il n'est rien à attendre, de ce côté là, de la Cour de cassation (Chambre criminelle, 16 décembre 2003 : « Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il résulte des constatations de l'arrêt que la conduite de Richard X... au local de police aux fins de vérification de son identité a régulièrement été effectuée, en application de l'article 78-3 du Code de procédure pénale, et que l'intéressé, dès son arrivée, a spontanément décliné son identité en présentant son permis de conduire, avant d'être immédiatement entendu sur les infractions relevées, au cours d'une audition de 25 minutes, à l'issue de laquelle il a quitté les lieux, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision de faire droit à l'exception de nullité de la procédure invoquée par le prévenu, qui soutenait avoir été maintenu à la disposition d'un officier de police judiciaire sans avoir reçu notification de ses droits » : n° de pourvoi : 03-84746).

Nicolas Catelan